

Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil

Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil

João Grandino Rodas
Aline Anhezini de Souza
Juliana Poloni
Guilherme Bertipaglia Leite da Silva
Eduardo Machado Dias
(Coordenadores)

Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil

João Grandino Rodas, Aline Anhezini de Souza, Juliana Poloni, Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Eduardo Machado Dias

(Coordenadores)

1ª Edição - Copyright© 2018 Editora Prismas

Todos os Direitos Reservados.

Revisão ortográfica e gramatical de responsabilidade do autor.

Editor Chefe: Vanderlei Cruz - editorchefe@editoraprimas.com.br

Diagramação: Danielle Paula

Capa e Projeto Gráfico: Danielle Paula

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Elaborado por: Isabel Schiavon Kinasz

Biblioteca CRB 9-626

C729	Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil / coordenação de: João Grandino Rodas, Aline Anhezini de Souza, Juliana Poloni, Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e Eduardo Machado Dias 1.ed. - Curitiba: Editora Prismas, 2018. 577p.: il.; 23cm ISBN: 978-85-537-0011-0 1. Conflitos. 2. Brasil. 3. Direito 4. Soluções CDD 338.6048 (22.ed) CDU 338.45
------	--

Coleção Ciências Jurídicas

Diretor Científico

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (FESMP -RS)

Consultores científicos

Anizio Irez Gavião Filho (FMP - RS)
Antonio Carlos Wolkmer (Unilassale - RS)
Davi Sanchez Rubio (Universidade de Sevilha - Espanha)
Eric Eduardo Palma González (Universidade de Chile)
Enzo Bello (UFF - RJ)
Fernanda Frizzo Bragato (UNISINOS - RS)
Flavia Santiago Lima (UNICAP - PE)
Gisela Maria Bester (UFT - Tocantins)
Gustavo Borges (UNESC - SC)
Ivone Fernandes Lixa (FURB - SC)
Jamile B. Mata Diz (UIT - MG)
Janaina Reckziegel (UNOESC - SC)
João Paulo Allain Teixeira (UNICAP - PE)

Liane Francisca H. Pazzinatto (FURG - RS)
Lucas Machado Fagundes (UNESC - SC)
Maria Francisca Elgueta Rosas (Universidade de Chile)
Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (UNIJUI - RS)
Marcia Andrea Buhring (PUC-RS - UCS-RS)
Mauricio M. Reis (FMP-RS)
Renato Duro Dias (FURG - RS)
Rosane Leal da Silva (UFSM - RS)
Saulo Tarso Rodrigues (UFMT- MT)
Silviana Henkes (UFU - MG)
Thais Luzia Colaço (UFSC - SC)
Valcir Gassen (UNB-DF)

Préfacio

A garantia da razoável duração do processo e da existência de meios que assegurem a celeridade de tramitação dos feitos judiciais é prevista no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Contudo, em razão da sobrecarga sob a qual se encontra o Poder Judiciário, a efetivação dessa garantia constitucional não é realidade no cenário brasileiro.

De acordo com os levantamentos oficiais realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, tramitaram perante o Poder Judiciário, no ano de 2017, mais de 100 milhões de processos judiciais, fato que demonstra com clareza a postura litigante da sociedade brasileira.

Em razão dessa sobrecarga processual enfrentada pelos Tribunais, as consequências verificadas em relação à velocidade de tramitação dos feitos judiciais são imediatas. Ainda segundo os levantamentos de dados revelados pelo CNJ, o tempo médio para que seja proferida sentença em um processo que tramita perante a Justiça Estadual é de 4 anos e 4 meses.

Com o fim de tentar amenizar a morosidade verificada na prestação jurisdicional brasileira, o Novo Código de Processo Civil trouxe como um dos seus principais objetivos o fortalecimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, entre os quais se destacam a conciliação, a mediação e a arbitragem. Com efeito, o art. 2º, § 3º, do CPC/2015 dispõe que os métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Como se nota, diante do atual quadro brasileiro, o estudo dos métodos alternativos de resolução de conflitos merece ser incentivado. Apenas a partir disso é que se instalará uma responsável cultura de consciência processual, possibilitando-se, por conseguinte, que as demandas judiciais sejam solvidas com mais celeridade e efetividade.

Nesse sentido, a leitura da presente obra faz-se absolutamente oportuna na atual conjuntura brasileira, uma vez que é capaz de propor-

cionar importantes reflexões acerca do desenvolvimento, da sistemática e dos gargalos atinentes à implantação e à execução dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

Desejo a todos uma proveitosa leitura!

Gilmar Ferreira Mendes
Ministro do STF

Sumário

A arbitragem após a Reforma Trabalhista.....	11
<i>Tatiana Guimarães Ferraz Andrade</i>	
A audiência do Artigo 334 do CPC e o Princípio da Cooperação....	23
<i>Marco Aurélio Gastaldi Buzzzi</i>	
A formação do operador do direito pelo prisma da autocomposição, a política pública e suas relações com a Mediação e Conciliação.....	31
<i>Guilherme Bertipaglia Leite da Silva e José Roberto Neves Amorim</i>	
A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos.....	55
<i>Valeria Ferioli Lagrasta</i>	
A Justiça do Trabalho, seu espírito naturalmente conciliador e os efeitos da transação extrajudicial advindos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).....	73
<i>Eduardo Fornazari Alencar e Carina Poleselli Bruniera Duarte</i>	
A necessária mudança de paradigma sobre a experiência do consumidor na resolução de conflitos para fidelização da clientela.....	87
<i>Juliana Polloni</i>	
Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos.....	99
<i>Kazuo Watanabe</i>	
Acesso à Justiça hoje e o Operador do Direito.....	105
<i>Adolfo Braga Neto</i>	
Análise econômica do direito da mediação e contratos.....	113
<i>Flavia Santinoni Vera</i>	
Arbitragem e Administração Pública: uma reflexão sobre interesses arbitráveis.....	143
<i>Luciano de Souza Godoy</i>	

Como otimizar a solução de conflitos na contemporaneidade utilizando a autonomia da vontade. Uma análise da convenção arbitral.....173

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Configurações de Poder em Mediação

Eutália Maciel Coutinho

Da cultura da sentença para uma cultura consensual de administração dos conflitos jurídicos.....183

Jéssica Gonçalves, Adriana S. Maillart e Ricardo S. dos Santos

Desmistificando a transação em matéria tributária.....207

Phelippe Toledo Pires de Oliveira e Diana Piatti de Barros Lobo

Dispute System Design: Economia e eficiência na gestão de conflitos empresariais.....241

Eduardo Machado Dias e Isabela Sardinha Lisboa Leite

Formas adequadas de solução de conflitos e os desafios da Advocacia.....265

Marcelo Vieira de Campos e Marcelo Winch Schmidt

Interface entre a mediação extrajudicial e judicial: uma interpretação coerente.....281

Ana Luiza Isoldi

Justiça e Autonomia.....291

Roberta de Bragança Freitas Attié e Alfredo Attié Jr

Justiça Multiportas no Brasil.....311

Trícia Navarro Xavier Cabral

Lei de Mediação em vigor. E agora?.....331

Silvia Maria Costa Brega

Mediação como forma de ampliação do Acesso à Justiça e realização dos Direitos Humanos: implantação do setor de mediação das varas de família e sucessões do foro regional de Santo Amaro.....343

Carla Boin

Métodos extrajudiciais à solução de conflitos na contratação pública.....353

João José Custódio da Silveira

Negócio jurídico processual e garantia da execução fiscal.....367

Rogério Campos

Nulidade da sentença arbitral por violação ao devido processo legal..

Giancarlo Melito e Thiago do Amaral Santos

O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do direito.....427

Alexandre Lopes de Abreu

O desafio da gestão de conflitos no Poder Judiciário: O novo CPC e os velhos paradigmas.....447

Luciana Yuki Fugishita Sorrentino

O empoderamento do usuário da internet e o desestímulo à judicialização.....457

Ricardo Lagreca Siqueira e Humberto Chiesi Filho

O poder de reforma e a autocomposição envolvendo entes públicos...479

Kaline Ferreira Davi e Eliane Vieira da Motta Mollica

On line dispute resolution (ODR) é uma inovação disruptiva?.....495

Aline Anhezini de Souza e Rafael Machado Viviani Nicolau

Prevenção e resolução de conflitos empresariais: Mediação, e outros procedimentos.....505

Tania Almeida da Silva e Gilberto Martins de Almeida

Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas no Brasil: apontamentos para uma evolução necessária 521

Luciane Moessa de Souza

“Tempos Atuais”: O direito dos negócios e os impactos do vigente Código de Processo Civil sobre contratos e negociações no Brasil 541

Alessandra Nascimento S. F. Mourão

Transitividade conceitual-metodológica como critério básico de solução de conflito no Direito Dispositivo.....559

João Alves Silva

A arbitragem após a Reforma Trabalhista

Tatiana Guimarães Ferraz Andrade

Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora na Faculdade Damásio e na Universidade Paulista. Advogada, sócia de Ferraz Andrade Advogados. E-mail para contato: tatiana@falaw.com.br.

Introdução

O presente artigo visa enfrentar a temática da aplicação da arbitragem após a previsão expressa do instituto na CLT, no art. 507-A, introduzido pela Lei 13.467/17, também conhecida como a Reforma Trabalhista.

Como será demonstrado, a despeito da alteração legislativa, ainda é controverso o cabimento do instituto como meio de heterocomposição de controvérsias diante da natureza irrenunciável dos direitos trabalhistas.

A aplicação da arbitragem para a solução de conflitos de origem trabalhista

A Lei 9.307/96 trouxe grande entusiasmo aos juristas, com a promessa de desafogar o Poder Judiciário, congestionado com um número crescente de processos, sem solução célere e eficaz aos litigantes.

Especificamente na esfera trabalhista, a arbitragem é aplicável com segurança jurídica no âmbito do direito coletivo, em decorrência da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, após a Emenda Constitucional nº 45/04.

Nesse sentido, dispõem os §§ 1º e 2º do art. 114 que as partes poderão submeter a controvérsia à arbitragem, uma vez frustrada a ne-

mento (indiscutível em sede de recurso de revista, a teor da Súmula 126 do TST), a arbitragem perdeu sua natureza de foro de eleição. Portanto, a revista, no particular, encontrava óbice na Súmula 221 do TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST – AIRR: 2547403720025020077 254740-

-37.2002.5.02.0077, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 18/12/2007, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 08/02/2008).

Nos precedentes que admitem a possibilidade da arbitragem para o os litígios em matéria de direito individual, os julgadores verificaram a inexistência de coação ou outro vício de consentimento, por parte do trabalhador; se o trabalhador possui grau de conhecimento diferenciado (alto empregado) tendo ciência das consequências da utilização da via arbitral e; se esta foi escolhida no ato de admissão ou após a rescisão contratual.

Contudo, a jurisprudência dominante, seja em sede do Tribunal Superior do Trabalho ou dos Tribunais Regionais ainda inclina-se em sentido diverso, o que pode ser ilustrado pelo aresto abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DISSÍDIO INDIVIDUAL TRABALHISTA. RESTRIÇÃO DURANTE A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS

INDIVIDUAIS. Diante da violação do art. 1º da Lei nº 9.307/96, determina-se o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se dá provimento. RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. DISSÍDIO INDIVIDUAL TRABALHISTA. RESTRIÇÃO DURANTE A RELAÇÃO EMPREGATÍCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL. INAPLICABILIDADE AOS DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. O artigo 1º da Lei nº 9.307/96 limita o uso da arbitragem para “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Não é o caso dos direitos sociais do trabalho, que são direitos indisponíveis e, em sua maioria, de sede constitucional. A cláusula compromissória (artigo 4º Lei nº 9.307/96) é anterior ao litígio e acarreta renúncia prévia a direitos indisponíveis. Tal renúncia, na hipótese dos

autos, ocorreu na contratação, momento de clara desproporção de forças entre empregador e trabalhador. Não produz efeitos a cláusula compromissória arbitral inserida no contrato de trabalho do Reclamante. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST – RR: 1704000620085150008 170400--06.2008.5.15.0008, Relator: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 07/12/2011, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/12/2011).

Isso decorre da própria redação do art. 1º da Lei 9.307/96, o qual determina a arbitragem tem como escopo “dirimir litígios relacionados a direitos patrimoniais disponíveis”.

Além disso, os adeptos da corrente desfavorável à arbitragem na esfera individual, afirmam que a relação envolvendo empregado e empregador é caracterizada pela patente desequilíbrio entre tais sujeitos, de modo que o próprio Direito do Trabalho preza pelo princípio da irrenunciabilidade dos direitos, em detrimento ao princípio da autonomia da vontade das partes, típico das relações civis.

Consequentemente, um dos entraves à arbitragem trabalhista diz respeito aos custos, mais elevados que os da Justiça do Trabalho e que poderia inviabilizar a solução da controvérsia pelo lado do empregador.

Ademais, a hipossuficiência do trabalhador implica que, em muitos casos, o contrato de trabalho seja praticamente um contrato de adesão, sem que o empregado possua poder de decisão sobre as cláusulas e condições previstas no instrumento e sem sequer entender o conteúdo de muitas delas, bem como as consequências de sua expressa “concordância”.

Se, como demonstrado, a via arbitral já era prevista para o direito coletivo do trabalho antes mesmo da Lei 9.307/96, os debates acerca da aplicação, por analogia, para os litígios individuais não é recente.

Além dos julgados favoráveis, há doutrinadores que se inclinam no mesmo sentido, defendendo que a restrição da arbitragem, dada pelo art. 1º da Lei 9.307/96, não pode ser tida como entrave na seara trabalhista (direito individual), eis que nem todos os direitos são indisponíveis, até mesmo porque, se assim não fosse, sequer a transação em juízo seria válida¹.

Segundo Morgana de Almeida Richa, ainda que se considere que a arbitragem não tenha vocação natural para solucionar conflitos

¹ MALLETT, Estevão. Estudos sobre renúncia e transação. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *Tendências do direito material e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 223.

individuais trabalhistas, não pode ser considerada como um obstáculo, a despeito de a Justiça Especializada ter como vocação um julgamento mais célere e que preze pela negociação².

De todo modo, como a palavra final é do Judiciário, para a aplicação da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho não é favorável, no cenário atual (até a Reforma Trabalhista).

A arbitragem para os altos empregados segundo a Lei 13.467/17

Segundo o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, o tratamento indiscriminado a trabalhadores hipossuficientes e a grandes executivos “não parece atender ao ideal de justiça”, embora a distinção de tratamento padeçam de previsão legal, segundo o art. 5º da Constituição Federal³.

Ademais, tal qual a Constituição Federal, a CLT tampouco fez distinção entre os empregados, a teor do que se depreende tanto do seu parágrafo único, do art. 3º (*não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual*), quanto do art. 6º (*não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego*).

Entretanto, a mesma Consolidação das Leis do Trabalho que determina inexistir distinção de trabalho, diferenciou a aplicação de tutela a alguns empregados, tais como aos exercentes de cargo de confiança, no tocante ao regime de anotação de jornada⁴ e à transferência de local de trabalho (art. 469), por exemplo.

A diferenciação, nos casos mencionados, foi proposital, já que legislador quis destacar que tais trabalhadores (gerentes e exercentes de

cargos de gestão) estão em condição diferenciada de outros empregados.

Logo, a CLT reconhece que há determinados trabalhadores com traços diferenciados dos demais, como, no caso, daqueles que possuem cargos de gestão; essa característica, porém, terá serventia somente na aplicação de determinados direitos.

O Brasil, até a Lei 13.467/17 não conceituava os altos empregados, sendo que estes eram tratados como exercentes de cargos de confiança, tal qual os gerentes.

Situação diversa ocorre na Espanha, a qual de forma inovadora, promulgou diploma específico para os altos empregados, por intermédio do Real Decreto nº 1.382/1985, denominado de Decreto de *Alta Dirección*.

De acordo com o art. 1.2, do referido Real Decreto, considera-se pessoal de alta direção⁵:

Exceto aqueles que exerçam atividade externa, incompatível com a fixação de jornada, nos termos do art. 62, I, da CLT.

Aqueles trabalhadores que exercitam poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa, e relativos aos objetivos gerais da mesma, com autonomia e plena responsabilidade apenas limitada por critérios e instruções diretas, emanadas da pessoa ou dos órgãos superiores de governo e administração da Entidade que respectivamente ocupe aquela titularidade.

Carlos Morelo Manglano analisa o referido artigo de forma minuciosa, fragmentando e percorrendo sobre cada ponto trazido pelo legislador no dispositivo em comento, de acordo com o entendimento jurisprudencial⁶:

- (i) exercício de poderes – os altos executivos, no caso de uma sociedade anônima, por exemplo, exercem poderes titulares derivados do Conselho de Administração, já que a este competiriam os poderes originários de titularidade jurídica da

2 RICHIA, Morgana de Almeida. Natureza da arbitragem como método alternativo de resolução de disputas e sua aplicabilidade na Justiça do Trabalho. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freira; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial, individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução aos conflitos trabalhistas*. LTr: São Paulo, 2014, p. 177.

3 PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. Arbitragem no Direito Individual do Trabalho: Incompatibilidade presente. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freira; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial, individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução aos conflitos trabalhistas*. LTr: São Paulo, 2014, p. 104.

4 Exceto aqueles que exerçam atividade externa, incompatível com a fixação de jornada, nos termos do art. 62, I, da CLT.

5 (Texto original). Art. 1.2. “Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”. ESPANHA. Real Decreto 1.382/1985. Disponível em: <<https://goo.gl/648qgv>>. Acesso em 6 jun. 2017. Tradução nossa.

6 MANGLANO, Carlos Molero. El contrato de Alta Dirección. 3. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2013, pp. 129-150.

empresa. Mesmo assim, ainda que o Real Decreto não mencione explicitamente, o executivo não teria a obrigação de desempenhar tais poderes de forma contínua ou permanente, mas desde que possuía funções de alto cargo. Por fim, a intenção do legislador não foi outra senão a de destacar a irrelevância da denominação do cargo, ao exigir o efetivo exercício de poderes.

(ii) “inerentes à titularidade jurídica” – o projeto utilizava a expressão “próprios do titular jurídico”. Desse modo, faz-se necessário diferenciar quais são os poderes que pertencem ao titular jurídico e quais não. Dentre os primeiros poderes, destacam-se: a) a representação da empresa; b) a conclusão de negócios jurídicos próprios da titularidade estatutária (S.A.); c) atos ou negócios que estejam além das atividades ordinárias da empresa; d) atos ou negócios especiais perante terceiros, com a exigência de constituição de garantia formal, a título exemplificativo; e) contratação de empregados qualificados. Enfim, todos os poderes que, caso não fossem exercidos pelo alto executivo, o seriam pelo Conselho de Administração.

(iii) “titularidade jurídica da empresa” – ao contrário do que ocorre com os conselheiros (art. 1.3, c, do Estatuto dos Trabalhadores), os altos executivos não precisam estar inseridos dentro de uma estrutura societária, admitindo diversas formas de titularidade jurídica para inserção desse trabalhador, como individual ou coletiva (sociedade mercantil ou não).

(iv) “a empresa” – o sentido amplo empregado não permite saber se a alta direção deva ocorrer dentro do âmbito de um empregador ou se admitir-se-ia que uma pessoa física tivesse um administrador, por exemplo, para cuidar de seus assuntos pessoais. Por isso, o entendimento jurisprudencial fixou-se no sentido de que seja possível diferenciar o titular da empresa e ela própria; que haja uma mínima complexidade na estrutura empresarial, a ponto de justificar a presença desse profissional de alto escalão; e, finalmente, que a distinção entre o titular jurídico da empresa e o alto executivo esteja clara perante terceiros.

(v) “relativos aos objetivos gerais da empresa” – considerando que a partícula “e” não estava inserida no projeto da legislação,

presume-se que a intenção do legislador foi exigir a cumulação de poderes inerentes à titularidade jurídica da empresa e relativos a objetivos gerais dela, sendo tais considerados como aqueles necessários para a viabilidade da empresa⁷.

(vi) “autonomia e plena responsabilidade” – tais circunstâncias caracterizam, justamente, o desempenho de funções de nível elevado dentro da empresa. Em razão dessa autonomia ampla, o jurista destaca que seria incompatível a elaboração de um contrato de trabalho com o alto executivo, destacando as funções que ele desempenharia. De todo modo, também é ressalvada a necessidade de que as instruções sejam repassadas ao executivo em caráter direto, decorrentes de órgão diretivos, delegados de quem ostente a titularidade da empresa.

O Brasil utilizou critério diverso para definição do alto empregado, sendo este considerado como o empregado que perceba remuneração superior a duas vezes o teto estabelecido pela Previdência Social e possua diploma de nível superior.

Este trabalhador, além das distinções já previstas para todos que exercem cargo de confiança, poderá pactuar livremente as condições de seu contrato de trabalho (na forma do art. 444), com prevalência sobre acordos e convenções coletivas, a teor do que determina o art. 444, parágrafo único e, ainda, poderá pactuar cláusula compromissória de arbitragem, segundo o art. 507-A.

Com efeito, determina o supramencionado art. 507-A que:

Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Note-se que, para pactuação da cláusula compromissória de arbitragem sequer é exigido grau de instrução superior.

⁷ A jurisprudência (Tribunal Superior de Justiça de Madrid) já se manifestou no sentido de que não basta que o empregado ostente poderes de representação parciais ou limitados, mas que sejam amplos e se refiram a toda a vida industrial, laboral, comercial e financeira do negócio (14 de outubro de 1992 – AS 1992, 4909).

A previsão da arbitragem para direitos individuais trabalhistas, para o alto empregado, se dá em razão da presunção de que, neste caso, haja igualdade de condições com o empregador para as devidas negociações, como enfatiza Adriano Jannuzzi Moreira⁸.

Ademais, o próprio perfil de tais trabalhadores e o risco de danos à imagem pelo ajuizamento de uma ação trabalhista, são pontos levados em consideração na escolha da arbitragem, dado o maior sigilo dos litígios nesta esfera.

Referida alteração apenas vai de encontro com a jurisprudência que já admitia o uso da arbitragem para litígios individuais, pois, como demonstrado, em tais casos, era analisado se o trabalhador era hipossuficiente ou possui alto grau de instrução para concordar com arbitragem para solução da disputa.

Apesar disso, a cautela adotada pelo legislador foi de exigir que arbitragem será apenas utilizada quando se der por iniciativa do empregado ou com concordância expressa deste, evitando que haja imposição do empregador.

Contudo, o critério utilizado para a definição do alto empregado, ou seja, apenas quantitativo e, ainda, em valores que não se aproximam aos praticados aos profissionais deste escalão, com a agravante de sequer ser exigido diploma de nível superior (como requerido para fins de negociação durante o pacto laboral), poderá ser invocado por aqueles que defendem a não aplicação da arbitragem para os direitos individuais trabalhistas.

Por isso, na prática, o que podemos afirmar após a alteração trazida pela Reforma Trabalhista, considerando estas debilidades do texto legal, bem como posicionamento prévio dos juízes da Justiça do Trabalho⁹, a vitória da arbitragem ainda não pode ser dada como certa.

8 MOREIRA, Alberto Januzzi. A mediação e a arbitragem como meios extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas na vigência da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. In: Revista LTr. Ano 81, nº 09. São Paulo: LTr, setembro de 2017, p. 1133.

9 Enunciado 56, aprovado na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra, realizada em outubro de 2017:

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE TRABALHO
CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM. ART. 507-A DA CLT. IMPOSSIBILIDADE DE SER INSTITUÍDA EM SE TRATANDO DE CRÉDITOS DECORRENTES DA RELAÇÃO DE TRABALHO. À LUZ DO ARTIGO 1º DA LEI 9.307/96, ART. 100 DA CF/88, ART. 1707 DO CC E ART. 844, § 4º, II DA CLT. CARÁTER ALIMENTAR DO CRÉDITO TRABALHISTA. INDISPONIBILIDADE E INDERROGABILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS.

Conclusão

A arbitragem possui aplicação incontroversa no âmbito do direito coletivo do trabalho, não ocorrendo o mesmo para os litígios individuais trabalhistas, em decorrência da natureza indisponível de alguns direitos.

A Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista) trouxe a previsão da adoção de cláusula compromissória arbitral para os empregados que percebam duas vezes o limite dos benefícios da Previdência Social.

Embora seja uma iniciativa do legislador para permitir a arbitragem para os conflitos individuais, o critério meramente quantitativo adotado implica que muitos empregados serão elegíveis à adoção de cláusula compromissória, sem que, necessariamente, sejam empregados de alto escalão, com alto grau de conhecimento e instrução, razão pela qual poderão invalidar a arbitragem perante o Poder Judiciário sob o fundamento de vício de consentimento.

Assim, perdeu-se a oportunidade de trazer a arbitragem ao direito individual do trabalho, com segurança jurídica, colocando uma pá de cal nos debates contrários, os quais vão na contramão das tendências mundiais de adoção de meios alternativos para solução de conflitos.

Referências

ESPANHA. *Real Decreto 1.382/1985*. Disponível em: <<https://goo.gl/648qgv>>.

Acesso em 6 jun. 2017.

MALLET, Estevão. Estudos sobre renúncia e transação. In: FREDIANI, Yone (Coord.). *Tendências do direito material e processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

MANGLANO, Carlos Molero. *El contrato de Alta Dirección*. 3. ed. Espanha: Thomson Reuters, 2013.

MOREIRA, Alberto Januzzi. A mediação e a arbitragem como meios extrajudiciais de resolução de conflitos trabalhistas na vigência da Lei n. 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. In: *Revista LTr*. Ano 81, nº 09. São Paulo: LTr, setembro de 2017.

PEREIRA, Alberto Luiz Bresciani de Fontan. Arbitragem no Direito Individual do Trabalho: Incompatibilidade presente. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freira; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial, individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução aos conflitos trabalhistas*. LTr: São Paulo, 2014.

RICHA, Morgana de Almeida. Natureza da arbitragem como método alternativo de resolução de disputas e sua aplicabilidade na Justiça do Trabalho. In: PIMENTA, Adriana Campos de Souza Freira; LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina (Coord.). *Conciliação judicial, individual e coletiva e formas extrajudiciais de solução aos conflitos trabalhistas*. LTr: São Paulo, 2014.

A audiência do Artigo 334 do CPC e o Princípio da Cooperação

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Mestre em Ciência Jurídica (UNIVALI). Professor do Instituto de Direito Público – IDP e do UniCEUB.

Embora não se trate de novidade, inegavelmente uma temática de grande relevância dos nossos tempos alude aos métodos de solução de conflitos.

Isso porque urge construir respostas de enfrentamento ao desmedido número de ações judicializadas, que no Brasil já alcança o alarmante patamar de 109,1 milhões (em 2016¹⁰). Veja-se que apenas no referido ano ingressaram na Justiça 29,4 milhões de processos e os gastos do Poder Judiciário atingiram a cifra de R\$ 84,8 bilhões, 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB)¹¹.

É incrível!

O maior Tribunal do mundo é brasileiro: o estadual de São Paulo, que conta com mais de 50 mil servidores, 2501 magistrados e 25 milhões de ações¹², dados que expõem um sinal amarelo, de atenção e alerta quanto ao verdadeiro alcance do desiderato da Justiça.

Aumentar orçamento, alongar estruturas, criar cargos... seria possível no momento corrente? E, considerando que sim, seria essa a solução?

Independentemente da possibilidade orçamentária, que é precária, já é consenso entre os operadores do Direito que a solução não é esta.

Quando se compara com outros países, como acontece frente a várias atividades desenvolvidas pelo Estado, conclui-se que o Brasil gasta

10 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Revista Justiça em Números – 2017.

11 SEVERO, Rivadavia. *Despesa do Judiciário cresce, mas o custo por habitante cai em 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/NgTVGY>>. Acesso em: 19 out. 2017.

12 NALINI, José Renato. É Urgente Construir Alternativas à Justiça. in *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Organizado por Fred Didier Jr.

muito e gasta muito mal. Há, mesmo, a hipótese de que mais se desperdiçam recursos públicos ante a má-gestão do que em razão da corrupção. Ainda assim, avolumar a estrutura atual serviria para, principalmente, realçar a fadiga do sistema judicial, insistindo em algo que não apresenta resultados plenamente satisfatórios.

É dizer, a curto prazo, hastear mais mão de obra, mais pessoal, poderia até apresentar uma diminuição passageira no tempo/número de processos, mas os altos custos não justificam uma melhora efêmera, de poucos anos. Mesmo porque essa experiência já foi feita em diversas ocasiões no País, resultando praticamente inócuo o aumento do número de unidades judiciais e de juízes.

Com certa constância, reforça-se que o Código de Processo Civil atualmente vigente deu importante destaque ao chamado Sistema de Justiça Multiportas, que, em apertada síntese, consiste em oferecer diversas opções (ou portas) para a solução de conflitos. Antes, porém, uma ressalva: é bom lembrar que, de modo algum, se rejeita o método jurisdicional estatal, hoje firmado e afirmado como grande conquista da sociedade organizada em forma de Estado Democrático de Direito.

Porém, outros métodos de resolução de conflitos são muito bem-vindos como positiva opção de enfrentamento do grande volume de demandas a serem solvidas.

E, não é de agora busca pela celeridade processual, pela efetividade da tutela jurisdicional, previstas tanto na Constituição (art. 5º, LXX-

VIII) quanto no CPC (arts. 4º e 139, II), uma vez que justiça tardia não é, de fato, justiça.

Partindo daí, o novo Código de Processo Civil trouxe diversos dispositivos que contemplam os chamados métodos alternos de solução de conflitos, socorro bem-vindo ao sistema judicial tradicional. Indo direito para o nó da questão, um acordo demora em média 6 meses para ser costurado; por outro -

Logo nos primeiros artigos do Código, uma novidade: nota-se a priorização da solução consensual dos conflitos, a ser promovida pelo Estado (art. 3º, § 2º). Dessa forma, o caminho judicial, contencioso e adversarial fica como última *ratio* para a solução da controvérsia, o que também, espera-se, ocorra com a visão processual antagônica de autor-réu, uma alternativa remanescente diante das outras providências resolutórias a serem tomadas.

No parágrafo 3º do referido artigo, a Lei Instrumental dispõe 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”. Não se trata de um direcionamento, mas de uma imposição, e tampouco apenas ao juiz (art. 125, IV, CPC/73), e sim aos operadores do direito em geral, que *devem* estimular, incentivar, encorajar os métodos autocompositivos.

Certo é que essas disposições do Código vêm ao encontro de vários outros atos normativos já exarados no País, nos mais diversos órgãos, com o claro intuito de reafirmar e reforçar a escolha legislativa.

Essa nova era foi inaugurada pela Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Temos também, com o mesmo fito, a Resolução 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, a Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação), a Resolução 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, entre outros.

Trata-se, em verdade, de um renascimento dos métodos consensuais de solução de conflitos, que há muito já fora implantado nestas terras. Vide, por exemplo, as Ordenações Afonsinas (ano de 1446), cujo Livro III, T. 20, P. 5º já dizia “E os juízes devem muito trabalhar por trazer às partes a concórdia”. Igualmente, nas posteriores Ordenações Manuelinas (ano de 1513), Livro III, T. 15, P. 1º há a seguinte redação: “E no começo das demandas dirá o juiz [...] se devem de concordar [...] porque o vencimento da causa sempre é muito duvidoso”.

Nesta senda, o atual Código elevou tanto o mediador quanto o conciliador judicial ao nível de auxiliares da justiça (art. 149), funcionários que exercem atividades “em grau de importância equivalente à do próprio magistrado”¹³. Por outro lado, cabem-lhes igualmente os ônus, em simetria às benesses: os auxiliares da justiça também podem ser alvo de arguição de impedimento e de suspeição (art. 148, II), bem como se sujeitam à Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992).

Mais adiante, a Lei Processual em vigor dedicou seção exclusiva aos conciliadores e mediadores, dispondo sobre os Centros Judiciários de

13 DELLORE, Luiz et al. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Método. p. 568.

Solução Consensual de Conflitos – CEJUSCs, os princípios da conciliação e da mediação, a forma como se realizarão as sessões, a possibilidade de um novo mercado e grande oportunidade aos advogados: a criação de câmaras privadas, entre outros pontos. Por fim, sobreleva mencionar que o Código conta com dispositivo sobre a criação de câmaras de mediação e conciliação por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, o que não é novidade, mas serve perfeitamente como reforço à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos.

Outra expressão de retorno com força total dos métodos de solução de conflitos está no artigo 334 do atual Código de Processo Civil. Objeto de múltiplas discussões, o dispositivo determina a realização de audiência de conciliação ou de mediação como primeiro ato processual após o recebimento da petição inicial, estando ela nos conformes, *in verbis*: “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”.

Na vigência do Código anterior, a tentativa de conciliação das partes se dava na abertura da audiência de instrução e julgamento, o que até fazia algum sentido. O juiz, partindo para a fase de produção de provas, oferecia a oportunidade de resolução consensual, ao mesmo tempo em que alertava: “se não houver conciliação, eu serei obrigado a julgar, o que pode ser pior para uma das partes ou para as duas”.

Agora, conquanto a audiência de conciliação ou de mediação tenha sido trazida para o início do feito, não se verifica prejuízo à técnica comunicativa consistente em apresentar duas opções a alguém: uma aparentemente ruim ou arriscada e outra parcialmente favorável e boa. A tendência do optante, obviamente, é escolher a alternativa com menores riscos. Desse modo, há o oferecimento da composição, ao passo em que se sinaliza sobre os custos de uma demanda judicial, em tempo, gastos financeiros ou emocionais etc.

Ademais disso, a alteração trouxe vários benefícios – o maior deles é a economia processual. Caso haja *animus* de acordar, o réu não precisa sequer de apresentar resposta, findando o processo naquele exato momento do ajuste. Dessa forma, evitam-se vários atos processuais posteriores. O acordo é ali mesmo em audiência homologado, e menos um processo a tramitar. Não só é proveitoso para as partes, mas também para o sistema.

Outro ponto interessante é: um acordo tem muito mais chance de ser efetivado do que uma sentença. As próprias partes sabem quais suas limitações financeiras, seus gastos, suas disposições para renúncias e abstenções; antes de qualquer ato decisório, a parte, internamente, já sabe se vai ou não dar a ele cumprimento, ou mesmo reconhecer a impossibilidade de fazê-lo, podendo criar embaraços e impasses à sua execução. Ou seja, mais economia processual.

Além desses, curioso notar que a tripartição de poderes, relegando ao Judiciário a função de dirimir conflitos, mais parece voltada à evolução do Direito que a demandas repetitivas e mecânicas. Desenvolveu-se, parecem-nos, um aparato altamente profissionalizado e capacitado, que, ao fim e ao cabo, equivocadamente, tem lidado com processualismos e conflitos resolvíveis afora das Cortes.

José Renato Nalini defende “reservar o juiz para as novas questões, para as graves questões, para solucionar reais problemas, não a reiteração de pleitos idênticos e já solucionados”¹. Para tanto, há de haver uma mudança na mentalidade tanto do cidadão quanto dos operadores do Direito. É preferível a criatividade nos acordos à força impositiva da sentença.

Nesse contexto, a audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334 assume extrema relevância. Tanto o é que sua realização é regra, trazendo o próprio Código as exceções (mais abaixo tratadas), bem como impelindo multa de 2% do valor da causa à parte que não comparecer a ela injustificadamente.

Algumas hipóteses de não realização da referida audiência estão no § 4º do artigo 334. São elas: a) manifestação expressa de todas as partes nesse sentido, inclusive caso haja litisconsórcio e; b) quando não se admitir autocomposição. Além dessas, com vistas a rechaçar esta fase processual, são viáveis a prática de negócio jurídico processual (art. 190, CPC), assim como a comprovação de que as partes já se submeteram² ao procedimento em momento adjacente anterior³.

1 NALINI, José Renato. É Urgente Construir Alternativas à Justiça. *in Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Organizado por Fred Didier Jr.

2 Enunciado nº 29 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios – Conselho da Justiça Federal.

3 MAZZOLA, Marcelo. Dispensa da Audiência de Conciliação/Mediação: Seis Dribles e Dois Gols. Revista FONAMEC v. 1, nº 1. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://goo.gl/uKAJRrs>>. Acesso em: 14 out. 2017.

Em que pese sua obrigatoriedade, alguns juízes, ignorando o Código, não a têm realizado. Em 15/08/2016, o sítio eletrônico G1 trouxe a seguinte manchete “Juízes ignoram fase de conciliação e descumprem novo código: Novo Código de Processo Civil obriga juiz a marcar audiência de acordo. Magistrados alegam falta de estrutura e até morosidade para pular etapa”⁴.

No levantamento, alguns dos outros argumentos ofertados pelos juízes para a não marcação da audiência são: a falta de conciliadores; ausência de manifestação do autor demonstrando sua vontade de conciliar; postergar a audiência para outra fase processual. A fundamentação que mais foge à lógica é a de que a realização da audiência violaria a razoável duração do processo.

Evidentemente, compete ao juiz promover a autocomposição a qualquer tempo, independentemente da fase processual, conforme o artigo 139, V. Entretanto, não fosse a vontade do legislador a realização de audiência logo no início do processo, qual seria a utilidade do artigo 334? Mais que isso, tais alegações esvaziam o conteúdo normativo do dispositivo.

Em outra oportunidade⁵, firmou-se que o incentivo à solução consensual dos conflitos, por meio do diálogo entre os sujeitos do processo, incluindo o magistrado, tem lugar também no artigo 6º do Código de Processo Civil, no qual se lê: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tal dispositivo expressa o chamado princípio da cooperação, desde há muito presente em ordenamentos jurídicos alienígenas⁶.

O princípio da cooperação diz respeito, mais precisamente, à “postura bifronte do magistrado, paritário no diálogo, assimétrico na decisão”⁷. O julgador, segundo essa aceção, está, por vezes, em pé de igualdade com as partes na busca de uma solução para o conflito, em atitude colaborativa. Não só ele, mas também as partes, uma em relação à outra, bem como reciprocamente ao juízo devem contribuir para a construção de resultados positivos.

4 D'AGOSTINO, Rosanne. Juízes ignoram a fase de conciliação e descumprem o novo código. Disponível em: <<https://goo.gl/posgLC>>. Acesso em: 14 out. 2017.

5 BUZZI, Marco. O Princípio da Cooperação e a Audiência Prevista no Artigo 334 do Novo Código de Processo Civil. Revista FONAMEC v. 1, nº 1. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://goo.gl/uKAJR>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

6 Vide, nesse sentido, o artigo 7º do Código de Processo Civil Português; o artigo 16 do Code de Procédure Civile francês; o § 139 da Zivilprozessordnung alemã.

7 DELLORE, Luiz et al. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Método. p. 49.

Na atual mentalidade, não cabe mais ao juiz apenas observar com distanciamento o fenômeno social do processo judicial formalista⁸, mas, de outra banda, cumpre a ele agir ativamente no sentido de, em conjunto com as partes, dar o maior rendimento possível⁹ à causa. O dever de cooperação, tamanha dimensão, constitui “um dos pilares da nova legislação processual civil”¹⁰.

De acordo com essa concepção, pretende-se dar maior organicidade ao sistema instrumental, uma vez que o objetivo processual, comum e direcionado, é a resolução do conflito, a ser levada a efeito da forma mais pacífica possível, observando a colaboração. Não é unicamente por ser lide que deve obrigatoriamente ser destrutiva. Precisamente por este motivo não mais se pratica a autotutela.

A partir das explanações anteriores é possível concluir: o juiz há de designar a audiência de conciliação ou de mediação inicial, salvo nas excepcionais hipóteses legais.

Caso assim não o faça, comete afronta tanto ao artigo 334 do CPC quanto ao princípio da cooperação, por não colaborar com o resultado mais proveitoso possível do processo.

Referências

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*. Disponível em: <<https://goo.gl/strp5r>>.

Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão nº 1055412, 20161010047270APC*, Relator: ANA CANTARINO 8ª TURMA

CÍVEL, Data de Julgamento: 19/10/2017, Publicado no DJE: 25/10/2017. Pág.: 410/420.

8 TJDF – AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXTINÇÃO. ABANDONO. AUSÊNCIA DE EFETIVA DESISTÊNCIA. PROSSEGUIMENTO. [...] III – A alternativa mais razoável nesta hipótese é realmente o prosseguimento da execução, possibilitando-se a prestação jurisdicional de acordo com a efetividade processual, expurgando-se o excesso de formalismo, mesmo porque o sistema jurídico vigente pauta-se no princípio da cooperação e orienta a primazia da prolação de decisões de mérito. IV – Negou-se provimento ao recurso. (TJDF – Acórdão nº 1054600, 07085317220178070000, Relator: JOSÉ DIVINO 6ª Turma Cível, Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 27/10/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.) (destacou-se).

9 DELLORE, Luiz et al. Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 – Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Editora Método. p. 49.

10 TJDF – Acórdão nº 1055412, 20161010047270APC, Relator: ANA CANTARINO 8ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/10/2017, Publicado no DJE: 25/10/2017. Pág.: 410/420

_____.Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Acórdão nº 1054600, 07085317220178070000*, Relator: JOSÉ DIVINO 6ª Turma

Cível, Data de Julgamento: 18/10/2017, Publicado no DJE: 27/10/2017. Pág.: Sem Página Cadastrada.

BUZZI, Marco. O Princípio da Cooperação e a Audiência Prevista no Artigo 334 do Novo Código de Processo Civil. *Revista FONAMEC* v.1, nº 1. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://goo.gl/uKAJRrs>>. Acesso em: 14 out. 2017.

D'AGOSTINO, Rosanne. *Juízes ignoram a fase de conciliação e descumprem o novo código*. Disponível em: <<https://goo.gl/posgLC>>. Acesso em: 14 out. 2017.

DELLORE, Luiz *et al.* *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015*

– *Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo: Editora Método. p. 49.

MAZZOLA, Marcelo. *Dispensa da Audiência de Conciliação/Mediação: Seis Dribles e Dois Gols*. *Revista FONAMEC* v.1, nº 1. Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://goo.gl/uKAJRrs>>. Acesso em: 14 out. 2017.

A formação do operador do direito pelo prisma da autocomposição, a política pública e suas relações com a Mediação e Conciliação

Guilherme Bertipaglia Leite da Silva

Advogado. Formador de Instrutores e Instrutor em Mediação Judicial pelo Conselho Nacional de Justiça. Professor em Mediação e Negociação. Atuação especializada em soluções estratégicas de conflitos com ênfase em soluções negociadas e consensuais. Consultor em Mediação e Negociação para advogados e empresas. Mediador com atuação nacional. Docente na FAAP e Escola Paulista da Magistratura. Palestrante.

José Roberto Neves Amorim

Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP. Doutor e Mestre em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP. Advogado. Desembargador aposentando do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2011-2013). Coordenador do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – NUPEMEC (2013-2016). Autor de diversas obras Jurídicas.

Tratar do tema conflito é sempre desafiador, e traz consigo resultados brilhantes, por ter características intrínseca ao ser sociável, e assim como as pessoas, muitos conflitos tem identidade e características próprias.

O desafio fica ainda maior quando pensamos que poderíamos ser nós os envolvidos numa situação conflituosa e precisar de auxílio para resolvê-la. Por saber que queremos oferecer ao próximo o tratamento que gostaríamos de ter, elegemos esse tema e somos gratos pela sua companhia nesse texto que confeccionamos para compartilhar contigo.

As relações sociais são, por natureza, complexas, compostas de necessidades, interesses, emoções e além de diversos fatores como culturais, econômicos, biológicos e psíquicos. Portanto, espaço fértil para surgir a necessidade de acomodação de questões e, conseqüentemente, para o desenvolvimento de conflitos e disputas.

Naturalmente, quando uma ou mais questões, ou seja, um ou mais pontos a serem discutidos, não são resolvidos entre as pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, o caminho comum é buscar auxílio de terceiros para contribuir com uma solução, sendo comum a busca de um advogado, e um caminho naturalmente percorrido na cultura brasileira a judicialização dos conflitos, em outras palavras, a entrega do problema para que o Judiciário ofereça uma solução, que em regra ocorre por meio da sentença, e os números traçam um panorama desse cenário. A cultura da judicialização é notória e olhar para esse cenário é necessário.

Os dados publicados no Diário Oficial da União em 30 de agosto de 2017, seção 1, nº 167, página 58, por meio da Resolução nº 4, de 28 de agosto de 2017 da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que o Brasil tem 207.660.929 habitantes¹¹.

Segundo o Relatório Justiça em Números divulgado em 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no ano de 2016 o Poder Judiciário teve 29.351.145 casos novos que somados aos casos pendentes 79.662.896, totaliza 109.014.041 processos, ou seja, quase 110 milhões de processos em tramitação, e em complemento aos dados apresentados, o Poder Judiciário conta com a quantidade total de 18.011 magistrados¹².

Em 2010, o Brasil ganha de forma institucionalizada e regulamentada, um novo espaço dentro do Poder Judiciário para a solução de disputas, a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, também denominada Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que tem a finalidade de assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados de acordo com a natureza e peculiaridade de cada demanda, vale dizer, um lugar em que é possível um tratamento personalizado do conflito, já que as disputas tem características ímpares, regulamentação posteriormente ratificada e complementa-

11 Disponível em: <<https://goo.gl/JX6xBd>> e disponível em: <<https://goo.gl/6iSvbr>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2018.

12 *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília:

da pela Lei 13.105/2015, Código de Processo Civil (CPC) e pela Lei 13.140/2015, Lei da Mediação.

Em um breve parêntese sobre Políticas Públicas, frente à consulta de conceitos sobre políticas públicas de estudiosos do assunto, obtêm-se as definições seguintes: Lynn (1980) define como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos. Peters (1986) entende que política pública é a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos. E por fim, Dye (1984) define política pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”¹³.

Como ensinado pelo Manual de Mediação Judicial – 6ª Edição, CNJ, 2017.

A criação da Resolução 125 do CNJ foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros, bem como práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobre-endividamento, entre outras.

Nesse sentido, diante dos resultados positivos desses projetos piloto e diante da patente necessidade de se estabelecer uma política pública nacional em resolução adequada de conflitos o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 29 de novembro de 2010 a Resolução 125. Os objetivos desta Resolução estão indicados de forma bastante taxativa:

- i) disseminar cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de

13 DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984. LYNN Lynn, L.E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear. 1980. PETERS, B.G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986. PETERS, B.G. *The Politics of Bureaucracy*. White Plains: Longman Publishers. 1995. PETERS, B.G. “Review: *Understanding Governance: Policy Networks, Governance, Reflexivity and Accountability* by R. W. Rhodes”, *Public Administration* 76: pp. 408-509. 1998.

autocomposição (art. 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (art. 3º)¹⁴.

Essa Resolução do CNJ, de 29 de novembro de 2010, determinou aos Tribunais que criassem Núcleos (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), conforme previsão do art. 7º da Resolução 125 do CNJ com a finalidade principal de desenvolver a Política Pública no seu âmbito de atuação, dentre outras. Determinou também aos Tribunais que criassem os Centros ou CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), conforme previsão do art. 8º da Resolução 125 do CNJ, que têm natureza de “unidades do Poder Judiciário”, e não de juízos e/ou varas, com a finalidade principal de realizar ou fazer a gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estiverem a cargo dos conciliadores e mediadores e também responsáveis pelo atendimento e orientação ao cidadão, oferecendo ali um espaço adequado para acolher o cidadão que necessitar de uma informação ou orientação.

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

I – incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

II – propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com

entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução;

III – criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16)

IV – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16)

§ 1º A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Capítulo III, Seção II.

§ 3º Na hipótese de conciliadores, mediadores e Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação credenciadas perante o Poder Judiciário, os tribunais deverão criar e manter cadastro ou aderir ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 4º Os tribunais poderão, nos termos do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, excepcionalmente e desde que inexistente quadro suficiente de conciliadores e mediadores judiciais atuando como auxiliares da justiça, optar por formar quadro de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 5º Nos termos do art. 169, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, a Mediação e a Conciliação poderão ser realizadas como trabalho voluntário. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 6º Aos mediadores e conciliadores, inclusive membros das Câmaras Privadas de Conciliação, aplicam-se as regras de impedimento e suspeição, nos termos do disposto no art. 134, IV, do Código de Processo Civil de 1973; no art. 148, II, do Código de Processo Civil de 2015 e na Resolução CNJ

200/2015. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 7º Nos termos do art. 172 do Código de Processo Civil de 2015, o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)¹⁵

14 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016, p. 37.

15 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Consulta em 12 de fevereiro de 2018.

Art. 8º Os tribunais deverão criar os *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs)*, unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 2º Nos tribunais de Justiça, os Centros deverão ser instalados nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 3º Os tribunais poderão, enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos estados, implantar o procedimento de Conciliação e Mediação itinerante, utilizando-se de Conciliadores e Mediadores cadastrados. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 4º Nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, é facultativa a implantação de Centros onde exista um Juízo, Juizado, Vara ou Subseção desde que atendidos por centro regional ou itinerante, nos termos do parágrafo anterior. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 5º Nas Comarcas das Capitais dos Estados bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será concomitante à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 6º Os tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros Regionais, enquanto não instalados Centros nos termos referidos no § 2º, observada a organização judiciária local. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o

intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo.

§ 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em processos encaminhados de ofício ou por solicitação ao Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 9º Para efeito de estatística referida no art. 167, § 4º, do Novo Código de Processo Civil, os tribunais disponibilizarão às partes a opção de avaliar Câmaras, conciliadores e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

§ 10 O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores conterá informações referentes à avaliação prevista no parágrafo anterior para facilitar a escolha de mediadores, nos termos do art. 168, *caput*, do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 25 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16)¹⁶

A Política Pública é implementada com a finalidade de ofertar mais um mecanismo de solução de conflitos, que seja célere, atenda efetivamente aos interesses e necessidades dos envolvidos, permita a estruturação do consenso com base em um modelo de diálogo qualificado e adequado por meio da participação de profissional competente para tanto, ou seja, o conciliador e mediador, que deve por sua vez preencher os requisitos para atuar dentro do Poder Judiciário, além de competências e habilidades para tratar de conflitos sensíveis, oferecendo aos envolvidos um espaço acolhedor, de conforto e que permita aproximar as pessoas em disputa.

Pode-se dizer que Conciliação e Mediação são metodologias de solução de conflitos, com validação científica, embasadas por princípios, sendo eles distribuídos na Resolução 125/2010 do CNJ, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, devendo ser interpretados de modo que se integrem e não se excluam, já que tais normas compõem o microsistema da autocomposição. Os princípios que sustentam a metodologia da conciliação e mediação devem estar fundados também em pilares que garantam a qualidade dos trabalhos, sendo eles a Qualidade Técnica, Ambiental, Social e Ética¹⁷.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.).

As características da mediação contemplam um procedimento flexível, que revela seus princípios fundamentais, no entanto sua aplicação técnica e profissional é qualificada por métodos preparados e cientificamente comprovados com toda precisão e em razão dessa caracterização é considerada um mecanismo. Mecanismo de solução consensual de conflitos¹⁸.

Embora na doutrina haja diversas linhas de pensamento sobre o tema mediação e conciliação, pode-se afirmar que princípios sustentam uma ciência, e o artigo 166 do Código de Processo Civil vigente, traz os mesmos princípios para ambas, ou seja, elas são fundadas pelos mesmos pilares, indicando, portanto, se tratar da mesma ciência de solução de conflitos.

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.

§ 2º 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.

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais¹⁹. *(grifos nossos)*

Olhar para a formação desses profissionais é imprescindível, e de acordo com o Anexo I da Resolução 125/2010 do CNJ, que trata das Diretrizes Curriculares, a formação dos profissionais é comum, havendo diferenças na sua atuação.

Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016, p. 107.

18 Escola Paulista da Magistratura. Silva, Guilherme Bertipaglia Leite da. Aula prática no Curso de Formação e Aperfeiçoamento de Conciliadores e Mediadores. 2017.

19 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/F4qSZq>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

ANEXO I

DIRETRIZES CURRICULARES

(Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

(Aprovadas pelo Grupo de Trabalho estabelecido nos termos do art. 167, § 1º, do Novo Código de Processo Civil por intermédio da Portaria CNJ 64/2015)

O curso de capacitação básica dos terceiros facilitadores (conciliadores e mediadores) tem por objetivo transmitir informações teóricas gerais sobre a conciliação e a mediação, bem como vivência prática para aquisição do mínimo de conhecimento que torne o corpo discente apto ao exercício da conciliação e da mediação judicial. Esse curso, dividido em 2 (duas) etapas (teórica e prática), tem como parte essencial os exercícios simulados e o estágio supervisionado de 60 (sessenta) e 100 (cem) horas²⁰ (grifos nossos)

No Brasil, em momentos passados, houve diferenças de capacitação de profissionais, assim como práticas autocompositivas isoladas em diversos Tribunais. A Resolução 125/2010 veio para *organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública*, e uma das organizações e uniformizações trazidas é quanto à formação dos profissionais da autocomposição, denominados “terceiros facilitadores”, deixando clara a formação ser uniforme para esses profissionais²¹.

O legislador faz diferença quanto às aplicações da ciência autocompositiva com atuação de *terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a solucionar suas questões*, mas não com relação à ciência da autocomposição (conciliação e mediação).

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. 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. (Lei da Mediação)²²

10. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em <<https://goo.gl/fjVSuQ>>. Acesso em 23 de dezembro de 2017.

21 Ibidem.

22 BRASIL. Lei da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solu-

O Código de Processo Civil (CPC), no seu artigo 165 deixa clara a diferença entre o “Conciliador” e o “Mediador”, respectivamente tratados no artigo 165, §2º e 3º ambos do CPC, principalmente quanto a atuação, quando, após a expressão “conciliador” e após a expressão “mediador”, faz menção a atuação desses profissionais.

Profissionais esses, cujas atividades tem natureza jurídica de Auxiliares de Justiça por força da disposição do artigo 149 do Código de Processo Civil.

CAPÍTULO III

DOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

Art. 149 São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias²³.

Ao olharmos para modelos estrangeiros de autocomposição semelhantes ao nosso, vemos características muito semelhantes, mantendo o cerne de um modelo que ao redor do mundo recebe o nome de Mediação. No Brasil, apenas, faz-se menção aos dois nomes Mediação e Conciliação.

Em síntese, o legislador trata mediação e conciliação de maneira conjunta e interligada, com os mesmos princípios, indicando tratar-se da mesma ciência que pode ser usada ou aplicada de diferentes formas pelo profissional, seja ele mediador ou conciliador.

SEÇÃO V

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.

ção de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/Ckvcyg>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

23 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/F4qSZq>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

§ 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 mútuos²⁴. (*grifos nossos*)

Cabe ainda destacar que o Código de Processo Civil quando menciona os verbetes “conciliação” e “mediação” traz quase em sua totalidade as duas expressões de modo conjunto, não fazendo, em qualquer lugar, distinção entre as metodologias. Como técnica legislativa se quisesse diferenciar o faria, assim como fez com a atuação dos profissionais, e tantos outros institutos ao longo do diploma processual, explicando e segmentando as diferenças.

Ainda sobre os princípios alusivos ao tema, temos que a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça traz, no art. 1º, do Anexo III, que trata do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, os seguintes princípios que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais, sendo a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação. Cabendo aqui um olhar para os princípios no que se refere claramente à atuação dos profissionais da autocomposição²⁵.

O Código de Processo Civil revela no seu artigo 166 que *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 informada²⁶.

24 Ibidem

25 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Resolução nº 125*, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/fjVSuQ>>. Acesso em 23 de dezembro de 2017.

26 BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em:

A Lei de Mediação destaca em seu artigo art. 2º que a *mediação será orientada pelos seguintes princípios*: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé²⁷.

No campo autocompositivo, o modo de manejo do conflito por todos os envolvidos na relação de disputa e dos demais participantes é diferente do heterocompositivo, já que na autocomposição o olhar volta-se, principalmente, para aquilo que os envolvidos gostariam de construir no presente e organizar para o futuro, tendo com isso, o poder de planejar e estruturar o que querem, quem contribuirá, por qual motivo querem, quando querem, onde querem e como querem. Há de fato poder de mudança nas mãos dos envolvidos. Já, no modelo heterocompositivo, o olhar volta-se principalmente para os fatos e para as provas, ou seja, para o passado, e embora as pessoas possam mudar como percebem e sentem o passado, não há tecnologia ou forma de mudar os fatos que ocorreram.

Eis aqui um pilar basilar da autocomposição que é a real possibilidade de ajustar como as questões acontecerão, ou planejar como as pessoas querem que aconteçam, arquitetando de comum acordo. E para tal engendramento os envolvidos contam com a atuação de profissional que deve ser qualificado para tanto, com treinamento adequado para o caso que for atender. O profissional da autocomposição lida com pontos sensíveis da vida e do conflito, devendo conhecer seus limites pessoais e profissionais.

Ofertar às partes poder de decisão, em outras palavras, controle, é um mecanismo de oferecer qualidade de vida e sensação de vitalidade, contribuindo para além da solução do conflito. Isso é o que indicam neurocientistas que estudaram perdas como financeiras e a consequente falta de controle sobre tais investimentos. Shawn Achor, no livro *O Jeito HARVARD de Ser Feliz* cita pesquisa de Jason Zweig:

Neurocientistas descobriram que perdas financeiras, na verdade, são processadas nas mesmas áreas do cérebro que reagem a um perigo mortal. Em outras palavras, reagimos a lucros em queda e

a reduções na reserva para a aposentadoria da mesma forma como os nossos ancestrais reagiam diante de um tigre-dentes-de-sabre²⁸.

O Código de Processo Civil quando trata das Normas Fundamentais do Processo Civil determina que os meios de solução consensual sejam estimulados pelos profissionais que atuam no ambiente processual, sejam juízes, advogados, defensores públicos ou membros do Ministério Público, vejamos,

Art. 3º 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 judicial²⁹. (*grifos nossos*)

Fator relevante no cenário processual é o real e prático estímulo dos métodos de solução consensual. Para que tais profissionais invistam, promovam e incentivem de fato as soluções consensuais, como a negociação, a conciliação e mediação e outras práticas, precisam primeiro conhecer como realmente funcionam, sendo esse considerável desafio em razão do perfil das formações técnicas do Direito, comuns para tais profissionais, em regra voltada para o processo, cujo profissional é forjado na arte de manusear o processo.

Tratar da formação dos profissionais do direito, direciona o olhar para as grades curriculares que são, em regra, recheadas de créditos e matérias voltadas para o uso do instrumento processo e do instrumento direito, e poucas ou raras delas voltada para as soluções consensuais.

As soluções consensuais, como a negociação, conciliação e mediação, devem ser tratadas como mais uma ferramenta essencial para o profissional operador do direito, devendo ter destreza no seu manuseio, aplicando-a de forma tecnicamente adequada.

<<https://goo.gl/F4qSZq>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

27 BRASIL. Lei da Mediação. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/Ckvcyg>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

28 ACHOR, Shawn; WOODCOCK, Neil. O Jeito HARVARD de ser Feliz. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 146.

29 BRASIL. Código de Processo Civil. *Lein*º 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/F4qSZq>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

O Poder Judiciário, onde são submetidos inúmeros conflitos já instalados e em potencial, deve ser visto como um hospital de relações sociais que carecem de cuidado e são até ali levadas para tratamento e atenção de acordo com a natureza e a peculiaridade de cada caso, isso é o que preconiza a Política Judiciária Nacional de Tratamento consagrada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

CAPÍTULO I – DA POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES

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 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)³⁰. (grifos nossos)

O tratamento ofertado nos casos submetido aos operadores do direito, será influenciado naturalmente pela formação do profissional do Direito que traz no seu bojo a visão litigante, com foco no processo, o que fica claro ao observarmos o previsto na Resolução CNE/CES nº 9, de 29 de setembro de 2004, que instituiu as Diretrizes Curriculares do Curso de Graduação em Direito, Bacharelado, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior em sua organização curricular.

O artigo 4º e 5º da mencionada Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE)³¹, na Câmara de Educação Superior (CES), indicam, na sua essência, respectivamente, as habilidades e competências mínimas que se exige do profissional do direito e a Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam a determinados eixos, a seguir transcritos.

30 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/fjVSuQ>>. Acesso em 23 de dezembro de 2017.

31 RESOLUÇÃO CNE/CES Nº 9, DE 29 DE SETEMBRO DE 2004. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. Disponível em: <<https://goo.gl/PzgJgG>>. Consulta em 15 de fevereiro de 2018.

Art. 4º O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, *pelo menos, as seguintes habilidades e competências*:

- leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
- interpretação e aplicação do Direito;
- pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
- adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
- correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
- utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
- julgamento e tomada de decisões; e
- domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito.

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que *atendam aos seguintes eixos interligados de formação*:

- Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia.
- Eixo de Formação Profissional, abrangendo, além do enfoque dogmático, o conhecimento e a aplicação, observadas as peculiaridades dos diversos ramos do Direito, de qualquer natureza, estudados sistematicamente e contextualizados segundo a evolução da Ciência do Direito e sua aplicação às mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais do Brasil e suas relações internacionais, incluindo-se necessariamente, dentre outros condizentes com o projeto pedagógico, conteúdos essenciais sobre Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Civil, Direito Empresarial, Direito do Trabalho, Direito Internacional e Direito Processual; e

– Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares. (*grifos nossos*)

Notório, portanto, que a formação do profissional do Direito ainda não contempla explicitamente os mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a negociação, conciliação e mediação, essenciais para o operador que tem como grande parte da sua matéria prima de trabalho os conflitos inter-relacionais.

As diretrizes curriculares por sua vez, não vedam que as instituições incluam, como eletivas em suas *grades, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devendo os conteúdos*³² ser incluídos, o que as melhores instituições tem demonstrado fazer, contemplando tais assuntos com carga horária compatível com o desenvolvimento de competências e habilidades autocompositivas.

A formação do profissional do direito, como regra presente no Sistema de Justiça, tem impacto substancial nas condições do tratamento oferecidos aos conflitos, acerca da formação cumpre trazer luz para a realidade evidenciada pelo Censo da Educação Superior de 2016, do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), publicado em 2017, e os números revelam que no Brasil:

- a) tem no total 1.184 cursos de Direito, sendo 169 cursos de instituições públicas e 1.015 de instituições privadas;
- b) o total 862.324 matrículas no curso de Direito, sendo 89.393 matrículas em instituições públicas e 772.931 em instituições privadas;
- c) o total 107.909 concluintes do curso de Direito, sendo 12.206 em instituições públicas e 95.703 em instituições privadas;
- d) o total 245.956 vagas novas são oferecidas nos cursos de Direito, sendo 19.597 em instituições públicas e 226.359 em instituições privadas, com uma quantidade total de 1.204.636 candidatos inscritos para vagas novas, sendo 459.475 candidatos inscritos em instituições públicas e 745.161 candidatos inscritos em instituições privadas.

Em detalhes, os dados acima estão distribuídos nos estados brasileiros conforme tabela abaixo³³:

Tabela

Estado	Cursos	Matrículas	Concluintes	Vagas novas oferecidas	Candidatos inscritos para vagas novas
São Paulo	230	172.337	20.877	61.487	237.570
Minas Gerais	151	101.122	13.166	28.077	130.099
Paraná	90	53.029	7.550	15.265	84.193
Rio de Janeiro	90	74.321	8.249	22.295	120.192
Rio Grande do Sul	86	50.879	6.486	14.624	43.844
Santa Catarina	62	34.733	4.572	9.743	26.435
Bahia	61	42.938	4.904	12.890	78.083
Goiás	47	37.216	5.437	10.849	47.881
Pernambuco	37	32.839	4.342	8.232	32.495
Espírito Santo	32	18.211	2.057	5.070	25.848
Mato Grosso	31	23.718	2.725	7.605	35.053
Distrito Federal	28	31.795	3.969	9.085	41.853
Piauí	27	16.241	2.262	3.209	14.036
Ceará	25	28.912	3.094	4.828	34.726
Maranhão	22	18.046	2.036	3.927	39.429
Pará	22	18.597	2.347	3.896	32.581
Mato Grosso do Sul	20	15.159	1.743	3.510	28.463
Paraíba	20	17.532	2.411	4.609	20.710
Alagoas	18	11.526	1.503	2.942	13.831
Rio Grande do Norte	17	11.728	1.482	3.170	15.546
Tocantins	16	9.952	1.220	2.317	20.501
Amazonas	13	10.443	1.365	2.626	35.343
Rondônia	12	8.524	1.171	2.053	7.262
Sergipe	10	10.990	1.328	1.640	10.527
Amapá	7	6.032	775	1.175	11.209
Acre	5	2.259	440	422	9.369
Roraima	4	3.245	398	410	7.557
Distância	1	—	—	—	—
Total	1.184	862.324	107.909	245.956	1.204.636

De acordo com os dados do INEP, temos que apenas no ano de 2016, quase 108 mil profissionais do direito no Brasil, sendo que nos estados de São Paulo e Minas Gerais, mais de 34 mil, concluíram seus cursos de

32 BRASIL. Artigo 3º. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/F4qSZq>>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

33 INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA.

SIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Superior 2016. Inep, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/FNw3k8>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

direito com o perfil indicado, sendo urgente a inclusão desses métodos nas grades curriculares.

O Código de Processo Civil deixa claro que os profissionais do direito, (*juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público*), tem o dever de estimulá-las, *inclusive no curso do processo judicial*, ou seja, antes do processo (no momento pré-processual, podendo fazer o uso dos CEJUSCs, de Câmaras Privadas, de Mediadores privados, da contratação de profissionais qualificados para que estruturem um modelo de solução pela via consensual), no curso do processo e após o processo se for o caso. Nesse sentido é certo que deverão estimular tais mecanismos também no ambiente acadêmico, já que grande parte dos docentes da graduação em direito exercem alguma das atividades elencadas no Código de Processo Civil vigente.

Primordial mencionar também a necessidade da estruturação adequada do modelo de ensino dos meios de solução consensual dos conflitos. A metodologia de ensino deve refletir o cenário autocompositivo, baseando-se num modelo de desenvolvimento efetivo de habilidades e competências e não apenas sensibilizar os alunos da graduação para que compreendam a importância desses mecanismos. A experiência da mediação no Brasil tem mostrado aos autores que alguns treinamentos não formam mediadores efetivamente, que de fato auxiliam e estimulam as partes em conflito caminharem rumo às soluções que lhes satisfaçam.

Dentre tais habilidades, ensina André Gomma de Azevedo, e transcreve-se parte do lecionado, as *Competências cognitivas* quanto ao conflito, que são, em síntese, aquelas referentes à forma como se adquire consciência quanto ao conflito propriamente dito, ao modo como este se forma e suas características intrínsecas; as *competências perceptivas*, que são, em síntese, aquelas referentes à forma como se apreende ou se percebe o contexto fático-conflituoso ao qual se está sendo exposto, ou seja, sob qual perspectiva se olhará para o conflito; as *competências emocionais*, que, em síntese, são aquelas referentes à forma como se processa ou metaboliza o conjunto de estímulos emocionais ao qual se está sendo exposto; as *competências comunicativas* que são, em síntese, aquelas referentes à forma como se transmite o conjunto de mensagens pretendido ou intencionado; as *competências de pensamento criativo* são, em síntese, aquelas referentes à forma como se desenvolvem soluções para problemas concretos ou hipotéticos e consistem essencialmente em

estimular a busca de soluções por intermédio de caminhos inovadores, originais ou alternativos; as *competências de negociação* são, em síntese, aquelas referentes à forma como se utilizam instrumentos de persuasão ou de negociação e consistem essencialmente em compreender a teoria de negociação e conseguir aplicá-la no cotidiano; e as *habilidades de pensamento crítico*, que em síntese, são aquelas referentes à forma como se escolhe uma ou mais das diversas soluções encontradas para problemas concretos ou hipotéticos e consistem, essencialmente, em estimular a escolha consciente diante das várias soluções possíveis³⁴; além de outras competências e habilidades possíveis e desejadas.

Tais competências e habilidades são essenciais ao profissional que trabalha com conflitos, com interesses, necessidades, objetivos, emoções, sentimentos, basicamente com pessoas, sejam eles advogados, juízes, defensores públicos, membros do Ministério Público, conciliadores e mediadores ou demais profissionais do direito. Com essa exposição, não se deseja que todos os profissionais elencados sejam efetivamente mediadores, mas que minimamente dominem habilidades de solução consensual de conflitos que se complementam ao processo judicial aprendido, para que ofereçam de fato um tratamento adequado às pessoas que forem por eles atendidas.

Francesco Carnelutti, um dos mais eminentes advogados e juristas italianos e o principal inspirador do Código de Processo Civil italiano ensina que “O advogado é o primeiro juiz da causa”.

Carnelutti indica a necessidade de o advogado fazer o primeiro juízo de valor atinente ao caso concreto, a primeira análise da causa. Análise que passa pela verificação, inclusive acerca da natureza e das peculiaridades que individualizam o caso concreto.

Conhecendo a realidade do caso cabe ao profissional buscar o mecanismo de solução que melhor atenda às necessidades do seu cliente, e para que possa considerar o uso dos meios autocompositivos, além de conhecê-los, é imprescindível que esteja confortável com o modo de funcionamento, a dinâmica e as características do método para desenvolver sua atividade nesse modelo com conforto e segurança.

Alguns dos motivos que direcionam a escolha da mediação por bons profissionais, em casos adequados aos métodos, passam por diver-

34 Políticas públicas para formação de mediadores judiciais: uma análise do modelo baseado em competências. André Gomma de Azevedo. Revista Meritum – Belo Horizonte – v. 7 – nº 2 – pp. 103-140 – jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/xbpeXo>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

sos pontos, entre eles: a preocupação em ofertar um mecanismo que tem alto índice de solução ao seu cliente; oferecer controle ao advogado e ao cliente das decisões ali tomadas em razão dos princípios norteadores da conciliação e mediação já mencionados e, nesse sentido, ter decisões que são baseadas na realidade fática e não só na realidade processual (como é comum no modelo tradicional do processo judicial), principalmente em razão de as partes conhecerem sua realidade e seus limites, sejam eles econômicos, emocionais, documentais, entre outros; conforto em querer ou não participar e se vincular a uma decisão construída pelos próprios envolvidos, já que deve prevalecer a autonomia de vontade das partes; a redução do tempo de solução da demanda, e consequente recebimento dos honorários, tema que será abordado a seguir; a confidencialidade e sigilo, zelando pela não exposição dos envolvidos; redução de custos, e se empresa, inclusive, zelo pela imagem da instituição, possibilidade de na sessão ou audiência²⁵ de conciliação e mediação construir uma imagem positiva para com a outra parte visando o bom relacionamento, seja ele pessoal, institucional ou profissional; redução do desgaste emocional já que as partes são detentoras do poder de decisão sobre suas questões e o trabalho de mediação deve acontecer num espaço de segurança para os participantes.

O papel e a atuação do advogado é essencial nos métodos de solução consensual de conflitos, e o Código de Ética e Disciplina (CED) da OAB (Resolução nº 02/2015, publicado no DOU, 04.11.2015, S. 1, 77), trata como dever do advogado estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios, conforme disposição do artigo 2º do CED OAB³⁵,

Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes.

Parágrafo único. São deveres do advogado:

I – preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo caráter de essencialidade e indispensabilidade da advocacia;

II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veraci-

dade, lealdade, dignidade e boa-fé;

III – velar por sua reputação pessoal e profissional;

IV – empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional;

V – contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

– VII desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica;

– VIII abster-se de:

a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente;

b) vincular seu nome ou nome social a empreendimentos sabidamente escusos; (NR)

c) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;

d) entender-se diretamente com a parte adversa que tenha patrono constituído, sem o assentimento deste;

e) ingressar ou atuar em pleitos administrativos ou judiciais perante autoridades com as quais tenha vínculos negociais ou familiares;

f) contratar honorários advocatícios em valores aviltantes.

IX – pugnar pela solução dos problemas da cidadania e pela efetivação dos direitos individuais, coletivos e difusos;

X – adotar conduta consentânea com o papel de elemento indispensável à administração da Justiça;

XI – cumprir os encargos assumidos no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil ou na representação da classe;

XII – zelar pelos valores institucionais da OAB e da advocacia;

XIII – ater-se, quando no exercício da função de defensor público, à defesa dos necessitados.

O advogado deve ofertar ao seu cliente os caminhos possíveis e adequados para a tentativa de solução do caso concreto e para tanto cobrar seus honorários. O uso da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos é, em grande parte das vezes, um caminho mais vantajoso por ser mais rápido, mais confortável, com menos

³⁵ Ibidem

desgaste emocional, com mais poder e controle sobre as decisões, já que ali participam apenas se quiserem e deve prevalecer a vontade das partes, e caso uma das partes não queira continuar não há obrigatoriedade de permanecer no procedimento de mediação, que será encerrado, sem prejuízo para as partes. A conciliação e mediação oferecem um caminho em que, caso as partes queiram desistir, podem o fazer sem que tenha qualquer prejuízo. Eis aqui uma gritante vantagem, com altas possibilidades de construir um acordo que atenda plenamente os interesses e necessidades dos envolvidos.

O Código de Ética e Disciplina veda a diminuição dos honorários ajustados em decorrência da solução extrajudicial, seja pela via da negociação, da conciliação e mediação ou outros métodos de solução consensual de conflitos, conforme disposto no artigo 48 do CED OAB. O profissional da advocacia tem base normativa para garantir seus honorários no mesmo parâmetro que na via da judicialização¹.

CAPÍTULO IX

DOS HONORÁRIOS PROFISSIONAIS

Art. 48 A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito.

§ 1º O contrato de prestação de serviços de advocacia não exige forma especial, devendo estabelecer, porém, com clareza e precisão, o seu objeto, os honorários ajustados, a forma de pagamento, a extensão do patrocínio, esclarecendo se este abrangerá todos os atos do processo ou limitar-se-á a determinado grau de jurisdição, além de dispor sobre a hipótese de a causa encerrar-se mediante transação ou acordo.

§ 2º A compensação de créditos, pelo advogado, de importâncias devidas ao cliente, somente será admissível quando o contrato de prestação de serviços a autorizar ou quando houver autorização especial do cliente para esse fim, por este firmada.

§ 3º O contrato de prestação de serviços poderá dispor sobre a forma de contratação de profissionais para serviços auxiliares, bem como sobre o pagamento de custas e emolumentos, os quais, na ausência de disposição em contrário, presumem-se devam ser atendidos pelo cliente. Caso o contrato preveja que o advogado antecipe tais despesas, ser-lhe-á lícito reter o respectivo valor atualizado, no ato de

prestação de contas, mediante comprovação documental.

§ 4º *As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.*

§ 5º *É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.*

§ 6º Deverá o advogado observar o valor mínimo da Tabela de Honorários instituída pelo respectivo Conselho Seccional onde for realizado o serviço, inclusive aquele referente às diligências, sob pena de caracterizar-se aviltamento de honorários.

§ 7º O advogado promoverá, preferentemente, de forma destacada a execução dos honorários contratuais ou sucumbenciais.

A política pública vem para ofertar não apenas ao cidadão, mas também ao advogado um espaço dentro do Poder Judiciário para que ele possa levar seu cliente, receber um atendimento acolhedor, com profissionais qualificados, que o valorize e valorize seu cliente, e, em tendo uma composição, possa ter todo o aparato necessário para sair com um acordo homologado, portanto com uma sentença. Sentença essa que registre a decisão confeccionada pelos próprios envolvidos dentro dos seus limites e daquilo que eles queiram efetivamente resolver.

É natural que desafios iniciais apareçam, estamos tratando de normas sobre o tema recentes, a Resolução do CNJ, de 2010, a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil, de 2015, e carecerão de um tempo até que seja implementada efetivamente em todo território nacional, devendo ser considerada a extensão territorial e os desafios de implementação. Se compararmos com outros diplomas legais veremos que o Código Penal vigente é datado de 1940, o Código de Processo Penal de 1941, o Código Comercial de 1850, embora tenha tido sua primeira parte revogada pelo Código Civil de 2002, tem a segunda parte ainda vigência, o Código Tributário Nacional de 1946, o Código Eleitoral de 1965, o Código Penal Militar de 1969, o Código de Processo Penal Militar também de 1969, o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, o Código de Defesa do Consumidor que inovou em muitos aspectos é de 1990, a Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social é de 1991. Já os mais atuais têm alguns anos de vigência como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de 1995, Lei da Arbitragem de 1996, o Código de Trânsito Brasileiro de 1997 (alterado em 2014), Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

1 BRASIL. CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução nº 02/2015. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Publicado em DOU, S.1, 04.11.2015, p. 77.

no âmbito da Justiça Federal de 2001, o Código Civil de 2002, o Estatuto do Idoso de 2003 e o denominado Código Florestal de 2012.

O profissional da advocacia e demais operadores do direito quando trabalham na via autocompositiva está garantido para não diminuir seus honorários, todavia, poderia este profissional aumentá-los já que está ofertando uma solução que se se comparada com a judicialização é certamente mais célere, com menores custos financeiros (demora, juros, etc...) e emocionais e com a real possibilidade de construção de um consenso que efetivamente atenda aos interesses e necessidades do seu cliente. Real possibilidade que pode ser verificada com os índices e estatísticas de trabalhos de autocomposição que chegam a altos níveis de composição. Tais índices e estatísticas dependem fortemente do perfil dos casos, das partes envolvidas, dos participantes (partes, advogados, mediadores), do espaço, da qualificação técnica dos profissionais da autocomposição, da adequação da metodologia adotada aos casos concretos, dentre outros.

Para tanto, o cliente deve compreender o que cada método de solução de conflito pode ou não oferecer a ele.

A experiência pelo Brasil ao ministrar treinamentos para advogados, escritórios e empresas, permite afirmar que profissionais treinados em mecanismos autocompositivos caminham no sentido de buscar a negociação direta com a parte ou com as partes em conflito, com atuação qualificada e arranjada em modelos negociais, após, em não tendo os resultados esperados e que satisfaçam aos interesses dos envolvidos, a busca pela conciliação e mediação com atuação de profissionais qualificados com competências e habilidades autocompositivas desenvolvidas, e em não tendo suas expectativas atendidas, então buscando uma estrutura de solução heterocompositiva, seja pela via da arbitragem ou da judicialização. Podemos asseverar, com segurança, a necessidade da disseminação e expansão da cultura da pacificação, por meio dos métodos adequados de solução de conflitos, autocomposição, agora expressamente previsto, quer no novo Código de Processo Civil, que na Lei de Mediação, diplomas de vanguarda, que devem influenciar sobremaneira o operador do direito que deseja participar da evolução e modernidade do mundo jurídico.

A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos

Valeria Ferioli Lagrasta

Juíza de Direito; pós graduada em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos pela Escola Paulista da Magistratura (2009); formadora da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; Formadora de Mediação do Conselho Nacional de Justiça.

Crise do judiciário

Hoje, vivemos uma crise no judiciário, devido a vários fatores, como morosidade, falta de investimento em estrutura e pessoal, capacitação de servidores, que acabam gerando o descrédito.

Por outro lado, grande parte da crise também se deve à judicialização dos conflitos, muitas vezes, por ineficiência da Administração Pública, encontrando-se o Estado entre os maiores demandantes e demandados, mas também à expansão de órgãos como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Ordem dos Advogados do Brasil, com a ampliação da assistência judiciária aos economicamente necessitados, além de problemas de ordem econômica e política.

A verdade é que o Poder Judiciário tem convivido com a multiplicação de processos:

- Em 1988 (data da promulgação da Constituição Federal) havia, segundo banco de dados do Judiciário, 350 mil processos em andamento;
- Dez anos mais tarde, já eram 17,5 milhões;
- Hoje, são 106 milhões de processos, com ingresso de 28 milhões de novos processos ao ano!

Em 27 anos o número de processos se multiplicou 80 vezes, enquanto o número de juízes apenas quadruplicou, de 4.900, para 17 mil, hoje (8 juízes para cada 100 mil habitantes)¹.

Há excesso de judicialização em vários âmbitos, inclusive, na política, sendo que na área da saúde, a situação não é diferente.

Existem atualmente, 330 mil casos ajuizados contra o Sistema Único de Saúde, apenas nos Estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo, concentrando-se 114 mil casos somente no Rio Grande do Sul.

Apenas no Estado de São Paulo, a Secretaria de Estado da Saúde teve que responder, desde 2010, a 79.557 ações judiciais, cumprindo atualmente (dados de 2017) cerca de 47 mil condenações, com um gasto anual estimado de um bilhão de reais, sendo 69% dessas ações para atender pedidos oriundos de médicos da rede privada e 482 ações

E os pedidos são os mais variados, desde obtenção de medicamentos, até internações e cirurgias de emergência.

E, claro que os casos não se limitam a demandas propostas contra o Estado, encontrando-se entre os grandes litigantes, muitas empresas de planos de saúde, que acabam congestionando os Foruns, os Tribunais e, principalmente, os Juizados Especiais Cíveis.

Esse protagonismo, de um lado é bom, pois reflete o conhecimento dos direitos pelos cidadãos e o acesso à justiça, ou seja, significa que a sociedade está entregando seus pleitos ao Judiciário, como canal de afirmação da cidadania. Mas por outro lado é ruim, pois congestionam, sendo atualmente a taxa de congestionamento de 70%.

Em outras palavras, a ampliação do acesso à justiça é importante e condenar a judicialização é um retrocesso democrático e um golpe contra a cidadania, mas além de permitir que as pessoas ingressem no Judiciário, é necessário permitir que elas consigam sair (ideia do Tribunal Multi Portas: uma grande porta de entrada, com acesso amplo, e várias portas de saída, não só a sentença, mas também a conciliação, a mediação, a arbitragem, etc.); ou que nem ingressem, por conseguir solucionar seus conflitos antes, através dos métodos consensuais de solução de conflitos.

Percebe-se, por outro lado, que estamos numa fase de transição do que pode se chamar “cultura da sentença” para “cultura da pacificação”.

¹ Dados extraídos de entrevista com o Ministro Luiz Felipe Salomão, “Em 27 anos, número de processos se multiplicou em 80 vezes, diz ministro do STJ”, Disponível em: <<https://globo5x5sy>>. Julia Afonso, 20/06/2016.

O povo brasileiro, pela sua cultura, é um povo dependente de autoridade: ao invés de decidir seus conflitos pelo diálogo, prefere que um terceiro, no caso, um juiz, resolva os conflitos impondo uma decisão (a sentença) que, na maioria das vezes, deixa pelo menos, uma das partes descontentes, quando não, as duas, o que gera a execução e os recursos.

E isso se deve ao fato de que a sentença resolve apenas a parcela da lide levada a juízo, ou em outras palavras, resolve o processo, mas não o conflito.

Melhor explicando, a sentença resolve a controvérsia jurisdicional, que reflete as posições das partes, que são levadas a juízo, na inicial e na contestação e, ainda, através de um intermediário, que é o advogado. Mas não resolve a controvérsia social, o verdadeiro conflito, que reflete os interesses e necessidades das partes, e que fica encoberta pela controvérsia jurídica, como a base de um iceberg.

E, por isso, ou seja, por não resolver o conflito no seu âmago, a sentença não pacifica as partes.

Então, pode-se concluir que a pacificação social apenas é atingida quando se utilizam os métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação, pois estes atingem a controvérsia social e, portanto, são capazes de solucionar o conflito de forma definitiva.

Devido a essa percepção e à própria crise da Justiça e sua morosidade, busca-se, hoje, o resgate dos métodos consensuais de solução de conflitos, que diferentemente do que parece, não são novos, e já foram utilizados em grande escala, em diferentes fases ligadas à própria forma de organização da sociedade.

Nas tribos indígenas, por exemplo, as famílias se organizam em ocas, em círculo e voltadas para o centro, e nelas, o ancião, no caso, o cacique resolve os conflitos por mecanismos informais.

Concluindo, face a sobrecarga do sistema judiciário e sua consequente ineficiência, surge hoje a necessidade de resgate dos meios informais ou consensuais de solução de conflitos, pois o acesso à Justiça, como “acesso à ordem jurídica justa”, como costuma dizer o Professor Kazuo Watanabe, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário (o que, em grande parte foi resolvido com a Assistência Judiciária Gratuita e os Juizados Especiais) mas significa também a possibilidade de sair dele, com a obtenção de uma solução célere, justa, adequada e efetiva para o conflito.

Nota-se, assim, que não apenas na área da saúde, mas em todos os âmbitos, estamos numa fase de transição da “cultura da sentença” para a “cultura da pacificação”, havendo várias iniciativas nesse sentido, como a inclusão da mediação no processo civil (Lei nº 13.105/2015

Novo Código de Processo Civil), e na Administração Pública (Lei nº 13.140/2015 – Lei de Mediação), sendo a principal delas, o advento da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, que permitiu a utilização da mediação e da conciliação, tanto dentro do processo, quanto em fase anterior a ele, fase pré-processual, evitando assim, a judicialização dos conflitos.

Então, apesar dos métodos consensuais de solução de conflitos não serem a solução para a crise do Judiciário, esta passa pela adoção e o estudo daqueles.

Direito à saúde: direito constitucional

A Constituição Federal prevê a saúde como direito social básico de todas as pessoas e dever do Estado, alçando-o a direito fundamental, aplicável de plano, e garantindo, dessa forma, o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

“Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Observa-se, portanto, que ao refundar a República do Brasil em 1988, os Constituintes elencaram a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da democracia instalada (CF, art. 1º). Arrolaram como objetivos fundamentais da nova República: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e, ainda, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

(CF, art. 3º). Ora, aqueles que se propõem a cumprir esses objetivos, com tais princípios, devem criar condições que permitam e favoreçam o desenvolvimento integral de pessoa, portanto, a viabilidade da vida, que implica, dentre outras coisas, a promoção, a defesa e a recuperação da saúde individual e coletiva. Por isso, a saúde ganhou tratamento especial na Constituição, com seção própria e ênfase no acesso universal e igualitário às ações e serviços.

Em outras palavras, o artigo 196 da CF/88, enuncia direito subjetivo do particular, correspondente a um dever estatal, sendo norma de eficiência plena e aplicabilidade imediata, conforme disposto no artigo 5º, § 1º, da CF/88, não dependendo de qualquer ato legislativo para que seja efetivada pela Administração Pública².

Segundo o jurista Martin Borowski³, “os direitos fundamentais possuem máxima hierarquia nos sistemas jurídico nacional e são exigíveis judicialmente”.

Não há dúvida, portanto, que cabe ao Estado elaborar políticas públicas que reduzam o risco de doenças e outras complicações, surgindo, assim, a Lei Orgânica Nacional de Saúde (Lei nº 8.080/90), que não destoia dos mandamentos constitucionais e estabelece, igualmente, a responsabilidade estatal pela adequada prestação de serviços de saúde às pessoas, nos termos de seu artigo 2º. Essa lei institui política pública na área, organizada a partir das seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

E, a política pública, juridicamente, apenas confirma fins e objetivos anteriormente qualificados pelo ordenamento jurídico como de interesse público, definindo-os como finalidade da atividade administrativa, podendo ser conceituada, no âmbito administrativo, segundo Vítor Emanuel Teixeira de França, como “um conjunto de regras feitas por uma autoridade governamental para influenciar, modificar ou regular o comportamento individual coletivo por meio de sanções”⁴.

2 LAGRASTA LUCHIARI, Valeria Ferioli. Mediação de Conflitos que envolvem direitos indisponíveis. Trabalho apresentado no “I Simpósio de Saúde, Direito e Gestão Hospitalar”, do Instituto Brasileiro de Direito dos Profissionais e Instituições de Saúde – IBDPIS, Belo Horizonte, 13/11/2014.

3 BOROWSKI, Martin. La Estructura de los Derechos Fundamentales. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 33.

4 TEIXEIRA DE FRANÇA, Vítor Emanuel. Judicialização da Saúde: Mediação como Alternativa ao Ativismo Judicial. Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, Natal, Volume Preliminar, 2015, p. 236.

Mas para a implementação de uma política pública tão ampla como a do Sistema Único de Saúde é necessário, antes de tudo, planejamento, que é fundamental para atingir uma grande quantidade de pessoas, com o orçamento disponível, sem injetar dinheiro onde esse exercício preventivo é dispensado. Ou seja, o planejamento torna possível a utilização racional do disponível, de acordo com o orçamento público, para atingir o que se quer, de maneira que agiliza a atuação do Estado em todas as suas esferas.

Portanto, podemos concluir, que os recursos estatais para a efetivação do direito social à saúde são limitados, de modo que a excessiva judicialização no fornecimento de medicamentos põe em risco a organização e o planejamento da política pública para a área da saúde.

A verdade é que a judicialização desorganiza as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, além do planejamento da indústria farmacêutica, pois obriga o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde. De outro prisma, favorece aqueles que conseguem elaborar melhor suas demandas, e não quem mais necessita, gerando um desequilíbrio, e abrindo espaço para ações de má-fé e fraudes.

No que diz respeito à fraude, importante mencionar, devido à gravidade, que o Secretário Estadual de Saúde em São Paulo, David Uip, descobriu, junto com a Polícia Federal, esquema da indústria farmacêutica, que financiava ações judiciais para a obtenção de medicamentos ainda não testados e, conseqüentemente, incluídos no rol do SUS⁵. E, como este, existem vários outros esquemas em fase de investigação.

Ou seja, a judicialização na área da saúde, além de resultar na ingerência do Poder Judiciário no Poder Executivo, cria uma nova modalidade de beneficiários (os que detêm uma liminar para tratamento preferencial), alterando a distribuição de recursos, ao desviar orçamento destinado a cumprir tratamentos básicos para hipóteses não previstas no planejamento, dando ensejo ao surgimento de um sistema de saúde paralelo ao SUS, que prioriza o atendimento de pessoas que, muitas vezes, sequer buscam o atendimento junto ao sistema, indo direto ao Judiciário.

Podemos dizer, então, que a meta instituída pelo artigo 196 da CF/88 de universalizar o direito de ingresso ao sistema de saúde brasileiro esbarra no impacto financeiro causado no planejamento do

gestor, com o gasto repentino e não programado, levando, muitas vezes, a um desequilíbrio e na falta de atendimento de um grande número de usuários, em benefício de um único.

Isso ocorreu, por exemplo, no Estado do Rio Grande do Norte em 2011, quando o Estado desembolsou cerca de 20 milhões de reais com ações judiciais que exigiam a compra de medicamentos e o pagamento de procedimentos médicos de alto custo, porém, 15 milhões foram destinados a apenas um paciente, acometido de uma doença que afeta o sistema sanguíneo, para a compra de um único medicamento⁶.

No Estado de São Paulo, 90% do valor despendido no custeio da judicialização atende apenas 4% do total de medicamentos requeridos na via judicial, o que corresponde a dizer que R\$ 900 milhões são gastos para atendimento de pequena camada da população; sendo em contrapartida, o custo com todo o atendimento do SUS para a distribuição de medicamentos, da ordem de R\$ 600 milhões, para atender 700.000 pessoas.

Por outro lado, diante do dever do Estado na promoção do direito à saúde, o juiz, muitas vezes, é chamado a suprir a omissão, assumindo uma postura ativista, ditando normas individuais (sentenças e acórdãos), em substituição à Administração Pública, na implementação de políticas públicas, ao determinar a entrega de medicamentos de alto custo e de tratamentos não previstos nos protocolos, além de internações.

E, assim, o Poder Judiciário é constantemente chamado a garantir, a seu modo, medicamentos previstos (exercendo atipicamente funções do Poder Executivo) ou não (exercendo atipicamente funções do Poder Legislativo) no rol do SUS, bem como garantir a internação de pacientes em clínicas particulares, às expensas do Poder Público, para a realização de exames e intervenções cirúrgicas. Não se pode olvidar, ainda, das excentricidades, comuns nas ações judiciais, como o fornecimento de fraldas, achocolatados, adoçantes, amido de milho, etc.

Mínimo existencial e reserva do possível

Na atuação do Judiciário, há a necessidade de compatibilizar o atendimento à saúde com o princípio da previsão orçamentária, am-

⁵ Dados extraídos de notícia extraída da Agência Brasil: <<https://goo.gl/25X84r>>.

⁶ Esse texto e seus dados estatísticos tem por base estudo realizado por Vítor Emanuel Teixeira de França in Judicialização da Saúde: Mediação como Alternativa ao Ativismo Judicial. Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, Natal, Volume Preliminar, 2015, pp. 232-248.

bos previstos na CF/88 (arts. 6º, 196, 198, inciso II; e 167, incisos I e VI, respectivamente), o que gera um embate entre os princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível, sendo o primeiro usado pelo Judiciário para fundamentar as decisões, ao sustentar que o Estado tem o dever de garantir uma quantidade mínima de direitos a fim de que validem a dignidade da pessoa humana; e o segundo, utilizado pela Administração Pública, para justificar a limitação financeira do Estado ante a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais⁷.

E a fim de amenizar esse embate, permitindo uma postura ativista do juiz apenas quando indispensável, o Conselho Nacional de Justiça editou, em 2010, a Recomendação nº 31, a fim de que fossem adotadas, pelos Tribunais, medidas capazes de subsidiar os magistrados e demais operadores do direito na tomada de decisões envolvendo a assistência à saúde. Assim, recomenda a celebração de convênios, com o objetivo de disponibilizar apoio técnico de médicos e farmacêuticos, para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor na apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes, e incentiva a oitiva, sempre que possível e preferencialmente por meio eletrônico, dos gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

Em 06 de abril de 2010, ainda, foi instituído, pela Resolução CNJ nº 107, o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, que é coordenado pelo Comitê Executivo Nacional (Portaria nº 8, de 02 de fevereiro de 2016) e constituído pelos Comitês Estaduais.

O objetivo desse Fórum é monitorar as demandas de assistência à saúde, para o fim de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e a prevenção de novos conflitos. Ele é constituído de comitês estaduais, compostos de magistrados, promotores, defensores, advogados, mas também de membros de universidades e instituições de pesquisa, podendo ser firmados termos de cooperação técnica ou convênios com entidades públicas e privadas voltadas à busca de solução de conflitos na área da saúde.

No momento, apenas alguns Estados constituíram esses comitês, havendo muito a ser feito.

7 TEIXEIRA DE FRANÇA, Vítor Emanuel. Judicialização da Saúde: Mediação como Alternativa ao Ativismo Judicial. Revista de Estudos Jurídicos do UNI-RN, Natal, Volume Preliminar, 2015, p. 241.

Medidas para a solução de conflitos na área da saúde

A partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça, surgiram programas como o “SUS Mediado”, lançado em 14 de fevereiro de 2012 no Rio Grande do Norte, e implantado posteriormente também no Estado de Rondônia, a “Câmara Permanente de Mediação em Saúde (Camedis)”, criada em fevereiro de 2013 no Distrito Federal, e mais recentemente, o “Acessa SUS”, lançado em 13 de fevereiro de 2017, no Estado de São Paulo.

Esses programas se identificam por emergirem de parcerias entre entes públicos, envolvendo, no caso de São Paulo, o próprio Poder Judiciário e o Ministério Público, e por utilizarem métodos consensuais de solução de conflitos, muitas vezes, chamados indevidamente de “mediação”.

O “SUS Mediado”, do Rio Grande do Norte, apresenta como parceiros a Defensoria Pública da União, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte, a Procuradoria Geral do Estado, a Secretaria de Saúde do Estado, a Procuradoria Geral do Município de Natal e a Secretaria de Saúde do Município de Natal, e tem permitido a qualquer cidadão, principalmente aos carentes de recursos financeiros, o efetivo acesso a medicamentos ou tratamentos fornecidos pelo Estado. Nesse programa, atendido o cidadão pela Defensoria Pública ou Procuradoria, seu pedido é analisado por uma comissão de técnicos, que verificam a possibilidade de fornecimento do medicamento ou tratamento solicitado, ou no caso de não fazerem eles parte da lista padronizada do Ministério da Saúde, indicam uma alternativa terapêutica, após o que, o cidadão é informado, numa sessão de “mediação”, podendo optar pelo medicamento ou tratamento alternativo, ou pelo ingresso da ação em juízo. As ações judiciais limitam-se, portanto, aos casos de urgência ou quando verificada a impossibilidade de resolução extrajudicial.

Bem semelhante, é o funcionamento da “Câmara Permanente de Mediação em Saúde (Camedis)”, do Distrito Federal, que tem por base convênio firmado entre a Secretaria de Saúde e a Defensoria Pública⁸.

Apresenta peculiaridades, diferindo um pouco dos demais, o programa “Acessa SUS”, do Estado de São Paulo, pois, neste, a parceria en-

8 Para saber mais sobre esse programa vide VASCONCELLOS, Jorge. *Prática da Mediação é adotada para conter a judicialização da saúde no DF*. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<https://goo.gl/8oYF38>>. 14/05/2015.

volve o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Ministério Público do Estado de São Paulo, a Defensoria Pública e a Secretaria Estadual de Saúde, seguindo a Recomendação nº 31, do CNJ, no sentido de subsidiar os magistrados com parecer técnico, na formação de juízo de valor nas decisões afetas a questões de saúde. Ele foi instalado, inicialmente, na 1ª Região Administrativa Judiciária e mais cinco Comarcas do Estado (Caieiras, Cajamar, Francisco Morato, Franco da Rocha e Salesópolis)⁹.

Esse programa possibilita o atendimento presencial e direto do paciente, ou o encaminhamento administrativo do pedido, através do Ministério Público e da Defensoria Pública, cabendo a comissão de especialistas, responsáveis pela análise técnica do pedido, buscar o atendimento do pedido pelo Sistema Único de Saúde, apresentar proposta de substituição do fármaco por outro compatível e que conste do arsenal terapêutico já disponibilizado ou formalizar a solicitação administrativa. Após o resultado da análise técnica, o Ministério Público ou a Defensoria Pública buscam, junto ao paciente, a solução através de método consensual de solução de conflitos, sem a necessidade de intervenção do Judiciário, sendo que, apenas nos casos em que o acordo não for possível ou aceito e havendo interesse do solicitante, poderá ele se socorrer da via judicial. A comunicação entre as instituições é sempre de forma eletrônica.

A inovação diz respeito à possibilidade dos magistrados, ao receberem uma ação com pedido de medicamento ou tratamento contra o Estado, consultarem a comissão de especialistas do programa sobre a viabilidade do fornecimento. Nesses casos, a comunicação é feita por email, e os técnicos tem um prazo de até 30 (trinta) dias para a resposta, com exceção dos casos de urgência clínica, para os quais o prazo é de 72 (setenta e duas) horas. Os magistrados receberam do Tribunal de Justiça orientações sobre o procedimento, havendo, inclusive, sugestão de despacho inicial.

Em resumo, o programa oferece uma espécie de consultoria, que orienta sobre as possibilidades terapêuticas disponíveis no SUS e, assim, evita ações judiciais que obrigam o Estado distribuir medicamentos e insumos já existentes na rede pública.

No “Acessa SUS”, pode-se concluir, que há o incentivo à cooperação e ao diálogo entre os Poderes, com o objetivo de atender à

9 Para saber mais sobre esse programa vide ‘Acessa SUS’ evitará ações desnecessárias para fornecimento de remédios. Comunicação Social TJSP. E-mail para contato: imprensa@tjsp.jus.br. 13/02/2017.

Recomendação nº 31 do CNJ e, em última análise, à compatibilização dos princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.

No caso do Estado de São Paulo é importante mencionar, ainda, o estudo para a realização de uma parceria entre a Secretaria de Estado da Saúde e a Universidade de São Paulo, a fim de que esta emitapareceres sobre a eficácia de remédios que a Justiça obriga o Estado a fornecer, em conformidade com as atuais políticas de saúde e de assistência farmacêutica, o que possibilitará a comprovação, junto ao Poder Judiciário, dos casos em que não há evidência clínica sobre a eficácia do medicamento reclamado em juízo, a existência de tratamento alternativo previsto na lista federal da Renam (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais) e decisões que tratam de itens não ligados à terapia medicamentosa. O objetivo é não só estreitar o diálogo com o Judiciário, mas também, no caso de decisões arbitrárias e abusivas (como as que afrontam prazos de importação estabelecidos pela Anvisa, como do canabidiol, ou indicam medicamentos experimentais ou ainda o fornecimento de produtos que não tem qualquer relação com o tratamento do paciente) a apresentação de queixas formais junto ao Conselho Nacional de Justiça.

Os métodos consensuais de solução de conflitos e o direito à saúde

O objetivo da utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos nos programas mencionados acima é inserir o indivíduo nas políticas públicas oferecidas pelo Estado, ao permitir que o conflito seja resolvido no âmbito da Administração Pública, com a ativa participação dos responsáveis pela execução de referidas políticas públicas.

Trata-se, sem dúvida nenhuma, da operacionalização do sistema conhecido como Tribunal Multi Portas, que surgiu nos Estados Unidos da América, na década de 70, pelas mãos do Professor Frank Sander¹⁰, e que foi utilizado como um dos parâmetros na criação da unidade judiciária chamada CEJUSC (Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos), introduzida pela Resolução CNJ nº 125/2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos¹¹.

10 Para saber mais, consulte-se Frank E. A. Sander, “Varieties of dispute processing”, in *The Pound Conference*, 70 *Federal Rules Decisions*, nº 111, 1976.

11 LAGRASTA, Valeria Ferioli. Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Con-

Nesse sistema, temos uma grande porta de entrada, permitindo o acesso amplo e efetivo da população à justiça, e várias portas de saída, constituídas pelos métodos consensuais de solução de conflitos, como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. Assim, cabe ao servidor ou técnico responsável pela triagem a análise das características das partes, do tipo de conflito e dos procedimentos disponíveis, após o que, deve indicar o método mais adequado para a solução do caso apresentado, podendo o cidadão optar pela utilização do método indicado ou pelo ingresso direto em juízo (diante do princípio da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário – art. 5º, inc. XXXV, da CF). E esse é o trabalho realizado no setor pré-processual do CEJUSC, onde os servidores, ao receberem demandas sobre direitos transacionáveis, em matéria cível, de família, previdenciária e da competência dos Juizados Especiais, indicam ao cidadão o método “disponível” mais adequado, encontrando-se entre os métodos disponíveis, hoje, no Brasil, a conciliação, a mediação, a arbitragem e, em algumas localidades, a avaliação neutra de terceiro, que é a nomenclatura adequada do método que vem sendo utilizado nos referidos programas ligados à área de saúde.

Melhor explicando, na avaliação neutra de terceiro, em princípio, é necessário formar um grupo de avaliadores neutros, composto por médico, vendedor de carros, mecânico, engenheiro, contador, pedreiro, médico, psicólogos, assistentes sociais, enfim, profissionais ligados às áreas nas quais mais ocorrem conflitos, e que podem ser os próprios profissionais que já atuam na Vara como peritos.

Então, quando da sessão de conciliação ou mediação, pode o terceiro facilitador (conciliador ou mediador) sugerir uma reunião com o avaliador neutro, explicando que seu teor não será informado, nem a ele, nem ao juiz, retornando os envolvidos, após a reunião, para nova sessão de conciliação ou mediação. E isso costuma ser muito produtivo, pois o avaliador neutro ajuda a esclarecer a questão controvertida e, quando os envolvidos retornam para a nova sessão, estão mais dispostos a uma composição.

Com algumas adaptações, é esse o método que vem sendo utilizado no “Acesso SUS”, bem como nos demais programas mencionados acima, nos quais, antes de tentar a conciliação, tanto o técnico (quando o cidadão procura diretamente o programa), quanto o promotor ou defensor público (no atendimento ao público), sugerem ao cidadão a consulta

ao comitê de especialistas, que atuam como terceiros neutros, voltando o caso, após o parecer dos especialistas, para uma sessão de conciliação, na qual, pode o cidadão optar por receber o medicamento ou um similar, elaborar, de plano, o pedido administrativo, ou ingressar com a ação em juízo. E, ainda, quando já instaurada a ação, pode o próprio magistrado encaminhar o caso para a análise dos terceiros neutros (comitê de especialistas), retornando a ele com parecer, que possibilita a tentativa de conciliação.

Assim, tecnicamente, muito mais adequado se referir ao método consensual de solução de conflitos, utilizado nos programas da área de saúde, como avaliação neutra de terceiro, e não mediação, pois nesta não há possibilidade de apresentação, pelo mediador, de sugestão de opção para a solução do conflito, amparada em parecer de terceiro.

Por outro lado, tendo a Constituição e a legislação infraconstitucional, reconhecido o direito à saúde como direito público subjetivo e, portanto, indisponível, surge a dúvida sobre a possibilidade de utilização da mediação em conflitos que envolvem direitos indisponíveis.

Antes de responder esta indagação, necessário trazer algumas informações sobre os principais métodos consensuais de solução de conflitos, que são a conciliação e mediação.

Na doutrina, os autores que diferenciam os métodos, costumam apontar algumas diferenças básicas, sendo as principais aquelas que se encontram no Novo Código de Processo Civil (art. 165) e que se pautam na maior ou menor ingerência do terceiro facilitador na solução do conflito e na objetividade ou subjetividade do conflito¹².

Assim, na conciliação, o terceiro facilitador (o conciliador) interfere mais na solução do conflito, podendo sugerir opções de solução para o conflito, que podem ser acatadas pelas partes ou não. Já na mediação, o mediador interfere menos, devendo utilizar técnicas que permitam que os envolvidos voltem a dialogar (pois, com o conflito, o diálogo foi interrompido) e que cheguem a uma solução para o conflito, encontrada por eles mesmos.

Ainda, a conciliação é aconselhável nos conflitos objetivos, onde não há relacionamento entre as partes ou onde esse relacionamento é superficial, pois é mais rápida. Já a mediação é mais apropriada nos

flitos (CEJUSCs) e seu caráter de Tribunal Multi Portas. in BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coordenadores). *Conciliação e Mediação – ensino em construção*. São Paulo: Ed. IPAM, 2016.

12 LAGRASTA, Valeria Ferioli. Conciliação e Mediação: Por que diferenciar? Conceituação Brasileira. in BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coordenadores). *Conciliação e Mediação – ensino em construção*. São Paulo: Ed. IPAM, 2016.

conflitos subjetivos, nos quais existe relacionamento duradouro entre as partes, e mais, onde se quer preservar esse relacionamento, sendo, por isso, mais indicada para os casos de família. Mas é importante ter em mente que essa diferenciação não é estanque, pois, na prática, pode ser que um conflito, aparentemente objetivo, como um acidente de veículo ou uma disputa em uma empresa, na verdade, envolva membros da mesma família, sendo mais adequada a utilização da mediação.

Há na doutrina, ainda, outros entendimentos, como aquele que afirma que a conciliação pode ser feita pelo juiz, pois desde a Constituição Federal de 1824 nossa legislação, inclusive a infraconstitucional, traz várias disposições sobre a conciliação, que são voltadas ao juiz (CPC, Lei dos Juizados Especiais, Lei do Divórcio); ao passo que a mediação deve ser realizada, de preferência por um terceiro, a não ser que o juiz que atue como mediador, não se confunda com aquele que vai julgar o caso, como na França, pois caso contrário, essa atuação irá interferir na sua imparcialidade, devido ao contato com os interesses e necessidades das partes (âmago do conflito).

Por fim, costuma-se dizer que o objetivo da conciliação é o acordo, ao passo que o objetivo da mediação é o diálogo. E, assim, pode-se considerar uma mediação frutífera aquela na qual as partes voltaram a dialogar, mas não necessariamente, obtiveram um acordo.

Desta forma, diante da diferença existente entre conciliação e mediação, hoje consolidada no artigo 165, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil, pode-se chegar à conclusão, que a conciliação é mais adequada para os conflitos contra a Administração Pública ou que envolvam empresas, como as da área de saúde, devido ao seu caráter objetivo e ao tipo de relacionamento que existe entre as partes.

Entretanto, a própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) admite, no seu artigo 3º, “caput” e § 2º, a utilização da mediação em conflitos que versem sobre “direitos indisponíveis que admitam transação”, sendo o objetivo desse dispositivo abarcar as relações continuativas, como aquelas da área de família.

Assim, hoje é pacífico, inclusive na jurisprudência, que a mediação também pode ser utilizada em conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, desde que os envolvidos sejam maiores e capazes, e que se tratem de direitos transacionáveis, como nos casos de direito de família (questões de divórcio com filhos, guarda, visitas, alimentos, investigação

de paternidade, etc.). E ainda, em casos que envolvem o tratamento de idoso, com a divisão de tarefas e despesas em relação a ele, entre parentes e cuidadores (estes maiores e plenamente capazes).

Muitos casos como esses tem sido objeto de mediação nos Setores Pré Processuais de Solução de Conflitos, dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Consensual de Conflitos) do Estado de São Paulo, o que tem evitado a judicialização de conflitos.

Desta forma, partindo-se do princípio de que a mediação pode ser utilizada também em conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, desde que tomadas algumas precauções, pode-se concluir ser adequada a sua utilização, tanto nos conflitos intra-hospitalares (entre médicos, entre médicos e funcionários, entre médicos ou funcionários e a diretoria do hospital), quando assume a característica de “mediação empresarial”, quanto em conflitos entre médicos e pacientes, empresas da área de saúde e seus beneficiários, pessoas físicas e o Estado (para a obtenção de medicamentos, internações, cirurgias, etc.), apesar de nessas três últimas hipóteses, o direito envolvido ter, muitas vezes, caráter eminentemente indisponível.

Apenas, como já dito, algumas precauções devem ser tomadas, entre as quais, a capacidade civil dos envolvidos e a correta condução do procedimento, seja ele a conciliação, a avaliação neutra de terceiro ou a mediação, com a utilização adequada das técnicas pelos terceiros facilitadores, que devem ter capacitação específica, sendo permitida sempre a participação dos advogados.

E então, pode-se pensar na proposta de assinatura de Termos de Cooperação Técnica, tanto entre o Estado (SUS) e o Poder Judiciário, quanto entre Empresas Privadas e o Poder Judiciário, voltados a área de saúde, à semelhança do Termo de Cooperação Técnica recentemente assinado no Estado de São Paulo, entre o Tribunal de Justiça, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Secretaria Estadual da Saúde, que visa o incentivo à utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos por todos os envolvidos, inclusive, em fase anterior à propositura da ação (fase pré-processual), a fim de evitar a judicialização dos conflitos da saúde.

Conclusão

Tratando-se a saúde de direito fundamental, constitucionalmente garantido, a utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos, permite que conflitos afetos a essa área recebam o tratamento adequado, com soluções céleres, justas, adequadas e efetivas, viabilizando o verdadeiro acesso do cidadão à Justiça, com a compatibilização dos princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.

Currículo da autora

Juíza de Direito da 2ª Vara da Família e das Sucessões da Comarca de Jundiaí; Pós-graduada em Métodos de Soluções Alternativas de Conflitos Humanos pela Escola Paulista da Magistratura (2009); Formada em Mediação Judicial (*Mediation and the Judicial System*) e Negociação e Mediação Avançadas (*Negotiation and Mediation Advanced*) pela *Columbia University* (2012/2013); Instrutora de técnicas autocompositivas e Políticas Públicas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Vencedora do VII Prêmio “Conciliar é Legal”, do Conselho Nacional de Justiça, na categoria Juiz Individual, com o projeto “Juiz Gestor de Resolução de Conflitos” (14/02/2017); Formadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, atuando nos cursos de Formação Inicial de Magistrados; Membro do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde 23 de março de 2017 (Portaria nº 9.398/2017); Integrante do Grupo de Trabalho do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) responsável pela elaboração da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses; Membro fundador da “Confederação Internacional de Mediação por Justiça”, com sede em Paris (França); Integrante do projeto que visa a implementação de “Tribunal de Multi-Portas” na América Latina (*Investing Social Capital: Exploring the Multi-Door Courthouse to Maximize Latin American Dispute Resolution Systems*) desenvolvido pela *International ADR Research Network* da *University of St. Thomas School of Law* – Minneapolis/EUA, na categoria juiz; Coordenadora do Centro

Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania da Comarca de Jundiaí/SP; Conselheira da APAMAGIS (Associação Paulista de Magistrados), eleita para os biênios 2014/2015 e 2016/2017.

A Justiça do Trabalho, seu espírito naturalmente conciliador e os efeitos da transação extrajudicial advindos da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017)

Eduardo Fornazari Alencar

Professor de Direito do Trabalho, de Direito Processual do Trabalho e de Direito Previdenciário da Universidade Paulista – UNIP. Membro do Núcleo Docente Estruturante da Universidade Paulista (UNIP). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2003). Doutorando pela PUC/SP (atual). Pós-Graduado em Administração de Recursos Humanos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV/SP (1998). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (1995). Foi Gerente da Área Jurídico Trabalhista e Dirigente de RH e de Relações do Trabalho no Banco Mercantil de São Paulo S.A. Foi membro da Comissão Jurídico-Trabalhista e da Comissão de Diretores de RH da Federação Nacional dos Bancos – FENABAN.

Carina Poleselli Bruniera Duarte

Advogada. Sócia e coordenadora da área trabalhista do *Escritório Ferriani e Jamal Sociedade de Advogados* desde jan/2006. Bacharel em Direito pela Universidade Paulista / Campus de Ribeirão Preto – SP, em dez/2001. Pós-graduada em Direito Individual e Coletivo e Processo do Trabalho pela Escola Paulista de Direito – EPD/SP.

Introdução

Quando se fala em justiça do trabalho dois pensamentos surgem natural e precipuamente na mente de grande parte dos cidadãos comuns, quais sejam, o de uma justiça protetiva e conciliatória.

Sem a menor pretensão de se debater ou discorrer sobre a evolução histórica e natureza em si da Justiça do Trabalho, pois

esse não é objetivo dessa obra, não se pode negar a importância e pioneirismo de tal justiça no campo da negociação como forma de solução dos conflitos, não sendo, a propósito, demérito algum dizer que a Justiça do Trabalho e seus respectivos operadores, sobretudo magistrados, são contumazes e incansáveis combatentes do uso das técnicas conciliatórias para solução dos conflitos, mesmo porque essa é, sem dúvida, seu maior desiderato.

As peculiaridades da conciliação na Justiça do Trabalho

A especialização da justiça, especialmente a da Justiça do Trabalho, é, em outras coisas, fruto de etapas evolutivas das lutas sociais, com a finalidade de garantir dignidade e justiça aos trabalhadores, amparada pelos direitos trabalhistas, fundados ao longo das promulgações Constitucionais e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, ora atualizada pela Lei nº 13.467/2017.

Entre as diversas peculiaridades do Processo do Trabalho, encontramos, desde a redação original da CLT, a tentativa obrigatória de conciliação como pressuposto de validade processual, a qual precisa inclusive ser realizada antes do recebimento da Defesa da parte requerida, o que, ao nosso modo de ver, já torna evidente a importância dada ao instituto pelo legislador.

A esse respeito, vale destacar o teor dos artigos 764, 846 e 850, que dispõem respectivamente que:

Art. 764 – “Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório”.

Art. 846 – “Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se prazo e demais condições para seu cumprimento. (...)”.

Art. 850 – “Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.”

A instigação à conciliação no início e término da audiência não é uma faculdade do Magistrado, mas sim um dever que, se não atendido, pode acarretar inclusive nulidade processual, isso porque a proposta de solução consensual é essencial à validade do processo trabalhista.

Nesse sentido, trazemos apenas a título de ilustração uma recente decisão proferida pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região exatamente sobre o assunto em tela, *in verbis*:

“AUDIÊNCIA INAUGURAL. NÃO-REALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPOSTA CONCILIATÓRIA. NULIDADE PROCESSUAL. Os Artigos 764, 846 e 850 da CLT não deixam dúvida, nem margem a dicotomia interpretativa, quando condicionam a higidez judiciária dos dissídios individuais e coletivos à formulação das propostas de conciliação nas ocasiões estabelecidas nos dois últimos. Em assim, omitindo-se o Juiz do Trabalho, em quaisquer dos momentos processuais ali indicados, de realizar gestões junto às partes com o visio de obter a solução consensual do conflito, dever, aliás, hodiernamente estendido à Magistratura em geral, nos termos do parágrafo 2º do art. 3º do novel Código de Processo Civil, resta inarredável a declaração da nulidade do processo. Recurso Ordinário a que se dá provimento para, em acolhendo a suscitação preliminar nesse sentido, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que se reabra a instrução do feito, a partir da contestação, e se prossiga na instrução do feito até a prolação de nova sentença como se entender de direito.” (TRT/CE 7ª Região, Proc. 0001029-65.2015.5.07.0026-RO, 2ª Turma, Relator Desembargador Antonio Marques Cavalcante Filho, Julgado em 04/12/2017, Publicado em 18/12/2017).

O uso com maior preponderância das técnicas de conciliação como forma eficaz de resolução consensual de demandas pelos operadores da Justiça do Trabalho já foi injustamente banalizado, tendo sido tal Justiça Especializada muitas vezes denominada de “Justiça do Acordo”.

Como militantes da Justiça Trabalhista há mais de décadas, não foram poucas as vezes que ouvimos colegas de profissão e demais cidadãos comuns afirmarem que advogar na Justiça do Trabalho era tarefa fácil, já que o processo sempre acabava em acordo, como se isso fosse algo negativo.

Essa fala reflete não apenas uma inverdade, mas um conceito completamente ultrapassado a respeito daquilo que, atualmente, é considerado como uma solução eficiente do conflito, pois enquanto a manutenção do processo ao longo dos anos é custosa e desgastante às partes envolvidas e ao Estado, a solução amigável, quando bem feita, traz economia aos cofres públicos e sobretudo a paz aos envolvidos.

Tanto é assim que em 2010, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça lançou a portaria 125 regulando e inaugurando o que se conhece por “Cultura da Paz” visando combater as ações litigiosas e promover a paz através dos métodos consensuais de resolução.

Para Giglio (2007, p. 209) “A conciliação, no nosso entender, tem um conceito mais amplo do que o acordo, significando entendimento, recomposição de relações desarmônicas, desarme de espírito, compreensão, ajustamento de interesses; acordo é apenas a consequência material, regra geral econômica, da conciliação das partes.”

Infelizmente, identifica-se uma cultura litigiosa que cria resistência ao uso dessas ferramentas, o que faz com que elas sejam negligenciadas.

Na maior parte das vezes, quando as pessoas se veem frente a um problema com outrem, ao invés de buscarem a solução pacífica por meio de um acordo, elas visam, ao menos num primeiro momento, a condenação desse através da tutela jurisdicional, buscam a voz de um juiz que obrigue a parte contrária a fazer ou deixar de fazer algo, pretendem ter a razão, deixando de considerar, no entanto, as muitas variantes que podem sofrer com o ajuizamento e processamento de uma ação, como os custos do processo, o ônus da prova, o tempo etc, e não são raras as situações em que o litigante, ao final, não sai com a sensação vitoriosa que acreditava possuir ao se decidir pelo ingresso da demanda.

Vale aqui trazer a lição de Chiovenda (1943, p. 464), quando bem sintetiza o espírito da conciliação e assinala ser ela “uma sentença aceita pelas partes, enquanto que a sentença é uma conciliação imposta pelo juiz”.

O fato é que com passar do tempo, o crescimento dos problemas jurídico-sociais nas mais diversas esferas, o aumento cada vez maior no número de processos, entre outros fatores, a resolução con-

sensual de conflitos mediante a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem começou a ganhar amplo espaço para reflexão, e passou a ser apontada como uma saída realmente eficaz na entrega da prestação jurisdicional à sociedade civil como um todo.

Não por outra razão, Goldschmidt (1936, p. 5) já afirmava há tempos ser também a conciliação uma forma de proteção jurídica: a origem mesma do processo em geral, não devendo, no entanto, nela prevalecer o arbítrio.

No âmbito do Direito Comum, o instituto da conciliação em si já se mostrava mais difundido em nosso ordenamento jurídico, pois encontrava previsão no Código de Processo Civil de 1973 (art. 331), e ganhou mais força com a criação dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95).

Todavia, foi o novo Código de Processo Civil que trouxe em seu bojo importantes novidades a respeito do assunto, tanto que o instituto da mediação tornou-se princípio do Processo Civil, conforme o artigo 3º, § 3º, do novo Código.

A nova legislação, ademais, determina que os tribunais criem centros judiciários de solução consensual de conflitos (CEJUSCs), assim como insere o conciliador e o mediador como auxiliares da justiça, nos moldes propostos pelos artigos 165 a 175, dedicando uma seção inteira (Seção V) à disciplina da atividade deste novo ator processual.

Trata-se de uma resposta efetiva ao ousado convite do CNJ de se combater o crescimento das ações litigiosas e promover a paz através dos métodos consensuais de resolução, sem, porém, significar a denegação da justiça ou da função do Estado de dizer o direito pelo sistema judicial.

Destarte, aquele dever do juiz trabalhista do qual falávamos no início desse artigo, de tentar, mediante o emprego dos seus bons ofícios e persuasão, a solução conciliatória dos conflitos está hodiernamente estendido à Magistratura em geral, conforme disposição expressa do novo CPC (Lei 13.105/2015).

Partindo, pois, dessa premissa de pioneirismo da Justiça do Trabalho na defesa da conciliação como forma de otimizar a solução de conflito, faz-se importante relembrar outras práticas, tanto judiciais como extrajudiciais, já por ela utilizadas ao longo de sua história.

Inicialmente recordamos a consagração da representação Classistas a partir da Constituição Federal de 1988, que por meio dos

arts. 115, 116 e 117, elevou-a ao *status* constitucional, ao mesmo tempo que prestigiou seus integrantes denominando-os de Juízes Classistas, os quais anteriormente eram identificados como Vogais (artigos 647 e seguintes da CLT).

O Classista era o juiz leigo, não togado, isto é, não necessariamente formado em Direito, que era escolhido pelos sindicatos de trabalhadores e de empregadores para um mandato temporário na Justiça do Trabalho.

No Brasil, à Justiça do Trabalho foi conferido o poder normativo de julgar dissídios de natureza econômica, e por isso os legisladores cuidaram de introduzir nos tribunais, representantes dos empregados e empregadores que, por estarem mais diretamente envolvidos ao trabalho, poderiam contribuir com os juízes togados em suas sentenças, isso em função das especificidades do mundo em que atuavam.

Não existiam as Varas do Trabalho, e sim as Juntas de Conciliação e Julgamento, essas compostas por um Juiz do Trabalho que presidia a sessão e os outros dois Juízes Classistas.

No final da década de 90, a presença dos Juízes Classistas no julgamento das lides trabalhistas era defendida como uma forma de democratização do Judiciário. No entanto, a A Comissão de Conciliação Prévia – CCP é um espaço de negociação e solução de conflitos trabalhistas entre empresas e trabalhadores, antes de se ingressar na Justiça do Trabalho com reclamação trabalhista, funcionando como uma espécie de filtro.

A criação das Comissões de Conciliação Prévia objetivou desafogar a Justiça do Trabalho do excessivo número de processos e descentralizar o sistema de composição dos conflitos.

Com esse intuito, então, foram criadas, em 12 janeiro de 2000, as Comissões de Conciliação Prévia, nas empresas, grupos de empresas e nos sindicatos, sem caráter obrigatório, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho (CLT, art. 625-A à 625-H e Lei 9.958, de 2000).

A natureza jurídica das comissões é a de um órgão privado de mediação, já que as próprias partes constroem conjuntamente uma solução que satisfaça a todos os envolvidos, havendo um terceiro que intermedeia e facilita esse entendimento, e seu objetivo é puramente de conciliar dissídios individuais entre empregado e empregador e não

dizer o direito aplicável ao litígio. As comissões têm natureza de órgão privado, de solução de conflitos extrajudiciais, e não público.

O termo de acordo na Comissão de Conciliação Prévia é título executivo extrajudicial, cuja competência para apreciá-lo é da Justiça do Trabalho. Feita a conciliação na Comissão de Conciliação Prévia, o título tem eficácia liberatória geral em relação aos direitos trabalhistas, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Não obstante a boa intenção do legislador ao criar as Comissões de Conciliação Prévia, houve notícias do uso desvirtuado e fraudulento das Comissões em prejuízo aos empregados. Esse fato, associado à exigência de que o trabalhador primeiro procurasse a CCP antes de ingressar com ação trabalhista no caso de local que contasse com a respectiva Comissão, o que foi interpretado por muitos como restrição do direito do trabalhador de acesso à justiça, ensejou o ajuizamento de Ações de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Em 13/05/2009, o STF, por maioria de votos, decidiu pedido liminar em duas Ações de Inconstitucionalidade (ADIs 2139 e 2160) para dar interpretação conforme “*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*”¹ ao artigo “*Art. 625-D Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto Lei 5452/43*”² e “*Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*”³, que obrigava o trabalhador a primeiro procurar a conciliação no caso de a demanda trabalhista ocorrer em local que conte com uma comissão de conciliação, seja na empresa ou no sindicato da categoria.

Sobre esse julgamento, amplamente divulgado na época, merece destaque o voto singular e abafado do ministro Cezar Peluso, que disse que a decisão do Supremo estava na “contramão na história”.

Segundo ele, o dispositivo da CLT não representa bloqueio, impedimento ou exclusão do recurso à universalidade da jurisdição. Disse ele: “Eu acho que, com o devido respeito, a postura da Corte, restringindo a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação, está na contramão da história, porque em vários outros países hoje há obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário não tem dado conta suficiente da carga de processos”.

1 Disponível em: <<https://goo.gl/PGCPsg>>.

2 Disponível em: <<https://goo.gl/Z1oov8>>.

3 Disponível em: <<https://goo.gl/H6SNd7>>.

Para o Ministro, a regra da CLT representa “simplesmente uma tentativa preliminar de conciliar e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente”. “As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social”, concluiu.

As Comissões de Conciliação Prévia continuam existindo, porém, por não ser obrigatória a submissão do empregado a elas, essa modalidade de conciliação acabou não sendo, de fato, efetiva, pois a formalização do acordo extrajudicial, com a intermediação da CCP, não torna a matéria indiscutível, o que, em tese, não traz segurança jurídica para a transação, havendo ainda o risco, principalmente para o empregador, de a matéria objeto do acordo extrajudicial vir a ser questionada judicialmente. Ou seja, tal modalidade de conciliação extrajudicial tornou-se, diante da decisão do STF, desinteressante, especialmente aos empregadores.

Entretanto, esse cenário ganha uma nova cor quando se analisa a grande novidade advinda da reforma trabalhista implementada pela Lei 13.467, que entrou em vigor aos 11 de novembro de 2017, acerca da possibilidade de homologação em juízo dos acordos extrajudiciais firmados entre empregados e empregadores.

A transação extrajudicial trazida pela reforma trabalhista

Por uma questão de preciosismo técnico, deve-se entender o acordo extrajudicial a que alude o novel diploma legal trabalhista como uma transação mesmo e não exatamente como uma conciliação. Diz-se isso, porque embora a distinção entre esses negócios jurídicos (conciliação e transação) seja muito sutil, na transação há o pressuposto da existência de concessões mútuas das partes (art. 840, do Código Civil), enquanto que na conciliação não há necessariamente essa exigência. Explica-se: é possível haver uma conciliação sem concessões mútuas das partes como, por exemplo, ocorre num processo em que uma parte reconhece integralmente o direito da outra e com esta concilia quitando a dívida integralmente, situação que não se pode, a rigor, enquadrar como transação. Além disso, na conciliação há a assistência de um terceiro que atua na solução do conflito existente entre as partes (MAGANO, 2001, p. 272), ao passo que na transação não há, em tese,

isso. Como quer que seja, no plano pragmático, notadamente no que concerne aos efeitos da solução obtida, seja com o pronunciamento jurisdicional que homologa a transação, seja com o que decide a conciliação, o certo é que ambas podem ser equiparadas para os fins do art. 487, III, do CPC, dado que, nos dois casos, há resolução de mérito e, por conseguinte, faz coisa julgada material.

Pois bem, feita a ressalva, o certo é que o art. 840 do Código Civil já dispunha expressamente “ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Para Teixeira Filho (2009, pp. 1243-1244) “isso significa que, no âmbito das relações civis, as partes podem transigir judicial ou extrajudicialmente; no primeiro fazem-no com objetivo de evitar a demanda; no segundo, de dar-lhe fim. Na esfera peculiar das relações trabalhistas, a despeito de não ser vedada a realização de transações destinadas a prevenir o ajuizamento de ação, são muito mais amiudadas às realizadas com a finalidade de dar cobro ao processo”.

Com o advento da Lei 13.467/17, não se pode olvidar que acordo extrajudicial na Justiça do Trabalho que estava, sem sombra de dúvidas, apagado e desacreditado recebeu um novo sopro e mais um estímulo. Com a esperança de ser bem utilizado pelas partes, esse procedimento pode, enfim, garantir maior efetividade à solução amigável de conflitos entre empregado e empregador promovendo a paz e trazendo maior segurança jurídica.

Trata-se de um grande avanço do ponto de vista de respeito à autonomia da vontade das partes, já que antes da Lei 9.958, de 2000, um acordo extrajudicial firmado entre empregador e empregado não podia ser homologado pelo Poder Judiciário. Para isso, era necessário submeter a questão à apreciação e julgamento pela Justiça do Trabalho, em um processo judicial.

Como mencionado anteriormente, com a criação da Comissão de Conciliação Prévia – CCP, implementada pela referida lei de 2000, surgiu-se a possibilidade de conciliação extrajudicial, mas pelos motivos já expostos, essa não se viu segura do ponto de vista jurídico às partes, especialmente aos empregadores.

Assim, a partir da entrada em vigor da nova legislação, essa realidade se transforma, de forma que o acordo extrajudicial poderá ser homologado judicialmente, hipótese em que o termo de homolo-

gação do acordo valerá como decisão irrecurável, o que, sem dúvida, traz segurança jurídica aos termos da negociação que venha a ser feita entre as partes.

Procedimentos e efeitos da transação extrajudicial

Nessa altura, é de rigor o esclarecimento de que esse novo procedimento de homologação de acordo extrajudicial, que é um procedimento de jurisdição voluntária, consoante preveem expressamente o Capítulo III-A e seus artigos 855-B a 855-E, todos da CLT, deve observar alguns requisitos para que tenha efetivamente validade.

Primeiro, a representação de cada uma das partes por advogado próprio é requisito de observância obrigatória, para que o acordo extrajudicial possa ser levado à homologação pela Justiça do Trabalho, o que se releva positivo, pois evita ou minimiza que essa forma de composição amigável dos conflitos seja utilizada de forma irregular ou fraudulenta, como ocorreu infelizmente nas CCPs, prejudicando novamente o tão importante fim a que se destina.

Segundo, o procedimento deve ser apresentado por petição conjunta das partes, por meio de seus advogados, o que coloca o interesse que ambas têm na obtenção da homologação judicial à margem de dúvida.

Com a propositura de referido procedimento há a suspensão do prazo prescricional trabalhista em relação às pretensões especificadas na petição formulada pelas partes, o que não acontece em relação a outras verbas que não tenham sido aludidas na peça. O prazo prescricional que havia sido suspenso, conforme assinalado acima, retoma seu curso após o trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo extrajudicial. É o que se extrai da dicção do artigo 855-E, da CLT.

Frise-se, no entanto, que o procedimento não prejudica a garantia que tem o empregado de receber as verbas rescisórias em 10 (dez) dias e nem o direito à multa pelo atraso no pagamento de referidas verbas, consoante dispõe o artigo 855-C, da CLT.

No que toca à dinâmica do procedimento em tela, diz o artigo 855-D, da CLT, que no prazo de 15 (quinze) dias a contar da distribuição da petição o juiz analisará o acordo, designará audiência

se entender necessário e proferirá sentença. Trata-se sabidamente de prazo impróprio, que pode eventualmente ser extrapolado pelo juiz sem outros efeitos para o procedimento.

Concernente à decisão judicial propriamente dita, nesse tipo de procedimento, algumas questões precisam ser colocadas.

Uma delas é a de que a CLT, *a priori*, prevê só duas possibilidades: a do juiz homologar a avença entabulada pelas partes; ou a do juiz negar a homologação. Não há referência, por exemplo, a uma homologação parcial, ainda que já seja comum se ver esse tipo de decisão por parte de alguns juizes. Mas assim o fazem bem distanciados dos compêndios de Direito Civil. Aliás, essa tomada de posição fulmina-se com a simples invocação do preceito contido no artigo 848 do Código Civil, segundo o qual “sendo nula qualquer das cláusulas da transação, nula será esta”. Em outras palavras: a transação é una e só vale por inteiro, o que bem se justifica à medida que ela decorre de concessões mútuas das partes. Como o acordo extrajudicial é, como já dito alhures, uma transação, não pode valer parcialmente. Ou vale por inteiro ou não vale. Por isso mesmo que o legislador não previu a possibilidade de homologação parcial do acordo. Quis, na verdade, preservar a unidade do acordo. Caso o juiz entenda haver motivo para não reconhecer a transação apresentada pelas partes, poderá negar a sua homologação, obviamente fundamentando sua decisão, ou então designar uma audiência e externando às partes suas razões, fazendo com que elas próprias ajustem os termos do acordo de modo a permitir a homologação. Não pode, contudo, o juiz, por arbítrio seu, homologar de forma diversa ou aquém daquela pretendida pelas partes. A homologação parcial, estamos a defender aqui, não pode sequer gerar efeitos pois não corresponde exatamente àquilo que foi pretendido pelas partes. Fere, tal como ocorre com uma decisão *citra* ou *infra petita*, o princípio da congruência, afetando o seu nexos com princípio dispositivo (WAMBIER, 2007, p. 298) e implica, portanto, a nulidade da decisão. Esse é um ponto realmente que merece destaque e para o qual as partes e o próprio juiz que decidirá sobre a homologação ou não do acordo extrajudicial precisam estar atentos.

Outra questão relacionada à decisão no procedimento ora analisado diz respeito aos seus efeitos e qualidades. No caso de homologação do acordo nos termos entabulados pelas partes, não há dúvida que a decisão resolve o mérito da demanda nos exatos termos do artigo 487,

III, do CPC, e considerando que na Justiça do Trabalho a homologação desse tipo de avença é irrecorrível por força do texto do § único do artigo 831, da CLT, adquire a decisão homologatória a qualidade de coisa julgada, impondo segurança jurídica ao que foi acordado pelas partes. Já no caso do juiz negar a homologação, a decisão ficaria sujeita ao recurso ordinário a que alude o artigo 895, da CLT.

O último ponto a ser assinalado refere-se à condição de título executivo judicial do acordo homologado, de modo que, em não havendo cumprimento do acordo homologado, poder-se-á executá-lo diretamente no juízo responsável pela homologação da avença (arts. 876 e 877, da CLT).

Outros aspectos inerentes ao procedimento de homologação de acordo extrajudicial poderiam ainda ser citados. Basta, porém, os que foram acima aludidos para se poder bem compreender os contornos do procedimento e sua importância para a redução das relações conflituais trabalhistas, que é, por sua vez, um ideal de convivência social.

Conclusão

Destarte, aprendendo com as lições do passado e olhando para o que se espera do futuro, devem, pois, as partes, devidamente assistidas por seus advogados, agir no tempo presente com absoluta boa-fé nessa negociação, se valendo desse novo e importante instrumento de composição, tornando-se assim construtores de uma cultura de paz social, especialmente na resolução dos conflitos.

À guisa de conclusão, merecem destaque as palavras do saudoso Professor Octavio Bueno Magano, defensor contumaz da autocomposição na solução dos conflitos trabalhistas, quando outrora assim se exprimiu: “Não é possível que a consciência do povo brasileiro continue insensível ao fato de que uma causa trabalhista demore de cinco a sete anos para chegar ao seu termo final. A demora na prestação jurisdicional constitui forma disfarçada de denegação da justiça, estimulando renúncias e acordos ruinosos; gerando ao mesmo tempo, descrença nas instituições e revolta contra a ordem social vigente. Como diria Camus, a revolta pode ser fruto da ascense de quem busca novo Deus.” E arrebatada: “Antes que o povo brasileiro queira submeter-se a deuses estranhos, melhor será que o livremos de suas frustrações, acenando-lhes com formas expeditas de solução das contendas” (MAGANO, 2001, p. 244).

E dentre as diversas formas de que se possa excogitar, uma das mais expeditas é, sem dúvida, o procedimento de homologação de acordo extrajudicial aqui ora examinado. Procedimento que merece a apologia de todos aqueles que também primam por uma justiça célere, justa e conciliadora, predcados estes incontestes da Justiça do Trabalho.

Referências

- CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Bras. São Paulo: Saraiva, 1943. vol. II.
- GIGLIO, Wagner D.; CORRÊA, Claudia G. V. *Direito Processual do Trabalho*. 16ª ed. rev., ampl., atual. e adaptada. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Esp. – Barcelona: Editorial Labor, 1936.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Política do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. vol. IV.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2009. vol II.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A necessária mudança de paradigma sobre a experiência do consumidor na resolução de conflitos para fidelização da clientela

Juliana Polloni

Advogada Colaborativa. Mestre em Direito e Doutora em Serviço Social. Mediadora. Sócia do ConversAções Instituto de Facilitação de Diálogos. Professora e palestrante.

Sabe-se que as empresas investem grande parte de seu capital em pesquisas, no desenvolvimento de produtos e em marketing. Pensa-se no que o consumidor deseja de uma marca, ou produto ou serviço e envidam-se esforços para entregar e atender essas expectativas do mercado.

Também é notório o investimento das empresas em atendimento, em criação de serviços de atendimento ao consumidor, pesquisas de satisfação. Mas, será mesmo que quando algo na relação empresa consumidor não sai como planejado, esse consumidor tem sido atendido como deveria? Será que os serviços de atendimento ao consumidor ou as ouvidorias tem alcançado o objetivo de resolver os conflitos e trazer satisfação ao cliente mesmo após uma experiência negativa junto àquela empresa?

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), ao reconhecer a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo e a necessidade de ações governamentais no sentido de proteger efetivamente o consumidor, inaugurou as mudanças de paradigma no Brasil a respeito dos direitos dos consumidores, marcando definitivamente a cultura empresarial no sentido de se atentar para a responsabilidade que lhe cabe ao oferecer produtos e serviços no mercado.

Desde então as mudanças vem ocorrendo, ainda que a passos lentos, ainda que mais com base na aplicação de sanções do que na mudança de mentalidade. Muitos avanços foram vistos, como por exemplo, a responsabilidade do fornecedor em garantir um produto livre de de-

feitos ou vícios ou, caso isso ocorra, substituir o produto ou mesmo o reconhecimento da importância da informação ao consumidor.

Também vieram muitas crenças no mundo empresarial sobre a proteção dos direitos do consumidor, especialmente a de que a lei estimule pessoas mal intencionadas a se aproveitarem de sua condição legal de hipossuficiente para auferir vantagens financeiras sobre a empresa ao pleitearem seus direitos.

A experiência no atendimento de consumidores em busca da resolução de seus conflitos, diante de algo que tenha infringido seus direitos, tem demonstrado que essa cultura limita muito as ações que a empresa pode tomar para resolver a situação e que o objetivo dos consumidores na grande maioria dos casos é ser tratado com dignidade.

Ressalta-se que a Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro 1988, traz em seu artigo 1º, inciso III a *dignidade da pessoa humana* como fundamento do Estado Democrático de Direito, ou seja, confere aos cidadãos brasileiros a garantia de seus direitos individuais e sociais. Historicamente, o Código de Defesa do Consumidor vem logo após a promulgação da Constituição Federal e carrega em seu escopo esse princípio constitucional.

Mas, na prática, o que é ser tratado com dignidade? O que significa esse pedido dos consumidores às empresas?

Para as empresas, num primeiro momento, pode vir a ideia de que oferecer um produto que promova satisfação de seus clientes, fazer uma propaganda honesta, precificar de forma a possibilitar o acesso de seu público alvo, ter instalações confortáveis e atender bem seu consumidor é tratá-lo de forma digna.

E é. Porém, e quando essa experiência inicial não corresponde com a experiência pós aquisição do produto ou serviço? Muitos são os relatos de consumidores que são muitíssimo bem tratados no momento da aquisição do produto e depois quando precisam resolver alguma situação, o tratamento muda completamente. São discriminados, desrespeitados, desconsiderados. Não há quem responda pela situação. Quando há um Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC) em geral o atendente não tem autonomia para resolver a situação e mesmo nas empresas onde há exigência legal das ouvidorias, também muitas vezes o cliente não consegue ver seu problema resolvido.

Segundo artigo no *site* do Grupo SEGS:

O número de reclamações de clientes sobre o atendimento das empresas continua crescendo. O motivo? Para os mais de 2.600 profissionais da área de atendimento ao cliente entrevistados pela *Salesforce* e *Harvard Business Review* em todo o mundo, 35% das equipes de atendimento simplesmente não são capazes de fornecer informações relevantes sobre os problemas e as necessidades dos clientes, o que obriga o consumidor a entrar em contato com vários departamentos ou repetir a reclamação várias vezes para diferentes atendentes. E, com as pessoas cada vez mais ocupadas, o tempo vale mais do que dinheiro, fazendo da velocidade e da assertividade as novas moedas da era digital. Isso explica por que, de acordo com o *Gartner*, pelo menos 50% dos investimentos das empresas nos próximos anos serão dedicados à experiência do consumidor.

Ou seja, as empresas já percebem no mercado a necessidade de mudança de paradigma em relação à experiência do consumidor, inclusive mudando a destinação de seus investimentos para essa área. Mas, será que existe uma forma mais adequada de promover essa mudança? Em que investir? O que fazer?

Os meios de resolução de conflitos também passam por uma importante mudança de paradigma. E é com base nesta mudança dos meios de resolução de conflitos que se baseia a proposta deste trabalho, em buscar vias pacíficas, não adversariais e consensuais para resolver as situações que se apresentarem na relação empresa-consumidor.

Em tese de doutorado na área de Marketing, o estudo de Marie Chauvel (1999) traz o que se passa com o consumidor quando se depara com um problema:

Tensão, *stress*, aborrecimento, cansaço, são palavras recorrentes nos relatos dos entrevistados. Os consumidores que se deparam com algum problema após uma compra não ficam somente decepcionados. Eles experimentam intensos sentimentos de ansiedade. Por si só, a perspectiva de se queixar parece despertar múltiplos receios. O medo de “ficar com o prejuízo” é um deles, mas ele não é o único. Buscamos, então, entender esses medos e explorar seus conteúdos. Iniciando com a descrição de dois casos particularmente significativos, procuramos, em seguida, investigar os temas que dominavam o discurso dos entrevistados: a questão da responsabilidade do cliente, da legitimidade de sua queixa, da importância da dimensão do conflito e do seu significado. (p. 102)

Ao trazer relatos de experiência de consumidores, a autora da pesquisa evidencia que o tratamento oferecido à queixa, ainda que atendido, pode gerar uma experiência desrespeitosa e um sentimento de rejeição no consumidor. Nos casos trazidos, as respostas das empresas foram o de colocar os consumidores em um lugar de inferioridade, dando ao caso uma percepção de “favor” e não de exercício do direito. Fica a experiência do medo de torna-se réu ao invés de vítima.

Ao contrário do que as crenças sobre a proteção consumidor muitas vezes sugere é que as pessoas não gostam do conflito. Ele é uma experiência desagradável, que causa dor, angústia, preocupações.

Mas, sabe-se que o conflito pode surgir a qualquer momento, que faz parte da vida humana. O que se pretende aqui refletir é a forma como as empresas lidam com os conflitos e que tipo de experiência essa forma gera em seus clientes.

Chauvel (1999) traz também os relatos dos consumidores que foram bem atendidos, que tiveram suas reclamações resolvidas sem constrangimentos, demonstrando que esta experiência fica marcada na memória do consumidor.

Em suma, o cliente não espera ser bem atendido. Quando isso acontece, ele se surpreende. Mesmo com o passar dos anos, ele se lembra da experiência e a atribui a um empenho especial e particularmente louvável. De modo geral, porém, reclamar significa, para ele, “comprar uma briga”. E isso é exatamente o que ele deseja evitar. (p. 124)

A pesquisa demonstra algo que empiricamente se observa no dia a dia de acompanhamento de audiências de resolução de conflitos entre clientes e empresas. A forma como a empresa trata das questões conflituosas com seus clientes garante ou não a fidelização deste.

É para este ponto que se pretende chamar a atenção das empresas. Existem diferentes meios de se resolver conflitos e a escolha destes meios é que vai traçar o percurso percorrido por esse cliente e levá-lo a dois caminhos distintos: o da fidelização ou o do descontentamento.

Observa-se ainda que quando o cliente efetua sua reclamação muitas vezes não é a solução dada que lhe gera a insatisfação, é a forma como a pessoa é tratada que gera a diferença de impressão. Ou seja, a experiência está ligada ao relacionamento interpessoal, entre o representante da empresa e o cliente.

Será que as empresas tem investido na forma como seus funcionários tratam seus clientes da mesma forma como tem investido em marketing, por exemplo? E será que os efeitos dessa forma de tratamento não teriam tanta importância quanto divulgar bem um produto para sua marca?

Alguns podem responder que o marketing vai atingir uma fatia de mercado muito maior do que a de um consumidor mal atendido. Antes das redes sociais, da amplitude do acesso à internet, da popularidade dos *sites* de reclamação, até se poderia desconsiderar essa comparação, mas atualmente não mais.

Consumidores descontentes com a experiência de resolução de conflitos expõem com muita facilidade a empresa na mídia, com a força próxima da campanha publicitária.

Então como as empresas devem proceder para proporcionar um percurso digno na resolução de conflitos com seus clientes?

Destaca-se dois espaços principais para a resolução de conflitos: [1] no âmbito interno, quando o conflito é trabalhado pela própria empresa; [2] no âmbito externo, quando o consumidor aciona órgãos de proteção ao consumidor ou o poder Judiciário.

Em ambos os espaços há formas adequadas de abordagem dos conflitos que podem promover uma melhor experiência do consumidor.

No âmbito interno, preparar as equipes de atendimento, tanto em suas habilidades negociais quanto em suas habilidades conversacionais. Aperfeiçoar competências das pessoas responsáveis por atender o cliente que traz uma reclamação é fundamental, pois estes atendentes serão os primeiros a ouvir ou receber esse cliente, que chega emocionalmente abalado.

Esse cliente precisa ser escutado de forma adequada. Sobre a escuta existem autores, como Carl Rogers e Marshall Rosenberg, que fundamentam a necessidade de empatia, de uma escuta que vai além do que a pessoa está dizendo, que busca a necessidade que não está atendida naquele momento, que transcende ao julgamento.

Outro ponto fundamental é a integração das equipes internas na construção de uma solução, outro momento em que as habilidades negociais e conversacionais se fazem necessárias.

No que tange ao aspecto negocial tem-se a necessidade de planejamento, de conhecimento das situações conflituosas, de estudo das possibilidades de solução pela empresa em cada uma destas situações,

uma atuação bem diferente das rotineiras esquivas das empresas no que diz respeito à sua responsabilidade frente àquela situação.

Evidencia-se uma mudança de paradigma para as empresas, já que ela então deve se preparar para lidar com as situações de conflitos e não evitá-los. Também a mudança em preparar aqueles que primeiramente atendem as reclamações, evitando conduzir o cliente a um percurso infundável de passos para buscar quem de fato tem condições de resolver a situação por ele apresentada.

Todos aqueles que, de alguma forma, fazem parte desse percurso do cliente na solução de um problema por ele apresentado devem ser capacitados para atuarem nessas reclamações.

Essa capacitação envolve a ideia de conflito também. É fundamental para a mudança de paradigma da forma como as empresas lidam com a solução de conflitos a mudança do que se entende por conflito. Entender o conflito como algo inerente à vida humana e uma oportunidade de superação fará toda diferença na forma como o conflito será trabalhado.

As empresas também precisam preparar aqueles que vão representá-la na busca por uma solução de conflitos no âmbito externo. Prepostos despreparados para o relacionamento interpessoal colocarão todo trabalho e investimento a perder. O cliente chega aos órgãos de proteção ao consumidor ou ao Judiciário muitas vezes já desgastado pelo percurso que atravessou sem nenhuma resolução. Neste momento, a capacitação do representante da empresa para olhar nos olhos do cliente, buscar empatia, pedir desculpas pela situação ocorrida, tratar com respeito, demonstrar que se preparou para aquele encontro levando um estudo do caso e uma proposta, tudo isso leva o cliente a sentir que está sendo tratado com dignidade.

Segundo Hicks (2013) “a dignidade é um direito inato”. Para a autora, que escreve sobre o papel da dignidade na resolução de conflitos, a dignidade é diferente do respeito. Tratar os outros com dignidade significa dar ao outro a importância que ele tem enquanto ser humano. O respeito é algo conquistado e vai além do direito básico inato, dependerá de ações e comportamentos.

Para a autora são dez os elementos essenciais da dignidade:

- aceitação da identidade,
- inclusão,

- segurança,
- reconhecimento,
- aprovação,
- imparcialidade,
- benefício da dúvida,
- compreensão,
- independência, e
- responsabilidade.

Cada um desses elementos essenciais é o desenvolvimento da precípua de que cada pessoa é importante e merece ser cuidada. Olhar para essa ideia é olhar para o que o consumidor tem pedido. E essa parece, em muitos casos, uma necessidade não atendida dos consumidores.

Aqui mais uma mudança de paradigma sendo proposta por este trabalho. O que se vê no cotidiano das audiências de resolução de conflitos são prepostos terceirizados, que desconhecem o caso, que não levam proposta, que não conhecem o caso, advogados que ignoram o cliente e falam somente entre si, que provocam a temida sensação de desprezo pelo consumidor, gerando uma péssima impressão da empresa, e uma experiência extremamente destrutiva junto ao consumidor.

E também a escolha do método adequado para o tratamento do conflito pode fazer grande diferença.

No Brasil temos as audiências de conciliação realizadas em PROCONs, Juizados Especiais e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Via de regra a conciliação é o método utilizado para tratar das questões conflituosas entre consumidores e empresas.

A audiência de conciliação tem como foco a busca por um consenso na solução do conflito e o foco do trabalho do conciliador é buscar uma proposta que atenda satisfatoriamente as partes.

Como visto anteriormente, muitos dos problemas ocorridos nas relações de consumo vão além do fato em relação ao produto ou serviço. Existem componentes conversacionais nestes conflitos, em geral envolvendo o atendimento daqueles que foram procurados anteriormente para resolver a situação.

O Código de Processo Civil brasileiro, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, faz uma diferenciação entre Conciliação e Mediação

ao trazer a postura do conciliador e do mediador em parágrafos diferentes do artigo 165.

Art. 165, § 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.

Art. 165, § 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.

A partir deste critério objetivo trazido pelo Código, a Conciliação é recomendada preferencialmente para os casos onde não há vínculo anterior entre as partes e a Mediação para preferencialmente para os casos onde há vínculo anterior entre as partes.

No Brasil parece haver, portanto, um equívoco ao tratar a busca pelas soluções de conflitos nas relações de consumo exclusivamente pela via metodológica da Conciliação. E esse equívoco atinge o mercado de forma sistêmica, uma vez que a empresa, o cliente, os advogados, os serviços de solução consensual de conflitos, enfim, todos os envolvidos sofrem os efeitos dessa praxe.

Desta forma pretende-se sensibilizar esses atores da resolução de conflitos consumeristas no Brasil a escolher o método mais adequado para essas relações. Há situações de consumo em que a situação é pontual e o objetivo do cliente é resolver o mais breve possível. Nestes casos a Conciliação alcança a satisfatoriedade e encerra a questão posta. Há outros casos porém em que a relação do consumidor com a empresa é duradoura e é para estes casos que chama-se atenção.

Utilizando apenas a lógica trazida pelo Código de Processo Civil, as relações de consumo são denominadas de “relações” por constituírem algum tipo de vínculo. Todo investimento das empresas na fidelização de seus clientes, bem como a busca que estamos vendo por um melhor atendimento aos clientes na resolução dos problemas demonstram que a ideia central da relação consumidor-empresa é a consolidação deste vínculo, que passa pelas etapas de conquista, amadurecimento e consolidação.

Por essa razão, evidentemente, não é interessante para as empresas arriscar essa construção de vínculo buscando apenas um “acordo” com seu cliente e sim trabalhar em busca da confiança do cliente naquela relação.

Para as relações de vínculo há uma necessidade de escuta, de espaço de conversa, de conhecimento do caso pelos representantes da empresa, de tratamento digno àquele consumidor que está presente na audiência.

Considerando os elementos essenciais da dignidade trazidos pode-se afirmar que o ambiente criado na Mediação é propício para trabalhar cada um desses elementos.

O ideal é que os casos de conflitos empresa-consumidor nem sequer chegassem ao âmbito externo. Existem formas de cuidar dos elementos da dignidade que podem ser executadas pelos representantes da empresa no momento de cada etapa de atendimento.

Assim, uma importante forma de investir na experiência do cliente é investir em treinamento de pessoas para lidarem com pessoas.

Também é investir no tratamento adequado dos conflitos, utilizando conciliadores e mediadores devidamente capacitados e experientes para fazê-lo e advogados que saibam analisar o caso e distinguir entre qual a metodologia mais adequada para cada conflito.

Importante lembrar que o Brasil carrega em sua cultura a ideia da conciliação, que existiu no modelo adotado no Império, por influência da legislação portuguesa e que a República havia deixado de lado, concentrando no Estado a função de resolver os conflitos sociais. Aos poucos a conciliação foi sendo trazida de volta à legislação brasileira, como, por exemplo, na Consolidação da Lei Trabalhista de 1943, na Lei do Divórcio de 1967, no Código de Processo Civil de 1973, e teve seu ápice com a Lei dos Juizados Especiais Cíveis, a Lei nº 9.099 de 1995, na figura do conciliador como alguém que não o juiz com o intuito de buscar o acordo entre as partes.

Porém, a utilização desse formato de conciliação, sem a adequada capacitação dos conciliadores fez com que a Conciliação fosse desmerecida pelos usuários da Justiça, pois não havia qualquer movimento de técnicas e recursos para proporcionar as partes adequado ambiente de negociação, fazendo com que os usuários sentissem aquele momento como desperdício de tempo.

Tanto a conciliação como a mediação são métodos de solução de conflitos e, da forma como são concebidos atualmente, foram sistematizados na década de 1970 nos Estados Unidos da América, os *Alternative Dispute Resolution* (ADRs), conforme esclarece SHAILOR (1999):

A mediação – o processo de permitir que disputantes resolvam seus próprios conflitos por meio da intervenção qualificada de um terceiro neutro – é uma atividade crescente nos Estados Unidos. Há apenas 25 anos, tratava-se de uma opção relativamente desconhecida para os cidadãos americanos que desejavam resolver seus conflitos; atualmente, contudo, a mediação é uma alternativa conhecida e bastante procurada. Embora houvesse apenas alguns poucos centros de mediação no início da década de 70, agora há mais de 400 (JOHNSON, 1993). A mediação tornou-se institucionalizada em comunidades, *campi* universitários e em outros lugares, sendo utilizada para tratar de uma gama cada vez maior de conflitos, inclusive aqueles entre locatários e comerciantes e clientes, colegas de trabalho, parceiros de negócios, familiares e organizações. (p. 91)

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe importante ampliação do acesso à Justiça, o que gerou grande aumento dos litígios propostos sem que a estrutura do Poder Judiciário conseguisse atender à tamanha demanda. Segundo RICHA e PELUSO (2011):

Esse era, pois, o cenário ideal e o terreno fértil para o nascimento de uma política nacional que atingisse dois grande entraves do funcionamento regular da Justiça: o acesso que deveria ser garantido a todos os cidadãos e o fortalecimento de uma forma de composição de conflitos que restabelesse de maneira fácil, ágil e efetiva a desejada paz social. [...]

Criado em agosto de 2006, o Movimento pela Conciliação tinha como objetivo alterar a cultura da litigiosidade e promover a busca de soluções para os conflitos mediante acordos. Sabia-se, na ocasião, como se sabe hoje, que a empreitada, embora facilmente aceita, não seria simples. O país padecia e padece de uma cultura jurídica essencialmente litigiosa, e a própria formação dos profissionais da área afigura-se deficiente para assimilar verdadeiramente essa mudança paradigmática. (p. 86)

Assim, em dezembro de 2006, o Brasil adotou o Dia Nacional da Conciliação e no ano seguinte passou a ter a Semana Nacional da Conciliação, que permanece até os dias atuais, com a participação de

todos os Tribunais.

Tendo em vista a cultura de litigiosidade no Brasil, o fato de a conciliação ter sido implantada pelo Poder Judiciário fez com que ela se difundisse junto à população brasileira e tenha se tornado culturalmente uma referência quando o assunto é métodos consensuais de solução de conflitos.

A política pública implementada pela Resolução 125 CNJ traz a ideia de tratamento adequado de conflitos e institucionaliza o chamado sistema multiportas, conforme modelo americano, que considera a diversidade de métodos e a possibilidade de escolha daquele que for mais adequado ao tipo de conflito apresentado.

A conciliação e a mediação, embora sejam meios de solução consensual de conflitos são institutos diferentes, com pressupostos teóricos, metodologias e finalidades distintas.

A condução do diálogo é diferente na mediação e na conciliação, em vista do objetivo de cada uma delas ser diferente. Na mediação, o objetivo é restabelecer o diálogo cooperativo entre as pessoas e, para isso, o mediador utiliza técnicas que auxiliem as partes a se ouvirem, a dar passos em direção à construção conjunta de novas possibilidades para suas histórias desenvolvidas a partir da circularização de suas narrativas, que geram novos posicionamentos das pessoas naquela relação. O foco do mediador é no processo de desenvolvimento do discurso.

Já na conciliação, o objetivo é auxiliar as partes a chegarem a um acordo que seja possível para elas. Sua condução se pauta na negociação das possibilidades de cada pessoa envolvida. Essas possibilidades são trazidas pelas próprias partes e o conciliador assume um papel de organizador das ideias, podendo inclusive propor sugestões na medida em que perceber a viabilidade delas. O foco do conciliador é ajudar as partes a chegarem num consenso.

Ressalta-se que não há hierarquia entre conciliação e mediação, que uma prática seja melhor do que a outra, que uma exige mais capacitação do que a outra. Ambas necessitam de técnicas específicas, que precisam ser apropriadas pelo profissional que as for aplicar.

O que se quer apresentar é que cada uma dessas técnicas tem um contexto mais adequado para ser aplicada e esse contexto diz respeito ao vínculo relacional entre os envolvidos naquele conflito específico.

Muitas são as possibilidades de resolução de conflitos entre empresas e consumidores e muitas são as portas para se buscar essa re-

solução. Cabe a empresa escolher de que forma pretende proporcionar o caminho ao seu cliente para resolver impasses e problemas.

A Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), órgão responsável pela política nacional de defesa do consumidor lançou a plataforma consumidor.gov.br que 2018 ultrapassou um milhão de registros.

Número pequeno diante da quantidade de reclamações junto aos PROCONs e ao Judiciário, mas que já começa a traduzir um novo paradigma de comportamento dos consumidores, na utilização de uma via mais assertiva e direta com a empresa.

Também neste ponto há oportunidade de melhorar a experiência do consumidor, na capacitação das pessoas que vão responder à essas demandas digitais.

A tecnologia em alguns casos pode não ser a via adequada, especialmente nos casos ressaltados neste trabalho, quando a questão está relacionada a uma questão comunicacional e há intenção de fidelização do cliente.

Enfim, o que se pretende é trazer à reflexão de todos os atores das situações envolvendo conflitos empresa-consumidor que as mudanças na forma de resolver conflitos está se transformando e que se faz necessária a mudança de paradigma em relação ao que se entende sobre esses conflitos e de como cuidar deles de forma a criar oportunidades de surpreender e fidelizar a clientela.

Referências

CHAUVEL, Marie Agnes. *Representações e lógicas do consumidor insatisfeito*, 1999, 246 f. Tese (Doutorado em Marketing), Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

HICKS, Donna. *Dignidade: o papel que desempenha na resolução de conflitos*. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2013.

PRADO, M.; CUNHA, L. *Atendimento ao cliente: a jornada está na experiência do consumidor*. 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/qjKUwV>>. Acesso em: 24/02/2018.

RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (Coord.) *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. (ADR: Alternative Dispute Resolutions).

SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformativa à prática da mediação: considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Org.). *Novos paradigmas em mediação*. Tradução de Marcos A. G. Domingues e Jussara Haubert Rodrigues. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SILVANO, C. *Um milhão de motivos para refletirmos sobre a defesa do consumidor*. 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/3WX1Qn>>. Acesso em: 24/02/2018.

Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos

Kazuo Watanabe

Professor-Doutor Sênior da Faculdade de Direito da USP e
Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Conceito de acesso à justiça e sua atualização

Desde o início da década de 1980, quando o sistema processual brasileiro passou por grandes e revolucionárias transformações, com a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (1984) e a aprovação da Lei da Ação Civil Pública (1985), com posterior aprovação do Código de Defesa do Consumidor (1990), que trouxe no campo processual grandes inovações, em especial disciplina mais completa e aperfeiçoamento das ações coletivas, o conceito de “*acesso à justiça*” passou por uma importante atualização. Deixou de significar mero acesso aos órgãos judiciais para a proteção contenciosa dos direitos para constituir *acesso à ordem jurídica justa*, no sentido de que os cidadãos têm o direito de ser ouvido e atendido não somente em situação de controvérsias com outrem como também em situação de problemas jurídicos que impeçam o pleno exercício da cidadania, como nas dificuldades para a obtenção de documentos seus ou de seus familiares ou os relativos a seus bens. Portanto, o acesso à justiça, nessa dimensão atualizada, é mais ampla e abrange não somente a esfera judicial como também a extrajudicial. Instituições como “Poupa Tempo” e Câmaras de Mediação, desde que bem organizadas e com funcionamento correto, asseguram o acesso à justiça aos cidadãos nessa concepção mais ampla.

Transformação do paradigma dos serviços judiciários

Na *esfera judiciária*, a atualização do conceito de *acesso à justiça* vem provocando repercussão na amplitude e qualidade dos serviços judiciários e bem assim no elenco de técnicas e estratégias utilizadas pela Justiça na solução dos conflitos de interesses. Vem se entendendo que o papel do Judiciário não se deve limitar à solução dos conflitos de interesses, em atitude passiva e pelo clássico método da adjudicação por meio de sentença, cabendo-lhe utilizar de todos os métodos adequados de solução das controvérsias, em especial os métodos de solução consensual, e de forma ativa, com organização e oferta de serviços de qualidade para esse fim. A *mediação* e a *conciliação* passaram, assim, a integrar o instrumental do Judiciário para o exercício de suas atribuições, não mais se constituindo em meros instrumentos de utilização eventual à disposição de alguns juízes mais vocacionados às soluções amigáveis, e sim instrumentos de utilização imperiosa para o correto exercício da judicatura. Os jurisdicionados têm, hoje, o *direito* ao oferecimento pelo Estado de todos os métodos adequados à solução de suas controvérsias, e não apenas do tradicional método adjudicatório. A esse direito corresponde a *obrigação* do Estado de organizar e oferecer todos esses serviços, inclusive os chamados métodos alternativos de solução amigável de conflitos. Isto, não somente na solução dos conflitos judicializados como também na solução das controvérsias na fase pré-processual, evitando-se por essa forma a judicialização excessiva e muitas vezes desnecessária dos conflitos de interesses. Esses serviços devem ter qualidade, com a participação de mediadores e conciliadores devidamente capacitados, treinados e em constante aperfeiçoamento. Cabe-lhe também oferecer os serviços de orientação e informação dos jurisdicionados para a solução de problemas jurídicos que estejam impedindo ou dificultando o pleno exercício da cidadania.

Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, editado em novembro de 2010, acolheu esse *conceito atualizado de acesso à justiça*, com toda sua significação e abrangência, e instituiu uma importante *política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses*.

Deixou assentado, em sua exposição de motivos, que o direito de *acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa*, e em seus dispositivos deixou expressamente declarado que os jurisdicionados têm direito à solução dos conflitos pelos métodos mais adequados à sua solução, em especial os métodos consensuais (mediação e conciliação) e que os órgãos do Judiciário brasileiro têm a *obrigação* de oferecer esses serviços, prestados com qualidade e por pessoas devidamente capacitadas e treinadas. E determinou a criação, em todas as unidades judiciárias do país, do centro judiciário de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC), com 3 seções, *uma* para a solução dos conflitos na *fase pré-processual* (antes da judicialização), *outra* para solução na *fase processual* (após a judicialização) e a *terceira* de *cidadania*, para a prestação de serviços de informação e orientação aos jurisdicionados em seus problemas jurídicos.

A Resolução foi editada em novembro de 2010, portanto já decorreram mais de seis anos e muitos órgãos do Judiciário brasileiro, lamentavelmente, ainda não deram cumprimento integral às obrigações por ela instituídas. O Conselho Nacional de Justiça, preocupado com essa situação, vem atuando na cobrança das medidas necessárias para o exato cumprimento da Resolução 125, cogitando até de criar um órgão permanente com a função específica de fiscalizar, orientar e auxiliar na correta implementação dos CEJUSCs. Mesmo com atraso, se os objetivos da Resolução 125 forem correta e efetivamente implementados, teremos sem dúvida alguma, no Judiciário brasileiro, uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que assegurará, desde que bem organizados e com qualidade os serviços a serem prestados, um *acesso à justiça* na dimensão atualizada, ou seja, de *acesso à ordem jurídica justa*.

Novo Código de Processo Civil e Lei de Mediação

O novo Código de Processo Civil (NCPC) (Lei nº 13.105, 16-março-2015) e o marco regulatório da mediação recentemente aprovado (Lei nº 13.140, de 26-junho-2015) acolheram, em linhas gerais, os fundamentos da política judiciária nacional instituída pela Resolução 125/2010, do CNJ, inclusive o conceito atualizado de acesso à justiça, na dimensão acima explicitada.

No NCPC, os seguintes dispositivos revelam seu perfeito alinhamento à política pública instituída pela Resolução 125: a) art. 3º, § 2º, estabelece a prioridade da solução amigável, estatuiu que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; b) o § 3º do mesmo dispositivo, declara que “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual dos conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo civil”; c) o art. 165 estabelece que os tribunais deverão criar “centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar e estimular a autocomposição”; e d) o § 1º do art. 165 estabelece que, a composição e organização dos centros devem ser definidas pelo respectivo tribunal, “observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça”.

Também a Lei 13.140, na parte que disciplina a mediação judicial, adotou a mesma orientação, conforme revela claramente seu art. 24, que dispõe que “Os tribunais criarão centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiência de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”. E seu parágrafo único completa: “A composição e a organização serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça”.

Acesso à justiça na dimensão de acesso à ordem jurídica justa

O *acesso à justiça*, na dimensão de acesso à ordem jurídica justa, exige a correta organização não somente dos *órgãos judiciais* para o oferecimento à população de todos os mecanismos adequados para a solução dos conflitos de interesses e para a prestação dos serviços de informação e orientação em problemas jurídicos. É necessário, também, que na *esfera extrajudicial* haja a organização e o oferecimento de serviços de solução adequada de controvérsias e também organização e oferta de serviços de orientação e informação. A *justiça é “obra coletiva”*, na precisa afirmativa do magistrado e professor Dr. José Nalini, não somente no sentido de que na organização do Judiciário e nos serviços por ele

prestados na solução dos conflitos de interesses no plano judicial, deve haver a participação das próprias partes e de toda a sociedade, e não apenas do Estado, como também no sentido de que a própria sociedade, por suas instituições, organizações e pessoas responsáveis devem também organizar e oferecer os serviços adequados de prevenção e solução dos conflitos de interesses.

Nesse sentido, a Lei 13.140/2015 disciplina e procura estimular a *mediação extrajudicial*. Ocorre que, apesar dos grandes avanços que tivemos nos últimos tempos, em especial após a Resolução 125 do CNJ, em termos de capacitação e treinamento de conciliadores e mediadores, e mesmo com esforços das instituições privadas de mediação, conciliação e arbitragem, inclusive com lançamento do “Pacto de Mediação” pela Câmara Fiesp-Ciesp de Conciliação, Mediação e Arbitragem, para a ampla divulgação dos mecanismos de solução consensual dos conflitos de interesses, a sociedade brasileira ainda não se despertou para a grande vantagem da solução amigável dos conflitos, em termos de economia de tempo e dinheiro, de celeridade, de previsibilidade da solução dos conflitos, de confidencialidade, de autonomia das partes na busca de solução mais adequada para suas controvérsias, de preservação dos vínculos que unem as partes, e muitos outros benefícios mais.

Os eventos para a divulgação da mediação e da conciliação são todos realizados com grande êxito, em termos de público e de temas discutidos. Mas, o público presente é sempre constituído, em sua grande maioria, de pessoas que querem praticar e oferecer os serviços de mediação e de conciliação e estão à busca de aperfeiçoamentos.

Pouquíssimas pessoas com conflitos comparecem a esses eventos para se informar sobre a melhor maneira de solucionar seus problemas.

Transformação da “cultura da sentença” em “cultura da pacificação”

Diante desse quadro e tendo em vista a grande importância da mediação e conciliação para a adequada organização dos serviços públicos e privados de acesso à justiça, na dimensão de acesso à ordem jurídica justa, constatamos que o grande desafio nosso está em vencer a “cultura da sentença”, ou a “cultura do litígio”, e a *mentalidade hoje pre-*

dominante entre os profissionais do direito e também entre os próprios destinatários dos serviços de solução consensual de litígios, que é a da excessiva dependência ao *paternalismo estatal*. Há, ainda, a preferência pela solução adjudicada por terceiros, em especial pela autoridade estatal, e a grande parte da população não conhece os benefícios da solução consensual dos conflitos de interesses. Os profissionais do direito, mesmo conhecendo esses benefícios, não sabem como transformar em ganho significativo a sua atuação na solução consensual dos conflitos de interesses. Assim, para que esses mecanismos ganhem plena aceitação da sociedade brasileira, está na hora de se conceber e executar um *grande projeto de indução de nova mentalidade e de incentivo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos*, tanto no plano judicial como na esfera extrajudicial, divulgando as grandes e inegáveis vantagens das soluções consensuais. Da execução desse grande projeto, deverão participar o Poder Público, com o envolvimento de todos seus segmentos, não somente os da área jurídica, como também de outros setores, em especial da área educacional, e será de fundamental importância o envolvimento de toda a sociedade civil, com todos seus segmentos mais importantes, como indústria, o comércio, serviços, instituições bancárias e financeiras, instituições privadas de ensino, e em especial de toda a mídia, desde a escrita, falada, televisionada e até a digital.

Somente com um movimento assim organizado, bem implementado e monitorado conseguiremos transformar a atual *cultura da sentença em cultura da pacificação*, da solução amigável dos conflitos de interesses.

Acesso à Justiça hoje e o Operador do Direito

Adolfo Braga Neto

Advogado, Mediador, Supervisor em Mediação e Professor da UNIFOR, IASP e ESA/SP, Consultor dos Ministérios da Justiça de Angola e Cabo Verde, Presidente do Conselho de Administração do IMAB, Membro do Conselho de Mediação do CAM-CCBC e do Grupo de Pesquisa sobre Mediação da PUC/SP.

O ordenamento jurídico brasileiro, desde 2015, conta com leis ordinárias, complementares, decretos e normas administrativas, que têm propiciado ao cidadão a possibilidade de escolher o método de resolução mais adequado para os conflitos em que esteja envolvido. Todo este cabedal legislativo está no bojo de uma evolução iniciada em 1988, com o advento da Constituição Federal, mais conhecida como Constituição Cidadã, que lançou as bases estruturais para criação de instrumentos jurídicos adaptados a realidade pós-moderna e devidamente enquadrados no sistema legislativo nacional, numa tentativa de acompanhar a evolução da sociedade brasileira. Apesar desta evolução das leis brasileiras, pouco se percebe o acompanhamento dessas mudanças legislativas na formação dos operadores do direito, que não estão atentos a ela e ao mesmo tempo continuam a ser graduados com base na visão de que o processo judicial é o único a promover Justiça.

O objetivo do presente artigo é oferecer breves reflexões sobre os métodos de resolução de conflitos devidamente enquadrados na legislação brasileira, não somente a partir da legislação, mas sobretudo com base na experiência adquirida no País. Além disso, importante é também aferir nestas breves observações o quanto os operadores do direito desconhecem a sua existência por não possuírem formação e informação sobre os mesmos, e, claro, pelo fato de saírem de sua graduação olhando o mundo a partir do processo judicial. Em outras palavras ao saírem das faculdades saem com a leitura de que o acesso a Justiça ainda é o acesso ao Poder Judiciário, e ainda, que este último detém o monopólio da Justiça.

Para se ter uma ideia da evolução da legislação pós constituinte, segue abaixo uma breve lista, que aponta em diversos temas e direções em que as normas jurídicas nacionais têm apresentado grande progresso:

- Código de Defesa do Consumidor – 1990 (Lei 8.078);
- Legislação Regulatória (ANATEL, ANEEL, ANP, ANS, etc.) a partir de 1990;
- Legislação de Defesa Comercial (anti-dumping – subsídios – salvaguardas – medidas compensatórias), a partir da Lei 9019/95;
- Lei de Arbitragem – 1996 (Lei 9.307);
- Lei de Patentes – 1996;
- Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – 1981;
- Decreto que Regulamenta – 1990;
- Lei de Crimes Ambientais – 1998
- Lei dos Planos de Saúde – 1998 (Lei 9.656);
- Leis no Direito de Família a partir de 1999;
- Lei de Recuperação Judicial de Empresas – 2005 (Lei 11.101);
- Novo Código Civil;
- Nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/12);
- Nova Lei de Arbitragem Lei 13.129/15;
- Marco Legal da Mediação Lei 13.140/15;
- Código de Processo Civil Lei 13.105/15.

Apesar do pouco conhecimento do operador do direito com relação à evolução legislativa brasileira, a doutrina, por seu turno tem desempenhado seu papel de vanguarda, apontando em direção diversa, pois inúmeros são os autores, que claramente afirmam ser o acesso a justiça por outros meios, além do Judiciário. E mais fundamental lembrar as palavras do professor Kazuo Watanabe em seu artigo “Política do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesse” (acesso: www.cnj.jus.br em 27 de dezembro de 2017). Note que ele indica ser necessário ter como referência o acesso à ordem jurídi-

ca justa que pode ser obtida também por outros métodos. Assim afirma o referido Professor:

“o princípio de acesso à justiça, inscrito no nº XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução de conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.”

Segundo Watanabe, o princípio inscrito na Constituição Federal não assegura apenas acesso ao sistema judicial, mas sim o acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer conflito uma atenção por parte do Poder Judiciário. Para ele, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, pois é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio da conciliação e da mediação.

Em um sentido mais amplo, muito embora concordando com Prof. Watanabe, no que tange a observação da busca pelo cidadão brasileiro do acesso à ordem jurídica justa, Prof.^a Ada Pellegrini Grinover (GRINOVER, 2016) enfatiza que no momento atual o cidadão pode ter seu conflito resolvido por meio da escolha de três eixos de justiça, a saber: justiça estatal, arbitral e conciliativa. Por isso, afirma:

“O estudo do direito processual a partir da análise de um campo específico da realidade social deve determinar a melhor resposta processual para a crise de direito em jogo. Isso significa examinar os conflitos que existem na sociedade, para chegar à tutela processual adequada. E como tutela processual adequada, em última análise, se perfaz por intermédio do procedimento adequado, nesses trabalhos o procedimento assume uma nova dimensão, sendo, ao lado do processo, instrumento para o atendimento da pacificação.

Falamos em tutela processual e não em tutela jurisdicional, por que, assim a jurisdição hoje, em nossa visão, não se restringe à estatal e à arbitral – abrangendo os meios consensuais de solução de conflitos

– ela é sobretudo garantia do acesso a justiça. Enquanto o processo administrativo em contraditório – embora não jurisdicional – tem natureza processual e também é instrumental à solução de conflitos, mas não tem a ver com o acesso à justiça. Nele há processo, mas não há Jurisdição...

Além da utilização da justiça estatal, os conflitos podem ser solucionados pela justiça arbitral e pela justiça conciliativa. Todas elas se apresentam como meio adequados para solução de cada conflito.”

Por oportuno, fundamental se faz lembrar o conceito que as duas últimas justiças mencionadas pela referida Professora. Arbitragem é um meio heterocompositivo por meio do qual pessoas físicas ou jurídicas submetem, convencionalmente, uma determinada controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis a um terceiro imparcial, pessoa física, capaz e de sua confiança, para que este decida o conflito, tendo a sua decisão a mesma força de uma sentença judicial. Arbitragem é um instituto milenar. Há registros de sua utilização já no ano de 3.000 a.C. na Babilônia, com o fim de dirimir conflitos entre Estados. Foi utilizado também na Grécia Antiga, mas o seu apogeu na Antiguidade ocorreu mesmo no Direito Romano. Na Idade Média, a arbitragem se desenvolveu entre os cristãos, criando-se o tribunal dos bispos para julgar os conflitos entre fiéis, em virtude da desconfiança e das perseguições existentes na Justiça laica. Já na Revolução Francesa, a arbitragem mostrou-se como uma alternativa aos tribunais tradicionais, dominados pela aristocracia representante do Antigo Regime¹. No Brasil, a arbitragem é disciplinada desde as Ordenações do Reino, passando também pelo

1 LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro – Princípios da Independência e da Imparcialidade*. p. 79.

Código Comercial de 1850 e pelas diversas Constituições que tivemos. Mas o grande impulso ocorreu mesmo após a promulgação da lei 9.307 (Lei Marco Maciel) em setembro de 1996, sendo devidamente consolidada com a Lei 13129/2015.

Já a mediação é processo em que um terceiro ajuda as pessoas em conflito, sejam físicas ou jurídicas, a mudar a qualidade da interação decorrente do conflito, enquanto debatem e exploram vários tópicos e possibilidades de resolução. E, como salienta Warat², a mediação é um “processo que recupera a sensibilidade, ainda que leve ao crescimento interior na transformação dos conflitos”. A partir disto, promove-se o respeito mútuo às diferenças e o reconhecimento das limitações próprias e das perspectivas pessoais diferentes ou mesmo opostas, o que pode proporcionar a integração das visões individuais que será terreno fértil para a responsabilidade que pavimentará de maneira robusta a possibilidade da construção de soluções.

Ao identificarem as características da mediação, Sampaio e Braga³ enfatizam ser uma atividade que “se beneficia da multidisciplinaridade geradora da interação interdisciplinar em busca de soluções transdisciplinares”. Nesse sentido, deve-se pensar que a atividade pode e deve ser exercidos por profissionais de diferentes áreas do conhecimento, baseados em trajetórias diversas, e que, com seus respectivos olhares, enriquecerão o trabalho desenvolvido e promoverão um resultado que transcende uma área específica e terão reflexos em todas elas simultaneamente, sobretudo para os maiores beneficiários, as pessoas que dela fazem uso.

Na verdade o que sustenta Prof.^a Ada e os demais autores acima mencionados ainda não está devidamente esclarecido ao operador do direito e muito menos ao próprio cidadão, que continuam com a visão da época da constituinte brasileira. Por este motivo, cabe a pergunta: o que é necessário ser desenvolvido para que o operador do direito, aqui entendido todos os profissionais graduados nas faculdades de Direito, assim como o cidadão comum, possam ter claro o que o termo acesso a justiça significa atualmente.

Inúmeras podem ser as respostas, que vão desde a participação na atividade, até mesmo a divulgação na mídia especializada ou não.

2 WARAT, Luis Alberto, “*Surfando na Pororoca – O ofício do mediador*”, Florianópolis: Editora Boiteux, 2004, p. 65.

3 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGANETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000, p. 7.

No entanto, como depende muito a implementação de uma nova cultura, a introdução do tema de maneira aprofundada na graduação do Direito e de outras faculdades, com certeza, proporcionaria a mudança de mentalidade necessária a sua implementação ao mesmo tempo em que atenderia aos requisitos previstos pela Diretrizes Curriculares do Curso de Direito da Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação. Tais diretrizes ressaltam que os Cursos de Direitos devem proporcionar condições para que o formando possa atingir uma série de características em sua futura vida profissional, dentre elas a capacidade de desenvolver formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos.

Na verdade, se observa nas Faculdades de Direito em função do mencionado acima a tendência em incorporar na grade curricular o tema mediação, conciliação e arbitragem. No entanto, não basta somente a simples inclusão das referidas matérias nas grades curriculares, necessário se fazer uma verdadeira revisão da estrutura que leva hoje ao Direito Processual ser o maior atrativo da graduação em Direito. Há que se pensar claramente no que o referido Ministério avoca como pressuposto do futuro profissional o conhecimento de como lidar quando se tratar de conflitos que sejam arbitráveis, conciliáveis ou mediáveis. Por isso, a revisão acima mencionada se refere à possibilidade da implementação do estudo mais ampliado da arbitragem, da mediação e da conciliação em proporções iguais ao processo judicial.

Além disso dado o caráter interdisciplinar quando se toma como referência a arbitragem a mediação e a conciliação no sentido de que transcendem o aspecto jurídico, incluindo também outros aspectos. Na verdade todos aqueles do saber humano, importante também não se esquecer que a graduação das demais áreas devem incluir o tema em suas grades curriculares, para que também tenham conhecimento da existência da justiça arbitral e da justiça conciliativa. Como consequência natural da incorporação acima mencionada, a possível existência da visão do público em geral de que o direito não é sinônimo de Judiciário, ou mesmo, como mencionado anteriormente, Justiça não se restringe ao Judiciário. Qual a importância desta mudança de visão para o debate ora fomentado? A resposta a questão leva a dois aspectos o primeiro a incorporação às outras áreas a possibilidade de também de se apropriar do tema e como isso não mais entender que não seja de sua alçada sem-

pre asseverar que é da competência dos operadores do direito e como tal a eles encaminhar. E também a possibilidade de cessar a exigência de uma única postura dos operadores do direito a de litigar por parte de seus clientes.

Em outras palavras, no momento atual o acesso à justiça não está restrito ao Poder Judiciário, pois institutos jurídicos devidamente regulados pela legislação brasileira promovem o referido acesso, quer seja pela conciliação ou mediação, quer seja pela arbitragem ou outros métodos que estão sendo utilizados, mas ainda sem enquadramento no ordenamento jurídico brasileiro. Além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e da mediação, é a formação acadêmica dos nossos operadores do Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado. O que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso. É esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. E é justamente isso os presentes comentários apontam no sentido da imediata mudança da formação dos profissionais.

Referências

- BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação – Uma Experiência Brasileira*. CLA: São Paulo, 2017.
- CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Forense: Rio de Janeiro, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Pallotti: Porto Alegre, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Comentários à lei 9307/96*. Atlas: São Paulo, 2005.
- _____, Carlos Alberto; LEMES, Selma Maria Ferreira; MARTINS, Pedro Baptista. *Comentários à Lei 9307/96*. Forense: São Paulo, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a Processualidade*. Gazeta Jurídica: Brasília, 2016.

_____, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e LAGRASTANETO, Caetano (Coord.) *Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional*. Atlas: São Paulo, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro – Princípios da Independência e da Imparcialidade*. LTr: São Paulo, 2001.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Del Rey: Belo Horizonte, 2005.

_____; BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos Atuais sobre a Mediação de Conflitos e Outros Métodos Extrajudiciais de Resolução de Conflitos*. GZ: Rio de Janeiro, 2012.

SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes; ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo (Orgs.). *Negociação, Mediação e Arbitragem – Curso Básico para Programas de Graduação em Direito*. Método: São Paulo, 2013.

_____. (Coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*. Quartier Latin: São Paulo, 2009.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. *O que é Mediação de Conflitos*. Coleção Primeiros Passos, Brasiliense: São Paulo, 2007.

WATANABE, Kazuo (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei 7.244*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 1985.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado de conflitos de interesse*. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em: 27.12.17.

Análise econômica do direito da mediação e contratos

Flavia Santinoni Vera

Pós-doutora em Análise Econômica do Direito pela Universidade de Hamburgo na Alemanha e pelo *International Centre for Economic Research* (ICER) em Turim, Itália. Doutora e Mestre em Direito pela *UC Berkeley*. Advogada (UnB, 2000) e Economista (UnB, 1986). Professora do IDP-DF e Instituto Legislativo Brasileiro do Senado Federal, onde trabalhou como analista legislativo durante 32 anos.

Introdução

Relacionamentos interpessoais, institucionais, organizacionais, nacionais ou societários são materializados em contextos de regras que funcionam como contratos, mesmo que apenas verbais, informais, subentendidos ou imediatos. A realidade nos mostra que o dinamismo das interações pessoais, sociais e institucionais acabam caracterizando-se em contratos incompletos, ou seja, sempre sujeitos a ajustes e recontratação. A incompletude de contratos decorre de uma série de razões como riscos imprevisíveis, quebra de expectativas e de cumprimentos, problemas de comunicação, falta de transparência, má-fé e algum grau de insegurança em relação ao futuro. O fato é que disputas em algum momento aparecem em todas as formas de relações na sociedade. Como em casamentos, a necessidade de recontratação parece ocorrer quase que diariamente. Controvérsias que não são dirimidas entre as partes podem resultar em escalonamento de conflitos que ensejam a intervenção de um terceiro, seja ele juiz, árbitro ou mediador.

Algumas dessas alternativas de resolução de conflitos entregam às partes o poder de resolverem seus conflitos de forma descentralizada, por métodos autocompositivos que contam com a ajuda de institutos e facilitadores como no caso da mediação, conciliação, constelação e de técnicas como a da comunicação não violenta. Outras abordagens ou procedimentos terminam por retirar das partes o poder de decisão au-

mentando o envolvimento de um terceiro agente pretensamente neutro, não participante do relacionamento como no caso dos árbitros ou juizes de instâncias judiciais, que decidem sob a forma precipuamente adversarial, que resulta em um ganhador e um perdedor. Os métodos autocompositivos em ambiente público (mediação pública) ou privado (mediação extrajudicial) empoderam as partes para serem os atores da resolução do conflito. As partes são como jogadores em uma negociação onde utilizam as expectativas de probabilidades de ganhos e perdas caso o conflito fosse decidido por um juiz ou árbitro e o incentivo e a influência das regras sociais e legais, e decidem de acordo com suas estratégias dominantes, que incluem seus interesses, questões e sentimentos.

No caso da arbitragem, o “jogo” ocorre em ambiente privado e pré-estabelecido em contrato e a decisão final é de um colegiado de três árbitros que fazem o papel dos magistrados das cortes públicas. No entanto, na arbitragem existe menor pressão e influência das leis nacionais, e a atitude das partes é conter ou revelar menos informações de acordo com o “jogo estabelecido” junto ao processo arbitral. O que se vê é que mediação extrajudicial ou arbitragem estão na maioria das vezes já previstas em contrato ou variáveis que criam o contexto em se insere o conflito definirá os incentivos que as partes terão para escolher um método ou outro de resolução da disputa, bem como as estratégias de negociação e de divulgação de informações ao longo do processo e a predisposição a um acordo. A escolha por alternativa adequada de resolução de conflito para cada caso passa pelo balanço entre a existência de custos de transação (grau de dificuldade de as partes resolverem o conflito como em problemas de comunicação, desconhecimento das informações sobre o conflito, animosidades, quantidade de partes e outros) e os custos de informação (tempo, esforço e possibilidade de se conhecer o caso) pelo tomador de decisão, juiz ou árbitro. Falaremos mais sobre este tema em momento posterior.

Como mencionamos acima, o contexto institucional jurídico define muito a escolha pelas partes do método o que determina o resultado da composição da controvérsia. As instituições nacionais variam ao incentivar mais um ou outro método ou oferecer alternativas que tem seus efeitos evidentes no tratamento de conflitos e na repercussão na pacificação social de curto e longo prazo. Por exemplo, no Japão existe uma aversão à tomada de decisão por um juiz, mesmo que não existam

indicadores que o povo japonês não seja litigioso. O alto custo de processo judicial e a visão cultural de que é uma vergonha ter que recorrer a um juiz para a solução de conflitos não criminais corrobora com a escassez de advogados naquele país. Como resultado, existe uma prevalência de mais de 90% dos conflitos resolvidos por método autocompositivo em que as partes são empoderadas para resolverem seus conflitos de forma autônoma sem ter que recorrer a um processo judicial formal. No entanto, na prática, as partes no Japão seguem regras preexistentes ou jurisprudências rígidas quanto às decisões das controvérsias, mesmo usando mediação autocompositiva em que se espera liberdade e empoderamento das partes para solucionarem os conflitos e não uma padronização das soluções para casos similares. Esse tema é ótimo objeto de estudo e de pesquisas e de extrema relevância apesar de faltarem dados oficiais para um estudo comparado.

Além de a tendência global de resolução de conflitos por autocomposição existe um movimento em direção à privatização dos ambientes de resolução de conflitos, seja por meio de órgão arbitral ou mediação privada após a realidade da globalização e do enfraquecimento do paradigma jurídico nacionalista único. Entre escolher arbitragem ou mediação, ou instâncias judiciais, as partes verão que cada uma das alternativas tem vantagens e desvantagens, e a mais adequada para cada caso. Uma desvantagem dos meios privados é o custo elevado. Por outro lado, é possível contratar um conjunto sistematizado de técnicas e procedimentos que ajudam a dissolução dos entraves dos conflitos e permitem uma solução mais rápida e efetiva. Vale reiterar que quando se tratar de contratos formais, a opção pela forma de resolução das disputas já estará prevista no contrato.

A escolha de arbitragem tem a vantagem de ser sigilosa, conta com a especialidade do árbitro, ser ágil, garantir uma igualdade entre as partes e imparcialidade dos três árbitros escolhidos pelas partes sem vínculo com nacionalidade. Apesar de ser onerosa, a arbitragem é uma opção cada vez mais preferida entre empresas nacionais e internacionais estabelecidas por cláusulas arbitrais pre-contratadas. Da mesma forma, em outras áreas do direito como o antitruste existe um movimento de arbitrariedade. Já controvérsias na área do direito do consumidor, por envolverem casos de menor valor pecuniário, acabam sendo resolvidas nos juizados especiais de pequenas causas, mesmo que a legislação ar-

bitral brasileira tenha estabelecido que as causas poderão ser levadas a arbitragem por iniciativa do consumidor (Lei 13.129 de 26 de maio de 2015 que altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Seguindo o mesmo raciocínio sobre a análise da causa dos conflitos e da oportunidade de cooperação entre as partes, como não existe relacionamento prévio entre as partes nos casos abarcados pelo Direito Penal, a solução fica restrita ao sistema judicial público, salvo se existir alguma liquidação de dano permitindo a opção do sistema arbitral. Vale acrescentar que o objeto de atuação no âmbito arbitral é o direito disponível que anseia pela resolução do conflito de maneira célere e mais benéfica. Reiteramos que a arbitragem deve ser estipulada entre as partes, e nunca poderá ser imposta a qualquer cidadão. Toda discussão sobre vantagens e desvantagens da arbitragem em comparação com decisões por juízes públicos são excelente fonte de pesquisa. Contudo, arbitragem não será o foco principal do presente artigo. Trataremos aqui especificamente sobre mediação sob o olhar da análise econômica de contratos, argumentando características que enaltecem sua eficiência ao descentralizar às soluções dos conflitos pelas partes.

A mediação de forma geral tem sido utilizada eficientemente por toda história e na maioria das culturas em vários tipos de disputas, principalmente as disputas que tem como base contratos formais e informais. Na responsabilidade civil, mesmo o foco sendo a retratação da vítima entre partes que não haviam contratado previamente, a mediação pode ser uma solução.

Somente há algumas décadas no Brasil, houve a crescente valorização da mediação extrajudicial como alternativa efetiva de resolução de conflitos. O sucesso de descentralizar às partes, que tem informação privada sobre o conflito e que sofrerão as consequências da decisão, nem sempre é sinônimo de acordo. O processo de mediação pode ser um sucesso apenas com a revelação de informações relevantes (de sentimentos, interesses e/ou questões) ou com o destravamento que questões que amadurecem as tratativas entre as partes, mas que pode necessitar de decisão final do juiz competente. A possibilidade de trânsito entre a participação de agente exterior aos sujeitos do conflito (heterocomposição) e a autogestão pelas partes (autocomposição) parcial ou total durante um processo é uma das vantagens das cortes judiciais, e cada conflito e contexto acaba evoluindo para uma alternativa

mais adequada. Já no cenário de resolução de conflitos privados (arbitragem e mediação extrajudicial), a alternativa geralmente foi pré-contratada e quase nunca transita durante o processo entre a heterocomposição ou autocomposição. Os incentivos não permitem isto. Ou é competição (arbitragem) ou cooperação (mediação). Existem muitos trabalhos de altíssimo nível disponíveis sobre o tema. Dentre eles está o livro “The Mediation Process – Practical Strategies for Resolving Conflict” de Christopher W. Moore e o Manual de Mediação Judicial do CNJ escrito pelo renomado magistrado brasileiro especialista em mediação André Gomma de Azevedo.

Em 2015 foi oficializada a função do mediador público com a promulgação da Lei da Mediação (Lei 13.140 de 2015), presente também no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 2015/15) e na Emenda 2 da Resolução 125/10 do CNJ, que estabelece em seu artigo 27 que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. A compreensão das qualidades do instituto tem colaborado para a sua aceitação, utilização e pela mudança do paradigma institucional e dos agentes envolvidos, sejam eles juízes, advogados e partes. No entanto, é importante destacar que o objetivo de se valorizar a autocomposição, judicial (pública) ou extrajudicial (privada), está em se buscar redução de custos e resultados mais eficiente para as partes no curto, médio e longo prazo, reforçar os relacionamentos duradouros e contribuir para a pacificação social. Os princípios dispostos no artigo 2º da Lei de Mediação garantem os benefícios do instituto de mediação para a sociedade, quais sejam: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; e VIII – boa-fé. Portanto, é clara a intenção da lei em instituir uma alternativa valorosa que além de economizar recursos públicos e privados, busca desopilar os tribunais abarrotados de processos, fugir da morosidade do judiciário e priorizar a liberdade de partes buscarem resultados mais desejáveis, justos e sustentáveis. Fica claro o papel do Estado em pacificar a sociedade, prevenir conflitos e apoiar a resolução de disputas com foco na solução eficiente de longo prazo. O nível de dificuldade de solução é muitas vezes entendido na literatura da ciência econômica como custos de transação. Quando altos, as partes em geral precisam de uma intervenção mais ativa e autoritá-

ria de um juiz ou árbitro. Um facilitador como na mediação também pode dissolver conflitos com custos de transação altos e reduzir entraves e até mesmo encaminhar para a descentralização da resolução às partes. Casos com muitas partes, travamentos relacionais ou institucionais complexos, grande assimetria informacionais tendem a aumentar a dificuldade de haver uma solução efetiva dos conflitos.

De forma resumida, existe a tendência mundial de se reforçar um ambiente institucional, de leis, procedimentos e alternativas de resolução de conflitos que reduza os custos de transação de forma a permitir que partes resolvam seus conflitos de forma descentralizada contribuindo para soluções contínuas com a eficiente internalização de responsabilidade entre as partes, garantia de respeito mútuo e a confiança necessária para um realinhamento da relação contratual mesmo que a solução final seja a quebra do contrato. O economista Ronald Coase foi agraciado com o prêmio Nobel em 1990 exatamente com este raciocínio em seu artigo seminal “O Problema dos Custos Sociais”. Assim, com o papel precípua de se reduzir custos de transação, o Estado colabora para que o poder de resolução saia das mãos de uma figura autoritária como o juiz, ou mesmo de árbitros, para as partes. Se os custos de transação são baixos ou num mundo ideal, inexistentes, a tendência é que as partes nem precisem de um intermediário. Numa situação intermediária, as partes podem contar com a ajuda de um facilitador mediador que participa com técnicas e meios para a redução de custos de transação desatando nós e permitindo a abertura de soluções que só as partes podem encontrar.

O estudo do impacto de mediação na sociedade tem como pressuposto o fato de o mediador/facilitador contribuir empoderando as partes que escolherão soluções eficientes, convergentes e compatíveis com suas realidades e de forma duradoura. Por outro lado, as soluções autoritárias advindas de uma terceira pessoa distante do conflito e não conhecedora de todas as informações privadas da relação resultarão em possíveis distorções e impropriedades não sustentáveis pela interferência intempestiva de um estranho à relação. Países que privilegiam regras e instituições que permitem às partes resolverem a controvérsia de forma autônoma, como estabelecidas na lei de mediação brasileira de 2015, gastam menos com resolução de conflitos nos âmbitos público e privado já que evitam reincidências, o uso moroso das estruturas dos tribunais e do tempo e dinheiro das partes. As soluções resultantes têm efeito pe-

dagógico, maior efetividade, sustentabilidade e o aprendizado necessário para se evitar novos conflitos. Portanto, é uma alternativa de melhor custo-benefício quando o caso tem o perfil de contrato com relacionamentos preexistentes ou que envolva a reputação de uma ou ambas as partes. A disponibilidade informacional é um quesito importante e é o que regula o custo de transação, mesmo que saibamos que o homem atua e decide com racionalidade e informação limitadas. Ao final, as partes envolvidas poderão recontratar um novo conjunto de regras afetas ao relacionamento e dar continuidade a relações muitas vezes inevitáveis como no convívio familiar, relacional, comercial ou social.

Os conceitos como custos de transação e as contribuições de economistas como o renomado Ronald Coase são exemplos de instrumentos trazidos pela Análise Econômica do Direito (AED) que é uma disciplina que contribui com ferramentas emprestadas de outras ciências exatas e sociais, aplicada em vários sistemas jurídicos e presente nas principais faculdades de direito do mundo. Como método de análise, partimos do argumento de que o objeto fundamental a ser mediado são os reajustes ou quebras de contratos, escritos ou tácitos. Utilizaremos fundamentos da técnica da análise econômica do contrato e da quebra de contrato que podem contribuir de forma relevante para a compreensão dos processos e escolhas das alternativas de resolução de disputas. A ideia inicial é que a base para qualquer troca na sociedade ou relações interpessoais é a confiança, acima de outras variáveis como amor, atração física, interesse e necessidade. Tanto o conflito como a escolha do método de resolução do conflito adequado e todos os outros motivos pelos quais nos relacionamos afeta a confiança que sentimos pela outra parte. Somos por natureza avessos a riscos. Por isso existe uma vasta literatura e pesquisa jurídica internacional correlacionando confiança (*trust*) no estudo de instituições, crescimento econômico e transações econômicas. A importância do indicador risco Brasil baseia-se justamente na questão da confiança que pessoas e empresas tem de investir ou residir no Brasil. Um ambiente institucional que favoreça a boa-fé e segurança entre as partes de forma que possam cooperar é determinante para o crescimento econômico e desenvolvimento de um país. Por este fato o sistema jurídico alemão tem sido referência ao priorizar a aplicação do princípio de boa-fé quando da incompletude de contratos permitindo que as expectativas originárias sejam cumpridas da melhor forma possível.

Instituições Chaves e a importância de Contratos para desenvolvimento

De forma geral, a disciplina análise econômica do direito (AED) oferece ferramentas úteis para os operadores do direito e pesquisadores de ciências sociais entenderem melhor sobre impactos e consequências de instituições, leis e normas na sociedade. Como foi dito anteriormente, a disciplina utiliza conceitos de várias áreas de conhecimentos como a matemática, estatística, psicologia, sociologia, ciência política e engenharias para fundamentar a compreensão de normas e suas consequências para a sociedade.

À luz do laureado com prêmio Nobel Douglass North, instituições são compreendidas como regras formais e informais de uma sociedade, os mecanismos de ordem social, que regulam o comportamento de um conjunto de indivíduos. Quando cientistas analisam o porquê de alguns países se desenvolvem mais e outros não, eles identificam certas instituições chaves essenciais que fazem toda diferença.

A primeira instituição chave analisada por cientistas do desenvolvimento é o **Estado de Direito** (*Rule of Law*). O Estado de Direito é uma situação jurídica ou sistema institucional em que todos os homens e instituições públicas e privadas estão abaixo das leis e todos devem respeito à hierarquia das normas e aos direitos fundamentais. Assim, não se trata de Estado de Homem (*Rule of Man*), mas Estado de Direito (*Rule of Law*). Todos estão abaixo de valores e regras contidas nas leis. O benefício de se ter um Estado de Direito é que permite uma ordem soberana acima de qualquer pessoa, partido político ou escolhas públicas sem controle externo e da sociedade garantindo uma segurança institucional naquele país. É um pressuposto da democracia. É a ordem e segurança necessária para se criar um ambiente de cooperação e confiança para a sociedade. Assim, a bandeira brasileira é bastante assertiva quando reforça os preceitos de “Ordem e Progresso”. Para se ter desenvolvimento e progresso é necessário um ambiente de ordem e segurança.

Uma segunda instituição chave é a garantia do direito de **propriedade**. Esta é uma liberdade intrínseca aos sistemas de incentivos necessários para cidadãos fazerem suas escolhas, produzirem, maximizarem suas vantagens comparativas e efetivamente contribuírem para a sociedade.

Justamente regras que garantam trocas, ou seja, **contratos** é a terceira instituição chave essencial para crescimento econômico susten-

tável e desenvolvimento. Para economistas, qualquer troca, promessa ou relacionamento entre duas ou mais pessoas tem como base um contrato, mesmo que não seja escrito. Na verdade, vivemos em um mundo contratual. A maioria das relações humanas é contratual. Para um operador do direito, contrato é um acordo de vontades visando criar, modificar ou extinguir um direito. Na verdade, a ideia de contrato concretiza regras e a segurança para a cooperação entre duas ou mais pessoas em uma sociedade. O marco regulatório de contratos tem como função reduzir custos de transação entre as partes e permitir a necessária segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais.

Uma quarta chave institucional observada por científicas do desenvolvimento é o papel das regras de reduzirem custos de transação. Reforçando o que foi dito anteriormente, custos de transação são os custos indiretos associados a uma troca ou relacionamento como tempo e gastos relacionados à busca no mercado, à negociação, aos impostos e despesas associadas e ao cumprimento e monitoramento da transação. Não se trata do preço intrínseco da transação. São os demais custos indiretos. Como exemplo, podemos preferir comprar uma fruta perto de casa, mesmo mais cara, do que atravessar a cidade para comprar a mesma fruta em uma feira mais barata. Calculamos o tempo e a gasolina embutidos na transação. Da mesma forma, é mais custoso comprar um apartamento de um espólio com vários herdeiros litigantes do que de um só proprietário. Cartórios de imóveis, ou alguma forma de registro público e imóveis, tem um papel fundamental na redução de custos de transação uma vez que garantem a titularidade e negatividade do imóvel garantindo segurança e redução de custos de transação, o que incentiva a transferência do imóvel para o comprador. Em resumo, ao garantir o cumprimento de contratos, o Estado tem o papel de proporcionar a segurança necessária para a redução de custos de transação e a viabilização de negócios, que de outra forma não seriam viáveis.

Como contratos são acordos entre partes realizados dentro de uma estrutura social e ambiente de mercado, quanto mais opções e liberdade tem os agentes, maior será a flexibilidade e o poder de barganha nos contratos. Assim, o marco regulatório dos contratos de um determinado sistema jurídico determinará se existirão incentivos para um eficiente cumprimento de contratos, que por sua vez permitirá à sociedade o dinamismo das trocas e a criação de riqueza. Por isso vemos que o

instituto do contrato é chave relevante em todas as sociedades medianamente organizadas, por garantir a circulação voluntária da riqueza e definir a distribuição de direitos, responsabilidades e riscos entre as partes contratantes na elaboração dos contratos, na execução e na resolução de conflitos que venham surgir.

Assim, quando um cientista do desenvolvimento analisa países, o primeiro teste é saber se um país conta com um Estado de Direito. Em seguida verifica a presença de instituições de direito de Propriedade e de Contratos. Para a avaliação institucional, os cientistas sociais utilizam estatísticas, resultados empíricos, indicadores e fazem uso de conceitos e conhecimentos de várias áreas de conhecimento como direito, economia, psicologia, sociologia, matemática, teoria de jogos e neurociência. Assim compreendem como países crescem e no caso da instituição contratos, como cidadãos e empresas podem melhor cooperar para gerarem riquezas e melhorarem a qualidade de vida de todos.

Uma curiosidade é que a avaliação da instituição contrato é básica no estudo da disciplina Direito e Desenvolvimento e História Aplicada. Como exemplo, a Coreia era um país homogêneo com a mesma cultura e língua antes de sua divisão em dois países em 1952, após três anos de guerra geopolítica. A escolha de diferentes instituições pelas duas Coreias resultou em um nível de desenvolvimento muito maior da Coreia do Sul que oferece a seus cidadãos uma renda média por pessoa (PIB per capita) de 95% a mais e expectativa média de vida de 10 anos a mais (80 anos) do que a Coreia do Norte (69 anos). O mesmo experimento real pode ser analisado em países como as duas Alemanhas (Oriental e Ocidental) e Singapura e a Malásia.

A avaliação do grau de desenvolvimento de um país é uma área de conhecimento que inclui cada vez mais a análise dos sistemas jurídicos e seus incentivos. Cada vez mais entendemos que as regras do jogo (as instituições) é que explicam o porquê de alguns países se desenvolverem mais do que outros. O direito tem um papel importante para desenvolvimento. A disciplina direito e desenvolvimento estuda exatamente isto. Como vimos acima, instituições chaves são as características ou regras comprovadamente importantes nos países que mostram maiores taxas de desenvolvimento como Estado de Direito, a garantia de direito de propriedade, de contratos e de mercado de capitais, e a valorização de incentivos à inovação empresarial e tecnológica. Então, como as regras em uma

determinada sociedade permitem ao homem se relacionar com o meio, estas determinam possibilidades de crescimento econômico, inovações e desenvolvimento. Estatística, matemática, teoria de jogos, psicologia, são áreas de conhecimento indispensáveis para se estudar desenvolvimento. Conhecimento é uno e o objeto de estudo de todas ciências sociais aplicadas é o homem. As ciências exatas entram com a racionalidade científica que fundamental as ciências sociais. A divisão em áreas como conhecemos hoje (psicologia, economia, direito, matemática e outras) é útil apenas como metodologia de ensino. Para se estudar desenvolvimento é essencial uma visão completa e multidisciplinar da realidade. Novamente reiteramos que em termos de instituições chaves, o Estado de Direito, ou seja, *Rule of Law*, é fundamental para se ter a segurança jurídica essencial para um crescimento sustentável. A lógica disso é que o Estado de Direito garante que ninguém está acima das leis. Apesar de existirem exemplos históricos de dirigentes de países não democráticos que implementaram instituições chaves essenciais para o desenvolvimento, o estado de direito garante que um dirigente maléfico não tenha o poder para fazer o mal por muito tempo sem que as instituições de pesos e contrapesos viabilizem novos dirigentes com escolhas publicas mais eficientes.

As funções do Contrato

Como o homem é o objeto de todas as ciências sociais aplicadas independente de sua etnia, cultura ou vocação, quando aplicamos ferramentas da análise econômica do direito a contratos, aprendemos a relacionar funções do direito de contrato que permitem um ambiente favorável a transações.

Vale ressaltar que todas funções tem um nível entendido como ótimo, o que não significa 100%. A palavra ótimo ou otimização para economistas é a melhor solução, alocação de recursos, rendimentos ou situação possível para cada caso. Em qualquer contrato, o cumprimento ou expectativa de cumprimento nunca é certo. É saudável tomarmos precaução em nível adequado ou ótimo. A compreensão da expressão “**em nível ótimo**” é importante para entendermos as seis funções básicas de contratos que são verificadas quando cientistas de desenvolvimento avaliam sistemas jurídicos dos países a seguir listados.

Função 1: Um sistema jurídico que proporciona um marco regulatório formal que estimule a **cooperação eficiente** entre as partes e que minimize os efeitos perversos de falhas de mercado.

Esta é a função básica dos contratos, ou seja, criar um canal de cooperação entre as partes. Por exemplo, se não houvesse a possibilidade de um contrato de compra e venda, dois estranhos não realizariam a venda de um imóvel com tanta facilidade. Assim, podemos transformar situações onde agentes de mercados não contratariam por falta uma de confiança (ambiente não cooperativo) em jogos ou situações cooperativas, que só existem com o apoio institucional daquele ambiente jurídico.

Função 2: **Reduzir assimetrias informacionais**, ou seja, a diferença de informação entre compradores e o vendedores sobre o objeto de troca, como um carro usado. No caso, o comprador fica em situação de desvantagem e existe a possibilidade de oportunismo por parte do vendedor e, portanto, de contratos desequilibrados. Para os contratantes exercerem a real autonomia para contratarem, eles devem conhecer os termos do contrato e o objeto de troca. Um nível adequado de informação deve ser divulgado. Assim, o marco regulatório de contrato tem o papel de minimizar problemas de comunicação, ou seja, criar incentivos para que haja uma troca de informação em nível ótimo. Não são 100% das informações, mas as informações relevantes sobre o objeto da troca. O direito de consumidor tem muito este papel de equilibrar informações e proteger o consumidor que tende a ter menos informações sobre o produto ou serviço. Assimetria informacional é uma falha de mercado clássica que tradicionalmente enseja a intervenção do Estado no mercado. É interessante notar que as tecnologias de informação, como a internet, tem resolvido muitos problemas causados por assimetrias informacionais ao viabilizar maior acesso a informações, reduzir oportunismo e valorizar a busca por boa reputação.

Função 3: As instituições devem permitir um ambiente que permita salvaguardar o **cumprimento crível** em nível eficiente do contrato por parte do agente prestador de serviço ou fornecedor de bem, reforçando a ideia de compromisso crível. O nível de cumprimento é sempre ótimo, o que não significa 100%. Sempre dentro do possível e de forma a gerar confiança para a parte contratante.

Função 4: O lado reverso da moeda do cumprimento crível, função 3, é o papel do direito de contrato de criar um ambiente de ex-

pectativa ótima de quem contrata também em um nível ótimo. Então, ambas as partes que contratam devem regular suas promessas e expectativas com base no objeto contratado e nos riscos envolvidos no negócio. A análise econômica do direito analisa com maior profundidade cada um dessas funções e recomenda regras e sistemas de incentivos para cada situação.

Função 5: **Abaixar custos de transação**, ou seja, custos indiretos, dificuldades e burocracias que geram custos para os contratantes além do preço ajustado. Nesse sentido, as instituições podem criar instrumentos contra oportunismo, estimulando negociações e contratações. É importante aqui gerar mecanismos pedagógicos de ressarcimento (indenização/retratação) quando do não cumprimento das promessas, com vistas a criar estímulos para o cumprimento futuro de contratos, e preencher vazios nos contratos de forma a abaixar custos de transação como os advocatícios e custos de informação. Na verdade, todas as funções de contrato visam reduzir custos de transação e facilitar acordos e ajustes quando os custos são altos. Em síntese, o direito contratual permite a segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais.

Função 6: Marcos regulatórios de contratos tem a função de estimular dentro do possível **relacionamentos duradouros** entre agentes de mercado de forma a maximizar todas as formas de trocas que gerem excedentes para as partes envolvidas no longo prazo, permitindo crescimento econômico sustentável de países. As trocas a longo prazo e a valorização de reputação e boa-fé convergem com a função de se valorizar relacionamentos duradouros.

Outra área de conhecimento que é usada para o entendimento dos bastidores dos contratos, e por decorrência de mediação, é a teoria de jogos, que une matemática com comportamento humano analisando quando é interessante ver as partes como jogadores e suas escolhas estratégicas de cooperação ou competição e o ônus ou bônus de acordos quando calculam o custo imediato do processo e o valor esperado da demanda. Algumas políticas públicas precisam gerar um ambiente de competição como na ceara do direito da concorrência. No entanto, para que as partes possam contratar elas precisam cooperar. Muitas vezes o ambiente originalmente de desconfiança precisa de instituições jurídicas para viabilizar a cooperação que leva a acordos e contratos. No caso dos marcos regulatórios de contratos o que se bus-

ca é transformar as transações econômicas e sociais, que inicialmente seriam jogo não cooperativo, em jogos cooperativos, restabelecendo ou incentivando a confiança entre as partes.

Quando analisamos em maior detalhe o que seria um eficiente marco regulatório de contratos, percebemos que inclui: diminuir custos de transação, garantir segurança entre as partes contratantes (como consumidor e produtor), permitir uma expectativa da parte contratante a um nível ótimo e estimular relacionamentos duradouros, ou seja, contratos repetitivos com base no relacionamento e na construção de uma reputação (confiança) entre as partes. Nem sempre é possível o cumprimento do contrato em todos os casos por várias razões como fato superveniente, erro de comunicação entre as partes, riscos usuais ou extraordinários. Na verdade, às vezes a quebra de contrato é eficiente. Assim, o que se busca é a garantia do cumprimento em um nível ótimo, que nem sempre é 100%. Então, o que se espera é que o agente prestador de serviço contratado irá fazer todo possível para cumprir o contrato de forma a gerar uma confiança na outra parte contratante.

Em conclusão, um marco regulatório de contrato eficiente é quando o ambiente institucional oferece condições para as partes de um contrato terem a boa-fé e segurança (confiança) necessárias para uma cooperação e assim exaurirem possibilidades de ganhos mútuo entre as partes. Quando existe a liberdade de se contratar as partes saberão buscar a alocação eficiente de recursos e responsabilidades de forma que um bem ou serviço seja sempre alocado à parte que o valoriza mais. Da mesma forma cada risco deve ser alocado à parte que poderia prevê-lo a um menor custo.

A função social do Contrato

Apesar de se garantir a vontade das partes e a liberdade de se contratar, o sistema jurídico brasileiro como em quase todos os sistemas jurídicos relativiza em maior ou menor grau a autonomia de se contratar sem a interferência do Estado. É conhecido que sistemas jurídicos anglo-saxões têm mais liberdades e menos restrições. O sistema jurídico romano-germânico ao contrário tende a ter mais interferência do Estado nas relações privadas e, portanto, nos contratos com vistas à pro-

teção da parte mais frágil, buscando isonomia e a nulidade de cláusulas abusivas que possam onerar excessivamente um dos contratantes ou até mesmo lhe causar prejuízos.

No Brasil, apesar de já existir na doutrina e jurisprudência do sistema jurídico nacional, o Código Civil de 2002 em seu artigo 421 consagrou princípios como o da boa-fé objetiva e a função social dos contratos norteados na dignidade da pessoa humana, equilíbrio contratual e no intervencionismo estatal. O princípio contemplado na redação do artigo 421 do Novo Código Civil de 2002 reza que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Dispositivo que não era encontrado no código brasileiro de 1916, e que veio emprestado dos Códigos Mexicanos e Austríacos. No entanto, no dinamismo natural do Direito, sempre questionável ou polêmico, a dignidade da pessoa humana bem como a função social do contrato chega como conceitos indeterminados, sujeitos a interpretações e aplicações variadas. A decorrente insegurança jurídica decorrente acaba gerando resultados piores do que uma decisão equivocada de um juiz. Sem entrar no mérito dos debates jurídicos, a análise econômica do direito com seu foco no resultado analisa com cuidado o preceito de função social do contrato que a princípio vem para relativizar a liberdade de contratar. Mesmo que seja salutar aceitar que uma intervenção do Estado pode ser necessária para manter um ambiente de boa-fé, confiança, segurança e de redução a oportunismos, distorções atuais no direito de contratos brasileiro tendem a criar ineficiências que geram sérios obstáculos para o crescimento econômico.

Quando ocorre a intervenção do Estado no contrato (a publicização de um instituto do direito privado) por meio de uma decisão judicial que de forma parcial e em nome de fazer “justiça social”, mesmo que com boas intenções, pode ser tornar um inimigo público gerando efeitos distorcidos que na maioria das vezes prejudica exatamente a parte mais “frágil” que pretendia proteger. Como exemplo, o Judiciário pode proibir o corte de fornecimento de água ou luz de um usuário inadimplente com base, por exemplo, na garantia de direitos fundamentais ou na dignidade da pessoa humana, mesmo que o serviço tenha sido usado e previamente contratado pelo usuário. A realidade é que alguém eventualmente terá que pagar pelos custos gerados, que provavelmente serão distribuídos pelos outros usuários pagantes daquele serviço público ou pelos contribuintes.

Um estudo de Armando Castelar mostra que mais de 70% dos juízes pesquisados preferem fazer “justiça social” a aplicar a “letra fria” da lei e do contrato. Então, a maioria aplica o conceito de a função social para adequar contratos para corrigir desigualdades sociais, sem observar os reflexos no sistema econômico. (Esta ideia foi transmitida com muita propriedade pelo Professor Luciano Timm da PUC-RS durante o Primeiro Congresso de Direito e Economia realizado no Brasil, em Porto Alegre – RS, em novembro de 2005).

Como já dizia o Juiz Oliver W. Holmes da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1897: “Todos os advogados deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. Aprendemos que para obter algo é necessário abrir mão de outra coisa, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos.”

Outro exemplo marcante da intervenção desastrosa do judiciário em nome da função social do contrato é o caso emblemático da Soja Verde. Tratou-se da quebra de uma relação contratual duradoura de 15 anos de comercialização antecipada de soja, sob o argumento de desequilíbrio financeiro dos contratos.

Ocorre que em Goiás, como no estado de Mato Grosso, fazendeiros não tinham como financiar o plantio da soja, buscar compradores no mercado internacional e lidar com os riscos e desafios inerentes da agricultura. Com o contrato de compra e venda antecipada de soja com intermediários (*traders*) que realizavam a compra antecipada da produção, permitindo ao fazendeiro produtor receber o valor da safra em forma de rédito e focar na produção. Do outro lado, os intermediários assumiam os riscos dos preços internacionais, buscavam e comercializavam com compradores internacionais, cuidavam do armazenamento e da exportação. A troca beneficiava ambos e permitia a especialidade.

No entanto, em 2004 após 15 anos de relacionamento frutífero ocorreu uma inesperada valorização do preço da soja no mercado internacional de quase 50% pela destruição de uma safra de exportador internacional concorrente. Os intermediários ficariam com todo lucro adicional já que atuavam no mercado de risco. Alguns fazendeiros produtores de soja, inconformados com o desequilíbrio dos ganhos do contrato da outra parte naquele ano, entraram com ação de revisão contratual

alegando enriquecimento injustificado dos negociadores. Eles solicitaram em juízo o não cumprimento do contrato e a divisão do lucro com base na função social do contrato e desequilíbrio contratual. As decisões judiciais em Goiás e Mato Grosso divergiram, o que já enseja um clima negativo de insegurança no mercado. Vejam a seguir ementa de decisão do Tribunal de Justiça de Goiás acerca de pedido dos produtores.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. LESÃO ENORME. ONEROSIDADE EXCESSIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL. RESCISÃO. POSSIBILIDADE.

Nos contratos de execução continuada ou diferida, o desatendimento da função social do contrato e a ofensa aos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência contratual faz exsurgir para a parte lesionada o direito de rescindir o contrato, mormente se ocorrerem acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que tornem excessivamente oneroso o cumprimento da prestação a que se obrigará. Exegese dos arts. 421, 422 e 478, todos da lei 10.406/02, novo código civil brasileiro. Apelação conhecida e improvida (Apelação cível nº 79.859-2/188, 1ª Câmara Cível, TJ-GO, Grifo do autor).

VENDA A FUTURO. SOJA. PREÇO PRÉ-FIXADO. DESPROPORÇÃO DAS OBRIGAÇÕES. DISSOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA. No

atual estágio do direito obrigacional, há que se ter em destaque axial os princípios da boa-fé objetiva, da probidade, do equilíbrio econômico e da repulsa à onerosidade excessiva, de modo que, verificada a quebra deste microssistema, mormente em razão da manifesta desproporção das obrigações, tal circunstância importa resolução do pacto, ao teor dos arts. 187, 421, 422, 478 e 2035, parágrafo único, todos do código civil brasileiro. Apelação cível conhecida e improvida (Apelação cível nº 82.254-6/188, 1ª Câmara Cível, TJ-GO).

Em resumo, o princípio da função social do contrato foi acolhido por tribunais como justificativa para a rescisão da compra e venda antecipada de soja em nome de equilíbrio contratual. Esse foi um sinal do judiciário de que os contratos poderiam ser mitigados. Conhecendo a natureza racional dos homens, o resultado é previsível. As empresas não mais estavam disponíveis para a comercialização antecipada, alegando que a variação de preço fazia parte do jogo de comércio e ninguém joga um

jogo em que as regras são mudadas no meio do caminho por um terceiro – Estado intervencionista. É claro que as empresas *traders* estão no mercado com o objetivo de obter um tipo de retorno sem o qual não há porque estar no mercado. Portanto, com base na ideia de que confiança, reputação e a vontade das partes norteia contratos, no ano seguinte, não existiu empresa *trader* de venda antecipada de soja disposta a financiar os produtores rurais que tiveram que pleitear junto aos órgãos públicos crédito agrícola.

Com um pouco de análise econômica do instituto jurídico do contrato, o Judiciário entenderia a importância de se garantir a credibilidade dos contratos e os relacionamentos duradouros para a economia. No caso de um fato novo que enseje desequilíbrios financeiros para uma das partes, o Judiciário tem o papel de garantir a confiança e respeitar a liberdade de contratar. Ao invés, as cortes podem estimular um acordo entre as partes, mesmo que isto implique perda de curto prazo para uma das partes, mas para aliviar o desequilíbrio naquele momento, buscando-se uma solução razoável. Nunca devem pretender fazer “justiça social” de curto prazo e prejudicar uma confiança adquirida que tenha efeitos de médio e longo prazo.

Como a análise econômica do direito foca em consequências, a professora de direito e economia da USP, Rachel Sztajn, define “a função social do contrato” como uma “bomba atômica com efeitos retroativos”.

Em conclusão, no âmbito dos contratos, algumas decisões judiciais acabam desarranjando o espaço público do mercado e trazendo insegurança e óbices ao desenvolvimento econômico. Com isso, a coletividade é que sai perdendo como resultado da ineficiência gerada, pagando juros e tributos mais altos. A análise econômica do direito tende a interpretar a leitura do artigo 421 do NCC acerca da função social do contrato de forma que fortaleça as instituições jurídicas para o desenvolvimento econômico do Brasil ao sugerir o cumprimento de contratos. Assim, a garantia de instituições sólidas gera menor índice de incerteza, menor desconfiança, menos riscos e consequentemente um maior bem-estar que pode ser traduzido como o efetivo atendimento à função social do contrato.

Em um caso folclórico, um juiz de primeira instância de Porto Alegre decidiu em favor do idoso locatário de um pequeno apartamento que demandou ao judiciário ação para quebra de contrato de aluguel em desfavor do proprietário do imóvel que contava com o valor do aluguel para pagar os estudos de seu filho. Assim,

em nome de direitos nobres como “direito a moradia”, “dignidade da pessoa humana” e “função social do contrato”, o Juiz entendeu que o contrato deveria ser quebrado e o idoso poderia morar de graça, em um ímpeto robinwoodiano. A quebra do contrato e proteção do idoso com base no princípio do NCC de função social do contrato passou longe de ser um ato nobre do juiz e deverá ser referência para outros casos semelhantes. O preço de imóveis para idosos em Porto Alegre sofrerá aumento já que a decisão judicial sinaliza para proprietários de imóveis um risco de inadimplência alugar para idosos. Com a sinalização de risco e de possível inadimplências por intervenção do Estado em relação de consumo com idoso, nenhum proprietário ou imobiliária terão incentivos para alugar para idosos. Assim a oferta de imóveis cairá para este grupo e o preço de aluguel subirá. Estado deverá entrar com alternativas para acolher idosos que não conseguem pagar por moradia ao invés de exigir que um terceiro tenha que arcar com a moradia de um idoso. Direito Privado como contratos e propriedade não são boas formas de se aplicar políticas públicas em prol de redistribuição de renda e justiça social. Outra forma de assistência social tem efeitos mais eficientes e não prejudicam o ambiente de confiança nos mercados. O princípio da função social do contrato não poderá portanto ser estendido para a função social da propriedade urbana fazendo com que todos os cidadãos tenham que hospedar idosos ou minorias carentes em suas residências garantindo assim o direito a moradia de todos os cidadãos. Uma visão consequentialista diria que a mitigação de direitos de propriedade e de contratos prejudicam sempre direitos fundamentais, liberdades essenciais para incentivos eficientes e paz social. Existem outras formas de se resolver pobreza e direitos fundamentais não atendidos. Uma delas é exatamente inovação tecnológica que decorre de ambiente jurídico que garante justamente direito de propriedade e de contrato. Este exemplo de intervenção do Estado mostra que o Estado pode prejudicar o crescimento econômico e bem-estar social ao impor conceitos de justiça social em relações contratuais. Assim, a justiça social custa e alguém tem que arcar com isto. A melhor forma de melhorar a qualidade de vida de cidadãos e de desenvolvimento no longo prazo é por meio de inovações que dependem da garantia de instituições-chaves. Políticas Públicas assistencialistas e que resol-

vem problemas sociais são importantes mas devem ser inseridas em contexto próprio de atuação do Estado.

Do conflito e da quebra de Contratos

Conflitos, recontrações ou quebras de contrato são partes inevitáveis das interações humanas e sociais. De acordo com Norberto Bobbio, “Qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de Conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem.”

Outro ponto relevante, muitas vezes não percebido por instituições jurídicas ou dado devida atenção em leis, é o fato de contratos serem incompletos em sua essência. O fato de partes não terem a possibilidade de conhecerem todas variáveis no presente ou futuro, tem amadurecido o direito contratual em prol de um paradigma de que **contratos são incompletos**, sujeitos a ajustes, recontrações e muitas vezes ao distrato. O ambiente institucional deve entender que contratos, principalmente os mais complexos e de longo prazo, não tem como incluir o dinamismo da realidade e todos os riscos ou fatos supervenientes. Então, o sistema jurídico, seja nas leis ou decisões judiciais, deve compreender que o papel dos contratos (que são fotografias de um relacionamento) é permitir ajustes ao dinamismo da realidade, a eficiente distribuição de riscos e prejuízos, a internalização de responsabilidades a cada parte de forma pedagógica, e a previsão de eventual necessidade de recontração, resolução de conflitos ou distrato. Assim, futuros contratos serão mais eficientes ao convergirem interesses, expectativas em nível ótimo e gerarem a confiança necessária para o ambiente de negócios.

Conflitos ou quebra de contratos sempre oneram as partes e a sociedade ao tornar os produtos mais caros e os serviços prestados piores. A AED traz recomendações a juízes, árbitros ou mediadores para que possam convergir suas intervenções em prol de soluções eficientes para cada tipo de conflito, incluindo a escolha da alternativa de intervenção mais adequada e no momento certo. Por exemplo, a mediação pode ser o método ideal para o caso e ser possível no início do processo judicial ou outro momento do processo dependendo do tipo e complexidade do conflito e o grau de maturação da resolução do conflito. Os tipos de con-

flitos que levam a uma necessidade de recontração ou distrato são: a) Desequilíbrio entre as partes; b) assimetrias informacionais; c) má-fé ou oportunismo de uma das partes; e d) Risco imprevisível ou fato superveniente. A seguir listamos as recomendações da AED sobre cada uma dessas situações. Vale lembrar que as prescrições baseiam-se na ideia de que o cerne de uma resolução de conflitos é um jogo que depende de negociação e conta com estratégias dominantes dos jogadores (partes). A AED tem uma perspectiva consequencialista das soluções (com foco no resultado) e busca soluções ótimas que são eficientes e duradouras, que internalizem responsabilidades, gerem benefícios no médio e longo prazo, regulem incentivos, evitem efeitos distorcidos e custos públicos e privados. Eis as recomendações por tipos de conflitos:

DESEQUILÍBRIO DE PODERES ENTRE AS PARTES

(Em geral, estes casos requerem a intervenção ativa de juiz ou de aparato institucional que balizem direção do conflito, ou seja, da probabilidade de ganho da parte desfavorecida e por isto permite uma negociação e acordo).

1) Se no conflito houver uma **parte incapaz**.

Incentivo: proteger a parte incapaz a um custo menor;

Prescrição: interpretar contrato para o interesse da parte incapaz.

Observação: O direito tem um papel de pacificar e assim deve evitar abusos às minorias ou a partes incapazes de forma a evitar má-fé, oportunismos e promover isonomia de poderes durante uma contratação.

2) **Coerção** – Houve ameaça quando da contratação.

Incentivo: Deter ameaças;

Prescrição: Não determinar o cumprimento de promessas coercitivas.

Observação: A autonomia de vontade e liberdade de escolha das partes é essencial para um contrato eficiente no longo prazo.

3) Quando existe uma parte considerada “**hipossuficiente**”.

Incentivo: Empoderar a parte hipossuficiente (não superprotegê-la);

Prescrição: Determinar o cumprimento do contrato e oferecer assistência alternativa, quando houver.

Observação: Evidências mostram que decisões pater-

nalistas e parciais em geral prejudicam justamente a parte que se quer ajudar, pois enfraquecem o seu poder em um ambiente contra-

tual. Ao contrário, o que se busca com esta recomendação é permitir benefício à parte hipossuficiente no longo prazo, e um empoderamento real para todos os outros agentes da sociedade na mesma situação. Vale lembrar que decisões judiciais sinalizam regras e incentivos para a sociedade. Assim, os casos citados neste artigo sobre a soja verde ou o aluguel de imóvel para o idoso mostram que a proteção excessiva enfraquece a parte pretensamente frágil e acaba irradiando prejuízos para toda a categoria de idosos que querem alugar ou para produtores de soja que querem contratar com empresas de financiamento antecipado. Os efeitos acabam sendo perversos e não alcançam o empoderamento de hipossuficientes desejado. Na verdade, a tendência é que uma transição para mediação seja a alternativa mais eficiente nestes casos, pois retira o peso de agente externo paternalista e parcial que pretensamente advoga pela hipossuficiência de uma das partes, e porque equilibra as partes para escolherem um recontratar sustentável e vantajoso como ocorreu em alguns dos processos da soja verde. Como em outros casos que se aproximam a oportunismo ou má-fé, muitas vezes o autor da ação espera obter benefício com base em brecha da lei, em institutos paternalistas ou morosidade ou entendimento distorcido do judiciário de forma a obter benefício, mesmo que isto venha a prejudicar o contrato e relacionamento futuro entre as partes. Quando não houve previsão contratual é interessante o juiz internalizar responsabilidades. No caso de riscos menos imprevisíveis, mais próximos de uma das partes, o mais indicado é seguir a regra de o juiz responsabilizar a parte que poderia ter previsto o risco a um custo menor (*cheapest cost avoider*) explicada no item a seguir sobre riscos. No caso de a parte hipossuficiente aproveitar para se beneficiar, como em outros casos com toques de oportunismo, o recomendável pedagogicamente é o juiz se ater ao cumprimento do contrato. Quando os riscos realmente se mostrarem imprevisíveis para ambas as partes, o juiz pode dar um empurrãozinho (*nudge*) e privilegiar a oportunidade de mediação descentralizando às partes o poder de renegociar a questão sob judge, bem como recontratar preenchendo vácuos do contrato o que garantirá a necessária confiança e o tão almejado relacionamento duradouro.

ASSIMETRIA INFORMACIONAL (Desequilíbrio de informações entre as partes; quando não há comunicação eficiente, ou, por exemplo, quando informação essencial não foi revelada ou foi ignorada. A mediação é ótima técnica para abrir canais de comunicação quando houver boa-fé entre as partes).

4) Erro mútuo sobre identidade/objeto. *Incentivo:* Prevenir trocas involuntárias; *Prescrição:* Desfazer contrato.

Observação: As partes tem que saber o que estão contratando, pois a ausência de conhecimento pode distorcer a vontade das partes que

é essencial para a manutenção de contratos eficientes. A mediação e acordo são possíveis nestas situações.

5) Erro unilateral sobre fato.

Incentivo: Equilibrar informações e controle;

Prescrição: Fazer cumprir o contrato.

Observação: Existe um objetivo pedagógico de fazer a parte ignorante de fato relevante aprender a observar este quesito numa próxima vez. A preocupação com a internalização da responsabilidade é grande em todas as recomendações da AED. Muito provavelmente um juiz terá que decidir.

6) Informação importante não revelada por uma das partes.

Incentivo: Induzir a divulgação de informações verdadeiras e essenciais;

Prescrição: Responsabilizar a parte que não revelou informação relevante pelo prejuízo.

Observação: É possível que tenha aspectos de negligência ou de má-fé que inspiram uma decisão pedagógica de internalização de responsabilidades, muito provavelmente exigindo uma decisão de um terceiro como juiz ou árbitro.

MÁ-FÉ (de uma das partes).

7) Fraude – Informação falsa de má-fé gera conflito.

Incentivo: Deter informações falsas;

Prescrição: Quebrar o contrato e responsabilizar quem fraudou por prejuízo.

8) Contratos de adesão usados por cartéis para promover colusão.

Incentivo: Desestabilizar cartéis;

Prescrição: Negar cumprimento destes tipos de contratos.

9) Contrato Leonino – Ausência de informação, ou quando consumidor é ignorante sobre termos críticos em contrato de varejo.

Incentivo: Estimular a correta divulgação dos termos do contrato;

Prescrição: Negar cumprimento, exceto se acordo viabilizar a comunicação de informações cruciais.

RISCO (Quando fato superveniente gera conflito e prejuízo).

10) Contrato por emergência ou necessidade (ocorre quando uma emergência levou uma parte unilateralmente a usar propriedade ou serviço da outra, e a parte beneficiada ameaça não recompensar). Um exemplo hipotético seria chegar na emergência de um hospital

privado com risco de morte e ser atendido sem que o paciente tenha condições de pagar. Outro exemplo seria um marinheiro usar um píer particular para salvar seu barco de destruição quando de uma tempestade e depois não querer indenizar pelos danos no píer causados pelo seu barco.

Incentivo: Obrigar o pagamento pela parte beneficiada; *Prescrição:* A solução ótima é a que o beneficiado paga o custo do benefício e mais uma recompensa.

Observação: Mesmo que no direito brasileiro os contratos por emergência sejam exceções, podem ocorrer situações em que por algum incidente inesperado uma parte tenha que fazer uso de um bem ou serviço sem ter antes contratado. Neste caso, é recomendável que a parte “usada” ou “prejudicada” seja indenizada pelo prejuízo mais uma recompensa de forma a ter incentivo ou “boa vontade” no advento de uma nova ocorrência, e, por outro lado, evitando abuso pelos beneficiários.

11) Impossibilidade de cumprimento do fato superveniente; Teoria da Imprevisão; Frustração de propósito ou quando fato superveniente (contingência) previne cumprimento do contrato. *Incentivo:* Para as partes tomarem precaução e distribuírem risco eficientemente;

Prescrição: Responsabilizar a parte que poderia ter previsto o risco com menor custo (técnica do *Cheapest Cost Avoider*).

Observação: Riscos ou fatos imprevisíveis supervenientes fazem parte da realidade e ameaçam o cumprimento de contratos. Tanto a parte contratada como a contratante devem calibrar o cumprimento e expectativa de cumprimento de acordo com a possibilidade de riscos. No entanto, sempre existe uma das partes que tem a condição de prever melhor riscos e a decisão deve focar na internalização de responsabilidades de forma eficiente, evitar negligência e promover a previsão de riscos por ambas as partes. Como foi citado anteriormente, quando o risco não contratado não puder ter sido previsto por nenhuma das partes, o ideal é o juiz dar um empurrãozinho para a escolha mais eficiente (*nudge*) determinando a mediação onde as partes poderão de forma mais justa e equilibrada negociar o prejuízo e recontratar com o foco no relacionamento duradouro.

As recomendações acima são utilizadas por operadores do direito do mundo inteiro, independente do sistema jurídico e instituições, e tem propiciado ambientes de negócios mais favoráveis a investimentos e contratações. A utilização de técnicas da economia e direito comportamental, e de várias outras áreas de conhecimento, contribuem para o melhor desempenho e efetividade do direito.

Para melhor esclarecer a aplicação da técnica do *Cheapest Cost*

Avoider exemplificaremos com o caso a seguir dos navios fundeados no Porto de Todos os Santos:

Trinta e cinco navios estão fundeados no Porto de Todos os Santos em Salvador, Bahia, à espera de liberação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para descarregar mercadorias no Porto de Salvador que variam de trigo a produtos químicos (Julho de 2012).

O congestionamento de embarcações na Baía de Todos os Santos se deve à greve dos servidores federais. “A liberação dos navios que chegam à capital baiana estão acontecendo por meio de mandados de segurança”, explica Eronilson Costa, Secretário Sindical do Sindicato Nacional dos Servidores das Agências Nacionais de Regulação (SINAGENCIAS).

Considerando a notícia, a seguir analisaremos as opções de decisão do conflito.

Existe a recomendação da análise economia de contratos (AED de contratos) que quando uma contingência impede o cumprimento de contrato, a responsabilidade deverá recair sobre a parte que poderia ter previsto (ou se precavido) do risco a um menor custo (ou que estava mais perto do risco, por exemplo). À luz da recomendação acima, analisaremos uma hipotética decisão sobre de exemplo hipotético de contrato prejudicado por ocasião da real greve dos servidores da ANVISA de julho de 2012.

Uma companhia produtora de petróleo da Bahia assina um contrato para entregar barris de óleo bruto até a refinaria Europeia. Contudo, antes que o óleo fosse entregue no prazo, o navio fica fundeado na Baía de Todos os Santos à espera de liberação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que parou por tempo indeterminado devido à greve dos servidores federais. Assim, a companhia de petróleo não consegue adimplir contrato em tempo hábil implicando sérios prejuízos à refinaria Europeia.

Em seguida, a refinaria Europeia processa a companhia de petróleo (Corte de Haia) e pede que a indenização seja igual aos lucros que ela teria auferido caso o contrato tivesse sido cumprido. A companhia de petróleo contesta argumentando que deveria ser anistiada pela inadimplência, pois a greve não foi prevista no contrato por ambas as partes.

A Corte não tem a opção de utilizar-se dos termos do contrato, pois este omite tal situação. Houve uma falha evidente entre ambas as partes de não preverem risco externo de ordem econômica como greve.

Sem se fixar nas partes deste contrato mas com vistas a criar incentivos a comportamento contratuais eficientes no futuro, como deve a corte decidir? Uma dica é verificar qual parte que estava mais perto do problema.

Anistiar a companhia de petróleo assumindo que ninguém pode prever a greve ou ausência de previsão contratual não resolve a disputa, pois alguém terá que pagar o prejuízo e a reputação da companhia de petróleo será inevitavelmente maculada em negócios futuros. Não adianta fingir que o problema não existe. Alguém pagará ou terá a sua reputação maculada.

Não faz sentido repassar o prejuízo ao Estado brasileiro que não é parte do contrato (na verdade contribuintes) mesmo que ele tenha sido supostamente responsável pela greve por não reajustar os salários dos servidores da ANVISA. Atribuir responsabilidades a terceiros não relacionados não resolve a disputa e gera um ambiente de insegurança e ineficiências. Após o desfecho do presente litígio, a parte que poderia ter previsto a um custo menor, poderá escolher entrar com ação regressiva contra o Estado brasileiro.

Da mesma forma, não é eficiente tentar um acordo entre as partes dividindo o prejuízo em proporção razoável, salomônica, ou pretensamente “justa”. Esta solução pode ser mais fácil para o juiz ou árbitro, mas pedagogicamente não sinaliza a internalização de responsabilidades de forma eficiente, pois uma das partes poderia ter previsto o risco mais facilmente ou com menor custo.

Por fim, determinar que a refinaria Europeia prejudicada arque com o prejuízo é atribuir responsabilidade à parte que menos tinha acesso aos problemas sociais, políticos, econômicos e culturais do país, neste caso o Brasil, que é sede do problema. Assim em oportunidade de negócio futura a refinaria inglesa não teria a confiança de contratar com qualquer empresa de petróleo brasileira.

Resta a solução eficiente que é condenar a companhia de petróleo baiana que é a parte que tinha a maior probabilidade de conhecer o problema e se precaver do risco já que estava mais próxima do problema, sabia português, entende o contexto social, político, econômico e terá incentivos para tomar mais precaução numa próxima vez. Dificilmente situações como essa são resolvidas inicialmente por meio de acordo ou mediação. No entanto, o juiz ou árbitro podem finalizar com a determinação de que as partes terão que recontratar. A famosa técnica da parte que pode prever o risco a um menor custo (*Cheapest Cost Avoider*) é fre-

quentemente usada em câmaras arbitrais ou na corte de Haia. No caso acima, quem estava mais perto da realidade brasileira e poderia prever uma greve da ANVISA é a companhia de petróleo brasileira e esta deverá arcar com todo o prejuízo.

Vale reforçar que a sua responsabilização protege sua reputação, a segurança da outra parte em contratar com ela no futuro e permite a ela todo o incentivo para tomar precaução em nível ótimo numa próxima vez. A realidade é que as decisões devem compreender que comércio internacional é extremamente competitivo e implacável, e o melhor é a eficiência na resolução do conflito.

Conclusão

Cooperação e trocas entre pessoas físicas e jurídicas resultam em um valor adicionado. A criação de uma rede de cooperação, com base em promessas e contratos críveis, gera um efeito em cascata de riquezas que impulsiona o crescimento econômico.

Neste cenário, o direito dos contratos e sua aplicação pelas cortes (públicas e privadas) tem o papel de estimular cooperação que tem características de contratos (formais ou informais). Assim, as leis, juízes, árbitros e mediadores tem um papel importante de prevenir ou de colaborar para a resolução de conflitos e para a tão almejada pacificação social.

Ademais, outras funções decorrentes do contrato coerente com o recomendado a atores nos processos de resolução de conflitos incluem: encorajar a divulgação de informações ótima entre as partes; garantir um compromisso crível de cumprimento dos contratos e da expectativa ótima da parte contratante; reduzir custos de transação durante a negociação dos contratos ao oferecer termos padrões e regulamentações eficientes; e favorecer relacionamentos duradouros, que tem o condão de evitar reincidências e dissolver conflitos naturalmente.

Ao analisar funções de contratos com recomendações para a eficiente de resolução de conflitos percebemos os relevantes efeitos positivos para a sociedade e economia. Por isto, o tema deve ser objeto de pesquisa jurídica qualitativa e quantitativa, com uso de dados. A identificação de entraves existentes no direito contratual brasileiro é relevante para posicionar as instituições, como legislativo e judiciário, no devido

rumo em prol de um desenvolvimento, em que os indivíduos e demais agentes econômicos são estimulados a cooperar, prevenir e solucionar conflitos resultando em benefícios acumulativos para a sociedade.

Outra contribuição importante da AED é oferecer técnicas de elaboração eficiente de contratos. São os cuidados que operadores do direito devem ter para que contratos sirvam seus propósitos e que possam ser cumpridos e ajustados com efetividade. A seguir listamos dez recomendações preciosas da AED para a redação de contratos:

- 1) Redija o contrato da forma mais simples e clara possível;
- 2) Dê destaque aos pontos mais polêmicos;
- 3) Preveja no próprio contrato as mais diversas situações e cenários que podem colocar em risco o cumprimento do que foi acordado;
- 4) Diminua possibilidades de oportunismos reforçando a confiança entre as partes;
- 5) Inclua cláusulas arbitrais, que preveem a solução de conflitos em Câmaras de Arbitragem, ou seja, longe de holofotes e da morosidade dos tribunais (vantagem de ser ágil, ter sigilo, e especialização dos árbitros);
- 6) Ao invés da arbitragem, prever mediação quando adequado;
- 7) Caso o contrato não possa ser cumprido por fato superveniente, a responsabilidade deverá cair em quem teve melhor condição de prevê o risco. Esta é a técnica extremamente eficiente do *Cheapest Cost Avoider* usada pelas cortes internacionais;
- 8) É recomendável cláusula de revisão periódica dos termos do contrato;
- 9) Saber que contratos são incompletos, principalmente os de longa duração, e que existem custos para a elaboração; e
- 10) Procure consultoria especializada no tipo específico de contrato.

Por fim reiteramos que contratos eficientes ocorrem com maior frequência em ambiente institucional que ofereça condições (boa fé e segurança jurídica) para as partes terem a LIBERDADE e CONFIANÇA necessárias para cooperarem. Nesses cenários verificamos que: a) os custos são alocados à parte que valora mais; b) cada risco é alocado à parte que poderia prevê-lo a um menor custo (técnica do *Cheapest Cost Avoider*); c) os termos do contrato exaurem possibilidades de ganhos mútuos pelas partes; e d) existe a consciência de que contratos são incompletos (principalmente os complexos e de longo prazo) e que passarão por renegociações e ajustes. O resultado é maior pacificação social, ordem e progresso!

Referências

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Editora Almedina, 2007.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6ª Edição (Brasília/DF: CNJ), 2016. E. 82ª 392 p. ISBN 978-85-7804-053-6. 1.
- Disponível em: <<https://goo.gl/9rAeWK>>.
- COASE, Ronald (1960), “The Problem of Social Cost” (PDF), *Journal of Law and Economics*, The University of Chicago Press, Vol. 3 (Oct., 1960): 1-44.
- COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Capítulos 6 & 7 (p. 200 a 309).
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2015. Tradução e adaptação: Rachel Sztajn.
- MOORE, Christopher W. *The mediation Process: Practical strategies for resolving conflict*. 4th edition – Jossey-Bass (A Wiley Brand), San Francisco, 2014.
- SANDRI, Jussara Schmitt. Função Social do Contrato. Conceito. Natureza Jurídica e fundamentos. *Revista de Direito Público*, Londrina, V. 6, Nº 2, P. 120-141, ago/set 2011.
- TIMM, Luciano Benetti (Organizador), *Direito e Economia no Brasil*, 1ª edição, 2012, Atlas. Capítulo 6.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Teoria Geral dos Contratos*. Atlas, São Paulo, 1997.
- WALDMAN, Ellen. *Mediation Ethics: cases and commentaries*. Jossey-Bass (A Wiley Brand), San Francisco, 2011.

Arbitragem e Administração Pública: uma reflexão sobre interesses arbitráveis

Luciano de Souza Godoy

Luciano de Souza Godoy, advogado e árbitro em São Paulo, sócio do PVG Advogados, Professor da FGV Direito SP, ex-Juiz Federal. É mestre e doutor em Direito pela USP e foi *Visiting Scholar* na *Columbia Law School*. E-mail para contato: luciano.godoy@fgv.br.

Introdução

Com as recentes novidades legislativas que incentivam a arbitragem com o Poder Público – o tema vem novamente à tona, trazendo novos desafios e estimulando a atividade criativa na comunidade de arbitragem. Até onde vamos? Quais os limites? Por que usar a arbitragem?

Minha intenção é identificar possíveis espaços para a arbitragem com a Administração Pública ainda não pensadas ou pouco pensadas, em prol da efetividade e adequação das soluções jurídicas para conflitos que envolvam o Poder Público ou o interesse público. Procurar espaços de interesses públicos patrimoniais e disponíveis, mas para além das matérias cuja arbitrabilidade é evidente. O texto, assim, é uma tentativa de pensar “fora da caixa” e encontrar interesses arbitráveis que estão “escondidos”.

Quero agradecer ao CEDES – Centro De Estudos de Direito Econômico e Social – e ao Professor João Grandino Rodas pelo convite para contribuir para esta obra. Fico extremamente honrado com a oportunidade de discorrer sobre um assunto que tem despertado tantas discussões. Importante registrar a colaboração e apoio a esta pesquisa dos advogados e pesquisadores Marcela Machado Martiniano e Gustavo de Oliveira Bosoni.

Histórico e evolução da arbitragem nos contratos com o poder público no Brasil

Até a publicação da Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”), a arbitragem desenvolvia-se lentamente no Brasil, muito embora, no plano internacional, já existissem diversos tratados sobre o tema¹. Destaca-se, na perspectiva brasileira, o Protocolo de Genebra de 1923, incorporado pelo Decreto nº 21.187/1932, que admitia a arbitragem apenas para os contratos comerciais internacionais.

A partir de meados da década de 90 e da vigência da Lei de Arbitragem, as mudanças, ao longo dos anos que se seguiram, foram tão significativas que levaram o Arnoldo Wald a chamar este século de “século da arbitragem”².

Os avanços vieram como um movimento originado no plano internacional, a fim de facilitar o fluxo do capital estrangeiro no Brasil³. Paralelamente, também contribuíram os positivos efeitos da reforma econômica representada pelo Plano Real de 1994 e o movimento de redução da intervenção estatal na economia.

Ganharam destaque, nesse período, o Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/1990, que visava estimular investimentos e transferir à iniciativa privada algumas atividades não exploradas adequadamente pelo Estado⁴ e a Lei nº 8.987/1995, ainda em vigor, que estabelece normas gerais sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Nesse mesmo íterim, a arbitragem começou a ganhar espaço no âmbito da Administração Pública. O estímulo à iniciativa privada foi paralelo à edição de sucessivas leis especiais que regulamentam a prestação de serviços públicos e exploração de certas atividades por particulares, nas quais se previu a arbitragem como método adequado de solução de conflitos decorrentes de contratos com o Poder Público. São exemplos a Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997, a Lei de

Petróleo e Gás – Lei 9.478/1997, a Lei 10.233/2001, sobre Transportes Aquaviários e Terrestres; entre outras⁵.

A própria Lei 8.987/1995 passou a prever, em 2005, com a inclusão do art. 23-A, a possibilidade de previsão de mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem, nos contratos de concessão⁶. A Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079/2004, também conta com permissão expressa ao emprego da arbitragem nas PPP’s⁷.

Ressalta-se que, ainda antes da tendência da década de 90 e até mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado favoravelmente à arbitragem entre particulares e o Poder Público, no julgamento do famoso Caso Lage, em 1973.

A decisão merece destaque não só por ser o *leading case* para o reconhecimento da legalidade da submissão dos litígios com a Administração Pública à jurisdição arbitral, mas também porque, no caso, o ente público envolvido era a União, isto é, um ente da Administração Pública direta. Confira-se a ementa do julgado:

“INCORPORAÇÃO – BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPÓLIO DE HENRIQUE LAGE – JUÍZO ARBITRAL – CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE – JUROS DA MORA

– CORREÇÃO MONETÁRIA.

– Legalidade do juízo Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

– Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade da sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. (...)”⁸

1 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 96.

2 WALD, Arnoldo. Os Meios Judiciais do Controle da Sentença Arbitral. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 3, pp. 617-646, set/2014.

3 MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Atração de Investimentos no Brasil. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 5/2014, pp. 1139-1146, set/2014.

4 Art. 1º, Lei nº 8.031/1990.

5 Lei 10.438/2002, sobre energia elétrica e estabelece a criação da Aneel; Lei 10.848/2004, ao regular a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE; Lei 11.079/2004, da Parceria Público Privada; Lei 11.196/2005, que alterou a Lei 8.987, de 1995 – Lei das Concessões; Lei 11.668/2008, Lei de Franquias Postais; Lei 11.909/2009, sobre o transporte de gás natural; e a Lei 12.815/2013, chamada como a nova Lei dos Portos (Para reflexões críticas sobre as arbitragens com a Administração Pública, cf. GODOY, Luciano de Souza. *Sigilo nas arbitragens como participação do poder público*. Texto publicado no JOTA em 7 de março de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/i7wqpo>>. Acesso em: 29.03.2018).

6 Art. 23-A, Lei nº 8.987/1995.

7 Art. 11, III, Lei nº 11.079/2004.

8 STF, AI nº 52.181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 04.11.1973. Disponível em:

Avanços sim, mas algumas desconfianças existiam. A arbitragem em geral ainda se desenvolvia com alguns entraves. Somente em 2001, em julgamento do STF, a Lei de Arbitragem teve sua constitucionalidade reconhecida, em controle incidental em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira⁹.

Ao reconhecer a constitucionalidade da equiparação legal entre os efeitos das sentenças arbitrais e os das sentenças judiciais, dispensando a necessidade de homologação daquelas perante o Poder Judiciário, a decisão do STF trouxe segurança jurídica ao marco legal da arbitragem no Brasil. Como reflexo no mercado, as grandes empresas começaram a optar com maior frequência pela arbitragem como meio de solução de conflitos em seus contratos. Se a possibilidade de execução judicial da sentença arbitral era incerta, uma vez que dependia da visão de cada magistrado, hoje nem mais se discute.

Com este breve panorama histórico, algumas premissas devem ser delineadas, a fim de demonstrar o porquê, até hoje, o envolvimento da Administração Pública na arbitragem gera certo rebuliço.

A escolha pela arbitragem consiste na iniciativa das partes de optar por uma “jurisdição privada”, plenamente admitida desde que limitada aos interesses de natureza disponível¹⁰ e patrimonial; e as partes sejam capazes de contratar.

A disponibilidade e a patrimonialidade dos interesses submetidos à arbitragem correspondem ao que se denomina de “arbitrabilidade objetiva”.

Este é o ponto nuclear de nossas reflexões. À primeira vista, pode parecer que a exigência de interesses disponíveis e patrimoniais se mostre incompatível com o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Para amainar as discussões, surgiram argumentos no sentido de que a arbitragem somente seria viável nos contratos com a Administração

Pública quando houvesse autorização por lei específica. Além disso, na prática, em um primeiro momento, a possibilidade de optar pela jurisdição arbitral foi associada principalmente aos contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, devido à incidência prevalente do regime de direito privado sobre suas relações jurídicas¹¹.

Tais discussões, já antigas e, em certa medida, pacificadas, vieram novamente à tona com a reforma da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, em vigor desde julho de 2016, que acolheu entendimentos já consolidados na doutrina e na jurisprudência, além de esclarecer e aprimorar alguns pontos da versão original da legislação.

Com a alteração, a Lei Brasileira de Arbitragem passou a admitir expressamente a utilização da arbitragem para dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública direta e indireta. A nova disposição determina, ainda, que, nesses casos, a arbitragem seja sempre de direito, e não por equidade, e prevaleça, como regra, a publicidade¹².

A permissão, apesar de genérica e, de certa forma, desnecessária, trouxe consigo o efeito positivo de acalmar os ânimos daqueles que se posicionavam de forma contrária ao envolvimento da Administração Pública na arbitragem. É importante para o instituto a segurança jurídica e a sua credibilidade pela comunidade jurídica, especialmente pelo Poder Judiciário. Após um período longo e custoso de um procedimento arbitral, a parte vencedora necessita da confiança em ser o laudo arbitral um título executivo judicial válido e eficaz.

A Lei, entretanto, deixou de especificar quais seriam os direitos da Administração Pública que seriam classificados como patrimoniais e disponíveis, os quais poderiam ser submetidos à jurisdição arbitral. E o fez bem. Caso contrário, a Lei estaria limitando, de forma desnecessária e inoportuna, o rol de litígios que podem ser levados à arbitragem pela ou contra a Administração Pública.

Esse cenário, apesar de positivo, demanda atuação da doutrina e da jurisprudência para esclarecer – sem limitá-los indevidamente – os pontos obscuros relacionados à arbitrabilidade objetiva dos direitos da Administração Pública, além de outras questões não especificadas na Lei, como quem custeia o procedimento; como é a escolha da câmara e dos árbitros; etc.

<<https://goo.gl/RXu5PE>>. Acesso em: 15.15.2017.

9 Além disso, a Convenção de Nova York de 1958, importante diploma internacional de caráter multilateral, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro somente em 2002, através do Decreto nº 4.311. O Brasil foi o penúltimo país da América do Sul a ratificá-la. Somente a Guiana a ratificou depois do Brasil, em 2014, conforme os dados disponíveis em: <<https://goo.gl/dRiNHb>>. Acesso em: 03.11.2016.

10 NERY JR., Nelson. Convenção de Arbitragem e Compromisso Arbitral – Aplicabilidade do Princípio Kompetenz-Kompetenz. In: *Soluções Práticas de Direito*, vol. 5/2014, pp. 71-150, set/2014.

11 HATANAKA, Alex S. O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 49, jan-mar/2016.

12 Art. 1º, §1º, e art. 2º, Lei nº 9.307/1996.

Já é possível prever algumas respostas. A arbitragem nos contratos com a Administração Pública tem sido muito incentivada pelo Governo Federal brasileiro, notadamente após as mudanças políticas iniciadas no segundo semestre de 2016.

A Lei nº 13.448/2017 (nova “Lei das Concessões”), por exemplo, publicada em junho de 2017, fruto de conversão de Medida Provisória¹³, estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário e regulamenta detalhadamente o uso da arbitragem como solução de conflitos decorrentes desses contratos.

Além de condicionar a relicitação dos contratos de parceria à celebração de compromisso arbitral ou outro mecanismo privado de resolução de conflitos, a nova Lei das Concessões define o que seriam direitos patrimoniais disponíveis em seu âmbito¹⁴; estabelece que as custas da arbitragem devem ser antecipadas pelo parceiro particular, sendo restituídas posteriormente, se for o caso¹⁵; e determina que o credenciamento das câmaras arbitrais será regulamentado por Ato do Poder Executivo¹⁶.

A nova regulamentação não está isenta de críticas e carece ainda de amadurecimento, que virá com a sua aplicação prática, porém é certo que representa um estímulo à arbitragem no setor público. Nesse sentido, como bem pontua o Procurador do Estado de São Paulo, André Rodrigues Junqueira, “caberá aos intérpretes, Governo, *players* de mercado e gestores públicos terem em mente que os dispositivos foram introduzidos para fomentar a arbitragem e não limitar ou burocratizar sua utilização”¹⁷.

Nesse cenário, de intenso incentivo às arbitragens com o Poder Público, torna-se necessário aprimorar a definição do que são os interes-

ses patrimoniais e disponíveis da Administração. Portanto, nesse artigo, a pretensão é justamente explorar novas ideias e possíveis situações nas quais a arbitragem pode se configurar como a melhor opção para os entes públicos e particulares.

Feitas essas considerações, o texto será dividido em cinco partes. Além destas primeiras linhas, abordaremos no segundo, terceiro e quarto itens, respectivamente, a definição de arbitrabilidade objetiva; critérios para identificação dos interesses patrimoniais e disponíveis da Administração Pública; e, por fim, sugestões de aplicação da arbitragem em determinadas situações concretas que envolvam relações entre particulares e a Administração Pública.

Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva se refere à qualidade dos interesses em disputa. De outro lado, a arbitrabilidade subjetiva diz respeito a qualidades ou requisitos que as pessoas contratantes devem satisfazer para que sejam aptos à celebração de convenções de arbitragem.

Uma breve explicação sobre a arbitrabilidade subjetiva no âmbito da Administração Pública é necessária para que não se confundam os conceitos.

Para celebrar uma convenção de arbitragem, a Lei exige a capacidade de direito – aptidão para ser titular de direitos e obrigações – e também a capacidade de fato ou de exercício – aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil – o que impede as pessoas absoluta e relativamente incapazes de submeterem litígios à arbitragem.

Não se questiona que o Estado possui capacidade para contratar; há muito se consolidou a compreensão do Estado como pessoa jurídica, com vontade própria, exteriorizada por seus agentes, de acordo com a denominada “teoria do órgão”, aceita amplamente no Brasil¹⁸.

Embora, até os dias atuais, seja mais frequente a escolha da arbitragem por empresas públicas e sociedades de economia em seus contratos,¹⁹ o que poderia levar ao argumento de que somente os entes

13 MP nº 752/2016.

14 Art. 31, §4º, Lei nº 13.448/2017. Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III – o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

15 Art. 31, §2º, Lei nº 13.448/2017. As custas e despesas relativas ao procedimento arbitral, quando instaurado, serão antecipadas pelo parceiro privado e, quando for o caso, serão restituídas conforme posterior deliberação final em instância arbitral.

16 Art. 31, §2º, Lei nº 13.448/2017. Ato do Poder Executivo regulamentará o credenciamento de câmaras arbitrais para os fins desta Lei.

17 JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Nova Lei das Concessões – A previsão de arbitragem na Lei federal nº 13.448/2017*. Texto publicado no Blog do CBAr em 21 de junho de 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/WC4SVE>>.

18 O expoente da teoria é o alemão Otto von Gierke. Sobre o tema, cf. DALLARI, Dalmo. *Elementos da teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 123.

19 Vide a jurisprudência do STJ, que, na grande maioria dos casos, aborda a validade da convenção de

da Administração Pública sujeitos a regime jurídico de direito privado atenderiam ao requisito da arbitrabilidade subjetiva, a reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, superou quaisquer dúvidas quanto a isso.

Acolhendo o posicionamento que já adotava o Superior Tribunal de Justiça²⁰, a Lei expressamente permite que tanto os entes da Administração Pública direta quanto os entes da Administração Pública indireta celebrem convenções de arbitragem. Além disso, a Lei esclarece que a autoridade ou órgão competente para tanto é a mesma para a realização de acordos ou transações²¹.

Superadas essas discussões quanto às partes, vê-se que as questões mais sensíveis a respeito da arbitragem nos contratos com a Administração Pública residem na arbitrabilidade objetiva dos interesses em conflito.

Antes da reforma da Lei de Arbitragem, argumentava-se que somente poderiam ser celebradas convenções de arbitragem pela Administração Pública quando houvesse autorização em lei específica, raciocínio que tem como origem o significado do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública: enquanto aos particulares é permitido agir se a lei não proíbe, as ações dos entes públicos devem ser autorizadas por lei²². Com o reconhecimento legislativo expresso de que há interesses patrimoniais e disponíveis em disputa envolvendo o Poder Público, não haveria óbices à arbitragem.

arbitragem em contratos com empresas públicas ou sociedades de economia mista (STJ, REsp nº 904.813, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011; STJ, MS nº 11.308, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux,

j. 09.04.2008; STJ, REsp nº 606.345, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.05.2007; STJ, REsp nº 612.439, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005; entre outros).

20 Cf. STJ, MS nº 11.308, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008.

21 Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

22 “Em síntese, sustentava-se que a correta interpretação do princípio da legalidade não conferiria ao administrador público a mesma liberdade de atuação que a Constituição, no seu art. 5º, II, reconhece aos particulares. A Administração Pública, de acordo com a regra do caput do art. 37 da Carta Magna, só pode agir quando expressamente autorizada por lei, sendo ilegítimos os atos administrativos praticados sem fundamento legal, e em relação aos quais o administrador não tem poderes de disposição. Assim, fora das hipóteses nas quais havia regra explícita permitindo a arbitragem em certos contratos administrativos, alegava-se a impossibilidade de, em observância à legalidade constitucional, submeter a Administração ao procedimento alternativo, pois lhe faltaria capacidade para a prática do ato.” (ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 418).

Esse argumento foi inclusive acolhido pelo Tribunal de Contas da União²³. Todavia, a jurisprudência demonstra posicionamento tendente à ampla aceitação da arbitragem, a despeito da ausência de lei específica autorizadora, desde que os interesses sejam patrimoniais e disponíveis – que é o espírito da redação original da Lei de Arbitragem²⁴.

A exigência de lei “*numerus clausus*” que identifique os interesses arbitráveis da Administração Pública inviabilizaria o desenvolvimento da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos. Há inúmeras relações jurídicas entre Administração e administrados que envolvem interesses patrimoniais e disponíveis, muitas vezes imprevisíveis pelo legislador, razão pela qual foi positivo o fato de não ter a reforma da Lei de Arbitragem feito tal identificação específica²⁵.

De todo modo, com a reforma de 2015 do marco legal, essas discussões não mais se sustentam, pois foi inserida na Lei uma autorização genérica para a arbitragem nos contratos com o Poder Público.

Quais os critérios que permitam classificar quais interesses da Administração Pública são patrimoniais e disponíveis?

Para definir o âmbito da arbitrabilidade objetiva dos interesses da Administração Pública, tradicionalmente, utiliza-se a distinção entre interesses primários e secundários e entre atos de império e atos de gestão.

Conforme explicou Diogo de Figueiredo Moreira Neto, os interesses públicos primários são regidos pelo direito público de forma inafastável; correspondem aos interesses precípuos da coletividade e, portanto, indisponíveis. Já os interesses secundários têm caráter instrumental, servindo à concretização dos primários, em relações jurídicas patrimoniais que podem ser objeto de disposição²⁶.

O Superior Tribunal de Justiça acolhe essa distinção para avaliar a validade de convenções de arbitragem em contratos administrativos:

23 TCU, Plenário, Acórdão 587/2003, Relator Adilson Motta, j. 28.05.2003 e Acórdão 584/2003, Relator Ubiratan Aguiar, j. 10.04.2003.

24 BARALDI, Eliana B. Arbitragem e Contratos com a Administração Pública. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 51.

25 Nesse sentido, SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 22, abr-jun/2009.

26 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90.

“é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. (...). Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a *realização do interesse público primário*, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.”²⁷

Também é comum associar a arbitrabilidade objetiva dos interesses públicos à divisão entre atos de império e atos de gestão. Tal critério pode implicar conclusões equivocadas, conforme analisaremos.

Os atos de império são aqueles que a Administração pratica com caráter coercitivo sobre os administrados. São exemplos a interdição de um estabelecimento e a desapropriação por interesse público ou social. Já os atos de gestão são praticados sem poderes de comando, revestindo-se de caráter eminentemente privado, bem ilustrados pela alienação de bens da Administração e pela locação de imóveis para servir como sede de órgãos ou entidades²⁸.

A partir desse tradicional ponto de vista, não poderia a Administração Pública submeter os interesses públicos primários à arbitragem, mas poderia optar por esse método para dirimir conflitos relativos aos interesses públicos secundários.

Esses últimos podem se manifestar tanto nos contratos administrativos, regidos por normas especiais de direito público, com aplicação supletiva do direito privado – a exemplo dos contratos de concessão de serviço público – quanto nos contratos privados da Administração, regulados preponderantemente pelo direito privado e normalmente vinculados a atividades de gestão²⁹, como a locação de imóvel.

Embora ainda úteis em certa medida, essas classificações revelam-se, atualmente, insuficientes e induzem a conclusões inadequadas (ou melhor, precipitadas) para o processo de identificação dos interesses da Administração patrimoniais e disponíveis, tendo em vista a variedade e complexidade das relações jurídicas entre entes públicos e particulares³⁰.

27 STJ, MS nº 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 09.04.2008.

28 Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 433.

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 176.

30 ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à

De certa forma, os interesses primários e secundários estão intrinsecamente conectados, haja vista que os segundos são instrumentais para a concretização dos primeiros; e, dessa forma, não podem afrontá-los ou deles se desviarem. Além disso, mesmo os atos de império podem estar inseridos em situações nas quais há interesses patrimoniais e disponíveis e, portanto, espaço para arbitragem.

Por que não permitir, por exemplo, que o valor da indenização ao proprietário de um imóvel objeto de desapropriação por utilidade pública – tecnicamente seria um ato de império – seja definido em uma sentença arbitral³¹, se o próprio Decreto-Lei nº 3.365/1941 permite que as partes entrem em acordo sobre o preço³²? Se a desapropriação é irreversível a partir da imissão de posse, só restando ao Estado-Juiz a fixação do “*quantum*” a indenizar, quanto não se pouparia de tempo para a parte (que necessita receber a indenização) e ao Estado (que paga juros e correção monetária) com um procedimento arbitral?

Ademais, tem se visto, no Direito Administrativo, uma tendência receptiva à participação dos administrados³³, em detrimento das imposições unilaterais da Administração, reduzindo-se o campo da indisponibilidade³⁴.

Vislumbra-se, portanto, que as classificações não são tão estanques e nem sempre é uma tarefa fácil visualizar, nas situações concretas,

gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *AReformada Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 426.

31 Cf. art. 22, Decreto-Lei nº 3.365/1941. Havendo concordância sobre o preço, o juiz o homologará por sentença no despacho saneador.

32 A propósito, recentemente, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal aprovou, no dia 21 de março de 2018, o projeto de lei PLS 135/2017, que inclui no Decreto-Lei nº 3.365/1941 a possibilidade de o proprietário optar por discutir o valor de indenização por meio de mediação ou pela via arbitral. Disponível em: <<https://goo.gl/uyuy7u>>. Acesso em: 26.03.2018.

33 A propósito, é importante mencionar a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), que trata da solução de conflitos por meios alternativos, com extensa regulamentação da mediação para resolver disputas entre órgãos públicos, ou mesmo entre estes e particulares. A legislação estimula e incentiva a Administração Pública a se voltar para o encerramento de litígios por composição; é um dever do Governo e um direito do cidadão. Traz-se efetividade ao direito à razoável duração do processo, consagrado pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição (nesse sentido, GODOY, Luciano de Souza. *Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa*. Texto publicado no JOTA em 3 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/9CtVmu>>).

34 Nesse sentido, HATANAKA, Alex S. O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 49, jan-mar/2016.

em qual classe se amoldam os interesses em jogo. Assim, em algumas situações, a presença ou ausência de arbitrabilidade objetiva é facilmente constatável, a exemplo do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos; em outras, porém, nem tanto.

Nesse cenário, diante da dificuldade em identificar os interesses arbitráveis da Administração a partir das classificações tradicionalmente utilizadas para essa tarefa, é necessário encontrar outros parâmetros para delimitar os limites da arbitrabilidade objetiva dos interesses do Poder Público, que serão explorados no próximo capítulo.

Critérios para identificação de interesses patrimoniais e disponíveis da Administração Pública

Genericamente, pode-se classificar como patrimonial um interesse quando diretamente se reveste de valor econômico ou quando a sua violação pode ser reparada, de alguma forma, por medidas pecuniárias³⁵.

Mais complexa, por outro lado, é a noção de indisponibilidade. De acordo com Eduardo Talamini, a indisponibilidade tem duas acepções:

“na primeira delas, a indisponibilidade põe-se como vedação à renúncia de um direito existente; na segunda, a indisponibilidade configura-se como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio: apenas a Jurisdição poderá dizer quem tem razão e aplicar as consequências jurídicas cabíveis. Essa hipótese é melhor definida como sendo de necessidade de intervenção jurisdicional.”³⁶

Dessa forma, quando o interesse for patrimonial e a Administração tiver poder de disposição sobre esse interesse, o que significa, sobretudo, poder reconhecer quem tem razão a respeito do litígio, os requisitos da arbitrabilidade objetiva estarão satisfeitos.

35 Nesse sentido, TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 345.

36 TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: RT, 2005, p. 343.

Ressalta-se que, muito embora a possibilidade de se reconhecer quem tem razão a respeito do litígio seja o critério para identificar interesses disponíveis e arbitráveis, a opção pela arbitragem não implica qualquer renúncia ou reconhecimento de razão da outra parte, mas apenas uma opção por método de solução de litígios alternativo ao Judiciário estatal.

A ideia pela qual podem ser submetidos à arbitragem os interesses sobre os quais a Administração Pública pode transacionar – embora, repita-se, a arbitragem não implique em transação – nos parece a forma mais adequada de definir a arbitrabilidade objetiva com relação à Administração Pública.

Para quase nada há vedação, hoje, de transação. A pena no processo penal pode ser acordada, as punições derivadas de cartel ou de ato de improbidade podem ser objeto de transação.

Haverá debates; a falta de consenso sobre os limites da arbitrabilidade objetiva aumentará certamente. Mas a tendência é a arbitralidade ganhar novos e mais amplos limites.

Há alguns espaços já conquistados; consensos sobre certos interesses da Administração Pública que são arbitráveis. A arbitrabilidade das questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, por exemplo, é sempre citada por autores que se dedicaram ao estudo do tema³⁷.

Deve-se destacar, nesse ponto, a Lei nº 13.448/2017, que regulamenta a prorrogação e relcitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal, e que estabeleceu um rol exemplificativo de interesses arbitráveis. Além do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, elencou, como questões que podem ser submetidas à arbitragem, o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão e o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes³⁸.

37 FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XXVI. Rio de Janeiro: APERJ, 2016, p. 315; ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 427-428; TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015. In: *Revista de Processo*, vol. 254/2016, pp. 431-462, abr/2016; entre outros.

38 Art. 31, §4º, Lei nº 13.448/2017. Vale destacar que o Decreto nº 8.465/2015, que regulamenta os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, também elenca as mesmas matérias como arbitráveis (art. 2º).

Na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo de 2013, que teve como foco de estudo as Parcerias Público-Privadas, além das situações acima, propõe-se o reconhecimento da arbitralidade das seguintes matérias: cálculo e aplicação de reajuste; acionamento dos mecanismos de garantia; e inconformismo de qualquer das partes com a decisão da Comissão Técnica. Ainda, na proposta de redação da cláusula de arbitragem, sugere-se um item de caráter genérico:

“As partes poderão, ainda, submeter à arbitragem, de comum acordo, outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do Contrato de Concessão, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.”³⁹

A escolha pela arbitragem para a solução de controvérsias sobre matérias como as expostas acima pode melhor atender os princípios da eficiência, economicidade, da razoável duração do processo e da segurança jurídica⁴⁰. Isso, porque a arbitragem permite a previsibilidade razoável da duração do processo, envolve grande disponibilidade e dedicação dos julgadores ao estudo do caso – o que não se vê no Poder Judiciário – e maior flexibilidade no procedimento, que pode ser adaptado às peculiaridades de cada caso, de modo a aprimorar e tornar mais eficiente a produção de provas e condução do processo como um todo, favorecendo a análise do mérito.

Outro enfoque acerca da arbitralidade objetiva envolvendo a Administração Pública, que se afasta da tradicional verificação da patrimonialidade e disponibilidade do direito subjacente à demanda, é o critério de adequação da escolha pela arbitragem, defendido pelo Marcelo

Art. 31, §4º, Lei nº 13.448/2017. Vale destacar que o Decreto nº 8.465/2015, que regulamenta os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário, também elenca as mesmas matérias como arbitráveis (art. 2º).

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de

controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 77/78, 2013, p. 310. Disponível em: <<https://goo.gl/dW7phh>>. Acesso em: 15.12.2017.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 421. Bonizzi⁴¹. Por este viés, ao escolher pela arbitragem, o Administrador Público deve avaliar se as peculiaridades do caso concreto justificam que o caso seja levado à via arbitral, por ao menos um de três fatores: custo-benefício, necessidade de celeridade e complexidade do caso.

É de se ressaltar, entretanto, que a análise da adequação da arbitragem como meio de solução de disputas no caso concreto, pelo critério mencionado pelo Bonizzi, nem sempre terá contato direto com a arbitralidade do litígio. Melhor dizendo, é possível que a questão seja patrimonial e disponível, mas o ato administrativo de escolha da arbitragem não seja motivado por nenhum dos fatores anteriormente mencionados. Nesse caso, embora o procedimento arbitral não possua mácula, o Administrador Público, pela inadequação de sua escolha, estaria sujeito a eventual responsabilização por improbidade administrativa.

Independentemente do enfoque dado à arbitralidade objetiva, é certo que, não só com as recentes mudanças legislativas, mas também com a disseminação da arbitragem como método adequado de solução de controvérsias, espera-se um aumento no volume de casos nos quais uma das partes será uma entidade pública. No próximo item, tentar-se-á explorar hipóteses mais concretas de litígios com o Poder Público nos quais a arbitralidade objetiva se mostra presente, revelando a arbitragem como um meio possivelmente mais adequado à solução do conflito.

39 JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 77/78, 2013, p. 310. Disponível em: <<https://goo.gl/dW7phh>>. Acesso em: 15.12.2017.

40 ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 421.

41 BONIZZII, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 45, pp. 155-174, abr./jun. 2015.

Algumas possibilidades de utilização da arbitragem em litígios com o Poder Público

Como visto, os interesses arbitráveis patrimoniais e disponíveis podem ser identificados a partir da possibilidade de transação. É um critério identificador e não significa que haverá transação, disposição ou renúncia, mas apenas escolha do ente público por um dos meios de solução de conflitos que lhe são oferecidos no sistema jurisdicional multipartado adotado no Brasil⁴².

Com isso em vista, buscaram-se situações na prática jurídica em que tais interesses estão presentes e nas quais a arbitragem pode apresentar soluções com maior eficiência, descritas nos tópicos a seguir.

Arbitragem em acordos em controle de concentração e nos termos de compromisso de cessação de prática do CADE

O Acordo em Controle de Concentração (ACC) com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) nada mais é do que um “acordo entre as partes a fim de se evitar uma decisão da agência antitruste que poderia porventura ser contrária aos anseios dos interessados”⁴³. Já foi reconhecida, nesse cenário, a possibilidade de submeter à arbitragem eventual descumprimento de ACCs por empresas que neles são partes, sendo que, embora existam vozes contrárias⁴⁴, não se vislumbra qualquer óbice às arbitragens entre particulares e o CADE.

Conforme aponta Rodrigo Cavalcanti, os ACCs não são fruto de nenhuma imposição unilateral do CADE às empresas signatárias. Como o próprio nome diz, trata-se de um acordo, uma espécie de compromisso, cuja iniciativa, aliás, é das próprias empresas⁴⁵.

42 GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 18-19.

43 CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2, pp. 28-45, nov/2015, p. 36.

44 ROCHA, Caio César Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 49/2016, p. 103-126, abr-jun/2016.

45 CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2, 2015, p. 37.

A arbitragem – especialmente pela especialidade dos árbitros e disponibilidade para a análise mais aprimorada de cada caso – pode trazer soluções mais precisas e eficientes sobre os conflitos concorrenciais, com análises econômicas minuciosas sobre os efeitos de condutas violadoras dos ACCs sobre o mercado.

Ressalta-se que, nesse caso, o CADE não figura tecnicamente como parte na arbitragem – são partes as empresas envolvidas –, mas, ainda assim, a análise é bem-vinda, haja vista que o Conselho integra tais acordos, justamente por envolverem interesses da Administração Pública em proteger a livre concorrência, interesses esses com aspectos patrimoniais ultra-complexos.

Há casos concretos de inclusão da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias em ACCs.

Como exemplo, é possível citar o caso da venda das ações da Fosbrasil titularizadas pela Vale Fertilizantes ao Grupo ICL. No ACC⁴⁶ celebrado no dia 10 de dezembro de 2014, que tem por objeto “preservar o ambiente competitivo atualmente existente no que tange à oferta de PPA (produção de ácido fosfórico purificado) de grau alimentício para produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil”⁴⁷, estipulou-se, na cláusula 3.6, que, caso a Fosbrasil se recuse, sem justificativa, ao fornecimento do insumo a um produtor independente localizado no Brasil e que o tenha pleiteado de boa-fé, o CADE poderá solicitar à ICL Brasil (integrante do Grupo ICL) que dê início a processo de arbitragem para dirimir a questão⁴⁸. Na cláusula 3.6.2, porém, o ACC prevê que a opinião do árbitro, limitada a verificar se há justificativa objetiva para a recusa, será submetida ao CADE para que esse tome a decisão final.

Crítica-se a submissão da “opinião” do árbitro ao CADE. É sabido que, por expressa previsão legal⁴⁹, os efeitos da sentença arbitral são equiparados aos da sentença judicial, sendo, assim, título executivo judicial. O árbitro não emite opinião, mas sim sentença que vincula as partes. Apesar disso, o caso já revela a positiva tendência de inclusão da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias em tais acordos.

46 Disponível em: <<https://goo.gl/Wp82BA>>. Acesso em: 14.12.2017.

47 Cláusula 1.1.

48 Cláusula 3.6.

49 Art. 31, Lei nº 9.307/1996. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Semelhantemente, deve-se mencionar os Termos de Compromisso de Cessação (“TCC”). Conforme esclarecido pelo próprio CADE, o TCC “consiste em uma modalidade de acordo celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) e as empresas e/ou pessoas físicas investigadas por infrações à ordem econômica a partir da qual a autoridade antitruste anui em suspender o prosseguimento das investigações em relação ao(s) Compromissário(s) de TCC enquanto estiverem sendo cumpridos os termos do compromisso, ao passo que o(s) Compromissário(s) se compromete(m) às obrigações por ele expressamente previstas”⁵⁰.

Tal qual o ACC, o TCC é um acordo entre o CADE e o ente privado investigado. Trata-se, portanto, de instrumento que é representação prática da esfera de disponibilidade da Administração Pública, diferenciando-se do ACC na medida em que o CADE seria parte em eventual procedimento arbitral. Tal diferenciação, entretanto, não impede que a mesma lógica utilizada em arbitragens que possuem o ACC como instrumento subjacente seja aplicada à solução de conflitos sobre questões de conteúdo patrimonial ou de efeitos patrimoniais de um TCC, notadamente pela disponibilidade do direito em questão.

Acordos de leniência da lei anticorrupção e acordos nas ações de improbidade administrativa

A Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que dispõe sobre a responsabilidade administrativa e civil de pessoas jurídicas pelas práticas de atos contra a Administração Pública, regulamenta os acordos de leniência.

Tais acordos caracterizam-se pela colaboração da empresa no reconhecimento dos “pecados” praticados por seus prepostos e acionistas em atos de corrupção e que lhe geraram algum benefício, isto é, mostram-se como a versão civil/administrativa do instituto da delação premiada.

Os acordos têm como colaboradoras as empresas, pessoas jurídicas, que buscam os órgãos estatais para reconhecerem que foram beneficiadas por algum ato de corrupção, contribuindo com novos elementos

para a investigação, em troca do abrandamento das sanções cominadas. Já a delação premiada tem como colaboradora a pessoa física que será diretamente beneficiada com uma pena menor ou medidas punitivas mais amenas ao colaborar no processo penal ou na investigação dos atos⁵¹.

Além da colaboração à investigação, os acordos exercem importante papel para a preservação da atividade empresarial, pois permitem suspender a proibição de receber benefícios de órgãos, entidades ou instituições financeiras públicas ou controladas pelo Poder Público, bem como reduzir a multa aplicada em até 2/3⁵².

Assim, tais medidas, pautadas em parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade, podem contribuir para a manutenção da empresa enquanto fonte produtora de riquezas, de recolhimento de tributos e de geração de empregos – muito embora o texto legal mereça críticas por não prever, por exemplo, a isenção integral da multa para a primeira empresa aderente ao acordo.

O acordo de leniência, dessa forma, ultrapassa o objetivo de colaboração à investigação – há uma intenção do legislador de preservar a empresa, que converge um vasto número de interesses para a sociedade.

Nesse cenário, não se vislumbra qualquer impedimento à inserção de convenções de arbitragem nos acordos de leniência celebrados entre a Controladoria-Geral da União e as pessoas jurídicas envolvidas nos atos de corrupção. Isso, porque os interesses envolvidos são objeto de transação entre as empresas envolvidas e o ente público, que implica a imposição de medidas de caráter primariamente econômico. Ademais, esclareça-se que o árbitro, nesses casos, não se pronunciará sobre a existência ou não de atos de corrupção, ao menos não de maneira vinculativa, limitando-se a decidir a respeito dos conflitos oriundos do acordo após o reconhecimento, pela empresa, de tais atos.

Com a precisão técnica que é peculiar ao procedimento arbitral, seria possível avaliar em minúcias o impacto das medidas impostas sobre a vida e a função social da empresa, de modo a conferir soluções que efetivamente encampam o objetivo do legislador em preservar a atividade empresarial.

51 GODOY, Luciano de Souza. *A Preservação da Empresa e o Acordo de Leniência*. Texto publicado no JOTA em 1º de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/RnbRNn>>. Acesso em: 15.12.2017.

52 Art. 16, §2º, Lei nº 12.846/2013.

50 Disponível em: <<https://goo.gl/eZeRsY>>. Acesso em: 02.04.2018.

Ainda sobre esse tema, deve-se reconhecer também, como medida essencial à coerência do sistema e efetividade de tais acordos, a possibilidade de transação⁵³ sobre as sanções de caráter econômico e pecuniário aplicáveis às empresas que tenham se beneficiado de atos de improbidade administrativa⁵⁴.

Vale destacar que a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) revogou implicitamente o artigo da Lei de Improbidade Administrativa que proíbe transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade⁵⁵, ao prever expressamente a possibilidade de conciliação nessas ações, desde que com anuência do juiz da causa ou relator⁵⁶.

Dessa forma, uma vez superado o óbice legislativo à celebração de acordo nas ações de improbidade, vislumbra-se viável a submissão de eventuais conflitos decorrentes dessas transações – no que concerne exclusivamente aos aspectos econômicos e pecuniários – à arbitragem, à semelhança do que pode ocorrer no bojo dos acordos de leniência.

Ressalta-se que o reconhecimento da possibilidade de acordo nas ações de improbidade administrativa evita a falta de efetividade dos acordos de leniência e a insegurança jurídica. Não é desejável que, de um lado, a Controladoria Geral da União celebra acordos de leniência com base na Lei Anticorrupção e, de outro, o Ministério Público, que não participa desses acordos, acione as empresas acusadas por improbidade de administrativa, em razão dos mesmos atos, levando possivelmente à dupla punição⁵⁷.

Por essas razões, vislumbra-se, nesse setor, um possível campo para a arbitragem. Os acordos possibilitam o encontro de soluções congruentes para a repressão aos atos de corrupção e improbidade, de modo a punir os responsáveis, mas, ao mesmo tempo, preservar a atividade das empresas envolvidas; e a opção pela arbitragem para solucionar os

53 Reitere-se que não se pretende, com tal afirmação, afirmar que a arbitragem implique em transação – pelo contrário. A afirmação significa, como já pontuado, que a possibilidade de transação reflete a disponibilidade do direito subjacente à demanda – e, portanto, a sua arbitralidade.

54 Cf. GODOY, Luciano de Souza. *Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa*. Texto publicado no JOTA em 3 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/9CtVmu>>. Acesso em: 28.03.2018.

55 Art. 17, §1º, Lei nº 8.429/1992

56 Art. 36, §4º, Lei nº 13.140/2015.

57 Cf. GODOY, Luciano de Souza. *Acordo na Improbidade*. Texto publicado no JOTA em 29 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/1Xfaei>>. Acesso em: 28.03.2018.

possíveis conflitos decorrentes dessas transações, visando a uma precisa análise de eventuais descumprimentos de sanções de caráter patrimonial ou de efeitos patrimoniais, seria mais uma forma de minimizar os riscos para as empresas e para os múltiplos interesses nelas convergentes.

Termos de ajustamento de conduta da lei de ação civil pública

O termo de ajustamento de conduta (“TAC”), também conhecido como compromisso de ajustamento de conduta, está previsto no art. 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico:

Art. 5º, §6º, Lei nº 7.347/1985. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

O TAC é celebrado entre órgãos públicos legitimados para propor ação civil pública e interessados em solucionar uma pendência⁵⁸, normalmente relacionada ao descumprimento de normas de proteção ao meio ambiente ou ao consumidor. Através do TAC, os interessados assumem, geralmente, uma obrigação de fazer ou não fazer, cujo descumprimento gera a aplicação de sanções de natureza civil, comumente de caráter pecuniário.

A despeito das controvérsias acerca da natureza jurídica dos termos de ajustamento de conduta, entende-se que o dispositivo acima transcrito é uma permissão legal à transação envolvendo direitos transindividuais, o que confere uma margem de liberalidade aos órgãos públicos para negociação, com vistas a solucionar os conflitos de forma mais célere e eficiente⁵⁹. De acordo com Ana Luiza Andrade Nery:

58 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 844.

59 Nesse sentido, NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 154

“O espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio, justamente porque possui natureza jurídica de transação, em que as partes verdadeiramente negociam, estabelecendo concessões mútuas, a fim de evitar ou pôr fim a demanda judicial, em que se busca a melhor solução para preservar ou reparar o bem de natureza metaindividual. As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe conferam caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelos celebrantes.”⁶⁰

A autora ainda esclarece que a suposta indisponibilidade dos direitos transindividuais é um “falso problema”, pois a celebração do termo de ajustamento de conduta como um meio de solução de conflitos não significa alienar ou renunciar a tais direitos, mas optar por um “meio mais rápido e distante de demandas improficuas e perenizadas, muitas vezes com resultados inferiores”. Propõe, dessa forma, que tais direitos não sejam vistos como absolutamente indisponíveis, posto se revestirem da característica da negociabilidade em prol da satisfação do interesse social⁶¹.

Feitas essas considerações, não se vislumbram óbices à inclusão de cláusula arbitral nos TAC para a solução de disputas concernentes aos seus aspectos patrimoniais. Aliás, sabe-se que os litígios envolvendo interesses transindividuais são geralmente complexos e de difícil compreensão. A aferição de um dano ambiental, por exemplo, depende da análise de diversos fatores e de um alto nível de tecnicidade na avaliação, o que implica a forte recomendação da escolha pela arbitragem nesses compromissos.

Arbitragem no direito tributário

Com a crise econômica, houve diversas iniciativas das esferas de Governo para oportunizar e estimular o pagamento de débitos tributários, com programas de parcelamento⁶², combinados com remissão e anis-

60 NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 198.

61 NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 155-156.

62 A título de exemplo, cf. Lei nº 13.496/2017, que instituiu o Programa Especial de Regularização Tributária para débitos federais).

tia⁶³ dos passivos. Paralelamente, sabe-se que as ações relativas a créditos tributários e as execuções fiscais estão entre as mais recorrentes no Poder Judiciário⁶⁴. Esse cenário nos induz a pensar em modelos alternativos – e mais adequados – para a solução dos conflitos que surgirem nesse novo panorama, buscando eficiência e conclusão da análise em tempo razoável.

Não vislumbramos, ao menos não ainda, na arbitragem, uma forma de redução considerável do número de litígios no Judiciário, mas, de todo modo, abrir as discussões sobre a possibilidade de resolver os litígios de natureza tributária em procedimentos arbitrais pode ser um caminho para minimizar o impacto do grande fluxo de demandas – sabe-se que o Fisco é um dos maiores litigantes do país⁶⁵. A arbitragem traz desfechos precisos, em tempo previsto, com vistas à resolução do mérito.

No entanto, muito se discute a respeito da arbitrabilidade dos litígios tributários. Conforme apontado pelos membros do grupo de estudos do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr):

“será preciso avaliar se alguma mudança legislativa e em que extensão, seria recomendável para tornar a arbitragem tributária uma realidade viável – afinal, o Direito Tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade, e as respectivas normas gerais devem ser estabelecidas privativamente por lei complementar, conforme artigo 146 da Constituição Federal.”⁶⁶

Sem a pretensão de esgotar o assunto, pode-se afirmar, primeiramente, que as questões tributárias têm caráter patrimonial, em razão da própria natureza dos tributos, de acordo com o art. 3º do Código

63 Sobre a natureza jurídica dos institutos tributários inseridos nos parcelamentos, confira-se o esclarecimento de Fernando Facury Scaff: Assim, nesse plexo de relações tributárias, temos *anistia, remissão, parcelamento e pagamento*, dentre outros institutos isolados previstos no CTN, a depender do exato formato do programa de parcelamento incentivado. Portanto, trata-se de um programa que mescla *extinção, suspensão e exclusão do crédito tributário* em um só sistema, cuja única possibilidade teórica de enquadramento normativo no CTN é através do instituto da *transação tributária*. (SCAFF, Fernando Facury. *Refis é uma transação tributária e não uma renúncia fiscal*. Texto publicado no CONJUR em 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/LvdKcE>>). Acesso em: 29.03.2018.

64 De acordo com o Relatório do CNJ “Justiça em Números” de 2017 (ano-base 2016), p. 167 e seguintes, disponível em <<https://goo.gl/sdVdV>>. Acesso em: 29.03.2018.

65 Disponível em: <<https://goo.gl/o3TVi1>>. Acesso em: 2.4.2018.

66 FARICELLI, Priscila (Coord.), Grupo de Estudos em Arbitragem Tributária do CBAr. *Arbitragem tributária é um caminho a ser explorado*. Texto publicado no CONJUR em 11 de junho de 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Qzkarh>>. Acesso em: 15.12.2017.

Tributário Nacional, que dispõe: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, (...)”.

Satisfeito, portanto, o requisito da patrimonialidade, embora não exista lei que expressa e literalmente autorize a arbitragem nos conflitos tributários, é possível identificar, no próprio Código Tributário Nacional, autorizações para que o Fisco disponha de valores da receita proveniente da tributação em algumas situações, como a transação (art. 156, inciso III), a remissão (art. 156, IV), a anistia (art. 180) e o parcelamento (art. 151, VI).

Dessa forma, é evidente, na aplicação desses institutos previstos pelo Código Tributário Nacional, a disponibilidade do interesse, sempre dentro dos limites da lei, o que permite concluir que há arbitrabilidade objetiva nas relações jurídicas tributárias correspondentes.

Além disso, acentua-se que não seria o juízo arbitral o responsável por criar, majorar ou extinguir o crédito tributário – o que, se ocorresse, afrontaria a exigência de lei complementar – mas é apenas a via pela qual se resolveria o conflito decorrente do ato em questão, com a adequada subsunção da matéria fática controvertida às normas tributárias, de modo a encontrar a solução jurídica pertinente⁶⁷.

A possibilidade de transação, remissão, anistia e parcelamento é apenas o critério que permite aferir a disponibilidade do interesse, mas não significa que haverá renúncia ao crédito tributário. Na realidade, o juízo arbitral apenas avaliará, observando-se os limites da lei, qual o montante devido e a quem.

Para início da assimilação do tema arbitragem no ambiente jurídico tributário, a opção pela sua inclusão nos acordos de parcelamento seja o melhor caminho.

Por fim, a permissão genérica da arbitragem em conflitos com a Administração Pública, incluída pela Lei nº 13.105/2015 à Lei de Arbitragem, paralelamente à autorização do Código Tributário Nacional para disposição de receitas nas situações acima elencadas, permitem concluir que há autorização legal para que eventuais conflitos delas decorrentes sejam resolvidos por arbitragem.

Arbitragem nas causas da competência dos juizados especiais da fazenda pública.

67 Nesse sentido, cf. MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Direito Tributário e Arbitragem: Uma Análise da Possibilidade e dos Ôbices ao Juízo Arbitral em Matéria Tributária no Brasil. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 4/2014, pp. 577-602, set/2014.

Também há espaço para arbitragem nas causas de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Isso, porque a Lei que os regulamenta (Lei nº 12.153/2009) dispõe expressamente que os representantes judiciais da Fazenda Pública poderão conciliar, transigir ou desistir dos processos de competência dos Juizados, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação⁶⁸.

A competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é definida pelo valor da causa, abrangendo as causas cíveis de interesse dos Estados, Distrito Federal e Municípios até o valor de 60 salários mínimos. Trata-se, conforme previsão expressa da Lei, de competência absoluta, mas que, por ser delimitada segundo critério exclusivamente patrimonial, não impediria a celebração de um compromisso arbitral pelas partes envolvidas no litígio.

Embora, no atual cenário da arbitragem no Brasil, o valor envolvido nesses litígios não seja adequado a um procedimento arbitral – de conhecidos custos expressivos⁶⁹ – razoável imaginar que o cenário se altere nos próximos anos. Já existem câmaras arbitrais com custos menores por procedimento, justamente para oportunizar a solução de causas menores pela via arbitral⁷⁰.

O reconhecimento da arbitrabilidade de questões que atualmente são de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública contribui, nesse possível cenário futuro, para que, em câmaras arbitrais mais acessíveis, tais conflitos sejam solucionados de maneira mais célere e eficiente.

Conclusão

A possibilidade de submeter conflitos com o Poder Público à arbitragem é um assunto que sempre esteve em pauta e que já possuía diversos pontos pacificados tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. O próprio legislador já autorizava, em leis especiais, a arbitragem com o Poder Público.

68 Art. 8º, Lei nº 12.153/2009.

69 FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo R. de Monteiro et. al. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 621.

70 Cite-se, como exemplo, a ARBITRANET, câmara online na qual um procedimento arbitral pode custar de R\$ 10.000,00 a R\$ 35.000,00.

No entanto, a reforma da Lei de Arbitragem, em 2015, que incluiu na Lei uma autorização legislativa genérica para a arbitragem, reaqueceu os debates sobre o tema.

Propositamente omissa acerca de quais interesses da Administração Pública seriam arbitráveis, a Lei desperta a atividade criativa dos arbitralistas acerca de quais interesses da Administração Pública encaixam-se no espaço da arbitrabilidade objetiva, isto é, quais interesses públicos preenchem os requisitos da patrimonialidade e disponibilidade.

Uma vez esclarecida a diferença entre arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva, discorreremos acerca da insuficiência dos critérios normalmente utilizados – quais sejam, as classificações entre atos de império e gestão e interesses primários e secundários da Administração Pública – para se aferir quais interesses são patrimoniais e disponíveis.

A patrimonialidade revela-se na possibilidade de avaliação pecuniária do interesse ou de seus efeitos; já a disponibilidade deve ser aferida segundo a possibilidade de se reconhecer quem tem razão em um litígio. Em outras palavras, a disponibilidade significa poder transacionar sobre o interesse.

Ressaltamos também que a arbitragem é um método alternativo de solução de conflitos, que, embora tenha a possibilidade de transação como critério para sua instauração, não significa, de forma alguma, que haverá transação entre o Poder Público e o particular sobre os interesses em jogo. Apenas transfere-se a solução do litígio da jurisdição estatal para a jurisdição privada.

À luz dessas diretrizes, selecionamos alguns contextos em que se vislumbra possível a celebração de uma convenção arbitral, a respeito de conflitos que recaiam sobre os aspectos patrimoniais, quais sejam: i) Acordos em Controle de Concentração e Termos de Compromisso de Cessação de Prática perante o CADE; ii) Acordos de leniência da Lei Anticorrupção e acordos nas ações de improbidade administrativa; iii) Termos de Ajustamento de Conduta da Lei de Ação Civil Pública; iv) Direito Tributário; e v) Causas da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

A escolha pela arbitragem para a solução sobre os aspectos patrimoniais desses litígios certamente proporcionaria desfechos altamente técnicos e eficientes, além da previsibilidade do tempo para a

conclusão do julgamento, evitando-se que tais discussões se arrastem por anos, com respostas tardias, não somente para a Administração Pública e particulares diretamente envolvidos, mas para toda a sociedade. Pontuo, ainda, a sugestão da Selma Ferreira Lemes, no sentido de que, futuramente, talvez seja positivo alargar, na legislação, a abrangência do conceito de arbitrabilidade objetiva, à semelhança do direito comparado, utilizando-se apenas o critério da patrimonialidade, assim como o faz o art. 852 do Código Civil⁷¹.

No entanto, conforme bem aponta o Bonizzi⁷², para além da análise da arbitrabilidade objetiva dos interesses, a Administração Pública deve avaliar se a arbitragem é a solução mais adequada e eficaz ao caso concreto, afinal, a decisão de submeter seus litígios à arbitragem consiste em ato administrativo, cuja finalidade é, sempre, a efetivação e proteção do interesse público. Segundo o autor, essa avaliação envolve também a legitimação dessa escolha do ponto de vista de sua legitimação social ou política.

Deve-se, porém, sempre ter em mente que a arbitragem não é um meio menos seguro para a solução de litígios. Os árbitros, assim como os juízes estatais, têm dever de imparcialidade; ademais, oportuno lembrar que as arbitragens que envolvem a Administração Pública devem sempre respeitar o princípio da publicidade. Se tais premissas não forem respeitadas, a sentença arbitral será nula e submetida a controle judicial.⁷³

A arbitragem é apenas uma via alternativa, limitada aos aspectos patrimoniais, e que enaltece o princípio da eficiência, ao proporcionar análises técnicas e em tempo razoável – ou, ao menos, previsível – para avaliação precisa do conflito. Assim, com a adequada análise, por parte dos agentes públicos, acerca da escolha do método de solução de conflitos, a arbitragem pode ser um instrumento ímpar em prol do interesse público, que ganha contornos cada dia mais complexos.

71 LEMES, Selma Ferreira. A Evolução Da Utilização Da Arbitragem Nos Contratos Firmados Pela Administração Pública. In: *Revista Comercialista – Direito Comercial e Econômico*, v. 7, nº 17, 2017, pp. 60-61

72 BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 45, pp. 155-174, abr./jun. 2015.

73 Art. 32 e art. 33, Lei nº 9.307/1996.

Referências

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: da hostilidade à gradual aceitação. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ARBITRATION CONVENTION, New York. *Contracting States*. Disponível em: <<https://goo.gl/dRiNHb>>.

BARALDI, Eliana B. Arbitragem e Contratos com a Administração Pública. In: BENEDUZI, Renato Resende e MELO, Leonardo de Campos (Coord.). *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, vol. 45, pp. 155-174, abr./jun. 2015.

CADE, *Anexo 1 – Acordo em Controle de Concentrações* (Acesso Público). Disponível em: <<https://goo.gl/Wp82BA>>.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Rodrigo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 3, nº 2, pp. 28-45, nov/2015.

CNJ, *Justiça em Números – 2017*. Disponível em: <<https://goo.gl/sdavDv>>. DALLARI, Dalmo. *Elementos da teoria geral do Estado*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FARICELLI, Priscila (Coord.), Grupo de Estudos em Arbitragem Tributária do CBar. *Arbitragem tributária é um caminho a ser explorado*. Texto publicado no CONJUR em 11 de junho de 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/Qzkarh>>.

FERRO, Marcelo Roberto. O financiamento de arbitragens por terceiro e a independência do árbitro. In: CASTRO, Rodrigo R. de Monteiro et. al. *Direito empresarial e outros estudos em homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. In: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XXVI. Rio de Janeiro: APERJ, 2016.

GODOY, Luciano de Souza. *Sigilo nas arbitragens com a participação do poder público*. Texto publicado no JOTA em 7 de março de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/i7wqpo>>.

_____. *A Preservação da Empresa e o Acordo de Leniência*. Texto publicado no JOTA em 1º de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/RnBRNa>>.

_____. *Acordo e mediação na ação de improbidade administrativa*. Texto publicado no JOTA em 3 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/9CtVmu>>.

_____. *Acordo na Improbidade*. Texto publicado no JOTA em 29 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/1Xfaei>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria

geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, pp. 18-19.

HATANAKA, Alex S. O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 49, jan-mar/2016.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Nova Lei das Concessões – A previsão de arbitragem na Lei federal nº 13.448/2017*. Disponível em: <<https://goo.gl/WC4SVE>>.

_____, OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 77/78, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/dW7pnh>>.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem e Atração de Investimentos no Brasil. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 5/2014, p. 1139-1146, set/2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed.

São Paulo: Malheiros, 2011.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Direito Tributário e Arbitragem: Uma Análise da Possibilidade e dos Ôbices ao Juízo Arbitral em Matéria Tributária no Brasil. In: *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, vol. 4/2014, pp. 577-602, set/2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY, Ana Luiza de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JR., Nelson. *Convenção de Arbitragem e Compromisso Arbitral – Aplicabilidade do Princípio Kompetenz-Kompetenz*. In: *Soluções Práticas de Direito*, vol. 5/2014, pp. 71-150, set/2014.

ROCHA, Caio César Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 49/2016, pp. 103-126, abr-jun/2016.

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 22, abr-jun/2009.

SCAFF, Fernando Facury. *Refis é uma transação tributária e não uma renúncia fiscal*. Texto publicado no CONJUR em 2 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/LvdkcE>>.

SENADO FEDERAL, *Texto final do Projeto de Lei do Senado Nº 135, de 2017*.

Disponível em: <<https://goo.gl/uyuy7u>>.

STF, AI nº 52.181, Tribunal Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 04.11.1973.

Disponível em: <https://goo.gl/RXu5PE>.

STJ, REsp nº 904.813, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 20.10.2011.

_____. MS nº 11.308, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008.

_____. REsp nº 606.345, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.05.2007.

_____. REsp nº 612.439, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25.10.2005.

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015. In: *Revista de Processo*, vol. 254/2016, pp. 431-462, abr/2016.

WALD, Arnoldo. Os Meios Judiciais do Controle da Sentença Arbitral. In:

Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação, vol. 3, pp. 617-646, set/2014.

Como otimizar a solução de conflitos na contemporaneidade utilizando a autonomia da vontade. Uma análise da convenção arbitral

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Professor do curso de pós-graduação nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM, da PUC/SP (Cogeae), da Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, da Escola Paulista da Magistratura – EPM, do Complexo Educacional Damásio de Jesus, do Ibmecc/SP (Insper) e da *Business School of São Paulo* (Anhembi Morumbi). Professor da Escola Paulista de Direito (EPD) nível Mestrado. Sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados (www.aglaw.com.br).

Arbitragem

Definição do instituto

A arbitragem consiste em um meio heterocompositivo de solução de conflitos que decorram de direitos patrimoniais disponíveis em que as partes sob litígio (ou que imaginem que no futuro

possa haver um litígio em virtude de sua relação) escolhem um terceiro, imparcial e distante do conflito, para que este o resolva. A decisão deste terceiro tem força absolutamente comparável à decisão proferida por um juiz togado.

Tomando como base as palavras de Francisco José Cahali, “a arbitragem é, pois, uma alternativa na busca da tutela jurisdicional, caracterizada como um dos ‘mecanismos’ extrajudiciais de solução de controvérsia (Mesc), também apresentada como uma justiça privada”.

E nas palavras de um dos principais entusiastas do instituto, o ilustre Carlos Alberto Carmona, a arbitragem “constitui meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou de mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem a intervenção estatal, sendo a decisão destinada a cumprir

a mesma eficácia da sentença judicial, à disposição de quem quer que seja para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor”¹.

Com efeito, na arbitragem as partes que imaginam que possam vivenciar um conflito ou, aqueles que de fato já estejam passando por esse entrave, selecionam um árbitro (ou um conjunto de árbitros) para que esses, que estão absolutamente alheios ao conflito, ofereçam a resolução ao mesmo. Cumpre dizer que as partes quando tomam essa iniciativa, necessariamente abrem mão da utilização da justiça estatal para aquela questão.

Principais vantagens

Mas naturalmente essa decisão por se abdicar do Poder Judiciário e a definição daquela demanda por intermédio de uma “justiça estatal” só teria sentido se as partes envolvidas realmente enxergassem vantagens nesse sentido. Algumas delas são obviamente as mais pontuais e as que efetivamente motivam as partes.

Quando os envolvidos transferem a responsabilidade da condução da crise a um terceiro (árbitro), essa medida se dá por conta de características que esse árbitro detém. Tratam-se de conhecimentos principalmente técnicos para a análise e parecer daquele assunto. Ou seja, um juiz togado, por mais capaz e honrado, por vezes não tem os mesmos conhecimentos técnicos que, por exemplo, determinado engenheiro ou técnico contábil detém para a apreciação de uma questão. Assim, o debate pode se aprofundar ao estar nas mãos desse árbitro mais experiente e hábil naquele particular.

Não obstante, existe a aclamada celeridade observado nos procedimentos arbitrais. Enquanto o Judiciário demora meses e muitos anos para julgar, em várias instâncias os processos que se agigantam nas estantes dos cartórios, a arbitragem tem resolução de veras mais curtas. Muitos são os casos finalizados com poucos meses de discussão.

1 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43.

Natureza jurídica

Por natureza jurídica se deve entender o ser jurídico, a posição no mundo do direito. Para facilitar a sua compreensão, um bom resumo para a expressão natureza jurídica é interpretar o termo como a “essência” do expediente a ser estudado.

Dito isso, em relação à natureza jurídica da arbitragem, há que se dizer que existem ao menos três correntes a respeito da temática. Isso é, uma privativista (também intitulada contratualista); uma corrente publicista (ou processualista), uma última tida como intermediária (ou conciliadora) e, por último, uma teoria autônoma.

A primeira entende que todo o procedimento arbitral se vê relegado à esfera contratual. Isso é, a essência do instituto residiria para essa corrente no acordo de vontades firmado entre as partes. O árbitro decidiria meramente nos contornos daquilo que fora estipulado. Isso quer dizer que a outorga ao terceiro da autoridade de escolha da forma como o contrato seria adimplido, ou, ainda, a autoridade para elucidar o entrave pela contratação das partes nesse mesmo sentido. De toda feita,

“por lhe serem excluídos os poderes de execução e imposição do decidido, sua investidura se limita à solução por indicação ou delegação das partes, mas sem a natureza jurisdicional, privativa do Estado em sua plenitude. O vínculo criado entre o árbitro e a parte é meramente contratual”².

A teoria publicista, a segunda elencada, oferece à arbitragem a natureza jurisdicional. Ou seja, existe o ideário de que o Estado outorgaria poderes ao juiz e ao árbitro para solucionar conflitos de interesses, o que faria com que os árbitros fossem vistos como verdadeiros juízes.

A teoria intermediária, por seu turno, contém preceitos de ambas as correntes descritas. E a dedução dessa teoria é a de que mesmo o negócio jurídico tendo sido realizado pelas partes e a arbitragem dele ser decorrente, não é possível se desenvolver a arbitragem fora de uma sistemática jurídica, uma vez que esse modo de solução de litígios advém de uma ordem legal já existente.

2 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem* – mediação e conciliação, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

Para concluir, a teoria autônoma enxerga na arbitragem um sistema de resolução de litígios independente e totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente. Trata-se de uma corrente mais bem aceita em territórios internacionais.

Como dito, a lógica do instituto estaria toda baseada no princípio da autonomia da vontade, pois que as partes, diante de sua liberdade de contratar, extraem a arbitragem de outros ordenamentos vendo-a como soberana.

A rigor, a opção por alguma das correntes acerca da natureza jurídica do instituto traz discórdias entre os muitos intérpretes. Complexa a tarefa de abrigar somente uma das teorias referentes à arbitragem, cabendo ao estudioso analisar as diversas facetas do instituto e os seus efeitos.

Classificação da arbitragem

Toda e qualquer tarefa de classificação tem como sentido principal a organização de um conjunto para facilitar a sua compreensão.

Em relação ao assunto arbitragem, sua classificação pode ser realizada de diversas formas. Assim, pode-se ter a arbitragem facultativa ou obrigatória; a arbitragem formal ou a informal; a arbitragem de direito e a de equidade; e, por fim, a arbitragem *ad hoc* e a institucional.

Bem, no Brasil, a rigor, a arbitragem pode sempre ser facultativa ou voluntária. O fundamento é a vontade das partes. A arbitragem obrigatória violaria diversos princípios, sobretudo a garantia ao acesso ao Poder Judiciário, presente no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988. Sendo assim, a arbitragem imposta por lei é expressamente proibida no Brasil.

Dando continuidade à análise, há a discussão sobre a arbitragem atender a uma dinâmica formal ou informal. Nesse particular, com segurança pode ser afirmado que a arbitragem oferece um aspecto formalista, na medida em que as regras de sua instituição impõem a forma escrita; as normas sobre o objeto exigem que se tratem de direitos patrimoniais disponíveis e as regras acerca do procedimento devem apresentar às partes o respeito ao devido processo legal. Assim, tem-se um conjunto formal que é capaz de produzir efeitos jurisdicionais. Como contraponto, a arbitragem informal é aquela em que não é necessária

a obediências a normas. Há uma forma muito mais livre, culminando, porém, com a ausência de efeitos legais dos mais elementares como, por exemplo, a garantia da coisa julgada e o valor do título executivo da decisão condenatória do árbitro.

Já a respeito do critério ao qual os árbitros podem recorrer para decidir o conflito, há grande relevância a escolha pela arbitragem de direito ou pela de equidade. Isso é, a primeira consiste na hipótese em que o árbitro fica obrigado a resolver a disputa aplicando as normas do direito positivo. “A arbitragem de equidade, ao contrário, é aquela em que o árbitro pode decidir segundo seu entendimento de justiça, dadas as circunstâncias de cada caso, ou seja, aplicando regras por ele formuladas”³.

Ponderando sobre a equidade, esse é um dos meios supletivos das lacunas do direito. Quando o árbitro não consegue encontrar nas regras instituídas para aquela arbitragem ou mesmo em outros mecanismos a solução para a problemática, certifica-se a existência da lacuna. O árbitro então deve analisar se no conjunto de regras que lhe cabe é possível encontrar resposta similar ao seu problema. Ainda presente o “vazio”, pode então se valer dos costumes para a questão. Não sendo suficiente, pode finalmente lançar mão da equidade. Isso quer dizer que a “equidade se apresenta como a capacidade que a norma tem de atenuar seu rigor, adaptando-se ao caso concreto”⁴. Ademais, a equidade é um elemento de integração pois permite restituir à norma a que acaso falte, por imprecisa em seu texto ou por imprevisão de certa circunstância fática, a exata avaliação da situação a que esta corresponde, a flexibilização necessária à sua aplicação, afastando por imposição do fim social da própria norma o risco de convertê-la num instrumento iníquo.

Ao fim e ao cabo, se na arbitragem de direito o árbitro está obrigado a resolver a disputa aplicando as normas de direito positivo e utilizando a lógica tradicional, na arbitragem de equidade, ao contrário, é aquela em que o árbitro pode decidir segundo seu entendimento de justiça, a sua intuição e a sua emoção, em conjunto com os costumes, os princípios gerais de direito e buscando ainda atender aos fins sociais.

Por último, a diferenciação acerca da arbitragem *ad hoc* ou da arbitragem institucional se refere ao ponto de vista de sua organização.

3 ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem* (Lei 9.307 de 23.9.1996 – uma avaliação crítica), São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 38-39.

4 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem* – Lei nº 9.307, de 23.09.1996 – comentários e críticas. São Paulo: Quarter Latin, 2003, p. 48.

Na arbitragem *ad hoc* as partes ditam as regras da arbitragem, respeitadas as disposições de ordem imperativa presentes na lei. A arbitragem institucional vem a ser aquela em que se verifica a sua estruturação formulada por uma instituição específica, como cortes ou tribunais devidamente registradas e constituídas.

Cláusula compromissória

Antes de tratar especificamente da cláusula compromissória, importa situá-la no escopo da arbitragem. Isso porque a cláusula compromissória, assim como o compromisso arbitral, vem a ser espécie do gênero convenção arbitral. Isso significa que o gênero convenção arbitral consiste na forma pela qual as partes exercem contratualmente a sua opção pela jurisdição arbitral na tentativa de resolução de conflitos.

Dito isso, a diferença entre as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral reside no momento de seleção da arbitragem como modo de resolução de conflitos entre as partes. A cláusula compromissória é a previsão em contrato de que eventuais conflitos dele emergentes serão resolvidos pela própria arbitragem e não pelo Judiciário. Tem assim caráter preventivo, uma vez que as partes estão na expectativa de contratar e de honrar os seus compromissos, deixando desde logo pactuado que eventual conflito decorrente do próprio contrato será dirimido por meio da arbitragem e não pelo Judiciário.

De outro giro, o compromisso arbitral ganha vida quando as partes já estão vivenciando uma determinada relação e, em meio a esse quadro, passam a experienciar um conflito entre elas. Assim, com o conflito já estando deflagrado e presente, as partes optam por resolver a contenda por meio da arbitragem.

Em resumo, portanto, na hipótese da cláusula compromissória ainda não existe qualquer conflito entre as partes, mas apenas uma relação amistosa. As partes determinam que na eventualidade de conflito o mesmo será resolvido pela arbitragem. No compromisso arbitral, porém, as partes que se mantinham sem entrevero na relação, passam a encará-lo e decidem em meio a esse cenário a resolução por intermédio da arbitragem.

Cláusula compromissória cheia

Transcorridos aspectos relevantes sobre a validade, as consequências, as fontes, a natureza e o conteúdo da cláusula compromissória, há que se relatar agora a distinção entre cláusula compromissória cheia e a cláusula compromissória vazia. Antes, porém, apenas para relembrar, a cláusula compromissória como conceito consiste na eleição pelas partes que vivenciam um contrato da arbitragem como sistemática para a resolução de eventual conflito que se instaure na relação.

Retornando às distinções, a cláusula compromissória cheia é aquela que desde logo se ocupa de definir e delimitar as regras constantes do procedimento arbitral. Isso é, as partes não apenas indicam no contrato que eventual conflito será resolvido por meio da arbitragem, assim como também já determinam, em pormenores, os regramentos do procedimento. Assim se tem a determinação da instituição que regerá o procedimento; a quantidade de árbitros ao qual o procedimento estará submetido; as regras específicas para a forma como certos atos serão praticados; restrições à autoridade do árbitro; a lei aplicada; a possibilidade de utilização do julgamento baseado em equidade; o prazo para a apresentação da decisão arbitral.

É sempre relevante ponderar, porém, que tais disposições que eventualmente sejam selecionadas e indicadas não acabem por conflitar com as regras já determinadas pela instituição que rege o procedimento arbitral, sob pena da presença de uma cláusula patológica.

Seja como for, a cláusula compromissória cheia é justamente a seleção pelo expediente arbitral para dirimir eventual conflito entre as partes que compõem um contrato, sendo certo que desde a sua previsão já fica definida toda a dinâmica e as regras do procedimento.

Dito tudo isso, segue como ilustração exemplo de cláusula compromissória cheia, abaixo:

“As partes elegem como foro para processamento e resolução de qualquer questão decorrente da interpretação, da execução ou da inexecução das obrigações estabelecidas no presente contrato, a instituição arbitral XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX XXX, com sede na, nº, ...º andar, Bairro

– Edifício, na Cidade de – Estado de, CEP-..., de acordo com as normas de seu Regulamento Geral, Legislações e Códigos de Ética pertinentes a quem competirá decidir a questão instituindo a arbitragem conforme os procedimentos previstos em suas próprias regras – as quais as partes declaram conhecer, a Lei nº 9.307/96 com redação dada pela Lei nº 13.129/2015 e a legislação brasileira. Como forma de concordância expressa, nos termos do § 2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, as partes assinam a presente Cláusula Compromissória Cheia.”

Cláusula compromissória vazia

A cláusula vazia se distancia de sua opositora – a cláusula cheia – na medida em que a primeira também significa a previsão da utilização da arbitragem para resolver eventual conflito presente a um contrato, mas com o diferencial de que não existem grandes estipulações acerca das “regras do jogo” presentes nesse procedimento, de tal sorte que os seus caminhos se verão delineados justamente pouco antes ao momento de sua instauração. A consequência por essa opção é de que as partes deverão em seguida formalizar um compromisso arbitral. Portanto, já com o conflito vivenciado pelas partes, deverão elas tratar de todas as disposições do procedimento arbitral.

Importa notar que primeiramente as partes deverão buscar esse compromisso que definirá os meios da arbitragem de forma amistosa. No entanto, se porventura essa iniciativa não lograr êxito por recusa de uma das partes, a outra, prejudicada, poderá lançar mão da via judicial para ver o seu direito à elucidação do imbróglgio perante o procedimento arbitral.

De toda feita, estando completamente definida a opção pela arbitragem para a solução de eventual conflito, com o árbitro e as regras que a comporão, ou, por outro lado, estando apenas determinada a via arbitral para a resolução de possível conflito, mas sem a administração de todas as normas para aquele procedimento, o fato é que a arbitragem, ao iniciada, apresentará todas as suas benesses tendo sido eleita a cláusula compromissória cheia ou a vazia.

Cláusula compromissória patológica

Poucas linhas acima também foi introduzida a ideia – ainda que de forma superficial – a respeito da *cláusula patológica*. Como bem explica o ilustre doutrinador Carlos Alberto Carmona,

“a doutrina acostumou-se a utilizar a expressão cláusula arbitral patológica, provavelmente da origem francesa, para designar aquelas avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem”⁵.

Nesse sentido, inclusive, há previsão da própria Lei de Arbitragem indicando amplos poderes ao juiz para instituir o procedimento arbitral se houver resistência ou impasse, haja vista que o magistrado deverá preencher a lacuna ou a anomalia deixada pelas partes, mesmo que estejam faltando dados.

Autonomia da cláusula compromissória

A cláusula compromissória poderá estar prevista no contrato entre as partes ou, também, em documento a ele apartado. Seja como for, o fato é que a cláusula compromissória não é acessória, mas autônoma em relação ao negócio jurídico. Desse modo, mesmo omissa o instrumento, mas por força da previsão legal, a invalidade de outras cláusulas, ou mesmo do contrato, não contamina a cláusula arbitral que, preenchidos os seus requisitos, permanece válida e eficaz.

Assim, conforme bem salienta Francisco José Cahali, em Curso de Arbitragem – mediação, conciliação, “quando se estabelece a cláusula arbitral relativa a um contrato, na verdade criam-se duas relações jurídicas: o negócio contratado e a arbitragem, esta última independente, porém restrita à vontade das partes em submeter aquela primeira à tutela arbitral”⁶.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo* – Um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 112.

⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem* – mediação e conciliação, 2ª edição. São Paulo:

Isso é, tendo características e exigências próprias, o objeto do contrato principal deverá ser analisado e cumprido. Se estiver presente alguma irregularidade ou vício, o contrato até poderá ser invalidado. Entretanto, a cláusula compromissória estando dentro das conformidades legais, permanecerá íntegra e perfeita.

Aprofundando a questão, a norma pode, por exemplo, exigir que determinada relação jurídica entre as partes seja guiada por intermédio de um contrato na forma escritura pública. Contudo, as contratantes realizam o instrumento na modalidade particular, estipulando a cláusula compromissória. Dessa feita, ter-se-á um vício quanto à forma do contrato, mas sem contaminar a validade do procedimento arbitral. E aí, no caso, incumbirá ao árbitro a discussão sobre a legalidade do instrumento.

Cláusula compromissória e os contratos de adesão

Contrato de adesão

Conforme o § 2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/96, é válida a instituição da arbitragem nos contratos de adesão, desde que sejam respeitados certos requisitos. Assim, diz o referido diploma legal:

Art. 4, § 2º – Lei de Arbitragem:

“Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

Inicialmente, antes de tratativa mais aprofundada a respeito da cláusula compromissória nos contratos de adesão, importa fazer rápida alusão aos próprios contratos de adesão, oferecendo ao leitor pequena contextualização a respeito do tema.

Contrato de adesão consiste na forma contratual em que uma das partes delinea todo o instrumento, apresentando os direitos e as

obrigações de cada uma delas, assim como prazos, multa e afins. Trata-se de uma mecânica contratual que não permite alteração pela parte que recebe a oferta. Recai ao aderente meramente a opção por aceitar o contrato nas exatas condições estipuladas pela parte contrária ou rejeitá-lo como um todo. Significa, portanto, uma oposição aos contratos paritários, pois que nos últimos existe justamente a plena liberdade de convenção entre as partes, com as suas discussões e debates, até um instrumento acabado.

Apenas para melhor referenciar, segundo um dos grandes civilistas nacionais, o nobre Orlando Gomes, “é o negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos se dá pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de um modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas”⁷.

Contrato de adesão x contrato de consumo

Feitas as considerações acima, também é absolutamente salutar elaborar diminuta elucidação acerca de outra temática que por vezes leva à certa confusão por algumas pessoas no universo jurídico. Trata-se da ideia errônea de que todo contrato de adesão é também, necessariamente, um contrato de consumo. A rigor, porém, nem sempre o contrato de adesão será também um contrato que regula as relações de consumo, sendo possível ilustrar tal premissa simplesmente apresentando espécies de contrato como a de locação e de franquia em que pode se ter, sim, normalmente, a figura daquele que apresenta o instrumento, impondo as suas condições, de tal maneira que incumbe à parte contrária a sua aceitação ou não, mas sem alterar aquilo que já fora proposto.

Contrato por adesão

Não obstante ao que fora exposto, interessante é uma breve análise de uma discussão já mantida e que põe em voga dois modos de se tratar de uma mesma coisa ou, por outro lado, a existência de duas coisas diferentes.

Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 130.

7 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 21ª edição, 2000, p. 109.

Trocando em miúdos, isso tudo para querer dizer que há ao menos duas correntes que debatem a possibilidade de existência de uma terminologia para tratar do “contrato de adesão”, com tudo aquilo que já fora exposto; e também uma outra que entende ser justa a existência de duas nomenclaturas diferentes: “contrato de adesão” e também “contrato por adesão”. Quem se conecta à primeira entende da mesma forma como tudo o que já fora alinhavado a respeito do contrato de adesão. Por outro lado, aqueles que entendem que existem os contratos de adesão, mas também os contratos por adesão vão além.

A autora Raquel Grellet Pereira Bernardi, ao distinguir *contrato de adesão* do intitulado *contrato por adesão*, afirma que:

“constitui contrato de adesão a forma em que o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá, geralmente, com as estipulações unilaterais do poder público (v.g. as cláusulas gerais para o fornecimento de energia elétrica). E se considera contrato por adesão aquele fundado em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente: este as aceita, em bloco, ou não as aceita”⁸.

Seguindo essa mesma lógica da distinção, há ainda uma visão sobre o tema que entende que o contrato por adesão seria aquele que, já presente a um contrato adesivo, obrigaria a aceitação expressa e específica de uma determinada cláusula em seu conjunto. Isso é, há o contrato de adesão que, por si só – e conforme o anteriormente descrito –, já contém todas as estipulações elencadas por uma das partes, carente apenas da anuência do aderente, mas, além disso, existe ainda, dentro desse mesmo instrumento, uma cláusula específica que requer a sua aceitação expressa e individual de seu conteúdo.

Com isso, o aderente vai além ao anuir não apenas ao conteúdo do contrato como um todo por meio de sua assinatura ao final do termo, mas também àquela cláusula, de forma específica, com a sua assinatura em documento apartado ou, ainda que seja no mesmo instrumento, com o seu aval ao lado daquele item em específico.

Tendo como pano de fundo a legislação consumerista, isso significaria mais do que nunca um modo de se esquivar de forma legal ao

impedimento proposto pelo artigo 51, em seu inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, que determina:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”.

Com efeito, percebe-se que não se poderia falar na instituição da arbitragem de forma compulsória, pois que o aceite expresso por parte do consumidor aderente a essa estipulação em particular teria o condão de legitimar a utilização do instituto.

De toda feita, alterando ligeiramente a análise acerca do relatado sobre contrato por adesão, seria possível se utilizar da terminologia ao meramente se apoderar de uma interpretação de sua semântica.

Eis que, conforme salienta a ilustre Professora Maria Helena Diniz, haveria a interpretação por “contrato por adesão” ao invés de “contrato de adesão” se verifica “que se constitui pela adesão da vontade de um oblato indeterminado à oferta permanente do proponente ostensivo”.

Seja como for, naturalmente a discussão transcende meramente a uma interpretação semântica e alcança, a rigor, aspecto mais profundo que justamente vem a ser a possibilidade ou não da presença de uma cláusula que preveja o uso da arbitragem, com tal item já dentro de um contrato adesivo, desde que, para sua aceitação, esteja presente o requisito do aceite específico a ele.

Conclusão

Em um universo que obriga a todos – sejam pessoas físicas sejam empresas, dos mais variados formatos e tamanhos, a oferecer respostas seguras e velozes –, a arbitragem se figura como um expediente dos mais salutareis e modernos para tratar de conflitos. Trata-se de um mecanismo altamente técnico e preocupado com as soluções céleres e ao mesmo tempo conscientes aos envolvidos.

8 BERNARDI, Raquel Grellet Pereira, in GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem do Brasil*. São Paulo: Editora Fiuza, 2004, p. 298.

1 DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 1º vol. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 118.

Referências

BERNARDI, Raquel Grellet Pereira, in GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem do Brasil*. São Paulo: Editora Fiuza, 2004.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem – mediação e conciliação*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, 1º vol. 6ª ed.

São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 21ª edição, 2000.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual de Arbitragem*, 3ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos*. São Paulo: Manole, 2016.

_____. (Coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. *A Lei de Arbitragem* (Lei 9.307 de 23.9.1996 – uma avaliação crítica). São Paulo: Malheiros, 1998.

Configurações de Poder em Mediação

Eutália Maciel Coutinho

Juíza de Direito aposentada do TJDF. Mediadora de conflitos e árbitra. Professora do curso de especialização *Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos* realizado pelo IDP. Superintendente em Brasília do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA. Diretora do CEBRAMAR – Centro Brasil de Mediação e Arbitragem.

A relação entre poder e algumas abordagens de resolução de conflitos PALAVRA “PODER” é polissêmica² e, nesse contexto de variedade semântica, é possível a colheita de significados em diversos campos das atividades e dos saberes, inclusive na Justiça.

Na Justiça, o poder é exercício de autoridade que, assim como na política, pode ser realizado de forma imperativa ou democrática, conforme seja a decisão adjudicada ou consensuada. A autoridade referida, evidentemente, designa tanto o terceiro condutor do processo quanto as partes detentoras da capacidade de decidir.

No modelo de justiça tradicionalmente oferecido pelo Poder Judiciário, o magistrado é titular da legitimidade legal de decidir. O poder é exercido de forma imperativa. O magistrado define a situação con-

2 “**Poder** (do latim *potere*) é, literalmente, o direito de deliberar, agir e mandar e também, dependendo do contexto, a faculdade de exercer a autoridade, a soberania, ou o império de dada circunstância ou a posse do domínio, da influência ou da força.

A sociologia define **poder**, geralmente, como a habilidade de impor a sua vontade sobre os outros, mesmo se estes resistirem de alguma maneira. Existem, dentro do contexto sociológico, diversos tipos de poder: o poder social (de Estado); o poder econômico (poder Empresarial); o poder militar (poder político); entre outros. Foram importantes para o desenvolvimento da atual concepção de poder os trabalhos de Michel Foucault, Max Weber, Pierre Bourdieu.”

Filosoficamente, poder significa capacidade, faculdade, possibilidade de realizar algo, derivada de um elemento físico ou natural, ou conferida por uma autoridade institucional. (*Dicionário Básico de Filosofia*, Hilton Japiassú e Danilo Marcondes, Jorge Zahar Editor, 1996, p. 215).

flutuosa em conformidade com a sua convicção advinda dos argumentos jurídicos e das comprovações, sendo que os valores de justiça, responsáveis pela determinação da lei aplicável ao caso concreto, são aqueles decorrentes da percepção pessoal de cada julgador.

O modelo tradicional de resolução de disputas, prevaleceu no mundo ocidental até a década de 70 quando a pressão sobre o Judiciário, resultante da grande demanda ocasionada pelo aumento populacional e também decorrente das políticas públicas de acesso à justiça, deu início à busca por uma alternativa à abordagem tradicional ofertada no âmbito da justiça estatal. Esse esforço resultou no desenvolvimento de novas metodologias garantidoras de satisfação quanto à obtenção de resultados mais céleres e condizentes com as necessidades das partes.

Assim, as ADRs – *Alternative Dispute Resolution* surgiram no contexto do sentimento de carências em relação a outras opções para a resolução de disputas, além do modelo tradicional de justiça oferecido pelo Poder Judiciário, e elas emergiram diretamente da sociedade, em formatos desenvolvidos nos meios acadêmicos preocupados em preservar as ciências, atribuir tecnicidade e sistematizar os modelos concebidos de negociação, de mediação e de arbitragem de modo a atender de maneira eficaz o clamor da população insatisfeita.

A arbitragem foi resgatada e apresentada como um modelo de justiça privada semelhante à justiça tradicional, especialmente no que diz respeito à tomada de decisão por terceiro, por conseguinte, também justiça imperativa, mas com as aparas dos excessos burocráticos e procrastinadores.

Para a arbitragem foi mantido o modelo adjudicativo da sentença, embora destinada a aplicação por especialistas no âmbito privado. Essa abordagem, consagrada pela legislação pátria, desde setembro de 1996, foi muito bem recebida, mas até o momento exige cuidados e esforços em prol de maior utilização. No caso da arbitragem, é fácil perceber que o poder maior está com o árbitro, o qual profere a sentença arbitral pondo fim ao litígio. Aos advogados cabe a parcela de poder decorrente da denominada capacidade postulatória, mediante a qual é utilizada a força persuasiva da argumentação e apresentado o conjunto probatório com que se pretende ver a tese apresentada acolhida.

Ao lado da arbitragem, surgiram ou ressurgiram outras metodologias, como a conciliação, mediação e negociação, mas que trilharam o caminho da consensualidade, com a concessão de primazia à autonomia de vontade dos conflitantes.

Nas abordagens de administração e resolução de conflitos, denominadas autocompositivas, conduzidas diretamente pelas partes ou por intermédio de terceiro neutro ao conflito, a autoridade é exercida, em parte, pelo condutor do processo e, em última análise, pelas partes às quais compete a tomada de decisão pelo que o poder é exercício de autoridade realizado de forma democrática.

A negociação ganhou impulso como modelo autocompositivo direto, porque realizada diretamente entre as partes, por si ou por seus representantes. É cada vez mais comum sua utilização no meio empresarial. No momento presente, os advogados mergulham, com cada vez maior profundidade, no mar dos conhecimentos sobre a metodologia, no afã de oferecer aos seus clientes um diferencial que os agrade em termos de redução do tempo e de atendimento de várias outras expectativas de justiça, incluindo o resultado.

A mediação e a conciliação, por seu turno, apresentam-se como formato autocompositivo indireto, em razão da presença de terceiro condutor do processo, mas também visam a atribuição de capacidade de resolução dos respectivos conflitos às partes interessada. Estas decidem com o auxílio do especialista que as direciona a trilhar um percurso de comunicação produtiva e negociação técnica que as habilite a tomar as melhores decisões possíveis.

Assim, a mediação e a conciliação resgataram um antigo paradigma: o poder de decisão retornado aos participantes dos conflitos, mas para ser utilizado de forma pacífica, mediante a utilização de habilidades comunicativas e negociais.

Mediação e poder

A mediação foi aqui destacada, dentre as diversas abordagens autocompositivas referidas, apenas com o intuito de facilitar a apresentação de ideias acerca das possibilidades de configurações de poderes identificadas nos aludidos métodos.

Moore (1998, p. 21)³ apresenta um quadro demonstrativo, contendo as principais opções de abordagens que as pessoas dispõem para solucionar suas pendências, partindo de um ponto de menor formalidade ou menor coerção para o extremo oposto de maior formalidade

3 MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*.

ou maior coerção. Nessa ilustração, a mediação se apresenta como uma tomada de decisão de menor formalidade e de menor coerção. Pode-se, pensar, por essa razão, na inexistência de exercício de poder na mediação.

Entretanto, podem ser identificados vários e consideráveis aspectos de poder nos processos autocompositivos relacionados tanto às influências exercitáveis pelo especialista durante toda a condução do processo, quanto relacionados às partes mormente nas tomadas de decisões.

Poderes do mediador

Pode-se afirmar que o poder do condutor da mediação é limitado e não autoritário.

Por exemplo, o mediador não impõe decisão.

Entretanto, o mediador é titular do imenso poder de influenciar.

Poderes do mediador destacados por Moore

O mediador é dotado de poderes ou influências que determinam sua capacidade de modificar percepções, atitudes e resultados de situações, poderes esses imprescindíveis ao sucesso da mediação (THIBAUT e KELLY, 1959), citados por Moore (1998, pág. 283).

O mediador é dotado de poder estratégico, exercido em decorrência de competências adquiridas por intermédio de técnicas e ferramentas utilizáveis em prol de uma comunicação produtiva que possa conduzir as partes à tomada de decisão consensual.

Moore (1998, pp. 284/285)⁴ fala sobre diversas possibilidades de influências do mediador, capazes de direcionar ao acordo as partes que se encontram sob a tensão do conflito, quais sejam: 1) manejo do Processo; 2) comunicação entre e dentre as partes; 3) ambiente físico; 4) tempo nas negociações; 5) Informações trocadas entre as partes; 6) Associados das partes; 7) Especialistas; 8) autoridades, 9) hábitos dos disputantes; 10) Dúvidas das Partes (Testes de Realidade); 11) Recompensas e Benefícios; 12) Influência Coercitiva.

⁴ Ob. Cit. Págs. 284/289..

Manejo do processo de mediação:

A mediação deve ser conduzida com eficiência, em termos de conhecimento teórico, visão de oportunidade e destreza, de modo a assegurar a aplicação das técnicas e ferramentas disponíveis no momento oportuno e de forma adequada. As técnicas e ferramentas ao alcance de um mediador habilidoso são essenciais à condução ao ponto almejado em termos de processo e de resultado.

O mediador hábil e conhecedor do processo de mediação tanto exerce pessoalmente o poder quanto o transfere às partes para, desse modo, empoderá-las com conhecimentos que as habilitem a prevenir e solucionar conflitos e a realizar diversos tipos de negociações.

Existem distintos tipos de mediação e em todos eles o poder de influência do mediador se manifesta, em maior ou menor grau, de forma explícita ou implícita, como, por exemplo, a mediação avaliadora e a mediação facilitadora. Nesta o mediador exerce o seu poder de modo implícito, por intermédio de perguntas e aplicação de outras técnicas e ferramentas que conduzem as partes às reflexões transformadoras.

Naquela, a intervenção do mediador é direta no sentido de oferecer às partes o leque de respostas prontas para as escolhas depois de analisadas as circunstâncias, identificados os pontos cruciais e delimitados os recursos. Na mediação facilitadora, o mediador age como um catalisador e, por intermédio de aplicações de conhecimentos de diversas ciências, como filosofia, psicologia, negociação e comunicação, facilita a tomada de decisão pelos interessados.

Prima facie pode parecer que o mediador avaliador exerce maior influência que o mediador facilitador, entretanto, a experiência revela que esses poderes guardam semelhanças em intensidades e apenas se distanciam na maneira como são empregados e nos resultados obtidos, em favor das partes, especialmente em relação à possibilidade do desenvolvimento de competências autocompositivas garantidoras de autonomias preventivas e saneadoras, as quais, geralmente, são oportunizadas apenas na mediação facilitadora.

O mediador poderoso conhece bem o seu perfil de negociador e é capaz de conhecer o perfil de todos os negociadores que se encontram à mesa de negociação. Ademais, o mediador poderoso é um negociador hábil, que tem amplo domínio em termos de conhecimentos teóricos e

que, para além das competências do conhecimento teórico, nas oportunidades concretas, atua com desenvoltura no manuseio das ferramentas disponíveis e transita com naturalidade em todos os espaços do processo.

Comunicação entre e dentre as partes:

Um dos maiores desafios encontrados pelo mediador diz respeito ao padrão comunicacional utilizado pelos oponentes (MOORE, 1998, pp. 284/285)⁵.

Geralmente as partes utilizam comunicação improdutiva. É muito comum o mediador se deparar com comunicação impregnada de emoções ou viciada pelo padrão comunicacional até então utilizado, onde as partes falam sem dar importância ao fato de como o outro pode interpretar ou reagir, portanto, desprovido de critério racional que possibilite a visualização da importância de conversas estratégicas.

As partes tendem a querer atingir uma à outra e procuram obter forças numa linguagem carregada de palavras ríspidas, em mensagens negativas, repletas de ruídos, ou mesmo com a ausência de diálogo. Não existe preocupação com uma escuta qualificada pela atenção e esforço de compreensão e conhecimento. Os significados das mensagens costumam ser distorcidos e esse tipo de comunicação distancia as partes do alcance da finalidade almejada.

Apresentado o padrão comunicacional improdutivo, compete ao mediador exercer o seu poder de transformá-lo em conversas produtivas.

O poder do mediador é exercido a partir dos conhecimentos que ele detém acerca de estruturas comunicacionais que envolvam emissão, recepção e recontextualização, na relação triangular de comunicação, que interliga as partes entre si e estas ao mediador em fluxos e contrafluxos de mensagens.

Analizadas as circunstâncias do caso, adquirida a compreensão e o conhecimento acerca dos problemas e das pessoas envolvidas no conflito, aferida a inadequabilidade dos diálogos, o mediador deve estar

⁵ “O mediador pode lidar tanto com o comportamento quanto com a estrutura da comunicação nas negociações. O comportamento da comunicação pode ser manejado usando-se técnicas de escuta ativa e reenquadre com o propósito de esclarecimento e definição do problema. A estrutura da comunicação pode ser modificada solicitando-se às partes que se reúnam, conversem diretamente uma com a outra, conversem apenas com o mediador na presença uma da outra, ou que realizem reuniões privadas e comuniquem-se apenas através do interventor.” Moore, Ob. Cit. págs. 284/285.

habilitado a exercitar o poder de transformar o padrão comunicacional. O mediador deve, do mesmo modo, por si, estar apto a transmitir conhecimentos sobre abordagens que assegurem o direcionamento das partes para as falas estratégicas⁶.

Ambiente físico:

O mediador hábil sabe indicar às partes o ambiente propício à realização dos encontros da mediação.

O ambiente deverá ser selecionado de modo a assegurar a boa acolhida das partes e assegurar a independência de atuação do mediador.

O mediador deve assegurar que todos se sintam confortáveis para conversar em segurança e de forma sigilosa. Ao mesmo tempo, o ambiente deve proporcionar boa acolhida e assegurar que todos se sintam destinatários de igualdade de tratamento, pelo que devem ser oferecidos assentos similares, em móveis cuidadosamente escolhidos e dispostos de modo a evitar que as partes se sintam em posição de confronto. Importante destacar que o ambiente deve ser preparado de modo a garantir plenitude de atenções, de modo que todos se mantenham concentrados nos esforços resolutivos.

É importante que o ambiente seja neutro para todas as partes envolvidas no conflito, o que significa dizer que não poderá favorecer ou prejudicar nenhuma das partes. É óbvio que se uma pessoa tem familiaridade com o ambiente, ela se sente mais à vontade, pelo fato de provavelmente conhecer as pessoas do local e detalhes relevantes. Essa situação é muito diferente para quem chega pela primeira vez ao ambiente ou para quem não está no seu costumeiro espaço, o que pode configurar uma preocupação adicional e diminuição do poder em relação à parte que conhece ou está no espaço que lhe pertence.

Não é difícil o mediador se deparar com situações em que uma das partes se mostra solícita ao ponto de oferecer o seu ambiente para a realização das sessões de mediação. O mediador deve estar atento para perceber se o gesto representa cooperação ou se traduz competitividade

⁶ Exemplos de bons livros sobre comunicação: 1) *O Poder do Não Positivo*, William Ury; 2) *Conversas Difíceis*, Douglas Stone, Bruce Patton e Sheila Heen; 3) *Comunicação Não Violenta*, Marshal Rosenberg.

por parte de quem se desdobra para levar a negociação para um ambiente próprio com o propósito de angariar poder.

O próprio mediador tem consciência do poder da surpresa positiva e deve incentivar as partes a indicar, aceitar ou escolher, de comum acordo, um ambiente neutro.

Em relação à atuação do mediador, o ambiente deve ser favorável à garantia da sua independência, assim também à garantia do bom êxito dos movimentos tendentes a impulsionar a mediação e estimular as partes a alcançarem o consenso.

O ambiente adequado facilita o poder do mediador em termos de auxiliar as partes a desenvolverem negociação exitosa.

Tempo nas negociações:

O mediador tem o poder de controlar o tempo na mediação, especialmente aquele tempo dedicado às decisões tomadas durante as negociações. Nenhuma decisão pode ser precipitada. As decisões devem ser frutos de necessárias e suficientes reflexões.

O mediador sente e pressente, no desenrolar dos trabalhos e atento ao diagnóstico do conflito, o tempo certo para o desenvolvimento e conclusão de cada uma das etapas da mediação, principalmente no estágio das negociações especialmente no que diz respeito à tomada de decisões.

As partes não podem se sentir pressionadas a darem respostas rápidas, com a imposição de tempo reduzido. Cabe ao mediador observar se o tempo disponibilizado é suficiente para as partes. Também é relevante que o mediador controle o tempo de modo que ele não seja demasiado longo e cansativo para as partes, o que é improdutivo, da mesma forma que o tempo curto. É preciso observar e perceber, ainda, se, no tempo disponibilizado para a sessão, as pessoas estão inteiras, em termos de concentração e disposição física. As pessoas podem estar fisicamente na sessão, porém com o pensamento distante, muitas vezes angustiadas, nervosas ou preocupadas até mesmo com algum fator externo à mediação. O mediador influente, em termos de habilidade de comunicação, mesmo que não verbalizada a situação de desconforto, deve estar apto a percebê-la, por intermédio da linguagem corporal. Uma vez confirmado o desconforto intransponível, o mediador deve suspender os trabalhos pelo tempo ne-

cessário. Caso não tenha certeza sobre a ocorrência sobre fator emocional ou outro que impeça o bom desenvolvimento dos trabalhos, o mediador deve se utilizar de sessões individuais para investigar e obter conclusões. Por exemplo, se uma mãe precisa pegar o filho no colégio e está atrasada para essa incumbência, ela fica muito ansiosa e preocupada. Não adianta falar, pois dificilmente ela irá escutar atentamente. Ela pode até fechar um acordo para se livrar da sessão e conseguir ir ao encontro do filho. Entretanto, esse tipo de acordo não interessa, porque pode ser prejudicial, pode ter curta duração ou pode até mesmo deixar de ser implementado.

É evidente que o mediador deve ficar atento, por outro lado, para o fato de que muitas vezes as pessoas tenderem a permanecer na mediação, em conversas repetitivas, por considerarem ser a única oportunidade de manterem contato e, na maioria das vezes, de forma inconsciente, se negarem a colaborar para o avanço do processo.

Em mediação, é necessário que se dedique tempo para analisar, tempo para pesquisar, tempo para realizar levantamentos, tempo para gestão das emoções, tempo para elaboração de estudos, planejamentos e projetos e, principalmente, tempo para as decisões. O mediador deve auxiliar as partes a perceberem essa necessidade.

As pessoas costumam se apresentar com muita pressa para resolver conflitos de longa duração, mesmo os de grande complexidade.

Também em se tratando de mediação, é possível aplicar-se algo semelhante ao que dizia Napoleão que quando estava com pressa recomendava aos seus colaboradores que realizassem suas tarefas devagar.

A ferramenta normalização pode ser utilizada pelo mediador com o objetivo de acalmar as partes e obter a imprescindível paciência.

Informações trocadas entre as partes:

O mediador tem o poder de ajudar as partes a analisarem a qualidade e quantidade de informações disponíveis, assim como pode ajudar as partes a diligenciarem à procura de informações necessárias.

O mediador pode orientar as partes a apresentarem informações originárias de fontes fidedignas e que efetivamente retratem a realidade propiciadora das decisões refletidas.

A oportunidade de coleta de informações se traduz em poder para o mediador, na medida em que ele pode angariar ainda maior credibilidade por contribuir para que sejam trazidas à mesa de negociação, no momento apropriado, as informações necessárias e que satisfaçam a todas as partes.

O mediador deverá agir de modo a não se permitir realizar avaliações, sejam atinentes às pessoas, sejam atinentes à essência das questões ou das propostas apresentadas. O mediador não pode cair na cilada costumeiramente preparada pelas partes que buscam alianças mediante sua santificação e endemonização do outro. Ademais, é importante que o mediador auxilie as partes a analisarem as opções de solução apresentadas, sob o ponto de vista da aceitabilidade e que também as auxilie a justificar eventuais negativas e apresentar novas propostas passíveis de mútua receptividade.

Associados das partes

Bons mediadores costumam dedicar atenção à necessidade de apoiadores para as partes.

Muitas vezes, além das partes, outras pessoas precisam participar da mediação. Trata-se de terceiros que necessitam comparecer, seja para apoiar financeiramente, seja para oferecer contribuição imaterial ou até mesmo para compreender como se chegou a determinada decisão e, adiante, contribuir para a execução do acordo.

As circunstâncias da vida ou as características individuais das partes, muitas vezes impõem alianças determinantes para a participação na mediação, para a concretização do acordo ou até mesmo para o cumprimento do que foi ajustado.

Os dois exemplos abaixo apresentados se traduzem em exemplos de situações que podem determinar a necessidade da presença de determinados terceiros no processo de mediação.

Na primeira situação, a avó materna pleiteou o direito de visitar o neto que residia com o pai em companhia da avó paterna. A avó materna ajuizou a ação de regulamentação de visitas em desfavor do pai. O pai concordou com as visitas, pois levou em consideração que além dos laços de consanguinidade, a avó materna sempre foi muito boa para o neto e havia cuidado muito bem dele durante muitos anos. Acontece

que as duas avós não se entendiam. Houve a percepção da grande chance de o acordo de visitas celebrado entre o pai e a avó materna não ser cumprido e, ainda, de a espiral do conflito ser ampliada caso a avó paterna não participasse da mediação. Essa percepção foi compartilhada com as partes que concordaram com a presença da avó paterna, a qual, envolvida no processo e comprometida com o bem estar do neto, contribuiu para a celebração do acordo e para sua implementação.

No segundo caso, o pai, que havia ficado distante do filho, desde o nascimento, por mais ou menos 8 anos, resolveu se reaproximar e pleiteou guarda compartilhada com ampliação da convivência. Ocorre que, desde tenra idade, a criança morava com a mãe em companhia de um casal de parentes dela, sendo que a criança chamava o tio de pai. Esse tio havia se tornado provedor da mãe e do filho, durante a ausência do pai sendo que mãe e filho moravam na residência do provedor. Além de provedor, o tio havia assumido as responsabilidades atinentes a definições sobre moradia, educação, vestuário, alimentação, plano de saúde e tudo o mais. O pai biológico foi alertado sobre a importância da presença do tio na mediação, pois se percebeu o vínculo de dependência econômico-financeira da mãe, em relação ao casal, ao mesmo tempo em que foram revelados os laços afetivos entre a criança e o casal que o acolhia. Entretanto, o pai biológico não concordou com a presença do tio e viu frustrado o seu empenho em resolver a situação de forma consensual.

Em mediações de corporações, ou entre sócios, é possível a constatação de necessidade de algum tipo de investimento, que indique a necessidade de a parte recorrer a quem possa lhe apoiar. Esse terceiro comparece à mediação para acompanhar as tratativas e participar delas, assim como para defender seus eventuais direitos e assumir formalmente os compromissos gerados em decorrência da mediação.

A possibilidade de identificação e a sinalização das partes à presença do apoiador é sinal de poder do mediador, em prol da concretização e cumprimento do acordo, ainda que limitado à concordância das partes.

Especialista

Dependendo do objetivo da mediação, é provável que as pessoas possam necessitar de recorrer a outros especialistas. Muitas vezes as partes não percebem essa necessidade ou mesmo assumem o ponto de vista de que são dispensáveis.

Quando o mediador percebe a necessidade de especialista, com o intuito de realizar gestão de emoções, planejamento tributário, algum tipo de avaliação, algum levantamento contábil, algum tipo de perícia que, se não determinante, pode muito contribuir para melhor visualização da situação posta e facilitar a tomada de decisão, o mediador pode influenciar as partes a solicitarem a contribuição do especialista necessário, o qual muito pode contribuir para que a negociação seja realizada de forma racional e com base em critérios objetivos.

Autoridade

O mediador pode recorrer a alguma autoridade com o intuito de influenciar as partes. A autoridade pode ser o advogado da parte, um credor, ou alguém que possa pressionar. Nesse caso, Moore (1998, pág. 286)⁷ alerta para o fato de, nessas circunstâncias, o mediador ser diretivo e, embora com objetivo de obter a persuasão moderada de uma parte difícil, a pressão de uma autoridade externa ser equiparada à coerção, pelo que o mediador deve ser muito rigoroso e tomar bastante cuidado.

Hábitos dos disputantes

O mediador deve dedicar especial atenção aos hábitos dos disputantes, pois, conforme assinalado pelo mesmo Moore⁸ “...o acordo para ratificar algum elemento do *status quo* é a primeira decisão a que as partes podem chegar.”

É claro que se sabe como os hábitos surgem e como podem ser mudados⁹. Entretanto, conforme William James, citado por Duhigg¹⁰, não se pode relegar o fato de que, “Toda a nossa vida, na medida em que tem forma definida, não é nada além de uma massa de hábitos”. Essa afirmação, considerada como regra, agrega poder ao atuar do mediador. Saber sobre a relevância dos hábitos empodera o mediador, na medida

em que esse conhecimento propicia a possibilidade de auxiliar as partes a identificarem e manterem os hábitos que lhes garantem conforto.

Dúvidas das partes

O mediador pode utilizar as dúvidas das partes em benefício da tomada de decisão.

A habilidade para reconhecer indecisões, inseguranças ou falta de domínio ou de conhecimento das partes em relação a algum aspecto da negociação se constitui em poder para o mediador. Esse, por intermédio de perguntas, pode incutir alguma dúvida nas partes, com o intuito de questionar algum tipo de decisão, assim como pode utilizar-se de ferramentas, como o Teste de Realidade, com o objetivo de auxiliá-las a esclarecerem suas dúvidas importantes e conhecerem bem as situações de modo a evitar impasses ou mesmo de forma a fazer com possam atuar de modo a compatibilizar os interesses das partes com o ordenamento jurídico.

O mediador deve suscitar dúvidas em relação até mesmo ao poder das partes. Às vezes a MAANA é falsa e o mediador age de modo a esclarecer a real dimensão do poder ou a ausência dele em relação à parte que vivencia ou imagina realidade diversa.

Recompensas e benefícios:

Moore (1998, pág. 287) refere-se aos poderes do mediador constituídos por benefícios e recompensas oferecidos pelo próprio mediador ou percebidos pelas próprias partes¹¹.

A mediação oferece às partes a vantagem de poder exercer controle sobre o processo de mediação na medida em que é um processo flexível e não obrigatório para as partes, as quais desfrutam regalias

7 Ob. Cit. pág. 286.

8 Ob. Cit. pág. 287.

9 DUHIGG, Charles. *O Poder do Hábito*.

10 Ob. Cit. pág. 13.

11 “Entretanto, os mediadores têm algumas recompensas indiretas para oferecer como indução ao acordo. A amizade do mediador, o respeito por uma pessoa ou pelo seu ponto de vista, o interesse no bem-estar pessoa de uma parte ou a afirmação de como se pode chegar a um acordo sobre um determinado ponto podem induzir um disputante a fazer um acordo. O relacionamento do mediador com as partes é muitas vezes a única recompensa positiva que ele pode oferecer nas negociações.” Na sequência Moore, acrescenta a possibilidade de benefício no caso de o acordo ser celebrado. “Outro meio indireto de recompensar uma parte é identificar os benefícios que o disputante pode receber como resultado de um acordo e ajudá-lo a visualizar como seria realizar esse acordo.” Ob. Cit. pág. 288.

inimagináveis no formalismo característico do processo tradicional. A parte pode e deve ser incentivada a participar de todas as decisões sobre o processo, desde a definição do lugar de realização das sessões e respectivos agendamentos até a tomada da decisão final. O fato de a parte sentir-se envolvida e responsabilizada propicia a ela a sensação de efetiva autonomia.

Influência coercitiva

A influência coercitiva é aquela utilizada pelo mediador com o intuito de mudar a vontade ou o comportamento da parte. Existem formas de influência direta ou indireta. Moore (1998, pág. 288) cita como exemplo de influência indireta a demonstração de impaciência ou desagrado por parte do mediador e como exemplo de influência direta o fato de o mediador dizer que vai encerrar a mediação. O mesmo autor alerta para o risco de as partes levarem a sério essas interferências e precipitarem o desfecho da mediação sem que o êxito do acordo tenha sido alcançado.

Outras formas de poder

O rol de hipóteses de poderes do mediador não se esgota nas lições Moore. Pode-se acrescentar, nesta oportunidade, as possibilidades de poder do facilitador destacadas por William Ury, durante um curso de negociação realizado em São Paulo, no ano de 2016, o qual apresentou um elenco de outros fatores determinantes do empoderamento do mediador. Dentre as possibilidades de poder do mediador, Ury identificou a capacidade para desenvolver e identificar a *Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo* – MAANA, a capacidade de surpreender, a capacidade de construir confiança e a capacidade de reestruturar.

Capacidade de identificar e desenvolver a MAANA

As MAANAs devem ser identificadas e desenvolvidas pelo mediador na fase de preparação para a negociação. Aliás, as partes tam-

bém precisam conhecer suas respectivas MAANAs e assim como importa muito conhecer a MAANA da outra parte.

O que cada parte pode fazer caso não consiga realizar o acordo ou se os termos das propostas apresentadas não alcançarem os limites mínimos definidos?

O conhecimento das MAANAs das partes orienta o mediador e as próprias partes em relação à decisão de começar a mediação ou de continuar na mesa de negociação.

A Árvore da Decisão cuja utilização em negociação é recomendada por Siedel (2014, pág. 30)¹² também é poder e também ajuda nessa etapa da decisão de continuar ou não na mediação. Mediante a utilização de cálculos aritméticos, as partes podem analisar se compensa ou não continuar na mediação levando-se em consideração os dados da MAANA comparativamente aos resultados prováveis do acordo.

Capacidade de surpreender

Caso uma parte surpreenda negativamente a outra, a situação pode ficar irremediável. No empenho de ser firme na ação, mas ameno no modo como realiza a ação, o mediador deve procurar meios de trazer as pessoas para o lado da cooperação.

Por exemplo, as partes que não conhecem os métodos auto-compositivos costumam chegar na mediação preparadas para estar diante de pessoas duras, agressivas, e que não apresentam as informações importantes. Cabe ao mediador prepará-las para atuarem em padrão comunicacional estratégico e para agirem de maneira cooperativa. Desse modo, as partes se manifestam trazendo todas as informações necessárias e, além disso, utilizam linguagem respeitosa e agem de maneira prospectiva. Essa forma de surpreender positivamente o oponente é bastante salutar e eficiente, na medida em que produz bom efeito no sentido de transformar os relacionamentos. A habilidade de transformar os relacionamentos se constitui em poder para o mediador.

¹² SIEDEL, George. *Negotiating for Success*.

Capacidade de construir confiança

Em relação aos fatos e objetos, as pessoas olham por ângulos diferentes e é normal que cada pessoa enxergue a mesma coisa de forma diferente. Esse fator pode gerar desconfiança entre as partes e até mesmo o próprio mediador pode se sentir desconfortável. A maior atenção é reveladora dos detalhes e das diversas realidades.

Confiança tem a ver com relacionamentos. A confiança é construída em bons relacionamentos. Essa construção da confiança acontece, por exemplo, durante uma escuta atenta e respeitosa, que deixa transparecer o esforço de compreensão do que está sendo dito. Ao falar, a pessoa deve ser branda com quem lhe escuta e deve reservar a intransigência em benefício da resolução do problema. É importante conversar bem, saber expressar de forma clara os sentimentos e expectativas, bem como mencionar a contribuição para a resolução do problema. Faz sentido trazer o problema, mas é fundamental deixar evidente que se importa com a outra pessoa. Mesmo quando há uma solicitação que não pode ser atendida, a parte dispõe de mecanismos para realizar demonstração de vontade de ajudar a pessoa.

Outras formas de construção de confiança são as validações de sentimentos e interesses. A atuação empática, que se constitui em ver de forma respeitosa as escolhas e falas do outro e saber traduzi-las em necessidades, interesses e sentimentos, aproxima as pessoas.

Mesmo que não concorde com o pedido ou interesse do outro, a parte pode estabelecer vínculo de confiança, ante a afirmação do não positivo, o qual é frequentemente compreendido e aceito. Cita-se o caso do sócio que solicitou ao outro um empréstimo de significativa quantia em dinheiro. O sócio solicitado negou o empréstimo e justificou sua negativa assinalando que quando disse não para o mútuo, disse sim para maior estabilidade financeira sua e de seu parceiro empresarial. Ao justificar de forma detalhada a sua recusa, com a demonstração de que se preocupava com a saúde física e financeira do sócio solicitante e se prontificava a ajudar de outra maneira, ele recebeu a compreensão que, de outra maneira, certamente não teria obtido.

O mediador tem o poder de orientar as partes a agirem de modo a construírem a confiança necessária à realização do acordo.

É verdade que a mediação pode prosseguir até o acordo, mesmo diante da ausência de confiança entre as partes. Existem recursos para compensar a falta de confiança.

Porém, quando existe confiança recíproca, fica mais fácil conduzir a mediação.

A capacidade de reestruturar

O mediador pode auxiliar as partes a mudar o foco.

As partes chegam com ideia de escassez e afirmam a existência de recursos limitados. Por seu turno, o mediador estimula as partes a realizarem uma parceria na busca de soluções aceitáveis, o que se constitui num exercício que estimula o relacionamento cooperativo e reflete o aumento das possibilidades de recursos para garantia do ganho mútuo.

Se as partes demonstram que desenvolveram hostilidades em razão da situação conflituosa, o mediador pode auxiliá-las a transformar em convivência respeitosa. O mediador poderoso tem habilidade para realizar essa transformação convidando-os a desenvolverem padrão comunicacional adequado.

Na hipótese de as partes comparecerem posicionadas, o mediador de maneira a impulsioná-los a sair do confronto, realiza uma das suas principais tarefas constituídas pela movimentação das partes posicionadas na direção dos interesses. Essa transformação pode ser obtida mediante o incentivo à geração de opções de solução válidas.

Outra forma de fazer como as que as pessoas realizem reestruturações é motivá-las a trabalhar fundamentadas em critérios objetivos.

Empoderamento das partes

Uma das principais funções do mediador é a de capacitar as pessoas a resolverem não apenas o conflito em andamento, mas também prevenir futuros conflitos nas mais diversas áreas de convivência como nas interações afetivas, familiares, sociais, profissionais, comunitários e assim por diante.

As pessoas devem sair da mediação com a consciência de que têm capacidade autocompositiva para muitas situações conflituosas.

Compete ao mediador o empoderamento das pessoas, o que deve ser procedido durante todo o percurso do processo de mediação e ainda deve merecer especial destaque no estágio denominado encerramento da mediação, quando é realizada a avaliação sobre o que a mediação específica pode realizar em proveito da autonomia de cada uma das partes.

Poderes entre os participantes da mediação

Segundo Moore¹³, as partes exercem os mesmos 12 tipos de poder do mediador, mas da forma como os aplicam, uma vez que emocionalmente envolvidos, o exercício do poder pode não alcançar o resultado desejado.

Numa mediação, o nível de poder entre as partes deve ser simétrico. A assimetria deve ser sanada pelo mediador e caso o mediador não obtenha sucesso na tentativa de trazer as partes ao equilíbrio processual, é o caso de proceder ao encerramento da mediação.

Nota-se que quanto mais simétricas são as relações, maior é o grau de cooperação entre as partes e maior é a chance de êxito.

Questiona-se se é adequado realizar-se mediação quando as partes se encontram em situação de desequilíbrio financeiro.

Dependendo da situação, não há restrição à realização de mediação entre partes de diferentes padrões financeiros, desde que o mediador, na condução dos trabalhos, garanta o equilíbrio processual, trabalhe de modo que as pessoas percebam que elas não estão obrigadas e nem podem se sentir pressionadas a celebrar acordo e que não sofrerão prejuízos pelo fato de optar por outra abordagem de solução do conflito, na eventualidade de o acordo não ser alcançado.

Por exemplo, o simples fato de um participante ser empresário e o outro consumidor, não pode ser impeditivo de realização da mediação. Entretanto, em outro exemplo, se existem várias ações em tramitação entre os participantes, sobre a mesma matéria, sendo que um deles já garantiu vitórias em mais de 80% dos casos, há um desequilíbrio que pode impor a não realização da mediação. Outro exemplo de desequilíbrio processual que impede a mediação é o fato de uma parte

estar acompanhada de advogado e a outra se sentir insegura seja em decorrência da ausência do profissional da área jurídica, seja em razão da maneira como o patrono da outra parte se manifesta.

Geralmente as partes chegam na mediação com o pensamento de que para um ganhar o outro tem que perder. Porém, o direcionamento do enfoque do poder na mediação, entre os disputantes, demonstra a imprescindibilidade de um comportamento cooperativo entre eles.

A ideia é que as pessoas alcancem uma definição mutuamente aceitável e, para tanto, faz-se imprescindível um comportamento cooperativo.

A mediação exige comportamento preponderantemente colaborativo, mas não exclui totalmente a competição. Entretanto, vale ressaltar que a competitividade existente na mediação é aquela que exige que tanto os negociadores quanto o mediador sejam firmes na ação, mas suave no modo de desenvolver as suas habilidades. Firmeza na ação e suavidade na forma também se traduz em competição, mas uma competição estratégica que visa preservar os relacionamentos necessários. Todos anseiam pela maximização do seu ganho. Para tanto, no caso da mediação, a estratégia é pensar em si, mas também levar em consideração as expectativas do outro, de modo a assegurar a realização de ganhos mútuos.

Lição interessante sobre o tipo de competição encontrável em mediação viajou pelo *whatsapp* e mencionava um agricultor que plantava grãos premiados. Ele concorria anualmente e sempre era o vencedor da feira. Um repórter descobriu que o fazendeiro compartilhava suas sementes com os vizinhos. O repórter perguntou: — Como você se pode dar ao luxo de compartilhar suas melhores sementes com seus vizinhos quando eles também entram na competição de milho e compete com os seus todos os anos? Ele respondeu: — O senhor não sabia? O vento recolhe pólen de milho maduro e espalha de campo para campo. Se meus vizinhos cultivam milho inferior a polinização degradará continuamente a qualidade do meu milho. Se eu quero cultivar milho bom, eu tenho que ajudar os meus vizinhos a também cultivarem milho bom.

O mediador que conhece a Teoria dos Jogos, aplicada aos métodos autocompositivos sabe que as pessoas que desejam adquirir bens, realizar sonhos ou resolver conflito, em situações que se protraí no tempo e exigem desdobramentos relacionais, deve pensar também no outro, atuar de forma cooperativa, para poder maximizar o seu ganho.

13 Ob. Cit. pág. 289.

+Referências

- DUHIGG, Charles. *O Poder do Hábito*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2012.
- FISHER, Roger *et al.* *Como Chegar ao Sim*. Rio de Janeiro: Editora Imago, 1991.
- JAPIASSÚ, Hilton e MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1996.
- KRZNARIC, Roman. *O Poder da Empatia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2014.
- MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação*. Ed. Artmed, 2ª edição, 1998.
- SHINYASHIKI, Roberto. *A Coragem de Confiar*. Gente Editora, 2009. SIDEL, George. *Negotiating for Success*. Michigan: Van Rye Publishing, LLC. 2014.
- URY, William. *O Poder do Não Positivo*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2007.
- _____. *Como Chegar ao Sim com Você Mesmo*. Rio de Janeiro: Editora Sextante, 2015.

Da cultura da sentença para uma cultura consensual de administração dos conflitos jurídicos

Jéssica Gonçalves

Especialista em Direito Processual Civil (UFSC), Direito Público (Universidade Regional de Blumenau) e em Direito Aplicado (Universidade Regional de Blumenau). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Adriana Silva Maillart

Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com parte de sua pesquisa realizada na *Universidad de València*, Espanha. Professora do corpo permanente e pesquisadora do programa de Mestrado da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Pós doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina.

Ricardo Soares Stersi dos Santos

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutorado na Universidade Federal de Pernambuco (2011). Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFSC.

Introdução

Como se pode constatar no Relatório “Justiça em Números”, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, os conflitos jurídicos se multiplicam no Brasil fazendo com que o acesso amplo à justiça fique cada vez mais distante para a grande maioria da população.

¹ Vide Relatório Justiça em Números 2017, disponível em <<https://goo.gl/UgixW6>>, acesso em 10/09/2017.

Embora haja esforços para que outros meios de soluções de controvérsias sejam instituídos no Brasil, ainda perdura por aqui o estabelecimento de um sistema de justiça que concentra nos processos judiciais a primazia do modo de administração dos conflitos jurídicos. O que torna a “cultura da sentença” o paradigma de resolução de conflitos no Brasil desde a sua colonização por Portugal.

A Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil) e a Lei nº 13140, de 26 de junho de 2015 (Lei da Mediação) são exemplos da intenção de modificar o sistema de justiça, deslocando a primazia da decisão adjudicada (sentença) para a decisão consensual (acordo). Resta saber, entretanto, se estes esforços administrativos e legislativos serão suficientes para modificar uma cultura de administração de conflitos sedimentada no proferimento de sentenças e reproduzida nos últimos 500 anos.

Sendo assim, pretende-se no presente trabalho, utilizando-se do método hipotético-dedutivo de abordagem e a revisão bibliográfica e documental, como técnica de pesquisa, analisar os traços básicos da origem do conflito, apontar as características da “cultura da sentença” e da “cultura consensual” traçando as diferenças entre os modelos postos e pretendidos e, por fim, estabelecer alguns dos principais entraves a substituição da “cultura da sentença” por uma “cultura consensual” de administração dos conflitos.

O conflito

O conflito faz parte do dia a dia das pessoas. Nem nas Sociedades utópicas existem apenas relações sociais de cooperação entre os seus integrantes². Isto porque a cada ação social serão atribuídos certos sentidos (significados) por parte dos indivíduos envolvidos e as ações sociais são praticadas com o intuito de satisfazer os objetivos buscados por cada um dos atores envolvidos na relação social. O conflito e a cooperação são formas de se relacionar na vida em Sociedade³.

2 Refere-se a *Cidade do Sol* de Tommaso Campanella, *Utopia* de Tomas Morus e *Admirável Mundo Novo* de Aldous Huxley.

3 Weber (2002, p. 45) define uma relação social como: “[...] a situação em que duas ou mais pessoas estão empenhadas numa conduta onde cada qual leva em conta o comportamento da outra

Há certas ações sociais, por sua vez, em que as expectativas estabelecidas por um agente em relação à conduta dos demais são frustradas, atribuindo-se um significado de que as condutas adotadas pelos demais são impeditivas para que aquele possa alcançar os seus objetivos. A consciência dos atores de que os comportamentos alheios lhes impedem de satisfazer os próprios objetivos faz surgir o conflito.

Entretanto, definir conflito não é tarefa fácil, pois tal conceito apresenta traços distintos em cada modelo teórico utilizando para analisar o fenômeno. Atualmente, o conflito tem uma faceta multidisciplinar.

A partir de uma matriz sociológica, o conflito existe quando “[...] a ação de um partido for orientada propositadamente a fim de satisfazer a vontade própria, prevalecendo contra a resistência de outros partidos ou de um outro partido” (WEBER, 2002, p. 67).

Ao fazer a diferenciação entre a matriz sociológica e a psicológica do conflito, Olguín (2002, p. 15) reconhece que, no plano da psicologia, o conflito representa uma coexistência de perspectivas contraditórias no indivíduo. Trata-se de um enfrentamento que ocorre dentro da consciência de um indivíduo sobre a escolha das opções que são geradas a partir de um conjunto de opções representadas como desejos concorrentes.

Mitchell (1989, p. 35) reconhece a diferença existente entre os conflitos de interesses e de valores (ideológicos). No primeiro caso, o conflito decorre das diferenças decorrentes entre as partes sobre a distribuição de algum recurso escasso para o qual cada parte atribui um alto valor. No segundo caso, o conflito existe porque cada parte possui diferentes crenças, valores distintos decorrentes da sua própria cultura, organização social diversa etc.

Para Caivano, Gobbi e Padilla (1997, p. 117):

[...] o conflito se manifesta como uma contraposição intersubjetiva de direito e obrigações, como um fenômeno que se produz quando a respeito de um mesmo bem coexistem duas pretensões conjuntas, ou melhor, uma pretensão por um lado e uma resistência por outro.

de uma maneira significativa, estando, portanto, orientada nestes termos. A relação social consiste, assim, inteiramente na probabilidade de que os indivíduos comportar-se-ão de uma maneira significativamente determinável”.

Já, sob a perspectiva de Entelman (2005, p. 49):

Serán relaciones de conflicto cuando sus objetivos sean incompatibles o, como veremos después, todos o algunos miembros de la relación los perciban como incompatibles. Cuando los objetivos no sean total o parcialmente incompatibles, sino comunes o coincidentes, tendremos relaciones de “acuerdos” que, en lugar de conductas conflictivas, generarán “conductas cooperativas” o “conductas coincidentes” que pueden ser individuales o colectivas.

No Direito, as normas jurídicas são as principais modeladoras de conduta dos agentes, fomentando as expectativas de ações correlatas as condutas admitidas pela ordem jurídica. De tal forma, que segundo Arnaud e Dulce (2000, p. 149), do ponto de vista jurídico, a primeira função do direito seria a resolução de conflitos. “Isso significa dizer que o direito identifica, organiza e resolve os conflitos que poderiam perturbar o equilíbrio e a ordem social”, ou seja, “o direito tem como missão restabelecer a paz social e o equilíbrio, quando os conflitos de interesse os perturbam” (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 149). Entretanto, ainda asseveram os autores (ARNAUD; DULCE, 2000, pp. 149-150) que:

Se se parte da premissa segundo a qual, no funcionamento da sociedade, o conflito é permanente, isto é, que a interação social é inevitavelmente conflituosa, é preciso, então, admitir que o direito *não resolve* os conflitos no sentido funcionalista que quer que o conflito desapareça do conflito social. A única coisa a que o direito pode aspirar é dar um tratamento jurídico aos possíveis conflitos de interesses antagônicos entre as partes.

[...] o “conflito” em si, entretanto, não desaparece da estrutura social; o direito dele se apropria, no momento em que ele propõe um “tratamento” possível. O direito não constitui uma ordem de paz, mas vive *no e do* “conflito”. Se os “conflitos sociais” desaparecessem totalmente, o direito desapareceria também.

Em concordância com a exposição acima, na visão desta pesquisa, prefere-se adotar a expressão administração dos conflitos, por compreender que os conflitos são naturais a vida da sociedade e necessitam ser administrados, mais do que resolvidos.

Para a administração dos conflitos, diversas maneiras foram criadas e aceitas pelo Estado com o objetivo de restaurar a paz social. A

mais conhecida, é a proveniente do Poder Judiciário, proclamada pela cultura da sentença, que será analisada adiante.

Entretanto a perspectiva moderna do acesso à justiça não se resume ao acesso ao Poder Judiciário, mas a uma série de mecanismos socialmente aceitos e aptos para promover continuamente a pacificação social. Até porque, como se referem Arnaud e Dulce (2000, p. 150), o processo judicial é um exemplo de como “o direito não apenas ‘resolve conflitos’, no sentido corriqueiro do termo, mas também pode provocá-los”. Sendo assim, (res)surgem nas últimas décadas, outros mecanismos paralelos ao poder judiciário, cuja a pacificação social ocorre não por meio da decisão adjudicada a um terceiro, mas sim por meio de procedimentos que destacam o poder decisório dos próprios interessados por meio do acordo, nomeada aqui como cultura do consenso.

“Cultura do consenso” e as formas autocompositivas

A “cultura do consenso” se configura como as crenças, práticas, valores e instituições voltadas para a administração dos conflitos jurídicos em que se dá destaque ao protagonismo dos interessados na construção de um diálogo que possa levar a um acordo responsável em por fim as diferenças existentes entre os mesmos. Na “cultura do consenso” os conflitos são pacificados por decisão dos interessados (acordo) e não pela decisão adjudicada de terceiros (sentença).

A “cultura do consenso” não exclui a utilização das decisões adjudicadas. Apenas atribui maior relevância aos métodos de administração de conflitos em que a solução das diferenças é construída pelos próprios interessados.

Na lógica discursiva da “cultura do consenso” é preciso que o sistema de justiça se modifique para estimular os interessados a assumirem e se responsabilizarem pelas soluções dos seus próprios conflitos de interesse pela via do acordo, deixando as decisões adjudicadas para as hipóteses em que os interessados não conseguem estabelecer um diálogo ou quando por meio dele não forem exitosos em ajustar as próprias diferenças. Implica, assim, no estabelecimento de um critério cronológico em que primeiro se dá ênfase a busca por soluções consensualmente construídas (acordos) para só então, num segundo momento, abrir-se

o caminho das soluções adversariais e impositivas (sentenças). Não são apenas os conflitos individuais que serão objetos da “cultura do consenso”. Vários são os métodos dialogados de administração de conflitos que são voltados para os conflitos coletivos e que remetem a “cultura do consenso”, tais como a mediação, ombudsman, entre outros.

A “cultura do consenso” também deve enfatizar a necessidade de utilização das abordagens consensuais (autocomposição) anteriormente a utilização de meios adversariais e heterocompositivos. E mesmo nas hipóteses em que os conflitos sejam levados a heterocomposição, o procedimento heterocompositivo deve estimular que os interessados, a qualquer momento, busquem as soluções dialogadas.

Para Grinover (2016, pp. 65-66), a justiça conciliativa que inclui vários meios consensuais como a negociação, mediação e conciliação, entre outros, tem por fundamentos: a) a pacificação social; b) a participação dos interessados na solução dos conflitos, próprio das democracias participativas; c) o desafogamento dos tribunais judiciais.

As formas consensuais são aquelas em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, buscam resolver o conflito diretamente por meio de um resultado construído pelas partes (acordo).

Nas formas autocompositivas, as características principais são a vontade dos agentes na escolha do procedimento e o poder das próprias partes de colocar fim ao conflito. São as partes que promovem a escolha da forma de resolução de conflitos, o seu procedimento assim como tomam a decisão de fazer ou não um acordo e, em caso de acordo, estabelecem os seus termos.

O resultado mais previsível que decorre da utilização das formas consensuais é o acordo. Conforme Calmon (2007, p. 57):

[...] a autocomposição é um legítimo tipo de solução de conflitos, pondo fim ao conflito jurídico (e muitas vezes ao sociológico), proporcionando condições para o prosseguimento da relação continuada (quando o caso) e promovendo de forma mais ampla a almejada pacificação social. A autocomposição é excludente da jurisdição e da autotutela.

São formas de autocomposição, entre outras: negociação, mediação, conciliação, “*rent a judge*”, “*ombudsman*”.

Negociação

Fisher, Ury e Patton (2005, p. 15) definem a negociação como “um meio básico de conseguir o que se quer de outrem”. Para os referidos autores a negociação é “[...] uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos”. (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 15).

Para Caivano, Gobbi e Padilla (1997, pp. 148-149) a negociação é:

[...] ciencia y arte de procurar un acuerdo entre dos o más partes interdependientes, que desean maximizar sus propios resultados comprendiendo que ganarán más si trabajan juntos que si se mantienen enfrentados; buscando una salida mejor a través de una decidida acción conjunta en lugar de recurrir a algún otro método.

Conforme Fisher, Ury e Patton (2005, p. 15) “Todos querem participar das decisões que lhes afetam; um número cada vez menor de pessoas aceita decisões ditadas por outrem”.

Calmon (2007, p. 113) destaca a negociação como algo inerente a condição humana, tratando-se “de prática que pode ser pessoal e informal, fazendo parte da natural convivência em sociedade”.

Grande quantidade dos conflitos sociais enfrentados pelas pessoas, nos seus cotidianos, acabam por utilizar a negociação como método de administração dos referidos conflitos. Pais negociam com seus filhos; professores e alunos negociam nas escolas datas de provas e conteúdos, controle de frequência; etc.

O oposto, entretanto, parece ocorrer em relação a uma parcela dos conflitos sociais que designamos conflitos jurídicos. Os conflitos jurídicos são aqueles em que os agentes analisam a frustração advinda da percepção da impossibilidade de realização dos objetivos interpretando o próprio comportamento e o comportamento dos demais a partir do Direito. Para os conflitos jurídicos é comum no Brasil se atribuir o poder decisório a um terceiro designado juiz, reforçando a prevalência de uma “cultura da sentença” por meio de decisões adjudicadas (ao Poder Judiciário). Curioso é que tal fenômeno acaba por preponderar apenas nos conflitos jurídicos.

Diante das situações de conflito e levando-se em conta que se busca alcançar a realização dos objetivos, a negociação aparece como

uma possibilidade natural para resolver o conflito e, assim, realizar os objetivos. O diálogo com os demais agentes é estruturado de forma a organizar a possibilidade de satisfação mútua dos objetivos, caso seja possível encontrar meios de combinação dos objetivos.

Mulholland (2003, p. 73) destaca a negociação como uma variedade da conversação, compartilhando as convenções desta (apesar da negociação também criar algumas convenções que são próprias, em razão das suas metas), porém se diferenciando em virtude de possuir um rol mais restrito de linguagem, regras de procedimento e um objetivo definido (construção de um acordo).

A importância do manejo adequado da linguagem pode ser considerado o instrumento principal para a construção dos acordos satisfatórios, obtidos por meio da compatibilização dos interesses. Para Mulholland (2003, p. 23), os aspectos importantes da linguagem para a negociação são:

1. la función de crear sentido a partir del mundo para uso social;
2. los medios que adopta para actualizar el significado;
3. su dependencia de la historia y la cultura;
4. su funcionamiento como mecanismo para crear vínculos sociales.

Na negociação utilizam-se técnicas (ferramentas) comunicacionais que buscam conscientizar os envolvidos da importância de enfrentar os problemas surgidos no âmbito das suas relações e aprender a fazer o melhor possível, reconhecendo os demais como sujeitos que também possuem objetivos a serem satisfeitos⁴.

A totalidade das técnicas reconhecidas como importantes na negociação também são fundamentais em outras formas autocompositivas, principalmente na mediação e na conciliação.

4 Neste sentido: STONE; PATTON; HEEN, 1999; FISHER; URY; PATTON, 2005; MNOOKIN; PEPPET; TULUMELLO, 2003; MULHOLLAND, 2003; CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 1997.

Mediação

Na mediação⁵, além das partes envolvidas, ocorre a intervenção de um terceiro designado mediador que atua no processo sem ser parte e não detém o poder de decidir o conflito.

Caram, Eilbaum e Risolía (2006, p. 33) definem a mediação como:

[...] el proceso en el que un tercero neutral, a solicitud de las partes, los asiste en una negociación colaborativa, en la que sus diferencias son replanteadas en términos de intereses, a fin de que puedan ellos mismos, tomar una decisión satisfactoria con relación a ellos.

O mediador atua em razão da confiança das partes e busca auxiliá-las a estabelecer um processo comunicacional colaborativo que as permita buscar maneiras de colocar fim aos conflitos de maneira satisfatória, compatibilizando o máximo possível dos interesses em jogo.

A partir dos conceitos acima descritos, é possível reconhecer a existência de certas características peculiares a mediação que são apontados pela doutrina⁶: a) a intervenção no conflito de terceiro imparcial (mediador), escolhido pelas partes; b) a aceitação pelas partes da intervenção do mediador no conflito; c) o estabelecimento de um vínculo de confiança do mediador com as partes; d) a voluntariedade da participação das partes no procedimento de negociação; e) o poder limitado do mediador, restrito basicamente a condução do procedimento de mediação; f) a concentração do poder de decidir os conflitos exclusivamente nas mãos das partes; g) a confidencialidade do procedimento de mediação.

Para que o terceiro possa participar do processo de mediação deve atuar com imparcialidade, visto que cabe ao mediador instaurar ou mesmo restaurar o diálogo entre as partes. A equidistância do mediador em relação às partes é um requisito importante para atrair as partes ao diálogo e permitir o (re)estabelecimento de comunicação entre as mesmas.

5 Para Álvarez (2003, p. 135): “La mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral – el mediador – facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo”.

6 Entre outros autores é possível identificar: MOORE, 1998, pp. 28-32; SERPA, 1999, pp. 69-71; MORAIS, 1999, pp. 147-151; CAIVANO; GOBBI; PADILLA, 1997, pp. 211-219.

Caso o mediador não seja reputado imparcial pelas partes, dificilmente conseguirá estabelecer um vínculo de confiança com as mesmas, tornando-se difícil atuar como intermediário do diálogo, na busca da solução do conflito.

No que tange à aceitação e confiança das partes, para que haja mediação é preciso que os litigantes estejam dispostos a permitir a intervenção do terceiro (mediador) no conflito. A aceitabilidade implica que as partes admitem a presença do mediador e, conseqüentemente, estão dispostas a permitir que este as auxilie no estabelecimento de um processo comunicacional construtivo e colaborativo entre os interessados.

Por outro lado, não há como se desenvolver o processo de mediação caso não seja estabelecido um elo de confiança entre as partes e o mediador. Essa relação de confiança deve ser construída pelo mediador rapidamente e deve perdurar durante todo o desenvolvimento do procedimento.

A partir da confiança estabelecida o mediador terá oportunidade de auxiliar às partes a reconhecer as vantagens e a importância de buscarem uma decisão construída de forma a satisfazer o máximo possível dos interesses em jogo.

Não há como desenvolver-se um processo de mediação efetivo sem que o mediador esteja autorizado, pelas partes, a intervir. O mediador intervém ao se colocar entre as pessoas ou os grupos em disputa, com a intenção de ajudá-los a solucionar o conflito.

Moore (1999, p. 28) afirma que o mediador intervém buscando:

[...] alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituoso, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais, proporcionando conhecimento ou informação, ou usando um processo de negociação mais eficiente e, assim, ajudando os participantes a resolverem questões contestadas.

Na mediação, o terceiro não detém o poder de obrigar as partes a resolverem suas controvérsias. As partes participam do procedimento de mediação voluntariamente, enquanto acreditam que poderão obter uma solução adequada para o conflito.

Ao mediador cabe demonstrar e convencer as partes das vantagens da mediação, assim como empregar os esforços necessários, por meio do emprego das técnicas e ferramentas adequadas para cada situação, com o intuito de permitir que os participantes possam avaliar as

suas reais necessidades e interesses, ajudando-os a construir uma resposta satisfatória para o conflito e que esteja de acordo com os padrões de justiça. O mediador intervém de maneira a influenciar na tomada das decisões, sempre com o intuito de colaborar para que as partes possam construir uma decisão satisfatória para ambas.

A mediação e a conciliação passaram a ter tratamento distinto no Poder Judiciário a partir da resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por meio da referida resolução o CNJ estabeleceu uma política pública para o Poder Judiciário com o intuito aparente de incorporar tais práticas consensuais na atuação do próprio Poder Judiciário, seja por meio das mediações e conciliações endoprocessuais ou extraprocessuais.

Assim a resolução nº 125/2010 do CNJ estabelece, entre outras medidas:

- a) a necessidade de estabelecimento dos Núcleos Permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos pelos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação. Segundo relatório anual do CNJ (2015), todos os Estados da Federação já criaram e organizaram os seus respectivos Núcleos;
- b) que os Tribunais de Justiça dos Estados instalem centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (CEJUSC) com a finalidade de promover conciliações e mediações pré-processuais e endoprocessuais, entre outras atividades. Segundo o CNJ no seu relatório anual (2015, pp. 118-119) todos os Tribunais de Justiça já instalaram pelo menos um destes CEJUSCs e em 2015 já existiam 500 deles implantados no Brasil;
- c) da forma de admissão dos mediadores e conciliadores que atuarão nos Centros e dos mediadores e conciliadores judiciais, indicando a formação obrigatória para compor os quadros de auxiliares da justiça do Poder Judiciário. A admissão dos mediadores e conciliadores depende de curso de formação com carga horária mínima e conteúdos definidos na resolução. Também submete os mediadores e conciliadores judiciais e dos Centros a um código de ética incorporado ao texto da resolução;
- d) o estabelecimento da comunicação e de vínculos com diversos órgãos públicos e privados, inclusive de ensino, buscando

estimular a cooperação que possa desenvolver uma cultura pacífica de solução de conflitos e estimular a participação de quadros para os Centros e para a mediação e conciliação judicial;

e) estabelecer uma política de informação e de estatística de utilização da mediação e da conciliação judicial e pré-processual pelos Centros que deverá ser alimentada pelos Tribunais de Justiça dos Estados e difundida pelo CNJ. Na mesma linha a resolução nº 125 determina a criação, pelo CNJ, do portal da conciliação, com a função de tornar transparente e continuamente discutida a política para a implementação de uma cultura pacífica de solução de conflitos.

Conciliação

A conciliação, como a mediação, destaca a participação de um terceiro que não possui o poder de intervir na relação obrigacional e emitir declaração de vontade própria que vincule as partes. Apenas a manifestação volitiva das partes pode colocar fim a disputa.

Ao conciliador cabe propor e encaminhar soluções para o conflito, deixando a decisão para as partes.

Para Highton e Álvarez (1998, p. 120):

[...] la conciliación consiste en un intento de llegar voluntariamente a um acuerdo mutuo en que puede ayudar un tercero quien interviene entre los contendientes en forma oficiosa y desestructurada, para dirigir la discusión sin un rol activo.

A opção pela conciliação acarreta: a participação de um terceiro imparcial, designado conciliador; o estabelecimento e a disponibilidade do procedimento pelas partes; a necessidade da construção de uma relação de confiança entre o conciliador e os interessados; a intervenção do conciliador no processo de conciliação; a voluntariedade da participação das partes na conciliação; a confidencialidade do procedimento.

Na conciliação, tal como ocorre na mediação, não são praticados atos de jurisdição.

Diante de tantas proximidades entre as características da conciliação e da mediação, é natural que se encontrem certas dificuldades

na diferenciação entre os dois institutos. Embora em alguns países não haja a distinção entre estes dois institutos, no Brasil, eles possuem particularidades próprias, como aponta o Novo Código de Processo Civil ao definir as funções de mediador e conciliador, na sua seção V.

O art. 165, parágrafo 2º do Novo CPC determina que, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Já o parágrafo 3º do mesmo artigo, determina que o mediador 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.

Em linhas gerais poder-se-ia determinar que a conciliação poderia ser diferenciada da mediação pelas seguintes particularidades:

Primeiro, na conciliação seria permitida a apresentação de sugestões por parte do conciliador, enquanto que, na maioria das mediações, o mediador apenas restabelece o contato entre as partes, não fazendo sugestões; segundo, na maioria dos casos, a conciliação ocorre em uma única reunião, enquanto que a mediação, tem uma tendência em ocorrer em mais de uma sessão; outra diferença é que, a conciliação é recomendada, principalmente, para conflitos pontuais, onde não há um vínculo significativo entre as partes, enquanto que a mediação é mais eficaz para resolver conflitos de caráter continuado, onde há um vínculo significativo no passado e a relação continuará importando no futuro. Pode-se dizer que, como uma quarta diferenciação, que a conciliação visa um acordo, enquanto que a mediação visa a preservação das relações entre as partes.

Sob a perspectiva de Serpa (1999, p. 20), poderia se afirmar ainda que, o papel do conciliador é mais ativo, o que lhe permite interferir diretamente no mérito da disputa, pois o mesmo “[...] trabalha pelo convencimento da parte recalcitrante, em aceitar o que, segundo seu julgamento, é legal ou de direito”.

Para Souza (2012, p. 72):

Salientam-se como diferenças principais entre mediação e conciliação:

a) o fato de que os critérios discutidos entre o conciliador e as partes para obtenção do acordo, normalmente, se resumem aos parâmetros legais, e não se costuma investigar as causas e interesses subjacentes ao conflito; b) o fato de que espera do conciliador uma postura mais ativa na condução das partes a um acordo (ao passo que o mediador deve ser mero facilitador do diálogo).

Na mediação, a intervenção do terceiro busca fazer com que as partes concentrem o seu foco na resolução dos problemas (conflito) por meio de técnicas e ferramentas próprias da atuação do mediador. Na mediação é preciso reconhecer e legitimar a ação dos demais agentes já que o conflito só poderá ser resolvido se houver possibilidade de combinar o máximo possível de interesses próprios com os interesses dos demais. Na mediação somos confrontados pelas nossas diferenças e semelhanças em relação aos demais agentes e o mediador busca que as partes compreendam que a realidade designada conflito se apresenta de maneiras diferentes para cada um em razão das diferenças de percepção.

Por outro lado, a intervenção do terceiro na conciliação está centrada no objeto da disputa. O conciliador busca convencer as partes a encontrarem uma saída para o conflito por meio do acordo, independente do grau de satisfação das partes quanto ao resultado construído e, também, em relação à possibilidade de continuidade ou não da litigiosidade entre os agentes.

A diminuição do grau de litigiosidade das partes é um objetivo a ser perseguido na mediação para permitir a construção de uma solução duradoura, enquanto na conciliação o terceiro busca principalmente induzir as partes a findarem o conflito, ainda que remanesça animosidade entre os litigantes (o que porventura poderá vir a gerar novas tensões e conflitos).

***Rent a judge* (juízes privados)**

O *rent a judge* se apresenta como uma forma de administração de conflitos que em certas situações se próxima da conciliação e em outras da arbitragem. Isso porque as partes podem ou não atribuir poderes de obrigatoriedade da opinião apresentada pelo terceiro em relação ao

conflito que lhe foi apresentado.

Dessa forma apesar de se situar o *rent a judge* como meio consensual, reconhece-se a possibilidade do instituto também ser descrito como heterocomposição, dependendo sempre dos poderes atribuídos pelas partes ao terceiro.

Conforme Highton e Álvarez:

Por lo menos en 48 jurisdicciones de los Estados Unidos se permite la derivación de casos por consenso de ambas partes a un juez privado, aunque difieren los Estados respecto del tipo de cuestiones de hecho o de derecho que pueden someterse a este procedimiento [...].

Para Kim (1994, p. 166), o *rent a judge* ganha importância durante os anos oitenta (80), dentro do modelo de privatização dos serviços públicos, incluindo também a justiça.

Um dos elementos centrais da diferença entre os juízes estatais e os juízes privados é em relação a quem paga o serviço. Nos Estados Unidos, os honorários dos juízes privados são pago pelos próprios interessados ou, em certas situações, pelos Estados.

No Estado da Califórnia, o *rent a judge* também pode ser apontado e pago pelo Estado, quando este tem interesse em resolver a questão fora do Poder Judiciário, principalmente nos casos que envolvem certos agentes estatais.

Conforme Kim (1994, p. 174), as causas mais comuns submetidas a *rent a judge* são os divórcios e os conflitos comerciais mais complexos, em razão da sua celeridade, privacidade, possibilidade de ter um especialista conduzindo o procedimento.

Um dos elementos de diferenciação do *rent a judge* em relação à arbitragem seria que não é possível atribuir ao julgador a possibilidade de decidir fundamentado em equidade, mas somente com base no Direito e em precedentes legais.

No *rent a judge*, o terceiro, que atua ou não com poderes decisórios, é alguém com experiência prévia em julgar. Normalmente são juízes aposentados ou antigos juízes que abandonaram a carreira para se dedicar a outras atividades, inclusive o de juiz privado.

O procedimento adota a forma escolhida pelas partes segundo suas necessidades e é em regra confidencial.

A utilização do *rent a judge* na Califórnia (Estado precursor na sua utilização) gerou certos problemas para o Poder Judiciário local já que um número relativamente significativo de juízes estatais, com experiência, optou por abandonar a magistratura para se dedicar exclusivamente ao *rent a judge*, que gera remunerações mais substanciais em comparação aos vencimentos dos magistrados⁷.

Ombudsman

O instituto do *ombudsman* surgiu na Suécia ainda nos primórdios do século XIX. Para Cappelletti e Garth (1988, p. 139), o *ombudsman* na Suécia atua como um intermediário entre o administrado e a administração pública nas questões atinentes a certas modalidades de aplicação e interpretação sobre os direitos dos administrados a certos benefícios sociais. Dessa forma é possível o estabelecimento de um veículo de comunicação direta onde os administrados podem questionar as condutas dos administradores e “promover remédios para as vítimas de abusos da arbitrariedade administrativa”. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 139).

Tal atuação se expandiu na própria Suécia e nos países escandinavos para uma concepção mais abrangente de atuar como um mediador entre os consumidores de serviços públicos e as empresas prestadoras de tais serviços, sejam estas públicas, mistas ou privadas.

A sua atuação é predominante no equacionamento de conflitos intergrupos (consumidores x prestadores de serviço, administrados x administração) focando nos conflitos coletivos ou difusos.

Calmon (2007, p. 215) também cita a hipótese de atuação do *ombudsman* em conflitos trabalhistas nas situações de dissídios coletivos ou de ameaça de greve.

É importante destacar que o *ombudsman* não é o protetor do povo, mas alguém que administra os reclamos de grupos da Sociedade Civil contra a atuação do Estado ou de empresas buscando alcançar uma melhoria na prestação de serviços ou na realização e cumprimento de atos de comércio.

Para Highton e Álvarez (1998, p. 130):

Este funcionario supervisa a las oficinas gubernamentales, toma a su cargo las denuncias del público contra la injusticia y la mala administración y tiene poder para investigar, criticar y publicitar, requerir información y revisar documentos, pero no el de revertir la actuación estatal. Puede proponer soluciones a problemas específicos, pero no está facultado para imponer una decisión.

No Brasil, tal função é exercida por uma série de agentes públicos, com maior ou menor grau de efetividade. A figura correlata é a do ouvidor, que existe tanto em órgãos públicos como privados.

As agências reguladoras como a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), entre outras, que possuem atribuições de regulação e vigilância quanto à adequação dos serviços públicos realizados pelas empresas contratadas pelo Estado, bem como servir de intermediário entre as expectativas dos consumidores e a qualidade do serviço público prestados. Ocorre que tais agências reguladoras diferentemente também possuem poder normativo e não meramente consultivo como é a característica do *ombudsman*.

A “cultura da sentença” e suas implicações

Shirley (1987, p. 5) aponta que todos os seres humanos crescem vivenciando pelo menos uma Cultura e, normalmente, inseridos num etnocentrismo⁸. Por cultura têm-se “[...] o conjunto de conhecimentos, crenças e valores de uma sociedade”. (SHIRLEY, 1987, p. 05).

Como também expressão de uma cultura um grupo social estabelece meios aptos a realizar a justiça, para promover a administração dos conflitos sociais e restabelecer a paz social.

Se num primeiro momento esses meios são instrumentos de reafirmação dos valores socialmente aceitos como justiça, ordem, segurança, entre outros, com o tempo acabam por se incorporar a própria cultura social. É o que ocorreu com a utilização da forma judicial (julgamento por

⁷ Conforme: <<https://goo.gl/5J77H3>>.

⁸ O sentido de etnocentrismo é “[...] a ideia de que a própria cultura e crenças de cada um são ‘a verdade’ ou, pelo menos, a maneira superior de lidar com o mundo. (SHIRLEY, 1987, p. 05).

juízes) que, paulatinamente no Brasil, como em outros países ocidentais, tornou-se o meio preponderante de administração dos conflitos jurídicos.

Assim por “cultura da sentença” se procura designar a crença socialmente estabelecida e aceita de que a forma mais eficaz de se promover a realização dos valores juridicamente protegidos e de se alcançar a pacificação social se dá por meio das atuações e das decisões adjudicadas (sentenças) proferidas pelos juízes.

Não é um dos objetivos do trabalho analisar como historicamente se construiu no Brasil a referida cultura. Têm-se, entretanto, que tal cultura foi trazida para o Brasil durante a colonização por Portugal, momento no qual se iniciou a implantação do modelo que mais tarde se transformou em parâmetro cultural de gerenciamento de conflitos e que continuou a ser reproduzido mesmo após o Brasil ter se tornado um Estado independente.

Highton e Alvarez (1998, p. 99), ao definir o modelo de administração dos conflitos por meio do processo judicial, apontam que, “el proceso judicial es más que nada, un debate entre abogados donde las partes, en lo substancial, quedan excluidas y en el cual, finalmente, un tercero – el juez – toma la decisión que es obligatoria para ellas”.

Para Watanabe (2007, p. 07), no Brasil existe a “cultura da sentença” uma vez que, “os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos”.

Também é certo que não se pode pensar em “cultura da sentença” sem levar em conta os fatores econômicos, políticos, sociológicos, antropológicos, psicológicos, entre tantos outros, que influenciaram o estabelecimento do padrão cultural de se buscar a satisfação dos objetivos juridicamente protegidos por meio do processo judicial e da sua decisão (sentença).

Ocorre que o modelo desenvolvido no Brasil e fundamentado na “cultura da sentença” é objeto de diversas críticas.

Para Lima Filho (2003, p. 278):

O uso, quase que exclusivo, do processo jurisdicional estatal para solução dos conflitos – resultado de uma cultura jurídica extremamente dogmática, que vê na lei estatal praticamente a única fonte de direito –, tem provocado custos não apenas econômicos para os que se valem do processo, como também um sentimento de angústia social e frustração para aqueles que deixam de buscar seus direitos

e a solução de seus conflitos gerados pelo não atendimento de seus interesses, frente às, quase intransponíveis, dificuldades para as camadas menos favorecidas da população, o que motiva o cidadão a desiludir-se com o que costuma chamar de “justiça”.

Conforme Calmon (2007, p. 03):

A denominada ‘crise da justiça’ ocupa espaço crescente na agenda política e acadêmica. A sociedade, em muitos países, demonstra estar insatisfeita com o serviço público de justiça, que não atende adequadamente às suas necessidades, tanto na área cível como na penal. Queixa-se da ausência de justiça ou da sua morosidade, bem como da ineficácia de suas decisões. Resolver esse problema é um desafio a ser vencido de forma complexa e coordenada, não sendo sábio esperar que uma só iniciativa venha servir de panaceia para males tão fortemente enraizados.

Grinover (2007, p. 02) aponta que o serviço de justiça prestado no Brasil, onde prepondera a utilização do processo judicial, encontra-se em crise em razão da demora, da burocratização, custo, mentalidade dos juízes, falta de informação adequada dos consumidores da justiça, problemas na gratuidade do processo que, entre outros aspectos, incrementam o distanciamento entre os juízes e a Sociedade.

Dados de pesquisa inseridos no Índice de Confiança na Justiça no Brasil⁹ (ICJ Brasil) da Fundação Getúlio Vargas do primeiro semestre de 2016 colhidos em oito (8) Estados da Federação sobre a credibilidade e satisfação da população quanto ao serviço de justiça prestado pelo Poder Judiciário no Brasil indicam que apenas vinte e nove por cento (29%) da população acredita e está satisfeita com o trabalho dos juízes, ainda que quarenta e seis por cento (46%) considerem os juízes honestos. (ICJ BRASIL, 2016, pp. 15-17).

Também foi alto o percentual de entrevistados que já havia (pessoalmente ou alguém que residia no seu domicílio) ingressado com pelo menos um processo judicial para atingir objetivos juridicamente protegidos. Para o grupo de pessoas que ganhava até um salário mínimo o percentual de ajuizamento foi de trinta e dois por cento (32%), de um a quatro salários mínimos o percentual foi quarenta por cento (40%), de quatro a oito salários mínimos o percentual foi de trinta e sete

9 ICJ BRASIL. Disponível em: <<https://goo.gl/6MPXSL>>. Acesso em: 24/09/2017.

porcento (37%) e acima de oito salários mínimos o percentual foi de quarenta por cento (40%). (ICJ BRASIL, 2016, p. 16).

Também no ICJ Brasil (2016, p. 14) é possível identificar a disseminação da “cultura da sentença” entre a população. Em caso de conflitos relativos a consumo, relações de trabalho, vizinhança, relações com a administração pública, prestação de serviços e questões de família, oitenta por cento (80%) dos entrevistados buscava o Poder Judiciário (e o processo judicial) como instrumento para administrar tais conflitos. O número é espantoso no que se refere às relações de consumo em que noventa e dois por cento (92%) buscava o Poder Judiciário para satisfazer os seus objetivos.

Os dados do ICJ Brasil acabam por refletir numa busca do jurisdicionado pelo processo e pela sentença que acaba por inundar o sistema de justiça com os mais variados tipos de pretensão, sejam estas razoáveis ou não. Como exemplo dessa judicialização desarrazoada têm-se a notícia de uma pessoa que buscou o Poder Judiciário visando uma sentença que determinasse ao Serviço Único de Saúde (SUS) que pagasse pelo custo de um medicamento de alto custo para a cadela de estimação¹⁰.

Dos referidos dados do ICJ Brasil é possível compreender a força inercial do padrão designado como “cultura da sentença” afinal os mesmos entrevistados que desconfiam da instituição Poder Judiciário não conseguem vislumbrar outra maneira de administrar os seus conflitos

jurídicos senão por meio de uma decisão adjudicada (sentença) proferida por um juiz. A contradição acima identificada se reflete nos números da “cultura da sentença” no Brasil.

Conforme o relatório do CNJ de 2017¹¹, relativo ao ano de 2016, os gastos com a justiça no Brasil passaram de 51,2 bilhões de reais em 2009 para 84,8 bilhões de reais em 2016, sendo que 48,1 bilhões de reais foram gastos com as justiças estaduais. O valor do gasto correspondeu a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) e o custo da justiça por habitante no Brasil foi de R\$ 315,52 em 2009 para R\$ 411,73 em 2016.

Tramitavam no Brasil em 2016 79,7 milhões de processos judiciais, sendo que em 2009 eram 59,1 milhões.

10 COLUCCI, Claudia. *Família pede na justiça que SUS dê remédio de alto custo para cadela*. Disponível em: <<https://goo.gl/Behm89>>. Acesso em: 24/09/2017.

11 *Justiça em números 2017*. Disponível em: <<https://goo.gl/kd5evy>>. Acesso em: 10/09/2017.

Apesar de em 2016 terem sido finalizados, por sentença, 29,4 milhões de processos judiciais, no mesmo ano ingressaram outros 29,4 milhões de processos judiciais.

O número de juízes passou de 15.946 em 2009 para 18.011 (incluindo-se os tribunais superiores) em 2016. Em 2016, o Poder Judiciário possuía 279.013 servidores e 145.321 trabalhadores auxiliares.

Dos trabalhadores auxiliares a quantidade de conciliadores/mediadores é de aproximadamente 10 mil. Os conciliadores e mediadores judiciais são servidores técnicos do próprio Poder Judiciário que são deslocados de suas funções administrativas para atuar como conciliadores e mediadores, principalmente nos juizados, além de pessoas externas ao Poder Judiciário que atuam como conciliadores e mediadores voluntários.

Apesar dos números de processos findados em 2016 serem relevantes é preciso entender que os juízes atualmente trabalham com metas estabelecidas (que impactam as promoções dos magistrados) e para cumpri-las alguns utilizam de expedientes que não são passíveis de verificação nas estatísticas do CNJ.

Para o ano de 2017 eram sete metas sendo que entre elas encontrava-se: a) julgar mais processos que os distribuídos; b) julgar processos mais antigos¹².

Uma das maneiras utilizadas por alguns juízes para alcançar o cumprimento das metas foi o de agrupar uma série de processos referentes a temas de menor complexidade ou referentes a demandas repetitivas e concentrar a atividade de decidir nesses processos. Consegue-se, com isso, um número elevado de sentenças sem que o estoque de processos de maior complexidade novo e mais antigo seja analisado (postergando-se sua análise para um futuro indefinido). Outro recurso ainda utilizado também é o de proferir sentenças processuais que promovem a extinção do processo sem a resolução de mérito.

Se de um lado alguns magistrados criam meios para atingir as metas estabelecidas, por outro lado é possível identificar os principais responsáveis pelo excesso de litigância (polo ativo e passivo das demandas) no Brasil, sendo o próprio Estado (União, Estados e Municípios)

12 As metas e os resultados de 2017 divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) estão disponíveis em <<https://goo.gl/qBaLzV>>, acesso em 27/09/2017.

o maior litigante, sendo seguido pelos Bancos e pelas Operadoras de Telefonia (móvel e fixa)¹³.

Por tais números é possível fazer um retrato e ter uma dimensão do custo do modelo atual de primazia da decisão adjudicada por um juiz. O modelo é criticado em vários aspectos como a sua morosidade, formalidade, efetivação etc.

Ainda que se busque corrigir alguns desvios do modelo atual designado como “cultura da sentença” por meio de reformas no processo judicial, inclusive com a adoção de um novo diploma processual civil, surge uma insatisfação quanto aos resultados produzidos pelo próprio modelo que empodera por demais o Poder Judiciário em detrimento dos indivíduos e dos grupos sociais (Sociedade Civil).

A partir dessa insatisfação coletiva no Brasil é que a resolução nº 125 do CNJ veio respaldar uma possibilidade de mudança do sistema de justiça: da primazia da “cultura da sentença” para uma “cultura do consenso”, incrementando a importância dos métodos consensuais na administração dos conflitos e procurando destacar a sua importância para a transformação do sistema de justiça.

É sabido que a construção da “cultura da sentença” não ocorreu da noite para o dia assim como não ocorrerá à transformação para um novo modelo que atribui ênfase a participação dos próprios interessados na solução dos conflitos.

Os entraves à substituição da “cultura da sentença” por uma “cultura do consenso”

Para a transformação do modelo atual da “cultura da sentença” para um novo, fundamentado na “cultura do consenso”, uma série de medidas primordialmente educativas terá que ser adotada, para além daquelas adequações estabelecidas na Resolução nº 125 do CNJ.

Legislações ainda recentes, como os dos Juizados Especiais (Lei nº 9099/95), da Arbitragem (Lei nº 9307/96 e Lei nº 13129/15), do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13105/15) e da Mediação (lei nº 13140/15) visam auxiliar essa possibilidade de transformação de

cultura ao reconhecer e atribuir uma importância maior a outras modalidades de administração dos conflitos (principalmente aquelas decorrentes do consenso das partes) e não só ao processo judicial.

Tais legislações, entretanto, por si só não educam as partes a buscar a satisfação dos seus interesses de outras maneiras que não pela via primordial do processo judicial. É preciso implementar uma série de modificações, principalmente no que tange a educação das pessoas, a serem aplicadas por um longo período de tempo, para que o modelo atual venha a se transformar numa cultura mais ampla de administração dos conflitos.

Os entraves ao desenvolvimento de uma “cultura de consenso” podem ser classificados em duas ordens distintas: institucionais e pessoais.

Os entraves institucionais são aqueles produzidos por estruturas e por comportamentos repetidos, estáveis e reconhecidos socialmente. São entraves praticados por Instituições de ensino, religiosas, políticas, sociais, jurídicas, entre outras que criam obstáculos à possibilidade dos próprios interessados tomarem para si a decisão relativa ao seu conflito de interesses.

Os entraves pessoais são aqueles decorrentes do conflito de consciência dos indivíduos que os impedem de modificar os próprios comportamentos na administração dos conflitos.

Identificados os entraves institucionais ou pessoais é preciso estabelecer um planejamento das ações necessárias a superação de tais entraves que justamente permitem a manutenção da cultura associada ao “*status quo*”.

Entre as ações sugeridas para a superação dos entraves é possível destacar:

- 1) A educação dos próprios agentes do Poder Judiciário sobre a necessidade de transformação do modelo vigente por outro em que as próprias partes assumam o protagonismo, controlando o procedimento e decidindo o conflito. Tal ação já se encontra respaldada na legislação e requer, como prevê a resolução nº 125, uma série de cursos de formação para que os agentes do Poder Judiciário conheçam, incorporem e, eventualmente, se habilitem a utilização de técnicas consensuais de administração dos conflitos, seja por meio da mediação ou da conciliação, pré-processual ou endoprocessual.

A educação dos meios consensuais de administração dos

¹³ Dados apontados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e disponíveis em <<https://goo.gl/gMSS6t>>, acesso em 27/09/2017.

conflitos para os agentes públicos do Poder Judiciário (juízes, servidores e auxiliares) é um dos passos necessários para quebrar resistência a uma transformação da cultura.

Os cursos oferecidos pelos Tribunais de Justiça para a formação e a atualização dos quadros de mediadores e conciliadores judiciais devem buscar alcançar, além da carga horária prevista na resolução nº 125 do CNJ, níveis de qualidade e de excelência que permitam uma real formação dos referidos quadros (e não uma mera aparência de formação).

É preciso cuidar da qualidade dos cursos que são oferecidos. Sabe-se, inclusive, que a mera formação de agentes (mediadores e conciliadores) em tais cursos não cria necessariamente uma massa de mediadores e de conciliadores capazes e habilitados para atuar adequadamente no emprego dos meios consensuais. Em cada curso de formação, de atualização e nas atividades práticas, com o tempo, será possível identificar os agentes que detém a “expertise” necessária para atuar como mediador ou como conciliador. Dessa forma é preciso construir mecanismos (peneiras) que separem aqueles que formalmente realizaram a formação daqueles que, após a formação, demonstram as aptidões necessária para atuar como mediador ou como conciliador. Assim como nem todos que se formaram em cursos jurídicos podem atuar como advogados, juízes, promotores etc, nem todos que fizeram os cursos de formação necessariamente serão conciliadores ou mediadores.

Também é preciso criar mecanismos de atração para que os “verdadeiros” mediadores e conciliadores possam desenvolver suas habilidades. Uma delas é o estabelecimento de boas câmaras privadas e públicas de mediação e de conciliação que possam oferecer seus serviços aos interessados tanto na esfera pré-processual como na endoprocessual e que sejam remunerados pelas próprias partes ou pelo Estado, conforme a situação. O Estado de São Paulo já possui legislação (Lei nº 15804/15) que regula a jornada de trabalho e a remuneração dos mediadores e conciliadores que compõem os quadros dos CEJUSCs no Estado, apesar de restringir a jornada remunerada em 16 horas semanais (o número de horas excedentes acaba

por ser computado como atividades voluntárias)¹⁴.

Outro mecanismo importante é a criação de carreiras próprias de mediador e de conciliador judicial, a serem preenchidas por concurso público seja em regime parcial como em regime integral. Dessa maneira, o Poder Judiciário teria o seu próprio quadro de profissionais treinados e habilitados a atuar nas etapas consensuais pré-processuais e endoprocessuais.

Outra ação voltada para a transformação da cultura seria a introdução, nos concursos públicos de ingresso as carreiras do Poder Judiciário, da obrigatoriedade de um certo número de questões sobre o emprego de outros meios de administração dos conflitos.

É preciso que o Poder Judiciário compreenda que as transformações da cultura vigente vão gerar, inexoravelmente, uma perda de importância da forma judicial de administração dos conflitos, gerando uma maior proeminência dos métodos consensuais, principalmente das negociações, mediações e conciliações extraprocessuais (busca do acordo sem que os interessados tenham intenção de se valer da via adjudicada para resolver suas pendências).

Também se faz necessário a conscientização de parte da magistratura sobre a importância dos meios consensuais. Em Santa Catarina, há relatos de magistrados que ainda mantém a estrutura formal das conciliações (tempo reduzido de audiência sem possibilidade de prorrogação ou de redesignação para continuidade; fórmula geral com a mera pergunta se as partes têm ou não propostas de acordo; etc) além da recusa em remeter conflitos afeitos a mediação para os mediadores judiciais credenciados. Em algumas situações, os entraves criados pelos magistrados se explicam pelas descresças pessoais nos meios consensuais; pela ideologia de acreditar que os meios consensuais não devem ser oferecidos pela estrutura do Poder Judiciário e sim fora dela e pelo fato de que os conflitos de menor complexidade são propícios aos cumprimentos de metas e, portanto, devem ser solucionados por sentença ao permitirem que o magistrado cumpra as metas

14 Disponível em: <<https://goo.gl/8pgYG9>>. Acesso em: 27/09/2016.

de sentenças estabelecidas pelo próprio CNJ, metas estas necessárias as suas promoções futuras.

2) A profissionalização de mediadores e conciliadores para atuar tanto de forma pré-processual como nas etapas endoprocessual é basilar para que se desenvolva uma massa de agentes (conciliadores e mediadores) preparados para o emprego adequado das técnicas características de tais meios consensuais. Não basta que a formação e profissionalização seja realizada apenas pelo Poder Judiciário. É preciso que outros órgãos relevantes do sistema de justiça como Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia do Estado e mesmo a própria Administração Pública transformem a sua maneira de atuar na administração dos conflitos.

Também nessas outras esferas de atuação do Estado, reconhecidas as suas peculiaridades (já que por vezes prepondera a atuação em questões atinentes a direitos indisponíveis) é possível incorporar as práticas consensuais e criar os mecanismos necessários para o seu desenvolvimento: formação e atualização de profissionais e criação de quadros próprios de conciliadores e de mediadores;

3) A transformação da cultura também passa pela atuação das organizações de profissionais do sistema de justiça. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), apenas como um exemplo, necessita criar instrumentos de construção e de difusão de uma cultura consensual de administração dos conflitos. As escolas superiores da advocacia (tais como as escolas da magistratura e do Ministério Público) são meios importantes para a educação dos profissionais de forma que muito podem auxiliar na transição da cultura. Para tanto podem oferecer os cursos necessários à formação e a educação dos advogados para o emprego das técnicas consensuais de administração dos conflitos. É sabido que nos procedimentos consensuais a postura do advogado é importante e distinta da que adota em procedimentos adversariais.

O desconhecimento sobre a forma adequada de atuação poderá tornar o advogado uma barreira ao emprego dos meios consensuais.

Assim, é preciso que a formação profissional oferecida pelas escolas superiores da advocacia também se volte para a educação do advogado na sua atuação em procedimentos consensuais rompendo com a postura dominante atualmente. Em consulta realizada a Escola Superior da Advocacia de Santa Catarina (ESA/SC), para a presente pesquisa, constatou-se que no último ano (2015/2016) não foi oferecido qualquer curso na ESA/SC sobre os meios consensuais de administração de conflitos. Em contrapartida estão agendados nas subseções (de setembro até novembro de 2016) 14 cursos presenciais com temas relativos ao processo (civil)¹⁵.

Outro aspecto importante para a transformação da cultura é a necessidade do exame de ordem, que habilita a exercício da advocacia, tenha uma quantidade relevante de questões sobre outros instrumentos administração dos conflitos (arbitragem, mediação, conciliação etc);

4) A resolução nº 125 do CNJ também destaca a importância dos Cursos de Direito contribuírem para a formação de um operador do direito conhecedor de outras técnicas para a administração dos conflitos. O currículo atual dos cursos de direito contribui para a reprodução da cultura da sentença. Em torno de 20 a 25% do conteúdo de formação dos futuros operadores do direito¹⁶ destaca o ensino do processo e, conseqüentemente, a utilização da forma judicial como o pilar central do sistema de justiça brasileiro. Para Watanabe (2011, p. 5):

[...] estratégias para geração da nova mentalidade e da cultura da pacificação, inclusive com criação pelas faculdades de direito de disciplinas específicas para capacitação dos futuros profissionais do direito em meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação.

Pozzatti Jr; Maillart e Santos (2015, pp. 83-90) ao analisarem o currículo de 40 importantes Cursos de Direito nos Estados do sul do Brasil (Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná) e no

15 Informação obtida em: <<https://goo.gl/8NtRrq>>. Acesso em: 24/09/2016.

16 Inclui-se no percentual atribuído para a formação em processo uma parte relevante da carga horária cumprida pelos alunos dos Cursos de Direito nos Núcleos de Prática Jurídica.

Estado de São Paulo verificaram que apenas perto de um terço possuem alguma disciplina obrigatória com conteúdo voltado para o ensino de outros meios de administração dos conflitos. Também constataram que doze (12) dos Cursos tinham pelo menos uma disciplina optativa (facultativa) com o conteúdo de formação em outros métodos de administração dos conflitos. Não podiam afirmar, entretanto, que as referidas disciplinas optativas eram frequentemente oferecidas aos alunos. Por fim, reconheceram que 15 Cursos de Direito não ofereciam qualquer disciplina obrigatória ou facultativa sobre meios alternativos. Ao fazer uma análise nos Cursos de Direito que ofereciam disciplinas obrigatórias de meios alternativos, acabaram por verificar que em todos a carga horária das disciplinas era de dois (2) créditos (entre 30 e 40 horas) ou inferior.

Fica evidente que a obrigatoriedade de conteúdos relativos a outros meios de administração de conflitos é relevante para que a formação dos futuros operadores do direito não seja no sentido de reproduzir a cultura da sentença. Não basta, entretanto, para que se possa transformar a cultura vigente, que seja uma formação meramente teórica, com carga horária ínfima. A formação deve envolver também a prática simulada e real, via Núcleo de Prática Jurídica ou projetos de extensão continuados, para que o aluno deixe o Curso de Direito com conhecimento suficiente para atuar, em campos distintos, no emprego de outros métodos de administração dos conflitos, principalmente os consensuais. É preciso que a formação e a discussão nos Cursos de Direito seja compatível com a transformação do modelo atual para uma cultura mais ampla de administração dos conflitos, rompendo com o paradigma da superioridade da forma judicial como base do sistema de justiça brasileiro. A discussão não deve, entretanto, ficar circunscrita ao currículo dos Cursos de Graduação em Direito. Também na pós-graduação, seja *“lato sensu”* ou *“stricto sensu”* os conteúdos relativos a uma administração mais ampla dos conflitos devem ser incentivados, criando uma discussão permanente sobre o modelo de justiça desejado no Brasil e sobre os aperfeiçoamentos necessários para o sistema de justiça. Disciplinas de meios consensuais, arbitragem, justiça

restaurativa, entre outras, devem ser reconhecidas, pelos Cursos de Direito, como relevantes na formação e aperfeiçoamento dos futuros profissionais do Direito.

Não há qualquer dúvida que a transformação da cultura da sentença para uma cultura mais ampla (multiportas) de administração dos conflitos passa necessariamente por uma mudança na formação e na educação da comunidade jurídica.

A presente pesquisa não tem a pretensão de acreditar que identificou todos os entraves ao estabelecimento de uma “cultura do consenso” e que as propostas acima indicadas esgotem os meios que poderiam ser utilizados na transformação pretendida.

O que se verifica nas propostas apresentadas é uma reflexão ampliada sobre como se dá a formação dos operadores do direito e como é imprescindível realizar mudanças nessa formação para se buscar a transformação cultural.

Também não existe ilusão de que a mudança de cultura na comunidade jurídica venha a ser suficiente para a transformação da cultura de administração dos conflitos.

Para além das mudanças que devem ocorrer na comunidade jurídica também devem ser realizadas outras ações em que a transformação cultural atinja outras instituições. Para tanto se faz necessário a difusão da formação e da educação na utilização dos meios consensuais para administrar conflitos sociais importantes, tais como: a) de vizinhança (nas associações de bairro e comunitárias); b) conflitos escolares (decorrentes das relações: servidor $\times$ servidor, servidor $\times$ aluno, aluno $\times$ aluno etc.); c) conflitos decorrentes da prestação dos serviços públicos (comunidade $\times$ administração pública ou empresas concessionárias). Estas são algumas das ações sociais que deveriam acompanhar as mudanças sugeridas para a comunidade jurídica.

Quando os dados estatísticos do CNJ demonstrarem uma redução substancial dos processos judiciais ajuizados e em andamento, com um número superior de casos resolvidos por meio de acordos (seja por meio de negociação, mediação ou conciliação – extraprocessual ou judicial), com um grupo alargado de profissionais aptos a operar adequadamente e profissionalmente tais métodos consensuais, será possível acreditar que a transformação da cultura estará se produ-

zindo e que a cultura da sentença deixará de ser o modelo tradicional de administração dos conflitos no Brasil ocorrendo a sua substituição pela cultura do consenso.

Conclusão

Para Edgerton (2002, p. 197), as sociedades:

[...] são capazes também de preservar crenças, valores e instituições sociais que resultam em crueldade sem sentido, sofrimento desnecessário e monumental estupidez em suas relações internas, com outras sociedades e com o ambiente físico onde vivem. As pessoas nem sempre são sábias, e as sociedades e culturas que elas criam são mecanismos de adaptação ideais, perfeitamente projetados para prover as necessidades humanas. É um erro sustentar, como o fazem muitos especialistas, que se uma população se apegue a uma crença ou prática tradicional por muitos anos ela necessariamente desempenha papel importante em sua vida. As crenças e práticas tradicionais podem ser úteis, podem até servir como importantes mecanismos de adaptação, mas também podem ser ineficientes, danosas e até letais.

O texto acima pode ser utilizado para se refletir sobre o sistema de justiça que é adotado no Brasil onde a solução dos conflitos jurídicos é direcionada quase que exclusivamente aos juízes. Apesar das reconhecidas mazelas e, por vezes, inoperância, de um modelo alicerçado nas soluções adjudicadas, ainda assim existe uma acomodação que permite a contínua reprodução do referido sistema.

O presente trabalho pretendeu apresentar ponderações acerca da transformação da cultura jurídica brasileira, baseada na utilização do processo judicial e da busca pela decisão adjudicada (“cultura da sentença”), para um novo modelo de coexistência, igualdade e importância entre os vários métodos admitidos no sistema jurídico com destaque para os meios consensuais. A partir desse viés, também pretendeu refletir sobre a formação dos operadores do direito e dos instrumentos imprescindíveis para alcançar as mudanças culturais pretendidas.

Para isso explicou-se, inicialmente, que toda gênese se dá com a disparidade entre o meu e o teu que conjuga o “nosso” conflito. Dessa forma, criado o conflito, surge para as pessoas a necessidade de resolvê-los ou de administrá-los.

No Brasil, como em grande parte do Ocidente, os conflitos são tratados preponderantemente pelo modelo (paradigma) tradicional da forma judicial (decisão adjudicada), oferecido pelo Poder Judiciário. Tal fato impõe aquilo que no trabalho é designado como “cultura da sentença”, isto é, a preponderância da atuação de um terceiro (juiz) encarregado de declarar, de forma impositiva e, verticalizada, dentro de um processo judicial, a quem supostamente pertence o direito.

A persistência da Sociedade nesse modelo de decisão adjudicada por um juiz traz implicações e consequências, tais como: a judicialização prematura de todo e qualquer problema jurídico; um Sistema de Justiça vinculado quase que exclusivamente no Poder Judiciário; uma justiça relativamente morosa e onerosa; uma justiça predominantemente formal; uma justiça adversarial, com pouco estímulo a cooperação dos envolvidos.

Sabe-se que o modelo de imposição da sentença pelo juiz já vigora na cultura brasileira por muito tempo. Ocorre que, atualmente, segundo os dados do CNJ, essa maneira de tratar as demandas está fadada a ineficiência e, por isso, vem sendo repensada.

Reformas no Sistema de Justiça tais como a Resolução nº 125 do CNJ que atribui ao Poder Judiciário o dever de incluir políticas públicas de meios consensuais; novo Código de Processo Civil, que trouxe a mediação e a conciliação para dentro do processo judicial e, o próprio marco regulatório da Lei nº 13.140 sobre a mediação, são alguns dos mecanismos legislativos que buscam transformar a cultura de administração dos conflitos no Brasil.

Assim, por meio das mencionadas medidas legislativas, pretende-se transformar a “cultura da sentença” num modelo mais amplo de administração dos conflitos, com destaque para a via autocompositiva que se designa por “cultura do consenso”.

Entretanto, não pode haver qualquer dúvida que, embora as modificações legislativas sirvam para introduzir a conscientização quanto à necessidade de alteração do Sistema de Justiça no Brasil, tais modificações não podem vir desassociadas de outras medidas, caso contrário se estará apenas diante de um mero discurso de transformação da cultura visando, na verdade, a sua manutenção no formato original. São valiosas as lições de Lampedusa (2002, p. 42) no clássico “O Leopardo” ao ensinar que, por vezes, para “que tudo fique como está, é preciso que tudo mude”.

Assim, sem que haja, de fato, mudanças na formação e na prática dos operadores do direito, sejam eles juizes, promotores, advogados, entre outros, não será possível pensar na transformação do Sistema de Justiça e, tampouco, em modificações na cultura jurídica de administração dos conflitos. Para tanto se faz necessário investir na educação e na capacitação da comunidade jurídica em todas as suas esferas, assim como promover a conscientização dos indivíduos e dos grupos sociais sobre os meios disponíveis para a administração dos conflitos.

Em especial deve-se atentar para os cursos de formação jurídica em todos os seus níveis de forma a romper com a visão tradicional de administração dos conflitos e incluir o aprendizado e a difusão de disciplinas teóricas e práticas focadas em meios amplos de tratamento dos conflitos.

O estudante dos Cursos Jurídicos, no desenvolvimento do aprendizado e depois na sua vida profissional, deve conhecer as ferramentas de cada técnica de administração dos conflitos. É necessário que tenha conhecimento suficiente para, ao se deparar com as situações fáticas trazidas pelas partes, fazer a filtragem do problema e dos interesses em jogo e, posteriormente, encaminhar as pessoas para a utilização dos meios mais adequados a consecução dos objetivos destas.

Dessa forma, não se pretende desconsiderar a importância da adoção das novas medidas legislativas recentes, não obstante se demonstre que a mudança cultural na administração dos conflitos passa necessariamente pela educação e pelo alinhamento da comunidade jurídica e da Sociedade.

Referências

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

ARNAUD, André-Jean; DULCE, Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.

BORDEAU, Georges. *O estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. *Negociación y mediación*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

CALCATERRA, Rubén A. *Mediación estratégica*. Barcelona: Gedisa, 2002. CALMON, Petrónio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Ja-

neiro: Forense, 2007.

CAMPANELLA, Tommaso. *A cidade do sol*. São Paulo: Martin Claret, 2004. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARAM, María Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. *Mediación: diseño de una práctica*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2017: ano base 2016*. Brasília : CNJ, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/JX6MPb>>. Acesso em: 10/09/2017.

_____. *Relatório 100 maiores litigantes*. Brasília : CNJ, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/2d9azx>>. Acesso em: 10/09/2017.

EGGER, Ildemar. *Cultura da paz e mediação*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*. V. 1, Rio de Janeiro: Zahar, 2011. ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2005.

ESTADO DE SÃO PAULO. Lei nº 15804 de 22 de abril de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/8ZFxrP>>. Acesso em: 27/09/2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil – 1º semestre 2016*.

Disponível em: <<https://goo.gl/Lwov5P>>. Acesso em: 10/09/2017.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier; SAÉNZ LÓPEZ, Karla Annett Cynthia. *Métodos alternos de solución de controversias*. México: Compañía Editorial Continental, 2007.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coordenadores). *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.

EDGERTON, Robert B. Crenças e práticas tradicionais: algumas são melhores do que as outras. In HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel P. *A cultura importa*. Rio de Janeiro, São Paulo: Record, 2002.

HIGHTON, Elena I., ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

HUXLEY, Aldous. *Admirável mundo novo*. Disponível em: <<https://goo.gl/5qYGzg>>. Acesso em: 10/09/2017.

KIM, Anne S. Rent a judges and the cost of selling justice. *Duke law journal*. Vol 44, 1994, pp. 166-199. Disponível em: <<https://goo.gl/K1DFVK>>. Acesso em: 27/09/2016.

MITCHELL, C. R. *The structure of international conflict*. N. York: St. Martin Press, 1989.

MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Resolver conflictos y*

alcanzar acuerdos. Barcelona: Gedisa, 2003.

_____. KOLB, Debora M.; RUBIN, Jeffrey Z; et al. *Mediacion una respuesta interdisciplinaria*. Buenos Aires: Rudeba, 1997.

MOORE, Christopher W. *O processo de mediação*. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORE, Thomas. *Utopia*. Disponível em: <<https://goo.gl/v1YEC8>>. Acesso em: 10/09/2017.

MULHOLLAND, Joan. *El lenguaje de la negociación*. Barcelona: Gedisa, 2003.

PLATÃO. *A república*. São Paulo: Editora Escala, 2007

POZZATTI JUNIOR, Ademar; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Ster-si dos. Reflexões sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos nos cursos de direito. In: MUNIZ, Tânia Lobo; Araújo Junior, Miguel Etinger de. *Estudo em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos*. Birigui: Boreal, 2014, pp. 70-96.

OLGUÍN, Miguel Ángel. *Solución de conflictos sociales*. México: Biblioteca imaginaria, 2002.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://goo.gl/Dxcfqv>>. Acesso em: 27/09/2016.

_____. Lei nº 9307 de 22 de setembro de 1996. Disponível em: <<https://goo.gl/cWTz72>>. Acesso em: 27/09/2016.

_____. Lei nº 13105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/onZ-n5o>>. Acesso em: 27/09/2016.

_____. Lei nº 13129 de 26 de maio de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/FcKj-vQ>>. Acesso em: 27/09/2016.

_____. Lei nº 13140 de 26 de junho de 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/2d-GLhr>>. Acesso em: 27/09/2016.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do processo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Ricardo Soares Ster-si dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SERPA, Maria Nazareh. *Mediação de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Rio de Janeiro: Alegro, 1999.

URY, William. *Supere o não*. Rio de Janeiro: Best Seller, 2004.

WEBER, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Centauro Editora, 2002.

Desmistificando a transação em matéria tributária

Phelippe Toledo Pires de Oliveira

Procurador da Fazenda Nacional. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo – USP e *Visiting Scholar* pela Universidade de Londres, Queen Mary.

Diana Piatti de Barros Lobo

Advogada sênior da área Tributária do Machado, Meyer Advogados. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Paris I Sorbonne e *Visiting Scholar* pela Universidade de Londres, Queen Mary.

Introdução

No âmbito do direito tributário, uma das discussões mais polêmicas (e, ainda assim, pouco estudada) refere-se à adoção da transação como forma de solução de conflitos em matéria fiscal. A

possibilidade de adotar esse meio alternativo de solução de controvérsia e colocar fim aos litígios entre fisco e contribuinte por meio de um acordo é bastante tentadora, principalmente diante do cenário atual, onde o Judiciário está assoberbado de demandas fiscais.

Entretanto, se há um consenso geral de que essa seria, em tese, uma boa medida para atribuir maior eficácia para a solução de conflitos, ainda é um tema contravertido na medida em que persistem dúvidas se, considerando as premissas do ordenamento jurídico vigente, essa seria uma alternativa possível no campo do Direito Tributário.

Aqueles que se mostram refratários à ideia argumentam que a implementação do referido instituto violaria a indisponibilidade do interesse público, a legalidade tributária e o próprio conceito de tributo previsto no art. 3º do CTN, além de outorgar enorme poder discricionário à Administração.

Já os defensores da adoção do instituto sustentam que não há empecilhos constitucionais ou legais para sua utilização como método de solução de conflitos, sendo que a transação resultaria em maior efetividade na resolução dos litígios, menor custo para o Estado e, ainda, melhora nas relações com o contribuinte.

O presente trabalho tem por objetivo apresentar as linhas gerais do instituto da transação em Direito Tributário. A partir das disposições da Constituição Federal, bem como dos artigos 156, inciso III e 171 do CTN, e das demais legislações pertinentes ao tema, serão expostos e examinados os eventuais empecilhos para a adoção do instituto nesse ramo do Direito com o intuito de desmistificá-los.

Conceitos gerais sobre a transação em matéria tributária

A Constituição Federal não possui nenhum artigo específico sobre transação em matéria tributária. Na verdade, o artigo 146 da Constituição Federal delega, à legislação complementar, a tarefa de dispor sobre as regras gerais sobre matéria tributária, onde se incluem as formas de extinção do crédito tributário.

Por sua vez, o Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar, traz, no seu artigo 156, as diversas modalidades de extinção do crédito tributário. O crédito tributário é, em regra, extinto pelo adimplemento da obrigação tributária, que ocorre por meio do pagamento ou pelos modos pelos quais este se traduz, como é caso da conversão do depósito em renda e da consignação em pagamento¹. Essas seriam, pois, as formas naturais de extinção do crédito tributário. Ao lado destas modalidades, o legislador nacional colocou a transação tributária.

As regras específicas da transação em matéria tributária foram disciplinadas no art. 171 do mesmo diploma normativo. O art. 171, *caput*, do Código Tributário Nacional dispõe que: *“A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção do crédito tributário”*.

1 SAKAKIHARA, Zuudi. *Código Tributário Nacional Comentado: Doutrina e Jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS*. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 704 *et seq.*

Depreende-se, pois, da análise do art. 171 do Código Tributário Nacional, que são três os principais pressupostos para a realização da transação em matéria tributária: (i) uma lei autorizadora; (ii) a existência de concessões mútuas pelas partes envolvidas; e (iii) que essas concessões impliquem (de)terminação do litígio.

Primeiramente, tem-se que a transação em matéria tributária depende de autorização legal para sua realização, sendo esta imprescindível sob pena de subversão do sistema. E a razão é simples: se o tributo só pode ser criado por lei², como expressão do consentimento popular, parece lógico que somente outra manifestação desse gênero possa permitir que sejam efetuadas concessões a seu respeito.

O segundo pressuposto da transação é a existência de concessões mútuas entre as partes. O termo *concessão* vem do verbo *conceder* que significa permitir, abrir mão, ceder. Efetuar uma concessão, para efeitos do disposto no art. 171 do CTN, consiste, pois, em ceder uma parcela de sua pretensão. Em outras palavras, significa abrir mão de uma parte do direito que acredita ter, tendo como objetivo alcançar um *meio termo* satisfatório para se colocar fim ao litígio existente entre as partes.

Porém não basta que existam concessões. É imprescindível que estas sejam mútuas. Quer dizer, para que haja transação, ambas as partes devem ceder uma parcela de suas pretensões. É justamente essa reciprocidade de ônus e vantagens que diferencia a transação de outros institutos jurídicos, notadamente a renúncia ao próprio direito ou a submissão ao direito alheio³. Nesse sentido, Sacha Calmon pontua que: *“se apenas uma parte cede, não há transação, senão que ato unilateral capaz de comover ou demover a outra parte”*⁴.

A reciprocidade não necessariamente implica que as concessões das partes devam ser equivalentes ou proporcionais⁵. O conceito de

2 Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

3 OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional: Comentários, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 596; JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 58; JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Outras formas de extinção do crédito tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva 1982, p. 166.

4 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Forense, 2012, p. 740 *et seq.*

5 JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Facul-

reciprocidade apenas pressupõe a existência de concessões de ambas as partes envolvidas, não se exigindo que a parcela dos direitos que cada parte abra mão seja equivalente à parcela da outra parte.

As concessões efetuadas pelo fisco parecem mais evidentes. Normalmente, consistem na redução dos valores que lhes são devidos pelo contribuinte. Talvez o exemplo mais comum de concessão por parte do fisco seja a redução de multas e juros incidentes em razão do não recolhimento do tributo ou da não entrega de declaração no prazo legal. Porém, podem também ter por objeto os honorários advocatícios ou o encargo legal. Poderá, ainda, consistir na concessão de parcelamento para pagamento dos valores devidos, havendo, inclusive, quem defenda que o fisco possa abrir mão da natureza pecuniária e aceitar o adimplemento de seu crédito por outra prestação⁶. Tudo isso para que haja o imediato recebimento dos valores que lhe são devidos.

As concessões por parte do contribuinte, por sua vez, parecem menos evidentes. Discute-se se realmente existiriam concessões da parte do contribuinte que justificassem a transação tributária pelo fisco. Parece que sim. O simples fato do sujeito passivo abrir mão da discussão judicial ou administrativa em que questiona a legitimidade do tributo e pagar o valor acordado já é uma forma de concessão. Quanto mais que, normalmente, coloca-se a renúncia ao direito sobre que se funda a controvérsia como requisito ou consequência da própria transação. Demais disso, há quem considere, ainda, como concessão, por parte do contribuinte, o pagamento de determinado tributo antes de seu vencimento em contrapartida de um desconto em seu valor dado pelo fisco⁷.

dade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 58 *et seq.*

6 É o caso de Ives Gandra da Silva Martins. Em resumo, o autor sustenta que não haveria óbices à realização de transação por determinado município, em que este recebesse o tributo devido por meio da prestação de serviços com fornecimento de materiais. Quanto mais quando o vencedor do certame licitatório realizado para tanto não teve interesse em realizá-la. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Transação Tributária realizada nos exatos termos do art. 171 do Código Tributário Nacional – Inteligência do dispositivo – Prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material – Rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal – Opinião legal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 373-374).

7 Para Eduardo Sabbag, o desconto na multa para pagamento à vista de tributos poderia ser decomposto da seguinte forma: “[...] parcela única do IPVA, IPTU, com desconto (a parte recolhida será extinta pelo pagamento, enquanto a parte descontada será extinta pela transação)”. (SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 889).

O terceiro pressuposto para a transação em matéria tributária é o de que esta importe em determinação do litígio e a consequente extinção do crédito tributário.

Parte da doutrina afirma que, ao se referir à *determinação* do litígio, o legislador quis, em realidade, referir-se sim à *terminação* do litígio, expressão que faz mais sentido do ponto de vista semântico. Para esses autores, a utilização do termo “determinação” teria sido um erro gráfico na redação do artigo⁸. Esse entendimento é corroborado pela interpretação histórica e contextual desse dispositivo. O art. 136 do Projeto de Código Tributário Nacional, cuja redação deu origem ao atual art. 171 do CTN, utilizava justamente a expressão “terminação do litígio” ao se referir à transação⁹.

O termo “litígio”, empregado na parte final do art. 171 do CTN, por sua vez, significa demanda, contenda, conflito. Em outras palavras, o dispositivo dá conta de que a transação tributária deverá implicar *terminação* do conflito de interesses existente entre as partes. À semelhança do que ocorre com a transação no Direito Civil brasileiro, a transação em matéria tributária pressupõe uma dúvida (*res dubia*) envolvendo uma determinada situação jurídica¹⁰. Essa dúvida poderá se referir tanto à interpretação da norma jurídica aplicável, quanto à ocorrência ou subsunção dos fatos à norma¹¹. E, será justamente essa dúvida que será dirimida pela transação¹².

va, 2013, p. 889).

8 Nesse sentido, conferir: OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional: Comentários doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 596; e JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 98.

9 De acordo com o Projeto de Código Tributário Nacional que resultou do anteprojeto de autoria de Rubens Gomes de Sousa: “Art. 136. É facultado aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em *terminação de litígio* e consequente extinção do crédito tributário. Parágrafo único. A lei tributária indicará a autoridade competente para celebrar a transação e as formalidades a serem observadas em cada caso” (grifos acrescentados). (BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954, p. 59).

10 MACHADO, Hugo de Brito. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 128.

11 JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 193.

12 MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário nacional (CTN) e as novas propostas normativas de leis autorizadoras. In: SARAIVA FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. *A transação tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

Possíveis conflitos com o ordenamento jurídico brasileiro

Apesar da transação ser uma das modalidades de extinção do crédito tributário expressamente prevista no art. 156 do CTN e ter previsão específica no art. 171 do CTN, há quem questione a possibilidade de transação em matéria tributária.

Entre os principais supostos obstáculos colocados estão as premissas de que a transação tributária seria incompatível com: (i) o princípio da legalidade tributária; (ii) a obrigatoriedade do lançamento e da cobrança do crédito tributário; (iii) o art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal; e (iv) a igualdade tributária. Esses são os potenciais conflitos que serão analisados abaixo.

(i) Legalidade tributária (arts. 5º, II e 150, I da CF/88)

Uma das principais dificuldades (senão a principal dificuldade) apontadas pela doutrina para a aceitação da transação em matéria tributária consiste no eventual obstáculo frente a aplicação do princípio da legalidade tributária¹³. Em decorrência desse princípio, as regras fiscais aplicáveis em determinado ordenamento deveriam ser fixadas pela lei, não cabendo à Administração tributária qualquer margem de discricionariedade no que diz respeito à criação ou modificação de tributos (ou seus elementos), bem como à extinção destes.

No Brasil, o princípio da legalidade encontra-se previsto no texto constitucional com uma faceta dúplice, que adveio das mudanças ocorridas com o passar dos anos: (a) não tributária, como direito e garantia individual dos cidadãos, prevista no art. 5º, II, da CF/88, que dispõe que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”; e (b) tributária, como limitação ao poder de tributar, prevista no art. 150, I, da CF/88, que dispõe ser “*vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”.

O princípio da legalidade tributária torna indispensável a existência de lei para a instituição ou majoração de tributos. A pergunta que

remanesce, no entanto, é saber se esse princípio impacta a extinção dos tributos, mais precisamente, a extinção destes pela transação tributária.

Pois bem, o princípio da legalidade em matéria tributária vai além da exigência de lei para instituição ou majoração de tributos (e fixação de seus elementos essenciais). Exige também que, uma vez instituído ou majorado o tributo, somente a lei possa dispensar o contribuinte de seu recolhimento¹⁴. Tal raciocínio encontra respaldo no art. 97, VI, do CTN, que prevê que “*somente a lei pode estabelecer as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades*”.

Ocorre que o próprio CTN, que nada mais é do que uma lei – recepcionada com força de lei complementar, conforme já analisado –, previu expressamente, em seu art. 156, III, a transação como modalidade de extinção do crédito tributário. Essa, por sua vez, foi regulamentada no art. 171, *caput*, que previu a necessidade de uma outra lei autorizando a transação. Não há que se falar, portanto, em incompatibilidade da transação tributária com o princípio da legalidade, que exige lei para instituir ou majorar o tributo, como também para dispensar o seu recolhimento. É que, nesse último caso, é a própria lei que autoriza a dispensa do recolhimento pela transação.

Por fim, importa salientar que a transação tributária como forma de solução de litígio encontra respaldo não somente no princípio da legalidade tributária como também se constitui em uma forma mais adequada de se realizar o interesse público¹⁵. Tem-se assim, como bem destaca Luís Eduardo Schoueri, uma conciliação entre o princípio da legalidade, que autoriza a transação, e o princípio do interesse público, que muitas vezes será melhor realizado se reduzidos os litígios¹⁶.

(ii) Obrigatoriedade do lançamento e da cobrança do crédito tributário (arts. 3º e 142, parágrafo único, do CTN)

Outra grande dificuldade apontada pela doutrina para a aceitação da transação em matéria tributária consiste na obrigatoriedade do fisco lançar e cobrar o crédito tributário. Essa obrigatoriedade teria como fundamento o princípio da indisponibilidade do interesse público e as disposições do art. 3º e 142, parágrafo único, do CTN.

VA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 39.

13 MICHELIN, Dolizete Fátima. O anteprojeto da Lei Geral de Transação em Matéria Tributária e os princípios constitucionais da legalidade, isonomia e moralidade pública. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 333.

14 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 281.

15 LOPEZ, Maria Esther Sánchez. *El acuerdo de voluntades en el ámbito tributario*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 208-209.

16 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 565.

Costuma-se dizer que a celebração de acordos pela Administração Pública viola o princípio da indisponibilidade do interesse público, especialmente quando se trata de uma controvérsia em matéria tributária. Essa afirmação tem por base o fato de que um acordo desse gênero implicaria em inaceitável renúncia de receitas tributárias por parte do ente tributante. Porém, a indisponibilidade do interesse público não impede, *per se*, a transação em matéria tributária.

É que, apesar da transação poder vir a reduzir o valor devido pelo contribuinte, afetando o interesse arrecadatório do fisco, a coletividade, de um modo geral, poderá estar sendo beneficiada. A redução da litigiosidade e a desobstrução do Poder Judiciário interessam à toda a sociedade. Além do mais, o interesse público pressupõe ponderação quando de sua aplicação em um caso concreto. Com efeito, deve-se avaliar o custo-benefício dos valores em jogo (no caso, o interesse público na arrecadação tributária frente a eficiência e a segurança jurídica).

Nesse contexto é que entra a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário. O crédito tributário (interesse público secundário) será um direito disponível quando a sua renúncia resultar na prevalência do interesse de toda a coletividade (interesse público primário). Desta forma, ainda que o crédito tributário esteja sendo questionado e que o deslinde da referida demanda possa parecer favorável ao fisco, ainda assim poderia se justificar a transação tributária como forma de composição do litígio.

Superada a discussão acerca da indisponibilidade do interesse público como obstáculo para transação em matéria tributária, passemos agora à análise da obrigatoriedade das atividades de lançamento e cobrança do crédito tributário pelo fisco, como decorrência dos arts. 3º e 142, parágrafo único, do CTN. Para melhor compreender esse argumento, necessária uma análise dos dispositivos que tratam dessa questão no CTN.

Em observância ao disposto no artigo 146, *caput*, inciso III, da CF/88, o art. 3º do CTN definiu tributo como “*toda prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*”. Por sua vez, o art. 142, parágrafo único, do CTN estabeleceu que “*a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*” do auditor-fiscal responsável pelo lançamento.

Da leitura desses dispositivos depreende-se que a obrigação tributária é uma obrigação compulsória que nasce por força de lei. Ocorrido o fato gerador, nasce a obrigação prevista na norma que impõe ao sujeito passivo o dever de recolher o tributo aos cofres públicos. Não o fazendo voluntariamente, compete ao fisco *obrigatoriamente* efetuar

o lançamento tributário (art. 142, parágrafo único, do CTN). Em seguida, deverá proceder ao início dos procedimentos de cobrança administrativa e, posteriormente, judicial, por meio da competente ação de execução fiscal (art. 3º CTN, *in fine*).

Em vista do caráter obrigatório do lançamento e da vinculação da Administração à atividade de cobrança do crédito tributário é que muitos autores sustentam que a transação em matéria tributária não poderia ocorrer em nosso sistema. O próprio Rubens Gomes de Sousa, um dos autores do anteprojeto do CTN, entendia que a transação era inaplicável (ou aplicável excepcionalmente) no âmbito do Direito Tributário brasileiro, uma vez que a atividade do lançamento seria vinculada e obrigatória, de modo que o fisco não poderia fazer concessões¹⁷. Eurico Diniz de Santi, por sua vez, sustenta que a transação tributária, na forma como prevista no anteprojeto, configuraria “adulteração” do conceito de tributo, que pressupõe cobrança por atividade administrativa plenamente vinculada¹⁸. Enfim, ainda na mesma linha é o entendimento de Eduardo Marcial Ferreira Jardim, para quem nem mesmo a lei poderia permitir a transação tributária em nosso sistema, na medida em que a discricionariedade imanente à transação não se coadunaria com os princípios da legalidade, tipicidade e vinculabilidade da tributação¹⁹.

17Entretanto, reconhecia Rubens Gomes de Sousa que o sistema tributário brasileiro admitia uma exceção quanto aos tributos federais prevista pela Lei nº 1.341/51. (SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960, p. 94.)

18 Nas palavras de Eurico Marcos Diniz de Santi: “Veja-se o que o indigitado anteprojeto altera no CTN. Inicia-se com o conceito de ‘tributo’ (...) A transação neste projeto ignora tais critérios, rompe o ciclo de positivação do direito e se auto-impõe como forma definitiva de cobrança e exigência do tributo, distorcendo o art. 3º do CTN [...]”. (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação?* In: FERRAZ, Roberto (Coord). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 610-611).

19 JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Outras formas de extinção da obrigação tributária. In: MARTINS, IVES GANDRA DA SILVA. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 167.

Esse posicionamento, todavia, não parece de todo correto, sendo vários os autores que o rechaçam. A título exemplificativo, Ricardo Lobo Torres considera que a complexidade e a dificuldade inerentes à apreensão e à interpretação dos conceitos indeterminados e dos tipos jurídicos existentes na legislação tributária já permitiriam uma certa margem de apreciação da autoridade fiscal, quando da atividade do lançamento tributário²⁰. Um outro argumento trazido por Helena Marques Junqueira para defender a compatibilidade do instituto da transação tributária com o conceito de tributo previsto na legislação brasileira consiste em que o art. 3º do CTN, ao estabelecer que a cobrança do tributo se dará por atividade administrativa plenamente vinculada, nada mais fez do que determinar que a cobrança seja efetuada nos termos da lei. E, se a lei permite a transação tributária, não haveria que se falar em violação a esse dispositivo²¹. Finalmente, Hugo de Brito preconiza uma outra solução. Na sua opinião, a antinomia entre o art. 3º do CTN, que prevê a cobrança do tributo por atividade administrativa plenamente vinculada e o art. 171 do mesmo diploma, que permite a transação, seria uma antinomia apenas aparente, que poderia ser resolvida pelo critério da especialidade, prevalecendo este último, dado o seu caráter especial face à regra geral da cobrança mediante atividade vinculada²².

Tem-se, assim, que a parte final do art. 3º do CTN, que prevê que o tributo deve ser cobrado mediante atividade plenamente vinculada, parece não impedir que a transação em matéria tributária ocorra em nosso ordenamento. Porém, ainda que se venha a admitir a impossibilidade de transação em relação aos tributos, por força desse dispositivo, nada impediria que essa viesse a ocorrer em relação aos seus acessórios, notadamente no que tange aos juros e à multa. É que, o art. 3º do CTN, que vincula a autoridade administrativa, impondo-lhe a cobrança das prestações devidas pelo contribuinte, refere-se tão somente ao tributo propriamente dito “*que não é sanção por ato ilícito*”, nos termos do próprio dispositivo. Assim, esse dispositivo não teria o

20 TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 107.

21 JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 180.

22 MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 113.

condão de impedir que a transação entre fisco e contribuinte viesse a ocorrer em relação aos juros e às multas.

Por fim, o art. 142, parágrafo único, do CTN tampouco impediria a transação em relação às prestações acessórias. Isso porque, em que pese esse dispositivo ser aplicável também aos juros e multas, pois que se refere ao lançamento, dispondo ser este vinculado e obrigatório, sob pena de responsabilidade funcional, nada impede que, após sua lavratura, a autoridade tributária venha a transigir em relação ao crédito nele consubstanciado, efetuando concessões ao contribuinte. A supor essa hipótese, a transação tributária somente poderia ocorrer após o lançamento tributário.

(iii) Caracterização como renúncia de receitas (art. 14 da LRF)

Outro possível conflito que se coloca em relação à transação em matéria tributária face ao ordenamento jurídico brasileiro diz respeito à compatibilidade desse instituto com o disposto no art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal²³. Discute-se se a transação entre fisco e contribuinte, quando venha a reduzir o valor do tributo e/ou seus acessórios (*e.g.* multa, encargo legal e juros), poderia ser considerada como um *benefício de natureza tributária do qual decorra renúncia de receitas*, para os fins do disposto em tal preceito legal, sujeitando sua adoção às condições ali estabelecidas.

Como é sabido, a LRF buscou prevenir e corrigir os desequilíbrios das contas públicas, prática até então normal e corriqueira no âmbito dos diversos entes da Administração, introduzindo normas voltadas para a responsabilidade na gestão administrativa. Impôs uma série

23 “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado [...]”.

de limitações e medidas a serem observadas pelos entes públicos²⁴. Uma dessas medidas implica, justamente, no maior controle em relação à *renúncia de receitas* por parte da Administração (também denominada de “gasto tributário”). Com efeito, a veiculação de benefícios tributários que impliquem renúncia de receitas estará sujeita à observância de diversos requisitos²⁵.

Decorre do art. 14 da LRF que a concessão de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra *renúncia de receita* deverá: (a) estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes; (b) atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias; e (c) estar acompanhada de demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa da receita orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais ou estar acompanhada de medidas de compensação que aumentem a receita.

Caso a transação em matéria tributária seja entendida como incentivo ou benefício de natureza tributária do qual decorra *renúncia de receita* para efeito do disposto no art. 14 da LRF, sua validade estará condicionada à presença dos requisitos acima mencionados. Do contrário, caso se entenda que a transação não se caracteriza como incentivo ou benefício de natureza tributária, as medidas constantes no art. 14 da LRF não serão aplicáveis.

De fato, o parágrafo 1º do art. 14 da LRF não inclui expressamente a *transação em matéria tributária* entre as medidas compreendidas no termo benefício fiscal que implique renúncia de receita. Tal dispositivo faz referência tão somente à anistia, à remissão, ao subsídio, ao crédito presumido, à isenção e à modificação de alíquota ou base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições²⁶.

No entanto, isso por si só não significa que a transação esteja excluída, prescindindo, para sua concessão, das condições estabelecidas

nesse dispositivo. Primeiramente, porque a formulação utilizada pelo legislador sugere uma enumeração não exaustiva dos benefícios fiscais que impliquem renúncia de receitas²⁷. Além disso, em sua parte final, o legislador inseriu uma cláusula aberta capaz de estender os benefícios que impliquem renúncia de receitas, ao assim considerar *outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado*.

A abrangência da expressão “*outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado*” é bastante controversa. Com efeito, considerando que a transação em matéria tributária pode dar ensejo a uma redução parcial do tributo e/ou de seus acessórios (juros e multa), bem como que sua celebração normalmente se daria somente em relação a um contribuinte ou a um grupo restrito de contribuintes, poderia se questionar se a transação pode ser considerada como um benefício que corresponda a tratamento tributário diferenciado, sujeito às limitações estabelecidas no art. 14 da LRF.

Hugo de Brito Machado entende que a transação em matéria tributária não pode ser enquadrada como benefício fiscal que implique renúncia de receita, para fins do art. 14 da LRF, por dois motivos: (a) um, em razão do elemento literal: a transação não poderia ser considerada como *outros benefícios* que corresponda tratamento diferenciado, haja vista seu caráter bilateral; (b) outro, em razão do elemento teleológico: a finalidade do artigo 14 da LRF foi evitar a concessão injustificada de vantagens que privem a Fazenda de receitas para a consecução de seus objetivos e não obrigar que estas levem um litígio até o fim²⁸.

Esse parece ser também o entendimento da Corte Suprema brasileira sobre a questão. No julgamento da medida cautelar em sede da ADI nº 2405, o Supremo Tribunal Federal entendeu inexistirem os elementos para a aferição da inconstitucionalidade da Lei nº 11.475/2000, que permitiu a transação em matéria tributária no Estado do Rio Grande do Sul. De acordo com o entendimento então manifestado, a transação seria uma forma de se colocar fim a um litígio, que pressupõe bilateralidade, e não um *favor fiscal* concedido unilateralmente ao contribuinte²⁹.

24 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.

25 Élcio Fiori Henriques utiliza o termo “mandamentos” para se referir às condições impostas pelo legislador para a concessão de benefícios fiscais que impliquem renúncia de receitas. (HENRIQUES, Élcio Fiori. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 129).

26 Art. 14, § 1º, da LRF: “A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.”

27 HENRIQUES, Élcio Fiori. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 142.

28 MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 119.

29 Sobre a transação tributária e a ADI nº 2405-MC, conferir RISCADO JUNIOR, Paulo

E, embora não se estivesse nessa ação questionando a transação tributária instituída por aquela lei estadual frente ao disposto no art. 14 da LRF, mas sim, principalmente, frente ao art. 150, § 6º, da CF/88, que dispõe que alguns benefícios fiscais enumerados naquele dispositivo necessitam de lei específica para serem concedidos, esse julgamento pode ser um indício do tratamento a ser dado à transação tributária: descartando-se a hipótese de ela configurar um *benefício que corresponda tratamento diferenciado*, para fins do que dispõe o art. 14 da LRF.

Seja como for, mesmo que se venha a entender que a transação em matéria tributária configura hipótese de renúncia de receitas, posto que se trata de um benefício que supostamente assegura um tratamento fiscal diferenciado àqueles que dela se beneficiam, ainda assim isso não seria empecilho para sua implementação em nosso sistema jurídico. Tampouco poderia se falar em incompatibilidade da transação em matéria tributária com o disposto no art. 14 da LRF, embora seja necessário reconhecer que sua caracterização como tal dificulta o procedimento de transação, impondo condições que podem porventura vir a limitar sua utilização na prática.

(iv) Igualdade tributária (art. 5º, caput e 150, II da CF)

Por fim, um último conflito da transação tributária em relação ao ordenamento jurídico pátrio a que faz menção a doutrina consiste no fato de que esse instituto supostamente violaria a igualdade³⁰.

Isso porque, dada sua natureza consensual, a transação tributária seria efetuada de maneira individualizada para cada contribuinte. Em outras palavras, as concessões propostas pelo fisco para um contribuinte em determinado procedimento de transação não necessariamente seriam idênticas às aquelas oferecidas a outros.

A possibilidade de redução do tributo, aliada à discricionariedade outorgada às autoridades competentes para oferecer ou aceitar os

Roberto. Novos Caminhos para a Solução de Litígios Fiscais. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 94, Ano XXVII, novembro 2007, p. 139.

30 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A Transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 44, 54, 56 e 69; e SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação?* In: FERRAZ, Roberto (Coord). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 624-626.

termos da transação e conjugada à análise casuística e individualizada de cada proposta de transação, faz com que parte da doutrina questione esse instituto em face do princípio da igualdade³¹.

O princípio da igualdade tem previsão constitucional no art. 5º, caput, da CF/88: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros [...]*”. Em matéria tributária, o princípio da igualdade encontra-se traduzido no art. 150, II, da CF/88, que veda aos entes políticos a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes.

Analisando a doutrina, exsurgem alguns aspectos acerca do princípio da igualdade que parecem importantes na análise de sua compatibilidade com a transação tributária: (a) primeiro, que igualdade não significa identidade absoluta³²; (b) segundo, que, sendo relativa, faz-se necessário analisar a igualdade sempre em relação a um critério³³; (c) terceiro, que deve ser dado igual tratamento às mesmas situações e um tratamento diferente para situações distintas³⁴; (d) quarto, que, para tanto, é imprescindível uma análise pormenorizada das particularidades de cada situação³⁵.

Em matéria de transação tributária, deve-se ressaltar que cada litígio terá suas próprias peculiaridades. Compete à autoridade administrativa com competência para transacionar analisar as particularidades e características de cada conflito que lhe for submetido, bem como a situação específica de cada contribuinte e as possíveis implicações da transação. Somente a partir dessa análise é que será possível avaliar os termos e condições do acordo a ser proposto (ou aceito) com o contribuinte interessado³⁶.

Cabe ressaltar que, assim como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a igualdade também possui um papel importante

31 JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 169.

32 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 308; ROMANO, Carlo. *Advance Tax Rulings and Principles of Law: Towards an European Tax Ruling System*. [S.l.]: IBFD, v. 4, p. 318.

33 SCHOUERI, Luís Eduardo. op. cit., pp. 309-310. Humberto Ávila parece ir na mesma linha, porém utiliza a expressão “medida de comparação” (ÁVILA, Humberto. op. cit., pp. 43-44).

34 ROMANO, Carlo. *Advance Tax Rulings and Principles of Law: Towards an European Tax Ruling System*. [S.l.]: IBFD, v. 4, p. 318.

35 ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 194.

36 JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 172.

na limitação da discricionariedade administrativa³⁷. Constatando diferenças entre as situações dos contribuintes, a margem de liberdade da autoridade competente para transacionar estará de certa forma limitada. Deverá tratá-los desigualmente, de forma a eliminar (ou, ao menos, amenizar) as diferenças existentes em cada caso. Inexistindo qualquer diferença, porém, deverá assegurar o mesmo tratamento, propondo as mesmas condições de acordo.

Desafios práticos da transação em matéria tributária no contexto brasileiro

Uma vez demonstrado que inexistem os empecilhos legais apontados por parte da doutrina, cumpre analisar os principais desafios práticos que impediriam ou dificultariam a adoção da transação no Brasil, em especial: (i) o desestímulo ao pagamento voluntário; e (ii) o excesso de discricionariedade e desvios na sua utilização.

(i) Desestímulo ao pagamento voluntário

A ideia de transação tributária pressupõe uma concessão por parte da autoridade fiscal. Esta concessão normalmente consiste na redução dos juros e multas, bem como, em alguns casos, também do encargo legal e até honorários advocatícios. Em contrapartida, o contribuinte efetua o pagamento imediato dos valores devidos e renuncia às discussões, pondo fim à controvérsia existente.

É verdade que o contribuinte, assim como a Fazenda, tem interesse na solução rápida de seus litígios, preza pela sua participação na Administração e beneficia-se, direta ou indiretamente, das outras vantagens da transação. Porém, talvez o principal atrativo do contribuinte em realizar a transação tributária consista no fato de que ela normalmente implica no pagamento de valores inferiores àqueles originalmente cobrados pelo fisco³⁸.

Com efeito, um dos principais desafios em relação à transação tributária é que sua implementação pode vir a desestimular o pagamen-

to voluntário de tributos pelos contribuintes³⁹. É que, ciente de que a Administração fiscal teria por prática celebrar transações tributárias, os contribuintes teriam menos interesse em pagar espontaneamente os tributos quando de seus vencimentos, preferindo tentar, posteriormente, os benefícios de uma eventual transação, com as reduções a ela inerentes⁴⁰.

De fato, a transação em matéria tributária pode ter por consequência o efeito de desestimular o pagamento voluntário dos tributos pelos contribuintes⁴¹. Esse problema, todavia, não se restringe somente à transação tributária, abrangendo também outros institutos de Direito Tributário, como o parcelamento, a remissão e a anistia fiscal. Por exemplo, o governo federal edita leis instituindo planos de parcelamento de débitos que contemplam a redução de multa e juros, o que historicamente tem ocorrido com frequência.

Ao deixar de recolher voluntariamente seus tributos, optando por uma eventual transação, o contribuinte assume um risco, pois que o fisco não está obrigado a transacionar. Tem ele discricionariedade para fazê-lo ou não, em conformidade com o interesse público. Caso a transação não se realize por qualquer motivo, deverá o contribuinte arcar com as penalidades inerentes ao seu pagamento a destempo. Porém, quando já estiver com seus débitos em atraso, não haverá qualquer consequência mais desvantajosa, acarretando o dever de pagar o que já era devido⁴².

Finalmente, cabe à Administração avaliar se a transação tributária efetivamente desestimula o pagamento voluntário dos tributos no caso concreto. Ao fazê-lo, deve sopesar o risco de perda de arrecadação voluntária frente aos ganhos concretos trazidos pela transação. É

37 ROMANO, Carlo. Advance Tax Rulings and Principles of Law: Towards an European Tax Ruling System. [S.l.]: IBFD, v. 4, p. 318.

38 JUNQUEIRA, Helena Marques. Transação Tributária. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 181.

39 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). Transação e Arbitragem no Direito Tributário. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 65.

40 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação? In: FERRAZ, Roberto (Coord). Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 605.

41 MICHELIN, Dolizete Fátima. O anteprojeto da Lei Geral de Transação em Matéria Tributária e os princípios constitucionais da legalidade, isonomia e moralidade. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). Transação e Arbitragem no Direito Tributário. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 342-343.

42 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). Transação e Arbitragem no Direito Tributário. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 65.

que, a transação implica, no mais das vezes, na redução dos custos de manutenção do Estado (e.g. Poder Judiciário e Advocacia-Pública estatal). Demais disso, contribui para a segurança jurídica do contribuinte e mesmo a previsibilidade de suas relações jurídicas. Enfim, ainda que haja, de fato, um desestímulo ao pagamento voluntário, as vantagens da transação podem vir a compensar a perda da arrecadação.

(ii) Excesso de discricionariedade e desvios na sua utilização

A atribuição de discricionariedade à Administração parece ser da própria essência do instituto da transação (inclusive tributária), que pressupõe concessões mútuas, o que implica a possibilidade de a Administração negociar as cláusulas da transação⁴³.

É justamente na discricionariedade atribuída à Administração tributária que reside um outro desafio ao instituto da transação tributária. Isso porque considera-se que o excesso de discricionariedade centrado na mão do fisco pode gerar desvios na utilização desse importante instrumento de resolução de conflitos. Nesse sentido, Eurido Diniz de Santi destaca que a transação em matéria tributária seria *“incompatível com nossa realidade sociopolítica e cultural”* e que esse instituto poderia ensinar a *“juridicização da corrupção sistêmica”*⁴⁴. Oswaldo Othon Saravia Filho, por sua vez, acrescenta um outro problema: sua utilização como *“instrumento político”*⁴⁵.

Em resposta a essas afirmativas, primeiramente, importa enfatizar que a atribuição de discricionariedade para que a Administração tributária celebre transação não significa a outorga de ampla e irrestrita margem de liberdade; tampouco ausência de limitações à atividade discricionária do fisco. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Ao celebrar (ou não) a transação, a autoridade competente deverá se pautar em diretrizes previamente delineadas pela lei e observar alguns princípios de direito, entre os quais o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

43 JUNQUEIRA, Helena Marques. Transação Tributária. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, pp. 116-117.

44 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação? In: FERRAZ, Roberto (Coord). Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 607 e 626.

45 SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. A transação e a arbitragem no direito constitucional-tributário brasileiro. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). Transação e Arbitragem no Direito Tributário. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 44.

lidade. Além disso, a autoridade deverá sempre motivar sua escolha. Isso, por si só, já permite um certo controle dessa atividade, inibindo a corrupção e a utilização da transação como instrumento político.

Embora tais limites inibam esses desvios, não eliminam a possibilidade de utilização desse instrumento em favor de determinados contribuintes em troca de dinheiro ou de apoio político. O ser humano, como tal, é corrompível. Além do mais, a discricionariedade aliada aos consideráveis valores envolvidos na transação pode, sem dúvida nenhuma, favorecer a corrupção da autoridade competente para transacionar⁴⁶.

Tal argumento, no entanto, não pode impedir que se venha a adotar esse instrumento de resolução de conflitos em nosso ordenamento jurídico. Primeiro, porque a corrupção é um mal que pode atacar qualquer órgão: seja na esfera pública ou privada, sempre haverá pessoas capazes de se valer de seus cargos e de suas atribuições para favorecer terceiros em troca de benefícios pessoais. Segundo, porque como destacado por Hugo de Brito Machado, a corrupção existe mesmo na fórmula legalista atual⁴⁷, em que a criação de tributos ou redução dos mesmos depende de lei. Terceiro, porque manter a resolução de conflitos tributários no Judiciário ou limitar a possibilidade de redução do crédito tributário somente pelo Legislativo não isenta a sociedade da corrupção, pois que a experiência em nosso país demonstra que tanto um quanto o outro também são suscetíveis a este mal⁴⁸. Quarto, porque já existem, na atualidade mecanismos de controle da atividade estatal, que podem também vir a ser utilizados para fiscalizar eventuais desvios em relação à atuação da autoridade fiscal quando da transação tributária; entre esses mecanismos, destacam-se: (a) os instrumentos de controle: é o caso, por exemplo, das ações populares,

46 JUNQUEIRA, Helena Marques. Transação Tributária. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 188.

47 MACHADO, Hugo de Brito. Transação e arbitragem no âmbito tributário. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). Transação e Arbitragem no Direito Tributário. Belo Horizonte: Forum, 2008, p. 126.

48 Evidência da corrupção no Judiciário é o escândalo decorrente do desvio de recursos para a construção do Fórum Trabalhista de São Paulo pelo juiz Nicolau dos Santos Neto (conhecido como “Lalau”). Outra evidência de corrupção se deu no escândalo que deu origem à operação Anaconda, que tratava da venda de sentenças pelo juiz Rocha Mattos. A esse respeito, conferir VASCONCELOS, Frederico. Juízes no Banco dos Réus. São Paulo: Publifolha, 2005. A corrupção no Legislativo ganhou notoriedade no denominado “Mensalão”, esquema que foi recentemente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Penal nº 470, cuja conclusão do julgamento se deu em 17.12.2012 após aproximadamente 4 meses e meio de debates e julgamento.

ações civis públicas, mandados de segurança, etc.; e (b) os órgãos de controle e fiscalização da atividade administrativa: é o caso das corregedorias, das controladorias, dos tribunais de contas, além é claro da polícia e do Judiciário. Quinto, porque, como pontua Anna Carla Duarte Chrispim, relatórios de órgãos não-governamentais indicam que o índice de corrupção praticado por funcionários públicos no Brasil é alto no que tange aos funcionários que exercem cargos eletivos, sendo considerado baixo ou moderado no serviço público e na área de fiscalização⁴⁹. Sexto, porque, como ressalta Helena Marques Junqueira, a busca de vantagens pessoais em troca da redução de tributos pelas autoridades competentes poderá ser consideravelmente minimizada pela transparência decorrente da motivação das decisões relativas à transação, bem como da divulgação de seus resultados⁵⁰. Por fim, sétimo, porque não se pode olvidar que o medo em relação à transação tributária vem da patologia; essa não deve ser considerada como a regra, mas sim, como a exceção, sendo tratada como tal; caso venha a se concluir que os atuais mecanismos de controle da atividade estatal não são suficientes para coibir abusos, o ideal é que eles sejam aperfeiçoados e não que a transação tributária seja simplesmente excluída.

Enfim, alguns dos principais desafios apontados pela doutrina para a adoção da transação em matéria tributária não se justificam. A bem da verdade, parecem mais mitos que vem sendo reiteradamente repetidos por parcela da doutrina contrária à implementação da transação tributária no Brasil.

Síntese conclusiva

Um dos problemas apontados sobre a forma de solução de conflitos no Brasil é a demora do Poder Judiciário para resolução dos casos que lhe são levados. Essa demora é causada, na maioria das vezes, pelo número excessivo de demandas que tramitam na Justiça, com destaque para os processos envolvendo questões de natureza tributária.

49 CHRISPIM, Anna Carla Duarte. Transação Tributária no Paradigma do Estado Democrático de Direito Socioeconômico Cultural: o tênue limite entre a afronta ao dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estrita rumo a juridicidade consensual dialógica. Tese (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009, p. 134.

50 JUNQUEIRA, Helena Marques. Transação Tributária. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, pp. 189-190.

Uma das alternativas viáveis para a resolução do problema, ao menos no que tange aos conflitos de natureza tributária, é a transação em matéria tributária. Esse instrumento, previsto há muito tempo no ordenamento jurídico brasileiro, permite não somente uma resolução célere dos conflitos, como também uma participação efetiva dos administrados no procedimento de aplicação das normas.

O CTN tratou da transação tributária como modalidade de extinção do crédito tributário, enumerando-a em seu art. 156 e disciplinando-a em seu art. 171. Em conformidade com a redação atual do art. 171 do CTN, a transação em matéria tributária pressupõe alguns requisitos:

(a) lei autorizadora – lei específica ou genérica que permita a transação e estabeleça parâmetros para a sua realização; (b) concessões mútuas ambas as partes devem abrir mão de, ao menos, uma parcela de suas respectivas pretensões; e (c) a terminação do litígio – deve colocar fim ao conflito de interesses existente entre as partes seja na esfera administrativa ou judicial.

A despeito de sua previsão expressa no CTN, controverte-se a doutrina acerca do cabimento da transação tributária no ordenamento jurídico brasileiro. Alguns dos principais argumentos utilizados são de que a transação tributária seria incompatível com: (a) o princípio da legalidade tributária; (b) a obrigatoriedade de lançamento e cobrança do crédito tributário; (c) o dispositivo que condiciona a renúncia de receitas pela Administração; e (d) o princípio da igualdade tributária.

A transação tributária não viola o princípio da legalidade tributária. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados quando da elaboração das normas impõe ao seu aplicador certa margem de discricionariedade quando de sua aplicação, para definir o seu conteúdo. Demais disso, a transação encontra-se prevista *em lei* como forma de extinção do crédito tributário, que deverá ser autorizada por outra lei (art. 171 do CTN). A transação é, pois, uma decorrência da legalidade.

O instituto da transação tributária não é incompatível com obrigatoriedade de lançamento (art. 142, parágrafo único, do CTN), nem de sua cobrança por atividade vinculada (art. 3º do CTN). Essas atividades devem ser efetuadas em conformidade com o que dispõe a lei. Um dispositivo legal específico autoriza a transação como forma de extinção do crédito tributário (art. 171 do CTN). Portanto, não há incompatibilidade, mas complementaridade dos referidos dispositivos.

A transação tributária também não se configura como renúncia de receitas, para fins do art. 14 da LRF. A transação não é favor fiscal concedido unilateralmente ao contribuinte, mas uma forma de se colocar fim a um litígio, que pressupõe bilateralidade. De todo modo, ainda que a transação tributária venha a ser enquadrada como renúncia de receitas, nada impede sua realização, desde que respeitadas as condições previstas no referido dispositivo.

Não há incompatibilidade entre a transação tributária e o princípio da igualdade tributária. Esta pressupõe o dever de diferenciação em conformidade com as particularidades de cada situação. Com efeito, a decisão individualizada proferida no procedimento de transação, em conformidade com as circunstâncias de cada caso concreto, é da essência do próprio princípio da igualdade tributária.

A transação tributária não necessariamente implicará em desestímulo ao pagamento voluntário de tributos. A Administração deve avaliar o risco de alguns contribuintes preferirem deixar de pagar espontaneamente seus tributos quando de seus vencimentos, para se beneficiar de eventuais reduções quando da transação tributária. Deve também sopesar a possível perda de arrecadação voluntária com os ganhos em redução de custos, celeridade, segurança jurídica, etc.

A discricionariedade atribuída à autoridade competente para celebrar a transação tributária não incrementa o risco de corrupção, tampouco a utilização desse instituto como instrumento político. Discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. As decisões nos procedimentos de transação devem sempre ser motivadas. Demais disso, existem diversos mecanismos em nosso ordenamento jurídico que podem ser utilizados para prevenir o uso abusivo da transação.

Enfim, a transação em matéria tributária é não somente compatível com o ordenamento jurídico pátrio, como também desejável do ponto de vista prático. Trata-se de uma alternativa viável à situação em que se encontra o Poder Judiciário, em razão da quantidade de processos que nele tramitam. Uma alternativa que é objeto de várias críticas infundadas. O objetivo desse artigo foi, justamente, tentar desmistificá-las.

Referências

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro, 1954.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Forense, 2012.
- CHRISPIN, Anna Carla Duarte. *Transação Tributária no Paradigma do Estado Democrático de Direito Socioeconômico Cultural: o ténue limite entre a afronta ao dever fundamental de pagar tributos e a mutação da legalidade estritarumo a juridicidade consensual dialógica*. Tese (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009.
- HENRIQUES, Élcio Fiori. *Os benefícios fiscais no Direito Financeiro e Orçamentário: o Gasto Tributário no Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Outras formas de extinção da obrigação tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- JUNQUEIRA, Helena Marques. *Transação Tributária*. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.
- LOPEZ, Maria Esther Sánchez. *El acuerdo de voluntades en el ámbito tributario*. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 191-216.
- MACHADO, Hugo de Brito. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Transação Tributária realizada nos exatos termos do art. 171 do Código Tributário Nacional – Inteligência do dispositivo – Prevalência do interesse público em acordo envolvendo prestação de serviços e fornecimento de material – Rigoroso cumprimento da legislação complementar federal e municipal – Opinião legal. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.) *Transação e arbitragem no âmbito tributário*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 373-382.
- MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário nacional (CTN) e as novas propostas normativas de leis autorizadoras. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 15-42.
- MICHELIN, Dolizete Fátima. O anteprojeto da Lei Geral de Transação em Matéria Tributária e os princípios constitucionais da legalidade, isonomia e moralidade pública. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 331-363.
- OLIVEIRA, José Jayme de Macedo. *Código Tributário Nacional: Comentários, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RISCADO JUNIOR, Paulo Roberto. Novos Caminhos para a Solução de Litígios Fiscais. In: *Revista do Advogado*. São Paulo, nº 94, Ano XXVII, pp. 136-140, novembro 2007.

ROMANO, Carlo. *Advance Tax Rulings and Principles of Law: Towards an European Tax Ruling System*. [S.l.]: IBFD, v. 4 in the Doctoral Series, IBFD, 2002.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAKAKIHARA, Zuudi. *Código Tributário Nacional Comentado: Doutrina e Jurisprudência, artigo por artigo, inclusive ICMS e ISS*. FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no Direito Tributário: paranóia ou mistificação? In: FERRAZ, Roberto (Coord). *Princípios e limites da tributação 2 – Os princípios da ordem econômica e a tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 599-629.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro: Edições Financeiras, 1960.

TORRES, Ricardo Lobo. Transação, conciliação e processo tributário administrativo equitativo. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Orgs.). *Transação e Arbitragem no Direito Tributário*. Belo Horizonte: Forum, 2008, pp. 89-110.

VASCONCELOS, Frederico. *Juízes no Banco dos Réus*. São Paulo: Publifolha, 2005.

Dispute System Design: Economia e eficiência na gestão de conflitos empresariais

Eduardo Machado Dias

Advogado e mediador. Mestrando em Direito Constitucional. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Endereço eletrônico: eduardomachadodiasadv@gmail.com

Isabela Sardinha Lisboa Leite

Advogada e mediadora. Pós Graduada em Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Endereço eletrônico: isabelalisboadv@gmail.com

Introdução

Em 2010 o Brasil alcançou um crescimento de 7,5% no seu PIB, o maior em vinte anos. Seis anos depois, registrou a segunda retração anual consecutiva, de 3,6%¹. O cenário retrata as dificuldades e obstáculos ao crescimento que as empresas têm vivenciado nos últimos anos. Nesse contexto, mudanças e medidas de reestruturação começam a aparecer com mais frequência no mundo empresarial.

A empresa é um ambiente complexo por natureza. Resultado de vários contatos, acordos e contratos, a estrutura empresarial se sustenta, basicamente, nas múltiplas relações decorrentes de afinidades pessoais e sociais dos envolvidos². Diz respeito, portanto, a um ambiente altamente propício ao surgimento de conflitos e desavenças dos mais variados tipos e níveis.

¹ Dados fornecidos pela base do IBGE.

² BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação de conflitos no contexto empresarial*. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <<https://goo.gl/nLzm2X>>. Acesso em: 15 Set. 2017.

Pessoas físicas e jurídicas se relacionam e se submetem a diversos padrões ideológicos, legislações, objetos contratuais e costumes. Em meio a essas transações, é comum que surjam desavenças e falhas na comunicação. Quando entraves dessa natureza acontecem, o crescimento econômico se vê ameaçado pelas disputas judiciais e toda alteração de dinâmica que delas decorrem, a exemplo do deslocamento de pessoal, investimento de tempo, despesas, publicidade negativa e desgastes relacionais.

Esses desafios se tornam ainda mais complexos quando enquadrados no cenário brasileiro. O estudo *Doing Business* 2013, elaborado pelo Banco Mundial, aponta o Brasil em 116º lugar entre 185 países em relação à facilidade de resolver conflitos³.

A estimativa é que empresas no Brasil suportam gastos anuais de 110,96 bilhões de reais com ações judiciais, número que representa cerca de 2% do faturamento anual dos empreendimentos⁴. Deste total, os gastos com custas judiciais representam 23 bilhões de reais, e as despesas com honorários advocatícios correspondem a 17 bilhões, além de outros dispêndios como perícias (2,1 bilhões), viagens e hospedagens (529 milhões), e valores com pessoal e sistemas de controle (2 bilhões). Os gastos com encargos legais e indenizações, por sua vez, chegam a corresponder a 65 bilhões de reais.

Conforme se observa dos dados acima relacionados, trata-se de importe expressivo no orçamento das organizações empresariais destinado ao custeio de litígios.

Em tempo de recessão econômica, as adaptações precisam ser abrangentes, alcançando, sobretudo, as categorias que mais pesam na folha de despesas. Nesse caso, os gastos com ações judiciais podem representar o *turn point* para um novo ritmo econômico ao negócio.

A estrutura de *Dispute System Design*

No contexto de intensos esforços em prol de crescimento e estabelecimento de um satisfatório ritmo de produção, algumas corporações buscaram alternativas e mudanças-chave nas suas estruturas internas. Dentre as reorganizações estruturais que se destacam como promissoras, destaca-se o investimento no departamento de resolução de controvérsias envolvendo a corporação, mais especificadamente, em desenhos de sistemas de disputas, conhecidos mundo a fora como *Dispute Systems Design – DSD*.

Historicamente, as organizações reagem ao conflito. Elas não planejam sistematicamente como administrá-lo. Dessa forma, apostam em procedimentos reparatórios, ou seja, que são executados após a instalação dos distúrbios. Investimentos em capital humano e capital material se voltam aos prejuízos já consolidados. O constante foco no passado leva empresas à beira da ineficiência. Em contrapartida, pensar no futuro das relações e em como evitar que os desgastes surjam apresenta-se como uma interessante possibilidade⁵.

Sistemas que pensam e administram os conflitos internos e externos de um empreendimento são estruturas que possuem origens americanas, mais propriamente nos estudos de *Alternative Dispute Resolution* (ADR) desenvolvidos na Universidade de Harvard na década de 80. No Brasil, o método também é conhecido como Design de Sistemas de Disputas (DSD) ou Sistemas de Manejo de Conflitos (SMC)⁶ e sua implementação no cenário corporativo veio acompanhada, dentre outros marcos, da necessidade de ultrapassar os reflexos negativos que a crise deixou e ainda deixa no mercado.

Na prática corporativa, o DSD vem sendo aplicado como verdadeiro meio de reestruturação da dinâmica empresarial de gestão de impasses. A existência prévia de um sistema adequado permite que a empresa detecte riscos e se antecipe ao contratempo. Já tendo sido instaurado o conflito, o sistema viabiliza uma análise cuidadosa dos espec-

3 *Doing Business* 2013. *The World Bank and International Finance Corporation*. Estudo disponível em: <<https://goo.gl/i8ByFG>>.

4 Custo das empresas para litigar, 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/voJYrw>>. Acesso em: 15 Set. 2017.

5 BINGHAM, Lisa Blomgren; HALLBERLIN, Cynthia J; Walker, Denise A; CHUNG, Won-Tae. *Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace*. 14 Harvard Negotiation Law Review 1, 50. Vol. 14. Winter, 2009, pp. 2-4.

6 MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, José Sebastião de; BEÇAK, Rubens. *Formas consensuais de solução de conflitos*. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: CONPEDI, 2016, p. 60.

tos específicos daquele impasse e sinaliza a estratégia mais adequada ao caso, sempre prezando pela autonomia dos envolvidos⁷.

A implementação do método pode ser feita *a priori* ou *a posteriori* ao surgimento dos conflitos, bem como ser desenhado para a resolução de um ou mais perfis de distúrbios internos (a exemplo das relações empregatícias) ou externos (no trato com clientes e fornecedores). O desenvolvimento sob medida de um sistema apto a integrar à estratégia do empreendimento sinaliza a própria essência do método: sua flexibilidade. Ao ser estruturado pelo profissional de design, o plano deve se adequar exatamente às dificuldades e expectativas do contexto vivenciado pelo empreendimento.

O desenho de um sistema de resolução de disputas é personalizado e requer análise do histórico da empresa, suas práticas a nível de relações internas e externas. Trata-se de um trabalho customizado que envolve a participação de todos os comprometidos com o negócio em pauta. Nota-se, portanto, que para o sucesso do sistema de resolução de disputas é essencial a participação ativa e o controle de todos os envolvidos, durante o desenho e na fase posterior de implementação do DSD.

Pesquisas dedicadas ao estudo de sistemas de justiça privada bem consolidados no mercado global, sobretudo na indústria norte-americana de diamante e de algodão, indicam que o desenho é elaborado a fim de que as partes tenham controle sobre o processo de resolução dos conflitos e incentivos financeiros para que possam tomar decisões. Nesses moldes, todos os interessados conseguem acompanhar o design do sistema de resolução de disputa através de associações democráticas e representativas dos profissionais que integram a corporação⁸.

Interessante ponderar que a essência participativa do DSD imprimi, no meio em que é implementado, uma espécie de equilíbrio natural. De fato, no cenário corporativo, o controle compartilhado sobre o desenho do sistema de disputas pode gerar grande impacto no processo e na própria função do sistema. Na medida em que todos os envolvidos se engajam no processo de design, por meio de constantes consultas de satisfação e opinião, torna-se altamente propício um bom nível de satisfação com o sistema.

Fundamental enfatizar que não se trata propriamente de um mecanismo de resolução de conflitos como o é a via consensual ou ad-

judicatória. De outro modo, o Desenho de Sistemas de Disputas é o método de criação do sistema que, por sua vez, se voltará à solução do impasse. Enquanto o DSD é método, o sistema de resolução de controvérsias é seu produto⁹.

Por tratar-se de método, o desenho de sistemas abrange um conjunto de procedimentos com um propósito definido. Nesse sentido, o planejamento segue a ordem mais apropriada de etapas para que o melhor resultado seja alcançado, a saber, que o sistema elaborado consiga solucionar o conflito com êxito.

Experiências com o método

A trajetória do *eBay* sob o comando do professor Colin Rule reflete muito bem o êxito na implementação de DSD com alto teor tecnológico. A empresa de comércio eletrônico fundada nos Estados Unidos em 1995 foi uma das pioneiras na implementação de um sistema de resolução de disputas.

Ao tornar-se diretor da área de resolução de disputas online da empresa, em 2003, Rule reestruturou a interação entre compradores e vendedores. Ele aponta que uma das descobertas mais importantes do processo de implementação do sistema foi a de que os compradores preferem perder uma disputa rapidamente, dentro de uma semana por exemplo, do que ganhar uma disputa que leve mais de um mês. O desgaste e a preocupação com o assunto são mais dolorosos para eles do que a injusta perda de 50 a 70 dólares¹⁰.

Rule também indica que, quando há um sistema eficiente de gestão de conflitos, as disputas acabam se tornando uma incrível oportunidade de fidelizar o cliente. Ao compararem milhares de contas de usuário, Rule e sua equipe descobriram que os usuários que já tinham se envolvido em conflitos com a empresa utilizaram mais vezes o sistema de pagamento *PayPal* após a disputa do que os usuários que nunca apre-

⁷ *Ibidem.*, pp. 60-64.

⁸ BINGHAM, Lisa B. *Control over Dispute-System Design and Mandatory Commercial Arbitration*. Law & Contemporary Problems. Volume 67:221. Winter/Spring, 2004, pp. 228-231.

⁹ OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 92.

¹⁰ Dados coletados da entrevista de Colin Rule concedida ao blog AuctionBytes. Disponível em: <<https://goo.gl/Tm5uBQ>>. Acesso em: 17 Set. 2017.

sentaram uma disputa. Isso, independente do resultado, ou seja, mesmo os usuários que perderam sua disputa eram mais leais.

Essas informações relatadas por Rule levam a perceber quão importante é a gestão eficiente dos conflitos. Para tanto, um sistema adaptado e personalizado faz a diferença. De fato, com a instauração de um sistema online eficiente e capaz de dar suporte aos conflitos comerciais que surgiam na plataforma do *eBay*, as negociações foram estimuladas e as iniciativas judiciais de resolução de disputas reduziram significativamente.

Outro caso emblemático é o da General Electric – GE, que, na década de 90, criou um sistema diferenciado de gestão introduzido pelo então CEO da empresa, Jack Welch. O programa implementado com o intuito de cortar os custos da corporação com litígios ficou conhecido como *Early Dispute Resolution* (EDR), e foi acompanhado de um conjunto de práticas desenvolvidas no sentido de promover a melhora sistemática do processo de produção, conhecido como *Six Sigma*.

A logística adotada pela empresa compreendia uma mudança no departamento de resolução de conflitos que, a partir de então, se comprometeria a solucionar pendências em 30 ou, no máximo, 90 dias. O programa EDR, que objetivava redução dos custos dos litígios e do tempo que os funcionários investiam na lida com ações judiciais, implementou um ritmo diferenciado de três etapas pelas quais passariam a ser submetidas as relações externas com fornecedores e clientes.

O primeiro passo consiste no Processo Preventivo, no qual um sistema de alerta precoce rastreia e identifica tendências litigiosas. Em um segundo momento, os casos detectados são submetidos ao Processo de Gestão, onde são realizadas discussões informais e negociações diretas. Posteriormente, havendo necessidade, é disponibilizado o Processo de Resolução, no qual a controvérsia é submetida, primeiramente, à mediação ou arbitragem e, caso persista, à adjudicação.

Ainda, faz parte do programa EDR a submissão de todos os casos, havendo ou não acionamento da máquina judiciária, a um Processo de Revisão da Ação. Nessa etapa final, são levantados os pontos críticos das demandas, bem como detectadas as medidas eficientes e as lições aprendidas, a fim de que se consiga mitigar problemas futuros. Trata-se, portanto, de um design cíclico e baseado em feed-backs.

Para além da nomenclatura adotada, a iniciativa foi muito bem implementada no formato de um novo desenho de gestão interna.

Estimativas indicam que com a implementação do EDR e da filosofia *Six Sigma* a corporação tenha reduzido pela metade os seus custos com litígios¹¹. De fato, trata-se de um dado expressivo no cenário econômico de acirrada disputa, busca por consolidação da marca, fidelização de clientes e saúde financeira.

Da implantação bem sucedida de um novo design de administração e solução de conflitos conduzida pela equipe GE, observa-se que a medida requereu mudanças na organização da empresa. O reenquadramento da dinâmica corporativa tomou como meta a satisfação do cliente através de melhorias nos processos, produtos e serviços. Desse modo, a empresa buscou por aperfeiçoamentos que refletissem em eficiência e preservação de relacionamentos para que, então, pudesse avançar a sua rentabilidade corporativa.

Foram implementados processos de prevenção, mecanismos gerenciais, processos de resolução e um sistema de alerta precoce capaz de identificar tendências de litígio. Ao longo de anos esse sistema foi sendo aperfeiçoado e tem apresentado excelentes resultados para a corporação, a saber, a preservação da relação com consumidores e fornecedores e a economia de milhões de dólares anualmente.

Inspiradas nos bons resultados da GE, outras empresas de grande porte também optaram por desenvolver sistemas de resolução de disputas personalizados. Essa conduta arrojada e inovadora, adotada por corporações como Motorola e Schering Plough deixa claro que a implementação do método DSD oferece um potencial de melhoria considerável no gerenciamento de conflitos empresariais e maior eficiência e competitividade no mercado. A Georgia Pacific, multinacional fabricante de celulose e tecidos, estima que economizou 30 milhões de dólares nos primeiros dez anos de implementação do seu programa de resolução antecipada de disputas¹².

Parece inquestionável que a recorrência de conflitos pode representar um curioso fator capaz de impulsionar o desenvolvimento de empresas. Trata-se apenas do bom aproveitamento de um elemento aparentemente negativo. A partir dos desencontros e desajustes comerciais,

11Fonte: Insights. Shumaker: a newsletter from Shumaker, Loop & Kendrick, LLP, June, 2016, p. 06. Disponível em: <<https://goo.gl/EF4Bir>>. Acesso em: 15 Set. 2017.

12 Fonte: Insights. Shumaker: a newsletter from Shumaker, Loop & Kendrick, LLP, June, 2016, p. 06. Disponível em: <<https://goo.gl/oExmf>>. Acesso em: 15 Set. 2017.

oportunidades são criadas e mudanças realizadas. Empreendedores e gestores são levados a repensar o sistema adotado, detectar falhas, considerar pontos de vista distintos e a agir criativamente.

Na medida em que os conflitos conduzem ao aperfeiçoamento de vários departamentos do negócio, quando mal geridos podem, por óbvio, levar a frustrações, desinteresse, despesas e até ao fracasso do empreendimento. Em termos simples, os conflitos surgem no contexto empresarial como uma faca de dois gumes, ou seja, a depender de como forem administrados podem proporcionar aprimoramento ou novos desgastes.

O grande desafio, portanto, não consiste em exterminar os conflitos na sua totalidade, haja vista tratar-se de evento natural e inevitável, mas sim de identificá-los e administrá-los de forma eficaz. Sugere-se, desse modo, que as organizações se engajem na implementação de um desenho de sistemas de disputas capaz de tratar de forma positiva e personalizada os seus conflitos.

Não há que se falar em fórmula pré-moldada capaz de abarcar e gerir de todos os dilemas vivenciados por um empreendimento. De outro modo, a medida mais viável acaba sendo identificada a partir da análise do caso concreto, das suas particularidades e principais enfrentamentos. Nesse sentido, observa-se que o sucesso da implementação do DSD em um ambiente corporativo depende muito mais da avaliação adequada e estratégica das características intrínsecas ao conflito do que de qualquer enfrentamento brusco e ríspido das incompatibilidades¹³.

DSD nos conflitos trabalhistas: *Employment Dispute Resolution*

Durante a Segunda Guerra Mundial, a Junta de Trabalho de Guerra norte-americana promoveu práticas extrajudiciais de resolução de conflitos que se tornaram generalizadas durante a década de 1950. Conforme os métodos adequados de tratamento de controvérsias se desenvolveram no país, as organizações começaram a institucionalizar processos ou sistemas extrajudiciais de resolução de conflitos como uma maneira da própria sociedade civil melhorar a comunidade, sua capacidade de resolução de problemas, capital social e justiça¹⁴.

13 MARTINEZ, Janet; SMITH, Stephanie. *An Analytic Framework for Dispute Systems Design*. In: Harvard Negotiation Law Review, Vol. 14, 2009, p. 126. Disponível em: <<https://goo.gl/FVZPwE>>. Acesso em: 10 Set. 2017.

14 Dispute System Design by Lisa Blomgren Amsler, Janet K. Martinez, and Stephanie E.

Nessa toada, a partir do século XX, os Estados Unidos desenvolveram modelos para resolver conflitos oriundos das relações trabalhistas por meio de sistemas de justiça privada que incluem negociação, mediação e arbitragem (Barrett e Barrett, 2004).

William Ury, Jeanne Brett e Stephen Goldberg, estudiosos norte-americanos, analisaram detidamente os conflitos trabalhistas nas minas de carvão dos Estados Unidos. À época, período entre 1971 e 1974, o quadro era alarmante, haja vista ter registrado uma média de 1.500 greves por ano. Essa taxa duplicou entre 1975 e 1977, ultrapassando 3.000 greves anuais¹⁵.

Diante do caótico cenário, Ury realizou uma famosa experiência na mina de carvão de Caney Creek, no estado americano de Kentucky. Nos 2 anos anteriores haviam ocorrido 27 greves na mina em questão. A situação conflituosa entre os mineradores e a direção da mina era tão acirrada que o encerramento das atividades era eminente e 13 dos contratos de trabalho já haviam sido suspensos¹⁶.

O primeiro passo desenhado e implementado pelos especialistas foi a realização de um amplo diagnóstico da situação e, para tanto, estabeleceram uma intensa comunicação com a direção da mina. Nessa fase do projeto, os estudiosos entrevistaram mais de 100 mineradores, dialogaram com os sindicatos e demais atores envolvidos.

A partir de então, detectou-se que o sistema de resolução de conflitos até então adotado pelo empreendimento era extremamente deficiente e que os procedimentos de resolução de conflitos baseados em interesses, a exemplo da negociação, eram praticamente inexistentes. Os procedimentos utilizados centravam-se nos direitos, como a arbitragem, ou no poder, como era o caso das greves.

Foi possível detectar que a insatisfação com esse modelo era generalizada. Os trabalhadores se queixavam das etapas de negociação, que entendiam ser meramente protocolares, e reafirmavam que não se sentiam ouvidos. Ainda, reiteravam que se sentiam ainda mais frustrados com o procedimento de arbitragem, já que não compreendiam as

Smith © 2016 by the Board of Trustees of the Leland Stanford Jr. University, reprinted by permission of Stanford University Press, sup.org.

15 URY, William, BRETT, Jeanne, GOLDBERG, Stephen. Resolução de Conflitos: Concepção de Sistemas para reduzir os custos dos conflitos, p. 134. Editora Atual. Lisboa, Portugal.

16 Ibid., p. 149.

questões jurídicas debatidas. De outro lado, os administradores da mina entendiam que as queixas eram excessivas e que as greves eram abusivas.

Ury, em conjunto com as partes envolvidas, adotou, dentre outras, as seguintes medidas: i) restabelecimento do diálogo entre trabalhadores e a direção da mina, com o posterior e gradativo reestabelecimento da confiança entre eles; ii) reformulação das etapas do Sistema de Resolução de Conflitos pré-existente; iii) incentivo à prevenção e ao engajamento das partes na solução dos conflitos e reforço dos procedimentos de negociação e mediação antes da arbitragem, acelerando a resolução geral das disputas e reduzindo o número de casos que exigiam um árbitro, o que era mais oneroso.

Após a implementação informal dos novos procedimentos, finalmente havia confiança suficiente para que adoção formal do novo sistema de resolução de conflitos. Ambos os lados informaram uma melhoria considerável nas suas relações. Passaram-se mais de onze meses seguidos sem uma única greve e o risco de fechamento da mina dissipou-se.

Registros apontam que em setembro de 1980 ocorreu um princípio de greve, seguida de outra iniciativa grevista em janeiro de 1981¹⁷. Na época, foi rapidamente estabelecida a etapa de negociação pré-greve, iniciativa que resultou em acordos, além de comprovar que continuavam progredindo e gerando soluções por meio do diálogo.

Os relatos sobre a implementação de DSD na mina de carvão de Caney Creek, ambiente extremamente complexo e belicoso, demonstram quão necessária, e igualmente benéfica, é a quebra de paradigmas no tratamento de conflitos trabalhistas. A substituição da visão adversarial, juntamente com o monopólio dos métodos heterocompositivos, por sistemas de desenho de disputas que contemplem métodos autocompositivos, a exemplo da negociação e da mediação, prometem alterar para melhor a dinâmica de resolução dos conflitos laborais.

Nos anos seguintes ao caso acima relatado, o método DSD foi disseminado nos Estados Unidos e no mundo. Com a crescente implementação da ferramenta, os estudos sobre o tema se proliferaram e alguns autores adotaram a denominação *Employment Dispute Resolution* (EDR) para os sistemas de desenho de disputas que buscam reestruturar, especificadamente, as relações e a dinâmica do ambiente de trabalho.

¹⁷ Ibid., p. 183.

Variadas experiências noticiam a eficiência do DSD implementado no âmbito dos conflitos trabalhistas, como é o caso da Halliburton, multinacional americana do ramo petrolífero que implementou um novo Sistema de Resolução de Conflitos e reduziu em 80% os custos com litígios. A Motorola, empreendimento do ramo de telecomunicações, alcançou redução de 75% dos custos com litígios durante um período de 6 anos. Já a NCR, com atuação na área de tecnologia, posteriormente adquirida pela AT&T, alcançou redução de 50% nos custos com litígios e reduziu seu estoque de processos judiciais de 263, registrados no ano de 1984, para apenas 28 processos em 1993¹⁸.

O cenário para a disseminação do DSD no Brasil

Quando a análise se debruça sobre o cenário nacional, observa-se a predominante utilização do DSD em conflitos de grande complexidade no setor público, a exemplo dos sistemas de resolução de disputas estruturados após o desastre aéreo do voo 3054 da TAM e o caso do desmoronamento no canteiro de obras do metro de São Paulo, ambos no ano de 2007. No setor privado, por sua vez, já existem notícias de que algumas experiências estão sendo implementadas, embora os dados numéricos não estejam disponíveis ao público em geral.

De fato, o cenário vivenciado no Brasil, com o Judiciário sobrecarregado e a crescente dos índices de conflitos, em especial de relação de consumo e conflitos trabalhistas, coloca para as empresas o desafio e a oportunidade de criar sistemas de resolução de conflitos a partir da metodologia DSD.

Nos últimos anos entraram em vigor algumas normas que prestigiam e incentivam o uso dos métodos adequados de resolução de conflitos, a exemplo da recente alteração da Lei de Arbitragem, a Lei de Mediação, a Reforma Trabalhista e até mesmo o novo Código de Processo Civil. Essas inovações legislativas inspiram mais otimismo, segurança jurídica e confiança na disseminação do DSD, porque trazem respaldo legal para a implementação de novos Sistemas de Resolução de Conflitos.

A Lei de Mediação trouxe mecanismos importantes como a cláusula de mediação, que, exemplificativamente, pode ser utilizada nos

¹⁸ MORGAN, Cecilia H. *Employment Dispute Resolution Processes* 2004, 11 *Tex. Wesleyan L. Rev.* 31, 44 (2004), p. 33.

contratos por adesão, evitando boa parte das milhares ações que sobrecarregam o Judiciário. Da mesma forma, o novo Código de Processo Civil também incentiva os métodos adequados de tratamento de conflitos, admitindo, inclusive, a realização da mediação por meios eletrônicos, ou seja, a adoção de mecanismos de *Online Dispute Resolution*.

No ano de 2017, a Reforma Trabalhista também quebrou paradigmas e estabeleceu novas dinâmicas de resolução dos conflitos trabalhistas, em especial: i) a Jurisdição Voluntária Trabalhista, que permite a realização de acordos extrajudiciais, com posterior homologação na Justiça do Trabalho; ii) a possibilidade de inserção da cláusula compromissória nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior ao dobro do limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o equivalente a cerca de 11 mil reais; iii) a possibilidade, nas empresas com mais de 200 empregados, da criação de Comissões de representantes dos empregados com atribuição para representá-los perante a administração das empresas.

Do exposto, nota-se que o arcabouço legal brasileiro fornece sustentação e incentivos para que as corporações brasileiras desenvolvam, com mais arrojo e criatividade, os seus próprios sistemas de resolução de disputas. Devidamente projetados e adaptados à realidade corporativa, os diversos métodos auto e heterocompositivos funcionam com maior eficiência e refletem em competitividade à empresa.

Também vale mencionar o obstáculo cultural na cúpula das empresas, nos Conselho de Administração e Diretorias. Em relação ao procedimento da mediação, por exemplo, é comum haver resistência dos executivos para cooperar na avaliação inicial de casos. Ademais, a ideia de divulgar informações durante o procedimento de mediação à outra parte, com o objetivo de elucidar o caso e debater sobre os interesses, ainda é mal vista por alguns advogados, como por exemplo ocorre em países como a Itália ou França¹⁹.

Sobre o assunto, Lipsky e Seeber observam que:

em muitas empresas com fortes políticas de resolução adequada de disputas, não se trata apenas de adicionar técnicas a outras já utilizadas na corporação, na verdade trata-se de uma mudança na mentalidade da empresa sobre como é necessário gerenciar os conflitos²⁰.

19 NAJAR, Jean Claude. Corporate Counsel in the Era of Dispute Management

20 LIPSKY, David B.; SEEGER, Ronald L. *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. 1998, p.23. Disponível em: <ht-

A análise do cenário de empreendedorismo brasileiro persiste em indicar a movimentação majoritária dos conflitos pelas vias mais tradicionais. O constante acionamento da máquina judiciária na busca por soluções dos dilemas trabalhistas, societários e consumeristas sinalizam que o desenho de novos sistemas de resolução de disputas ainda não faz parte da cultura das empresas no mercado brasileiro. No entanto, é preciso admitir que, muitas vezes, o primeiro passo para a mudança de cultura em uma empresa é dado quando ocorre um caso de sucesso. Faz-se necessário adotar uma postura de arrojo e abertura a inovação.

Nesse sentido, outro elemento essencial para o sucesso na implementação de Sistemas de Resolução Privada é a capacitação, por meio de programas de formação e aperfeiçoamento dos operadores do direito e representantes das empresas em técnicas de comunicação, negociação e mediação. Um Sistema de Resolução de Conflitos alcança bons resultados quando os representantes das empresas estão qualificados para abordar os conflitos sob uma nova perspectiva. Assim, gradativamente é formada e incorporada a cultura consensual.

É recomendável, e com grandes chances de ser produtiva, a implementação de projetos piloto que explorem o método DSD em um determinado setor, filial ou em relação a um padrão de conflito. Aos poucos, os ajustes são realizados, os envolvidos ganham confiança e, finalmente, é possível avançar para a institucionalização de um sistema de resolução de disputas próprio e personalizado.

Conclusão

Certamente, um dos principais desafios à disseminação do DSD no Brasil encontra-se no componente cultural. A comunidade pensa de modo litigante, e esse padrão se estende, evidentemente, para o departamento jurídico das empresas. Tradicionalmente, os profissionais da advocacia são ensinados a conhecer apenas a lei, e não são suscitados a pensar e agir como empresários.

Dessa forma, gerações inteiras foram programadas para agir de acordo com o método legal tradicional, qual seja, aquele que determina, em primeiro lugar, a identificação do problema juridicamente tutelável, seguida da aplicação do instrumento legal mais adequado, mantendo, por fim, a

[tps://goo.gl/1kmDzt](https://goo.gl/1kmDzt). Acesso em: 23 Jan. 2018.

esperança, quase infundável, de que irá ganhar o caso.

Compreender o trabalho do designer de sistemas de resolução de disputas, interagir, cooperar e trabalhar em conjunto é um exercício que exigirá paciência e criatividade dos advogados corporativos e empresários. Sobretudo, o desenvolvimento desse mecanismo demanda estudo, pesquisa e, conseqüentemente, disseminação do tema para conhecimento tanto do público empreendedor, quanto do público consumidor. Do início ao fim de um sistema de resolução de disputas é preciso que todos os afetados estejam envolvidos.

As experiências internacionais encorajam a tomada de iniciativa e abrem precedentes de êxito para os empreendimentos nacionais. Nesse contexto, as dificuldades inerentes ao processo de reformulação interna de um empreendimento acabam pegando os atalhos criados pelos *cases* de sucesso, de todo que a implementação de procedimentos arrojados e inovadores se torne cada vez mais viável.

Por fim, vale destacar que a adoção de novas tecnologias pelas grandes empresas é um fator relevante para o sucesso do DSD no ambiente corporativo brasileiro, especialmente em virtude do expressivo volume de conflitos e da dificuldade em gerir grande quantidade de dados.

A utilização de *Big Data* e inteligência artificial pode, por exemplo, identificar quais são os principais motivos que geraram uma avalanche de ações contra determinada empresa. A partir de então, é possível constatar que a estratégia de negociação com consumidores de determinada região gera melhores resultados do que outra. Observe, portanto, que a tecnologia permite tratar milhares de dados, antecipar tendências e diagnosticar de maneira mais clara e efetiva os problemas.

De modo semelhante, o uso de plataformas de *Online Dispute Resolution* também representa um aliado nesse contexto de implementação de novas metodologias de gestão de conflitos. Ao ser incorporada ao sistema de resolução de disputas das empresas, a plataforma *online* viabiliza a realização de sessões de negociação e mediação de modo facilitado. Assim, a tecnologia reduz expressivamente a quantidade de deslocamentos longos e custosos, propiciando celeridade e economia.

Diante do exposto, resta intacta a percepção de que a implementação de projetos de DSD sinaliza perspectivas de economia e eficiência aos empreendimentos brasileiros. Seguindo a tendência mundial, a adoção de ferramentas customizadas e personalizadas de

administração de disputas parece indicar um caminho de superação paulatina, organizada e sólida da excessiva judicialização e generalizada insatisfação dos envolvidos.

Referências

- BINGHAM, Lisa Blomgren. Control over Dispute-System Design and Mandatory Commercial Arbitration. *Law & Contemporary Problems*. Volume 67:221. Winter/Spring, 2004.
- _____. HALLBERLIN, Cynthia J; Walker, Denise A; CHUNG, Won-Tae. Dispute System Design and Justice in Employment Dispute Resolution: Mediation at the Workplace. In: *Harvard Negotiation Law Review* 1,50. Vol. 14. Winter, 2009.
- BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<https://goo.gl/hsjF7>>. Acesso em: 15 Set. 2017.
- LIPSKY, David B.; SEEGER, Ronald L. *The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations*. 1998. Disponível em: <<https://goo.gl/eVrpDJ>>. Acesso em: 23 Jan. 2018.
- MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, José Sebastião de; BEÇAK, Rubens. *Formas consensuais de solução de conflitos*. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: CONPEDI, 2016.
- MARTINEZ, Janet; SMITH, Stephanie. An Analytic Framework for Dispute Systems Design. In: *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 14, 2009. Disponível em: <https://goo.gl/wBiQru>. Acesso em: 10 Set. 2017.
- MORGAN, Cecilia H. Employment Dispute Resolution Processes 2004, 11 *Tex. Wesleyan L. Rev.* 31, 44 (2004).
- NAJAR, Jean Claude. Corporate Counsel in the Era of Dispute Management 2.0. *Business Law International*, vol. 15 (2014).
- OSTIA, Paulo Henrique Raiol. *Desenho de Sistema de solução de conflito: sistemas indenizatórios em interesses individuais homogêneos*. 2014. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- ROGERS, Nancy H.; BORDONE, Robert C.; SANDER, Frank E.A.; McEWEN, Craig A. *Designing Systems and Processes for Managing Disputes*. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
- URY, William, BRETT Jeanne M., GOLDBERG, Stephen B. *Getting Disputes Resolved*, 2009.
- URY, William, BRETT Jeanne, GOLDBERG, Stephen. *Resolução de Conflitos: Concepção de Sistemas para reduzir os custos dos conflitos*, p. 134. Editora Atual. Lisboa, Portugal.

Formas adequadas de solução de conflitos e os desafios da Advocacia

Marcelo Vieira de Campos

Especialista em Direito Administrativo e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Guarulhos. Advogado. Juiz no Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

Marcelo Winch Schmidt

Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa, Pós-graduando em Direito Eleitoral pela PUC/MG. Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/RS. Advogado.

Introdução

A justiça realizada por meio da jurisdição estatal – modelo que segue padrões da modernidade ocidental –, é calcada em princípios universais consagrados em imperativos legais.

Trata-se de uma justiça que, partindo de procedimentos codificados, aplica a norma ao caso concreto, com base em deduções racionais advindas da autoridade da lei ou dos precedentes. Logo, em situações de conflito, o Estado substitui a vontade dos cidadãos, a fim de dizer o direito e assegurar a paz social.

Sob esse padrão, o Estado detém o monopólio do exercício da atividade jurisdicional.

Nesse modelo, temos as partes em conflito – as quais, de forma geral, não possuem predisposição para a pacificação do conflito, até pelo fato de estarem envolvidas emocionalmente, o que muitas vezes interfere no discernimento racional suficiente para tanto –, os Profissionais da Advocacia – comprometidos com o interesse dos seus clientes e, em sua maioria, com sua formação baseada na cultura jurídica do enfrentamento,

em que os conceitos de “perdedor” e “ganhador” alimentam a lógica do sistema de justiça – e o Estado-Juiz, sobre quem recai a responsabilidade de dar uma solução arbitrada para a contenda.

As dificuldades desse modelo de justiça levaram, a partir do final da década de 70, sobretudo nos Estados Unidos, à emergência de um movimento de resgate dos métodos alternativos de resolução de disputas (ADRs) como um instrumento de busca e de realização da justiça.

Esse fenômeno tem sido analisado sob diferentes perspectivas no Brasil. Apesar da existência de opositores à flexibilização do pretenso monopólio estatal de realização da justiça, os Poderes Legislativo e Judiciário têm adotado posturas indicativas de que os métodos alternativos de resolução dos litígios revelam sinais de uma justiça do futuro.

Ainda no ano de 2010 foi editado ato normativo pelo Conselho Nacional de Justiça – Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 – para instituir “*a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesse, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade*”¹.

Sinalizou-se a incumbência, aos órgãos judiciários, “além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação”².

No mesmo sentido, a inserção, no Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015), de capítulo sobre a nova sistemática das audiências de conciliação e mediação processual (art. 334), além da inovadora previsão do funcionamento e a definição de responsabilidade dos conciliadores e mediadores judiciais (art. 165), apontam para a flexibilização dos meios de resolução de conflitos.

Ainda na esfera normativa, soma-se ao novo CPC a Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplina a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública e estabelece a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania.

Todos esses institutos vieram regulamentar o preceito constitucional da razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, inciso LXXVIII da CF, de 1988³.

1 Art. 1º, *caput*, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (redação original).

2 Art. 1º, parágrafo único, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (redação original).

3 “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garan-

Atendem, assim, à necessidade de legislação específica e de atuação institucional voltada ao desenvolvimento de formas consensuais de solução de disputas.

Dentre os muitos novos desafios que restam na busca da efetivação desse novo modelo de justiça está a compreensão do papel de Advogadas e Advogados. A qualificação profissional e a valorização da advocacia nesse processo são essenciais para o novo paradigma de justiça consensual, em que se busca o fim do conflito por meio de uma solução minimamente satisfatória, construída de forma colaborativa pelos envolvidos.

Breves notas sobre soluções adequadas de conflitos

Muito embora a duração razoável do processo tenha sido consagrada como um direito fundamental, a decisão judicial não pode ser proferida de modo açodado, sem a devida colheita das provas, a efetiva maturação da causa, o estudo e a reflexão acerca das alegações de cada uma das partes.

No entanto, por muitas vezes, pelo número crescente de demandas, a contenda judicial caminha por anos até chegar a sua decisão final, o que viola o corolário constitucional da razoável duração do processo.

Nesse contexto, a administração adequada de conflitos contempla as iniciativas pautadas por um modelo de mediação de disputas por via negociada, restaurativa ou de composição, somando-se aos modelos adjudicatório e retributivo do sistema de justiça hodierno, nas hipóteses em que admitida a resolução extrajudicial do dissídio.

É clássico como modelo de solução adequada de resolução de conflitos a mediação, em que as partes, de forma voluntária e auxiliada por um terceiro imparcial, buscam uma saída satisfatória para seus impasses, pondo fim ao conflito.

Na feliz síntese de Maurício Godinho⁴:

“... são múltiplos os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais conhecidos hoje no Ocidente, e que podem ser agrupados em três grandes grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição”.

tam a celeridade de sua tramitação”.

4 DELGADO, Maurício Coutinho, 2002.

A diferenciação essencial para o autor entre estes grupos encontra-se nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo de solução do conflito.

Nas duas primeiras modalidades (autotutela e autocomposição), apenas os sujeitos originais em confronto é que tendem a se relacionar na busca da extinção da divergência, o que dá origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia “autogerida” pelas próprias partes. Cabe ponderar que, a seu turno, a Autocomposição pode ser direta (ou bipolar), como na Negociação, ou indireta (triangular) como na Conciliação e na Mediação⁵.

Na última modalidade (heterocomposição), por sua vez, verifica-se a intervenção de um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, o que acaba por transferir, em maior ou menor grau, para este agente exterior, a direção dessa própria dinâmica.

Ou seja, a sistemática de análise e solução da controvérsia não é mais exclusivamente gerida pelas partes e seus constituintes, mas transferida a um Órgão interveniente.

Aqui, ultrapassando a perspectiva tradicional de Estado-Juiz coator, o sujeito pacificador assume prioritariamente o papel de mediador de interesses e partes em conflito.

Neste cenário, devemos fomentar ao arquiteto do direito, ao Advogado, maior participação e, até mesmo, o protagonismo nas variadas formas de solução de conflitos, para além da atuação meramente jurisdicional.

Os desafios da advocacia

Para a realização do novo modelo de justiça, o profissional da advocacia tem a missão de orientar seus clientes sobre seus direitos e apresentar soluções criativas, devendo, assim, adaptar sua tradicional estratégia de atuação profissional.

Entramos em uma era em que o Advogado deve desenvolver, dentre suas inúmeras qualidades, a capacidade de conceber “processos” e propor as consequentes “soluções” viáveis para as disputas.

⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.), 2009.

Estamos no estágio onde o trabalho do Advogado será medido não mais pela sua capacidade de litigar por anos a fio, subtraindo os conflitos ao Poder Judiciário, mas uma postura de escolha de mecanismos enxutos e eficientes em termos de custos e tempo, propondo formas ao cliente que contemplem a transformação do problema em solução jurídica final prática, útil e economicamente atraente, sob forma de acordos expeditos mutuamente satisfatórios.

Surge daí a figura do arquiteto⁶, existente em todo Advogado apto a propor maneiras adequadas que satisfaçam as necessidades por vezes únicas em disputas levadas ao seu conhecimento.

Além disso, muito se fala no impacto das novas tecnologias, cada vez mais aplicadas na área do direito e que, em tese, são capazes de substituir profissionais da advocacia na padronização de peças processuais. Notícias divulgadas anunciam a substituição de Advogados por algoritmos (provavelmente, a menores custos)⁷. Essa realidade na área do direito se avizinha, havendo aqueles que já bradam sobre grande impacto no atual modelo de advocacia, com um possível fim desta carreira jurídica, enquanto outros entendem que não há máquinas capazes de substituir tais profissionais.

Certa ou errada essa profecia, o profissional da advocacia deve despertar o interesse em ser o “senhor” das disputas que chegam ao seu escritório⁸, mediante o oferecimento de variadas modalidades de resolução de conflitos – não apenas o contencioso judicial –, cabendo a ele informar aos clientes as vantagens e desvantagens que eventualmente decorrem de cada uma das modalidades propostas, a fim de permitir uma escolha consciente daquele que busca sua orientação.

Nesse contexto, o Advogado, como arquiteto do Direito, deve estudar e incluir no rol de suas capacidades as formas de Autocomposição dos conflitos, afim de representar de maneira eficaz seus futuros clientes, convencendo-os a compreender e participar de métodos novos e inovadores para resolver disputas quando o processo judicial não parece proporcionar a melhor alternativa para satisfazer às necessidades e aos interesses emocionais, econômicos e psicológicos dos atores em disputa.

⁶ COOLEY, John W., 2001.

⁷ Disponível em: <<https://goo.gl/wyZGgF>>, acessado em 15.10.2017.

⁸ Disponível em: <<https://goo.gl/2kxTe5>>, acessado em 15.10.2017.

Para tanto, deve o profissional da Advocacia reciclar-se para que possa identificar as formas e técnicas empregadas nas soluções adequadas de disputa.

Segundo John W. Cooley⁹ a advocacia eficaz nas formas auto-compositivas tem quatro aspectos distintos: (1) A preparação do caso a ser submetida a uma sessão de mediação; (2) A preparação do cliente para mediação; (3) A advocacia durante a sessão de mediação; e (4) A advocacia ligada à mediação após a sessão de mediação.

Do ponto de vista prático, os dois primeiros aspectos são administrados no planejamento de uma negociação.

A título de exemplificação, os aspectos ligados a mediação não podem advir do campo intuitivo, devendo o profissional planejar sistematicamente a coleta e a organização das informações que envolvam a disputa: a identificação dos objetivos, sentimentos e interesses básicos das partes; avaliação dos pontos fortes e fracos do conflito; estabelecimento da posição de abertura e das condições mínimas; estimativa das condições mínimas da outra parte e sua posição de abertura; consideração de resultados alinhados e possíveis concessões e trocas; planejamento das estratégias e das táticas apropriadas para aquele tipo de conflito; a determinação do formato de abertura e apresentação e a estimativa e administração do tempo do procedimento, entre tantos outros.

Outro desafio para a Advocacia é a difusão de uma cultura profissional em que a economia de tempo e recursos do cliente, por meio da mediação, não sejam “punidas” com uma redução dos honorários.

Nas palavras do Professor André Gomma de Azevedo¹⁰:

“É preciso aproveitar o novo Código de Processo Civil como uma oportunidade de cobrir com um manto de novo a relação entre partes, advogados, magistrados e promotores. Se o mercado de trabalho privado valoriza posturas como determinação, otimismo, ponderação, equilíbrio, pró-atividade e liderança como características de bons profissionais, precisamos tornar o processo civil mais resolutivo com essas atitudes. Assim, a colaboração processual decorre do profissionalismo decorrente do distanciamento de paixões pessoais contraproducentes, principalmente por parte de magistrados, conciliadores e mediadores, mas também por advogados.”

⁹ COOLEY, John W., 2001.

¹⁰ AZEVEDO, André Gomma de, 2017.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil tomou importante iniciativa ao inserir dispositivo no Novo Código de Ética da OAB (Resolução nº 02/2015), em seu artigo 48, § 5º abordou explicitamente a questão dos honorários ao estabelecer que:

“É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial”.

A acertada posição da entidade de classe ainda deverá ser reforçada no processo de mudança em curso no país. Tal missão, no entanto, não é exclusiva dos causídicos, como bem elucida o Professor André Gomma de Azevedo¹¹:

“Certamente, a questão dos honorários conciliatórios demandará adaptação por parte de juízes, conciliadores, mediadores e até dos advogados. Contudo, não nos restam dúvidas de que a justiça consensual caminha no sentido correto quando premia quem reduz a duração das contendas e concorre para a propagação da modificação de mentalidades por meio da cultura da paz. Isso porque o restabelecimento da tranquilidade, o resgate e equilíbrio das relações entre os interessados, a relevância do fator temporal e o consenso na resolução do conflito, apesar de corriqueiramente olvidados, são aspectos preciosos e os profissionais que atuam promovendo esses valores devem ser adequadamente recompensados.”

Assim, precisamos ter a clareza de que a mediação não reduz as oportunidades de trabalho para o Advogado e não substituirá por completo o processo judicial.

Espraçar a cultura da mediação é tarefa urgente da advocacia que zela pelo pleno acesso à justiça e pela eficiência e efetividade do Sistema de Justiça.

Conclusão

A busca permanente pela realização da justiça chegou a momento em que as soluções adequadas dos conflitos são uma realidade e, no to-

¹¹ AZEVEDO, André Gomma de, 2016.

cante à advocacia, deve-se almejar e agir para uma qualificação e valorização profissional que permitam ao Advogado cumprir seus novos desafios.

Percebe-se que a mediação enriquece a atuação profissional do Advogado e favorece o empoderamento das partes enquanto protagonistas da solução dos conflitos, contribuindo para a democracia e o Estado de Direito.

Por todo o exposto, os profissionais da advocacia devem compreender que seu papel ideal nas formas adequadas de solução conflitos não é de meros seguidores, mas de líderes, a fim de que passem a fazer o melhor e mais amigável de sua habilidade inerente, que é a de negociar.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de. *Colaboração processual exige distanciamento de paixões pessoais*. Disponível em: <<https://goo.gl/yd3V9e>>. Acesso em: 15.10.2017.

_____, André Gomma de. *Valorizar quem economiza tempo é desafio para a Justiça consensual*. Disponível em: <<https://goo.gl/B5ec64>>. Acesso em: 18.10.2017.

_____, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: Azevedo, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BARBOSA, Ivan Machado, Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual in Azevedo, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. *Manual de Mediação Judicial*. Azevedo, André Gomma de (Org.). Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

_____, Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*.

Azevedo, André Gomma de (Org.), 6ª Edição. Brasília: CNJ, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COOLEY, John W. *A Advocacia na Mediação*. Trad. René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DELGADO, Maurício Coutinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

PELUZO, Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PIRES, Amom Albernaz, Mediação e Conciliação: Breves reflexões para uma conceituação adequada in Azevedo, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 1.

Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Trad. Henrique Araújo Costa. In: Azevedo, André Goma de (Org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

Interface entre a mediação extrajudicial e judicial: uma interpretação coerente

Ana Luiza Isoldi

Sócia da ALGI Mediação. Mediadora certificada ICFML – IMI, com mais de 300 horas em mediação privada. Dedicou-se à consultoria e treinamentos em gestão de conflitos, especialmente mediação, desde 2004. Graduada em Direito pelo Mackenzie, Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP e Mestre em Negociação e Mediação pela IUKB (Argentina). Especialista em Direito Público e em Métodos de Soluções Alternativas de Conflitos Humanos pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Dinâmica de Grupo pela Sociedade Brasileira de Dinâmica de Grupo. Área de atuação: empresarial, cível, societário, empresa familiar.

Introdução

Dois mil e quinze foi o ano do marco legal da mediação no Brasil, com a edição do Código de Processo Civil em março¹, e da Lei de Mediação em junho², trazendo múltiplas possibilidades e esperança.

Todo esse movimento legislativo vem para legitimar o preâmbulo da Constituição Federal que, desde 1988, já indicava o meio pacífico como o ideal para a solução dos conflitos.

Após quase dois anos de implementação, tantos questionamentos surgiram que se faz necessária uma releitura com análise minuciosa da legislação, a partir do viés prático, das experiências, dos erros e acertos, do que está funcionando e dos desafios a superar.

Neste trabalho, serão desenvolvidas perguntas instigantes chegando à conclusão de que a legislação apresenta um sistema lógico, coerente e integrado para a mediação extrajudicial e judicial coexistirem em harmonia.

O raciocínio será detalhadamente desenvolvido a seguir, pautado na legislação.

¹ Lei 13.105, de 16 de março de 2015, com entrada em vigor em março de 2016.

² Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, com entrada em vigor em dezembro de 2015.

Para que serve a mediação?

A mediação viabiliza que as pessoas sejam protagonistas da solução de seus problemas e decidam o que fazer, com base nos interesses, controlando riscos, gastos, tempo e relacionamento.

Como regra, e para a grande maioria dos conflitos, as pessoas não precisam da decisão de um terceiro determinando o que devem fazer.

O mediador acredita na capacidade das pessoas de fazer escolhas e tomar decisões.

A mediação é obrigatória?

Sim e não!

A regra geral é a obrigatoriedade da mediação judicial e a facultatividade da mediação extrajudicial.

Sobre a mediação judicial, preenchidos os requisitos da petição inicial, e não sendo caso de improcedência liminar, o juiz designará audiência de mediação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (art. 334, do CPC³ e art. 27, da LM⁴)⁵.

A obrigatoriedade é de comparecer à primeira reunião para receber informações sobre as características e procedimento, e, a partir daí, optar por aderir e continuar na mediação voluntariamente, ou seguir por outra via.

Há duas exceções para a não realização da audiência de mediação judicial: a) se ambas as partes manifestarem expressamente desinteresse e, b) se o caso não admitir autocomposição⁶.

3 Art. 334, CPC. 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.

4 Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. (Da Mediação Judicial)

5 Nas ações de família (art. 695, CPC) e em conflito coletivo de posse velha (art. 565, CPC), a mediação é obrigatória e não permite a aplicação das exceções previstas no §4º do art. 334, CPC.

6 Art. 334, §4º, CPC: “A audiência não será realizada: I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II – quando não se admitir a autocomposição”.

Muitos juízes estão comprometidos com os métodos consensuais e encaminham os casos para mediação⁷, após seleção adequada, atendendo ao estímulo previsto na legislação.

Mas também há inúmeras decisões judiciais utilizando-se de justificativas para a não designação da audiência de mediação judicial, tais como: a) falta de estrutura física, material e humana (ausência de CEJUSCs ou setor com estrutura reduzida, desempenho insuficiente ou pauta extensa); b) violação ao princípio da celeridade e duração razoável do processo (com o entendimento de que a mediação atrasaria a decisão judicial); c) desinteresse manifestado apenas pelo autor; d) possibilidade do próprio juiz atuar como mediador; e) possibilidade das partes comparem-se sozinhas e a qualquer momento; dentre outras.

Outras situações indicam o encaminhamento indiscriminado à conciliação/mediação, desconsiderando a diferenciação prevista na legislação, sem a aplicação do filtro necessário para o funcionamento lógico do sistema multiportas⁸⁹.

Seria muito útil diretrizes interpretativas sobre o marco legal da mediação, no âmbito dos Tribunais, inclusive com orientações internas encaminhadas pela Corregedoria de Justiça aos juízes, a permitir sua aplicabilidade e desenvolvimento, de modo sistemático e comprometido, para implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário, prevista na Resolução 125/10, do Conselho Nacional de Justiça. A mediação extrajudicial, ao contrário, é voluntária. A voluntariedade consiste na liberdade de: a) optar pela mediação como método; b) escolher o mediador; c) de continuar em todas as etapas ou abandoná-la a qualquer tempo; d) decidir sobre o conteúdo do acordo. Naturalmente a mediação segue o caminho privado.

7 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§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.

8 A mediação promove a negociação sobre interesses, por isso necessita de mais investigação e profundidade no procedimento e serve para relações continuadas, múltiplos vínculos ou conflitos que impactam significativamente. A conciliação promove a negociação sobre as posições trazidas inicialmente pelas partes, por isso trabalha com pouca informação e pode ser realizada com procedimento mais superficial e serve para relações sem interesse de continuidade, único vínculo ou conflitos que tem um impacto de menor relevância.

9 Como analogia poderíamos pensar que ao ter uma fratura exposta no braço, o hospital público encaminhasse o paciente para ser tratado por um oncologista.

É até inusitado pensar que é necessária uma lei ou um juiz para determinar que as partes conversem entre si para resolver suas questões.

Foi no âmbito privado que a mediação se iniciou e desenvolveu, por meio de pensadores multidisciplinares, com aportes de diferentes disciplinas sobre a gestão dos conflitos¹⁰.

Num momento posterior, constatando os benefícios e resultados, o Poder Judiciário incorporou o método, culminando, no Brasil, com a obrigatoriedade advinda com o marco legal, com o objetivo de propiciar a experiência da mediação aos usuários da Justiça que, por diferentes motivos, possam não ter acesso de outra forma.

Faz todo sentido pensar que no ambiente judicial, em que as decisões tenham cumprimento obrigatório, a mediação também seja obrigatória. E no âmbito privado, em que as decisões emanam da vontade, a mediação seja voluntária.

O Conselho Nacional de Justiça determina o uso da mediação, tanto no âmbito extrajudicial quanto judicial, validando este método como útil, sério e eficiente.

Os Tribunais estão empenhando seus melhores esforços na organização judiciária para propiciar os serviços de mediação.

A análise sistemática da legislação indica como ideal a adoção da mediação na esfera privada, antes da propositura de ação, para evitar o uso do Poder Judiciário, inclusive permitindo que o acordo extrajudicial tenha validade jurídica, tornando desnecessária a homologação.

A atividade judicial passa a ter preponderantemente o enfoque conciliatório, e subsidiariamente decisório.

O juiz eficiente passa a ser aquele que leva as partes ao acordo, que conhece os métodos extrajudiciais e encaminha o conflito ao mecanismo mais adequado à situação, tal como a mediação, deixando na esfera judicial somente ao que for ali pertinente.

Para a superação dessa fase e implementação adequada da cultura da mediação no Brasil é imprescindível a integração entre a mediação judicial e extrajudicial, em seus vários contextos e possibilidades.

Quais as vias para cumprimento da obrigatoriedade da realização da mediação judicial?

O juiz deve sempre incentivar a escolha do mediador pelas partes, inclusive recomendando a mediação extrajudicial.

A lógica da mediação é que as próprias partes queiram e tenham competência para resolver suas questões.

A mediação no contexto judicial leva a um paradoxo.

Serve para trazer consciência e empoderamento às pessoas, informando-as da capacidade de fazer suas escolhas para que não seja necessário buscar o Poder Judiciário para suprir suas vontades.

Ou seja, a mediação judicial está a serviço de convencer as pessoas que a mediação funciona para a maior parte dos conflitos e que devem procurar utilizá-la no âmbito privado para deixar para o Poder Judiciário apenas o conflito que não conseguirem resolver ou que pela matéria ou capacidade seja necessário por lei a tutela estatal.

Então, para disseminar a cultura da mediação, a legislação determina que as pessoas experimentem, obrigatoriamente, este método.

Assim, recebida a petição inicial, o juiz deverá dar oportunidade às partes de escolherem, de comum acordo, um mediador ou câmara, que poderá ser cadastrado ou não no tribunal (art. 168, CPC¹¹; art. 4º, LM¹²).

Esta abertura para a escolha do mediador pelas partes é fundamental em termos educativos para mostrar a lógica da mediação e incentivar o protagonismo.

A escolha do mediador é um acordo.

Legitimar esta escolha conjunta para incentivar a capacidade das pessoas de fazerem outras é um passo muito importante no procedimento da mediação.

É função do advogado apoiar seu cliente na escolha da mediação e do mediador.

10 Vide: FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em: <<https://goo.gl/gYUGu2>>. Acesso em: 15.01.2018.

11 Art. 168, CPC. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. Parágrafo 1º. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

12 Art. 4º, LM. O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes. (Disposições comuns).

Por isso espera-se que o advogado conheça minimamente o procedimento da mediação e diferentes profissionais da área em que tenha confiança no trabalho para que possa indicar.

Caso as partes e seus advogados não estejam ainda preparados para a escolha do mediador, o juiz designará a audiência de mediação judicial, apresentando-se como opções as seguintes vias de encaminhamento: a) CEJUSCs (art. 165, CPC¹³ e art. 24, LM¹⁴); b) distribuição para a lista de mediadores cadastrados no Tribunal (art. 167, CPC¹⁵, e art. 12, LM¹⁶); c) distribuição para mediadores de quadro próprio, preenchidas as vagas por meio de concurso público (art. 167, §6º, CPC¹⁷).

Os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – CEJUSCs deverão ser criados pelos Tribunais para serem responsáveis pelas audiências de mediação e desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Os Tribunais deverão criar também um cadastro de mediadores judiciais, indicando os profissionais habilitados.

É facultada a criação de quadro próprio de mediadores. Tal via parece não ser a mais recomendada, já que o mediador concursado não estaria sujeito à necessidade de desenvolvimento profissional continuado e a independência tão importante para o exercício profissional, e a qualidade e a confiança poderiam restar abaladas.

Em que pese toda a ênfase para a escolha do mediador, a Lei de Mediação, no capítulo que trata da Mediação Judicial, logo abaixo do dispositivo que versa sobre a criação dos CEJUSCs, prevê que os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes (observado o dever de revelação e hipóteses de impedimento e suspeição – art. 5º, LM).

13 Art. 165, CPC. 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.

14 Art. 24, LM. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (Da Mediação Judicial).

15 Art. 167, CPC. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

16 Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial. (mediadores judiciais).

17 Art. 167, §6º, CPC: o tribunal poderá optar por criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos.

Pela topologia do artigo, é possível interpretar que tal restrição se refere apenas aos mediadores judiciais que atuam nos CEJUSCs ou para os cadastrados que receberam a mediação por distribuição (art. 25, LM¹⁸), justamente como incentivo para que as partes e seus advogados desenvolvam a capacidade de promover escolhas, em conjunto com o outro lado.

Quais critérios o juiz pode utilizar para encaminhar o caso à mediação?

Conclui-se que as partes devem escolher o mediador extrajudicial e, caso não o façam, os tribunais devem criar uma forma de atender a mediação judicial por meio do encaminhamento ao CEJUSC ou de distribuição entre os mediadores cadastrados.

Importante ressaltar que o juiz encaminha o caso para a mediação, enquanto método de resolução de conflito, e não para um mediador específico.

Alguns critérios podem ser destacados para auxiliar o juiz neste encaminhamento, quando as partes não escolhem o mediador: a) partes com benefício da gratuidade processual; b) a existência e suficiência de CEJUSCs na Comarca; c) existência de mediadores cadastrados na lista na região do foro.

As partes que não puderem arcar com os custos poderão ser encaminhadas aos CEJUSCs, já que serviço neste âmbito é gratuito para as partes, assim como a outras instituições de caráter público que oferecem o serviço gratuitamente, tais como os núcleos de mediação das faculdades.

Havendo condições financeiras para custear, deverá haver distribuição para um dos mediadores da lista.

Os Tribunais deverão criar sistemas para garantir a distribuição aleatória, criando campos específicos para nomear o mediador dentro de seus respectivos sistemas.

Deve-se atentar que não há previsão legal específica para a distribuição ou encaminhamento para câmara extrajudicial cadastrada (a qual, pelo próprio nome menciona, é extrajudicial).

18 Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei. (Da Mediação Judicial) (dispositivo inserido logo após o que versa sobre a criação dos CEJUSCs).

Aliás, seria muito constrangedor que a legislação permitisse ou incentivasse o magistrado a encaminhar o caso para mediador ou câmara pelo juiz escolhida.

Isso porque cada mediador ou câmara tem seu modo de atuar, localização, regulamento e tabela de custas, que podem ser bem díspares, tanto no formato de trabalho, na formação e credenciamento dos mediadores, quanto no valor e forma de cobrança dos honorários do mediador e dos serviços da câmara para registro e administração do procedimento.

O princípio da transparência levaria o magistrado a trazer suas razões para a indicação específica. E como justificar que alguma das câmaras credenciadas pelo Tribunal, após cumprimento dos critérios de entrada, não está apta a prestar o serviço?

Instalar um sistema de privilégios a partir do Judiciário poderia levar a mediação a descrédito.

Não funciona com a mesma lógica do perito judicial, que é de confiança do juiz, cujo laudo pericial é contraposto por peritos das partes.

O mediador é um profissional independente e de confiança das partes.

Quais as vias para a utilização da mediação extrajudicial?

A mediação extrajudicial poderá ser realizada por meio independente, utilizando-se um mediador *ad hoc* (contratado para o caso) ou por meio institucional, utilizando-se de uma câmara de mediação, credenciada ou não nos tribunais.

Crítérios para escolher entre o mediador independente ou à mediação em câmara estão relacionados ao tipo de conflito, valor envolvido, comodidade de secretaria, necessidade de descrição, existência de cláusula escalonada para a arbitragem; espaço para as reuniões; localização; reputação e imagem; dentre outros.

Para a escolha do mediador, algumas informações relevantes podem contribuir para constatar sua competência e qualificação profissional, tais como: a) currículo com curso superior, qualificação, capacitação específica, certificação por organizações independentes e resumo de seu histórico profissional e perfil; b) quantas mediações já fez e qual o sucesso obtido; c) qual Código de Ética adota; d) indicação de qual

método de trabalho e linha de mediação utiliza (exemplos facilitativa, avaliativa, transformativa, dentre outros); e) possibilidade de reunião informativa prévia, para falar pessoalmente e constatar empatia; f) se trabalha como mediador independente ou em alguma câmara ou instituição; g) se disponibiliza espaço físico adequado; h) se dispõe de tempo para se dedicar ao caso; i) se é associado a algum organismo de referência em mediação (exemplo: ICFML, IMI, CPR, JAMs, CONIMA, CBAr, etc.); j) se atua como docente e supervisor em mediação; k) setem livros e trabalhos científicos publicados; l) quanto e como fatura a remuneração pelo serviço; m) se tem algum tipo de impedimento ou suspeição em relação ao caso concreto; n) se tem alguma limitação em relação à confidencialidade; o) se tem domínio na língua em que se pretende a mediação.

Com isso, as partes e seus advogados, podem sentir-se mais seguros em relação às escolhas feitas, minimizando o risco de contratar um mediador inadequado ao caso concreto.

Para a escolha da câmara, é importante aferir: a) certificação por organizações independentes e resumo de seu histórico; b) quantas mediações já administrou; c) qual Regulamento e Código de Ética adota; d) possibilidade de reunião informativa prévia, para falar pessoalmente e constatar empatia; f) lista de mediadores com quem trabalha; g) se disponibiliza espaço físico adequado; h) se dispõe de agenda; i) se é associada a algum organismo de referência em mediação (exemplo: CONIMA, CBAr, etc.); j) se promove desenvolvimento contínuo com cursos, palestras e eventos sobre mediação; k) se publica revistas ou períodos; l) qual a tabela de custas e valores; m) como é organizada a secretaria (inclusive comunicações e arquivamento de documentos); como lida com a confidencialidade, inclusive seus colaboradores; se tem secretariado com domínio na língua em que se pretende a mediação.

Os Tribunais podem credenciar câmaras extrajudiciais para dar uma referência ao mercado e usuários, outorgando credibilidade ao aplicar um filtro exigindo requisitos para a entrada e exercendo fiscalização sobre o serviço, podendo descredenciá-las, a qualquer tempo.

Assim, os usuários podem optar por fazer a mediação pelas câmaras recomendadas pelos Tribunais, cuja lista de instituições servirá para ampliar a possibilidade de escolha, conferindo, em tese, segurança ao usuário.

Mas as mediações feitas nas câmaras credenciadas deverão ser fruto de livre escolha das partes (e não por encaminhamento de juiz ou tribunal), sob o regime legal da mediação extrajudicial.

Em contrapartida a esta visibilidade na lista constante do site do Tribunal, as câmaras deverão realizar um percentual de audiências gratuitas, e comprovar tal atendimento periodicamente¹⁹.

Como funcionam os impedimentos, suspeição e dever de revelação do mediador?

O mediador segue os mesmos critérios de impedimento e suspeição do juiz (arts. 144 e 145, CPC), devendo comunicar, assim que tomar conhecimento, ao Tribunal para redistribuição para outro mediador; ou à câmara e/ou às partes para escolha de um outro profissional (art. 5º, LM e art. 170, CPC)²⁰.

O impedimento fundamenta-se em elementos objetivos, e a suspeição em elementos subjetivos.

O mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

O dever de revelação serve para o mediador expor eventual relação ou contato anterior com as partes ou seus advogados, para que possam escolher continuar no procedimento assim mesmo ou escolher outro profissional. O mediador também fica impedido, pelo prazo de um ano, contado

¹⁹ Art. 169, §2º, CPC. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

²⁰ Art. 170, CPC: No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador. Art. 5º, LM: Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes (art. 6º, LM, e 172, NCPC). O dispositivo tem evidente intuito de não propiciar captação indevida de clientela. Falta clareza para compreender sua extensão, já que o termo “assessorar” poderá comportar muitas possibilidades de trabalho, até mesmo atuação como mediador em outro caso. E não parece ter sido a ideia do legislador, qual seja, vedar que o mediador que trabalhou de forma satisfatória não possa ser contratado pelo mesmo cliente para outra mediação, com outro objeto ou outra parte. No âmbito empresarial, em que cada empresa tem inúmeros conflitos, seria um desafio. Parece que o bom senso, a voluntariedade e a liberdade de escolha, com decisão informada, após a revelação, é que devem prevalecer. O mediador cadastrado no Tribunal, se advogado, está impedido de exercer a advocacia nos juízos em que desempenha suas funções (art. 167, §5º, CPC). Cabe aqui apenas consignar o impedimento previsto, sem discorrer sobre a polêmica gerada por este dispositivo, que vai desde sua inconstitucionalidade até a total compatibilidade com a legislação vigente. Por outro lado, embora a legislação não tenha previsto, seria interessante pensar em algum impedimento, no mínimo ético, por um determinado prazo, para o exercício da função de mediador, judicial ou extrajudicial, sócio ou dirigente de câmara, dirigido a funcionários, juízes, desembargadores e coordenadores dos núcleos de mediação dos Tribunais, já que também estariam expostos a possível captação indevida de clientela. Outros impedimentos referem-se a julgamentos, testemunhos e prestação de serviços. O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador (art. 7º, LM). Acrescenta-se aí uma interpretação extensiva para incluir os procedimentos administrativos, dentre as hipóteses em que o mediador não poder julgar ou servir de testemunha.

Como estabelecer critérios para assegurar uma prática profissional de qualidade?

Tema desafiador é a aferição de qualidade de um mediador.

Para a mediação judicial, por meio da fiscalização pública, o Tribunal pode conceder e retirar licenças para a atividade com o fim de manter e melhorar a qualidade dos serviços.

No momento do ingresso, o Estado pode criar barreiras para a prática profissional, com o intuito de melhorar a qualidade dos serviços e impedir que atuem pessoas que não apresentam condições minimamente satisfatórias, bem como criar critérios para manter a qualidade continuamente, estabelecendo obrigações para quem quer continuar exercendo a atividade, tais como requisitos de atualização profissional e similares.

No momento do encerramento, o Estado pode estabelecer condutas não aceitáveis e retirar a licença dos profissionais cuja prática está abaixo do nível de competência mínima exigida.

Nessa linha, são editados Códigos de Ética ou Conduta profissionais, com penalidades graduais e proporcionais para infrações, que podem culminar com a perda da licença, com enfoque corretivo para assegurar a qualidade dos serviços e evitar a repetição de condutas inaceitáveis.

Para a mediação extrajudicial, por meio da fiscalização privada, tem relevância o papel de entidades privadas ou não governamentais, associações civis sem fins lucrativos, que exercem influência no âmbito da prestação daqueles serviços.

No momento do ingresso, no âmbito privado, compara-se a atuação de um prestador de serviços em relação à qualidade do grupo de prestadores. Por exemplo, o prestígio do prestador perante o mercado, torna mais fácil conseguir novos clientes e é um forte incentivo para desestimular a conduta inadequada, pois está baseado na credibilidade e confiança.

Os prestadores nem sempre são tão conhecidos de modo individual a ponto de seu prestígio pessoal ser suficiente para influenciar na escolha dos usuários. Para aumentar o prestígio, integra-se a escritórios, empresas, organizações, associações, etc., que congregam vários profissionais.

No momento do encerramento, ganha repercussão ações adotadas por usuários insatisfeitos contra os profissionais que em tese tiveram alguma conduta inadequada.

Demandas por perdas e danos em responsabilidade civil podem indicar a qualidade do profissional e prevenir práticas incompetentes. As entidades privadas também podem receber queixas e estabelecer procedimentos internos para avaliar a qualidade do profissional e impor restrições ou penalidades.

Quais os requisitos para iniciar ou manter atividade como mediador?

Para início das atividades, no âmbito *privado*, poderá funcionar como mediador *extrajudicial* qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se (art. 9º, LM).

Tal redação ampla permite interpretar de modo aberto os requisitos para ser mediador, inclusive no quesito capacitação, podendo ser lida como uma exigência de algum curso ou formação, ou até dispensá-lo totalmente para dar ênfase na experiência profissional e de vida como um todo, o que dificulta o controle de qualidade, deixando-o ao mercado, por meio do prestígio e reputação.

Sem um sistema de entrada eficiente para o mediador privado, qualquer um pode se apresentar como mediador.

Normalmente, mediadores que trabalham tempo integral e conseguem que os mediandos cheguem a um acordo têm a confiança do mercado, baseada em seu prestígio e reputação.

Mas o prestígio e a reputação funcionam para selecionar o mercado? Os indicadores de qualidade não são claros para a mediação. Ter resultado em acordo não é o medidor de sucesso principal para todas as linhas de mediação.

Por outro lado, o mediando normalmente não tem experiência suficiente com vários mediadores para comparar a qualidade do serviço. E a confidencialidade faz com que haja pouca informação disponível de como, onde, com quem e em que temas o mediador atuou em outros casos. Do mesmo modo, é constrangedor ao mediador solicitar que algum cliente dê referências suas a algum interessado em contratar seus serviços.

Ainda mais no contexto brasileiro, com mercado incipiente, o prestígio e a reputação podem ensejar muitas falhas para garantir a qualidade do mediador.

A distância entre a teoria da mediação e sua aplicação prática é enorme. Vivenciamos um momento em que temos professores doutores em mediação, com excelentes aportes teóricos, mas que nunca atuaram e não tem a experiência vivenciada. E vice-versa, mediadores que vem da prática e nunca participaram de um curso de capacitação.

Nesse contexto, sugere-se como critérios prévios para auxiliar na aferição de qualidade do mediador: a) a aprovação em algum tipo de certificação profissional, em que a atividade prática do mediador é avaliada e aprovada por outro mais experiente, funcionando como um “selo de qualidade”²¹; b) a participação e bom desempenho em competições, nacionais e internacionais, de mediação, seja como organizador, profissional, julgador, treinador, aluno, etc²².

Já no âmbito *judicial*, poderá atuar como mediador, aquele que preencher o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (art. 167, §1º, CPC), sendo pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos tribunais (art. 11, LM), dentre outros requisitos que podem ser acrescentados pelos Tribunais.

Considerando-se compatíveis os dispositivos legais para mediação judicial, cria-se um sistema de licença que combina diferentes critérios: curso de capacitação, capacidade civil, formação superior há dois anos, cadastro na lista de mediadores judiciais, considerando-se opcional concurso público, controladas pelos tribunais, que vão regulamentar o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores, mantendo atualizados tais registros (art. 12, LM e art. 167, CPC).

Quais os requisitos para encerrar ou ser excluído da atividade como mediador?

Após o ingresso, os Tribunais vão sistematizar e publicar anualmente, para o conhecimento da população e fins estatísticos e de avaliação, todos os dados relevantes para a atuação, tanto das câmaras quanto

21 São exemplos as certificações propostas pelo *Internacional Mediation Institute – IMI*, e pelo Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos – ICFML, disponíveis, respectivamente em: <<https://goo.gl/ovRgRP>> e <<https://goo.gl/45J5qh>>. Acesso em: 01.02.2018.

22 Sobre participação brasileira em competições internacionais, conferir: SIMÕES, Alexandre Palermo. *Mediação: the brazilian storm*. Disponível em: <<https://goo.gl/S4cESr>>. Acesso em: 01.02.2018.

dos mediadores, tais como, o número de procedimentos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que julgar relevantes para fornecer aos usuários dados suficientes para auxiliar na escolha do mediador (art. 167, §3º e 4º, CPC).

Tal estatística servirá como mecanismo de fiscalização e aferição da qualidade, tanto pública como privada, influenciando na reputação, manutenção e finalização da atividade pelo mediador.

O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de mediação judicial, verificando atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada, informará o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo, que poderá culminar com a exclusão do cadastro de mediadores (art. 173, §2º, CPC).

Em relação aos critérios privados para encerramento ou finalização da atividade, as demandas por má prática profissional pelos usuários se não inexistentes, são raras e encontra dificuldades para demonstrar: a) descumprimento de obrigação pelo mediador, especialmente da confidencialidade; b) dano ao usuário decorrente de algum ato do mediador;

c) dano substancial para justificar os custos de uma ação judicial para obter reparação.

Em termos práticos, o mercado profissional será regulado pelos usuários e possivelmente estes mediadores não serão mais contratados para a prestação dos serviços e serão retirados das listas das câmaras e instituições privadas, após reclamações às Comissões de Ética²³.

Quais os desafios da fiscalização da mediação?

Por meio da fiscalização pública, tanto para ingresso quanto para encerramento, diferentes e ambíguos conjuntos de práticas são aceitáveis como mediação (a definição ampla de mediação, que aceita diferentes modos de fazer, sem clareza e precisão conceitual), explicando as como estilos, linhas, escolas, modelos, torna difícil para o Estado delimitar a área de atuação do mediador, impossibilitando-o de incluir ou excluir profissionais da prática inserida numa nomenclatura geral de mediação.

23 CONIMA, IMI e ICFML são instituições que contém procedimento interno para recebimento de reclamações de mediadores por questões éticas.

Nessa linha, questões frequentes são: usar reuniões conjuntas ou privadas, dar ou não sugestões, controlar o processo ou ceder o controle, estabelecer data limite, para as quais não há resposta única e certa.

Por outro lado, para burlar eventual fiscalização, o prestador pode mudar o nome do serviço e chamá-lo de facilitação, consultoria, negociação, construção de consenso, prática colaborativa, processos de comunicação, terapia, dinâmica de grupo, *coaching*, dentre outros.

Assim, como é praticamente impossível ao Estado proibir que pessoas se dediquem à mediação, esses critérios não se mostram tão úteis para garantir a qualidade dos serviços.

A aplicação de sanções ou penalidades é um desafio para a atuação fiscalizatória do Estado.

E no âmbito privado, como sugerir o encerramento da atividade... se não há licença, como posso tirá-la?

Os Códigos de Ética e Conduta profissionais normalmente estipulam norteadores vagos e insuficientes sobre a conduta dos mediadores, sem a estipulação de multas ou penalidades, buscando mais um efeito moral.

São obrigatórios apenas para a esfera de atuação ou instituição que regula. E a pluralidade desses códigos podem ensejar colidência entre seu conteúdo, regulando de maneiras diferentes condutas iguais ou similares, gerando incompreensão também nos usuários.

Além do mais, a confidencialidade e a informalidade não auxiliam para esclarecer condutas antiéticas. E fomentar um sistema probatório tornaria o ambiente menos propício à mediação.

Com isso, é complexo para o Estado estabelecer critérios efetivos e tornar útil a fiscalização pública. E a fiscalização privada fica pautada nos aspectos subjetivos e de mercado.

Qual a remuneração do mediador?

Para a mediação judicial, a remuneração está prevista na legislação, segundo tabela a ser fixada pelo Tribunal, conforme parâmetros do Conselho Nacional de Justiça^{24,25}.

24 Art. 169, CPC. Ressalvada a hipótese do art. 167, §6º [quadro próprio de conciliadores e mediadores] o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros ditados pelo Conselho Nacional de Justiça.

25 Art. 13, LM. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no §2º do art. 4º desta Lei.

A Lei de Mediação informa que a mediação judicial será custeada pelas partes, salvo aos necessitados²⁶.

Atualmente, alguns Tribunais já disciplinaram a questão e outros estão se organizando de modo a viabilizar o pagamento.

Na mediação privada, a remuneração depende apenas de acordo com as partes (*ad hoc*) ou segue tabela disponibilizada pelas Câmaras.

Nesse contexto, faz todo sentido que: a) os mediadores que trabalham nos CEJUSCs sejam remunerados por hora, em sistema de plantão, pelos tribunais, para assegurar a gratuidade do serviço; b) que os mediadores que recebem distribuição pela lista de credenciados pelo Tribunal recebam diretamente da partes, com base na tabela do Tribunal; c) que as Câmaras Extrajudiciais, credenciadas ou não no Tribunal, tenham liberdade para a criação de tabela própria, incluindo custos de registro e administração do procedimento, correspondente à instituição, bem como honorários do mediador, correspondente ao profissional; d) que os mediadores extrajudiciais, que trabalham *ad hoc*, tenham liberdade para a cobrança de seus honorários.

Para que é importante diferenciar a mediação extrajudicial da judicial?

A Lei de Mediação e o Código Processo Civil disciplinam claramente os procedimentos e características para a mediação extrajudicial e judicial, mas não mencionam, explicitamente, o que deve assim ser considerado.

Essa definição é imprescindível para toda a sistemática de interpretação legislativa, bem como implementação da mediação, especialmente porque tem impactos nos seguintes pontos: a) requisitos para ser mediador; b) remuneração; c) obrigatoriedade ou facultatividade do advogado; d) modalidade de título executivo; e) forma de homologação do acordo; f) área de aplicabilidade.

Merece atenção um ponto específico: o assessoramento jurídico do advogado às partes.

Na mediação judicial, a participação do advogado é obrigatória, dispensada nos limites dos valores previstos na legislação sobre juizados especiais²⁷.

26 Art. 4º, §2º, LM. Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

27 Art. 26, LM. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressal-

Na mediação extrajudicial, é facultativa¹.

E alguns Tribunais consideram a mediação pré-processual como extrajudicial, mesmo que ocorram dentro dos CEJUSCs, dispensando a assessoria jurídica.

Nesta prática, fica evidente a violação ao princípio da decisão informada.

Não cabe ao mediador, que provém de diferentes áreas do conhecimento, dar assessoria jurídica, o que, aliás, culminaria com sobreposição de funções e colocaria em risco a multiparcialidade.

Afinal, o que caracteriza a mediação extrajudicial e a judicial?

A mediação judicial é apenas e tão somente aquele realizada nos CEJUSCs ou por intermédio da distribuição para a lista de mediadores dos tribunais (quando não escolhido o mediador pelas partes), tanto em casos pré-processuais quanto processuais (o art. 24, LM, está no capítulo da Mediação Judicial)². E devem seguir o regramento específico para mediação judicial.

Não caracteriza mediação judicial aquela que tem ação judicial em andamento ou foi remetida pelo Judiciário, já que as partes podem não aceitar o mediador ou câmara indicada pelo juiz.

E também porque muitos casos chegam à mediação extrajudicial, por iniciativa das partes ou seus advogados, com várias ações judiciais em andamento, sem qualquer intervenção do judiciário para o encaminhamento à mediação.

E as demais, caracterizam-se como mediação extrajudicial, incluindo mediação *ad hoc* e mediação nas câmaras, credenciadas ou não ao Tribunal. E devem seguir o regramento específico para mediação extrajudicial. Ou seja, devem ter informações claras divulgadas previamente aos potenciais usuários, tais como, regulamento, tabela e lista de

vadas as hipóteses previstas nas Leis nos 9.099, de 26 de setembro

1 Art. 10, LM. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. (Da Mediação Extrajudicial).

2 Art. 24, LM. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (Da Mediação Judicial)

mediadores, inclusive sem a necessidade de ter seus mediadores obrigatoriamente credenciados aos CEJUSCs.

Conclusão

Com isso podemos concluir que o caminho previsto pela legislação é o seguinte:

As partes, assessoradas por seus advogados, voluntaria e espontaneamente, escolhem um mediador *ad hoc* ou uma câmara privada para resolver seu conflito pela mediação.

Se optarem por ingressar no Judiciário, o juiz designa a audiência de mediação e determina que as partes escolham o mediador, privado ou judicial, ou a câmara privada, credenciada ou não.

Se não escolherem, deve haver distribuição pelo Tribunal (e não pelo juiz), para a lista de mediadores judiciais (remunerados pelas partes, consoante tabela), ou para o CEJUSC (remunerados pelo Tribunal, gratuita para as partes).

Se houver impedimento, nova distribuição. Ressalta-se que:

Não há previsão para o encaminhamento pelo juiz ou Tribunal para a câmara privada, que credenciada, porque é opção das partes.

Não há previsão para o mediador atuar na própria vara, mesmo que seja considerada uma extensão do CEJUSC.

Não há previsão para a contratação do mediador como funcionário celetista ou temporário pelo Tribunal.

E por fim e por todo exposto, ficam três reflexões:

A mediação é disruptiva. Causa resistência como tudo que é novo e necessita adaptação. Água mole em pedra dura tanto bate até que fura. Veio para ficar como procedimento legítimo e eficiente de gestão de conflitos.

Para ser mediador, é importante acreditar na capacidade das pessoas de fazerem suas próprias escolhas, inclusive do próprio mediador.

A independência do mediador é o que o sustenta profissionalmente.

Justiça e Autonomia

Roberta de Bragança Freitas Atti

É Advogada em São Paulo e junto aos Tribunais Superiores. Especialista em Direito Privado, Direito Urbanístico, e Mediação e Arbitragem. Mestranda em Direito Civil pela PUC/SP.

Alfredo Atti Jr

Presidente da Academia Paulista de Direito. Exerce a função de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrante da 26ª Câmara de Direito Privado. Mestre em Filosofia do Direito da Universidade de São Paulo (USP 1989), Mestre em Direito Comparado da *Cumberland School of Law (Stanford University – 2014)*, Doutor em Filosofia da Universidade de São Paulo (USP – 2000). Titular da Cadeira San Tiago Dantas da Academia Paulista de Direito. Professor e Pesquisador da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador da Universidade de São Paulo. Membro Permanente do Fórum Mundial em Direito, Justiça e Desenvolvimento do *World Bank*. Fundador do SAOJUS, centro interdisciplinar para solução de conflitos ambientais. Fundador da CBMA, Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem. É membro do Conselho Científico, Revisor e Autor da Revista E-Legis – Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação da Câmara dos Deputados. É Membro Revisor da *Global Health Action, Umeå Centre for Global Health Research (UCGHR)* da *Umeå University*, Suécia.

Introdução

Uma longa experiência internacional, em constante renovação, dos institutos que comumente se chamam “meios alternativos de solução de conflitos”¹, na tradução muito literal da expressão consagrada em língua

1 Vimos preferindo, desde o início, em 1989, de nosso trabalho de reflexão e difusão da arbitragem e da mediação em nosso País, e, depois, mais marcadamente, na fase posterior ao da promulgação da Lei de Arbitragem de 1996, por meio do projeto da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem, a expressão “*meios e modos voluntários de solução de conflitos e controvérsias*”. Primeiro porque tais institutos, de largo uso nas relações internacionais, não se mostram alternativos, mas correspondem a uma tradição bem estabelecida de métodos e experiências, vasta-

inglesa, “alternative dispute resolution” (ADR), bem como sua introdução e regulação relativamente recentes no Brasil², cuja experiência se tem considerado de êxito, ao menos no meio jurídico, indicam a necessidade de se pensar tais institutos, no sentido da compreensão de sua função e de sua natureza jurídicas.

Como se sabe, a última década do século XX foi marcada pela difusão e adoção dos ADR – já então de larga aceitação na experiência dos países do sistema da *common law* – nos países de tradição romano-franco-germânica ou *civil law*. Tratava-se de um processo de renovação mundial e local, estabelecido em momento de alta competitividade, na busca de uma concepção adequada de justiça e de suas maneiras de instrumentalização, de seus operadores e consumidores, que indicava a necessidade de se fundar um espaço público apropriado para a tomada de decisões, para a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e o julgamento de conflitos e controvérsias e para a construção de um estado de convivência e realização mais democrático. A par, é evidente, de se buscar a standardização do direito comercial, em âmbito transnacional³.

mente estudada e praticada, portanto de teoria e prática também conhecidas. A par disso, não se trata apenas de pensar no aspecto funcional (meios) dos institutos, mas igualmente que constituem um corpus de modos ou formas de estabelecimento não apenas de soluções, mas de construção de consensos por intermédio de suas técnicas e procedimentos. Distinguem-se dos meios e modos propriamente estatais pela prevalência do valor da autonomia da vontade, ou autonomia privada, em relação ao caráter mais dogmático e impositivo da jurisdição estatal, portanto calcada no valor da heteronomia. Hoje, preferimos denominar os ADR, em nossa língua, de “*meios e modos autônomos de decisão de conflitos e controvérsias*”. O terno “conflitos” guarda um sentido mais técnico e envolve questões que a teoria processual denomina de lide, ou o conflito caracterizado pela pretensão resistida. Adotar o termo lide, todavia, seria restringir muito o alcance e a dimensão dos ADR, que em nenhuma hipótese podem se resumir apenas a seu aspecto processual. “Controvérsias” é termo que permite referir a capacidade dos ADR de servir como instrumento importante na construção de consensos em áreas as mais variadas e mesmo simples dos relacionamentos humanos. É esse poder criativo ou inventivo, típico da condição humana, de superar os obstáculos dos dissensos, pelo engendramento ou construção de formas restaurativas de convivência, que os ADR referem. Finalmente, as previsões normativas internacionais e domésticas cada vez mais frequentes, indicam a necessidade de se afastar o termo “alternativo”, que contraria o estado atual de suas natureza e função jurídicas.

2 Lei 9307/1996, modificada pela Lei 13129/2015, para a arbitragem, Decreto 4311/2002, que promulga a Convenção de Nova York de 1958, sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras; Lei 13140/2015, para a mediação; bem como dispositivos do atual Código de Processo Civil, de 2015.

3 Importante nesse sentido foi a influência de Lei-Modelo elaborada no âmbito da agência das Nações Unidas destinada ao desenho de normas para o comércio internacional (UNICTRAL – *Model Law on International Commercial Arbitration*, 1985).

Em verdade, um dos objetivos dos ADR, decorrente da influência predominante do princípio da autonomia privada, é o de findar com essa distinção entre operadores e consumidores, procurando quebrar o círculo vicioso daquilo que se pode chamar de uma cultura de intermediação e de representação, muito nociva, que afasta as pessoas do conhecimento de sua capacidade de participação e de sua responsabilidade, de seu direito e seu dever de determinar o processo de solução de conflitos e controvérsias.

A construção de um estado de convivência e realização mais democrático traduz-se na invenção de um novo espaço público.

Pretendemos examinar a configuração disso que chamamos de novo espaço público, no presente artigo, bem como sua relação com os ADR, prestando específica atenção no instituto da mediação.

Um novo espaço público da Justiça

Com efeito, ao falar em autonomia, solução de conflitos, justiça, desejamos expressar uma maneira diferente de abordar e de entender os ADR, bem como de desenhar esse espaço público.

O espaço refere, no sentido mais comum, a distância entre dois pontos, ou a área ou volume entre limites determinados. Costuma, também, ser descrito como o lugar – mais ou menos delimitado –, cuja área pode conter alguma coisa, ou simplesmente, lugar. É, assim, o meio, o âmbito, o ambiente e pode designar o que se chama de espaço ou território vital.

Opondo-se a essa perspectiva – que conota ocupação, completude, o cheio –, na tipografia, espaço pode designar o claro que constitui a separação entre as palavras ou entre as letras, em decorrência, o vazio, a ausência.

Pode mesmo imiscuir-se numa senda cronológica, ao permitir visualizar o período ou intervalo de tempo – podendo dizer vagar, demora.

Fixa-se, porém, nos lindes da observação corológica, que se considerou, até crítica recente, o próprio objeto da geografia⁴.

4 A chamada Nova Geografia não abandona, por certo, a prioridade de objeto do espaço, mas o enriquece pela análise hermenêutica de matizes políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais. O local adquire dimensões mais humanas, por meio da utilização de novos métodos e de novas abordagens, na figuração de uma verdadeira ciência humana. Por outro lado, os métodos da matemática, da estatística e de outras ciências formais passaram a conferir à geografia maior rigor.

A arquitetura o considera elemento posto à observação e à manifestação das dimensões e formas da intervenção que gera e da experiência que conforma, enquanto edificação.

O espaço, portanto – sob o aspecto de termo que possibilita e abriga todas estas aproximações –, é o lugar da experiência do corpo, assim de uma experimentação que se apresenta multifacetada.

A experiência que, aqui, interessa é aquela que figura o espaço público, o meio da expressão comum, o lugar da convivência, âmbito em que se desenrolam os encontros e desencontros que constituem a existência, os claros/escuros da sociabilidade, plenitude e vazio da política.

É possível, entretanto, separar esse espaço político daquele reservado, próprio, dedicado à vida que se quer privada? Em outros termos, haveria, de fato, interesses públicos distintos dos privados, assim como coisas próprias e comuns, deveres que se circunscrevem às balizas da privacidade e outros que se alçam a utilidades comuns?

Não será difícil contestar essa dicotomia. Antes de tudo, ela contradiz a natureza pragmática que se quer no Direito. Se se o quer descobrir mais do que ligado – inserido na vida social – e essa nele implicada, torna-se difícil admitir que alguma atenção se permita dar à questão de haver atos que se confinem ao individual. Se comunicação não se apresenta, como pensar na experiência jurídica, que se diz práxis?

Tal contestação, todavia, não se resume ao território do direito. Ela busca abranger toda uma prática social e uma tendência cultural que, pondo acento no que procura ver separado do espaço da coexistência, acaba estabelecendo uma barreira intransponível à própria construção da sociabilidade e da responsabilidade pessoal. Aparece na advertência de um pensador perspicaz:

“o individualismo vê a humanidade apenas na relação consigo mesma, mas o coletivismo não vê o homem de maneira nenhuma, senão apenas a ‘sociedade’. Ambas as visões de mundo são produtos ou expressões da mesma condição humana, que se caracteriza pela confluência de um desamparo cósmico e social, de uma angústia diante do mundo e da vida, por um estado existencial de solidão. Tentando fugir do desespero trazido pelo isolamento, o homem procura glorificá-lo. O individualismo moderno possui um fundamento imaginário. O coletivismo moderno é a última barreira que o homem construiu para evitar o encontro consigo mesmo. Nos dois casos, há uma incapacidade de se efetuar uma abertura

para o outro: só entre pessoas reais pode haver uma relação real. O primeiro passo deve ser a destruição de uma falsa escolha, entre individualismo ou coletivismo”⁵.

É como se pudéssemos fundir identidade e alteridade: *nosce teipsum*, mas *quotiens te in speculo videris alterum*. Se dizemos espaço público, queremos designar o campo comum, em que as pessoas realizam as atividades funcionais e rituais que constituem os liames sociais, todavia, igualmente, o lugar usado para fins pessoais, como ir às compras ou realizar uma atividade comercial, exercitar uma atividade de lazer, participando ou assistindo a exercícios, brinquedos, jogos, etc. Ainda aquele em que se desenrolam atividades que aparecem ameaçadoras à comunidade, como o crime.

É o meio, fundamentalmente, em que as pessoas se situam em relação ao próprio ambiente e às demais pessoas.

Enquanto âmbito dessa situação, o espaço exige a tomada de decisões e condiciona a posição, ao criar referências e determinar o encontro com pessoas e coisas.

Impõe a presença humana e real a tal ponto que o isolamento se faz recusa, compreende-se apenas enquanto atitude negativa.

Não é por outra razão que os antigos conceberam a *polis* como única forma de sociedade que poderia encaminhar os homens à sua felicidade, seu bom destino; e pensaram a ética como comportamento humano ou caráter direcionado ao destino comum⁶.

E, como parece evidente, as ideias de direito, justo, justiça estão inseridas nesse quadro.

Consectário de tais premissas é não mais se falar no embate de interesses que desejam expressar os anseios individuais ou sociais, mas na construção da sociabilidade a partir da constatação da pluralidade e da complexidade das atitudes em relação ao espaço político.

E tais atitudes são exprimidas por vários entes, segundo papéis e funções, necessidades e campos de atividade, ações e abstenções.

Todo esse complexo de atividades – que pressupõe paixões, interesses e razões – não é conferido, admitido ou exigido por ente abstrato

5 BUBER, Martin. *¿Que es el hombre?* Trad. E. Imaz. México: Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 207.

6 Especificamente, Aristóteles, na *Política* e na *Ética a Nicômaco*.

– seja a sociedade, seja o Estado – mas resulta de uma complexidade de relações, lidas de vários modos, que desembocam em pactos – provisórios – de associação, os quais podem se escrever – de diversas maneiras e passam a configurar a moldura de sua interpretação mesma – também passageira.

O encontro desses entes, seus desejos e projetos tende a gerar controvérsias e conflitos. E uma das tarefas do espaço público é a de proporcionar o meio para o processo de sua expressão e solução.

Tal meio precisa ser adequado e amoldar-se à configuração, às características de tais conflitos e controvérsias.

Pensa-se, aqui, que o modo tradicional de institucionalização de tais conflitos e controvérsias pelo Estado não considera as especificidades das questões atinentes ao direito da cidadania, ao contrário as depreciando na busca de amoldá-las a um sistema de discutível eficácia.

A forma que vimos desenvolvendo, para entender, fazer exprimir e resolver tais questões é a dos meios autônomos de solução de controvérsias e conflitos, segundo seus princípios e qualidades.

Considerando, assim, a necessidade de proporcionar à sociedade modos mais eficazes de solução de conflitos e controvérsias, visando à construção de uma cidadania efetiva, com responsabilidade e participação.

Crítica aos espaços tradicionais

Qual a situação da Justiça e do Poder Judiciário no presente momento?

Antes de tudo, a opinião pública refere a sua ineficiência. Isto implica em admitir que a função de decidir conflitos encontra um obstáculo na atuação do órgão ao qual foi cometida precipuamente.

A parcela mais pobre da população sente a ineficiência como negativa de acesso ao bem (ou serviço) público da justiça: demora, incapacidade de compreensão, seletividade, prevalência e impunidade do política ou economicamente mais forte formam o lugar comum das expressões de desânimo, a comprometer a imagem da instituição judicial e das profissões que em seu torno gravitam.

Para o setor econômico, contudo, a visão do mau desempenho do Judiciário implica não apenas na recusa de acesso, mas igualmente na assunção de prejuízos e encargos que, consoante vem apurando im-

portante pesquisador⁷, geram perdas vultosas para a economia do País.

Negar jurisdição significa barrar o progresso tecnológico, a eficiência das empresas, o investimento e a qualidade política social e econômica:

“um bom Judiciário contribui para o crescimento econômico protegendo a propriedade intelectual... desta forma estimulando o desenvolvimento e a difusão da tecnologia... O respeito à propriedade intelectual estimula o investimento em P&D no País e facilita a aquisição de tecnologia avançada de outros Países... O respeito aos contratos privados reduz os custos de transação e estimula os agentes econômicos a aumentar o número e a dispersão geográfica de seus negócios. Isto, por sua vez, leva à maior difusão de conhecimento, não apenas científico mas também gerencial, de marketing, financeiro, etc. Um Judiciário ineficiente prejudica o crescimento, pois aumenta o risco e os custos de transação, distorcendo o sistema de preços e alocação de recursos. Este é o caso dos spreads bancários, cujo alto valor no Brasil se deve em parte à ineficiência do Judiciário. Primeiro, porque o Banco não pode contar com o Judiciário para reaver rapidamente as garantias dadas – uma cobrança judicial de dívida leva em geral de 8 a 10 anos – e tem de compensar este custo financeiro extra no spread. Segundo, porque a ineficiência do Judiciário faz com que os bancos sejam obrigados a manter toda uma burocracia encarregada de seguir os longos processos judiciais de cobrança de dívidas, causando um custo administrativo adicional, que também são incorporados nos spreads. Porque os contratos não são eficientemente garantidos, as firmas podem decidir não executar determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientemente, não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma, deixar recursos ociosos, etc. Além disso, tendem a se verticalizar, trazendo para o seio da empresa atividades que poderiam ser melhor desenvolvidas em outras firmas. A ineficiência também é comprometida pelo consumo de recursos escassos no próprio processo de litígio. Longos processos na Justiça demandam advogados, tempo e atenção das partes e dos Juízes. Outro custo similar é o incorrido pelos agentes econômicos no esforço de tentar manter-se atualizados em relação à legislação mais complicada que usualmente tenta substituir o bom funcionamento do Judiciário. Por exemplo, a alta taxa de evasão fiscal leva o governo a cobrar impostos mais ineficientes e em maior número, fazendo as firmas e o próprio setor público incorrerem em custos com a burocracia encarregada de lidar com esses impostos. Um Judiciário eficiente é essencial também para que firmas e indivíduos se sintam seguros para fazer investimentos dedicados,

⁷ Armando Castellar Pinheiro vem desenvolvendo pesquisas há bom tempo sobre o tema. Veja-se, mas recentemente, sua entrevista ao jornalista Marcelo Galli, em: <<https://goo.gl/RfuV1>>. Acesso em 21 de abril de 2018.

sejam eles físicos ou em capital humano. Isto porque uma vez realizado um investimento dedicado, é natural a outra parte em um negócio tentar agir oportunisticamente e expropriar o dono do investimento, procurando pagar apenas o custo variável de provisão de serviço contratado. Não basta nesse caso que haja um contrato entre as partes especificando que o pagamento inclua também a remuneração do capital. É necessário que haja um Judiciário eficiente e independente que faça com que esse contrato seja respeitado. Mas não é apenas esse o papel do Judiciário. Esses tipos de contratos são tipicamente de longo prazo e, por natureza, necessariamente incompletos, dada a impossibilidade de se prever quando de sua assinatura, todas as contingências que podem ocorrer. Cabe ao Judiciário resolver questões em aberto, respeitando o espírito original do contrato⁸.

Primeiramente, portanto, essa concepção dos meios autônomos de solução de conflitos e controvérsias e, bem assim, enquanto modos de reflexão, comunicação e administração, procuram revitalizar e refazer a teoria e a prática da decisão, tirando-as do prejudicial formalismo abstrato em que se viram inseridos até passado recente.

Modos de conhecer e decidir: Heteronomia *versus* Autonomia

Ao referir os atos do Juiz, o Código de Processo Civil de 1973 definia a sentença como o ato pelo qual o Juiz punha “*termo ao processo*” (artigo 162, parágrafo 1º, CPC/73). Já o Código de 2015 repete a fórmula, ao especificá-la: sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz “*põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução*” (artigos 203, parágrafo 1º, 485 e 487, CPC/2015).

A definição, ao mesmo tempo, sucinta e formal, ainda que completada pela explicitação de seus requisitos: o relatório, os fundamentos e o dispositivo – que referem a necessidade, para por fim ao instrumento

por meio do qual as pessoas buscam fazer valer o que consideram seu direito (o processo), de especificação da decisão (o dispositivo), da atenção e compreensão de tudo o que foi dito e apurado durante a instrução da causa (relatório), e dentre os elementos de tal investigação, daqueles que embasaram ou motivaram a escolha (a fundamentação) –, retira da sentença seu caráter essencial e poder (do qual deriva seu dever) de relacionamento com a realidade que a envolve, de determinado modo.

A sentença veicula uma decisão, uma escolha, uma opção, um julgamento. Decide, escolhe, opta, julga a questão que é proposta a quem está encarregado de prolatá-la, segundo determinadas regras – enquanto obrigação de solver o processo – e o faz circunscrita a um campo que delimita a sua senda cognoscitiva e a sua capacidade de atuar sobre o real.

Nos limites de uma compreensão que se pode chamar de tradicional do direito e da tarefa de julgar – tal campo está definido pelos autos, expressão material do processo, de que deriva a afirmação – já de senso comum – de que o que não está nos autos não está no mundo (*quod non est in actis non est in mundo*), ou seja, que o universo jurídico se resume ao que desejaram e foi possível às partes trazer ao exame do juiz, tudo aquilo que foi passível de instrumentalizar e fazer inserir na forma dos autos – muito restrita e, com certeza, obsoleta.

Porém, para tocar apenas na ponta desse *iceberg* que a responsabilidade do julgamento constitui, outro brocardo está a pesar sobre as consequências de se permanecer pensando o universo jurídico assim empobrecido: *ius ex sententia iudicis fieri* (o direito faz-se da sentença do juiz).

Diante da realidade presente, da multiplicação dos meios de informação e dos métodos que concedem o conhecimento e certa avaliação da correlação dos atos e fatos de nossa convivência, seria desejável e justificável restringir o Direito a tais preceitos?

Reflitamos sobre a mesma indagação, iniciando de outra forma. Que estaria dizendo a Constituição Federal, ao pretender que nenhuma lesão ou ameaça de direito fosse excluída da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV)? Resumir-se-ia tal disposição constitucional a dizer que todos, lesados ou ameaçados em seu direito, teriam acesso a uma sentença, a obter uma resposta do Poder Judicial, que desse cabo do processo – como se pretendia até recentemente –, fosse qual fosse a resposta? Ou – também no bojo de uma perspectiva tradicional – que a solução de todo conflito ou controvérsia deveria, além de ser

8 VPINHEIRO, Armando Castelar. “Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?” In: Timm, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.; PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. PINHEIRO, Armando Castelar. “Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil” In: ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, Raquel. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005. PINHEIRO, Armando Castelar & GIAMBIAGI, Fábio. *Rompendo o Marasmo: A Retomada do Desenvolvimento no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2006. Também são importantes as pesquisas levadas a cabo por Maria Thereza Sadek.

heterônoma, passar pelo crivo de um órgão do Estado, cujos membros estariam investidos, exclusivamente, do poder de julgar?

É evidente que tal garantia constitucional de acesso à Justiça deve, para se mostrar efetiva, dizer respeito a algo diferente da mera alienação da capacidade de discernir sobre direitos, interesses e conflitos ao Estado, algo mais do que o direito de bater às portas do Fórum ou do Tribunal e ouvir uma resposta fria, limitada e inconclusiva a respeito das questões da existência.

Quando o Legislador referiu a arbitragem e denominou de sentença também o ato que lhe põe termo, concedendo-lhe sua força e seus efeitos, ainda chamando o árbitro de juiz de fato e de direito, estaria ele desejando assimilar a natureza e a roupagem desse instituto às do processo tradicional? Dito de outro modo: será que, para estender o número de pessoas legitimadas a tomar decisões, a par do Juiz, bastaria a estipulação legal e a transmissão a elas das lições tradicionais de como se elabora uma sentença, como se conduz um processo, como se produz e avalia a prova no interior dessa formação?

Para responder a tais indagações, é suficiente a análise do que hoje se possui em termos de uma justiça verdadeira, sobre o conceito de que gozam o Poder Judiciário e os profissionais do direito; e observar a precariedade e o grau modesto de eficácia – quer dizer, de real penetração na sociedade, de efetivo resultado e de real compreensão e satisfação social – das decisões judiciais, em tal modelo tradicional.

Foi interessante e gratificante expor e experimentar, no bojo desse trabalho de divulgação e convencimento sobre a utilidade dos ADR que empreendemos, um método de aprendizado e treinamento de julgadores, a partir de certas premissas do que seriam as tarefas de julgar e arbitrar controvérsias e mediar e conciliar interesses em conflito. Uma de suas finalidades foi a formação de julgadores, de árbitros e mediadores, portanto, com o fito de construir uma forma de prestar justiça à altura, por um lado, da expectativa social e, por outro, do imperativo de recuperar a convivência social a partir de uma maneira de compreensão dos interesses, dos conflitos e do próprio ato de julgar, ampliando as fontes de informação, avaliando as consequências das decisões, concedendo participação efetiva aos interessados na solução do conflito ou da controvérsia. Sobretudo, ampliando o leque de pessoas habilitadas a distribuir justiça, portanto buscando a participação da sociedade na

decisão de litígios. Visando, porém, não a incrementar a quantidade de julgadores – como nas propostas (tão simplistas quanto irreais) de se fazer aumentar o número de juízes para solucionar as deficiências do aparato judicial. O que se quis foi melhorar a qualidade das decisões – em termos de abertura a informações e a entendimento das consequências do que se julga – por meio da melhoria da formação dos julgadores.

Tratava-se de uma exigência de nossa sociedade, que não tem sido compreendida plenamente pelos profissionais tradicionalmente responsáveis por tais temas, preocupados, em uma resposta natural à época de questionamentos e críticas em que se inserem, em salvaguardar garantias e prerrogativas, às vezes monopólios e privilégios, que não são mais entendidos e não permitem mesmo compreensão no contexto que ora se vivencia, diverso daquele em que se engendraram.

Percebendo-se as limitações dos modos tradicionais de decisão de controvérsias, a tendência é a própria sociedade – e não os atores regulares – vir a pressionar por mudanças – encontrando e combatendo resistências – e que sejam recuperados ou constituídos outros modos, que passam a ter lugar ao lado daqueles.

O caráter lúdico da Cosmologia Jurídica

Entretanto, diversas soluções podem trazer os mesmos impasses, ou podem se mostrar tão insatisfatórias, com o decorrer do tempo, quanto as vigentes, assim como os novos caminhos podem levar, tal qual os antigos, a lugar nenhum ou a semelhantes empecilhos – *Holzwege*?

Talvez a melhor maneira de se evitar embaraços já conhecidos – e é a que aqui se propõe – seja preparar e melhor qualificar aqueles que, por diversas razões, paixões e interesses, desejem assumir a função de julgar e passar a participar desse jogo de erros e acertos, às vezes comédia, tantas outras drama. Isso porque, assim como o próprio homem, considerado um ente lúdico, também as formas que constrói de relacionamento, conflito, composição, enfrentamento, resistência, decisão e sua execução, apresentam-se marcadas pelas regras e diversões da atividade de jogar.

A sentença, assim, pode e deve ser entendida como uma espécie de cosmologia: uma disposição para compreender o mundo e suas relações e para apreendê-lo de certo feitio, segundo determinado estilo, expressan-

do e demonstrando, ao dispor sobre ele, sua capacidade de escrever sobre essa mesma leitura e contribuir para o aperfeiçoamento de sua senda.

Julgar é, portanto, uma espécie de arranjo entre o que se apresenta como usitado e o que se surpreende no insólito, o que se conforma na realidade e o que se ousa como ficção, entre descobrir e inventar, como no proceder literário.

Existem caminhos para o aprendizado da ciência e da arte da decisão, em todas as suas formas – julgamento, sentença, laudo, mediação, negociação, conciliação, composição, etc.

Nenhum deles, contudo, faz parte de nossa formação tradicional, nem mesmo dos profissionais do direito, acostumados à cultura da litigância e das decisões (im)postas, da lei como conformadora de todo o limite, da plenitude das opções, como expressão de uma conduta normal, de um comando entre desiguais.

Como se a lei – *lex* – não se mostrasse também uma leitura, aliás uma das múltiplas possíveis, das relações humanas e reais, e o procedimento de decidir não comportasse igualmente uma interpretação e uma integração dessas relações, em que a lei se apresenta apenas como um dos fatores a considerar – sem que se olvidem, *ça va sans dire*, os estritos limites dos direitos humanos e das garantias essenciais a sua consecução e construção.

A perspectiva que aqui se adota da arbitragem, da mediação (e dos meios autônomos de resolução de conflitos e controvérsias) é original e permite desencadear um processo de derivação, a visar, por meio dessa concepção da formação de julgadores, o aperfeiçoamento da mecânica da convivência.

Autonomia e não Alternatividade

Muito embora a experiência internacional tenda a preferir o emprego do termo *alternative*, entende-se aqui ser preferível voluntário ou autônomo.

Alternativo – a par de possuir outra conotação entre nós – não diz o que deseja significar: a submissão consciente a, e a participação desejada em um modo (instrumento e técnica) de solução de conflitos e controvérsias.

Há alternativas para a solução da divergência. Algumas são impostas: heterônomas. Outras, voluntárias ou autônomas: fazem apelo à participação no processo de formação da decisão, constituem forma de expressão da autonomia ou da vontade.

E o uso da palavra voluntário liga-se, aliás com mais legitimidade do que os meios tradicionais, à história do Direito: a justiça já se definiu como vontade de repartir – *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

Ainda, as formas de decisão que se estabeleceram entre os romanos tinham mais a ver com as qualidades da vontade.

Vontade, por outro lado, parece ser a expressão de um desejo, a contrapartida racional de uma paixão.

Em segundo lugar, ínsito a tal projeto e sua concepção dos meios voluntários de solução de conflitos e controvérsias, é revigorar a ideia do contrato, como instrumento adequado de construção das relações da vida em sociedade, dos encontros no espaço público.

Os ADR pretendem forjar o que chamamos de justiça dos contratos, que permita a recuperação da capacidade jurídica e política das pessoas, destarte, de seu direito de decidir seu destino e contribuir para a invenção do destino comum: participar e ser responsável pela esfera comum, qualquer que seja o estado transitório que assuma: produtor, fornecedor, consumidor⁹.

Os ADR

Os meios voluntários ou autônomos de solução de conflitos e controvérsias, dentre eles a arbitragem e a mediação, apresentam-se também técnicas de resolução de conflitos e controvérsias.

São o ambiente e a mensagem de uma tecnologia diferente, que implica compreender o conflito, preparar o modo de sua explicitação e apreciação, conformá-lo e solucioná-lo de maneira diversa.

Na arbitragem, o árbitro é convocado a decidir o conflito, num procedimento de alto grau de engajamento das partes.

Na mediação, os interessados decidem sua controvérsia, com-

⁹ Sobre essa importante ideia de autonomia, veja-se a indispensável contribuição de Espinosa, sobretudo em seu *Tratado Teológico-Político*.

pondo-se, em face de sua capacidade de compreensão da realidade e da dimensão de seu conflito e das possibilidades de resolvê-lo. O mediador, de maneira não coercitiva e segundo métodos específicos, ajuda as partes a negociar e a encontrar um acordo que corresponda a uma resposta adequada e tanto quanto possível melhor do que se mostravam as expectativas e alternativas iniciais.

Tais concepções construímos, em face dos aspectos éticos desse projeto e de nossas experiências: administração, assessoria, decisão e mediação de conflitos e controvérsias, com independência, autonomia, ausência de intuito lucrativo – em verdadeiro sentido de *Mischung* ou *blending* das culturas do liberalismo e do comunitarianismo.

Princípios e qualidades dos ADR

Ética como ordenação e construção de uma sociedade justa e responsável.

Os princípios dos meios voluntários ou autônomos de solução de conflitos e controvérsias são: adequação, autonomia e boa-fé.

As qualidades dos meios voluntários ou autônomos de solução de conflitos e controvérsias podem ser resumidas nas ideias de: rapidez e eficiência; especialização; legitimidade; eficácia; flexibilidade: de normas e de procedimentos; participação e composição; sigilo.

Tais princípios e qualidades devem ser ressaltados especialmente no momento de crise tanto da ideia de justiça quanto da própria configuração das profissões jurídicas e de demonstração de insuficiência dos meios existentes para dar conta dos conflitos da sociedade contemporânea.

Assim, os critérios para fundamentar e qualificar os meios voluntários de solução de conflitos e controvérsias servem também para estabelecer seu contraponto ao que se poderia chamar de vícios da atividade jurídica tradicional: ineficiência e lentidão; generalização e inadequação; questionamento da legitimidade levando a uma resistência a dar concretude às decisões; rigidez das normas procedimentais aplicáveis e caráter bastante limitado do método de subsunção; resistência a conceder participação efetiva das partes na configuração do procedimento e na busca de soluções para o conflito, bem como resistência a admitir a tendência à conciliação no processo contemporâneo; e, finalmente, a

publicidade como regra, muita vez danosa e inadequada ao interesse que se quer realizar ou a manter os lindes da controvérsia no âmbito de conhecimento exclusivo das partes e do julgador.

A dimensão humana do tempo é gerada no futuro, percorre o presente e prossegue em direção ao passado. A vida humana, assim, inicia-se como projeção, forma-se na experiência e dirige-se para a memória.

Compreender tais características significa, desde logo, assumir um compromisso com um modo de refletir que se desvincula dos liames passadistas e conservadores e se propõe a encaminhar as ações no sentido de fazer o futuro criar raízes no presente.

Estabelecer o fazer humano como proceder em direção a um desenho, a um projeto de existência que deve ser realizado neste momento e a cada passo.

Eis a intenção ao refletir criticamente sobre os meios e modos de solução de conflitos. Suas indagações são: qual é o espaço público da Justiça? O que significa prestar o serviço judicial?

Justiça e dimensão do futuro

Mas fazer tais perguntas a partir de um esforço de compreensão do que será, do que é desejável que venha a ser, no sentido de tornar esse espaço e esse serviço acessíveis e verdadeiramente comuns.

Nossas decisões seriam as mesmas se fosse possível prever o que ocorreria dentro de, digamos, 20 anos? Se conseguíssemos antever os acontecimentos, insistiríamos em tomar determinadas medidas que, malgrado nos parecessem corretas no presente, tornassem-se evidentemente contrárias ao desenvolvimento dos fatos ou se mostrassem até dispendiosas em face do que se fizesse mais plausível no futuro?

Pensa-se, aqui, de modo pragmático, em uma ética que sirva como guia na escolha dos caminhos e projete soluções.

O direito deve-se apresentar como garantia de exercício de possibilidades, de abertura a realizações de desígnios humanos em relação à existência comum ou política. Ele pode abrir-se à diversidade, liberdade e alteridade da expressão dos entes no espaço público.

Não lhe é concedido, pois, fechar as portas a tais manifestações, não pode ser instrumento de privação.

Ele somente pode, portanto, na justiça, que se diz acolhimento¹⁰. Acolhimento de iniciativas e inovações voltadas ao aperfeiçoamento da convivência, resguardada a liberdade, o reconhecimento do outro, enquanto elemento impulsionador de movimentos, difusão, pluralização e diversificação dos modos de existência.

Que se pode, pois, conceber como futuro em termos dessa experiência jurídica, que estabeleça parâmetros para nossa reflexão presente e faça procurar caminhos na memória?

Cogitemos alguns desses caminhos: trans-disciplinaridade, flexibilidade, rapidez, leveza, exatidão, visibilidade, multiplicidade, comunicabilidade, transitoriedade e liberdade¹¹.

É preciso se indagar sobre o que virá a ser e, a partir da resposta que se desenhar, procurar fazer fincar as raízes no nosso presente fugaz.

Pensar assim os ADR significa a possibilidade de fazer circular rapidamente ideias e novas, sem formas fixas, sem modos predefinidos, sem fixar, sem estabelecer.

Informação, comunicação e decisão entrelaçam-se em um processo.

O meio é a mensagem.

Os meios de comunicação demonstraram que, bem longe da dúvida que é possível planejar e levar a cabo mudanças nas práticas sociais sem abdicar da tarefa da escrita e da reflexão.

Eis nossa convicção, que decorre da concepção dos meios e modos de resolver conflitos, formas de negociar, mediar, conciliar, prevenir e decidir.

Suas primeiras finalidades são informar e proporcionar lugar para o debate.

Informar com o intuito de tornar explícitos os caminhos dos meios voluntários ou autônomos de solução de conflitos e controvérsias. Seu assunto é a justiça e as iniciativas de mudança de seu perfil, os indicadores de tais alterações. Debater por meio de notícias, opiniões, críticas, comentários de decisões, sejam locais, sejam estrangeiras, sejam internacionais. Emanadas dos foros tradicionais ou não. Discussão de temas e métodos, inserção de novos conceitos. Tudo isto respeitando a opinião de quem utiliza e interpreta tais conceitos, incentivando a expressão dessa visão, de maneira interativa. Destacando a experiência dos meios voluntários, não apenas por quem exerce tal atividade, mas sobretudo por

aqueles que a vivenciaram no seio da solução de seu conflito ou controvérsia. Valorizar a contribuição de especialistas e estudiosos não apenas do ambiente acadêmico, mas publicar, divulgar e debater trabalhos que demonstrem seriedade e consistência, deixando seus atores absolutamente livres na expressão de suas opiniões.

É importante lembrar o ambiente – público/privado – de alta competitividade internacional em torno da sede de resolução de conflitos e controvérsias e de seus reflexos em torno de uma disciplina da arbitragem econômica internacional, bem como tomar partido a respeito do debate em torno da maneira de inserção brasileira nesse processo.

Caminhamos, pois, na contramão da experiência jurídica presente, ao rejeitar a massificação e a ausência de debate na configuração de seu ambiente educacional e profissional. Tal rejeição, todavia, é feita apenas de modo afirmativo, na valorização das experiências e iniciativas que traduzam o trabalho sério de seus artífices.

Interessa, enfim, desenhar e construir e mostrar onde se recupera e se imagina o espaço da convivência democrática.

O momento de reflexão sobre a experiência brasileira dos ADR

Da década de 90 para cá, houve plena difusão, sobretudo no meio jurídico, empresarial e forense brasileiros, dos ADR, com a multiplicação de Câmaras e serviços de arbitragem, mediação, além de outras formas de solução de conflitos, como a conciliação, a justiça restaurativa, a constelação familiar, a par de tantos métodos de fusão de técnicas de origem na psicologia e na sociologia, adaptadas ao trabalho jurídico de negociação e empreendimento de decisões e soluções.

Elevado número de arbitragens e mediações se empreendeu, com o sucesso de um número específico de profissionais que passaram a se dedicar ao tema, tanto no âmbito acadêmico como naquele profissional.

O sucesso no meio jurídico é incontestável. Entretanto, é preciso saber se a difusão dos ADR no Brasil trouxe, de fato, benefícios econômicos e sociais relevantes, ao ponto de justificar o investimento de energia e recursos, em detrimento de correções e de aperfeiçoamento dos métodos tradicionais.

10 ATTÍE JR, Alfredo. *A Reconstrução do Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

11 Veja-se a importante reflexão de CALVINO, Ítalo, nas *Seis Lições para o Próximo Milênio*.

Nada existe, nenhuma pesquisa realmente imparcial e efetiva foi desenvolvida para aferir, com seriedade e credibilidade os efeitos da utilização dos ADR.

Não é possível fiar-se apenas na opinião dos profissionais envolvidos, cujo interesse em transmitir uma visão otimista não pode ser censurado.

Que tipo de aperfeiçoamento econômico e social os ADR realmente trouxeram?

Sabemos que o modo escolhido para apreciar e decidir um conflito importa na própria configuração do mesmo conflito, como numa espiral de aproximação cognitiva. Se assim é, parece evidente, ao menos do ponto de vista teórico, que escolher métodos mais democráticos e eficientes auxilia na transformação do contexto social, econômico e político em que os conflitos ocorrem, e dos quais a incidência dos mesmos conflitos é dependente.

Apenas benefícios econômicos para esse ou aquele profissional, ou para essa ou aquela parte não indicam o sucesso dos ADR. Sobretudo em ambiente de profunda desigualdade social e econômica, como é evidenciado em nosso País. É preciso saber se os resultados da adoção dos meios autônomos ou voluntários indicam a permanência da desigualdade ou se permitem vislumbrar um caminho de transformação virtuoso.

As publicações, em geral, especializadas ainda transitam em torno de uma suspensão crítica, no sentido de continuidade de um processo de convencimento, às vezes simples propaganda, para a difusão dos ADR como produto.

Não que essa literatura não se mostre útil. Mas é evidente que ela não pode ser exclusiva, sobretudo porque o tema da justiça não se restringe ao estrito interesse econômico de dado mercado, assim considerado.

Por outro lado, estudos relativos à interação entre os meios tradicionais e os meios voluntários e autônomos, conquanto ainda exíguos, mostram-se cada vez mais necessários.

É preciso, afinal, aferir se os princípios e as qualidades aqui referidas para os meios autônomos e voluntários, de fato, refletem-se na experiência brasileira.

Ainda seria útil e necessário, realizar estudos e pesquisas comparativas, para observar de que maneira a experiência brasileira se integra na experiência internacional e se contrasta com a experiência estrangeira.

Conclusão

Buscamos, no presente artigo, esboçar, do ponto de vista sincrônico e diacrônico, a posição, o advento e o desenvolvimento da teoria e da prática dos ADR, em sua relação com o Brasil.

Além disso, elucidar um projeto de concepção e análise que permita o acompanhamento teórico e prático de sua adoção e difusão.

Buscamos uma teoria relativamente unificada, no seio de um tema em que a experiência referente se faz extremamente fragmentada e multifacetada, na expressão de formas e instrumentos de entender e buscar solucionar conflitos da sociedade contemporânea.

Justiça Multiportas no Brasil

Trícia Navarro Xavier Cabral

Pós-Doutoranda em Direito Processual pela USP, Doutora em Direito Processual pela UERJ, Mestre em Direito pela UFES, Juíza Estadual no Espírito Santo, Membro da Comissão Acadêmica do FONAMEC, Membro-efetivo do IBDP.

A administração da justiça

Não é de hoje que se busca a solução para a chamada crise da justiça. Diversos ordenamentos jurídicos tentam, ao longo dos anos, encontrar soluções viáveis para desafogar o Judiciário, bem como para reduzir ou acabar com as causas da insatisfação popular.

Custo, lentidão e complexidade dos processos judiciais são as maiores reclamações dos jurisdicionados. E o cenário do Poder Judiciário brasileiro é desanimador. Temos hoje cerca de 76,7 milhões de processos em tramitação, e um crescimento do estoque acumulado de 31,2% nos últimos 07 anos, conforme diagnóstico formulado na edição de 2017 do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Esse número excessivo de demandas não é um fenômeno exclusivo do Brasil, mas aqui pode-se atribuir ao problema algumas causas sociais, políticas e jurídicas.

A Constituição Federal de 1988 assegurou, em seu art. 5º, XXXV, o amplo acesso à justiça, permite a postulação de tutela jurisdicional, preventiva ou reparatória, versando sobre direitos individuais ou coletivos, e ainda previu no inciso LXXIV do mesmo dispositivo a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Esses fatores – especialmente o relativo ao custo do processo – fizeram com que os conflitos antes reprimidos pela sociedade passassem a ser judicializados com maior frequência.

Em seguida, a Lei 9.099/95 trouxe grandes novidades aos litigantes, permitindo – nas hipóteses em que a lei especifica – o direito de

ação sem a presença de advogado, de forma gratuita e com um procedimento mais simples. Os Juizados Especiais tiveram o mérito de propiciar ao cidadão uma Justiça mais informal, atraindo, assim, a judicialização das controvérsias.

Outro importante fator de facilitação do acesso à justiça foi a estruturação da Defensoria Pública, proporcionando a concretização da assistência jurídica aos cidadãos mais necessitados, tanto no âmbito extrajudicial quanto na esfera judicial. Acresça-se a isso a elevada qualificação dos Defensores Públicos, que vem permitindo uma defesa de direitos de modo formal e materialmente efetivo.

No campo social, houve relevante alteração no comportamento de consumo do brasileiro, bem como o crescimento dos conflitos de massa, cuja proteção já havia sido devidamente regulamentada, especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

No âmbito jurídico, tivemos uma mudança no papel do Poder Judiciário, com o incremento da judicialização da política (interferência em políticas públicas) e uma politização do poder judicial (tensão política entre magistrados e políticos). Assim, questões de atribuições de outros Poderes passaram a sofrer um maior controle pelo Poder Judiciário, o que também contribuiu para o congestionamento dos processos.

Essas circunstâncias praticamente inviabilizaram o Poder Judiciário, que se viu sem condições de lidar com tamanha quantidade de processos e pacificar a sociedade, gerando o seu descrédito frente aos litigantes.

Foi necessário, então, se repensar a forma de tratamento dos conflitos, com a inserção de mudanças que vão da adoção de maior gestão administrativa e processual, até a utilização de métodos adequados de resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e arbitragem. Isso porque esses mecanismos são capazes de solucionar conflitos de modo apropriado, reduzindo o número de processos judiciais, combatendo o desvirtuamento da função judicial do Estado, e conferindo uma leitura contemporânea do acesso à justiça.

Por outro lado, deve ser enaltecido que o acesso à ordem jurídica justa pode ocorrer dentro do Poder Judiciário ou fora dele. Com efeito, a prevenção dos litígios e a desjudicialização das demandas também são medidas importantes para o alcance de uma maior qualidade e satisfação das partes, que passam a dispor de entidades privadas e públi-

cas— que não o Judiciário — para tentar solucionar a disputa, eliminando, inclusive, a dependência social em relação aos órgãos judiciários que muitas vezes aflige os cidadãos.

Nessa perspectiva, a mudança de comportamento dos profissionais do direito se mostra imprescindível, tanto para se beneficiar dos variados instrumentos de resolução de conflitos que são colocados à disposição das partes, como para permitir a formação de um novo mercado de trabalho, pautado na eficiência e na humanização do trato com o cliente.

Para tanto, o ensino jurídico precisa se reciclar, com urgência. A combatividade até então pregada deve ceder espaço à consensualidade e às novas formas de justiça.

A consensualidade no direito brasileiro

O Brasil vem passando por relevantes mudanças legislativas e ideológicas, que estão transformando os diversos setores do Direito, especialmente os pertencentes ao direito público.

O direito público cuida do modo de ser do Estado, incluindo suas relações com outros Estados e com os indivíduos¹. Ele versa sobre as relações jurídicas que envolvem a participação e a autoridade do Estado, por meio de atribuições conferidas pela lei.

Assim, os ramos do direito público, como o administrativo e o direito penal, sempre trabalharam com os dogmas da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e com a indisponibilidade do interesse público, fazendo com que o Estado tivesse uma relação verticalizada com o particular. Porém, houve uma releitura desses conceitos, impulsionada pelos ideais democráticos preconizados pela Constituição de 1988, que imprimiu uma roupagem mais contemporânea aos referidos paradigmas, e também propiciou a inserção da consensualidade no Direito brasileiro².

A postura original do Estado, geralmente imperativa e autoritária, está, aos poucos, cedendo a um comportamento mais flexível,

1 BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 18-20.

2 Sobre o tema, cf.: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

dialogado, paritário e participativo com o particular, permitindo a construção de soluções consensuais para os conflitos.

Nesse contexto, temos na atualidade, diversos exemplos de alterações legislativas que afetaram ramos do direito público e passaram a permitir algum grau de consensualidade com o particular³.

A Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) vedava expressamente em seu art. 17, §1º, a celebração de transação, acordo ou conciliação em ações de improbidade, sob a justificativa de sua simetria com o Processo Penal. Contudo, a doutrina já defende a revogação tácita da referida proibição com base em dois fundamentos: a) a perda das razões históricas que lastreou o referido dispositivo, especialmente diante de outras Leis que passaram a permitir a consensualidade na esfera Penal e no Processo Penal; b) o advento da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), que prevê, em seu art. 36, §4º, a possibilidade de acordo em procedimento de mediação quando a matéria objeto do litígio estiver sendo discutida em ação de improbidade administrativa, desde que exista expressa anuência do juiz da causa ou do ministro relator.

No Direito Penal, de natureza sancionadora, com a promulgação da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Especiais Criminais), passou-se a admitir a celebração de transação penal para os crimes de menor potencial ofensivo e de suspensão condicional do processo.

No Direito Processual Penal, com o surgimento da Lei nº 12.850/2013, criou-se o instituto da colaboração premiada, possibilitando ao acusado o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade ou a sua conversão em pena restritiva de direito.

No Direito Administrativo, em matéria de defesa da concorrência, há previsão de celebração de acordo de leniência, instituída pela Lei nº 10.149/2000. No combate à corrupção e no campo da licitação, o acordo de leniência foi regulamentado pela Lei nº 12.846/2013.

No Direito Processual Civil, a Lei nº 13.105/2015 que reformou o Código de Processo Civil trouxe a ideia de consensualidade em diversos dispositivos, mas em especial no art. 3º, inserido capítulo que estabelece as suas normas fundamentais.

Ademais, dois outros marcos legislativos devem ser incorporados ao microsistema de métodos adequados de resolução de conflitos: a Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a Lei nº 13.129/2015 (Lei de Arbitragem), que permitem algum grau de consenso entre as partes, tanto na esfera privada como na esfera pública.

Portanto, vê-se que há uma paulatina mudança de perspectiva e de possibilidades relacionadas às formas de interação do Estado com outros órgãos público ou com particulares, com variadas as opções de mecanismos colocados à disposição dos interessados na busca de uma solução satisfatória para as controvérsias.

Justiça multiportas

A forma de tratamento dos conflitos vem passando por relevante mutação, atualizando, assim, o conceito de acesso à justiça, tradicionalmente vinculado à ideia de imposição de uma sentença pelo juiz.

As transformações sociais, jurídicas e legislativas já mencionadas deram ensejo à formação no Brasil da Justiça Multiportas, que oferece ao jurisdicionado diversas opções de resolução de suas controvérsias, compatibilizando-as com o tipo de conflito em jogo, a fim de que esta adequação garanta uma solução que seja efetivamente satisfatória para os consumidores da justiça.

Nesse contexto, o acesso à justiça passa a ser concebido como acesso à ordem jurídica justa, capaz de garantir às partes não só diversas maneiras de se ingressar ao Poder Judiciário, mas também diversos caminhos de evitá-lo ou dele sair com dignidade.

A expressão, originalmente concebida como “Tribunal Multiportas”, foi fruto da conferência “Variedades de processamento de conflitos”, proferida em 1976, em St. Paul, Minnesota, na *Pound Conference*, pelo Professor de Harvard Frank E. A. Sander, que propôs que as Cortes fossem transformadas em “Centros de Resolução de Disputas⁴, onde o interessado primeiro seria atendido por um funcionário encarregado da triagem

3 BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPO-DIVM, 2017, pp. 85-92.

4 WATANABE, Kazuo. “Juizados Especiais” e política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. CEJUSC e Tribunal Multiportas. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coords.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 1ª Edição. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016, pp. 122-123.

dos conflitos, que depois faria o encaminhamento dele ao método de resolução de controvérsia mais apropriado às particularidades do caso (conciliação, mediação, arbitragem, entre outras formas)⁴. Essa concepção, contudo, foi divulgada por uma das revistas da ABA (*American Bar Association*) como “Tribunal Multiportas”, e assim ficou mundialmente conhecida⁵.

Segundo o Professor Sander seriam inúmeros os benefícios desse sistema, tornando a justiça mais acessível, barata, rápida, informal e compreensível, que possibilita o uso de técnicas que permitem às partes desenharem a própria solução para o conflito, eliminando muitas vezes a intimidação do processo litigioso, e conferindo mais satisfação e menos animosidade do que o processo adversarial⁶.

No Brasil, a concepção de Justiça Multiportas⁷ foi introduzida em nosso sistema pelo Conselho Nacional de Justiça, que, atento à necessidade de implementação de mecanismos adequados de resolução de disputas como forma de melhorar a justiça brasileira, editou em 29.11.2010 a Resolução nº 125/10, que trata da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Por essa Política buscou-se assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por mecanismos adequados à sua natureza e complexidade, com vista à boa qualidade dos serviços judiciários e à disseminação da cultura da pacificação social, por meio da criação de uma estrutura física e pessoal própria, capaz de gerir as controvérsias de forma racional e profissional.

Essa estrutura idealizada é composta pelo Conselho Nacional de Justiça, que fica responsável, no âmbito nacional, por implementar o programa com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino, pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs), que tratam dessa Política Judiciária no âmbito dos

Tribunais Estaduais e Federais, e pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), responsáveis pela execução da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos.

Nesse contexto, os Centros assumem a função de verdadeiros “Tribunais Multiportas”, na medida em que são os responsáveis por oferecer as diversas opções de meios adequados de resolução dos conflitos, e ainda prestam serviços de orientação e informação ao cidadão.

Assim, o interessado pode se dirigir ao Centro para a solução pré-processual do conflito, por meio da realização de sessões de conciliação ou de mediação, conforme o caso, ou para tentar resolver consensualmente conflitos já judicializados, bem como para obter serviços de cidadania. Trata-se, pois, de órgão do Poder Judiciário criado para efetuar a triagem, o tratamento, e a resolução adequada dos conflitos de interesses.

Além disso, uma vez existindo o processo judicial, o juiz assume papel de suma importância nessa Política Judiciária, competindo-lhe efetuar a triagem dos casos, podendo designar audiência de conciliação ou mediação para tentar a autocomposição, analisar a alegação de existência de convenção de arbitragem, atender ao pedido das partes de suspensão do feito para a tentativa de acordo extrajudicial, ou, se for a hipótese, julgar o litígio com ou sem resolução do mérito.

Como se observa, saímos de um modelo de justiça em que só se oferecia ao jurisdicionado a solução judicial e adjudicada do conflito, para um formado em que são disponibilizados variados métodos de resolução de disputa, cada qual usando técnicas que sejam mais apropriadas para atender às peculiaridades do caso concreto.

Com isso, o Poder Judiciário passa efetivamente a servir ao consumidor da justiça, e não o contrário. Muda-se a perspectiva única de decisão imposta pelo juiz, abrindo-se para a possibilidade de decisão construída pelos litigantes, por meio do seu empoderamento.

Por conseguinte, busca-se mais qualidade, com menor custo, complexidade e tempo na resolução da controvérsia. E como resultado, a solução do conflito ganha mais legitimidade e, via reflexa, enseja menos risco de descumprimento.

5 MENDES, Gardenia M. L. *Tribunal multiportas e sua adequação no Brasil*. Disponível em: <<https://goo.gl/TfLBV4>>. Acesso em: 13.02.2018.

6 KESSLER, Gladys & FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse, 37 *Cath. U.L. Rev.* 577 (1988). Disponível em: <<https://goo.gl/FKwQ6U>>. Acesso em: 13.02.2018.

7 ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.

Análise prospectiva do tema

O Conselho Nacional de Justiça, em 2010, cumpriu uma importante missão de chamar para o Poder Judiciário a responsabilidade pela transformação do modelo de Justiça existente no Brasil, abrindo a discussão e as perspectivas sobre os métodos adequados de tratamento dos conflitos.

Essa relevante iniciativa, embora não tenha, em um primeiro momento, entusiasmado os órgãos do Poder Judiciário diante da grandiosidade estrutural demandada, desencadeou outras propostas legislativas que culminaram na formação de um microsistema de mecanismos adequados de resolução de disputas no Brasil, o que ainda está sendo assimilado pela comunidade jurídica.

Com efeito, além da abertura para a consensualidade inserida em variadas Leis especiais, tivemos a reforma da Lei de Arbitragem (Lei nº 13.129/15), em vigor desde 27/07/2015, a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), cuja vigência iniciou em 26/12/15, e a reforma do CPC (Lei nº 13.105/15), vigente desde 18/03/2016.

A doutrina, por sua vez, passou a se preocupar com eventuais incompatibilidades entre as referidas leis, enquanto que os profissionais do direito ficaram aflitos para entender melhor como essas técnicas de solução de controvérsias seriam aplicadas na prática forense.

O maior desafio era vencer a barreira cultural, eliminando resistências que, em muitos casos, não se justificavam. E apesar de todos os receios, podemos dizer que o Brasil hoje conta com um efetivo aparato de métodos adequados de resolução de conflitos, que vem se aperfeiçoando ao longo do tempo e conseguindo cada vez mais adeptos.

No Poder Judiciário, a dificuldade maior era adequar a estrutura— material e pessoal — para implantar a audiência inaugural do art. 334, do CPC, que teve o mérito de trazer para o início do processo o primeiro contato entre os litigantes, antes mesmo da apresentação da defesa. Contudo, em razão dos obstáculos estruturais, a maioria das unidades judiciárias passou a dispensar o ato, retirando dos jurisdicionados a oportunidade de autocomposição, ou, ao menos, de tentar compreender o contexto conflituoso em que se encontravam.

Entretanto, importa ressaltar que as varas que apostaram na audiência, especialmente as de família, alcançaram elevados índices de acordo. Não obstante, observou-se que a ideia da autocomposição ju-

dicial foi ficando cada vez mais palatável aos juízes, advogados, partes e Ministério Público, embora os tribunais ainda se encontrem em fase de implementação da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos instituída pela Resolução nº 125/2010, do CNJ.

Reconhece-se que ainda há muito que se avançar na esfera judicial. Os atores no Poder Judiciário precisam de mais engajamento na priorização da solução consensual dos conflitos, capacitando mediadores e conciliadores, criando CEJUSCs, regulamentando a remuneração dos facilitadores, entre outras iniciativas, a fim de que se ofereça aos litigantes mecanismos legítimos de resolução de disputas, com resultados justos e satisfatórios para todos.

Verifica-se, ainda, na prática forense, que os jurisdicionados e muitos advogados não conhecem possibilidades disponibilizadas pelo CEJUSCs, como, por exemplo, a homologação de acordos para transformar avenças em título executivos judiciais. Hoje os interessados se valem de jurisdição voluntária com o fim específico de se alcançar a homologação judicial de acordo, o que seria perfeitamente possível pela via do Centro.

No âmbito extrajudicial as conquistas foram maiores. Os mediadores privados, que já atuavam antes mesmo da edição das referidas Leis, ampliaram seu negócios profissionais, com a criação de diversas câmaras de mediação, conciliação e arbitragem.

Também cresceu de forma impressionante a procura por cursos de capacitação, nos moldes do CNJ, para fins de cadastro no referido órgão e também perante os tribunais, surgindo um novo mercado de trabalho.

Com isso, em São Paulo, os mediadores e conciliadores já contam com sindicato próprio, como o SIMEC, e também comemoram o Dia dos Mediadores e Conciliadores Judiciais e Extrajudiciais, no dia 23 de setembro, cuja data foi oficialmente instituída pelo PL 626/2016. Já o dia 20 de outubro foi designado pela Associação para Resolução de Conflitos (ACR) como sendo o Dia Mundial de Resolução de Conflitos.

Outro movimento interessante foi a criação de plataformas *on-line* para a solução consensual dos conflitos, cujos resultados têm sido exitosos, com mais agilidade, menos custo e imediato encerramento da disputa, embora o seu controle e fiscalização ainda careçam de aperfeiçoamento.

Além da criação das câmaras de mediação, conciliação e arbitragem, e de plataformas *on-line*, as empresas têm feito mutirões para solucionar amigavelmente os conflitos, e também têm procurado modificar por completo a sua política interna, visando diminuir a incidência de problemas que deságüem em processos judiciais. Essas iniciativas têm servido, inclusive, como fator de marketing e de tentativa melhora da imagem dessas empresas perante a sociedade.

Em outra perspectiva, a potencialidade do uso de métodos adequados de resolução de conflitos vai para além das relações simples de consumo. O rompimento da barragem de Fundão, ocorrido em 2015, é um exemplo de utilização da modalidade extrajudicial de autocomposição. A Fundação Renova, responsável por gerir os impactos da tragédia, implementou o Programa de Indenização Mediada (PIM), visando ressarcir danos sem custos e sem tramitação de ação judicial. Assim, os escritórios chamados de Centros de Indenização Mediada promovem atendimento à comunidade impactada, por meio da realização de sessões de mediação e, em caso de acordo, o pagamento da indenização é feito via depósito ou cartão-benefício, no prazo de 90 (noventa) dias a partir da celebração do termo de acordo. Tudo é resolvido de forma desburocratizada e isonômica.

Ademais, outra forma de se atingir o consenso é pela via da negociação direta ou resolução colaborativa de disputas, em que as partes buscam um diálogo sem a presença de um terceiro facilitador.

No campo extrajudicial, mais um tópico merece destaque: a realização de sessões de mediação e conciliação pelas serventias extrajudiciais. O tema tem gerado polêmica. De um lado estão os cartórios querendo incluir em suas atividades o oferecimento da mediação e conciliação à população. De outra banda, o Conselho Nacional de Justiça, que apesar de ter permitido que notários atuem como conciliadores e mediadores, entendeu pela necessidade de a Corregedoria Nacional de Justiça criar normas para uniformizar as condições. Dessa forma, resta aguardar o posicionamento final do órgão para saber se os cartórios poderão, ao final, instituir os serviços de mediação e conciliação, mas não há dúvidas de que, em se tratando de órgão com fé pública e ampla fiscalização, possibilitaria não só a disseminação dos métodos autocompositivos na sociedade, como traria grande segurança jurídica ao cidadão.

De qualquer modo, a desjudicialização dos conflitos está sendo cada vez mais estimulada, por meio da disponibilização de alternativas

concretas ao cidadão que, até então só conhecia o modelo de resolução de controvérsias apresentado pelo Poder Judiciário.

E não por outra razão tramita no Senado a Proposta de Emenda à Constituição nº 108, de 2015, que: “Inclui entre os direitos e deveres individuais e coletivos o estímulo pelo Estado à adoção de métodos extrajudiciais de solução de conflitos.” A proposta acrescenta inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para estabelecer o emprego de meios extrajudiciais de solução de conflitos como um direito fundamental. A última movimentação de sua tramitação ocorreu em 13/07/2017, estando pronta a proposta para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.

No âmbito da Administração Pública, os avanços foram tímidos, mas, nem por isso, despercebidos. Na realidade, como já mencionado, a abertura para a consensualidade tem permeado diversos ramos do Direito, inclusive os que envolvem elevado grau de interesse público, como o Direito Administrativo e o Direito Penal.

A grande dificuldade é que esses temas dependem de edição de lei autorizativa, sendo que os órgãos públicos não têm tido a exigida agilidade em criar critérios objetivos para a realização de acordos, o que causa insegurança jurídica nos agentes públicos que temem sofrer procedimentos administrativos. Isso porque, embora a Lei de Mediação e o Código de Processo Civil tenham disciplinado o assunto com regras gerais, é necessário que os órgãos públicos regulamentem parâmetros prévios, por meio de normas legais ou administrativas, e com a devida publicidade.

Com efeito, sabendo-se que o Poder Público é o maior litigante do País, revela-se promissor o uso de métodos consensuais de solução de conflitos que envolvam a Administração Pública, como se vê dos mutirões e programas destinados a resolver causas do INSS, da CEF, além de execuções fiscais e da mediação coletiva, entre outras possibilidades.

O ensino jurídico também tem se transformado, com a modificação da grade curricular para incluir matérias e disciplinas que abordam os métodos adequados de resolução de disputas, o que, certamente, refletirá na qualidade dos profissionais do futuro.

Diante desse cenário otimista e promissor, constata-se que, apesar do pouco tempo de vigência da Lei de Mediação, Lei de Arbitragem e do novo Código de Processo Civil, houve uma rápida absorção do modelo de Justiça Multiportas pelo nosso ordenamento jurídico, restando

doravante, aperfeiçoar-se a consolidação prática dessas novidades, cujas vantagens são inegáveis e revelam perfeita sintonia com as tendências dos sistemas jurídicos mais modernos da atualidade.

Referências

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*.

Salvador: JusPODIVM, 2017.

BRANCATO, Ricardo Teixeira. *Instituições de direito público e de direito privado*. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

KESSLER, Gladys & FINKELSTEIN, Linda J. The Evolution of a Multi-Door Courthouse, 37 *Cath. U.L. Rev.* 577 (1988). Disponível em: <<https://goo.gl/UAmBuR>>. Acesso em: 13.02.2018.

MENDES, Gardenia M. L. *Tribunal multiportas e sua adequação no Brasil*. Disponível em: <<https://goo.gl/hiKYf8>>. Acesso em: 13.02.2018.

WATANABE, Kazuo. “Juizados Especiais” e política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. CEJUSC e Tribunal Multiportas. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coords.). *Conciliação e mediação: ensino em construção*. 1ª Edição. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2017.

Lei de Mediação em vigor. E agora?

Silvia Maria Costa Brega

Advogada com formação em 1982 pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP-RJ, é sócia da Simonaggio Advogados desde 1999. Com sólida atuação em contencioso civil e consultivo empresarial, acumula larga experiência em gestão de conflitos e consultoria na viabilização de modelos governança em empresas familiares. Formada em Mediação privada e empresarial pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, é mediadora certificada pelo ICFML e reconhecida como mediadora empresarial pelo *Centre de Médiation e d'Arbitrage de Paris – CMAP*. Integra, como mediadora: CAM-CCBC; Câmara da Comissão das Sociedades de Advogados da OAB/SP; CAMFIEP; CAE, CAMITAL; CCFB, dentre outras.

Introdução

Há pouco mais de um ano, com a edição da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que disciplinou a mediação no Brasil, os particulares foram emancipados para, se assim o quiserem e sempre que assim manifestarem, exercerem o livre e responsável direito de decidirem e controlarem o modo, a forma e o tempo de resolverem suas disputas.

Controvérsias entre particulares, assim entendidas aquelas que versem sobre direitos que permitam transação, é ao que se cinge a presente reflexão.

Mas, por que dizer que a dita lei confere emancipação? De imediato, porque ela anuncia que “*dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias*”, o que significa que aos particulares passou a ser reconhecida a capacidade de eleger a mediação como *meio legítimo*, e de tal forma *suficiente e autônomo*, que à decisão de consenso que ali venha a ser alcançada é conferida eficácia e força executiva.

Afinal, se parece certo que ela inaugura uma nova ordem jurídica, em que inova a Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015?

Inova ao eleger a *mediação extrajudicial* como valor para que os particulares solucionem por si suas disputas, e por prestigiar o acordo decorrente como resultado final e capaz de produzir efeitos, independentemente da presença e interferência do Estado-Juiz, ressalvados os casos que versem sobre direitos indisponíveis transacionáveis, estes sim a demandar homologação judicial.

A despeito dessa importante mudança de paradigma[Que nos convida a revisitar a conhecida expressão popular “*manda quem pode, obedece quem tem juízo*”], parece ainda repousar submersa a mediação extrajudicial, pois muito mais se discute sobre mediação judicial, praticamente como se a associação do instituto da *Mediação ao Poder Judiciário* se tornasse imediata.

Entretanto, a Lei de Mediação é muito clara ao regular a *mediação judicial* e a *mediação extrajudicial*, ora se dedicando a disposições que lhes sejam comuns, ora distintas, de tal forma que contempla *disposições gerais* concernentes à *mediação* (Capítulo I, Seção I), *disposições comuns* destinadas aos *mediadores* (Seção II, Subseção I) e ao *procedimento de mediação* (Seção III, Subseção I), assim como contém seções próprias e específicas voltadas aos *mediadores extrajudiciais* (Seção II, Subseção II) e aos *mediadores judiciais* (Seção II, Subseção III), assim como para a mediação extrajudicial (Seção III, Subseção II) e para a mediação judicial (Seção II, Subseção III). Reservou, ainda, parte específica para tratar da *confidencialidade e suas exceções* (Seção IV).

Logo, se a lei promove distinções entre mediação judicial e mediação extrajudicial, parece certo afirmar que ao intérprete não é dado igualar ou assemelhar os dois institutos.

Feitas tais considerações, passa-se a identificar o que traz a Lei de Mediação como regulação comum à mediação e aos Mediadores, assim como o que leciona específica e distintamente para a mediação e mediadores judiciais e extrajudiciais.

Lei nº 13.140/2015 e suas disposições

Para o que interessa à presente análise, estão contempladas na Lei de Mediação disposições comuns, concernentes à mediação, aos mediadores e ao procedimento da mediação, assim como disposições específicas aos mediadores e à mediação extrajudiciais e judiciais. São elas:

Disposições comuns:

Concernentes à Mediação

- a) prestígio à vontade contratada: obrigação de comparecimento à primeira reunião de mediação, sempre que prevista a mediação em cláusula contratual (art. 2º, §1º);
- b) prestígio à manifestação de vontade: a permanência, ou adesão, a procedimento de mediação não é obrigatória (art. 2º, §2º);
- c) objeto e alcance da mediação: direitos disponíveis; direitos indisponíveis que admitam transação; em ambos os casos, no todo ou em parte (art. 3º e §1º); e
- d) eficácia: direitos indisponíveis que admitam transação dependem de manifestação do Ministério Público e de homologação judicial (art. 3º e §2º).

Concernentes aos Mediadores

- a) escolha: designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes (art. 4º);
- b) papel e atribuições: condutor do procedimento, facilitador do entendimento, do consenso e da resolução do conflito (art. 4º, 1º);
- c) gratuidade: assegurada aos necessitados (art. 4º, §2º);
- d) impedimento, suspeição e dever de revelação: mesmas hipóteses legais previstas aos Magistrados (art. 5º e par. único);
- e) impedimento específico: atuar como advogado, árbitro e/ou testemunha (art. 6º e art. 7º); e
- f) equiparação a servidor público (art. 8º).

Concernentes ao procedimento de mediação

- a) possibilidade mesmo no caso de processo arbitral ou judicial em curso, devendo as partes requerem a suspensão daqueles feitos (art. 16);
- b) marco inicial: data da primeira reunião (art. 17);
- c) suspensão do prazo prescricional (art. 17, par. único);
- d) encerramento com lavratura do termo final; no caso de acordo (art. 20); e
- e) o termo final constitui título executivo extrajudicial; quando homologado é título executivo judicial (art. 20, par. único).

Disposições específicas

Concernentes aos mediadores extrajudiciais

- e) requisitos: capacidade civil e capacitação (art. 9º); e
- f) assistência de advogado ou defensor: facultativa, mas obrigatória quando uma das partes estiver assistida (art. 10 e par. único).

Concernentes aos mediadores judiciais

- a) requisitos: capacidade civil, nível superior há mais de 02 anos, capacitação em mediação em instituição reconhecida pelo EFAM ou tribunais, observados requisitos mínimos do CNJ e Ministério da justiça (art. 11);
- b) cadastramento pelo Tribunal, mediante solicitação do mediador que atenda aos requisitos. Tribunal com jurisdição na área de atuação; inscrição e desligamento regulado pelo Tribunal (art. 12º, §§ 1º e 2º); e

- c) remuneração: fixada pelos tribunais e custeada pelas partes (respeitado direito aos necessitados) (art. 13 c/c art. 4º, §2º).

Concernentes à mediação extrajudicial

- a) requisitos mínimos para cláusula contratual (art. 21 e 22);
- b) procedimentos em caso de inexistência de cláusula contratual completa (art. 22, § 2º;
- c) penalidade em caso de não comparecimento à 1ª reunião, mesmo inexistindo cláusula contratual (art. 22, §2º, IV)
- d) cláusula contratual vincula as partes e, com exceção das medidas de urgência, obriga árbitros e juízes a observar o implemento da condição para início ou prosseguimento de demandas arbitrais ou judiciais (art. 23 e par. único).

Concernentes à mediação judicial

- g) Tribunais deverão criar Centros Judiciários de solução consensual de conflitos (Cejusc) (art. 24);
- h) CEJUSC's são responsáveis pela realização de sessões de mediação pré-processual e processuais e pelo desenvolvimento de programas voltados à autocomposição (art. 24);
- i) Tribunal definirá a composição e organização do Cejusc, observadas as normas do CNJ, (art. 24, par. único);
- j) mediadores não são previamente escolhidos pelas partes (art. 25);
- k) as partes devem ser assistidas por advogados, assegurada a assistência pela defensoria Pública aos necessitados (art. 26 e par. único), com expressa ressalva das hipóteses previstas nas leis 9099/95 e 10.259¹;

¹ Lei 9099/95 Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser

- l) recebida a inicial e sêda apta, o juiz designará audiência de mediação (art. 27);
- m) mediação deve ser concluída em até 60 dias, salvo a requerimento das partes (art. 28);
- n) em caso de acordo: Juiz determinará arquivamento da ação interposta e, se requerido, homologará o acordo e o termo final de mediação por sentença, com arquivamento do processo (art. 28, par. único); e
- o) solucionado o conflito sem que tenha sido citado o réu, não serão devidas custas finais (art. 29).

Em resumo:

Disposições comuns:

Mediação	Mediador	Procedimento
prestígio à vontade contratada (art. 2º, § 1º)	escolha do mediador (art. 4º)	opção possível no curso de processo arbitral ou judicial (art. 16)
prestígio à manifestação de vontade (art. 2º, § 2º)	papel e atribuições (art. 4º, 1º)	marco inicial (art. 17)
objeto e alcance da mediação (art. 3º e § 1º)	gratuidade aos necessitados (art. 4º, § 2º)	suspensão do prazo prescricional (art. 17, par. único)
eficácia (art. 3º e § 2º)	impedimento, suspeição e dever de revelação (art. 5º e par. único)	encerramento (art. 20)
	impedimento específico (art. 6º e art. 7º)	título executivo (art. 20, par. único)
	equiparação a servidor público (art. 8º)	

Disposições Específicas aos Mediadores:

Extrajudiciais	Judiciais
requisitos: capacidade civil e capacitação (art. 9º)	requisitos: capacidade civil, formação, capacitação, requisitos CNJ (art. 11), cadastramento (art. 12º, §§ 1º e 2º), remuneração (art. 13 c/c art. 4º, § 2º)
assistência de advogado ou defensor: facultativa, mas obrigatória quando uma das partes estiver assistida (art. 10 e par. único)	

Disposições Específicas à Mediação:

Extrajudicial	Judicial
Requisitos mínimos para cláusula contratual (art. 21 e 22)	Tribunais deverão criar Centros Judiciários de solução consensual de conflitos (art. 24), e definirão sua composição e organização (art. 24, par. único)
Procedimentos em caso de inexistência de cláusula contratual completa (art. 22, § 2º)	Penalidade em caso de não comparecimento à 1ª reunião, mesmo inexistindo cláusula contratual (art. 22, § 2º, IV)
Cláusula contratual vinculante com relação às partes, árbitros e juízes – exceção às medidas de urgência (art. 23 e par. único)	Obrigatória assistência por advogados/defensores aos necessitados. Exceção: hipóteses previstas nas leis 9099/95 e 10.259 (art. 26 e par. único)
	Recebida a inicial e sêda apta, o juiz designará audiência de mediação (art. 27)
	Prazo para encerramento (art. 28)

assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória. Disponível em: <<https://goo.gl/7bme9Q>>.

Procedimentos em caso de acordo: arquivamento da ação; se requerido, homologação do acordo e do termo final de mediação por sentença, com arquivamento do processo (art. 28, par. único)

Isenção de custas finais em caso de acordo prévio à citação do réu(art. 29)

Conclusão

Conhecida a nova ordem normativa pode-se afirmar sem receio que excepcionados os direitos indisponíveis, o acordo alcançado na Mediação Extrajudicial prescinde da intervenção do Estado, na figura do Juiz.

Pretender o contrário seria quase o mesmo que exigir que um contrato assinado entre as partes dependesse de homologação estatal para funcionar e produzir efeitos. A prevalecer esse entendimento, ter-se-ia o fracasso, a fâlecia total e absoluta da iniciativa privada como força propulsora da vontade humana. E, portanto, da vontade empresarial no tempo.

Nesse contexto¹, o acordo alcançado na Mediação Extrajudicial representa expressão única da vontade das partes consubstanciada em título executivo por força da nova lei, que não depende da homologação do Estado-Juiz, nem da intervenção de um terceiro com força judicante. O acordo em mediação depende única e exclusivamente do arbítrio e da vontade das partes, definidora da melhor aplicação de seu direito.

Assim, sendo certo que a Mediação Extrajudicial prescinde da intervenção do Estado-Juiz, e, se também é certo que o mediador é um facilitador, um intérprete, um condutor da comunicação – assim também entendida como a expressão dos interesses e necessidades, e de seus consequentes e respectivos limites e responsabilidades – o fim da mediação é a exata expressão da *vontade-direito* das partes.

Fixado este princípio, pode-se entender os mecanismos de uso da mediação em cada fase da controvérsia a ser solucionada. Caso ocorra a mediação antes da judicialização ou antes da arbitralização do conflito, estar-se-á falando da concreta possibilidade de obtenção de uma nova

interpretação das obrigações antes contratadas, que melhor atenda às partes, ou de uma interpretação do quanto contratado a partir dos fatos que levaram à controvérsia, e que poderão ser livremente considerados pelas partes para o alcance da melhor solução.

Ocorrendo a mediação quando já instalada a judicialização ou a arbitralização do conflito, ter-se-á nada mais nada menos do que a força da vontade das partes a se impor sobre a necessidade de utilização do Estado-Juiz ou do terceiro Árbitro. A única diferença, nesse caso, é que alcançado o acordo, mediante a orientação da mediação, o Juiz ou o Árbitro terão que se manifestar unicamente para pôr fim ao processo ou procedimento em curso – e não para opinar sobre o conteúdo daquilo que as partes livremente puderam fazer e fizeram da sua *vontade-direito*.

Conclui-se, assim, que na mediação é a *vontade-direito* das partes que lhes permite ir além dos restritos limites da lei ou das obrigações anteriormente contratadas. Limites a que estão cingidos tanto o Juiz como o Árbitro – mas não aqueles que optaram pela mediação para a solução de suas controvérsias. E por isso, exatamente, pode-se afirmar que a Lei 13.140/2015 é emancipatória.

¹ Direitos disponíveis.

Mediação como forma de ampliação do Acesso à Justiça e realização dos Direitos Humanos: implantação do setor de mediação das varas de família e sucessões do foro regional de Santo Amaro

Carla Boin

Advogada, mediadora, consultora, professora e palestrante. Doutoranda Pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Linha de Pesquisa em Direitos Humanos, Mestre em Direito, Formação e Aperfeiçoamento em Mediação Pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Sócia da Boin Consultoria. Atua como Mediadora nas áreas de Família, Escolar, Empresarial e Ambiental. Participou da Criação e Instauração do Setor de Mediação das Varas de Família e Sucessões do Fórum Regional de Santo Amaro, na cidade de São Paulo, Brasil. Membro do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá. Conselheira na Organiza, Conselho Brasileiro de Produção Orgânica e Sustentável. E-mail: carla@boin.adv.br.

Introdução

O número alarmante de ações judiciais interpostas ano a ano no Brasil nos chama a atenção para o grau de litigiosidade dos brasileiros e nos coloca o desafio de pensarmos como atendermos

à necessidade de ampliação do acesso à justiça sem que isso signifique um aumento no processo de judicialização. Acredita-se que os aspectos culturais sejam determinantes na maneira com que as pessoas se relacionam consigo mesmas e com as pessoas ao seu redor.

O objetivo deste artigo é analisar como a Mediação vem sendo introduzida no cenário jurídico brasileiro e seus eventuais efeitos com relação à ampliação do acesso à justiça e à realização dos Direitos Humanos. A partir da experiência realizada na 3ª Vara de Família e Sucessões do

Fórum de Santo Amaro, buscar-se-á mostrar que a Mediação pode: a) representar um elemento disruptivo do processo de beligerância, na medida em que possibilita abertura de canais de comunicação que valorizam o diálogo, a escuta, o acolhimento, a legitimação e o reconhecimento dos seres humanos envolvidos na situação conflituosa;

b) construir novas possibilidades de convivência a partir da situação conflituosa, ajudando os mediandos a manejá-la em um contexto de diálogo pautado na ética da alteridade; e c) promover mudanças de comportamentos e ampliação de perspectivas por parte dos envolvidos, convidando-os a exercitarem a autonomia e a responsabilização por suas escolhas e ações, como sujeitos de direitos e obrigações.

O cenário brasileiro

As taxas de judicialização do Brasil não são apenas uma das mais altas em termos internacionais, mas crescem de forma contínua e incessante, como aponta o relatório *Justiça em Números*, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2016, com base nos dados coletados em 2015.

Em relação ao número de ações judiciais, o Poder Judiciário brasileiro encerrou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos judiciais. Este número aumentou 1,9 milhões de casos (3%) em relação ao ano anterior (2014). Os resultados são basicamente um reflexo direto da Justiça do Estado, a qual é responsável por 80% dos casos pendentes.

O estoque de processos no Poder Judiciário (74 milhões) vem aumentando desde 2009. O crescimento acumulado desse período foi de 19,4%, ou 9,6 milhões de casos comparados com esse ano. Assim, mesmo que o Judiciário estivesse paralisado sem novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, levaria aproximadamente 3 anos para dar conta do trabalho acumulado. Em relação ao índice de conciliação no Poder Judiciário brasileiro, em média, apenas 11% das sentenças e decisões foram objeto de homologação em 2015.

A busca pelo consenso não faz parte da cultura brasileira, a “cultura do acordo” aparece em discursos recentes que sustentam essa mudança de paradigma e defendem a promoção do consenso como forma de se imprimir maior eficiência e celeridade ao processo como resposta à morosidade e ao congestionamento das instituições judiciárias.

Esse dado histórico é reflexo de outro fato importante: a tradução para o português somente depois dez anos do lançamento do projeto coordenado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth intitulado *The Florence Access-to-Justice Project*, publicado em inglês no ano de 1978 com grande impacto na ciência processual dos mais diversos países representando um dos marcos teóricos do estudo e da compreensão sobre acesso à justiça.

A principal questão relacionada ao acesso à justiça discutida pela doutrina no Brasil nos anos 70-80 era a expansão de direitos básicos para a população em geral, aos quais a significativa maioria da população brasileira não tinha acesso (JUNQUEIRA, 1996, p. 390). Esse fato se deve à tradição liberal individualista do ordenamento jurídico brasileiro, à marginalização socioeconômica e à exclusão política e jurídica do regime militar. Segundo Junqueira (1996), enquanto a produção acadêmica internacional, principalmente após o Projeto de Florença, estava preocupada com a resolução dos conflitos e da coletivização das demandas em razão da ascensão e crise do Estado de bem-estar social, a agenda de pesquisa brasileira, que deu atenção ao estudo do tema da resolução de conflitos, o fez por causa da “exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde” (JUNQUEIRA, 1996, p. 390).

Assim, desde a década de 1980, foram editadas leis que reconheceram direitos individuais e transindividuais com vistas a garantir o amplo acesso à justiça, as quais foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. A CF, por seu turno, consagrou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, e é considerada como um marco para a garantia do acesso à justiça. Além de ampliar e consolidar as garantias processuais inerentes à noção de “devido processo legal”, também afirmou o amplo acesso às instâncias jurisdicionais ao assegurar em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, dentre outros direitos fundamentais relativos ao acesso à justiça.

Pode-se dizer que o movimento de acesso à justiça no Brasil culminou tanto na positivação de direitos fundamentais dos cidadãos, quanto no estabelecimento de mecanismos processuais e garantias processuais que assegurassem a efetivação desses direitos. A redemocratização do país foi marcada, portanto, por uma forte prevalência da noção

ampla de acesso à justiça atrelada ao papel do Poder Judiciário enquanto arena de defesa, interpretação e concretização de direitos.

Cultura do conflito, cultura da litigiosidade e seus reflexos na política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário

Dentre os elementos integrantes da cultura de um povo está sua capacidade de lidar com o conflito. Como cultura, e para efeitos de estudo da cultura do conflito, considera-se a conceituação de Kroeber e Kluckhohn, segundo a qual a cultura consiste:

(...) em padrões, explícitos e implícitos, de e para comportamentos adquiridos e transmitidos por símbolos, constituindo a realização distintiva dos grupos humanos, incluindo a sua incorporação em artefatos; o núcleo essencial da cultura consiste em ideias tradicionais (ou seja, historicamente derivado e selecionado) e especialmente os seus valores anexados, sistemas de cultura podem, por um lado, ser considerados como produtos de ação e por outro como elementos de condicionamento de ação. (KROEBER; KLUCKHOLM, 1952).

O conflito, por sua vez, pode ser “entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas” (WARAT, 2004, p. 60).

Na esfera jurídica a cultura do conflito é sentida desde os bancos da universidade, as disciplinas dos cursos de Direito até há pouco tempo atrás se pautavam apenas no aprendizado de regras e mecanismos processuais a serem endereçados ao Estado, na figura do Judiciário. Este cenário denota uma espécie de motivação ao desenvolvimento de comportamentos infantilizados, despreparados para lidar com conflitos inerentes às relações humanas. Daí o entendimento de conflito como algo negativo e a necessidade de delegar a um terceiro o poder e capacidade de resolvê-lo. Segundo Warat (2004), os juristas pensam que o conflito é algo a ser evitado, pois o entendem como litígio, como uma controvérsia que, por sua vez, se limita às questões de direito ou patrimônio e, assim pensando, deixam de abordar e tratar questões subjetivas da disputa.

A cultura da litigância reflete uma distorção de compreensão e repercute uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no inconsciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor.

Vivemos em uma sociedade que não desenvolveu outros espaços de gestão de conflitos além do poder judiciário, em decorrência do comportamento não somente dos operadores do direito, mas também da necessidade de as pessoas delegarem a solução dos seus problemas a uma terceira pessoa dotada de autoridade para tanto.

De uma análise inicial dos dispositivos da Resolução CNJ nº 125/2010, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciário, podemos perceber uma apreensão das “formas adequadas de resolução de conflitos” a partir de um *modus operandi* próximo ao dos processos judiciais próprio dos tribunais, ou seja, com termos, definições e procedimentos semelhantes aos de uma disputa judicial, ainda que em audiência de conciliação.

Neste sentido, por exemplo, estabelece o seu artigo 8º que “os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros), unidades do poder judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação”. O termo audiência não é utilizado no processo de mediação, pelo fato de se entender que o que se busca com esta prática é o diálogo, a troca, a abertura de canais de comunicação e não apenas atos unilaterais que se estabelecem em audiências com a presença do juiz.

Da mesma forma, o parágrafo primeiro do referido artigo permite a realização de sessões de conciliação e mediação nos próprios juízes, Juizados ou Varas designadas, “desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do artigo 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (artigo 9º)”. Pergunta-se: como poderá ser desenvolvido o trabalho de mediação dentro do próprio tribunal e sob a supervisão de um juiz? Não seria o caso de desrespeito aos princípios básicos da mediação, como sigilo e imparcialidade?

O parágrafo 2º do artigo 9º estabelece que “os tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos

e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado dos casos”. Questiona-se: Por que a determinação de ser um servidor? Diante das práticas dos Juizados Especiais, podemos pensar que este servidor, já tão habituado com as rotinas judiciais, pode vir a fazer uma triagem a partir de sua bagagem jurídica, sobre seu próprio entendimento da possibilidade ou não de uma ação judicial, ou mesmo do êxito de uma ação (Leite, 2003).

Apesar de a Resolução CNJ nº 125/2010 estabelecer que o programa para promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (artigo 4º) será implementado com a participação de rede constituída por todos os órgãos do poder judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras (artigo 5º), o próprio CNJ procurou internalizar no âmbito do poder judiciário a formação e capacitação dos mediadores e conciliadores dos centros de resolução de disputas.

Em setembro de 2011, o CNJ organizou curso de formação de instrutores em conciliação e mediação, com duplo objetivo: formar servidores do judiciário como instrutores em conciliação e mediação a fim de intensificar a disseminação e a padronização dessas técnicas nos tribunais brasileiros, e dotá-los de experiência em docência para que pudessem lecionar nos tribunais os cursos de formação e capacitação. Sob a alegação de que “essa medida poupará, inclusive, recursos dos tribunais que não terão que contratar serviços externos para capacitação, acionando os próprios servidores para ensinar o público interno e externo,” a formação e a capacitação dos futuros mediadores e conciliadores do juízo foram realizadas não por meio de convênio com entidades públicas e privadas, instituições e universidades de ensino, mas pelos próprios servidores do judiciário, que também atuam nos processos de mediação e de conciliação.

O Estado chama para si a responsabilidade (e o monopólio) de resolver os conflitos sociais quando se apropria do instituto da mediação para dirimir conflitos a partir de uma mediação realizada por serventuários do poder judiciário ou comete ingerências com relação ao conteúdo dos cursos de mediação realizados por instituições respeitadas, sem considerar o conhecimento e a experiência de mediadores atuantes e professores há mais de 10 (dez). Não deixa de ser uma forma de controle social e também de manutenção de um poder institucional com pretensão de moldar e organizar o conflito social.

Ao que parece, estamos diante do risco de ocorrer a institucionalização da mediação pelo poder judiciário. Parecem estar dispostos a desenvolver um processo de solução de litígio diferente do adversarial, mas à sua semelhança, importantes características inerentes ao instituto da mediação não estão sendo atendidas. Diante disto, se torna urgente haver diálogos entre mediadores, juízes, conselheiros do CNJ e demais atores envolvidos com as práticas de conciliação e mediação em âmbito judicial.

Mediação e a necessária mudança de paradigma: implantação do Setor de Mediação nas Varas de Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro¹

Quando falamos em novo paradigma, entendemos novas maneiras de pensar sobre nós mesmos, sobre nossas relações e sobre a noção de interligação e interdependência existente entre tudo e todos. A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura uma série de Direitos Fundamentais de um Estado Democrático de Direito, no entanto, na prática verificamos que tais direitos estão sendo desrespeitados, dia a dia, pelos próprios operadores do Direito.

Cumpramos observar que a Mediação se legitima a partir de conhecimentos interdisciplinares e sua prática possibilita perceber o Direito não como Ciência estática, mas sim como ciência Humana que deve abarcar a intersubjetividade e complexidade existentes nas relações e nos conflitos.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, coube o dever de decidir no sentido de promover a pacificação social, para desenvolver esta tarefa foram criados procedimentos processuais estabelecidos por regramentos legais. É chegada a hora de percebermos que estes procedimentos não estão sendo suficientes para sustentarem o valor de Justiça que vai além da aplicação da norma. Daí a proposta de entendermos as situações conflituosas como parte da vida em sociedade e colocarmos maior atenção na forma que nos valem para lidarmos com nossos conflitos intra e inter pessoais.

¹ Este projeto foi relatado no livro *Mediação no Judiciário: desafios e reflexões sobre uma experiência*. Coordenadores Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe; organizadores Ana Lucia Catão, Lúcia Cronemberger, Silvana Cappanari. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A compreensão sobre o conceito de Justiça requer um pensar que consiga chegar aos valores que sustentam as determinações legais. As leis não são um fim em si mesmas, existem em função de proclamar, assegurar e realizar direitos a serviço da vida, ou seja, direitos pensados a partir da constatação de que, como seres em relação, dependemos uns dos outros para existirmos.

A Mediação, a depender de como for realizada, pode promover mudanças dentro da estrutura do Poder Judiciário, possibilitando reflexões e renovação no desenvolvimento da tarefa jurisdicional. Neste sentido, temos como exemplo a experiência realizada por um projeto voluntário nas Varas de Família e Sucessões do Foro Regional de Santo Amaro, sob responsabilidade de uma equipe de cinco mediadoras, composta por Ana Lúcia Prado Catão, Camila Sarno Falanghe, Carla Maria Zamith Boin Aguiar (autora deste artigo), Lúcia Cronemberger e Silvana Cappanari, as três primeiras com formação em Direito e as demais com formação em Serviço Social e Psicologia, respectivamente, juntamente com Lídia de Andrade Conceição, Juíza Coordenadora do Setor de Conciliação e Mediação das Varas de Família e Sucessão do Fórum de Santo Amaro.

A equipe de mediadoras acreditando que as pessoas se constituem nas relações, nos encontros, nas trocas e organizam suas vidas convivendo com as diferenças, teve como foco do projeto as relações interpessoais e os conflitos delas decorrentes.

O setor de Mediação junto às varas de Família e Sucessão do Fórum de Santo Amaro considerou os diversos sistemas de relações existentes as relações entre os mediandos (partes do processo judicial e, eventualmente, outras pessoas envolvidas no conflito); entre os mediadores; entre mediadores e mediandos; entre mediandos, advogados e funcionários dos cartórios; entre os mediadores e os diversos atores do Fórum (escreventes, cartorários, juízes, técnicos etc.) e entre mediadores do Fórum de Santo Amaro e outros atuantes em São Paulo etc. (CATÃO, 2012, p. 49)

O projeto teve como fundamento alguns pressupostos, como: pressuposto da complexidade que conceitua que relações complexas implicam pensar o contexto de atuação e as possibilidades de dialogar; o pressuposto da intersubjetividade que pressupõe romper com o paradigma da objetividade, que mantém as pessoas fechadas em suas verdades,

com procedimentos de convencimento usuais (provas, datas, horários, anotações, lembranças precisas). A ciência jurídica trabalha com a existência de uma verdade, que precisa ser encontrada, e que faz com que “o juiz, para afastar toda possibilidade de decisões subjetivas, pessoais, deva levar em conta estritamente o que está estritamente registrado no processo” (VASCONCELLOS, 2002, p. 92).

A Mediação subverte a lógica da busca de uma única verdade, propõe a construção conjunta de soluções a partir da experiência e vivência dos mediandos. Ao promover a escuta das narrativas uns dos outros, os mediandos podem legitimar as experiências, sentimentos e valores de todos os envolvidos, descobrir que construíram juntos o conflito e que podem juntos buscar novas narrativas que tragam alternativas ainda não pensadas para lidarem com os impasses.

Temos também o pressuposto da instabilidade que chama a atenção para a necessidade da auto-organização. Trata-se de mudar a crença de um mundo sempre estável, em ordem, para crer num mundo em processo de formar-se. Pensa-se ordem e desordem como variáveis da vida. Com isso, reconhece-se a necessidade e a possibilidade de construir um jeito de conversar que os mediandos possam continuar no futuro, criando novos acordos adaptáveis. O pressuposto da reflexão cuida de fazer com que os mediandos tenham um olhar para como fazem o que fazem, assim como a equipe responsável pelo projeto encarrega-se de fazer o mesmo, porque a relevância do processo reflexivo é possibilitar a renovação contínua das práticas estabelecidas.

Desse modo, na sistemática adotada, os autos do processo eram encaminhados à Mediação, faziam-se os convites para as partes e advogados para participarem de um encontro de pré-mediação. O documento chamado de convite foi cuidadosamente elaborado pelas integrantes da equipe, buscando uma linguagem coerente com a prática da Mediação. O primeiro encontro destinava-se ao esclarecimento sobre o trabalho, buscando a adesão dos envolvidos ao processo de Mediação. Com a concordância das partes, se dava o agendamento dos encontros subsequentes pelo tempo necessário para que a realização da Mediação.

Os primeiros processos direcionados ao grupo de voluntárias encontravam-se com cinco, sete, dez anos de litígios. Foram Mediações difíceis, com advogados muito presentes, resistentes à Mediação e agueridos ao sistema litigioso. Com isso, a tarefa do grupo não se reduziu à

Mediação entre as partes, foi necessário olhar cuidadosamente para a forma de inclusão dos advogados. Eles precisavam ser reasssegurados da importância de sua função junto a seus clientes, isto é, falar pelo cliente, garantir o respeito a seus direitos, dar suporte jurídico. Com o decorrer do tempo, os advogados ao longo do processo de Mediação, perceberam ganhos também para eles. Um advogado, certa vez, relatou: “não acho que estamos chegando a um acordo, mas uma coisa eu sei, meu cliente está me perturbando menos durante o fim de semana.” Essa afirmação foi realizada na frente de seu cliente, o que reforça que a possibilidade de clareza e sinceridade é uma das metas na Mediação.

Os depoimentos dos mediandos ao final dos encontros também apontaram para o reconhecimento de benefícios com o processo, mesmo nos casos em que o acordo não foi alcançado, conforme relatos abaixo resguardado o sigilo sobre autoria ou quaisquer referências sobre ações processuais.

Tabela – Relato dos mediandos

“Achei muito bom pois assim nós temos a oportunidade de resolvermos o problema de uma forma melhor.”
“Foi maravilhoso participar as pessoas que me atenderam foram maravilhosas elas souberam me escutar e me ajudaram.”
“Quando cheguei aqui achei que estava tudo perdido e nunca íamos conversar mas tudo mudou minha vida mudou hoje eu consigo conversar com o F ele me escuta e a nossa filha está feliz obrigada.”
“Vocês me ajudaram muito eu não via que fazia mal para o L fazendo o que eu fazia agora eu posso dividir a preocupação com o pai e não estou mais sozinha.”

Além disso, informalmente, foi noticiada a ocorrência de acordos em vários casos pós-mediação. Alguns se compuseram em audiência, outros fizeram acordos e levaram para homologação, o que sinalizou que a Mediação influenciou positivamente na dinâmica dos sistemas envolvidos, apesar das dificuldades enfrentadas.

Acreditamos que as mudanças verificadas foram reflexos do modo como a Mediação foi desenvolvida pela equipe de mediadoras responsáveis pelo Projeto de Implantação do Setor de Mediação nas

Varas de Família e Sucessão do Fórum de Santo Amaro. A equipe esteve alinhada e comprometida em conduzir a Mediação a partir do princípio ético direcionado ao cuidado e ao reconhecimento da autonomia do outro, por meio da legitimação das partes; da resignificação e recontextualização da situação de conflito e de outras divergências que a permeiam; do empoderamento das pessoas envolvidas; e da co-responsabilização pelo processo de eventual acordo.

Sem a pretensão de eliminar conflitos, o projeto pautou-se na crença de que há possibilidades de manejá-los em contextos de diálogo e reflexão, com a construção de acordos satisfatórios para os envolvidos e passíveis de homologação judicial. O foco da Mediação não esteve direcionado somente para a construção de um acordo momentâneo entre as partes, mas sim para a abertura de possibilidade de novos acordos e conversas ao longo de suas relações continuadas.

As mediadoras não trabalharam com a pretensão de solucionar os conflitos das pessoas, a promoção do diálogo sempre foi valorizada, possibilitando aos mediandos conversarem sobre suas diferentes versões da situação e se sentirem capazes de construir, conjuntamente, um espaço de conversa para melhor entender as necessidades de todos os envolvidos.

Os resultados obtidos não deixaram dúvidas sobre a importância da Mediação. Até o primeiro semestre de 2007, o cenário da 3ª Vara de Família e Sucessões do Fórum de Santo Amaro, era composto por funcionários insatisfeitos, de cara amarrada, brigas constantes, 12,5 mil processos acumulados, com pastas espalhadas até pelos corredores. Em janeiro de 2009, o ambiente era outro: espaços amplos e organizados, gestão informatizada dos processos, que se reduziram a 6.656 – queda de 47% em relação a junho de 2007. Isto apesar de entrarem em média cerca de 500 novos processos ao mês.

Essa melhora numérica foi retratada também por pesquisa realizada em dezembro de 2008, que mostrou a transformação radical no cartório da 3ª Vara de Família e Sucessões do Fórum de Santo Amaro. As entrevistas feitas com 12 funcionários de todos os níveis e usuários do cartório, um ano após a conclusão do trabalho de Mediação, registraram mudanças positivas na repartição pública. Concluindo-se, portanto, que o trabalho apontou caminhos de como se alcançar eficiência e diminuição na reconhecida morosidade do Judiciário brasileiro.

Considerações finais

Este trabalho buscou mostrar que, pelo fato de o indivíduo e a sociedade estarem em frequente transformação, faz-se necessária a constante atualização de conceitos e entendimentos com relação aos meios de gestão de conflitos, o que significa repensá-los, ressignificá-los e adaptá-los aos contextos e necessidades apresentados.

Por todo o exposto, entendemos que a Mediação poderá representar ampliação do acesso à justiça e, conseqüentemente, viabilizará a realização dos direitos humanos na medida em que houver a compreensão da necessidade de reflexões com relação à mudança de modelo mental para sua aplicação e desenvolvimento de suas práticas.

Neste sentido, a Mediação aposta na concretização de um espaço aberto ao diálogo, em que os indivíduos de maneira autônoma possam escolher e acordar sobre o que consideram mais benéfico e justo de forma colaborativa. Assim, a prática não pretende “desafogar” o Poder Judiciário com soluções impostas ou sugeridas aleatoriamente. A Mediação propõe criar dinâmicas democráticas e participativas que gerem abertura de espaços de facilitação de diálogos voltados para as relações e inter relações humanas de modo a atuar como metodologia pedagógica de prevenção e de transformação na forma de as pessoas lidarem com seus conflitos.

Ademais, cumpre destacar que o processo de Mediação, quando realizado em consonância com a experiência da 3ª Vara de Família e Sucessões do Fórum de Santo Amaro, relatada neste artigo, pode ser positiva pelo fato de possibilitar o envolvimento e a responsabilização das pessoas por suas escolhas e atitudes, independentemente de os mediandos chegarem a um acordo. A Mediação pretende o reconhecimento e o respeito da alteridade do outro – que é compreendido como igual em direitos enquanto pessoa humana e similar em anseios.

Nesse aspecto salienta-se a importância da figura do mediador enquanto profissional facilitador de processos de diálogos, tendo sob sua responsabilidade o complexo dever de criar e recriar contextos saudáveis e colaborativos que possibilitem às pessoas se sentirem capazes de lidarem com seus conflitos e a assumirem responsabilidades por suas escolhas e ações.

¹ **Sobre:** este artigo foi escrito com base na apresentação realizada pela autora no *Brazil-Japan Litigation and Society Seminar 2018*, na Universidade Shinshu-Matsumo, Japão.

Referências

- AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa: A humanização dos sistemas processual como forma de realização dos princípios constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
- CATÃO, Ana Lúcia; CRONEMBERGER, Lúcia Fialho; CAPPANARI, Silvana (Orgs.). *Mediação no Judiciário: desafios e reflexões sobre uma experiência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.
- KROEBER, Alfred, KLUCKHOLM, Clyde. *Culture: a critical review of concepts and definitions*. Cambridge, Mass., Harvard University, 1952, p. 357.
- MORIN, Edgard. *A inteligência da complexidade/Edgard Morin & Jean-Louis Le Moigne*. 3. Ed. Tradução Nurimar Maria Falci. São Paulo: Peirópolis, 2000.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. *Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência*. Campinas: Papirus, 1997.
- WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Métodos extrajudiciais à solução de conflitos na contratação pública

João José Custódio da Silveira

Magistrado, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Coordenador Regional e Professor na Escola Paulista da Magistratura, Professor nas disciplinas de Direitos Humanos e Métodos Adequados à Solução de Conflitos na UNIVAP.

Introdução

O avanço e, sobretudo, o êxito de métodos laterais à judicialização, porque mais adequados, céleres e capazes de perenizar a pacificação dos litígios, representam uma realidade incipiente, conquanto incontestável no cenário brasileiro. Refletem o anseio por um novo paradigma na forma de prevenir ou tratar a conflituosidade, de sorte a incentivar a busca por expandir seu raio de ação.

É sob tal premissa que se apresenta este estudo, forte na ideia de remeter a contratação pública, um dos pilares de sustentação da economia e do desempenho estatal, a meios mais virtuosos para a solução de disputas que dela possam advir. Tanto em função de sua importância – e no mais das vezes, premência –, referida atividade não deve estar atrelada unicamente à solução jurisdicional na eventualidade das mais variadas vicissitudes, até porque o tempo de maturação do processo pode não estar em compasso com carências sociais cuja superação a contratação pública pode estar a mirar.

Consabido ser o crivo jurisdicional inerente ao Estado de Direito, mas há de ser percebido como última instância para tratamento de conflitos que não puderam ser evitados ou obliterados por meios capazes de oferecer uma solução mais atempada, especializada e menos onerosa.

Com o intuito de sustentar essa assertiva, renova-se a aposta na apresentação de trilhas mais condizentes com a natureza do conflito, hábeis a propiciar um resultado superior em muitos aspectos no comparativo com aquele adjudicado nos processos adversariais.

É o quanto se pretende desenvolver.

Vias diferenciadas à solução de controvérsias

A União Europeia vem há tempos adensando o regramento da contratação pública por meio de diretivas específicas², evidentemente porque se trata de importante motor da economia na região e pilar de desenvolvimento igualitário para os países-membros³ – além de, teoricamente, essencial ao fortalecimento da própria União⁴.

Já nesse contexto é possível inferir a preocupação com o viés litigioso da contratação pública, haja vista disciplina específica para o controle jurisdicional, com remissões a tribunais arbitrais⁵ e mediação^{6,7}.

Noutro vértice, ciente da problemática concernente à morosidade da Justiça e sua interferência na economia mundial, a Comissão Europeia se adiantou ao projetar um instrumento destinado a melhorar

2 Aprofundando as fases evolutivas das Diretivas Comunitárias em matéria de contratação pública, cf. ESTORNINHO, Maria João. *Cursos de direitos dos contratos públicos*. Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 72-80.

3 Consoante a afirmação textual no tópico 39 das considerações iniciais tecidas pela Diretiva 2004/18/CE, “é extremamente importante tirar o máximo proveito do potencial dos contratos públicos para cumprir os objetivos da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”.

4 Basta atentar para o fato de que a contratação pública responde por 18% do PIB da EU, consoante informação do Portal da Contratação Pública Português ao justificar a importância da Diretiva 2014 para a região (Cf.: <<https://goo.gl/nnRqjv>>, acesso em 16/02/2014).

5 Neste particular, ao disciplinar a sistemática de recursos a ser observada em contratos de empreitada, fornecimento e serviços por autoridades ou entidades adjudicantes nos domínios da defesa e da segurança, o artigo 59, 9, da Diretiva 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, prevê expressamente os pressupostos a serem observados quando “as instâncias responsáveis pelo recurso não sejam de natureza jurisdicional”, inclusive disciplinando requisitos mínimos à sua composição.

6 O Anexo IV-B da Diretiva Europeia da contratação pública, ao catalogar as informações adicionais a prestar quando o anúncio servir como meio de abertura do concurso (art. 46, nº 2), estabelece: “13. Designação e endereço do órgão responsável pelos processos de recurso e, se for caso disso, de mediação”.

7 Texto semelhante já constava no Anexo VII-B da Diretiva 2004/18/CE, bem como de outros constantes da Diretiva 2004/17/CE.

a eficácia dos sistemas judiciais com o fito de reforçar o desenvolvimento econômico: o denominado Painel Europeu de Avaliação da Justiça. Em 2013⁸, as principais conclusões foram: a) diferença substancial nas taxas de resolução processual entre os Estados-Membros; b) os benefícios de um sistema de acompanhamento e avaliação das atividades judiciais; c) variação significativa nos níveis de percepção de independência judicial; e d) *os resultados dos métodos alternativos de resolução dos litígios como redutor da carga de trabalho nos tribunais, recomendando-se sua ampla utilização*⁹.

Fácil constatar, por conseguinte, que se de um lado há vinculação direta entre contratos públicos e desenvolvimento da economia, de outro existe correlação estreita entre eficiência da Justiça e capacidade de atração de investimentos¹⁰. Resta conjugar tais realidades a fim de trabalhar instrumentos que possam propiciar maior *sustentabilidade jurídica* à contratação pública e, conseqüentemente, melhor desenvolvimento econômico e social.

A boa notícia é que a irmanação desses fatores – contratos públicos e eficiência na solução de conflitos dela derivados – pode cada vez mais produzir resultados promissores diante da profusão de diplomas legais relativos à Administração Pública que apresentam uma característica marcante: a busca por resolver entraves jurídicos por meios mais rápidos, coordenados por profissionais especializados em cada área e, acima de tudo, inclusivos dos envolvidos na construção do resultado mais adequado. Este exatamente o perfil das conhecidas ADRs, ou MASCs, tradução inicial à categoria dos sistemas alternativos à resolução de disputas.

Em Espanha, por exemplo, a transposição da Diretiva 2008/52/CE, relativa à mediação em matéria civil e comercial, resultou na Lei nº

8 Cf.: <<https://goo.gl/rWj3pz>>, com acesso em 21-01-2014.

9 “Effective mediation and other alternative dispute resolution (ADR) methods provide an early settlement between parties on voluntary basis, reduce the number of pending cases and can thus have an important positive impact on the workload of courts, which are then more able to keep reasonable timeframes” (The EU Justice Scoreboard, Brussels, 27.3.2013, p. 14).

10 “A capacidade de atração de um país enquanto lugar para investir e fazer negócios é indubitavelmente reforçada pela existência de um sistema judicial independente e eficiente”, declarou em 2013 a vice-presidente da Comissão Europeia, Viviane Reding, responsável pela Justiça. “É, pois, importante que as decisões judiciais sejam previsíveis, tempestivas e executórias, tendo as reformas dos sistemas judiciais nacionais passado a constituir um componente estrutural importante da estratégia econômica da UE. O novo Painel Europeu de Avaliação da Justiça funcionará como um sistema de alerta precoce e apoiará os esforços desenvolvidos pela EU e pelos Estados-Membros para oferecer aos cidadãos e às empresas uma justiça mais eficaz” (Disponível em: <<https://goo.gl/rWj3pz>>, consulta em 10/02/2014).

5/2002, com previsão expressa para “instituições mediadoras” para todas as entidades, inclusive públicas¹¹.

Já em Portugal, pode ser destacada a Lei nº 67/2013 (Entidades Reguladoras), que dispõe em seu artigo 40º, 4: “Nos termos e limites dos respectivos estatutos, quando lhes sejam atribuídos poderes de mediação, compete às entidades reguladoras, designadamente: a) Divulgar a arbitragem voluntária para a resolução de conflitos e disponibilizar serviços de mediação de conflitos; b) Atuar na resolução de conflitos entre as empresas e outras entidades sujeitas à sua jurisdição, ou entre estas e os seus clientes ou terceiros, reconhecendo ou não os direitos alegados e invocados; ...”. Ferramenta com grande potencial para solução de contendas derivadas de contratos públicos nas áreas de competência das entidades reguladoras¹², representa atividade de relevo exercida em paralelo ao rol de funções de “administração activa” atribuídas às autoridades reguladoras¹³.

A mesma tendência é verificada no Brasil, notadamente no campo da contratação pública do setor energético, bem como aquela realizada entre entes administrativos, conforme se verá mais adiante. Para já, vale o destaque do crescente incentivo à mediação de conflitos nos regulamentos editados pela Agência Nacional do Petróleo¹⁴, bem assim novel legislação sobre mediação e arbitragem, como se verá.

Posto esse arrazoado, e sem embargo da judiciosa cautela sobre o incentivo à utilização de meios alternativos ao processo judicial como tendência “restritiva” no acesso à justiça¹⁵, forçoso convir que o tema detém potencial para conduzir ao aprimoramento da contratação pública, reduzindo sua exposição ao crivo judicial apenas a situações que não suportem pacificação pela via consensual ou mesmo solução por método adversarial

11 Cf. Fernando MARTÍN DIZ, ‘Resolução alternativa de litígios: experiências e propostas’, in *A arbitragem administrativa e tributária*, Coord. FONSECA, Isabel Celeste M., 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 125.

12 A título de exemplificação, em Portugal a Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos e a Comissão de Mercado e Valores Imobiliários já incorporam e praticam a mediação de conflitos, além de estimularem a arbitragem voluntária.

13 Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. ‘O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia’, in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 193.

14 Cf. Legislação disponível no sítio eletrônico da agência: <<http://www.anp.gov.br>>, com acesso em 05/02/2014.

15 Cf. Vasco Pereira da SILVA, *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2005, p. 13.

mitigado – capitaneada por órgãos capazes de arbitrar o conflito de maneira mais célere e menos custosa aos cofres públicos.

Segue, pois, um panorama sobre os principais instrumentos diferenciados, secundado por considerações e propostas capazes de otimizá-los no âmbito da contratação pública.

Arbitragem na contratação pública

Entre as vias ‘alternativas’ à solução de conflitos propugnadas como mais producentes e efetivas quando comparadas à tradicional tutela judicial, a Arbitragem é a que desta mais se aproxima em função de seu caráter essencialmente adversarial¹⁶. Ainda assim, muitas são as benesses que lhe podem ser creditadas, em especial atinentes ao ganho de celeridade, submissão a árbitros especializados¹⁷ e economia indireta¹⁸.

Há muito ultrapassadas na doutrina as discussões acerca da aceitação do método arbitral para resolução de contendas que envolvam a Administração – questão de arbitralidade subjetiva –, muito embora ainda persistam dilemas quanto à extensão material da competência arbitral – tema de arbitralidade objetiva. De qualquer modo, mantém-se a sistemática de submissão dos tribunais arbitrais aos judiciais tanto para o cumprimento de seus julgados, quanto em razão da necessidade de controle externo sobre os limites e condições de exercício da jurisdição arbitral¹⁹.

16 “A arbitragem no domínio dos contratos públicos é um instituto de contencioso administrativo” (SÉRVULO CORREIA, José Manuel. ‘A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos’, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995, p. 253).

17 Interessante refletir também sobre a diferença entre as metodologias de julgamento utilizadas por árbitros e juízes, dada a maior flexibilidade conferida aos primeiros no campo da equidade e visão perspectiva sobre os resultados do processo quando dotados de alta qualificação técnica e especializada. Já se afirmou inclusive que “o árbitro não está fixamente vinculado a qualquer sistema singular que monopolize a disciplina de um qualquer aspecto de sua marcha” (SILVA, Manuel Botelho da. *Arbitragem voluntária – a hipótese da relatividade da posição do árbitro perante o direito de conflitos de fonte estatal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 53), embora seja evidente que não possa agir alheio aos ditames da legalidade.

18 Sob o ponto de vista econômico, é equivocada a objeção firmada em gastos mais elevados com o pagamento de árbitros. Além do custo direto de cada processo para o Estado, que financia o funcionamento da máquina judiciária, o aumento no número de litígios envolvendo a Administração Pública gera outro impacto ainda mais vultoso, qual seja, a necessidade de ampliação da estrutura judicial.

19 Cf. FREITAS, José Lebre de. *Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objecto do litígio a sub-*

Em Portugal, a expressa previsão da arbitragem no Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) como instrumento para dirimir conflitos originados da contratação pública tem estofo na própria Constituição, que inclui os tribunais arbitrais ao relacionar os órgãos jurisdicionais. Tal iniciativa, aliás, já foi considerada como opção deliberada por categorizar a arbitragem como verdadeira atividade jurisdicional²⁰, ao contrário daqueles que vislumbram um caráter negocial e privatístico²¹.

Tópico a considerar sobre a Arbitragem na doutrina Portuguesa, na linha da modelagem brasileira, diz respeito à diferenciação entre cláusula compromissória – contratada com vistas à eventualidade de litígios futuros – e compromisso arbitral – ajustado para incidir sobre um conflito em curso, com ambas a integrar o gênero “convenção arbitral”^{22, 23, 24}.

Seja qual for a opção – cláusula ou compromisso –, o artigo 180, 1, a), CPTA, confere competência ao tribunal arbitral para uma análise global da relação jurídica, inclusive sobre a legalidade de eventuais atos administrativos relativos à execução do contrato^{25, 26}.

metera arbitragem, inseparata da Revista O Direito I. Coimbra: Almedina, 2006, p. 76.

20 SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *A arbitragem*, op. cit., p. 231.

21 Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*, 2ª ed. Padova: Cedam, 1979, p. 242.

22 SÉRVULO CORREIA indica que as cláusulas compromissórias integram o contrato administrativo, constituindo a sua admissibilidade um elemento substanciador da autonomia contratual, ao passo que os compromissos arbitrais retratam acordos supervenientes e exteriores ao contrato, inseridos na regulação de uma fase contenciosa ou, quando muito, pré-contenciosa (*Arbitragem...*, cit. p. 253).

23 Haveria ainda um requisito mínimo para cada qual: enquanto à cláusula compromissória se exigiria especificar a relação jurídica a que os litígios respeitariam, deveria o compromisso arbitral determinar com precisão o objeto do litígio (Cf. ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 126).

24 Diga-se ainda que no Brasil também não há qualquer impedimento à celebração do compromisso arbitral para dirimir conflitos na contratação pública mesmo na ausência de previsão expressa da arbitragem no edital ou mesmo no instrumento de adjudicação. Nesse sentido: “Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente” (STJ – REsp 904813, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, dj. 20/10/2011).

25 Mário AROSO de Almeida adverte inclusive que o apontamento legislativo consubstancia decisivo passo no sentido da “diluição do regime dos atos administrativos ditos *destacáveis* sobre a execução do contrato no próprio regime deste último” (*Onovoregime do processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª ed. rev. e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 374).

26 Ana Perestrelo de OLIVEIRA detecta aceitação da Arbitragem restrita a atos administrativos situados na órbita do contrato administrativo, “relativos à respectiva execução, bem como a

Evidentemente, repercutem questionamentos doutrinários acerca da extensão material da competência arbitral, até porque o dispositivo citado confronta o entendimento tradicional sobre ser a legalidade dos atos administrativos questão de ordem pública; em princípio, excluída do jugo arbitral^{27, 28}. Em polo oposto, doutrinadores há que até criticam um “certo cerceamento” da competência arbitral para conhecer de questões atinentes à legalidade dos atos administrativos pré-contratuais.^{29, 30}

Outra controvérsia reside na disposição acerca do “direito à outorga de compromisso arbitral” prevista no artigo 182, CPTA, suscitando discussões sobre render-se ensejo a um aparente “direito potestativo” frente ao administrador³¹. Não obstante, é preciso considerar que o dispositivo concede ao interessado a opção de “exigir da Administração a celebração do compromisso arbitral”, mas termina por referir “nos termos da lei”, expressão que suscita posicionamentos quanto à dependência de diploma regulador sobre os termos em que se poderá exigir a feitura do compromisso, fator que suspende a dita potestatividade em face da Administração³². À evidência, um dispositivo que versa obrigatoriedade não estaria a remeter para a Lei de Arbitragem Voluntária, de modo a aparentar realmente necessidade de integração normativa específica para a aplicação.

actos que a Administração Pública é livre de *retirar* do ordenamento jurídico com fundamento em *meras* razões de mérito ou oportunidade (atos revogáveis sem fundamento na sua invalidade)” (*Arbitragem de litígios com entes públicos*. Coimbra: Edições Almedina, 2007, pp. 57-58).

27 Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Curso...*, cit., pp. 537-538, com o acréscimo de que tal mecanismo “acarretará, inevitavelmente, a diluição do regime dos atos administrativos ditos *destacáveis* da fase de execução do contrato”, aproximando-se da concepção que atribui o caráter de meras declarações negociais, e não atos administrativos, às manifestações de vontade da Administração na execução dos contratos.

28 Cf., também, Pedro GONÇALVES, *O contrato...*, cit., pp. 148-149.

29 Cf. ESQUÍVEL, José Luís. *op. cit.*, p. 242.

30 Alexandra LEITÃO, por sua vez, admite a arbitragem na fase pré-contratual quando inseridas cláusulas compromissórias nas peças concursais, “expressamente” aceitas pelos concorrentes no momento da apresentação da proposta, que poderiam recusá-la (Cf. *A protecção judicial dos terceiros nos contratos da administração pública*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002, p. 399).

31 Cf. José Luís ESQUÍVEL, que ainda defende a constitucionalidade do dispositivo legal, já que a Carta Portuguesa deixa ao legislador ordinário “grande margem de manobra na configuração que, em concreto, poderá ser dada à arbitragem destinada a resolver litígios decorrentes de relações jurídicas administrativas, como sucede no campo dos contratos administrativos” (*op. cit.*, pp. 260-262).

32 Cf. Mário Aroso de ALMEIDA *et al*, *Comentário...*, cit., pp. 1015-1016; ESTORNINHO, Maria João. *Curso...*, cit., p. 536.

Sobre o mesmo tema, no Brasil³³, onde a arbitralidade em litígios administrativos vem fomentada desde a Lei nº 8.987/95 – relativa à contratação de concessões e permissões de serviços e obras públicas³⁴, é possível verificar algo assemelhado a uma instituição obrigatória da Arbitragem na contratação do ramo energético.

Após a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) pela Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 5.177, de 12 de agosto de 2004, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) aprovou a Convenção de Arbitragem a ser inserida nos contratos de comercialização de energia elétrica, por meio da Resolução Homologatória nº 531, de 7 de agosto de 2007. Referido texto incorporou as regras da convenção de comercialização, aprovada pela Resolução Normativa nº 109, de 26 de outubro de 2004, da ANEEL, que já estabelecia, em seu artigo 58, os tipos de conflitos que podem ser submetidos à arbitragem, além de considerar a Convenção Arbitral “parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e à CCEE”³⁵. Em contra partida, cinge a dúvida se não estaria viciada a vontade exteriorizada após uma obrigatoriedade imposta por Resolução da CCEE, homologada pela ANEEL³⁶.

Ultrapassada essa questão, adequando-se à tendência mundial no que respeita à preocupação de investidores estrangeiros com a

segurança jurídica, o recurso à Arbitragem foi expressamente previsto no Brasil pela Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública³⁷.

Válido anotar sustentáculo jurisprudencial para a admissibilidade de submissão da Administração à arbitragem, em especial precedente do Supremo Tribunal Federal – longínquo, porém emblemático – que reafirma a “legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda” (AI nº 52181, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, dj. 14/11/1973; vu). Referido precedente foi chamado à colação em importante e recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que bem resume o entendimento jurisprudencial acerca do tema, catalogando doutrina e julgados correlatos³⁸.

Por derradeiro, resta consignar que a matéria está disciplinada pela Lei 9.307/96, a chamada Lei de Arbitragem, com a renovação pela Lei 13.129/2015, a prever especificamente a possibilidade de integração da Administração Pública³⁹.

Mesmo ante todo exposto, a revelar o crescimento e as qualidades indiscutíveis da Arbitragem para a contratação pública, forçoso convir que não são poucas as vicissitudes que coexistem. Em países menores ou dotados de incipiente experiência arbitral, o privilégio do

33 No aprofundamento comparativo entre legislação e doutrina luso-brasileira: ROSARIO, Camile. ‘Perspectiva luso-brasileira da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos de colaboração entre o setor público e o privado’, in *Portugal, Brasil e o mundo do direito*, SILVA, Vasco Pereira da (coord.). Coimbra: Edições Almedina, 2009, pp. 219-248.

34 Art. 23-A: “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 nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

35 A propósito, o artigo 58, da Resolução Normativa nº 109, 26/10/2004 – ANEEL – (Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica), cuja Convenção Arbitral foi aprovada pela Resolução Homologatória nº 531, 07/08/2007: “Os Agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por intermédio da Câmara de Arbitragem, todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, nas seguintes hipóteses: (...) Parágrafo único. A Convenção Arbitral é parte integrante desta Convenção de Comercialização, bem como obrigatória a todos os agentes da CCEE e à CCEE, conforme disposto nos §§ 5º, 6º e 7º do art. 5º da Lei nº 10.848, de 2004. (Redação dada pela REN ANEEL 348, de 06.01.2009)”.

36 Tanto que está em trâmite no STF a Ação direta de Inconstitucionalidade nº 3100, a combater o cunho obrigatório na “adesão” dos agentes à Convenção Arbitral, porquanto imprescindível para a comercialização de energia elétrica.

37 Na disciplina do instrumento convocatório e conteúdo da minuta contratual, o artigo 11, inciso III, do referido diploma, autorizou a previsão do “emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

38 “Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada.... O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da corresponsabilidade indenizatória, coloca-se na posição de atendimento ao ‘interesse público’. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela administração para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo” (MS nº 11308/DF, S1, Rel. Min. Luiz Fux, dj. 09/04/2008).

39 Sem olvidar da Convenção de Nova York, de 1958, ratificada pelo Decreto 4.311 de 23 de julho de 2002.

mercado para poucos e constantes profissionais, que também atuam em consultorias, pode suscitar algum desconforto sob a perspectiva da credibilidade (imparcialidade). Tome-se ainda o exemplo das discussões acerca de possível alteração substancial do contrato⁴⁰, ou mesmo revisão de grandes contratações, terreno em que a persistência da competência arbitral ainda suscita profundos questionamentos.

Não podem ser desconsideradas, também, algumas peculiaridades que curvam a arbitragem tradicional à obediência de certos comandos constitucionais quando a Administração Pública integra um dos polos da relação contratual sujeita ao jugo arbitral. O princípio da legalidade, por exemplo, evoca dúvidas quanto à possibilidade de um julgamento por equidade, ao passo que a confidencialidade dos procedimentos exige ponderação quanto ao princípio da publicidade⁴¹.

Acima de tudo, é preciso sempre recordar que a Arbitragem é um método adversarial, de sorte que sua essência não destoa da forma tradicional de resolução de conflitos por meios estatais. Talvez seja possível evoluir outro tanto na discussão de métodos alternativos e não adversariais que possam representar opções mais adequadas para determinados tipos de litígios.

Conciliação e mediação

Frise-se uma vez mais que não se vislumbra os métodos diferenciados à solução de conflitos oriundos da contratação pública ou de atividades outras da Administração como panaceia para o problema da numerosidade/morosidade dos processos em trâmite no Contencioso Administrativo ou na Justiça Comum. Também não podem ser desprezadas indagações críticas à projeção de práticas compositivas no âmbito da litigiosidade administrativa, haja vista as peculiaridades de cada or-

40 Consoante julgado relativamente recente do Tribunal de Justiça Europeu, “importa lembrar que uma alteração do contrato inicial pode ser considerada substancial e, assim, constituir uma nova adjudicação do contrato, na acepção da Directiva 92/50 ou da Directiva 2004/18, designadamente quando alarga o contrato, numa medida importante, a serviços inicialmente não previstos (v., neste sentido, acórdão de 19 de Junho de 2008, *pressetextNachrichtenagentur*, C454/06, Colect., p. I4401, nº 36). Processo nº C160/08.

41 Cf. PESTANA, Márcio. ‘Administração pública e arbitragem’, in *Revista Juris da Faculdade de Direito da FAAP*, V.07. São Paulo: FAAP, janeiro-junho de 2002, p. 45.

denamento jurídico. Ainda assim, brotam experiências bem sucedidas e já estabilizadas de incentivo aos meios autocompositivos para desenlace de conflitos que envolvam a Administração.

Insucessos também já foram catalogados, como a tentativa de conciliação extrajudicial prévia às ações relativas aos contratos de empreitada instituída em Portugal pelo Decreto-Lei nº 59/99⁴². Vasco Pereira da SILVA, por sua vez, há muito questionara a valia de Comissões de Conciliação Administrativa na realidade portuguesa, com aposta numa melhor repartição de competências na Justiça Administrativa como forma de minorar a ‘sobrecarga de processos’. Explicitara o temor de que sobreditos órgãos conciliadores, cujo êxito seria dependente das vontades das partes, passasse a ser visto como um ‘mero expediente dilatório’ que dilataria a duração dos processos no contencioso administrativo⁴³.

Ocorre que não se institui métodos novos por Lei ou Decreto, sendo necessária uma mudança paulatina de mentalidade e apoio de políticas públicas na seara judiciária para que tais iniciativas sejam exitosas, a exemplo dos “*Comités de Règlement Amiable*” em França, ou da “*Mesa de Contratación*” Espanhola⁴⁴.

Em terras Brasileiras, no setor elétrico é possível aquilatar o prestígio à instituição de tentativas de conciliação e mediação prévias como antecedente obrigatório à Arbitragem⁴⁵. Outra experiência de grande valor no campo da contratação pública foi a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)⁴⁶, à qual compete dirimir conflitos “por meio da conciliação” surgidos entre entidades das administrações Federal, Estadual e Municipal. O procedi-

42 Cf. ESTORNINHO, Maria João. *Curso...*, cit., p. 608.

43 Cf. *Ventos de mudança no contencioso administrativo*. Coimbra: Almedina, 2000, pp. 122-123.

44 Cf. LEITÃO, Alexandra. cit., p. 395.

45 Na dicção do artigo 59, da Resolução Normativa nº 109, 26/10/2004 – ANEEL – (Institui a Convenção de Comercialização de Energia Elétrica), cuja Convenção Arbitral foi aprovada pela Resolução Homologatória nº 531, 07/08/2007: “Fica obrigada a Câmara de Arbitragem a instituir processo de mediação com o objetivo de promover, no âmbito privado e de forma prévia ao procedimento arbitral, uma solução amigável de conflitos”.

46 Instituída pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, posteriormente alterado pelo Ato Regimental nº 2, datados, respectivamente, de 9 de abril de 2009. Sua estrutura está definida pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que teve a sua redação alterada pelo Decreto nº 7.526, de 15 de julho de 2011.

mento conciliatório é conduzido por um Advogado Público, que submete os acordos obtidos à homologação do Advogado-Geral da União⁴⁷⁻⁴⁸.

Ainda, no caso de litígios oriundos das contratações disciplinadas pela Portaria Interministerial 507, de 24 de novembro de 2011 (Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, Fazenda e Controladoria Geral da União), que regula os convênios, os contratos de repasse e os termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco, que envolvam a transferência de recursos financeiros oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, há respaldo normativo inclusive para a *obrigatoriedade* de tentativa de composição prévia⁴⁹.

Mesmo a passos tímidos se comparados à Arbitragem, tais expedientes avançam no sentido de melhorar a solução de conflitos decorrentes de contratos públicos, e seus êxitos, ainda que modestos, já se fazem sentir. O mais importante, representam uma alternativa aos métodos heterocompositivos, oferecem maior celeridade e menor custo como incentivos fundamentais à sua propagação.

Em arremate, a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, veio dispor sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, bem como sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Testifica em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos

47 Os casos não conciliados poderão ser solucionados por meio de pareceres da Consultoria Geral da União, com posterior submissão ao Advogado-Geral da União, desde que o permita a natureza da demanda. Cuida-se de uma espécie de atividade administrativa arbitral bastante eficaz.

48 Saliente-se que as transações podem ser levadas a termo mesmo após a judicialização dos conflitos, caso em que o acordo implicará falecimento do interesse processual para seguimento no processo. A respeito, julgado do Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 979709, T2, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, dj. 25/05/2010.

49 Na conformidade do disposto em seu artigo 43, XIX: “São cláusulas necessárias nos instrumentos regulados por esta Portaria as que estabeleçam: [...] XIX – a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, contratos ou instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa com a participação da Advocacia Geral da União, em caso de os partícipes serem da esfera federal, administração direta ou indireta, nos termos do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001”.

da Advocacia Pública (art. 32), estabelecendo os fundamentos nos quais as controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações, podem ser objeto de transação por adesão (art. 35). Mais ainda, prevê que no caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União (art. 36).

Orientação, controle e solução de conflitos contratuais

A reunião das informações colhidas até o momento permite iniciar a reflexão sobre como dinamizar ainda mais a contratação pública, com partida na pesquisa por alternativas voltadas à sua orientação, fiscalização e solução de conflitos de maneira mais eficaz. Nessa empreitada contribuem até mesmo experiências já conhecidas, ainda que dependentes da obtenção de uma roupagem modernizada.

Por exemplo, é conhecida a ideia de expedientes administrativos iniciados a partir de reclamos dos particulares que, de algum modo, sentiram-se lesados pela Administração. Órgãos internos são instituídos em algumas instâncias com incumbência específica para revisão de atos – como ocorre, por exemplo, nos departamentos dotados de competência para apreciação de recursos contra a aplicação de sanções por infração às leis de trânsito –, no que se convencionou chamar ‘recurso administrativo’⁵⁰. Em outras situações, remete-se até mesmo à concepção inicial do ‘processo administrativo gracioso’, vincado do ideal preventivo contra ilegalidades e abusos perante o particular, ainda que sem prejuízo de posterior controle jurisdicional⁵¹. Porém, é preciso convir que a Administração poderia contribuir para a solução de conflitos em que se vê envolvida por meio de uma revisita mais refinada e, sobretudo, imparcial a seus atos, algo que não se alcança pela sujeição de reclamos a departamentos internos despidos do

50 Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 12ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 377 e segs.

51 Cf. VAZ DE OLIVEIRA, Eduardo Sebastião. *O processo administrativo gracioso*, separata do Boletim da Direção-Geral das Contribuições e Impostos. Lisboa: Ministério das Finanças, 1962, pp. 25-26.

predicado imprescindível da independência – na pressuposição de que a submissão hierárquica é característica básica da jurisdição⁵² graciosa.

De fato, a criação de mecanismos de revisão interna propicia uma depuração na decisão administrativa e, “muito embora o Brasil não adote o modelo do contencioso europeu, nada impede a criação de estruturas administrativas voltadas para resolução de conflitos”⁵³.

Tome-se como outro exemplo o conhecido método de solução de conflitos avizinjado da Arbitragem, qual seja, a *Atividade Administrativa Arbitral*, voltada precipuamente à resolução de litígios entre particulares⁵⁴. Embora sem os custos da Arbitragem, aquele expediente não representa exercício de função jurisdicional, já que sempre sujeito ao rescaldo judicial na discordância dos envolvidos⁵⁵. Ainda assim, utilizada de maneira profícua, a Atividade Administrativa Arbitral serve a colaborar para a dissipação de litígios entre particulares – como ocorre nas atividades de regulação da propriedade intelectual ou da certificação de patentes –, conclusão que legitima repensá-la para contribuir igualmente na resolução de demandas relativas à contratação pública. Cuida-se de sobrevoar experiências já conhecidas que possam auxiliar na reflexão sobre mecanismos indutores da Administração à assunção da responsabilidade na solução dos conflitos nos quais se envolve, agora com ênfase nos novos ares de resolução de disputas, designadamente mediação e conciliação, e anteparo da arbitragem apenas para hipóteses em que a composição se revela inalcançável⁵⁶.

52 A propósito, Rui Chancerelle de MACHETE adverte que o critério decisivo para distinguir a jurisdição graciosa da contenciosa reside na independência do juiz (*Estudos de direito público e ciência política*. Lisboa: Fundação Oliveira Martins– Centro de Estudos Administrativos, 1991, p. 70).

53 SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública* (tese apresentada à FADUSP para obtenção do título de Livre-Docente). São Paulo: 2010, p. 209.

54 Como antecedente histórico no Brasil, cabe assinalar o apoio à arbitragem administrativa largamente utilizada no período Imperial para dirimir controvérsias oriundas dos contratos administrativos (Cf. SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. ‘Arbitragem em direito tributário’, in *Transação e arbitragem no âmbito tributário*, org. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes e GUIMARÃES, Vasco Branco. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 390).

55 Cf. ESQUÍVEL, José Luís. *op.cit.*, pp. 109–113. Para exemplificar a atividade, o autor cita a atuação das entidades administrativas incumbidas da regulação de determinados setores da vida social, como regramento da Propriedade Industrial, verificação de patentes etc, envolvendo-se na solução de controvérsias entre particulares sobre temas correlatos.

56 É neste sentido o comando da Diretiva 2014, tópico 3-L: “As autoridades adjudicantes deverão recorrer a todos os meios possíveis de que disponham na legislação nacional a fim

Aspectos conclusivos

Em paralelo ao notável desenvolvimento dogmático da contratação pública dos últimos tempos, em boa parte alavancado pela consciência cada vez maior sobre a sua importância no cenário econômico, sobreleva a investigação acerca de novos mecanismos à prevenção, detecção e solução de vícios que a inquinem.

Até em razão de sua crescente complexidade, cumpre evitar o quanto possível que o lado imperfeito da atividade contratual comprometa a qualidade de vida dos administrados e constitua entrave ao próprio desenvolvimento econômico. Convindo que essa tarefa não se desenvolve a contento quando confiada apenas ao tradicional sistema adversarial da justiça comum ou do contencioso administrativo, resta prospectar instrumentos capazes de incrementar a prevenção e a resolução de litígios derivados da contratação pública.

Nesse diapasão, a busca por uma ‘contratação sustentável’ sob o ponto de vista jurídico não se refere apenas a métodos solucionadores de contendas conscientes da urgência temporal dos contratos, mas que também estejam preocupados em espelhar credibilidade e estabilidade jurídica a contratantes e administrados em geral. A criação de órgãos específicos incumbidos de orientação, fiscalização e resolução de litígios derivados da contratação pública pode contribuir sobremaneira ao desiderato, evidenciando um contexto em que as instâncias jurisdicionais estejam ladeadas por mecanismos suplementares e alternativos à obliteração de litígios, tudo a proporcionar uma percepção de segurança jurídica atrativa de investimentos.

Em suma, cuida-se de fortalecer o ambiente jurídico com instrumentos aptos a desafogar a máquina judiciária na tarefa de desbaratar vícios contratuais com maior rapidez e menor custo, seja pela via preventiva da fiscalização e orientação em matéria de contratos, seja a operar no enfrentamento de litígios por meio de métodos não adversariais ou, no limite, extrajudiciais heterocompositivos, como é o caso da arbitragem.

de evitar distorções nos procedimentos de contratação pública provocadas por conflitos de interesses. Tal poderá incluir procedimentos para identificar, prevenir e solucionar os conflitos de interesses”.

Referências

ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo regime do processo nos Tribunais Administrativos*, 2ª ed. rev. e ampl. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ALONSO MAS, Maria José. *La solucion justa em las resoluciones administrativas*. Valencia: Universitat de València, 1998.

BASSI, Franco. *Lezioni di diritto amministrativo*, 4ª ed. ampl. Milano: Giuffrè, 1995.

CAETANO, Marcello. *Tratado elementar de direito administrativo*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.

CRETELLA JR., José. *Direito administrativo comparado*. São Paulo: Bushatsky, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. '500 anos de direito administrativo Brasileiro', in *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 5. REDE: jan.-mar. 2006.

ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos*. Coimbra: Edições Almedina, 2013.

_____. *Contratos da administração pública – esboço de autonomização curricular*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*, 2ª ed. Padova: Cedam, 1979.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de direito administrativo*, Vol. I, 2ª ed.

Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

FREITAS, José Lebre de. *Alcance da determinação pelo tribunal judicial do objecto do litígio a submeter a arbitragem*, in separata da Revista O Direito I. Coimbra: Almedina, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo – uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

MACHETE, Rui Chancerelle. *Estudos de direito público e ciência política*. Lisboa: Fundação Oliveira Martins – Centro de Estudos Administrativos, 1991.

MAGALHÃES COLAÇO, João Maria Tello de. *Concessões de serviços públicos – sua natureza jurídica*, Encadernado juntamente com: “Jurisprudência administrativa”, “A legitimidade dos réus nas acções de estado e o único do art. 2503 do Código Civil”, “A codificação administrativa em Portugal”, “Estudos administrativos”. Coimbra: Coimbra Editora, 1928.

MARTÍN DIZ, Fernando. 'Resolução alternativa de litígios: experiências e propostas', in *A arbitragem administrativa e tributária*, Coord. FONSECA, Isabel Celeste M., 2ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2013, pp. 103-135.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 12ª ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MORAIS, Carlos Blanco de. 'O estatuto híbrido das entidades reguladoras da economia', in *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol.

IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 183-247.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. *Arbitragem de litígios com entes públicos*.

Coimbra: Edições Almedina, 2007.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública – o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

PESTANA, Márcio. 'Administração pública e arbitragem', in *Revista Juris da Faculdade de Direito da FAAP*, V. 07. São Paulo: FAAP, jan.-jun. de 2002, pp. 39-45.

ROSARIO, Camile. 'Perspectiva luso-brasileira da aplicação da arbitragem nos contratos administrativos de colaboração entre o setor público e o privado', in *Portugal, Brasil e o mundo do direito*, SILVA, Vasco Pereira da (coord.). Coimbra: Edições Almedina, 2009, pp. 219-248.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública* (tese apresentada à FADUSP para obtenção do título de Livre-Docente). São Paulo: 2010.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. 'Arbitragem em direito tributário', in *Transação e arbitragem no âmbito tributário*, org. SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes e GUIMARÃES, Vasco Branco. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, pp. 383-396.

SÉRVULO CORREIA, José Manuel. 'A arbitragem voluntária no domínio dos contratos administrativos', in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995, pp. 229-263.

SILVA, Vasco Pereira da. *Novas e velhas andanças do contencioso administrativo*. Lisboa: AAFDL, 2005.

_____. SARLETT, Ingo Wolfgang (coords.). *Portugal, Brasil e o mundo do direito*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SILVA, Manuel Botelho da. *Arbitragem voluntária – a hipótese da relatividade da posição do árbitro perante o direito de conflitos de fonte estatal* Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

VAZ DE OLIVEIRA, Eduardo Sebastião. *O processo administrativo gracioso*, separata do Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos. Lisboa: Ministério das Finanças, 1962.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *A justiça administrativa*, 10ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

Negócio jurídico processual e garantia da execução fiscal

Rogério Campos

Procurador da Fazenda Nacional, foi Coordenador-Geral da Representação Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Procurador-Geral Adjunto substituto de Consultivo e estratégia da representação judicial e administrativa tributária.

Introdução

O novo código de processo civil, dentre diversos avanços, inovou ao disciplinar o instituto do negócio jurídico processual, ainda que já ocorresse no contexto normativo revogado, ao menos, sob a figura de negócios típicos.

Por sua vez, compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação judicial da União Federal em matéria tributária, bem assim em causas de natureza fiscal, prestando ainda consultoria jurídica privativamente ao Ministério da Fazenda (artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 73, de 1993), atribuindo-lhe o constituinte originário o papel relevantíssimo de *execução da Dívida Ativa de natureza tributária* (artigo 131, § 3º da Constituição Federal). Está inserida, certamente, no cenário das maiores e mais vultosas disputas entre particulares e Estado: as causas tributárias.

Nada obstante a evolução de entendimentos, é certo que regida pela estrita legalidade, a administração tributária em âmbito federal, nela inserida a PGFN, não encontra respaldo para sua inserção efetiva na seara autocompositiva, falecendo de regulamentação por lei específica a transação tributária (artigo 146 da Constituição Federal c/c artigo 171 do Código Tributário Nacional), bem como afastada, pela timidez, nessa matéria, do marco legal da Mediação (Lei nº 13.140/15, art. 38).

Não se pode olvidar, portanto, que o afastamento da Fazenda Nacional se dá por opção legislativa, sendo certo que a participação prematura e desprovida de sólido amparo legal importaria em desprestígio à segurança jurídica, considerando a cruzada que promoveriam os órgãos de controle externo, o que se pode antever diante da interpretação questionavelmente ampliadora que tem se atribuído ao disposto no artigo 150, § 4º da Constituição Federal em conjunto com o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 110, de 2001), pelo Tribunal de Contas da União.

Sem prejuízo dessas dificuldades, que tolhem ou retiram qualquer liberdade negocial no trato do *quantum debeatur*, não se pode olvidar da possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, em sede de execução fiscal, objetivando, mediante calendarização de atos e disposição acerca de diversas modalidades de constrições, reputar-se o crédito garantido para todos os fins.

Da aplicabilidade à fazenda pública do disposto nos artigos 190 e 191 do novo código de processo civil

A possibilidade da Fazenda Pública celebrar negócio jurídico processual é voz corrente na doutrina pátria, sendo objeto de alguns enunciados de importantes fóruns de processualistas, aprovados sem oposição da Advocacia Pública. Cite-se o mais recente Enunciado nº 17 da Primeira Jornada de Processo Civil do STJ/CJF reverberando que “a Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC”. No mesmo sentido o Enunciado nº 256 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FNPP.

Pois bem, sem embargo da relevância do respaldo acadêmico, de nenhuma eficácia teria o instituto, porquanto ato bilateral, na ausência de internalização do entendimento acerca de sua aplicabilidade à Fazenda Pública pelos órgãos da Advocacia Pública.

Ao menos no âmbito federal, os debates decorrentes das inovações inseridas pelo novo Código de Processo Civil não são novos, tendo sido ao menos tangenciados em diversos opinativos da Coordenação-

Geral da Representação Judicial da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dentre eles os Pareceres PGFN/CRJ nº 618/2016¹, 1040/2016², 1548/2016³, 1976/2016⁴ e 669/2017⁵, evolução que culminou na aprovação, mais recentemente, de Parecer que cingiu-se à delimitação, em atendimento à uniformidade, isonomia e segurança jurídica, de hipótese específica de negócio jurídico processual, voltado ao reconhecimento da suficiência da garantia prestada em execução fiscal, mediante concessões mútuas e assunção de obrigações recíprocas.

Com efeito, os artigos 190 e 191 do novo Código de Processo Civil atribuem moldura legal ao que se convencionou denominar negócio jurídico ou convenção processual:

“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 da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de

1 Documento Público. Lei 8.112/90, art. 116, VIII; Lei 8.906/94, art. 34, VII. Impacto do NCPC às execuções fiscais. Parecer elaborado com o intuito de lançar uma orientação inicial quanto ao efeito prático das alterações legislativas em relação às execuções fiscais, a partir de primeiras impressões da doutrina e conjecturas sobre possível utilidade de alguns institutos para a Fazenda Nacional. A ideia basilar do Parecer, fundada na aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, é o fortalecimento do microsistema da cobrança do crédito fazendário. Aplicação. 2 Portaria PGFN nº 503/2012, art. 20, § 1º Análise de proposta de resolução do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Sistema de Solução Digital da Dívida Ativa. Inaplicabilidade à PGFN. Interpretação conforme o artigo 176 CTN e 38 da Lei nº 13.140/2015. Violação a literal diploma legal pela minuta de resolução. Interpretação lógica. Créditos de natureza não tributária e sujeitos a regras flexibilizadoras das indisponibilidade. Proposta de aprofundamento dos debates a viabilizar a inserção da Fazenda Nacional no campo da autocomposição.

3 Regulamentação da forma de atuação da Fazenda Nacional no âmbito do microsistema do Juizado Especial Federal. Lei nº 10.259/01. Portaria AGU nº 109/07. Compatibilização e integração com as balizas de atuação trazidas pelo novo Código de Processo Civil, Parecer PGFN/CRJ nº 789/2016 e Portaria PGFN nº 502/16.

4 Documento Público. Ausência de sigilo. Parecer PGFN/CAT nº 1.499/2016. Proposta de acordo apresentada pelo Município de Manaus. Divergência de entendimento. Estratégia de atuação da Representação Judicial. Análise do caso em concreto que transcende a atividade consultiva e de orientação abstrata. Indicativo de panorama em abstrato e consequências que não vinculam o contencioso. Riscos à conciliação. Submissão ao Procurador-Geral para definição do entendimento institucional acerca do artigo 38 da Lei nº 13.140/15.

5 Documento Público. Proposta de alteração da Portaria PGFN nº 502, de 2016. Revisão decorrente da disposição programática do artigo 15. Incorporação de sugestões, esclarecimentos de dúvidas que surgiram em razão da aplicação do normativo e evolução das posturas.

adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

Desde logo, à toda evidência, *pode-se concluir com bastante segurança que a celebração de negócio jurídico processual não guarda qualquer relação com a transação tributária, sequer com a autocomposição, gênero em que se inserem a mediação e conciliação, institutos voltados ao direito material.*

Reconhece-se, portanto, que a aplicação do instituto em sede de execução fiscal amoldar-se-ia ao interesse de adequação do processo às necessidades das partes, prestigiando-se a instrumentalidade, rápida solução do litígio e princípio da autodeterminação das partes, além da eficiência e incremento da arrecadação, o que agregar-se-ia no caso específico da execução fiscal.

Preocupação sempre presente, circunda a equivocada pretensão de se atribuir às convenções processuais efeitos que transcendem seu campo de incidência, bem delimitados por PEDRO HENRIQUE NOGUEIRA, *in* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 2016:

“Negócio processual é ato jurídico em cujo suporte fático está conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.”

Não por outra razão, sempre deve-se ter em mente que *“não há entendimento (...) no sentido da possibilidade de negócio jurídico processual resultar em transação, e não apenas em matéria tributária como induz o opinativo em referência. A bem da verdade, seja em matéria tributária, ou em qualquer causa, o negócio jurídico processual, tal qual definido no estatuto processual, não versa sobre questões diversas daquelas inerentes ao procedimento. Portanto, em qualquer hipótese, não pode resultar em transação”,* (Parecer PGFN/CRJ nº 1976/2016).

De outro giro, superada a premissa da exata compreensão dos limites legais do instituto, há que se reconhecer que noutras manifestações acabou por internalizada a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual, abstratamente considerada, pela Fazenda Nacional.

A utilização dessa ferramenta, objetivando a redução da litigiosidade, maior eficiência e redução dos custos inerentes ao processo, que já havia sido sinalizada nos Pareceres PGFN/CRJ nº 618/2016 e 1.040/2016, restou regulamentada, noutra hipótese específica, na Portaria PGFN nº 985, de 2016, corroborada pelo Parecer PGFN/CRJ nº 1548/2016. Confira-se:

Nesse particular, imperioso reconhecer que o microsistema do Juizado Especial Federal é terreno adequado para a inserção, como primeira

experimentação da Fazenda Nacional nessa seara, no campo da flexibilização das formas procedimentais trazidas pelo contexto do NCPC.

A utilização dessa ferramenta, objetivando a redução da litigiosidade, maior eficiência e redução dos custos inerentes ao processo, já havia sido sinalizada nos Pareceres PGFN/CRJ nº 618/2016 e 1.040/2016, sempre condicionando à previsão de balizas por ato normativo infralegal. Confira-se:

Parecer PGFN/CRJ nº 618/2016

Uma das grandes inovações do NCPC diz respeito à busca pelo aperfeiçoamento da solução consensual de conflitos, conforme a tendência da evolução do processo civil. Não é demais mencionar que a solução consensual dos conflitos é um novo princípio do processo que foi consagrado no NCPC no § 2º do art. 3º, devendo ser promovido pelo Estado e estimulado por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no decorrer do processo judicial (§ 3º do art. 3º).

Nesse contexto, além de se permitir a arbitragem, na forma da lei (art. 3º, § 1º), previu-se a possibilidade de mediação e conciliação para os órgãos do Poder Público. A maior novidade, contudo, foi a previsão dos negócios jurídicos processuais, ex vi art. 190 e 191, in verbis:

(...)

Freddie Didier Jr defende a existência de um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo, considerando que tal arcabouço normativo compõe um microsistema. Como requisito de validade do negócio jurídico processual, o doutrinador elenca, além do requisito de validade exigido para a prática de negócios processuais atípicos, a capacidade processual negocial, a qual pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, esclarecendo que a

vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial. Fredie Didier Jr também entende, reportando-se ao Enunciado nº 256 do FPPC86, inexistir qualquer impedimento para que o Poder Público realize negócio jurídico processual. Considera que eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade. Fredie Didier Jr menciona que o NCPC prevê, expressamente, a possibilidade de acordo ou tratado internacional dispensar a caução às custas (art. 83 § 1º, I87), como sendo claro negócio jurídico processual celebrado pela União. Outro exemplo citado pelo doutrinador de negócio processual a ser realizado pelo Poder Público seria o art. 75 § 4º.

Todavia, o próprio autor admite que o objeto do negócio é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica, reconhecendo a necessidade de que se definam padrões seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais. Uma das *balizas que propõe o doutrinador é a de que a negociação atípica somente possa realizar-se em causas que admitam solução por autocomposição. Trata-se de requisito objetivo expresso previsto no caput do art. 190.*

(...)

Consoante defende a maioria dos processualistas que escreveram sobre o assunto no momento, não haveria nenhuma regra que, em princípio, exclua as pessoas jurídicas de direito público de firmar negócios jurídicos processuais, mas ainda que se admita tal possibilidade (a qual pode ser benéfica em algumas situações), vislumbra-se dificuldades de implementar, na prática, a realização de negócio jurídico processual, até mesmo porque, em algumas hipóteses, a convenção realizada poderá repercutir sobre o direito material (indispensável, diga-se) ou dificultar a defesa da União, o que pode não ser compatível com o regime jurídico público.

Desse modo, mesmo que se considere possível a realização do negócio jurídico processual pelos Procuradores da Fazenda Nacional – o que ainda se entende prematuro concluir – é indispensável que esteja prevista, em ato regulamentador próprio, a definição de parâmetros e requisitos para tal finalidade, de modo a evitar prejuízos à União, especialmente decorrentes de eventual vulnerabilidade advinda da regra processual convencionada, para além da mera incompatibilidade com a LEF, mas relativamente à atuação da representação judicial como um todo.

Parecer PGFN/CRJ nº 1.040/2016

Para além disso, a interpretação prestigia o disposto no artigo 190 e 191 do novo Código de Processo Civil, abrindo flanco, também, para a celebração de negócio jurídico processual, guardando justa coerência com as precisas conclusões do Parecer PGFN/CRJ nº 618/2016, sobre o tema.

Com alguma segurança, repise-se, pode-se concluir que esse campo

de atuação da Fazenda Nacional é terreno fértil à iniciativa proposta, servindo de passo importante em busca da mudança de paradigma que se pretende com a introdução, no seio da administração, das práticas tendentes à solução consensual de conflitos.

(...)

57. Finalmente, há que se reconhecer, ainda, que prevalecendo o entendimento de se admitir a inserção da Fazenda Nacional no âmbito da autocomposição, decorrência lógica, estar-se-á prestigiando o disposto no artigo 190 e 191 do novo Código de Processo Civil, abrindo flanco, também, para a celebração de negócio jurídico processual, guardando justa coerência com as precisas conclusões do Parecer PGFN/CRJ nº 618/2016, já mencionado no presente.”

(...)

Concebeu-se, portanto, modelo de negócio jurídico processual “de adesão”, tipicamente destinado às demandas de massa e de pouca complexidade, como sói ocorrer nos Juizados Especiais Federais, bem assim autorização para adequação de negócios destinados à melhor condução dos processos singularmente considerados, ressalvada, sempre a indisponibilidade ou não autorização para transação ou disposição de direito material.

Outra questão, já ponderada nos itens 25 a 28, é a previsão e regulamentação da celebração de negócio jurídico processual, havendo aqui a utilização de critério quantitativo exclusivamente enquanto limitador do modelo de negócio por adesão, sem prejuízo de ser firmado no âmbito regional, para tema específico, negócio semelhante ou idêntico, sem a observância da restrição.

Ou seja, o critério quantitativo é apenas excludente da autorização genérica para todo e qualquer tema discutido em demanda de massa no âmbito do JEF, mas não impede que seja celebrado no âmbito local, idêntico acerto, considerando a complexidade da demanda, reflexos sobre outras questões; em suma, diante do contexto concretamente posto, celebrar-se o negócio jurídico processual independentemente da restrição quantitativa.

Art. 9º. Fica autorizada a realização de negócios jurídicos processuais entre as unidades da PGFN e os Juizados Especiais Federais, objetivando a racionalização da atuação em demandas de massa, que versem exclusivamente sobre matéria de direito, prevendo-se a citação por Portaria do Juízo.

§ 1º Na hipótese de que trata o caput, arquivar-se-á contestação padrão que será inserida nos autos, independentemente de participação da Fazenda Nacional, que será intimada apenas da sentença, quando proferida.

§ 2º As matérias passíveis de aplicação do disposto neste artigo serão previstas em lista regionalizada, podendo atender a peculiaridades locais específicas.

§ 3º A CRJ será comunicada das atividades descritas no parágrafo

anterior, para conhecimento e supervisão.

§ 4º A lista de que trata o § 2º poderá limitar a aplicação do disposto neste artigo às demandas cujo valor da causa ou benefício patrimonial almejado exceda determinada quantia, observado, preferencialmente, o limite da autorização para a não apresentação de impugnação a cumprimento de sentença, nos moldes do art. 20-A da Lei nº 10.522/2002.

Art. 10. Sem prejuízo da autorização do artigo antecedente, é permitida a realização de outras modalidades de negócios jurídicos processuais além da prevista no art. 9º desta Portaria, objetivando a otimização e a racionalização da atuação, mediante ato dos Procuradores Regionais da Fazenda Nacional disciplinando a matéria no âmbito da respectiva região, de acordo com as peculiaridades locais.

Parágrafo único. É vedada a celebração de negócio jurídico processual que implique prática de ato não autorizado ou vedado em lei, que disponha sobre direito material ou importe em transação, conciliação ou outro meio de autocomposição em matéria tributária.”

Tal como se pretendeu na oportunidade em epígrafe, mais recentemente, na Portaria PGFN nº 565, de 26 de maio de 2017, atribuiu-se nova redação ao artigo 12 da Portaria PGFN nº 502, de 2016, corrobora da pela Nota PGFN/CRJ nº 669/2017:

Concebeu-se, ainda na linha do Parecer PGFN/CRJ nº 618/2016, Nota PGFN/CRJ 772/2016 e, mais recentemente dos Pareceres PGFN/CRJ nº 1.040/2016 e 1.976/2016, autorização para celebração de negócio jurídico processual, objetivando a desistência, em processos de massa, de recursos, bem como a sua não interposição ou a não contestação, em razão da inclusão de tema em lista de dispensa, definição de tema, em sede de julgamento repetitivo (inclusive repercussão geral), desfavoravelmente à Fazenda Nacional, dentre outros, objetivando, com isso, a redução dos ônus da sucumbência, bem como impactando positivamente na redução da litigiosidade e índices de congestionamento do judiciário.

A autorização, que decorre do disposto nos artigos 190 e 191 do NCPC, não implica em autorização de transação, ou qualquer ato de disposição do direito material, porque disso não se trata, mas apenas se limita à permissão para que sejam celebrados ajustes que permitam a racionalização da atuação nessas demandas de massa.

Pois bem, agrega-se ao cenário, de inserção gradual da PGFN, mediante regulamentação específica de autorização de celebração de

negócio jurídico processual, a implementação do “*novo modelo de cobrança da DAU*”, bem assim da efetivação do Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos – RDCC, de que trata a Portaria PGFN nº 396, de 2016, que converge com a [r]evolução nos paradigmas de atuação da defesa da Fazenda Nacional em juízo, nos moldes das Portarias PGFN nº 502 e 985, de meados de 2016.

Efetivamente, a questão ganha relevo porque a efetiva implementação desse conjunto de medidas tem o condão não apenas de revolucionar a forma de atuação da PGFN, mas de permitir o tratamento diferenciado do crédito, focando-se na capacidade econômica do devedor, utilizando-se estratégias diversificadas de cobrança, o que inclui a substituição da atuação massificada por trabalho artesanal em busca da maior eficiência e respectivo incremento da arrecadação.

Nesse cenário, portanto, exsurge a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual consubstanciado na aceitação de garantias diversas, conjugadas, inclusive bens ou frutos futuros, em contrapartida de concessões processuais por parte da Fazenda Nacional.

Cite-se, por exemplo, a anuência com a oposição de embargos, com ou sem prosseguimento da execução para complementação da garantia (hoje já admitida na hipótese de insuficiência de garantia pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, podendo ser estendida para outros casos), aceita mediante cláusulas certas de constrição sobre bens ou frutos futuros; ou a renúncia pelo devedor aos embargos, com expressa homologação judicial, reputando-se, de outro giro, suficientemente garantida a execução, e, conseqüentemente, atribuindo ao devedor todos os benefícios decorrentes desse ato: obtenção de Certidão Positiva de Débitos com efeitos de Negativa, nos termos do artigo 206 do Código Tributário Nacional⁶, bem como a respectiva exclusão do Cadastro de Inadimplentes – CADIN, de que trata a Lei nº 10.522, de 2002.

Registre-se, uma vez mais que não se trata de imiscuir-se a Fazenda Pública na seara da conciliação, mediação ou transação mediante o reconhecimento o de causa suspensiva da exigibilidade quando não configurada algumas das hipóteses taxativamente previstas no arti-

6 Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

go 151 do Código Tributário Nacional⁷. Ou seja, no modelo proposto, é inegável que a hipótese cinge-se à discussão endoprocessual relativa à aceitação de determinado conjunto de bens e direitos como suficientes à garantia da execução inclusive com a possibilidade de expedição de certidão, não circundando questão inerente ao *quantum* e a *debeatur*.

Não se desconhece, em verdade, a ausência de direito subjetivo do devedor⁸ de obter o benefício mediante a celebração de negócio jurídico processual. A toda evidência, trata-se de faculdade da Fazenda Pública, imbuída do ideal de eficiência e incremento da arrecadação, no seu interesse, mediante concessões mútuas, considerando as peculiaridades do caso concreto, reputar conveniente ao interesse público a aceitação de bens e frutos futuros, em alguma escala conjugada com garantias outras, se existentes, e, nesse contexto, reputar suficientemente garantido o executivo fiscal, com as consequências decorrentes desse ato.

O entendimento jurisprudencial no sentido da ausência de direito subjetivo à expedição de certidão positiva com efeitos de negativa na ausência de garantia integral não infirma a conclusão que se pretende, mas, ao contrário, serve para afirmá-la. Com efeito, tão somente a certeza e evidência de que a garantia não seja integral e efetiva em montante que, desde logo, baste à quitação do montante atualizado da dívida é que permite concluir que, no interesse da Fazenda Pública, admitir-se-ia a

7 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: I – moratória; II – o depósito do seu montante integral; III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo; IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança. V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; VI – o parcelamento. Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

8 Nesse sentido:

STJ – RECURSO ESPECIAL REsp 1479276 MG 2014/0224521-7 (STJ) Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 206 DO CTN. OCORRÊNCIA. PENHORA INSUFICIENTE. EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

STJ – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1468687 CE 2014/0173131-4 (STJ) Ementa: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PENHORA DE PERCENTUAL SOBRE FATURAMENTO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. IMPOSSIBILIDADE.

celebração de negócio jurídico processual que, em contrapartida à aceitação da execução por garantida, com suas consequências lógicas, fossem impostas condição ao executado, como a pluralidade de garantias, que incluam bens ou frutos futuros ou pendentes.

Invariavelmente, a inserção no novo campo de atuação, utilizando mecanismos novos à obtenção da tutela jurisdicional adequada, o que é reforçado pelo NCPC, acaba por demandar evolução de dogmas e conceitos inerentes ao direito material.

Outro não é o fundamento de posturas e iniciativas relevantes da PGFN, como restou assentado no Parecer PGFN/CRJ nº 1040/2016:

“34. Fruto dessa evolução, a Portaria PGFN nº 502/2016, com base em argumentos judiciosos alinhavados no Parecer PGFN/CRJ nº 789/2016, aprovado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional, concebeu a possibilidade de não interposição de recursos, e porque não desistência dos já interpostos, na hipótese de o benefício patrimonial almejado com a insurgência ser inferior aos custos do processo. Com efeito, naquela oportunidade, pontuou-se que, para além do fato de ser incongruente a atuação na hipótese em que o benefício patrimonial almejado e perseguido com o recurso é inferior ao custo do processo para obtê-lo, a situação seria ainda mais paradoxal – tornando ainda mais desproporcional a atuação, na medida em que ainda haveria a possibilidade do não provimento do recurso acarretar incremento no “custo do processo” em razão da sucumbência recursal.

Considerando, portanto, o interesse recursal como desdobramento do interesse processual, ou interesse processual qualificado, é inegável que a atuação processual deve se pautar na utilidade da medida que se perquire em juízo.

Do quanto relevante, cite-se o Parecer PGFN/CRJ nº 789/2016:

“II.c – releitura do interesse recursal – desproporção entre benefício patrimonial almejado e custo do processo – atuação anti-econômica, ineficaz e desprovida de efetividade e razoabilidade.

A vigência do novo Código de Processo Civil, como já dito, mostrou-se terreno fértil à releitura de dogmas, revisitação de temas e o questionamento de posturas que, antes tidas por irremediáveis, passaram a não se sustentar. E nesse particular merece destaque o ineditismo e protagonismo da representação judicial da Fazenda Nacional.

Nesse cenário permitiu-se a construção do entendimento, que ora se exporá, no sentido de que, nas execuções fiscais, falece à Fazenda Nacional interesse recursal para impugnar decisões nas quais o benefício patrimonial almejado se mostre inferior ao custo do processo que, ao final, é por ela suportado o arcado.

(...)

Efetivamente, para além da desproporcionalidade do custo do processo em detrimento do benefício patrimonial almejado, o insucesso do recurso poderia acarretar maiores prejuízos ao erário, considerando o regramento da sucumbência recursal e previsão de multa ex vi legis em hipótese de improvidamento, à unanimidade, de recurso (ainda que se defenda que apenas em caso de manifesta improcedência). Ou seja, somam-se, aqui, para além do custo processo, evidentemente desproporcional ao benefício patrimonial almejado, todos os elementos dos itens 8 a 39 retro.

Considerando o interesse recursal como desdobramento do interesse processual, ou interesse processual qualificado, é inegável que a atuação processual deve se pautar na utilidade da medida que se perquire em juízo.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra, prelecionam sobre o interesse processual:

“Interesse de agir – Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade) não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal supra, nº 7).

Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alegar, por exemplo, o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevante fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários.”. (grifos nossos)

Nesse sentido, a tese sequer pode-se dizer inovadora, já que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2010, ao reconhecer a eficácia vinculante ou força

persuasiva dos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, com base em julgamentos submetidos ao rito dos artigos 543-B e 543-C do CPC/73, já havia suscitado esse argumento. Confira-se:

(...)

É nesse particular, portanto, que o manejo do recurso se mostra desprovido de utilidade, já que os custos do processo são maiores que eventual proveito econômico que dele poderia se obter.”

Pois bem, reconhece-se, portanto, que a questão relativa à relevância do caráter (anti)econômico para a atuação e posturas da Fazenda Nacional em juízo não é nova. Pelo contrário, desde pelo menos a década de 70, o legislador vem se preocupando com a questão.

Nesse sentido, e não por outra razão, dispõem os artigos 5º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977; o parágrafo único do art. 65 da Lei nº 7.799, de 10 de julho de 1989; e o art. 54 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

(...)

Como se vê, mesmo pautada em legislação de época em que a eficiência, razoabilidade e preocupação com a efetividade dos processos de trabalho na administração pública eram menores, ou pelo menos vistos com menor amplitude que a eles se atribuem atualmente (sem se olvidar que não se tratam de novidade enquanto princípios inerentes do Direito Administrativo), a Portaria MF nº 75/2012 tem a virtude de, corroborada por estudo de instituto de credibilidade incontestado, guiar-se pelo binômio “custo x benefício”.

É nesse binômio, bem como nos dispositivos legais que o prestigiam, que se escore a evolução na postura fazendária no campo da autocomposição, trazida à balia e reflexão no presente.

Cite-se, novamente, por emblemático, o Parecer PGFN/CRJ nº 789/2016:

Ainda que previstas exceções, mostra-se incompatível com os primados da razoabilidade, eficiência, além da efetividade do processo a interposição de recursos em evidente “prejuízo” ao erário. E não por outra razão, e diante da visão macrocômica do processo de cobrança da Dívida Ativa da União e, sobretudo, da atuação da Fazenda Nacional, permitiu-se evoluir no sentido de dispensar por valor, em parâmetros definidos em ato do Ministro de Estado da Fazenda, os recursos em execução fiscal, vinculados ao limite de cobrança da DAU.

Aqui, mais uma vez, o novo paradigma de atuação encontra guarida nas inovações trazidas pelo NCPC, para além do princípio da cooperação, a boa-fé objetivo, eficiência e a rápida solução do litígio, por um

lado, e o incremento nos custos da litigiosidade, noutra via.

Há que se reconhecer que, para além da visão que se propõe da atuação da Fazenda Nacional sob o prisma do macroprocesso de trabalho, a justificar a inovação, parece certo que, em especial diante do contexto do NCP, a previsão em abstrato de recurso pela legislação processual não torna vinculante o socorro ao remédio processual no caso em concreto, seja por não atendidos os requisitos específicos de admissibilidade, seja por ausente interesse recursal ou existente peculiaridade que torna desinteressante ou prejudicial, ao Erário, o manejo do recurso abstratamente previsto.

Isso atribui maior segurança à definição de critério quantitativo, ou seja, definição de valor fixado em razão de estudo técnico robusto, como paradigma abstrato à demonstração daquela situação que torna desinteressante ou prejudicial o manejo do recurso.

Por sua vez, relativamente à atuação da Fazenda Nacional perante o Juizado Especial Federal, há que se reconhecer que o avanço, não fosse plenamente justificável pelas razões já expedidas, é medida urgentíssima.

(...)

Reconhecendo a realidade posta, bem assim as peculiaridades dessa atuação, a minuta de Portaria proposta tem o mérito de, sem prejuízo de reconhecer a necessidade de regulamentação própria, dispensar de recurso, observadas as mesmas exceções que se fizeram em relação à execução fiscal e recursos excepcionais, as causas em que o benefício patrimonial almejado ou pretendido tem valor certo e determinado inferior àquele estabelecido como piso para inscrição de débito em Dívida Ativa da União.

Justifica-se a medida de racionalização na afronta aos princípios da razoabilidade, economicidade, eficiência e efetividade, ao lado, inclusive da legalidade, o Por sua vez, relativamente à atuação da Fazenda Nacional perante o Juizado Especial, desperdício de recursos materiais e humanos, sabidamente parcos, com a movimentação inútil da máquina judiciária e administrativa em demandas que, ainda fosse provida a insurgência, não seria levada adiante a cobrança, considerando a dispensa de inscrição dos valores.

O mérito da proposta, nesse particular, corrobora-se na animosidade da jurisprudência em relação ao conhecimento de recursos excepcionais em matérias extraídas do Juizado Especial Federal, mas não só, estendendo-a às causas em geral, fixando verdadeira “jurisprudência reativa” limitando o acesso àquelas instâncias.

Relevante salientar, ademais, que o artigo 10, da Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, autoriza aos representantes judiciais da União, nas causas e pro-

cessos de competência do Juizado Especiais Federais, a desistir da demanda.

Verbis:

“Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.”

Em suma, a utilização de negócio jurídico processual, mediante adequada normatização definidora de balizas que atribuam segurança ao uso das novas ferramentas processuais postas à disposição das partes, em cotejo com as prerrogativas fazendárias atendem, portanto, não apenas ao contexto legal de redução de litigiosidade e implemento de novo paradigma processual, mas ao comando constitucional insculpido nos artigos 5º, LXXVIII, e 37 da Constituição Federal⁹, já que prestigia a rápida solução do processo judicial e os princípios da legalidade, moralidade e eficiência, permitindo o incremento da arrecadação e recebimento de valores indispensáveis à execução das relevantes políticas públicas do Estado.

No mesmo sentido, a conclusão que pretende inserir a Fazenda Nacional na seara, mesmo em matéria tributária, supostamente flexibilizando a indisponibilidade do crédito, escora-se na aplicação das normas programáticas e principiológicas dos artigos 4º, 5º e 6º do novo Código de Processo Civil¹⁰.

A bem da verdade, diz-se supostamente porquanto não há efetiva disposição do crédito, tampouco de suas prerrogativas e garantias, com o socorro a negócio jurídico processual. Ainda que não se possa olvidar que o dogma da indisponibilidade mereça releitura, o limite objetivo intransponível para a celebração de negócio jurídico processual

9 Artigo 5º – (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

10 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

que se pretende regulamentar é a impossibilidade de dispor do crédito ou aspectos relativos à sua constituição, higidez, liquidez e certeza.

Portanto, nessa linha, é imperioso reconhecer ser vedado, e especialmente no âmbito federal em razão do cenário legislativo posto, atribuir eficácia suspensiva da exigibilidade a situação que não se amolde às hipóteses legais ou renunciar o ente às garantias e privilégios do crédito tributário, tal qual preferência. Tais predicados não são cláusulas processuais que permitam disposição em juízo, porquanto inerentes ao direito material e carecedoras de autorização legal para convenção por meio de transação.

Não por outro motivo, não apenas a impossibilidade de versar o negócio jurídico processual sobre “garantias e privilégios”, porquanto abstratamente inseridos na esfera da indisponibilidade do interesse público, a sua celebração deve pautar-se de modo a impedir ou evitar que possa haver frustração dessas prerrogativas em razão da celebração do negócio que não atinja seu resultado esperado, que é a futura quitação do crédito.

Nesse sentido, nada obstante a disposição do artigo 185 do Código Tributário Nacional, parece inafastável a necessidade de, em especial diante de convenção que implique em situação que atribua certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, nos moldes do artigo 206 do mesmo *codex*, diligenciar-se no sentido de restar prevenida potencial tentativa de fraude à execução e, mais, inserção de terceiros de boa-fé na relação, inclusive com introdução de cláusula rescisória em hipótese de alienação de parte do patrimônio ou, ainda, mediante a averbação da Certidão de Dívida Ativa – CDA no respectivo registro, fortalecendo a garantia do crédito e enfraquecendo eventual alegação de boa-fé de terceiro.

Acerca do socorro à averbação premonitória, merecem destaque as brilhantes ponderações de FLAVIA PALMEIRA DE MOURA COELHO, lançadas no Parecer PGFN/CRJ nº 618/16:

Da Averbação Premonitória

Consoante se depreende inciso II do art. 792 já mencionado, a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828 do NCPC¹¹. Este último trata da denominada, pela

11 Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. § 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo

doutrina, averbação premonitória que havia sido positiva no regime do CPC/1973 pela introdução do art. 615-A pela Lei nº 11.382/2006. Na esteira do que havia sido esclarecido por ocasião do Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007, quando da introdução do art. 615-A ao CPC/1973, a norma tem o intuito de evitar os atos praticados em fraude à execução, por meio de uma presunção de conhecimento de terceiros que venham adquirir o bem após a averbação.

O NCPC manteve, no art. 828, o instituto com uma pequena modificação em relação ao CPC/1973: a certidão somente poderá ser obtida a partir da admissão da execução pelo juiz e não mais no ato de distribuição. Assim, com base no artigo citado, o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade. *A mudança prejudicou bastante a efetividade da medida, uma vez que, para fins de averbação é necessária a admissão da execução pelo juiz, enquanto que, no regime do CPC/1973, a propositura da execução já era suficiente para que se possibilitasse ao exequente a obtenção de certidão para fins de averbação. Daniel Assumpção entende que “eventuais abusos na averbação não deveriam ter sido suficientes para a mudança operada, já que tanto o antigo como o novo sistema de averbação consagram expressamente a responsabilidade do exequente nesses casos.”¹²*

Faz-se necessário esclarecer que a obtenção da certidão a que se refere o art. 828 do NCPC independe de decisão judicial neste sentido. Esse é o entendimento que se encontra consagrado no Enunciado nº 130 do FPPC¹³.

Trata-se de medida plenamente aplicável aos executivos fiscais, podendo revelar-se de grande utilidade sobretudo para os créditos não tributários. Considera-se que averbação premonitória pode mostrar-se eficiente para os créditos não tributários, tendo em vista a já mencionada resistência encontrada na jurisprudência quanto à aplicação do instituto do art. 185 do CTN para créditos de natureza não tributária.

as averbações efetivadas. § 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados. § 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação. § 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

12 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, São Paulo: Método, 2015, p. 411.

13 “A obtenção da certidão prevista no art. 828 independe de decisão judicial”.

Consoante já mencionado no bojo do presente Parecer, em âmbito de execução fiscal de créditos tributários, considera-se que o art. 185 do CTN possui alcance maior de proteção que o art. 828 do NCPC, na medida em que a presunção de que é fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, ocorre com a regular inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Cumpra, nesse diapasão, mencionar o entendimento do STJ, proferido em sede de Recurso Repetitivo, no RESP nº 1.141.990/PR¹⁴, de que a presunção de fraude à execução a que alude o art. 185 é absoluta. Nesse caso, crê-se dispensável a averbação premonitória para fins de configuração desse tipo de fraude, embora a medida não esteja vedada.

Em adição ao entendimento quanto à aplicação da averbação premonitória às execuções fiscais, registre-se que o Enunciado nº 2 do I FONEF dispôs que “o art. 828 do NCPC aplica-se às execuções fiscais, sem prejuízo de outras garantias do crédito fazendário”.

De todo modo, recomenda-se prudência no manejo da averbação premonitória, para que se evite a banalização do instituto.

Ainda sobre o instituto, é importante mencionar que a previsão do NCPC se sobrepõe ao que prevê o art. 54, inciso II, da Lei nº 13.097/2014¹⁵, resultante da conversão da Medida Provisória nº 656, de 07 de outubro de 2014. A referida norma que ainda está em vigor, indevidamente, tornou obrigatório o uso da averbação ao vinculá-la ao reconhecimento da fraude à execução. Impende, nesse sentido, esclarecer que, à luz do art. 792 do NCPC, a fraude à execução pode estar caracterizada por outras formas que não apenas a decorrente da averbação premonitória.

Cumpra salientar que tanto sob a égide do art. 615-A do CPC/1973 como do art. 828 do NCPC, a averbação premonitória é um mecanismo posto à disposição do credor, mas cujo uso é facultativo.

Por fim, vale mencionar que a medida prevista no art. 828 do NCPC não se confunde tampouco impede a autorização contida no art. 799, inciso IX¹⁶, do mesmo código, para que o exequente proceda à averba-

ção em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

Ainda dentro desse contexto, o art. 844 do NCPC dispõe que “para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.” Trata-se de norma que corresponde ao § 4º do art. 659 do CPC/1973 e que deve ser interpretada em conjunto com art. 792, III.

A penhora deverá ser levada a registro a depender do bem a ser penhorado. Normalmente, o próprio juiz oficia o órgão responsável para a efetivação da modalidade de penhor envolvida, de ofício ou a requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, medida que, por relevante à subsistência da penhora, deve ser objeto de especial atenção ou diligência.

Convém mencionar que, em relação aos créditos tributários inscritos em dívida a presunção absoluta não depende do registro da penhora, mas da própria inscrição do crédito em dívida¹⁷. Vale ressaltar, por pertinente, que nada obstante a presunção absoluta de conhecimento erga omnes independente da averbação no registro competente¹⁸, cumpre diligenciar para que seja averbado o registro da penhora nesses casos, evitando-se alegações, ainda que infundadas, de prejuízo a terceiros.”

A bem da verdade, nesse cenário, indispensável o acompanhamento do processo, implemento das condições e evolução patrimonial do devedor, trazendo a Fazenda Pública ao protagonismo na atuação processual, deixando de atuar apenas reativamente quando intimada. Ou seja, inegavelmente, a eficácia e sucesso da empreitada dependerá do estreitamento da relação entre contribuinte e administração tributária, com a melhoria da gestão dos processos por parte da Advocacia Pública.

14 REsp nº 1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010, julgado na forma do art. 543-C do CPC/1973 e que contou com atuação intensa da Fazenda Nacional.

15 Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações (...) II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. 16 cArt. 799. Incumbe ainda ao exequente: (...) IX – proceder à averbação em registro

público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

17 Entende-se que o reconhecimento da fraude à execução decorrente da inscrição também é aplicável para créditos não tributários, mas a jurisprudência, embora não esteja ainda pacífica, tende a ser recalcitrante quanto a esse ponto.

18 Em relação aos créditos não tributários, entretanto, a medida pode revelar-se mais útil, sobretudo considerando a já mencionada recalcitrância dos Tribunais pátrios em aplicar o art. 185 do CTN para créditos dessa natureza. O registro ou averbação da penhora nos órgãos competentes é importante para fins de presunção absoluta de seu conhecimento por terceiros, na forma da Súmula nº 375/STJ.

Não se pode olvidar, ainda, mesmo em sendo destituída de fundamentos e bastante frágil a tese, da possibilidade de alegação de incidência do instituto da prescrição, especialmente intercorrente. Esse, a bem da verdade, um dos pontos que demandaria bastante cautela.

Nada obstante alguns cuidados pareçam excessivos, ante a boa-fé presumida entre os litigantes, ponto digno de algum cuidado circunda a questão da prescrição intercorrente. Ainda que pareça certa a ausência de fluxo da prescrição intercorrente na espécie, considerando a inexistência do binômio “inércia e transcurso de prazo”, medidas preventivas, ao menos nesse primeiro momento e eventualmente em casos específicos, são de rigor, sem prejuízo da defesa da teoria dos atos próprios.

Dentre as cautelas, e mesmo justificável ante a necessidade de solução do litígio e não sua eternização, a integralização da garantia, já aceita mediante oferecimento de bens e/ou direitos futuros, tenha como prazo máximo o período de 5 anos, ou 60 meses, mediate que, em larga escala, afastaria, ao menos em tese, o risco de alegação de consumação do lapso prescricional quinquenal aplicáveis à quase totalidade dos créditos inscritos em Dívida Ativa da União.

Não fosse a disposição do artigo 40 da Lei nº 6.830/80, conforme interpretação que se tem atribuído pelos Tribunais, inclusive com a sinalização do Superior Tribunal de Justiça no RESP 1.340.553/RS (submetido ao rito dos recursos repetitivos – TEMAS 566 e 567), o limite ainda guarda a devida simetria com o prazo máximo concebido aos contribuintes em geral para a celebração de parcelamento ordinário, nos termos da Lei nº 10.522/02 e com o que dispõe o artigo 174 do CTN.

Diante desse fato, ainda que manifestamente dispensável sob o prisma legal, mas não vedado, de rigor sejam os negócios jurídicos submetidos à homologação judicial, com a ratificação de suas cláusulas por decisão judicial específica que atribua maior segurança à convenção, bem assim seja exercido o controle de que trata o artigo 190 do novo Código de Processo Civil, fato que implicará, ao menos, no reconhecimento da interrupção do prazo prescricional.

Conclusão

Há que se reconhecer que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional tem, desde 2010, com normativos voltados à redução da litigiosidade, bem como mais recentemente, com o novo modelo de cobrança da DAU, a efetivação do Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos – RDCC (Portaria PGFN nº 396/165), que converge com a [r]evolução nos paradigmas de atuação da defesa da Fazenda Nacional em juízo, nos moldes das Portarias PGFN nº 502 e 985, ambas de 2016, buscando meios de atuação racional, eficiente e de respeito aos direitos do contribuintes objetivando o ideal da justiça fiscal.

Efetivamente, em conjunto com esses atos, a questão ganhou maior relevo com a vigência do novo Código de Processo Civil, que permitiram a efetivação dessa revolução na forma de atuação da PGFN, focando-se na capacidade econômica do devedor, utilizando-se estratégias diversificadas de cobrança, o que inclui a substituição da atuação massificada por trabalho artesanal em busca da maior eficiência, com o respectivo incremento da arrecadação.

Descortina-se, aqui, campo fértil à inserção da Fazenda Nacional na seara de meios alternativos à solução dos litígios, mediante celebração de negócio jurídico processual, cujo escopo não guarda qualquer relação com a conciliação, mediação ou transação tributária, institutos voltados ao direito material, mas podem permitir concessões mútuas objetivando a adequada solução da demanda.

O disposto nos artigos 190 e 191 do Código de Processo Civil aplica-se integralmente à Fazenda Pública, servindo à adequação do processo às necessidades das partes, prestigiando-se a instrumentalidade e rápida solução do litígio, além do evidente ganho de eficiência e, conseqüentemente, incremento da arrecadação com redução de custos para os litigantes.

Em sede de execução fiscal, exsurge a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual consubstanciado na aceitação de garantias diversas, conjugadas, inclusive relativas a bens ou frutos futuros, em contrapartida de concessões processuais por parte da Fazenda Nacional.

Mediante concessões mútuas, a Fazenda Nacional pode obter melhores garantias, ainda que parciais, devedores gozarão de benefícios e a eventual retomada do crédito em razão da exclusão do CADIN e

obtenção de CPDEN, bem como os limites da discussão podem ser pré-estabelecidos, em razão da aplicação desse arcabouço normativo já mencionado, com evidente redução da litigiosidade e custos inerentes ao processo, em benefício de todos os envolvidos.

Ainda que distante dos anseios de utilização de meios de efetiva solução consensual dos litígios (conciliação, mediação e transação), a ferramenta inserida pelo Código de Processo pode servir de terreno fértil à futura (e espera-se não remota) inserção da Fazenda Nacional nessa seara, contribuindo para a evolução do relacionamento entre administração tributária e contribuinte.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil* – teoria geral do processo e processo de conhecimento. 17ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DE ASSIS, Araken. *Manual da Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ALVIM, A. ; ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMPOS, Rogério *et al.* *Novo Código de Processo Civil na prática da Fazenda Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed., Malheiros, 2009.

FARICELLI DE MENDONÇA, Priscila. *Arbitragem e transação tributárias*.

Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

SCANPINELLA, Cássio Bueno. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie Jr.; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Nulidade das sentenças arbitrais por violação ao devido processo legal

Giancarlo Melito

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo – USP e pela Universidade de Angers / França. Mestre em Direito pela Universidade de Angers / França. Professor de Direito Contratual nos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – GVlaw. Sócio no Barcellos Tucunduva – Advogados. E-mail: gmelito@btlaw.com.br.

Thiago do Amaral Santos

Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas – GVlaw. Professor de Direito Contratual nos cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – GVlaw. Advogado no Barcellos Tucunduva – Advogados. E-mail: tsantos@btlaw.com.br.

Introdução

A Arbitragem Consiste em um meio extrajudicial de resolução de conflitos, pelo qual as partes, por meio de cláusula compromissória ou mediante compromisso arbitral¹⁹, excluem a apreciação de um conflito do Poder Judiciário, submetendo seu julgamento a um árbitro ou tribunal arbitral.

Decorridos mais de 20 anos de vigência da Lei nº 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”), o instituto se fortaleceu e sua importância é plenamente reconhecida pela própria sociedade devido às suas inegáveis vantagens.

O instituto prestigia a autonomia privada, de modo que as partes terão total liberdade para escolher os julgadores, as regras do procedimento

¹⁹ A cláusula compromissória é pactuada no contrato, no qual os contratantes pactuam que eventual discussão deverá ser submetida à arbitragem; enquanto o compromisso é a convenção das partes após a existência do litígio, podendo ser celebrada em processo em trâmite (compromisso judicial) ou mediante instrumento particular (compromisso extrajudicial).

e as normas aplicáveis para a solução do conflito. Desse modo, poderá ser eleito o árbitro ou tribunal arbitral com a especialidade necessária sobre o assunto que envolve o conflito; poderá ser definido um procedimento mais flexível para o processamento da arbitragem, com o alargamento dos prazos, audiências mais longas e dinâmicas e ampla dilação probatória (afastando-se o formalismo do Código de Processo Civil); e poderá ser afastada a aplicação do direito,²⁰ mediante o julgamento por equidade²¹, de acordo com regras de mercado²¹ ou convenções internacionais de comércio.

No entanto, por vezes faz-se necessária a intervenção do Poder Judiciário em algumas situações específicas, tais como: (i) as tutelas de urgência propostas antes da instauração do procedimento²²; (ii) a necessidade de uso de força coercitiva (para situações de condução de testemunhas, arresto, sequestro e tutelas inibitórias); (iii) a existência de cláusula compromissória vazia²³ ou patológica²⁴;

20 A esse respeito, ensina Joaquim de Paiva Muniz que “O artigo 2º da Lei de Arbitragem prevê que as partes podem escolher, livremente, as regras substantivas aplicáveis à solução do litígio. Essa autonomia é ampla, abrangendo não só a possibilidade de eleger a lei de países estrangeiros, como também de escolher fontes que não sejam propriamente ordenamentos jurídicos, tais como princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais do comércio e até mesmo julgamento por equidade. Tal escolha não poderá, contudo, resultar em infração aos bons costumes ou à ordem pública” (MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Manual de arbitragem para advogados. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil*. p. 42. Disponível em: <<https://goo.gl/pULNdT>>. Acesso em: 08.01.2018).

21 A título exemplificativo, é comum a convenção da arbitragem em contratos de infraestrutura, que geralmente consistem em contratos complexos e com peculiaridades próprias, que envolvem questões técnicas de engenharia e racional econômico que prestigia o investidor. Durante muito tempo, antes de ser disciplinado pela lei de locações (diante da promulgação da Lei nº 12.744/12), era comum a inclusão de cláusula compromissória em contratos de *built to suit*, para que fosse afastada a limitação da cláusula penal e a possibilidade de ação revisional de aluguel, as quais refogem do escopo do negócio.

22 Nesse sentido, o artigo 22-A da Lei nº 9.307/96 prescreve que: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”. Essa disposição, introduzida pela Lei nº 13.129/15, validou o entendimento predominante na jurisprudência, a exemplo do daquele esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.297.974/RJ, quando se decidiu que “em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal” (STJ, Recurso Especial nº 1297974/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/06/2012).

23 Na cláusula vazia, os contratantes deixam de indicar o árbitro ou tribunal arbitral competente e, caso não haja consenso, haverá a necessidade de o Poder Judiciário definir o conteúdo do compromisso e nomear os árbitros.

24 A denominada “cláusula patológica”, de acordo com Selma Ferreira Lemes, “podem ser classificadas como cláusulas arbitrais (i) inválidas ou (ii) suscetíveis de validade. As primeiras (i) são cláusulas redigidas de tal forma incongruente, que da leitura não se pode aferir tratar-se de cláusula compromissória, tais como quando, apesar de receber a denominação de cláusula arbitral preveja procedimento que mais se assemelha à conciliação ou à mediação, bem como quando estabelece, na verdade, uma avaliação pericial. Cláusulas assim redigidas não permitem que se infira que as partes elegeram a arbitragem para solucionar a controvérsia

(iv) a resistência de uma das partes na instituição da arbitragem, apesar da existência de cláusula compromissória²⁵; e (v) para a execução da sentença arbitral, compelindo a parte vencida ao cumprimento da determinação imposta pelo árbitro ou tribunal arbitral. Há, ainda, a possibilidade de uma das partes propor ação judicial para anular²⁶ a sentença arbitral proferida; que será objeto deste trabalho.

O estudo realizado pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas em conjunto com o Comitê Brasileiro de Arbitragem, publicado em 2009, constatou a existência de 33 decisões proferidas pelos Tribunais pesquisados sobre a invalidação da sentença arbitral, sendo que em 19 casos a sentença²⁷ não foi anulada e nos 14 processos remanescentes houve a anulação²⁷.

E, dentre as diversas questões suscitadas nas referidas demandas, em apenas 03 processos o pedido de anulação se baseou na infringência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal; sendo um único julgado procedente²⁸.

Esta pesquisa demonstra haver pouca intervenção do Poder Judiciário nas sentenças arbitrais; o que certamente demonstra o reconhecimento da importância do instituto, preservando a necessária segurança jurídica das decisões proferidas pelos árbitros.

A possibilidade de anulação da sentença arbitral não é vista com bons olhos pelos adeptos da arbitragem, notadamente em razão de sua má utilização, fazendo com que o Poder Judiciário sirva como instância recursal e possa rever o mérito da decisão. Nessa linha, os posicionamentos contrários à anulação sustentam que a ação poderia acabar “prejudicando a própria credibilidade do instituto perante os destinatários da prestação jurisdicional, gerando desconfiância quanto à sua eficiência para resolver

existente e serão consideradas nulas e de nenhum efeito no que concerne à instância arbitral” (LEMES, Selma F. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. Disponível em: <<https://goo.gl/kDWoym>>. Acesso em: 03.01.2018).

25 É o que determina o artigo 7º da Lei nº 9.307/96: “Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

26 Apesar de a lei indicar que se trataria de nulidade da sentença, entendemos se tratar de hipóteses de anulabilidade.

27 A pesquisa foi realizada perante a base de dados dos Tribunais Superiores, dos Tribunais de Justiça de 20 Estados e de Tribunais Federais de 04 regiões (BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro; PITOMBO, Eleonora Coelho; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira (coord.). *Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Judiciário brasileiro*. São Paulo: FGV, *Cadernos Direito GV*, vol. 6, nº 6, nov/2009, pp. 18-21 e 45).

28 BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro; PITOMBO, Eleonora Coelho;

definitivamente os conflitos”²⁹.

No entanto, a iniciativa privada propagada pelo instituto da arbitragem não pode se sobrepor aos princípios basilares do direito processual que figuram como cláusulas pétreas na Constituição Federal e asseguram aos cidadãos que o julgamento seja conduzido de acordo com o devido processo legal. Somente assim se poderá assegurar um julgamento justo e equânime, de forma imparcial e com a observância do amplo contraditório e ampla defesa.

Exatamente em função da flexibilidade do procedimento arbitral, entendemos que tais princípios ganham maior relevo, pois, não estando os árbitros obrigados a seguir qualquer regra procedimental, deverão se atentar às garantias fundamentais das partes no julgamento que será proferido.

Desse modo, ao invés de enfraquecer o instituto da arbitragem, a possibilidade de o Poder Judiciário anular uma sentença arbitral por ofensa a tais princípios, fortifica a arbitragem, na medida que passa segurança aos cidadãos de que terão preservados tais direitos na arbitragem, pois, se isto não ocorrer, a sentença será declarada nula.

Nesse espírito e com a intenção de incitar o debate e a reflexão, elaboramos este artigo, dividido em dois capítulos. No primeiro será analisada a possibilidade de anulação da sentença arbitral de acordo com os limites propagados pela própria Lei de Arbitragem, que indica um rol taxativo das situações que autorizam a adoção da medida judicial. Já o segundo capítulo propõe o estudo da ação anulatória sobre a perspectiva do devido processo legal, indicando as hipóteses de cabimento.

Este estudo não tem a pretensão de analisar as disposições procedimentais da ação anulatória³⁰; atendo-se unicamente às suas hipóteses de cabimento, com enfoque principal na violação do devido processo legal.

29 ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira (coord.). Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Judiciário brasileiro. São Paulo: FGV, *Cadernos Direito GV*, vol. 6, nº 6, nov/2009, pp. 45-59.

30 Tais requisitos estão indicados no artigo 33 da Lei de Arbitragem:

“Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos. § 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral. § 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem”

Possibilidade de anulação da sentença arbitral

O procedimento arbitral é encerrado com a prolação da sentença arbitral, que equivale a uma decisão judicial e constitui título executivo entre as partes (artigo 31 da Lei de Arbitragem).

Em face desta decisão é possível, apenas, a apresentação de pedido de esclarecimentos no prazo de 05 dias³¹ (artigo 30 da Lei de Arbitragem) – que equivale aos embargos de declaração previstos no artigo 1.022 do Código de Processo Civil (“CPC”) –, e tem por finalidade suprir contradição, obscuridade, omissão ou erro material da sentença; havendo quem defenda a possibilidade de modificação do julgado, conferindo efeitos modificativos ao pedido de esclarecimentos³².

Com a apresentação dos esclarecimentos pelo árbitro ou tribunal arbitral, a sentença – que poderá ser parcial³³ ou final – se torna definitiva, sobre a qual haverá a coisa julgada material³⁴, haja vista que a Lei de Arbitragem não prevê a possibilidade de interposição de qualquer recurso³⁵; não obstante seja possível às partes estabelecerem, na convenção de arbitragem, o cabimento de recurso para o caso de a sentença não ser unânime, por exemplo, cabendo a outro tribunal arbitral proferir a sentença definitiva.³⁶

31 Este prazo é majorado pelos regulamentos de algumas Câmaras. O regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá prevê o prazo de 15 dias (item 10.6); o regulamento da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP estipula o prazo de 10 dias (item 16.1); enquanto a Câmara FGV de Mediação e Arbitragem define que os esclarecimentos serão apresentados em 05 dias ou outro prazo que “for acordado entre as partes” (artigo 40).

32 Selma Ferreira Lemes defende a possibilidade de os pedidos de esclarecimentos assumirem a função de “embargos de declaração com efeitos infringentes”, por entender que “poderá existir situações especialíssimas que em decorrência de equívoco manifesto do árbitro na análise das provas ou das circunstâncias apresentadas pela parte nos “embargos arbitrais,” este decida reformular seu entendimento e rever o julgado, recebendo os “embargos arbitrais” com efeitos modificativos (escopo infringente)” (LEMES, Selma Ferreira. Os “Embargos Arbitrais” e a Revitalização da Sentença Arbitral. Disponível em: <<https://goo.gl/dP8BgN>>. Acesso em: 03.01.2018).

33 Embora a doutrina e os tribunais arbitrais já entendessem que a lei de arbitragem não vedava a possibilidade de sentença arbitral parcial, a Lei 13.129/15 indica expressamente a possibilidade de sua adoção no procedimento arbitral. Os recursos cabíveis, nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil.

34 A coisa julgada torna a sentença imutável e indiscutível, diante da impossibilidade de sua revisão. No sistema processual ela ocorre quando não há mais a impossibilidade de interposição de recursos, por ter a parte litigante deixado de recorrer ou por terem sido julgados todos os recursos cabíveis, nos termos do artigo 502 do Código de Processo Civil.

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

36 LEMES, Selma Ferreira. *A sentença arbitral. Justilex*, Ano II, nº 15, março/2003, p. 58.

Ainda sobre a impugnação da sentença arbitral, há discussões sobre a possibilidade de reforma por meio de ação rescisória, caso sejam atendidos os requisitos indicados no artigo 966 do CPC. Contudo, não nos parece que tal ação seria cabível³⁷, haja vista que a Lei de Arbitragem – como se verá adiante – dispõe sobre o procedimento específico para a anulação da sentença arbitral (havendo, inclusive, algumas situações idênticas àsquelas previstas na ação rescisória³⁸).

Portanto, a única medida cabível para a reforma da sentença arbitral consiste na ação anulatória prevista na Lei de Arbitragem.

Na referida ação não se poderá rediscutir o mérito da sentença arbitral, com a alteração dos fundamentos da decisão ou rediscussão do conjunto fático-probatório (*error in judicando*), haja vista que sua causa de pedir deve limitar-se a existência de vício procedimental (*error in procedendo*).

O *error in procedendo* consiste em vício formal do julgado, diante da ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais para o desenvolvimento regular do processo, acarretando na invalidação da decisão. Por outro lado, o *error in judicando* resulta da apreciação do mérito, seja pela aplicação de norma impertinente, seja pela interpretação equivocada dos fatos³⁹.

37 de ação rescisória para a reforma de sentença arbitral, a exemplo do seguinte julgado: “Ação rescisória dirigida contra sentença arbitral proveniente do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Alegação de violação aos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório. Entendimento desta Relatora quanto ao insucesso da pretensão autoral. A Lei de Arbitragem não prevê a possibilidade de uso de ação rescisória em face de sentença arbitral. O que o referido diploma permite em seu Artigo 33, *caput* e § 1º, é a possibilidade de a parte interessada requerer ao Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, sendo certo que tal demanda deverá seguir o procedimento comum e ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento. De outro lado, o Artigo 485, do Código de Processo Civil, ao tratar da ação rescisória, estatui expressamente as hipóteses em que poderá haver rescisão da sentença de mérito transitada em julgado, não havendo em seus diversos incisos qualquer referência à possibilidade de utilização de ação rescisória em face de sentença arbitral, sendo incabível qualquer interpretação extensiva nesse sentido. Inadequação da via eleita. Acolhimento integral do Parecer do Ilustre Procurador de Justiça. Extinção do processo sem julgamento de mérito, na forma do Artigo 267, inciso VI, do CPC” (TJRJ, Ag. Reg. nº 0039850-13.2010.8.19.0000, Rel. Des. Conceição Mousnier, julgado em 07.05.2012).

38 O CPC prevê a possibilidade de rescisão da sentença para os casos em que “foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz” (inciso e “for proferida por juiz impedido” (inciso II); situações que correspondem, respectivamente, aquelas elencadas nos incisos VI e II do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

39 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 404-405.

Sobre os limites da ação anulatória, oportuna a observação de Ricardo Ramalho Almeida:

“(...) o julgamento do árbitro é soberano, não se podendo criticar ou revisar a sentença sob o pretexto de não ter adotado a melhor interpretação da lei, ou ter contrariado jurisprudência dominante, ou ainda ter divergido da melhor doutrina, ter subsumido erroneamente os fatos ao direito, não ter valorado as provas corretamente, ou quaisquer outras suposições semelhantes. A própria noção de arbitragem e as razões pelas quais as partes recorrem a esse modo privado de resolução de litígios ficariam irremediavelmente comprometidos se se permitisse a intromissão do Poder Judiciário no julgamento da causa que foi, justamente, dele subtraída”⁴⁰.

Logo, como adverte a jurisprudência, a ação anulatória não pode ser utilizada para a revisão da sentença arbitral e sua pretensão não pode buscar a “reavaliação das provas do processo arbitral”⁴¹, sendo, pois, “vedado ao Poder Judiciário examinar o mérito da causa submetida à arbitragem”⁴².

Porém, apesar de não ser “possível a análise do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário”, é absolutamente “viável a apreciação de eventual nulidade no procedimento”⁴³, de acordo com as hipóteses, de ordem formal, elencadas na Lei de Arbitragem.

O artigo 32 da Lei nº 9.307/96 – com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.129/15⁴⁴ – estabelece as hipóteses de cabimento da ação anulatória, a saber: (i) quando a convenção de arbitragem for nula; (ii) nos casos em que a sentença arbitral foi prolatada por quem não podia ser árbitro; (iii) quando a decisão não possuir relatório, fundamentação, dispositivo, data e lugar; (iv) se a decisão for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (v) caso seja comprovada a prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro; (vi) a não observância do prazo estipulado pelas partes na convenção arbitral; e (vii) se forem desrespeitados os princípios do devido processo legal (artigo 21, § 2º).

40 ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública. Revista de Arbitragem e mediação, ano 3, nº 9, abr-jun/2006, p. 270.

41 STJ, AgRg no AResp 581.519/SC, rel. Min. Marco Aurélio Belizze, julgado em 20.11.2014.

42 TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0017387-33.2017.8.19.0000, rel. Des. Cláudio Dell’Orto, julgado em 07.06.2017.

43 STJ, Recurso Especial 693.219, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20.10.2011.

44 A referida lei alterou o inciso I do artigo 32, substituindo a possibilidade de anulação do “compromisso” para “a convenção da arbitragem” e revogou o inciso V que previa a anulação se a sentença “não decidir todo o litígio submetido à arbitragem”.

Acerca das hipóteses legalmente previstas, Carlos Alberto Carmona entende tratar-se de rol taxativo, “de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo”. Contudo adverte que poderão haver “casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo”¹.

A primeira situação diz respeito à nulidade da convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), que deve ser celebrada de acordo com os requisitos de validade do negócio jurídico (artigo 104 do Código Civil²), notadamente quanto à capacidade das partes (pessoa física com capacidade legal ou pessoa jurídica regularmente representada), a licitude e possibilidade do objeto (que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis) e observância da forma prescrita em lei (o artigo 4º, § 1º prescreve que “a cláusula compromissória deve ser pactuada por escrito”).

Por conseguinte, em que pese a Lei de Arbitragem estabelecer que “qualquer pessoa capaz e que tenha confiança das partes” possa atuar como árbitro (artigo 13), a ele se aplicam as situações de impedimento ou suspeição prevista nos artigos 144 a 148 do CPC, de modo que será nula a sentença proferida por árbitros que se encontrarem impedidos ou forem suspeitos.

O inciso III da referida norma indica que a sentença arbitral será anulável quando não cumprir com a formalidade prevista no artigo 26 da mesma lei, exigindo-se o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo e a data e o local onde foi proferida.

A situação subsequente diz respeito à decisão proferida fora dos limites da convenção arbitral (decisão *extra petita* ou *ultra petita*), razão pela qual não podem os árbitros, por exemplo, seguir o regimento de Câmara distinta daquela que fora eleita pelas partes, nem alterar o idioma ou local onde deveria tramitar o procedimento. Também seria o caso da sentença que decide por equidade³, quando das partes indicaram

que a decisão deveria seguir as normas legais.

A quinta hipótese está relacionada com a prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro, que além de configurar ilícito penal, certamente atinge sua parcialidade, maculando a decisão.

Também poderá ser anulada a sentença proferida fora do prazo convencionado no compromisso arbitral (ou, na omissão, no regulamento da Câmara em que se processou a arbitragem), desde que observado o prazo adicional de 10 dias contados da notificação que deve ser encaminhada ao árbitro ou presidente do tribunal arbitral (artigo 11, III).

Como se vê, a própria Lei de Arbitragem possibilita a anulação da sentença em algumas situações específicas. Essa ação deve ser proposta no prazo decadencial de 90 dias contados do recebimento da notificação informando da sentença e seguirá o procedimento comum ordinário previsto no CPC (artigo 33, § 1º), com a possibilidade de dilação probatória, se o caso.

Assim sendo, o juiz estatal deverá verificar o efetivo cabimento da ação, mormente se se encontram presentes alguma das hipóteses expressamente previstas. Entretanto, o juiz não poderá adentrar no mérito da decisão arbitral, competindo-lhe apenas declarar a nulidade da sentença, para que uma nova seja proferida (artigo 33, § 3º) ou determinar a complementação da sentença arbitral pelo árbitro ou tribunal arbitral competente (artigo 33, § 4º).

Em razão dos limites propostos para este trabalho, não se pretende aprofundar sobre cada um dos casos de anulabilidade acima indicados ou nos estender sobre os aspectos processuais da ação anulatória, razão pela qual iremos nos ater à última situação prevista no artigo 32 da Lei de Arbitragem, que está relacionada com a infringência ao devido processo legal.

1 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 399.

2 “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei”.

3 A Lei de Arbitragem prevê expressamente a possibilidade de julgamento por equidade:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Anulação da sentença arbitral por violação dos princípios norteadores do devido processo legal

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV¹, assegura como garantia fundamental o princípio do devido processo legal (*due process of law*), e a Lei nº 9.307/96 “como corolário da garantia, trouxe também o devido processo legal para a arbitragem”². Isso porque, o devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e que deve servir como base para todos os demais princípios que o sustentam; devendo também ser observado no procedimento arbitral, sob pena de afronta acarretar na nulidade da sentença arbitral.

Desta feita, o artigo 32, inciso VIII da Lei de Arbitragem, admite a possibilidade de anulação quando a sentença deixar de observar o comando previsto no artigo 21, § 2º da mesma lei, ou seja, de que “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Sem a pretensão de nos aprofundarmos nestes institutos processuais e nos atendo aos limites propostos neste estudo³, vale consignar que o contraditório permite aos litigantes o pleno direito de defesa de seus interesses, de forma que possam se pronunciar durante todo o processo, como consequência do direito de ampla defesa; a igualdade assegura o tratamento isonômico das partes e de seus advogados, de modo que todos, sem distinção, possam ser ouvidos e praticar os atos processuais que entenderem necessários⁴; e o livre convencimento indica que o julgador não precisa se ater ao formalismo da lei e deve embasar sua decisão de acordo com as provas produzidas.

1 “Art. 5º – Todos são iguais perante a lei (...)

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

2 CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 150.

3 Diante dos recortes propostos, este artigo deixará de abordar a nulidade da sentença arbitral em razão da aplicação dos princípios da parcialidade.

4 O princípio da igualdade das partes traduz um valor natural de qualquer processo jurisdicional, que é aplicável, ainda com mais relevo, na jurisdição arbitral, notadamente porque a arbitragem surge da vontade livre e conjugada de ambas as partes (BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, nº 388, p. 388).

A observância dos mencionados princípios consiste em “garantia máxima para as partes de que não serão submetidas a processo injusto”⁵, uma vez que “decorrem da Constituição Federal como garantia mínima aos litigantes em qualquer espécie de processo, seja ele judicial ou não”⁶.

Os árbitros, em hipótese alguma – mesmo que venha a ser determinado pelas partes na convenção da arbitragem –, poderão dispensar a observância de tais princípios, diante de sua natureza cogente⁷, tendo em vista “que a fundamentação suficiente e adequada da solução da lide apenas estará assegurada se o juiz e o árbitro formularem uma resposta que esteja em coerência com o conjunto de princípios constitucionais”⁸.

Diante disto, é certo que “as sentenças arbitrais não estão imunes ao controle do Poder Judiciário”, tendo em vista que a Lei de Arbitragem confere a qualquer partícipe de um processo arbitral o direito “de demandar perante o Estado-juiz a declaração de nulidade (ação anulatória) da decisão que lhe causou gravame por inobservância dos requisitos estatuídos nos artigos 32”⁹, violando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes e do livre convencimento.

Em que pese o cabimento da ação anulatória, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁰ oferece certa resistência em sua admissão, tendo entendido pelo seu descabimento em caso no qual houve o indeferimento de perícia complementar, por reconhecer que a parte prejudicada deixou de questionar a expertise o perito quando de sua nomeação e por ter o laudo sido “objeto de amplos debates, críticas e de esclarecimentos, inclusive com oitiva de testemunhas e do Perito perante o Tribunal Arbitral”¹¹.

5 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 409.

6 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2011, p. 116.

7 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2012, p. 181.

8 ABBOD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 633.

9 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 192-193.

10 A pesquisa foi realizada na base de dados do Superior Tribunal de Justiça em 08.01.2018, com a utilização das expressões “ação anulatória”, “arbitragem” e “contraditório”; tendo sido localizado um acórdão e 23 decisões monocráticas (as quais deixou-se de analisar por não adentrarem no mérito da discussão).

11 STJ, Recurso Especial nº 1.500.667/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo¹² negou o cabimento da ação anulatória nos casos em que: (i) houve o indeferimento de expedição de ofício para uma agência reguladora, para que fossem esclarecidos alguns fatos¹³; (ii) a parte se baseia em alegações genéricas e sem indicação das hipóteses que poderiam macular a sentença arbitral¹⁴; e (iii) o pedido de indenização por danos materiais constou expressamente do termo de arbitragem, afastando a alegação da parte de que não teria “tido a oportunidade para exercer o contraditório e a ampla defesa quanto a um pedido que jamais teria sido formulado”¹⁵.

Em que pesem as peculiaridades de cada um dos acórdãos analisados, denota-se que eles se baseiam no princípio do livre convencimento dos árbitros¹⁶ para justificar o acerto do indeferimento das provas nos procedimentos arbitrais.

A propósito, o mencionado princípio permite que o julgador possa decidir de acordo com sua livre convicção, não sendo obrigado a se pronunciar sobre todas as alegações das partes, nem se basear na totalidade das provas produzidas. Pois, como observa Carlos Alberto Carmona “da mesma forma que o juiz togado, o árbitro deverá instruir a causa, ou

09.08.2016.

12 Na pesquisa foram utilizadas as mesmas expressões anteriormente indicadas, sendo localizados quatro acórdãos, sendo que um deles apenas decidiu sobre a alegação de imparcialidade do árbitro.

13 TJSP, Apelação 1007915-84.2017.8.26.0100, rel. Des. Hugo Crepaldi, julgado em 14.09.2017.

14 TJSP, Apelação nº 0004881-68.2006.8.26.0597, rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, julgado em 11.10.2016.

15 TJSP, Apelação nº 0124054-63.2008.8.26.000, rel. Des. João Carlos Garcia, julgado em 20.04.2010.

16 Consoante a lição de Cândido Rangel Dinamarco: “Aplica-se por inteiro ao processo arbitral, tanto quanto ao judicial, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, segundo qual o julgador não está adstrito a normas legais para a construção de suas conclusões sobre os fatos alegados e discutidos no processo (princípio do livre convencimento) – repudiando-se com isso os critérios de tarifação do valor das provas, inerentes ao vetusto e superado regime da prova legal. O princípio do livre convencimento manifesta-se também no que dispõe o art. 335 do Código, que manda o julgador, na busca da verdade dos fatos, orientar-se pela observação ‘do que geralmente acontece’, levando em conta suas próprias máximas de experiência, ou seja, os elementos de convicção colhidos de sua vivência como pessoa integrada na cultura de seu tempo e de sua Nação. Essa mesma ideia está presente no art. 22, § 2º, da Lei de Arbitragem, segundo o qual, ‘em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa ao proferir sua sentença’ [...] Mas a exigência constitucional e legal da motivação (Const. art. 93, inc. IX, e CPC, art. 458, inc. II) não chega ao ponto de exigir o exame pormenorizado, pelo juiz ou pelo árbitro, de todas as minúcias dos fundamentos postos pelas partes ou mesmo de fundamentos periféricos de importância mínima ou nenhuma para o julgamento da causa” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 164-166).

seja, prepará-la para decisão, colhendo as provas úteis, necessárias e pertinentes para formar o seu convencimento”¹⁷.

A decisão arbitral não poderia ser anulada em razão de equívoco na valoração da prova, sendo possível ao árbitro formar sua convicção de acordo com as provas que entender relevantes e segundo sua própria experiência, auxiliando-se de peritos, se o caso. Por consequência, também poderá indeferir a produção de provas inúteis ou protelatórias, cujos os fatos já tenham sido suficientemente comprovados por outros meios ou para evitar a mera repetição.

Entretanto, o árbitro não pode deixar de considerar provas essenciais para o julgamento da lide, sendo inaceitável sua omissão “no tocante a algum elemento de convicção (fato ou fundamento jurídico) cuja aceitação pudesse ter a capacidade de inverter a conclusão decisória a que tiver chegado”, razão pela qual “uma sentença arbitral não motivada ou motivada sem esse mínimo essencial é considerada nula e sujeita-se a desconstituição pela via da ação anulatória”¹⁸.

A importância da dilação probatória ganha ainda mais relevo em se tratando de arbitragem, em que a busca da verdade real prevalece sobre a verdade formal, haja vista que no procedimento arbitral é desnecessária a intervenção estatal para o equilíbrio das partes ontologicamente desiguais¹⁹.

Por consequência, o árbitro deve atuar ativamente na condução do procedimento, pois além de destinatário da prova, seu convencimento deve se pautar na busca da realidade, como bem adverte Francisco Cahali:

“(...) o próprio árbitro tem alargada, de direito e de fato, a sua autoridade na condução do procedimento, cabendo-lhe interferir ativamente na instrução da causa, para consolidar o seu livre convencimento sobre os fatos, necessários à adequada solução do conflito. Por sua iniciativa, podem ser investigados fatos para descoberta da verdade”²⁰.

Ainda, há de se ponderar que as partes podem emendar ou complementar a fundamentação e suas pretensões no curso do procedimento,

17 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, pp. 312-313.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 166.

19 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009, p. 296.

20 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2012, p. 208.

haja vista que “o procedimento arbitral é inegavelmente mais flexível que o processo judicial”, mas, em sendo permitidas tais alterações, “seria inadmissível que fosse ressaltada ou aberta à parte a possibilidade de complementar seus pleitos e em contrapartida não fosse dada à parte contrária a possibilidade de amplamente se defender e produzir provas”²¹.

Por outro lado, o árbitro não está obrigado a se basear nos exatos fundamentos indicados pelas partes – pela aplicação do princípio do *iura novit curia* –, mas tem “a obrigação de dar às partes oportunidade de debater sobre as questões que o árbitro considere relevantes para a decisão, para que não haja ofensa ao contraditório”²².

Muito embora inexistia previsão legal quanto à forma de desenvolvimento da produção de provas na arbitragem, a conduta proativa do árbitro é fundamental para a desenvoltura do procedimento, para que ocorra um resultado satisfatório com a decisão que será proferida.

Até porque, na arbitragem inexistem os efeitos da preclusão quanto à produção da prova, pois, “se ausente o ônus específico de produção da prova, pode o árbitro determinar a produção independentemente se a parte deixou de requerer por esquecimento ou por interesse”²³.

Portanto, a dilação probatória no procedimento arbitral possui contornos próprios, posto que o árbitro não deve se ater ao formalismo do CPC, além de possui maior liberdade e tempo para a análise das provas; podendo, mediante requerimento das partes ou de ofício, escutinar os peritos, determinar a oitiva de testemunhas e assistentes técnicos e, a qualquer momento, solicitar a complementação da prova ou esclarecimentos adicionais sobre determinado fato, inclusive com a realização de audiência para confrontar diferentes versões²⁴; devendo, pois, primar pela busca da verdade real.

21 LEMES, Selma Ferreira; BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº 583.00.2011.200971-0. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, vol. 36, jan-mar de 2013, p. 399.

22 BARROS, Vera Cecília Monteiro de. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0133123-71.2012.8.26.0100. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, vol. 41, abr-jun de 2014, p. 365.

23 SANTOS, Flaviano Adolfo de Olivera, *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: Mackenzie, vol. 7, nº 2, pp. 27-28.

24 Como pondera Ricardo Ranzolin, “Dentro da flexibilidade do procedimento, não é raro que os depoimentos de testemunhas ou de assistentes técnicos e peritos sejam tomados conjuntamente, sob forma de confrontação, como meio de facilitar o aflorar da verdade (*cross-examinations*)” (RANZOLIN, Ricardo. *Manual de arbitragem para advogados*. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil. pp. 105-106. Disponível em: <<https://goo.gl/2JfRnK>>. Acesso em: 08.01.2018).

Diante destas considerações, entendemos conveniente elencar algumas situações – exemplificativas e não exaustivas – em que estará configurada a violação dos princípios inerentes ao devido processo legal, ensejando na consequente nulidade da sentença arbitral, quando o árbitro ou tribunal arbitral praticar(em) ou deixar(em) de praticar algumas condutas:

- (i) a decisão se basear em fatos ou fundamentos cuja produção de provas tenha sido indeferida, em desfavor de qualquer das partes;
- (ii) o indeferimento da prova não for devidamente justificado em razão de sua desnecessidade ou impertinência;
- (iii) a fundamentação da decisão deixar de indicar expressamente os meios de prova que foram considerados para o julgamento, sem oportunizar às partes a produção de provas sobre determinada questão considerada relevante pelo árbitro;
- (iv) houver a dispensa de perícia técnica, a ser executada por especialista em determinada área, diante da convicção pessoal do árbitro de que possui conhecimentos suficientes, a despeito de ser outra sua área de atuação²⁵;
- (v) as provas produzidas forem indiscutivelmente frágeis, sem que se tenha trazido a solução correta e adequada para fundamentar a decisão arbitral²⁶;

25 A respeito, oportuna a lição de Arruda Alvim: “O juiz a respeito da necessidade de conhecimentos técnicos não deve, de modo algum, partir daquilo que o próprio julgador sabe a respeito do tema. Isso porque, ainda que o juiz detenha conhecimentos técnicos e até científicos (v.g., um juiz que seja graduado em engenharia civil) não poderá deles se valer, em substituição à prova pericial, já que no procedimento desta têm as partes e os assistentes técnicos condições de atuar em contraditório, influenciando, a partir de argumentos e indicações, na atuação e até na conclusão do perito. Esse é, aliás, o principal fundamento da vedação da utilização, pelo juiz, de conhecimentos fáticos que lhe sejam privativos e que não possam extraídos dos autos (art. 371 do CPC/2015, *acontrariosensu*). Por outro lado, fosse o juiz confundido com o perito, estaria comprometida sua imparcialidade (art. 144, I, do CPC/2015)” (ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil*: teoria e processo de conhecimento, 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2017, pp. 947-948).

26 É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao reconhecer o cerceamento de defesa diante da precariedade da perícia realizada: “Apelação Cível. Direito Processual Civil. Ação de nulidade de sentença arbitral. Ofensa ao contraditório. Sentença de procedência. Desprovisionamento. As decisões arbitrais são impugnáveis e permitem interferência do Poder Judiciário nos casos previstos no artigo 32 da Lei nº 9307/1996. Tal regra, aliás, independentemente de previsão legal, extrai-se do Princípio Constitucional de Inafastabilidade da Jurisdição (art. 5º, XXXV). Sentença prolatada pelo juízo arbitral em desconformidade com o disposto no Art. 32, VIII e o art. 21, § 2º, ambos da Lei 9307/96. O procedimento arbitral sempre deverá pautar-se pelo Princípio do Contraditório, sob pena de nulidade da

- (vi) for empregado tratamento diferenciado a uma das partes, que pôde produzir determinada prova unilateralmente (sem a necessária contraprova) ou em momento posterior;
- (vii) a ausência de concessão de tempo hábil para a apresentação da defesa, a exemplo daquela que deva ser apresentada no ato da celebração do compromisso arbitral²⁷;

sentença arbitral. Realização de perícia de engenharia naval para apurar eventuais irregularidades na construção de guindastes. Juízo arbitral que condena a apelada a indenizar a apelante a título de perdas e danos, baseada, exclusivamente, na perícia realizada. Perícia que não teve tal escopo e, ainda que assim não fosse, os dados elencados para fundamentar tais valores foram obtidos por indicação unilateral, restando, por conseguinte, fragilizado. Em audiência de instrução e julgamento o perito foi categórico ao afirmar que “nós não fizemos perícia contábil, nem financeira pelo fato de que não era isso parte do escopo dessa perícia. Não fazia parte do espírito dessa perícia claramente não fazia, uma vez que os árbitros tinham nomeado perito um engenheiro naval, as partes tinham nomeado um engenheiro mecânico e a outra nomeou um engenheiro naval. Tratava-se, obviamente, de uma perícia de engenharia”. Necessidade de perícia específica, qual seja, contábil, para averiguar tais prejuízos. Sentença arbitral que não observou o Princípio Constitucional do Contraditório. É imperioso destacar que, no caso em tela, o Poder Judiciário, ao julgar procedente o pedido, decretará a nulidade da sentença arbitral, na forma do art. 33, § 2º, I, da Lei 9307/96, para que outra lá seja proferida ou cheguem os contratantes ao consenso do modo que lhes aprouver” (TJRJ, Apelação nº 035390-45.2011.8.19.0001, rel. Des. Regina Lucia Passos, julgado em 10.12.2012).

27 Nesse sentido, colacionamos o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. REJEITADA. SENTENÇA ARBITRAL. ANÁLISE DE SEUS ASPECTOS FORMAIS. VIABILIDADE. COMPROMISSO ARBITRAL NULO. PROCEDIMENTO ARBITRAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA IGUALDADE DAS PARTES. ATO SENTENCIAL ARBITRAL. NULIDADE CONFIGURADA. (...) 3. No caso sob análise, o método utilizado para firmar o compromisso arbitral e, ato contínuo, para dar início à arbitragem padece de vícios formais. 4. A comunicação da intenção da parte interessada em resolver o litígio pela arbitragem deu-se por meio de notificação, expedida pelo Tribunal de Mediação e Justiça Arbitral do Distrito Federal ao ora Apelado. O conteúdo dessa notificação e a utilização, no documento, das armas da República, retiram o caráter privado – de típico negócio jurídico – do compromisso arbitral, passando a impressão de se estar diante de comando emanado de autoridade pública, cujo cumprimento é obrigatório, sob pena do cometimento de crime de desobediência. Ausente, pois, a manifestação de vontade livre e de boa-fé por parte do Executado. 5. Enquanto o artigo 6.º, *caput*, da Lei de Arbitragem, prevê convocação com vistas, especificamente, à celebração do compromisso arbitral, no caso sob análise, isso não ocorreu, constando da notificação, de forma expressa, que, na mesma audiência em que se firmaria o compromisso, seria a oportunidade para o Apelado apresentar a sua defesa, como se a arbitragem já estivesse instaurada, em total afronta ao referido preceito legal. 6. O lapso temporal entre a expedição da notificação ao Apelado e a audiência para firmar compromisso arbitral e se defender foi insuficiente para ele contrariar as razões expendidas pelo Exequente de forma efetiva, de modo a poder influenciar no resultado do julgamento, do que resulta manifesta contrariedade aos princípios do contraditório e da igualdade entre as partes, quando se sabe que, no procedimento arbitral, devem ser respeitados esses princípios, nos termos do artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/1996. 7. Preliminar de coisa julgada rejeitada e recurso de apelação não provido. (TJDFT, Apelação

- (viii) deixar de ser considerada a manifestação de uma das partes pela mera aplicação da preclusão sobre determinado fato; e
- (ix) for prolatada sentença sem que o árbitro esteja efetivamente convencido da correta solução para a lide, cabendo-lhe, sempre que necessário, prorrogar a dilação probatória até que não haja dúvidas sobre um fato específico.

Portanto, caso o árbitro ou tribunal furtarem-se da análise de qualquer fato ou fundamento que as partes consideram essenciais para comprovar suas alegações ou, ainda, deixarem de motivar corretamente suas decisões de acordo com as provas produzidas no procedimento arbitral, a sentença arbitral poderá vir a ser anulada, por incorrer em *error in procedendo* no que tange a violação dos princípios do contraditório, da igualdade das partes e da ampla defesa.

Conclusão

Como visto, a intervenção do Poder Judiciário na arbitragem se faz necessária em diversas ocasiões, como forma de garantir a eficácia do próprio procedimento arbitral. E, dentre as diversas formas, há a possibilidade de anulação da sentença arbitral em algumas circunstâncias que acabam maculando a efetividade da própria decisão.

A própria Lei de Arbitragem prestigia essa possibilidade, ao prever um rol taxativo de situações em que a ação anulatória é cabível. Fora dessas hipóteses, não há como questionar a validade da decisão arbitral, que se torna definitiva e imutável pela própria vontade das partes em afastar a possibilidade de recurso e, conseqüentemente, prolongamento da decisão sobre determinado litígio.

A discussão sobre o tema proposto neste artigo demanda cautela, posto que a arbitragem, como consequência da autonomia privada das partes em afastar a discussão judicial de um conflito, deve ser prestigiada a ponto de se garantir a soberania das sentenças arbitrais.

No entanto, a flexibilidade do procedimento, a necessidade da busca da verdade real e a impossibilidade de recurso demanda grande cau-

Cível nº 20070410005013APC, Rel. Des. Flávio Rostirola, julgado em 21/10/2009).

tela pelos operadores do direito, principalmente pelos árbitros, que, dentro de sua função jurisdicional delegada pelas partes, devem velar pelo cumprimento dos princípios relacionados com o devido processo legal.

Não obstante as opiniões em contrário, entendemos que a intervenção do Poder Judiciário na arbitragem não desprestigia o instituto; pelo contrário, faz com que ele seja ainda mais fortalecido. Uma decisão injusta – em que foram violados os princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes – poderá vir a macular a arbitragem, em razão da insegurança jurídica causada.

É certo que o Poder Judiciário não deve servir como instância recursal ou órgão revisor das decisões arbitrais, mas ele tem a função de corrigir as injustiças, extirpando as ilegalidades, para que uma decisão justa seja proferida.

Com este artigo não pretendemos, de forma alguma, questionar a importância da arbitragem ou de suas inegáveis vantagens frente ao processo judicial; mas sim, incitar a reflexão de todos os operadores do direito sobre a utilização de uma medida – legalmente prevista e prestigiada por muitos dos adeptos ao instituto – que visa coibir possíveis ilegalidades de uma decisão arbitral, diante da inobservância de princípios basilares do processo civil e que são asseguradas pela Constituição Federal.

Referências

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A anulação de Sentenças Arbitrais e a Ordem Pública. *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 3, nº 9, abr-jun/2006.
- ALVES, Rafael Francisco. *O Devido Processo Legal na Arbitragem. Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*, São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de Direito Processual Civil: teoria e processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 17ª ed., 2017.
- BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, nº 388.
- BARROS, Vera Cecilia Monteiro de. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0133123-71.2012.8.26.0100. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, vol. 41, abr-jun de 2014.
- BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro; PITOMBO, Eleonora Coelho; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira (coord.), *Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Judiciário brasileiro. Cadernos DireitoGV*.

São Paulo: FGV, vol. 6, nº 6, nov/2009.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2012.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. *Regulamento*. Disponível em: <<https://goo.gl/99yx7m>>.

CÂMARA FGV DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. *Regulamento*. Disponível em: <https://goo.gl/5HQcYV>.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 3ª ed., 2009.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento*. Disponível em: <<https://goo.gl/CdNrJy>>.

CORRÊA, Antonio. *Arbitragem no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEMES, Selma Ferreira. A sentença arbitral. *Justilex*, Ano II, nº 15, março/2003.

_____. *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes*. Disponível em: <<https://goo.gl/iVNV54>>.

_____. *Os “Embargos Arbitrais” e a Revitalização da Sentença Arbitral*.

Disponível em: <<https://goo.gl/B31uQH>>.

LEMES, Selma Ferreira; BARROS, Vera Cecilia Monteiro de. Comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Processo nº 583.00.2011.200971-0. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, vol. 36, jan-mar de 2013.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 2008.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Manual de arbitragem para advogados. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil*. Disponível em:

<<https://goo.gl/4zwiHP>>.

RANZOLIN, Ricardo. *Manual de arbitragem para advogados. Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil*. pp. 105-106. Disponível em: <<https://goo.gl/4zwiHP>>.

SANTOS, Flaviano Adolfo de Olivera, *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: Mackenzie, vol. 7, nº 2.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2011.

O consentimento livre e esclarecido em face do sistema multiportas de solução de conflitos – uma nova conduta ética dos profissionais do direito

Alexandre Lopes deAbreu

Juiz Titular da 15ª Vara Cível de São Luís – TJMA, Coordenador do Núcleo Permanente do Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJMA, 2º Vice-Presidente do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação.

A judicialização e a desjudicialização

No meu meio século de vida tive a oportunidade de assistir a mais transformações do que se pode ter construído nos quinhentos anos anteriores. Talvez isso possa ter ocorrido em até menos tempo que minha existência.

Na época de minha infância, tempo do milagre econômico (anos 1970), com a ocupação urbana em compasso com o desenvolvimento industrial, havia uma “satisfação” regionalizada com o que nos era oferecido.

Média de faixa etária, nível de escolaridade, redução da mortalidade infantil, acensão social e profissional de homens e mulheres, são alguns dos aspectos que mais destacaram as mudanças no correr desse tempo, apesar de persistirem distorções a serem enfrentadas.

Conto, com nostalgia, a chegada da quarta fábrica de automóveis no Brasil e do *bullying* que sofria por apresentar carros compactos e de lataria leve. Hoje, não somos capazes de dizer as marcas e modelos de veículos que circulam nas cidades.

A automação assumiu a função de vários trabalhadores; fábrica de automóveis tornaram-se montadoras; caixas de banco, com horário

de expedientes, viram suas funções serem executadas por máquinas de 24 horas, agora com o *internet-bank*, não mais necessidade de sair de casa para resolver problemas bancários; compartilhamento de recepção permite uma portaria para diversos escritórios de diversas áreas de atividade, correspondendo a uma exigência da economia em desenvolvimento, com seus custos colaterais.

Porém, como já se observou com propriedade, nada teve uma mudança tão significativa como os meios de comunicação.

Fui da época do VT (videotape), em que gravações vindas do Rio de Janeiro traziam as notícias atualizadas, de 24 horas ou mais de ocorrência.

Quando digo que nos sábados recebíamos em nossa casa vizinhos que esperavam ligações telefônicas de seus parentes, que se serviam de postos telefônicos no interior, com horário e fila de para uso do aparelho, para saberem notícias dos familiares, pois não havia linha telefônica para todos, meus filhos, que alcançaram a idade da curiosidade tecnológica com a chegada do celular, não conseguem compreender como um dia foi assim. Que falar paras crianças de hoje, que assistem TV, enquanto passeiam pelas telas do *tablet* e ainda participam dos diálogos ao seu redor, no estilo multifuncional, de como íamos às bibliotecas ou comprávamos enciclopédia para fazermos pesquisa para escola? Faz parecer essa aventura um conto da Carochinha.

Os meios de comunicação não nos permitiram apenas falar com mais pessoas, abriu-nos os olhos para o mundo, conhecemos roupas indianas, carros japoneses, tecnologia acessível chinesa, comida tailandesa, sistemas de trabalho alemão e outras novidades que nos despertaram o interesse de usufruir de igual oportunidade.

Paralela a essa evolução social, viu-se semelhantes alterações na compreensão dos direitos do indivíduos.

Ultrapassado o período do regime militar e as restrições vividas nesse tempo, a percepção de uma vida democrática foi associada ao sentimento de maiores direitos individuais e compromissos do Poder Público para o cidadão.

Fenômenos como o fim do protecionismo das empresas nacionais, com a abertura do comércio com o exterior; fim dos monopólios

estatais, com a chegada das privatizações, ampliaram sobremaneira as relações de consumo, trazendo junto suas deficiências, reclamações e conflitos a serem resolvidos.

Essa sensação de acessibilidade foi incorporada para outras relações de modo abrangente, demandas de família, vizinhança, relações de trabalho tomaram novo impulso rumo ao Judiciário em busca de resolução de suas questões.

Não foram só essas questões, conflitos antes pouco vistos, chegaram à Justiça com intensidade, como as demandas por atenção à saúde contra a rede pública ou operadoras de planos. Pior, questões empresariais, ações bancárias tomaram as secretarias judiciais de forma tão avassaladora, que a atenção ao cidadão se viu comprometida.

Quando se observa a área penal, com a explosão de crimes associados ao uso e tráfico de entorpecentes, construção de organizações criminosas profissionalizadas e o combate aos crimes de desvios às verbas públicas, nota-se a urgência de providências que permitam atuação efetiva a coibir maiores sofrimentos a uma sociedade vulnerável.

Diante dessa redução de distância, associada à concorrência, mais fortemente ampliada com a privatização de serviços de interesse público, além da abertura para o mercado exterior, que trouxe um novo público ao Brasil: o consumidor.

Esse novo sujeito, inexperiente nos seus direitos, exigiu do Estado a concepção de vulnerabilidade e de seu dever de oferecer estruturas de apoio para garantir a preservação desse personagem em face de empresas bem mais experientes na arte de negociar.

Tendo dessa linha de proteção, não mais apenas ao consumidor das relações privadas, mas na sua versão de sujeito de direito aos compromissos públicos de garantia do bem-estar, foi necessário que se destinasse um ambiente que servisse de amparo ao cidadão.

Assumiu esse papel o Judiciário. Constituído de pessoas qualificadas e já com a expertise de tratar de conflitos, seria o ambiente adequado para acolhimento dessa parcela da sociedade que surgia para reivindicar direitos.

Segundo dados do Judiciário, em 1988, 350 mil ações foram ajuizadas em todos os segmentos da Justiça brasileira, em 2014 o núme-

ro de novas ações saltou para 30 milhões²⁸, sendo evidente que algo era necessário ser feito para assegurar à sociedade o tratamento de suas demandas, porém, em estruturas mais apropriadas para o recebimento desse público e com capacidade dinâmica de tratamento dessas demandas.

A criação dos Juizados Especiais em 1995, antes conhecido como Juizados de Pequenas Causas, buscou corresponder a essa expectativa social, contudo, sem êxito, pois a cada nova unidade instalada, mais pessoas se mobilizavam para buscar seus direitos e a ausência de investimento para que as demandas encontrassem solução por consenso foi frustrada por expectativas elevadas de um lado e pouca atenção do outro.

Esse conjunto de circunstâncias levou ao questionamento do Judiciário como *instância legítima de solução na solução de conflitos que surgem no ambiente social, empresarial e econômico* como observa Luciana Gross Cunha, Coordenadora da equipe do Índice de Confiabilidade do Judiciário²⁹, produzido pela Fundação Getúlio Vargas, que apura essa legitimidade pelos critérios eficiência, capacidade de resposta eficaz, imparcialidade, honestidade e acesso.

Apesar de uma percepção negativa, essa pesquisa revelou que esmagadora maioria que viesse a ter um conflito de relação de consumo, trabalho, com o Poder Público, por prestação de serviços, de família ou vizinhança, recorreriam ao Judiciário para resolver seus problemas.

Em contrapartida, na pesquisa ICJBrasil/2014 – 4º Trim.³⁰, sob a mesma coordenação, confirmou-se que 67% dos entrevistados eram favoráveis ao uso de meios alternativos de solução de conflitos, revelando uma tendência de aceitação a novos ambientes para tratamento de conflitos.

Diante de palpitante desejo de melhoria, com a mobilização dos Poderes da União na confecção do Pactos Republicanos, com o sucesso das Semanas Nacionais de Conciliação e a experiência internacional na implantação de um sistema multiportas para tratamento de conflitos, o Judiciário implementou sua Política Nacional com a edição pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ da Resolução 125/2010.

28 Disponível em: <<https://goo.gl/N2tyif>>, acesso em 20.10.2017.

29 Relatório ICJBrasil, 1º semestre/2016. São Paulo. 2016. FGV. Disponível em: <<https://goo.gl/vt8Tdt>>, acesso em 08.12.2017.

30 Relatório ICJBrasil, 1º semestre/2016. São Paulo. 2016. FGV. Disponível em: <<https://goo.gl/viNzjg>>, acesso em 09.12.2017.

Inicia-se, a partir daí, uma ação estruturada de disponibilização do sistema de Justiça ampliado, estimulando-se à sociedade ao uso de novos ambientes para tratamento de suas demandas, reservando a estrutura tradicional do Judiciário para demandas que só ali podem encontrar solução, agora com maior tempo para apreciação.

No campo interno do Poder Público, assim compreendido como a possibilidade de confecção legislativa, ações do Judiciário e de práticas por segmentos do Executivo que proporcionam conflitos levados para solução no universo judicial, sejam nas áreas fins e meios, podemos observar ações como melhoramentos dos canais de acesso à informação, disponibilidade de plataformas para solicitação de documentos, agendamentos de atendimento, informações de atenção à saúde, dentre outras medidas que se podem observar na atuação administrativa.

Ainda se espera uma postura mais veemente das Agências Reguladoras na cobrança de qualidade de serviços de grande repercussão pública, como telefonia, saúde suplementar, energia, água e esgoto, aviação etc., cuja atitude preventiva implicaria em significativa redução de demandas e qualidade no trato das ações persistentes, a atuação dessas entidades podem significar uma melhora na qualidade dos serviços e redução nas reclamações.

Com a chegada do Código de Processo Civil, na expectativa de um enfrentamento à imprevisão das decisões judiciais que motivam maiores apostas pelas partes no resultado final dos processos, providências como exigência do valor do dano moral no pedido inicial, conversão da ação individual em demanda de interesse coletivo e com repercussão estendida, incidentes de resolução de demandas repetitivas, valorização dos precedentes como condição de validade das decisões, são algumas das observações que merecem destaque nesta oportunidade.

Especialmente no Judiciário maranhense assistimos ações de contenção de demandas judiciais como a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, com agendamento de audiências realizados pelo *site* do TJMA ou pelo 0800-7071581; estímulo ao uso das plataformas digitais de tratamento de conflitos de relação de consumo, inclusive com suspensão dos processos judiciais para tal fim; definição de uma linha editorial da Assessoria de Comunicação para que as divulgações de notícias possibilitem o reconhecimento de direitos e obrigações que fortaleçam as condutas e redução as demandas; disponibilidade de linhas de con-

tato com os usuários para esclarecimento de direitos e reclamações com o incentivo à compreensão de que, em uma sociedade solidária, reserva-se o Judiciário para as demandas que só a ele cabe resolver, assumindo o cidadão o papel ativo na solução das questões de seu próprio interesse, são providências que colocaram o 2º lugar dentre os Tribunais Estaduais como maior índice de homologação de acordos em fase de conhecimento, e em primeiro lugar na fase de execução, como informa o Relatório Justiça em Números do CNJ³¹.

Serviços executados pelas Serventias Extrajudiciais para reconhecimento de paternidade, divórcios e inventários administrativos, retomada de imóveis financiados integram o universo de ações de melhoramento do atendimento ao cidadão.

No universo externo ao dever do Estado na atenção à solução de conflitos, nota-se um grande envolvimento da sociedade civil na formação de observatórios sociais que, com fiscalização qualificada e denúncias pelas mídias sociais, vem mudando a forma de condução de empresários e políticos.

Inegável a interferência da evolução tecnológica nas ações das iniciativas privadas, com plataformas de conciliação e mediação que permitem diálogo entre pessoas em diversas partes do mundo, na busca de solução que não seria possível pelas formalidades ou burocracias do setor público.

Câmaras privadas de conciliação, mediação e arbitragem ligados a segmentos específicos de atividade, vem possibilitando acessibilidade com competência para solução de questões em áreas imobiliárias, construção civil, contabilidade e outras cujas demandas judiciais necessitariam dessas habilidades periciais.

Diferentemente do que muitos possam imaginar, a Política de tratamento adequado de conflitos não se restringe a disseminação e estímulo ao uso dos meios autocompositivos para solução de conflitos.

A ação é bem mais ampla.

Passa por uma ação interinstitucional de buscar parcerias dentre órgãos públicos que possuem mesma finalidade para que, em ação conjunta, possam alcançar maior êxito. São exemplos dessa parceria a união de esforços com o Executivo estadual e municipal para realização

de dinâmicas no enfrentamento dos conflitos familiares, ou na disponibilização de acesso às plataformas digitais de solução de conflitos da relação de consumo.

Vai além. Intervém junto a empresas, especialmente naquelas com maior volume de litígios, para que sejam disponibilizados canais de atendimento ao cliente, com o fim de resolver as pendências que poderiam resultar em novas demandas, cobrar das Agências Reguladoras posturas de fiscalização para inibir a reiteração de ações danosas aos consumidores etc.

Durante evento realizado pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – NUPEMEC/TJMA e Fórum Nacional de Mediação e Conciliação – FONAMEC, para debater sobre o uso dos meios digitais de solução de conflitos, tive a oportunidade de constatar o surgimento de diversos ambientes que se apresentam à disposição dos usuários 24 horas por dia, em qualquer lugar em que um aparelho que use sinal de internet esteja conectado.

Ambientes não apenas para solução de demandas de consumo, mas que permitem conhecimento da experiência médica para as questões de saúde; facilitação para que empregados e empregadores dialoguem com maior tempo, em busca de entendimento; ocorrência de teleconferências para que famílias distantes resolvam mais brevemente as questões de interesse de dependentes; soluções para endividados e mais uma infinidade de novidades que nascem a todo momento, como um aplicativo para celular que possibilita o acionamento instantâneo de uma rede de proteção para vítimas de violência doméstica.

Observa-se que, seja por ações do Poder Público, seja por iniciativas privadas, novos ambientes estão surgindo para assegurar às pessoas a oportunidade de resolver suas questões, de forma célere e adequada.

Mas para que esses mecanismos ganhem a receptividade da sociedade é necessário que haja satisfação com seu uso, o que só vem a ocorrer se as pessoas tiverem consciência do funcionamento, de como participar e as expectativas que podem ser alcançadas, utilizando esses recurso no exercício de sua autonomia de vontade.

31 Disponível em: <<https://goo.gl/dZ38tJ>>, acesso em 12.12.2017.

Consentimento livre e esclarecido

A passagem para o conhecimento histórico do termo *consentimento livre e esclarecido* é fundamental para se compreender o dever ético profissional de se permitir àqueles que procuram na *autoridade pelo conhecimento* a escolha autônoma pelo método que deseja ver tratado seu problema, ou mesmo pela escolha de conviver com o mesmo, caso a solução possa lhe ser contrária às expectativas ou lhe advenha danos maiores.

Tentando entender um pouco mais do porque se deixou de lado esse exercício de autonomia, fui encontrar em uma obra sobre tolerância (Droit, 2017¹), quando tentar explicar sobre o fanatismo religioso a compreensão da autoridade do conhecimento.

Autoridade do conhecimento é uma condição assumida pelos sabedores das artes, que impõem seu modo de agir como a opção única ou mais acertada de se fazer algo, de forma mais incisiva, com rejeição às outras técnicas que, por desprezo ou desconhecimento, não são cogitadas como de possível aplicação.

Assim, não indagamos aos profissionais sobre o porque de determinada conduta, confiante na sua competência, nos entregamos ao referencial de conhecimento.

No campo da saúde, como registra o *site* do Wikipedia², a medicina, assim como outras atividades profissionais, foi exercida com autoritarismo, não se levando em conta a autonomia do paciente, circunstâncias que muitas vezes pode levar a ausência de cumplicidade no tratamento, reações adversas ou resultados não satisfatório.

Buscando entender mais sobre o tema, encontrei um estudo sobre o consentimento informado na psicologia (Monteiro, 2007³) uma informação ainda mais contundente sobre a origem do Livre Consentimento. Repelindo aos abusos ocorridos na 2ª Guerra Mundial, quando prisioneiros eram submetidos a experimentos de resultados lesivos e, até mesmos, letais, foi instituído o Código de Nuremberg, que passou a exigir o consentimento do *ser humano* para participação de pesquisas científicas.

1 DROIT, Roger-Pol. *Tolerância: o que é?: Por que é importante?: É possível nos dias de hoje?: Como educar para tolerância?*. Trad. Patrícia Reuillard. São Paulo: Contexto, 2017.

2 Disponível em: <<https://goo.gl/Jw3fzG>>, acesso em 13.10.2017.

3 MONTEIRO, Kátia Cristine Cavalcante. *O Consentimento informado na pesquisa empírica hospitalar*. Ver. Epistemo-Somática. Belo Horizonte. 2007. Extraído do *site*: <<https://goo.gl/ZK7TdF>>, acesso em 13.10.2017.

Antes desse período de abuso, o interesse da ciência sobrepujava a liberdade do consentimento sobre as pessoas que eram objeto de experimento.

Nasce, assim, o entendimento do devido respeito à autonomia da vontade das pessoas entregam a terceiros o destino de seus problemas.

Diante disto, o dever do médico de informar também encontra-se esculpido no Código de Ética Médica, em seu Capítulo V “Relação com pacientes e familiares” que diz:

“É vedado ao médico:

Art. 34 – Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Em uma sociedade que se pretende democrática, tal objetivo não será alcançado pelo exercício de uma escolha representativa isolada, mas pela prática diária de decisões de relevo para a comunidade, o que só é possível com o conhecimento das diversas variantes a permitir uma decisão de melhor resultado.

Por isso, o conceito de conhecido e livre esclarecimento deve ser compartilhado nas mais diversas atividades dos indivíduos, conferindo-lhes a grandeza da cidadania verdadeira.

O esclarecido e livre consentimento e os meios de tratamento de conflitos

Encontrado um caminho para ampliação do acesso à solução de conflitos, não apenas como forma de redução de demandas apresentadas ao Judiciário, mas para atender a uma parcela, se não igual, maior que as presentes no ambiente forense, resta um desafio de relevância ainda mais importante: como tornar os usuários dos novos mecanismos de solução de conflitos capazes de usar esses instrumentos para defesa adequada de seus interesses.

Esse questionamento me veio quando, envolvido com técnicas para implantação de uma Política de tratamento adequado de conflitos e com a acessibilidade a esses serviços, aqui utilizando as característi-

cas apontadas no ICJBrasil/2016, ou seja, que tenha facilidade de uso e baixo custo, terminei me interessando pelas questões que desafiavam os gestores da saúde pública, cuja universalidade é princípio que se encontra com igual força no fenômeno do livre acesso à Justiça.

Encantou-me sobremaneira a Recomendação nº 1/2016, do Conselho Federal de Medicina¹, orientando aos médicos que obtivesse de seus pacientes o livre consentimento para submissão a providências de tratamento, quando esclarece:

O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos (Grifei).

Confesso que conhecer essa conduta ética me fez indagar, se para uma providência de repercussão na saúde é necessário o devido esclarecimento ao paciente, para que decida, dentre várias condutas terapêuticas existentes, qual aceita submeter-se, tornando-se inclusive cúmplice do médico na aceitação e cumprimento das medidas de tratamento, compreensível com a duração e as expectativas de resultados, não seria esse o direito dos usuários dos serviços do Judiciário?

Vejo, com muita pertinência, a presença do princípio da decisão informada, que integra os norteadores éticos dos conciliadores e mediadores, que o Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ estabelece:

Art. 1º (...)

II – Decisão informada – dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido;

Art. 2º (...)

I – Informação – dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no Capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo;

II – Autonomia da vontade – 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;

Ainda assim, limitada ao esclarecimento do funcionamento dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, especificamente sobre conciliação e mediação, não se pode compreender que tais orientações supram o conhecimento sobre os demais métodos, ou especificidade dos mesmos para que a aceitação por um modelo de tratamento seja reconhecida como livre manifestação de vontade.

Contudo, é necessário que esse trabalho não seja tomado como um modelo paternalismo, de modo a fazer do cidadão dependente de orientação continuada. É necessário que se habilitem as pessoas a assumirem uma posição ativa de tomada de posição, fazer com que elas definam os caminhos que desejem seguir, pratiquem o exercício da autonomia no seu dia a dia, passando a serem colaborativas na construção de soluções e corresponsáveis pelos resultados alcançados.

Como observa Oliveira² (2010) diante de uma cidadania ativa, na qual os cidadãos tornam-se *sujeitos de seu próprio desenvolvimento*, vem a ocorrer com a diluição do Poder, com a construção de uma sociedade cooperativa, necessário uma mudança cultural, construída por um novo sistema de comunicação e educação comprometida com o desenvolvimento integral das pessoas e das comunidades.

Um grande investimento deverá ser construído junto com os responsáveis pela formação das crianças e adolescentes, tomando por referência as competências gerais da Base Nacional Comum Curricular³, que sugere: a formação de uma sociedade solidária; o enfrentamento dos problemas com soluções criativas; uso da linguagem para o entendimento mútuo; argumentação para formular, negociar e defender ideias; exercício da empatia, diálogo, resolução de conflitos e cooperação; acolhimento do outro, com respeito às diversidades; agir com autonomia, responsabilidade, flexibilidade, resiliência e determinação.

Porém, o impacto desse investimento, que ainda se acha incipiente, necessitando de maior atenção dos gestores de escolas públicas e particulares, levará algum tempo para ser percebido, contudo, transformações sociais passarão a ser notadas a partir do ingresso dessa nova sociedade, que não apenas saberá defender seus direitos pessoais, mas cobrar melhores posturas daqueles que devem respeito à coletividade,

1 Disponível em: <<https://goo.gl/nXZVff>>, acesso em 10.12.2017.

2 OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

3 Disponível em: <<https://goo.gl/Ghf71P>>, acesso em 20.10.2017.

seja em face das entidades de iniciativa privada, seja perante os representantes dos órgãos públicos, em uma democracia mais efetiva.

Ainda assim, isso pode não ser o bastante, ou mesmo ter repercussão para a geração que busca a solução de seus problemas nos dias atuais, e que vem sendo estimulada a utilizar meios diversos do judicial para solução de seus dilemas.

O compromisso de assegurar ao indivíduo as condições essenciais de formação para o enfrentamento desse momento de defesa de seus interesse, em especial quando estamos diante de direitos de impacto direto na relação familiar, na perspectiva profissional, proteção da saúde e outros mais, deve ser assumido por todos os envolvidos na aplicação dessas ferramentas, que deve oportunizar ao cidadão o direito de escolha sobre o método mais adequado para solução de sua demanda.

Reforçando essa ideia, a Lei 13.460/2017⁴, que estabelece os direitos dos usuários aos serviços públicos, dentre outras garantias, determina:

Art. 6 – São direitos dos usuários dos serviços públicos:

II – a obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos, sem discriminação.

Esse dispositivo reforça as diretrizes do art. 5º, quanto à adequada prestação de serviços (*caput*), adequação entre os meios e fins (inc. IV), eliminação de formalidades e exigências cujo custo econômico e social seja superior ao risco envolvido (XI), aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos (XIII), que confirmam o direito dos usuários dos serviços públicos, incluindo aí os de solução de conflitos, quanto à escolha do meio adequado para satisfação de seus interesses.

Porém, essa escolha não se faz aleatoriamente, é indispensável o esclarecimento formulado com linguagem simples e compreensível (art. 5º, XIV) para uma escolha autêntica.

No que diz respeito à solução de conflitos, não cabe apenas às Câmaras ou Centros de Conciliação e de Mediação, ou outra denominação que recebam as entidades que se propõem a atuarem como facilitadores ou responsáveis pela construção de solução de conflitos o papel de orientar os participantes desse processo sobre as vantagens do uso desses mecanismo, como se desenvolve o processo de autocomposição, interesses

a serem defendidos e possibilidades alternativas de satisfação dos mesmos, dentre outras informações aplicáveis às diversas modalidades de demandas a serem tratadas.

Deve existir um comprometimento das entidades, inclusive públicas (Lei 13.460/2017), quanto as mais detalhadas informações sobre produtos e serviços oferecidos, com facilidade de acesso, a permitir ao usuário compreensão sobre seus direitos, formas de atendimento, orientações complementares e oportunidade de reclamações por defeitos ou vícios.

A sociedade civil organizada que se propõe a auxiliar pessoas que se encontrem com disputa de direito, deve conter no seu portfólio de serviços o de capacitar o cidadão para defesa de seus interesses, com a apresentação dos meios adequados para solução dos conflitos e como se capacitar para esse objetivo.

Deve-se compreender que, no exercício de sua atividade, o profissional que se propõe a defender os interesses das pessoas, recai o dever de orientação quanto os meios adequados de solução de conflitos e a missão de orientar o seu cliente para a escolha do que mais se mostrar adequado, bem como exercitá-los na forma mais legítima para alcance da satisfação dos interesses em disputa.

Certamente outras instituições devem se envolver no papel de assegurar ao cidadão o conhecimento necessário para utilização de mecanismos de defesa de direitos, mas não é pretensão desse texto esgotar essas possibilidades.

O consentimento livre e esclarecido e o advogado

Observando o dever do Poder Público na oferta e estímulo ao uso de meios adequados para solução de conflitos, torna-se relevante ponderar sobre esse compromisso junto aos advogados.

A Constituição Federal reconheceu o advogado como indispensável à administração da justiça (art. 133), assim como o Código de Processo Civil lhe atribuiu, assim como a magistrados, defensores e promotores, o dever de estimular o uso dos meios consensuais de solução de conflitos (§ 3º, art. 3º).

Também registra a Lei Processual que as partes possuem o direito à solução da demanda em tempo razoável (art. 4º), exigindo de todos os envolvidos no processo a cooperação para esse objetivo (art. 6º).

⁴ Disponível em: <<https://goo.gl/BnNj9L>>, acesso em 09.12.2017.

Quando, dentre seus fundamentos de atualização, o Código de Ética do Advogado – CEA⁵, se identificou a necessidade de manter em consonância com as transformações sócias e novas exigências para defesa efetiva dos interesses de seus constituintes a modernização e atualização das práticas advocatícias, reconheceram os revisores dessa norma a importância da adequação do exercício profissional às inovações (ou renovações de esquecidos institutos) dos meios adequados para tratamento dos conflitos.

Acompanhando as mudanças trazidas como o CPC/2015, o CEA estabelece como dever do Advogado o de *estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação* (art. 2, inc. VI).

Mais adiante, no Capítulo destinado às relações com o cliente, o CEA observa que *o advogado deve informar o cliente, de modo claro e inequívoco, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda* (art. 9º).

E segue no art. 11:

Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada. (Grifamos).

Resta claro que o exercício profissional assegura ao Advogado, na condição de conhecedor técnico do direito e de suas formas de defesa, o direito de definir como deve agir em favor de seu constituinte, porém, deve antes esclarecê-lo sobre os meios de atuação, dos riscos e consequências de cada um deles, da dinâmica do processo que venham a ser utilizado, obtendo de seu cliente o consentimento livre e esclarecido para representação advocatícia.

O Conselheiro do CNJ, Henrique Ávila, em palestra realizada na XXIII Conferência Nacional da Advocacia⁶, observou que as faculdades de direito preparavam profissionais para lide, criando o pensamento de que se preparavam para batalhas. Reconhecendo as dificuldades da implantação da mediação e conciliação, defendeu a necessidade

de mudança como uma postura ética, *pois o objetivo da advocacia é trabalhar pelo melhor resultado.*

Igual pensamento é apresentado no texto de Gustavo Pires Ribeiro (o papel do advogado na resolução consensual de conflitos⁷), que observa o crescimento no uso dos meios alternativos de resolução de conflitos e, fazendo prudente observação na diferença entre defesa de direitos e defesa de interesses, adverte da necessidade de repensar o modelo de exercício da advocacia e de se imprimir maiores investimentos na prática dos meios de tratamento de conflitos.

Acquaviva⁸ (2011) ao tratar sobre o espírito da conciliação, observa que o advogado excelente é aquele que está pronto a propor uma solução consensual que leve a termo a demanda, sempre em consonância com seu cliente, ou seja, aquele que conseguiu fazer com que seu constituinte compreendesse o acordo como melhor satisfação de seus interesses.

Deve-se observar o exercício da advocacia em dois momentos que, mesmo sendo muito próximos em alguns momentos, se distinguem, como esclarece Acquaviva (2011):

A advocacia contenciosa envolve, para o advogado, uma obrigação de meio, não se responsabiliza pelo resultado, desde que atue de forma dedicada e proficiente (pág. 104).

A advocacia consultiva... envolve obrigação de resultado,... O proveito de um parecer bem formulado, ou uma consulta bem respondida, depende, exclusivamente, do próprio advogado, de modo que um trabalho malfeito, que cause prejuízo ao cliente, enseja, como não poderia deixar de ser, obrigação de resultado para o causídico! (pág. 105).

O Advogado pós Resolução 125/2010 e CPC/2015, acaba reunindo essas atividades no momento em que, conhecendo a demanda do cliente, lhe apresenta os meios de tratamento de conflitos, imprimindo suas considerações sobre cada um deles, aconselhando o que lhe pareça mais adequado, mas respeitando a opção de seu constituinte.

Essa situação é extremamente nova e ainda pouco enfrentada. Não faz muito tempo, com apenas um canal de tratamento de conflitos, uma vez procurado por cliente que gostaria de ter seus

5 Disponível em: <<https://goo.gl/sEUVVh>>, acesso em 22.10.2017.

6 Disponível em: <<https://goo.gl/pyixe3>>, acesso em 10.12.2017.

7 Disponível em: <<https://goo.gl/qXGPZo>>, acesso em 10.12.2017.

8 ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *O advogado perfeito*. São Paulo: Rideel, 2011.

direitos assegurados, a definição era apenas decorrente da adequação do procedimento entre rito sumaríssimo dos juizados, o rito sumário ou ordinário do CPC/73.

Com o fim do sumário, culminando na competência dos juizados para aquelas demandas (art. 1063), a valorização da autonomia da vontade na negociação do rito processual (art. 190, CPC/2015), o estímulo ao uso dos meios extrajudiciais para solução de conflitos, uma nova postura passa a ser exigida do profissional que se propõe a defender os interesses do cidadão.

Farias⁹ (2017), tratando do risco e os profissionais liberais, esclarece:

Acresça-se a isso que usualmente os profissionais liberais assumem uma obrigação de meio. Incide a obrigação de meio quando o próprio conteúdo da prestação nada mais exige do devedor do que a consumação de uma atividade diligente em benefício do credor, mediante o emprego dos meios adequados, sem que se indague sobre o seu resultado (pág. 511, grifei).

De forma mais incisiva, Guerrero¹⁰ (2015) aponta para possibilidade de indenizações por não utilização dos meios adequados para tratamento de conflitos quando previstos, destacando como alguns de seus efeitos: *atrasos, impossibilidade de conclusão de obras ou serviços, danos à imagem* (pág. 123).

No enfrentamento do tema: responsabilidade civil dos advogados, Farias (2011) destaca a perda de uma chance como sendo o descuidar de uma ação que, por sua repercussão, poderia conferir à parte representada pelo advogado um resultado diverso do obtido, esclarecendo:

A perda da chance, nesse contexto, é ligada ordinariamente a omissões do advogado. Algo deveria ter sido feito e não foi (propositura de uma ação, interposição de um recurso, esclarecimento a respeito de algo que o cliente deveria ou não deveria fazer). É certo que se tem reconhecido, à luz das circunstâncias do caso concreto, o direito à indenização por dano moral diante, por exemplo, da ausência de propositura de ação principal... (pág. 840, grifei).

9 FARIAS, Cristiano Chaves de, *et alii*. *Cursos de direito civil – responsabilidade civil*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

10 GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

Voltando às ponderações na área de saúde, ainda em Farias (2011), quando discute a função social dos contratos na área médica, destacando a vulnerabilidade do paciente, destaca a relevância da informação e a competência profissional, ao declarar:

O que se espera, de modo mais amplo, dos médicos – antes, durante e depois das cirurgias, consultas ou tratamentos – é que ajam banhados pela boa-fé objetiva, pelo dever de cuidado e cooperação. Espera-se informação clara, adequada e suficiente. Espera-se certo respeito humano pelo paciente. Espera-se sobretudo perícia técnica em relação à ação realizada. Deve-se, no processo que tem por objeto a responsabilidade civil do médico, tentar investigar, retrospectivamente, se houve ou não a atuação diligente que deveria ter havido (pág. 823, grifei).

Resta, ao meu ver, evidente a necessidade de nova postura do profissional advogado no relacionamento com sua clientela em, no tratamento de demandas que lhe sejam apresentadas, o dever de apresentar as diversas possibilidades de condução da questão para que, uma vez suficientemente esclarecido, possa o cliente escolher o mecanismo que melhor possa produzir o efeito esperado na defesa de seu interesse.

Conclusão

A constatação da incapacidade do enfrentamento das demandas sociais por reconhecimento de direitos precisa ser satisfeita com a oferta de mecanismos variados de acesso, contudo, ações estruturadas com objetivos de prevenção devem ser investidos com igual intensidade, pois melhor que ter ambientes para solução de conflitos, é não ter conflitos a resolver.

Torna-se necessário que toda a rede de pessoas envolvidas no trabalho para o tratamento de conflitos conheça e ofereça aos usuários as variadas formas de encaminhamento para solução do problema, esclarecendo o funcionamento, vantagens, expectativas de resultados, conquistando a cooperação do mesmo para o alcance de seu objetivo.

Uma vez inevitável o enfrentamento das questões, sendo convidado o envolvido a tornar-se sujeito participante da busca de resultados, deve-se assegurar ao mesmo a capacidade de compreender o seu papel nesse mecanismo, inclusive respeitando sua opção em não participar desse processo.

Implementada essa transformação cultural, com as pessoas reconhecendo-se como capacitadas para os embates do cotidiano, assistiremos não apenas uma mudança de postura no que se refere ao trato dos conflitos, mas em uma postura mais solidária.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *O advogado perfeito*. São Paulo: Rideel, 2011.

AMERJ – ‘Precisamos de um esforço conjunto para o sistema judicial não entrar em colapso’, diz Salomão. Disponível em: <<https://goo.gl/N2tyif>>, acesso em 20.10.2017.

CFM – *Recomendação CFM nº 1 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/nXZVff>>, acesso em 10.12.2017.

CNJ – *Justiça em Números 2017 – Destaques*. Disponível em: <<https://goo.gl/dZ38tJ>>, acesso em 12.12.2017.

CONJUR – *Advogados não foram ensinados a fazer acordo, declara Henrique Ávila*. Disponível em: <<https://goo.gl/pyxe3>>, acesso em 10.12.2017.

CONJUR – *O papel do advogado na resolução consensual de conflitos*. Disponível em: <<https://goo.gl/qXGPZo>>, acesso em 10.12.2017.

DROIT, Roger-Pol. *Tolerância: o que é? Por que é importante? É possível nos dias de hoje? Como educar para tolerância?*. Trad. Patrícia Reuillard. São Paulo: Contexto, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de, et alii. *Curso de direito civil – responsabilidade civil*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GUERRERO, Luis Fernando. *Os métodos de solução de conflitos e o processo civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

MEC – *Base Nacional Comum Curricular*. Disponível em: <<https://goo.gl/Ghf71P>>, acesso em 20.10.2017.

MONTEIRO, Kátia Cristine Cavalcante. *O Consentimento informado na pesquisa em psicologia hospitalar*. Ver. Epistemo-Somática. Belo Horizonte. 2007. Extraído do site: <<https://goo.gl/ZK7Tdf>>, acesso em 13.10.2017.

OAB – *Código de Ética CED*. Disponível em: <<https://goo.gl/sEUVVh>>, acesso em 22.10.2017.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética, direito e democracia*. São Paulo: Paulus, 2010.

RELATÓRIO ICJBRASIL, 1º semestre/2016. São Paulo. 2016. FGV. Disponível em: <<https://goo.gl/vt8Tdt>>, acesso em 08.12.2017.

_____. 1º semestre/2016. São Paulo. 2016. FGV. Disponível em: <<https://goo.gl/viNzjg>>, acesso em 09.12.2017.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – *Lei nº 13.460, de 26 de junho de*

2017. Disponível em: <<https://goo.gl/BnNj9L>>, acesso em 09.12.2017.

WIKIPEDIA – *Código de Nuremberg*. Disponível em: <<https://goo.gl/Jw3fzG>>, acesso em 13.10.2017.

O desafio da gestão de conflitos no Poder Judiciário: o novo CPC e os velhos paradigmas

Luciana Yuki Fugishita Sorrentino

Juíza de Direito do TJDFDT desde o ano de 2009. Assistente da Segunda Vice-Presidência. Coordenadora do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC. Mestranda em Administração Pública pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

*Quando se olha pra você, quase que se acredita no ditado: “Ter um processo desses já significa tê-lo perdido”.*¹¹

Neste exato momento, dois veículos se envolvem em um acidente de trânsito, uma pessoa endividada escolhe pagar a escola do filho ao invés da taxa condominial, um doente sem plano de

saúde dá entrada na UTI de um hospital, um carro financiado é apreendido, um casal com filhos decide se divorciar, e tantos outros conflitos semelhantes são convertidos em ações judiciais propostas perante o Poder Judiciário.

Em uma sala de aula de uma Faculdade de Direito, um professor ensina aos seus alunos como redigir peças processuais e rebater argumentos da parte contrária para que, então, seus clientes saiam-se “vencedores”.

Quanto desses conflitos, perdidos entre outros 100 milhões de processos em andamento, serão resolvidos definitivamente de forma a deixar satisfeitos os envolvidos?

Olhar a prestação jurisdicional pela perspectiva da satisfação do usuário não é usual, na medida em que o escopo da atividade jurisdicional se revela como a prática ordenada de atos processuais para se

¹¹ KAFKA e CARONE (2006, p. 121).

chegar a uma sentença definitivamente transitada em julgado e, assim, em tese, pacificar um conflito.

Apenas em tese o conflito se pacifica com a sentença definitiva, porque, na maioria das vezes, os envolvidos são vencidos pelo cansaço e pelo desalento depois de transitarem pelo sistema que *“é frequentemente um luxo”* e *“tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas.”*¹²

A ineficiência está retratada no baixo índice de confiança da população no Poder Judiciário, que perde lugar, por exemplo, para instituições religiosas, emissoras de televisão, grandes empresas e redes sociais, conforme o Índice de Confiança na Justiça Brasileira medido pela Fundação Getúlio Vargas¹³.

Como pondera SADEK, muitos conflitos ficam à margem do Poder Judiciário, pelos mais variados motivos: falta de informação, alto custo, descrédito, desalento, pois:

“Quando ‘direitos’ não são entendidos como tais, ou quando são vistos como ‘favores’ não constituem pauta para reivindicações. Ou ainda, quando se sabe que, apesar de haver um direito, de nada adianta o recurso aos canais estatais, porque a apelação estará fadada a não provocar efeitos, configura-se uma situação na qual seria pouco ‘racional’ o apelo aos órgãos do sistema de justiça.”¹⁴

Efetivamente, não basta garantir o acesso formal ao Poder Judiciário. É necessário proporcionar ao jurisdicionado soluções justas aos seus conflitos que acompanhem a velocidade da tecnologia e da informação. Mas, como ser célere em um sistema judiciário abarrotado de processos e estruturalmente sucateado? Como garantir que o Poder Judiciário seja acessível a todos e produza resultados que sejam individual e socialmente justos?¹⁵

A resposta para esta questão não está representada em nenhuma inovação de alto custo, mas sim, na necessidade de melhor gestão dos

recursos financeiros, humanos e estruturais já existentes, de forma a otimizá-los e, então, direcioná-los de forma inovadora.

O direcionamento inovador seria no sentido de fazer prevalecer o papel de pacificador social da Justiça, por vezes adormecido ou sobreposto pela burocracia dos ritos processuais, que fazem as pessoas envolvidas em um conflito perderem seus rostos e se transformarem em dados estatísticos exibidos em relatórios de desempenho.

Sobre o tema, não se pode deixar de destacar lição de CAPPELLETTI: *“Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho”*¹⁶.

Considerando os diferentes graus de conflito não se justifica a utilização em massa de uma ferramenta complexa e cara (processo judicial) para a sua resolução, motivo pelo qual, deve-se considerar o sistema de múltiplas portas, com especial destaque para a mediação e a conciliação – métodos autocompositivos – cuja premissa é devolver aos envolvidos em um conflito o poder de decidir como resolvê-lo de forma criativa e personalizada. Assim, permite-se ir além do direito e, por exemplo, converter pedidos recíprocos de indenização por danos morais entre vizinhos formulados na petição inicial e na reconvenção em um aperto de mão ou um pedido de desculpas.

A Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos criada pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ trouxe aos tribunais o direcionamento inicial necessário para o atendimento da demanda social ao determinar a todos os tribunais a instalação de Núcleos Permanentes de Mediação e Conciliação – NUPEMECs e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e de Cidadania – CEJUSCs.

A administração da Justiça deve ser pensada de forma a aplicar a cada conflito concreto o remédio mais adequado à sua cura/solução. Assim, ao realizar o planejamento de expansão do atendimento jurisdicional, é necessário considerar a obrigatoriedade de instalação de um CEJUSC em todas as comarcas/circunscrições judiciárias, de modo a

12 CAPPELLETTI, GARTH, NORTHFLEET (2002, p. 165).

13 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (2012-2017).

14 SADEK (2010).

15 CAPPELLETTI, GARTH, NORTHFLEET (2002).

16 Ibidem.

facilitar o acesso às soluções autocompositivas e provocar uma mudança cultural no litigante habitual.

O advento do Novo Código de Processo Civil consolidou o prestígio à autocomposição ao impor como regra a realização de sessão de conciliação na fase inicial do processo (art. 334, *caput*). Observa-se, portanto, que a mediação e a conciliação não são mais a via alternativa, mas sim a primeira ferramenta a ser aplicada na marcha processual.

Resta agora o desafio de colocar o dispositivo em prática e não deixar que a sua disposição caia no desuso por comodismo dos operadores do direito como ocorreu com o art. 331, do antigo CPC, pois é certo que:

“Um novo CPC não resolve, por si só, o problema da morosidade da justiça. Trata-se apenas de medida que busca melhorar a complexa teia de fatores que culminam na morosidade da prestação jurisdicional. Enquanto isso, quem sofre é o jurisdicionado, pois o sistema não tem compromisso com a resolução do conflito e com a pacificação social.”¹⁷

Embora o Novo CPC tenha dado respaldo legal à mudança cultural pretendida, é preciso engajamento para garantir a sua plena efetividade.

Assim, a questão exige a autorresponsabilização de todos os atores do sistema judiciário: (i) dos tribunais – que devem cumprir a determinação legal e direcionar recursos aos CEJUSCs; (ii) dos juízes de primeiro grau, que ao receberem as petições iniciais devem garantir às partes o direito de participar da sessão de conciliação/mediação conduzida por profissional capacitado¹⁸; (iii) dos advogados, que devem pedir expressamente em suas peças processuais a prática do ato e orientar os seus clientes sobre os seus benefícios; e (iv) dos envolvidos no conflito, que devem se dispor a dialogar e encontrar a melhor solução para o caso concreto.

A mudança cultural demanda muito mais esforços do que a mudança legislativa, pois sujeita-se à boa vontade, à percepção e a diversos interesses divergentes. Como bem salienta SOUSA SANTOS:

“Não basta mudar o direito substantivo e o direito processual, são necessárias outras mudanças. Está em causa a criação de uma outra cultura jurídica e judiciária. Uma outra formação de magistrados. Outras faculdades de direito. A exigência é enorme e requer, por isso, uma vontade política muito forte. Não faz sentido assacar a culpa toda ao sistema judiciário no caso de as reformas ficarem aquém desta exigência.”¹⁹

Mudar o foco do processo do mero litígio legal para os interesses pessoais e reais de cada um dos envolvidos configura-se numa verdadeira quebra de paradigmas: o advogado deve ter postura colaborativa; o magistrado deve abrir mão do poder de decidir e restituí-lo às partes e, por fim, os envolvidos no conflito devem adotar postura proativa, sem aguardar do Estado a ordem para lhe dizer o que fazer.

Ao analisar recursos que discutem a ocorrência de nulidade processual em razão da ausência de designação de audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC pelo magistrado, mesmo quando não há dispensa expressa do autor e do réu, grande parte da jurisprudência tem se orientado negativamente, sob o argumento de que é possível buscar a autocomposição a qualquer momento, inclusive extrajudicialmente²⁰.

Entretanto, tal argumento desconsidera as diversas fases de um conflito e o seu desenvolvimento em espiral. Para a teoria do conflito, “cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa”. Assim, postergar a conciliação não representa a manutenção das mesmas chances de resolver o conflito de forma amigável, pois os embates processuais funcionam como verdadeiro combustível para a adoção de postura beligerante, de modo que “as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação”.²¹

Além disso, considerando o desconhecimento do sistema autocompositivo extrajudicial, é muito provável que os envolvidos no conflito

17 PORTO (pp. 42-43).

18 Neste sentido, vide: TJ-MG – AC: 10000170651012001 MG, Relator: Luciano Pinto, Data de Julgamento: 17/10/2017, Câmaras Cíveis / 17ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 20/10/2017. TJMG – Agravo de Instrumento-Cv 1.0223.09.278373-5/005, Relator (a): Des.(a) Otávio Portes, 16ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 22/03/2017, publicação da súmula em 31/03/2017.

19 SANTOS (2011, pp. 23-24).

20 Neste sentido, vide: TJDF, Acórdão nº 1034687, 20160110414523APC, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA 7ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 19/07/2017, Publicado no DJE: 02/08/2017. Pág.: 644-653; TJSP, (TJ-SP10580223520178260100 SP 1058022-35.2017.8.26.0100, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 24/01/2018, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/01/2018).

21 AZEVEDO (2016, p. 56).

não tenham acesso a facilitares capacitados (mediadores e conciliadores) e o consenso seja um resultado improvável, vez que não obtido ao longo do caminho que culminou no ajuizamento da demanda.

E, ainda, para os defensores da “conciliação a qualquer tempo”, deve-se ponderar que depois de um certo tempo de trâmite processual, resolver o conflito com um acordo torna-se desinteressante para os envolvidos, pois já foram despendidos tempo e dinheiro com a sua manutenção, além do desgaste psicológico e da crescente intenção de ganhar a qualquer custo.

Nessa trilha, ao tratar sobre a aplicação da teoria dos jogos na interação jurídica, GONÇALVES esclarece que *“os litigantes – entendidos como jogadores – participarão ora como competidores ou cooperadores, segundo o modelo – jogo – de estabilização dos conflitos oferecido pelo Direito, em especial, pela análise do “ônus x bônus entre os custos imediatos do processo e o valor esperado com a demanda”²²*.

Desconsiderar o contexto fático e as nuances da alma humana para relegar a determinação legal de realização de audiência de conciliação na fase inicial do processo a mera formalidade processual significa ignorar a finalidade precípua da Justiça e do Direito: PACIFICAR. *“Para tanto, é indispensável que os juízes resgatem a sensibilidade que perderam no mundo frio das normas e dos autos. É preciso que eles realmente ouçam e observem as pessoas, tentando perceber dentro destas as raízes do conflito”²³*.

No primeiro grau, um argumento muito utilizado se refere à violação do art. 334, *caput* do CPC ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CF). Assim, a designação de sessão de conciliação atrapalharia a marcha processual e postergaria a sua resolução.

Este pensamento parte da premissa equivocada de que basta terminar o processo com observância do rito preestabelecido pela lei para resolver o conflito. Desconsidera-se ou ignora-se que a celebração de um acordo ou o restabelecimento da comunicação entre os envolvidos possa gerar resultado melhor do que a sentença. Aliás, a resolução de um processo pela via da sentença é medida simples para os operadores do direito, basta a subsunção da norma ao caso concreto, trata-se de uma atividade técnica, quase mecânica.

Assim, embora se extingam os processos, na maioria das vezes, permanecem intocados os conflitos que lhe deram causa. Arquivam-se

²² GONÇALVES (2016, p. 165).

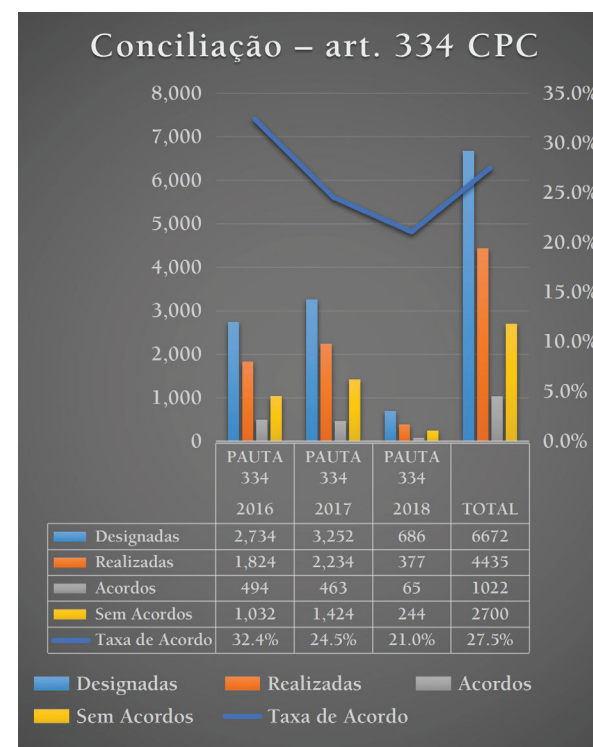
²³ SENA (2011, p. 127).

os autos, contabilizam-se os números e mantém-se viva a necessidade de solução efetiva.

O outro argumento comumente utilizado de ofensa à duração razoável do processo é raso ao desconsiderar os recursos interpostos e a interminável fase de cumprimento de sentença, que converte o Poder Judiciário, literalmente, em agente de cobrança do credor.

Mudando de perspectiva, mirando nos interlocutores imunes ao discurso de humanização da justiça e apegados aos números e resultados concretos, a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos também pode se mostrar útil.

Mesmo com toda a resistência dos atores jurídicos, no TJDF, os resultados são alvissareiros, pois desde o início da vigência do Novo CPC, somente no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania de Brasília – CEJUSC/BSB foram designadas 6672 sessões de conciliação cível, realizadas 4.435 sessões e celebrados 1.022 acordos, totalizando o percentual de sucesso de 27,5%, conforme gráfico abaixo²⁴.



²⁴ Dados fornecidos pelo NUPMEC/TJDF em 12/03/2018.

A quantidade de sessões de conciliação realizadas desde o início da vigência do NCPC em março de 2016 representa quase 30% da capacidade de atendimento do CEJUSC/BSB²⁵, e aproximadamente 13,9% do total das ações cíveis distribuídas às 25 varas cíveis da Circunscrição Judiciária de Brasília²⁶.

A taxa de acordos de 27,5% representa que uma em cada quatro ações cíveis encaminhada ao CEJUSC/BSB foi resolvida consensualmente. Se por algum instante, um desavisado considerar baixo o índice de sucesso, destaca-se que o percentual médio de conciliação na Justiça Estadual é de 10,9%, conforme dados veiculados pelo Relatório Justiça em Números elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça²⁷.

A política pública e o ordenamento jurídico caminham para que sejam realizadas sessões de conciliação na quase totalidade das ações cíveis ajuizadas, momento em que os recursos da máquina judiciária estão otimizados e aptos a proporcionar aos jurisdicionados a melhor prestação de serviço.

E, para quem ainda resiste em obedecer à determinação do art. 334 do CPC, questiona-se:

- **Quantas sentenças foram prolatadas desnecessariamente simplesmente porque não foi dada aos envolvidos a oportunidade de dialogar e conciliar?**
- **Quantas pessoas ficaram insatisfeitas com a solução da sentença e recorreram?**
- **Por quanto tempo cada processo se prolongou no tempo, incluindo a fase de cumprimento de sentença?**

Eis uma reflexão necessária.

Já foi dito. A mudança cultural é progressiva e considerando o curto período de tempo da existência da política pública imposta aos tribunais, também de forma progressiva, os resultados tornar-se-ão cada vez mais expressivos.

²⁵ Considera-se que a média mensal de atendimento do CEJUSC/BSB é de 1.000 sessões de conciliação e o período de 24 meses de vigência do NCPC.

²⁶ Considera-se a média mensal de distribuição correspondente a 80 processos (va lor aproximado coletado junto ao TJDF).

²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (2009-2017).

A autocomposição não é a tábua de salvação para as falhas de gestão de recursos do Poder Judiciário, mas antes de tudo, uma ferramenta que não pode ser ignorada e tampouco considerada “alternativa” no momento da prestação jurisdicional, pois devidamente respaldada por lei e por resultados numéricos.

Por fim, que a porta exclusiva de entrada no Poder Judiciário representada pelo processo tradicional se multiplique, se diversifique e acolha todos aqueles que não querem ser titulares de direitos meramente simbólicos.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de. *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHFLEET, Ellen Gracie. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 2002. 168 p. ISBN 8588278294.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números*. Brasília, 2009-2017. Disponível em: <<https://goo.gl/i4Bi4V>>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil*. São Paulo, 2012-2017. Disponível em: <<https://goo.gl/EfkSYK>>.

GONÇALVES, Jéssica. Acesso à justiça e teoria dos jogos: do jogo competitivo do processo civil ao “jogo” fraterno da mediação. In: VERONESE,

J. R. P.; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar; MOTA, S. R. F.(Org.). *O Direito Revestido de Fraternidade*: Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em direito da UFSC. Florianópolis: Editora Insular, 2016.

KAFKA, Franz; CARONE, Modesto. *O processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. 332 p. ISBN 9788571647169.

PORTO, Sérgio Gilberto. A humanização do processo civil contemporâneo, em face da mais valia constitucional no projeto de um novo CPC. In: *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, v.60, nº 418, pp. 41-49, ago., 2012.

SADEK, Maria Tereza. O Sistema de Justiça. In: SADEK, M. T.(Org.). *O Sistema de Justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais (SciELO Books), 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. 135 p. ISBN 9788524916588.

SENA, Jaqueline. A problemática do poder judiciário em tempos de crise da razão: Apontamentos para um novo paradigma do papel do magistrado (The problematic of judicial power in times of crisis of reason: notes for a new paradigm of magistrates). *RevistadaAjuris*, v.38, nº 123, pp.92-128, 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/Haipki>>.

O empoderamento do usuário da internet e o desestímulo à judicialização

Ricardo Lagreca Siqueira

Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, graduado em Direito pela mesma Universidade. Atualmente é Diretor Sênior Jurídico e de Relações Governamentais no Mercado Livre. Endereço eletrônico: ricardo.lagreca@uol.com.br.

Humberto Chiesi Filho

Advogado com atuação como gestor em departamentos jurídicos de empresas, mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito – EPD na área de concentração Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, cursou Contratos de Consumo na Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas e é graduado em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo. Endereço eletrônico: h.chiesi@gmail.com.

Introdução

A judicialização exacerbada de controvérsias é um fenômeno que aflige o Brasil já há anos, sendo patente a existência de uma cultura demandista que faz com que milhões de disputas acabem

no judiciário ao invés de serem tratadas de modo mais adequado com o uso de métodos autocompositivos ou outros meios extrajudiciais.

A ampliação do acesso à justiça é extremamente positiva e a garantia de inafastabilidade de acesso à jurisdição constitui um elemento fundamental da estrutura de um Estado Democrático de Direito, devendo ser respeitada e preservada.

Ocorre que as medidas que foram adotadas pelo Estado para garantir o acesso à justiça acabaram por gerar um efeito extremado, de tal modo que os autos de um processo judicial passaram a ser entendidos por muitos como o primeiro meio para solucionar um conflito.

Tal situação é principalmente notada nas demandas envolvendo a relação de consumo.

No presente estudo é feita uma análise da questão sob uma perspectiva que considera que o primeiro passo para alteração do atual cenário caótico do Poder Judiciário brasileiro seja o empoderamento do consumidor, assim entendido como a disponibilização de meios pelos quais ele possa tentar a solução de controvérsias sem a necessidade inicial da tutela jurisdicional.

Também é traçada uma correlação entre a teoria de Thomas Kuhn e a necessária movimentação ou mudança do paradigma atual de uso do judiciário como primeiro meio para tratamento de disputas, dentro de uma realidade de estímulo à judicialização.

Finalmente é demonstrado que tal movimentação de paradigma já está em curso, ante às anomalias e a verdadeira crise pela qual passa o judiciário brasileiro, de tal modo que o próprio Supremo Tribunal Federal vem aplicando as regras processuais concernentes à necessária observância dos requisitos para o exercício regular do direito de ação pelos jurisdicionados.

O problema da judicialização no Brasil

O tema da defesa do consumidor no Brasil tem como marco histórico a Constituição Federal de 1988. Pode-se afirmar que, antes disso, os consumidores brasileiros estavam sujeitos às regras contratuais impostas unilateralmente pelos fornecedores, sustentadas pelo milenar princípio latino “*pacta sunt servanda*” (os pactos assumidos devem ser respeitados), não havendo muito espaço para o próprio poder judiciário alterar um acordo prejudicial ao consumidor.

Na excelente lição de Cláudia Lima Marques¹:

“Alguns comparam esta predisposição do texto contratual a um poder paralelo de fazer leis e regulamentos privados (lawmaking power). Poder este que, legitimado pela economia e reconhecido pelo direito, acabaria por desequilibrar a sociedade, dividindo os seus indivíduos entre aqueles que detêm a posição negocial de elaboradores da *lex*

1 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor – Onovo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 50.

privada e os que se submetem, podendo apenas aderir à vontade manifestada pelo outro contratante”.

Nesse cenário, os consumidores brasileiros até então não tinham direitos especiais reconhecidos, tampouco condições econômicas e processuais para se defender de eventuais abusos.

A Resolução nº 39/248, de 1985, emitida pela Organização das Nações Unidas – ONU, reconheceu a vulnerabilidade dos consumidores e a necessidade de sua proteção internacional, influenciando legisladores de várias nações, inclusive o legislador brasileiro, que a positivou na própria Constituição Federal de 1988.

Assim, nossos legisladores incluíram a defesa do consumidor na Constituição, no Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, estabelecendo em seu artigo 5º a seguinte norma programática: “XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”.

Somado a isso, a defesa do consumidor foi incluída como princípio da ordem econômica no artigo 170 da Carta Magna, consagrando-se como um princípio-programa que tem por objetivo uma ampla política pública.

Cumprindo a norma programática estabelecida, em 11 de agosto de 1990 foi aprovado o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078 (“CDC”), que trouxe meios legais para que o consumidor tivesse sua vulnerabilidade e direitos reconhecidos, além de condições favoráveis para o pleno conhecimento desses direitos e seu exercício, tendo sido considerado um dos textos legais de defesa do consumidor mais avançados e servindo de inspiração para diversos países. Nos mais de vinte anos seguintes o que se viu foi uma verdadeira transformação daquela realidade pré-CDC, passando o consumidor a contar com órgãos administrativos e judiciais para sua defesa, além de ampla divulgação e ciência de seus direitos e o pleno acesso aos mecanismos para resolução de conflitos individuais e coletivos.

Não se pode deixar de reconhecer os inúmeros avanços que o CDC trouxe para os consumidores brasileiros, entretanto é mister tratar dos efeitos colaterais que acabaram ocorrendo em função da modernização das relações de consumo e dos mecanismos originalmente adotados para a resolução dos conflitos.

2 COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 474/475.

Um desses efeitos foi o excessivo e crescente nível de litigiosidade. Em um primeiro momento, foi importante estabelecer que a defesa do consumidor fosse exercida, dentre outras, pela via do poder judiciário, medida de extrema rigidez e que teve como objetivo prevenir e punir os maus fornecedores. Além disso, foram criados mais de oitocentos Procons, que passaram a aplicar multas, sem deixar de mencionar a importante atuação dos Ministérios Públicos com a proposição de ações coletivas.

Para garantir ao consumidor o amplo acesso à via judicial para a defesa de seus direitos, foram concedidas várias facilidades, como ausência de custos processuais, desnecessidade de advogados para causas até vinte salários mínimos, procedimentos simplificados e informais.

Na tentativa de prevenir mais violações por parte das empresas, os juízes e tribunais passaram a reconhecer para a maioria das demandas também danos morais muito superiores ao valor do bem material em discussão, gerando colateralmente uma expectativa de ganhos para consumidores e seus advogados que incentiva a judicialização de qualquer tipo de controvérsia, por menor que seja.

Não se pode negar que esse cenário, além de inúmeros benefícios, acabou por gerar milhões de demandas que não precisariam necessariamente tramitar pelo poder judiciário.

Segundo relatório Justiça em Números³ publicado em 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2016, o custo anual com o poder judiciário equivale a 1,4% do PIB (Produto Interno Bruto) do Brasil. Esse custo é 14 vezes maior se comparado ao do nosso país vizinho Argentina. Em referido relatório do CNJ, consta que em 2016 o custo para manutenção do poder judiciário foi de R\$ 411,00 (quatrocentos e onze reais) para cada brasileiro.

Calcula-se que cada ação no Juizado Especial Cível, dependendo da unidade da federação, custe para o Estado mais de R\$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), o que na maioria das vezes supera o valor do dano em discussão.

A crescente demanda exige constantes investimentos governamentais em estrutura física, funcionários, materiais e tempo. Outro dado que preocupa é o nível de congestionamento dos tribunais, o que

demonstra que, por mais que se invista, a demanda por litígios é maior que a capacidade de se tramitarem e resolverem os conflitos das relações de consumo pelos processos judiciais.

Em que pese destacar que o poder judiciário e os juízes cumprem função essencial para a sociedade e que precisam estar muito bem estruturados para tanto, depreende-se que a evolução atual de gastos indica um ponto próximo de colapso. É necessário otimizar a atuação do judiciário para garantir que profissionais tão qualificados e com estrutura tão custosa possam se dedicar a demandas mais complexas e que hoje tem prazo de duração de vários anos ou mesmo décadas.

Sob outra perspectiva, verifica-se que a extrema litigiosidade nas relações de consumo representa um enorme entrave para se investir no Brasil. Segundo dados do Relatório UNCTAD⁴ de 2016, o Investimento Estrangeiro Direto (IED) caiu 23% no Brasil, na comparação entre 2015 e 2016. Mesmo cientes de outros fatores que contribuem para esse decréscimo, o custo do litígio não pode ser desconsiderado por qualquer empresa brasileira ou estrangeira que decida colocar bens ou serviços no mercado de consumo no país.

Em recente evento realizado nos Estados Unidos da América, que reúne mais de quatro mil diretores jurídicos de empresas e profissionais do direito, foram apresentadas experiências de diversas empresas multinacionais que encontraram dificuldades em atuar no Brasil, chegando a encerrar suas atividades sob a justificativa que o excesso de litigiosidade nas relações de consumo inviabilizou a continuidade no país. Frise-se que chegaram a mencionar que, por mais que as empresas estivessem de boa-fé e prontamente substituíssem produtos com qualquer tipo de defeito ou quebra de expectativa, eram condenadas por valores (incluindo danos morais) que superavam em até dez vezes o valor dos produtos.

Em comparação com países vizinhos do MERCOSUL e demais países em desenvolvimento, verifica-se que o nível de litigiosidade no Brasil alcançou patamares únicos, que impõem um alto custo às empresas, o que acaba ou por inviabilizar o investimento ou ser repassado como custo para os próprios consumidores.

³ Disponível em: <<https://goo.gl/w3N7B6>>, p. 5. Acesso em: 15/10/2017.

⁴ ASSOCIATION OF CORPORATE COUNSEL. *ACC Annual Meeting 2016*, "Session 511: Going Global: A Direct-to-Consumer Global Market Expansion Primer", Presenters: Shaka Johnson, Associate General Counsel, Oculus VR LLC, Jonathan Jung, General Counsel, iLuv Creative Technology, Simon Seidler, Associate General Counsel, GoPro – 16-18 de Outubro, 2016

³ Disponível em: <<https://goo.gl/SkojHx>>, p. 51. Acesso em: 15/10/2017.

Nesse contexto, seria injusto não reconhecer os ganhos ao consumidor que observamos nos primeiros anos de vigência do CDC e da ampla política pública adotada para a proteção dos consumidores. Não obstante, ter como via preferencial para a resolução de conflitos o processo judicial não parece estar em consonância com as necessidades atuais dos próprios consumidores, das empresas, do governo e da sociedade.

Uma nova abordagem na solução de controvérsias: o empoderamento do consumidor

O artigo 4º do CDC, ao tratar da Política Nacional das Relações de Consumo, reconhece a vulnerabilidade do consumidor como princípio.

Segundo Claudia Lima Marques, vulnerabilidade significa:

“[...] uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”⁶.

Essa necessidade de proteção, segundo Paulo Valério Dal Pai Moraes, constitui verdadeiro pilar do Direito do Consumidor:

“O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica”⁷.

Importante também conceituar aqueles consumidores, que além de vulneráveis, são também hipossuficientes, conforme esclarecido com precisão por Herman Benjamin:

“A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já

a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade – mas nunca a todos os consumidores”⁸.

Sob o ponto de vista de BONATTO, essa distinção de conceitos se materializa também no âmbito do processo judicial:

“a vulnerabilidade é um conceito de direito material e geral, enquanto a hipossuficiência corresponde a um conceito processual e particularizado, expressando aquela situação a dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das provas necessárias para demonstração de eventuais direitos”⁹.

Hoje a via judicial é a escolhida para a solução de conflitos nas relações de consumo não somente pelos hipossuficientes, mas igualmente pelos demais vulneráveis.

O que se pretende com esse estudo é apresentar uma abordagem alternativa para a resolução dos conflitos nas relações de consumo que seja mais adequada e que onere menos a sociedade.

Nossa proposta parte do conceito de empoderamento. Em 1977, o psicólogo norte-americano Julian Rappaport cunhou o termo “empowerment” a partir da palavra “power” (“poder”) para defender que era preciso dar ferramentas a certos grupos oprimidos para que eles tivessem condições e autonomia para se desenvolver.

Empoderamento pode ser conceituado como:

“ato ou efeito de promover conscientização e tomada de poder de influência de uma pessoa ou grupo social, geralmente para realizar mudanças de ordem social, política, econômica e cultural no contexto que lhe afeta. [...] A ideia é dar a alguém ou a um grupo o poder de decisão em vez de tutelá-lo”¹⁰.

Portanto, o conceito de empoderamento parte também da vulnerabilidade, na medida em que reconhece que uma das partes ou um

6 MARQUES, Claudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo: RT, p. 87.

7 MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 10.

8 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 325.

9 BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: princípios, conceitos, contratos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46.

10 A origem do conceito de empoderamento, a palavra da vez. Disponível em: <<https://goo.gl/MPVdBt>>. Acesso em: 09/10/2017.

grupo da sociedade não tem poder, ou seja, é vulnerável. A diferença é que ao invés de tutelar tão somente, agora se pretende dar ferramentas e informação para que os tutelados também passem a exercer diretamente a defesa de seus interesses de uma forma mais eficiente. O que torna viável essa abordagem é a tecnologia.

Por mais que hoje o poder judiciário procure atender à demanda litigiosa brasileira, o nível de judicialização impõe aos consumidores prazos de resolução longos, além de estar inserto em um contexto que prevê deslocamentos para audiências e diversas atividades burocráticas.

Considerando os avanços tecnológicos que permitem a contratação de bens e serviços de forma instantânea, remota e 24 horas por dia, já havendo a realização das contratações sem qualquer intervenção humana (internet das coisas, *marketplaces* etc.), o procedimento judicial já não se mostra nos dias atuais como meio o mais eficiente e sustentável para grande parte das controvérsias nas relações de consumo.

O nível de tutela atual atingiu patamares tão grandes que boa parte dos consumidores não fazem sequer um contato com as empresas para resolverem seus problemas, partindo direto para a via judicial, o que acaba levando o poder judiciário a atuar como serviço de atendimento das empresas e seu centro de conciliação.

Verificamos que no *marketplace* (um shopping center virtual) Mercado Livre o consumidor não procurou a plataforma para comunicar e tentar resolver seu problema em cerca de 40% dos processos judiciais. No estado do Rio de Janeiro esse percentual sobe para 56% (fonte: dados da empresa).

Essa situação acaba sendo mais onerosa para o próprio consumidor, que precisa se deslocar, eventualmente contratar advogado e esperar vários meses por uma reparação do eventual dano material e moral, sem garantia de que os receberá. Por outro lado, várias empresas mantêm mecanismos administrativos gratuitos de atendimento, ouvidoria, mediação e conciliação para solução de controvérsias e estão dispostas a evitar processos judiciais.

Após a descrição do cenário acima, passaremos a apresentar o caso do Mercado Livre, plataforma de comércio eletrônico que recentemente implantou o “Projeto Empodera” como o objetivo de contribuir para a desjudicialização de forma sustentável.

O projeto está fundado em três pilares: (a) compromisso com a desjudicialização; (b) parceria com a SENACON (Secretaria Nacional

de Defesa do Consumidor); e (c) ampla informação ao consumidor. A seguir, estes pilares serão detalhados.

Compromisso com a desjudicialização: Uma vez que a empresa possui ferramentas tecnológicas para a imediata abertura de reclamação de forma gratuita e remota, central de atendimento própria, ouvidoria e equipe de mediadores, o contrato de adesão da empresa foi alterado para constar compromisso com a desjudicialização no qual os usuários aceitam realizar a tentativa de composição inicialmente pelas ferramentas disponíveis pela plataforma¹. Atualmente, os níveis de solução por este mecanismo superam 95% dos casos atendidos.

Parceria com a SENACON: Como em alguns casos a solução não é possível, o grupo decidiu firmar um termo de compromisso com a Secretaria Nacional do Consumidor – Ministério da Justiça, aderindo ao serviço público “Consumidor.gov.br”, que constitui verdadeira plataforma de empoderamento do consumidor, por ser estatal, sem fins lucrativos e estar integrada aos Procons, ela garante a independência necessária para a consecução de seus objetivos. Além disso, propicia atendimento sem custo a consumidores de qualquer localidade no país. Igualmente, a cláusula de resolução de controvérsias constante do contrato de adesão, incluída no acordo de parceria, prevê o compromisso dos usuários de também buscar a plataforma Consumidor.gov.br para resolver suas demandas, antes de ingressar com ação judicial.

Ampla Informação ao Consumidor: Para divulgar o Projeto Empodera a empresa encomendou vídeo explicativo com o passo-a-passo a ser seguido pelos consumidores conforme o compromisso com a desjudicialização. Referido vídeo representa quebra de paradigma no qual a empresa investe para fazer publicidade e para tratar de uma situação em que houve problema. Vale dizer que o projeto contou com a parceria das áreas de marketing e atendimento.

Ao trilhar esse caminho para a desjudicialização, pretendeu-se maximizar os esforços da empresa e das ferramentas estatais disponíveis para acrescentar alternativas mais céleres e menos onerosas para a sociedade na resolução dos conflitos nas relações de consumo.

Acredita-se que essa abordagem trará inúmeras vantagens para todos os atores nas relações de consumo. Podemos citar algumas:

¹ Termos e Condições Gerais de Uso do Site Mercado Livre – sumário e item 19. Disponível em: <<https://goo.gl/kBGcgy>>. Acesso em: 09/10/2017.

- O consumidor terá suas demandas atendidas de forma mais rápida, sem custos e sem sair da comodidade de sua casa.
- A empresa terá oportunidade de manter o consumidor como cliente e terá menos custos com demandas de consumidores.
- O Estado terá menos custos com infraestrutura para atendimento das crescentes demandas, podendo focar a atuação judiciária em demandas mais complexas.
- A sociedade terá um modelo mais sustentável e racional de resolução de demandas mais simples.

O atual paradigma do interesse processual sem pretensão resistida

Uma vez apresentados os conceitos básicos do Projeto Empodera e os aspectos processuais que serão aqui abordadas, imediatamente podem surgir dúvidas quanto ao seu eventual conflito ou desajuste com o princípio constitucional do amplo acesso à justiça. Entretanto, antes de analisar esta importante questão, mostra-se pertinente abordar aspectos relativos ao significado e ao uso do termo *paradigma*.

O conceito de paradigma e a teoria de Thomas Kuhn

O termo paradigma tem origem na palavra grega παράδειγμα e desempenhou um papel importante na teoria do argumento de Aristóteles, especialmente na Retórica.

Ocorre que nas traduções da obra de Aristóteles, tal vocábulo foi muitas vezes vertido para o termo “exemplo” e o termo paradigma adquiriu um uso estritamente restrito e não corrente, sobretudo nas línguas de origem latina, no inglês e no alemão.

Nos anos de 1930, os integrantes do influente grupo filosófico conhecido como Círculo de Viena utilizavam frequentemente tal termo, mas foi na década de 1960 que o estadunidense Thomas Kuhn (físico, historiador e filósofo) apresentou sua obra “A estrutura das revoluções científicas” e utilizou o termo paradigma como um dos pilares de sua teoria, a qual é aplicada por muitos que consideram que o direito é uma ciência, mas uma ciência social que não tem por base a epistemologia das ciências

da natureza, pois, dentre outros aspectos, o direito admite mais de uma resposta para a mesma pergunta, diferentemente das ciências naturais, tais como a física, a astronomia e a química.

Kuhn utiliza o termo paradigma para se referir a realizações científicas geralmente sem precedentes que tem a característica de atrair grande parte da comunidade científica dentro de um consenso aparente e, ao mesmo tempo, apresenta-se aberto o suficiente para permitir que uma grande gama de problemas seja resolvida pelos praticantes da ciência².

O paradigma na teoria de Kuhn serve como elemento estabilizador de uma comunidade científica e viabiliza uma fase em que não há grandes discussões acerca dos principais postulados, sendo muito útil em qualquer área de estudo, uma vez que são evitadas naturalmente as disputas sobre os fundamentos divergentes defendidos por grupos científicos distintos.

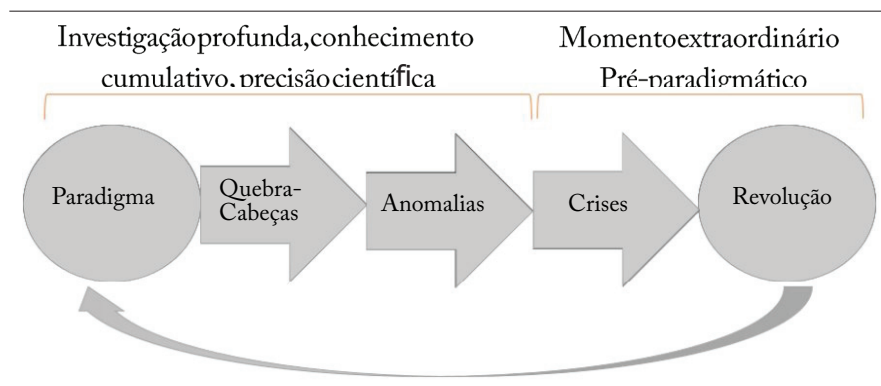
Kuhn denomina tal fase como a da **ciência normal**, onde determinados conceitos são aceitos pela maioria e há uma dedicação no aprofundamento das pesquisas com base neles, especialmente na busca pela solução de **quebra-cabeças científicos**. Trata-se de uma fase de grande precisão científica e aprimoramento em determinada comunidade.

Ocorre que aludida teoria prevê que os paradigmas, depois da fase de estabilização, passam por uma fase onde surgem **anomalias**, pois os paradigmas começam a ser falseados ou não conseguem responder as novas questões que se apresentam e entram em uma fase de **crise** que acarreta uma **revolução**.

Em decorrência dessa crise, surgem novos paradigmas que, por meio de uma revolução, substituem os anteriores e geram a **movimentação do paradigma** ou quebra do paradigma, de tal modo que o ciclo se reinicia com uma nova fase de ciência normal.

Com base na teoria de Kuhn, temos, portanto, um ciclo que contempla:

2 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Neolson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 72.



O atual paradigma de acesso à justiça

Podemos aplicar a teoria de Kuhn ao atual paradigma brasileiro de acesso à justiça sem a necessária observância das regras processuais atinentes às condições da ação, notadamente no que se refere ao interesse processual.

O acesso à justiça, garantido pelo princípio de inafastabilidade da jurisdição ou direito de ação (CF, art. 5º, XXXV) constitui um importantíssimo elemento do Estado Democrático de Direito e não pode ser, de forma alguma, ameaçado. O mandamento constitucional que garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” deve ser fielmente observado e respeitado.

O paradigma de amplo acesso à justiça é uma garantia muito positiva para a sociedade, um dos pilares de uma estrutura estatal justa e funciona como efetivo instrumento de pacificação e equilíbrio social.

Entretanto, o paradigma prático que se nota no Brasil é o de que, por muitas vezes, o acesso à distribuição de uma ação judicial, ainda que em desacordo com o sistema processual vigente, deve ser privilegiado em respeito ao inciso XXXV do art. 5º da CF.

Nas ações que tramitam sob a égide da Lei 9.099/95, na parte que regula os Juizados Especiais Cíveis, percebe-se uma quantidade impressionante de ações judiciais distribuídas sem que o autor tenha, sequer, comunicado ao réu que havia uma pretensão que não estava sendo atendida.

Conforme mencionado anteriormente, de acordo com dados divulgados pela empresa Mercado Livre (maior *marketplace* da América Latina), 40% dos usuários que acionam a empresa nos Juizados Especiais não fizeram nenhum contato prévio ou reclamação perante a empresa, sendo que, no Rio de Janeiro, tal índice chega a 56%.

Vale repisar que referida empresa dispõe de ferramentas eletrônicas e uma grande equipe própria interna dedicada ao tratamento de reclamações e também destinada à realização de mediações entre vendedores e compradores de produtos que usam seu *website* de *marketplace*. O índice de solução de controvérsias na equipe de mediação interna é próximo a 100%.

Adicionalmente, a empresa também atende reclamações registradas no consumidor.gov.br administrado pela SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor – Ministério da Justiça), no qual mantém um índice de solução superior a 85%³.

Verifica-se, pois, no caso específico do Mercado Livre, que independentemente de existirem canais adequados, gratuitos e rápidos para que o demandante ao menos dê ciência à parte contrária da existência de sua pretensão, muitos deles buscam diretamente a via judicial, de tal modo que o judiciário admite tais ações judiciais e aprecia o mérito das questões.

Assim, diante da dinâmica pautada no atual paradigma, é franqueado o acesso aos autos de um processo e proferida uma decisão de mérito, muitas vezes, sem, sequer, estarem presentes os elementos do conceito clássico de lide criado por Carnelutti, o qual considera lide como um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

Vale lembrar que o Código de Processo Civil vigente estabelece em seu art. 485, VI que o juiz não pode resolver o mérito da ação, ou seja, proferir uma sentença de mérito, quando verificar a ausência de interesse processual⁴.

O interesse processual pode ser analisado sob dois aspectos: (i) **Utilidade**, ou seja, o processo deve propiciar um proveito ao demandante; e (ii) **Necessidade**, de tal modo que é preciso demonstrar que tal utilidade somente pode ser obtida por intermédio da ação judicial.

³ Disponível em: <<https://goo.gl/LBWczX>>. Acesso em: 14/10/2017.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil* (2015): art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual [...].

Nos interessa especialmente o aspecto da **necessidade**, a qual, segundo Chiovenda pode ser entendida no sentido de que: “De modo geral, é possível afirmar que o interesse de agir consiste nisto, que, sem a intervenção dos órgãos jurisdicionais, o autor sofreria um dano injusto.”⁵

Conforme lição de Nelson Nery, ao comentar o inciso XXXV do art. 5º da CF, a observância das regras processuais e a necessidade de preenchimento das condições da ação são limitações naturais e legítimas ao exercício do direito de ação:

“**Limitações ao direito de ação.** A necessidade de serem preenchidas as condições da ação (CPC 267 VI) e os pressupostos processuais (CPC 267 IV), de serem observados os prazos para o exercício do direito de ação, bem como de serem obedecidas as formas dos atos processuais significa limitação natural e legítima ao exercício do direito de ação.”⁶

Independentemente do sistema legal vigente, o atual paradigma direciona os juízes a uma relativização extremada da regra que veda expressamente a apreciação do mérito de uma ação judicial quando ausente o interesse processual, fazendo com que, em muitos casos, o art. 485, VI deixe de ser aplicado.

Medidas adotadas na tentativa de reverter a crise na qual se encontra o sistema judiciário

Ainda seguindo a lógica da teoria de Kuhn, constata-se que o sistema do Poder Judiciário brasileiro vem passando por **anomalias** e está em **crise**. A crise da extrema judicialização dos conflitos.

A respeito da atual situação no Brasil, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme ressaltou as implicações da atuação da máquina estatal, lançando mão do Poder Judiciário para oferecer as respostas à sociedade no intuito de fazer com que a paz social seja novamente atingida:

515. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 226.

6 NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2013, p. 224.

“Ocorre, porém, que esse caminho deixou de ser lógico tendo em vista a saturação da via judicial, na medida em que o aparelho estatal não conseguiu mais dar conta de resolver os inúmeros litígios que com o tempo passaram a se avolumar nos recintos com esse fim. Muitas são as justificativas para tanto, que tratam desde a tendência beligerante do brasileiro – que por vezes se socorre do Judiciário, ainda que de forma descabida –, até os muitos entraves que o próprio procedimento processual ainda impõe e prolonga a resolução da contenda.”⁷

Diante disso, ano após ano, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) juntamente com os tribunais e demais unidades do Poder Judiciário vem aplicando políticas com vistas a reduzir a judicialização, merecendo destaque especial a Resolução nº 125 de 29/11/2010 do CNJ⁸ que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Todavia o problema da exacerbada judicialização das controvérsias não foi resolvido.

Foram criados nos tribunais os NUPMECs (Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) e os CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) com um forte incentivo à conciliação e à mediação, os quais realizam um excelente trabalho de capacitação e treinamento de profissionais, além de executar muito bem o papel de conciliar e mediar.

Há também as atividades exercidas com competência pelo FONAMEC (Fórum Nacional de Mediação e Conciliação) cujo objetivo é o implemento da mediação e conciliação para fomentar a paz com a apresentação e discussão de propostas de alterações legislativas, desenvolvimento de sistemas e canais de comunicação, congregação de magistrados e servidores que atuem com mediação e conciliação para aperfeiçoamento e intercâmbio, além de melhorar a articulação e integração com o CNJ, órgãos governamentais e demais entidades.

No campo legislativo, o Código de Processo Civil de 2015 dedica diversos trechos à mediação e à conciliação, tornando, inclusive, obrigatória a

7 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: Meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 5.

8 Disponível em: <<https://goo.gl/Ghsp7s>>. Acesso em: 14/10/2017.

audiência de conciliação ou mediação, nos termos do art. 334, *caput*⁹ – salvo exceções específicas. Tal é a importância que o CPC dá aos meios adequados de solução de controvérsias que a palavra *mediação* aparece 39 vezes na lei, ao passo que o termo *jurisdição* aparece 30 vezes e *contraditório* 7 vezes.

Foi promulgada, ainda, a Lei nº 13.140/2015, também conhecida como Marco Legal da Mediação que trata de modo específico tal instituto.

Muito embora essas iniciativas e muitas outras tenham sido adotadas, fato é que a cultura demandista no Brasil não foi alterada e o índice de judicialização no Brasil ainda é extremamente elevado, gerando altos custos para os particulares e para o Estado, além de não resolver as controvérsias de modo pleno.

Tratam-se de medidas realmente positivas que devem ser desenvolvidas e estimuladas, todavia, acreditamos que ainda falta um elemento que complemente o cenário necessário para a mudança da realidade.

A movimentação do paradigma jurisdicional para desestimular ações judiciais desnecessárias

O termo *desnecessárias* é aqui utilizado em seu sentido lato, mas com clara vinculação ao termo *necessidade* em seu sentido estrito processual, conforme já mencionado, como um elemento que compõe a estrutura do interesses processual.

O ajuizamento de ações sem a real existência de uma pretensão resistida e a efetiva necessidade da provocação da jurisdição decorre de diversos motivos, mas, é inegável que um índice superior a 40% (chegando a 56% no RJ) em uma empresa que oferece canais internos e externos para reclamação e mediação gratuita, a princípio, não pode ser considerado razoável.

Como estímulo à judicialização temos a gratuidade da justiça sem uma efetiva análise do cabimento ao caso prático, o não pagamento de custas nos Juizados Especiais em primeiro grau e o trabalho de alguns advogados que arregimentam e incentivam principalmente consumidores para a proposição de ações contra grandes empresas.

9 BRASIL. *Código de Processo Civil*(2015): 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.

A questão da gratuidade é de fundamental importância, o que aqui não se questiona, mas deve ser considerada na análise do aspecto de incentivo ao ajuizamento de ações, sem que exista o interesse processual – necessidade.

Temos, portanto, um cenário no qual não há riscos para o autor de uma ação, ainda que indevida, aliado ao posicionamento de relativização da aplicação da regra de não resolução do mérito quando ausente o interesse processual.

A proposta aqui apresentada é no sentido de efetiva aplicação da regra processual que já prevê a extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do já mencionado artigo 485 do CPC/15, sendo que tal matéria pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

Importante ressaltar que neste estudo não há uma proposta de condicionamento do acesso ao judiciário à prévia provocação de um canal específico de atendimento ou a determinado site público de tratamento de reclamações. O que se propõe é que seja analisado pelo magistrado se realmente há demonstração na petição inicial da existência de resistência à pretensão pleiteada e, conseqüentemente, interesse processual face à necessidade de tutela jurisdicional.

Pelo óbvio, no que se refere às empresas que atuam no mercado de consumo, a existência de canais de atendimento, de solução de conflitos e o atendimento ao menos a um canal externo isento, como o é o consumidor.gov.br, facilitam a análise do juiz quanto a uma eventual alegação por parte do autor de impossibilidade de tentativa de solução da controvérsia de modo extrajudicial.

Portanto, a aplicação da regra processual vigente, em total consonância com a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, apresenta-se como elemento que complementa as iniciativas estatais e privadas na busca pela mudança da cultura demandista que assola o país.

Uma nova abordagem jurisdicional da questão

A movimentação ou mudança de um paradigma ocorre por meio de um processo que Thomas Kuhn chama de *revolução*, sendo a *revolução* antecedida de um sentimento de não funcionamento satisfatório do paradigma antecedente (*anomalias*):

“As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.”¹⁰

Atualmente já temos episódios importantes no Poder Judiciário que demonstram a insatisfação com o paradigma atual e vem aplicando a regra do interesse processual de modo mais efetivo.

No emblemático julgamento do Recurso Extraordinário 631.240/MG – Repercussão Geral – ocorrido em 03/09/2014, foi decidido que:

“1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas. [...]”

No julgamento desse Recurso Extraordinário, afirmou o Ministro Luís Roberto Barroso (relator):

“Como se percebe, o interesse em agir é uma condição da ação essencialmente ligada aos princípios da economicidade e da eficiência. Partindo-se da premissa de que os recursos públicos são escassos, o que se traduz em limitações na estrutura e na força de trabalho do Poder Judiciário, é preciso racionalizar a demanda, de modo a não permitir o prosseguimento de processos que, de plano, revelem-se inúteis, inade-

quados ou desnecessários. Do contrário, o acúmulo de ações inviáveis poderia comprometer o bom funcionamento do sistema judiciário, inviabilizando a tutela efetiva das pretensões idôneas.”

Também se manifestou o Ministro Luiz Fux, no seguinte sentido:

“Então, há, aqui, dados que comprovam que essa franquia imoderada, esse uso vulgarizado da via judicial fez aumentar percentualmente em um número alarmante o número de ações judiciais, quando é mais fácil, para o cidadão, ingressar no INSS.”

Existem inúmeros outros julgados do STF e também do STJ no mesmo sentido, mas a questão relativa ao INSS merece destaque, pois foi decidido que realmente é necessária a prévia provocação da esfera administrativa, salvo algumas exceções, antes do ajuizamento de uma ação judicial.

Temos também uma importante corrente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na qual alguns juízes de primeiro grau suspendem o processo ao verificarem que a ação é contra uma empresa que está cadastrada e atende as reclamações do site Consumidor.gov.br, bem como que o autor não demonstrou a resistência à sua pretensão. Tal suspensão se dá para que o autor utilize referido site para tentar solucionar a controvérsia ou comprovar a resistência à sua pretensão com o histórico do atendimento frustrado, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de interesse processual²¹.

O *leading case* dessa corrente foi o Agravo de Instrumento nº 0083940-28.2015.8.21.7000 (numeração CNJ) – 70063985626 (numeração sistema Themis do tribunal) julgado em 26 de agosto de 2015 pela Nona Câmara Cível do TJ/RS, no qual o Desembargador Carlos Eduardo Richinitti foi o relator. Em seu voto afirmou que:

“De fato, o Judiciário não pode ser visto nos nossos dias da mesma forma como era visto décadas atrás, antes da explosão da litigiosidade de massa. O número de demandas que eram ajuizadas tempos atrás era sensivelmente menor do que o atual. Ainda que tenha havido crescimento da estrutura do Judiciário desde então, pode-se dizer que estamos chegando no limite de expansão do mesmo. Nenhum Estado democrático moderno pode se dar ao luxo de expandir a estrutura de seu Judiciário de forma ilimitada. O Judiciário resolve problemas passados, mas a sociedade depende, para sua evolução, de

10 Kuhn, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Neolson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 178.

resolução de problemas presentes e de investimentos pesados para tentar melhorar o futuro. Em todas as manifestações sociais dos últimos anos, e de todas as pesquisas que periodicamente são feitas, nunca, em nenhum momento, a população manifestou desejo de que se aumentasse a estrutura do Judiciário para que ele se tornasse mais ágil e célere. O que a população quer, substancialmente, é mais saúde, mais segurança e mais educação.”

Os exemplos acima têm a finalidade de demonstrar que, em razão das anomalias e da crise no sistema, já há uma importante movimentação no paradigma de aplicação efetiva da regra processual que estabelece como necessária a presença do interesse processual, pautado na necessidade e na existência de uma pretensão resistida.

Vale repetir que não se questiona a garantia constitucional de acesso à justiça, mas sustenta-se aqui que o direito de ação seja exercido com regularidade, uma vez que o exercício regular de um direito está sujeito a regras e critérios estabelecidos legalmente.

Conclusão

Conforme demonstrado, a adoção de medidas pelo Estado e pela sociedade civil com o objetivo de reduzir o índice de judicialização no país já vem trazendo inúmeras inovações que constituem uma profícua evolução no modo como são tratadas as controvérsias entre fornecedores e consumidores, entretanto, não trouxeram uma redução efetiva na quantidade de questões que são levadas ao Poder Judiciário.

Trata-se de um caminho necessário e importante, mas não demonstrou até o momento que oferecerá condições para a solução do problema, sem a combinação com outros fatores que desestimulem a provocação da jurisdição para a solução de toda e qualquer controvérsia.

Neste trabalho é proposta uma abordagem complementar e compatível com o que já vem sendo feito para o estímulo do uso dos meios consensuais de solução de controvérsias, de tal modo que seja proporcionado o empoderamento ao consumidor e, adicionalmente, a aplicação das regras processuais pelo Poder Judiciário de modo assertivo.

Conclui-se que, um pilar indispensável para a mudança do atual paradigma que levou à crise no judiciário encontra-se nas mãos da

própria jurisdição, uma vez que a exigência da presença dos requisitos para o regular exercício do direito de ação, notadamente o interesse processual pautado no requisito da necessidade e da presença da pretensão resistida constitui um elemento fundamental para o descortinamento de uma nova dinâmica social na qual os indivíduos somente ajuízem ações judiciais como última opção para a solução de uma controvérsia.

Referências

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001. p. 325.

BONATTO, Cláudio. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 46.

CHIESI FILHO, Humberto e WIENSKOSKI, Rodrigo Pirajá. *O acesso à justiça, os meios alternativos de soluções de controvérsias e o interesse processual na relação de consumo envolvendo fornecedores de grande porte*. Em: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais* – Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 119.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 226.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, pp. 474/475.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: Meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 5.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Neolson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 72.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 50.

_____. *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo: RT, p. 87.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 10.

NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2013, p. 224.

Demais Referências

ASSOCIATION OF CORPORATE COUNSEL. *ACC Annual Meeting 2016*.

“Session 511: Going Global: A Direct-to-Consumer Global Market Expansion Primer”, Presenters: Shaka Johnson, Associate General Counsel, Oculus VR LLC, Jonathan Jung, General Counsel, iLuv Creative Technology, Simon Seidler, Associate General Counsel, GoPro – 16-18 de Outubro, 2016.

BRASIL. *Código de Processo Civil (2015)*: arts. 334 e 485.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Justiça em Números*. Disponível em: <<https://goo.gl/SkojHx>>, p. 51. Acesso em: 15/10/2017.

MERCADO LIVRE. *Termos e Condições Gerais de Uso*. Sumário e item 19.

Disponível em: <<https://goo.gl/kBGcgy>>. Acesso em: 09/10/2017.

NEXO JORNAL. *A origem do conceito de empoderamento, a palavra da vez*. Disponível em: <<https://goo.gl/MPVdBt>>. Acesso em: 09/10/2017.

SENACON. *Consumidor.gov.br*. Disponível em: <<https://goo.gl/LBWczX>>. Acesso em: 14/10/2017.

UNCTAD. *Global Investment Trends Monitor*. Disponível em: <<https://goo.gl/w3N7B6>>, p. 5. Acesso em: 15/10/2017.

O poder de reforma e a autocomposição envolvendo entes públicos

Kaline Ferreira Davi

Doutora em Direito Público pela *Université Montesquieu Bordeaux IV*, Mestra em Direito Público Universidade Federal da Bahia, Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia, Advogada da União.

Eliane Vieira da Motta Mollica

Procuradora da Fazenda Nacional.

Introdução

O poder judiciário brasileiro vive sobrecarregado de ações judiciais, nas quais, comumente, um dos polos é ocupado por um ente público. São litígios em massa, a maioria, sem qualquer

complexidade técnica. Porém, quando complexos, o são de forma tão aguda, envolvendo tantos sujeitos, e exigindo tantas reformas no campo político, que a atividade jurisdicional se mostra incompatível com a resolução do conflito.

O que se constata é que a atividade administrativa há muito no Brasil renunciou a gestão de crises. A ação de gerir, seja no público ou no privado, exige o enfrentamento dos conflitos. A Administração pública brasileira delegou indevidamente para o Poder Judiciário uma parte da sua atividade própria de gestão. A geração de conflitos é uma aptidão própria do Estado, ele vai gerar conflitos sempre, isso é inerente à sua dimensão e à sua natureza, todavia, é no tratamento dispensado a esse conflito e no trato com os sujeitos envolvidos que reside a capacidade estatal de estabelecer uma postura positiva de gestão, de boa administração.

Diminuir a litigiosidade perante o Poder Judiciário é importante, tratando-se os entes públicos de ocupantes das cinco primeiras

posições no ranking dos maiores litigantes, é imperioso que o Poder Público se empenhe para isso; contudo, melhorar a relação entre Cidadão e Estado, tornar a Administração Pública mais dialógica e, principalmente, incluir a autocomposição de litígios como parte de um poder de reforma de políticas públicas, isso representa uma virada marcante na posição adotada há anos pela Administração Pública brasileira.

A ideia de conceber apenas um sistema interno de solução de litígios sem intervenção judicial não é verdadeiramente suficiente. Aplicar um procedimento mais leve, ágil e eficaz no deslinde dos litígios, em muito pouco tempo, atrairia uma massa de litígios, inclusive de uma demanda represada, comparável ou até superior àquela que abarrotava o sistema Judiciário atualmente, o que inviabilizaria também essa via consensual.

Diante dessa realidade, decidimos, então, pesquisar um mecanismo autocompositivo mais completo, que, além de possibilitar de forma mais eficiente, direta e imediata a solução individual do conflito, que permitisse também uma atuação mais ampla, capaz de provocar a reestruturação de políticas públicas com o intuito de inibir a geração de novos conflitos em sua origem.

Nesse contexto, imperativo se afigura a compreensão da Administração Pública a partir de uma atuação proativa em relação ao apaziguamento dos conflitos entre o Estado e os particulares¹¹. O exercício da função jurisdicional na resolução de litígios que envolvem a Administração revela-se suficiente como forma de controle externo da atividade administrativa, enquanto a solução interna de litígios contemplará função muito mais complexa, de verdadeiro poder reformador.

A partir de um sistema criado com a finalidade de incorporar a gestão das crises/conflitos como parte integrante da função administrativa, nós teremos uma Administração Pública apta a melhorar a qualidade das relações que mantem e assim reduzir o grau de litigiosidade dessas relações.

O modelo europeu

A magistratura de influência se caracteriza pelo exercício de um poder político não coercitivo. Ela é exercida por várias instituições in-

11 MIRAGEM, Bruno. *ANova Administração Pública e o Direito Administrativo*. 2. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 42.

ternacionais, em particular pela Organização das Nações Unidas, e, é parcialmente utilizado pelas Autoridades Administrativas Independentes Europeias, especificamente, pelo “*Médiateur Européen*” e pelo “*Défenseur des Droits*” francês. No Brasil, embora doutrinariamente não seja feita referência direta à Magistratura de Influência, consideramos que as autoridades brasileiras legitimadas para estabelecer o Termo de Adequação de Conduta – TAC utilizam-se dessa técnica de pacificação para estabelecer uma solução extrajudicial a um conflito.

Essas instituições solucionam os conflitos não apenas pelo consenso, mas exercendo também o que se denomina de autoridade moral. Como tudo acontece diante de um mediador, essas técnicas autocompositivas necessitam de um terceiro que intervenha no litígio, não apenas como um conciliador neutro para obter uma solução, mas sim para pesar na resolução do litígio, sugerindo à administração, assim posta sob influência, uma solução investida de sua *autoridade moral*¹².

Assim, cada uma dessas instituições que se utilizam da magistratura de influência é classificada por nós como uma instituição capaz de exercer a sua *autoridade moral* para avaliar a situação, mostrar as possibilidades de solução e influenciar ora a administração pública, ora entes privados, a realizar determinados comportamentos e atitudes. Essas instituições mantêm as especificações e particularidades que lhe são próprias, e, a potencialidade desse poder de influência varia a depender da sua credibilidade política e moral dentro da própria administração pública.

A importância da magistratura de influência avulta como mecanismo autocompositivo de resolução de conflitos entre o Estado e diversos atores sociais, porquanto esta via alternativa ao contencioso jurisdicional torna possível a assimilação da complexidade da sociedade e reduz a insegurança jurídica sobre litígios através de um mecanismo de resolução de conflitos que oferece possibilidades de resolução autoconstruídas pela Administração Pública.

Na magistratura de influência, a presença da Administração no vértice do sistema torna possível uma auto referência negativa do poder: o uso do poder para aperfeiçoar o exercício do poder. Esta auto referência reforça a legitimidade das decisões resultantes desse modelo de resolução de conflitos.

12 BRISSON, Jean-François. Bibliothèque de Droit Publique. T. 185. *Les Recours administratifs en droit public français*, Paris: LGDJ, 1996, pp. 202 et 215.

Além disso, a racionalidade das operações da Administração Pública depende da capacidade dela de se auto-organizar, imunizando-se da repolitização de suas estruturas em processos jurisdicionais. Um planejamento racional da organização é possível se a organização pode estruturar seus próprios processos decisórios de modo a apreender, e aprender por si mesma¹³. Critérios de oportunidade deste tipo reforçam a estabilidade das organizações ao imunizá-las das ingerências do Poder Judiciário.

OTAC como modelo brasileiro de magistratura de influência

O TAC foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 211 da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e pelo artigo 113 da Lei 8078 de 11 de Setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), que acrescentou um dispositivo na Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985 (Lei da Ação Civil Pública).

O objetivo deste instituto é a implementação da conciliação de interesses indisponíveis antes da jurisdicionalização do litígio e, se possível, antes que o dano se torne irreversível. Na maioria dos casos, devido à natureza dos interesses em questão, a medida obtida de forma preventiva é sempre mais importante, porque o titular do direito será o beneficiário da proteção e da reparação efetiva e específica de seus bens e de seus direitos em vez de uma simples reparação pecuniária insuficiente.

De acordo com as observações de Humberto Dalla e de Bianca Farias, para alcançar seus objetivos, o TAC tem como objetivo reconduzir o comportamento incompatível com a lei no momento da violação ou ameaça de violação do direito coletivo. Assim, o caráter preventivo do TAC define sua principal finalidade a fim de evitar o dano ou de impedir a sua continuidade através de uma aplicação negociada da lei¹⁴.

Além disso, os autores apontam ainda que após a assinatura do TAC, uma nova situação jurídica nasce proveniente de seus efeitos

que podem ser classificados em quatro categorias principais: *a fixação da responsabilidade do sujeito, a formação de um título executivo, a suspensão do procedimento administrativo em andamento e o encerramento definitivo das investigações após a resolução*¹⁵.

A legitimidade ativa para celebrar o TAC foi concedida apenas às pessoas jurídicas, públicas e privadas ou entidades públicas dotadas de autonomia. Segundo o art. 5º da lei 7.347 de 24 de julho de 1985 foram legitimados concorrentemente: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É importante notar que o direito brasileiro dispõe de mecanismos para assegurar que as partes se beneficiem de um processo justo, equitativo e compatível com a ordem democrática no contexto das ações de classe ou coletivas. Trata-se da divulgação da ação, de modo a permitir a todos os interessados a participar do processo e da exclusão dos efeitos da decisão de todos aqueles que não participaram do processo¹⁶. Finalmente, deve-se observar a possibilidade de as partes assinarem um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Por este documento qualquer entidade ou órgão público legitimado para iniciar a ação se acorda com a parte à qual é acusada de um comportamento irregular, a fim de obrigá-la a corrigir o seu comportamento. No caso de não cumprimento do acordo, da parte inadimplente poderá diretamente se exigir a execução sem que seja necessário instaurar qualquer recurso jurisdicional e provar os fatos anteriores¹⁷.

A discussão sobre a qualificação jurídica do TAC não é uma tarefa fácil. Em primeiro lugar, vale destacar que o TAC não possui similar em outros institutos estrangeiros. Esta autenticidade do Instituto

13 DE GIORGI, Raffaele. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.256, pp. 9-22, jan/abr, 2011. pp. 20 e 21.

14 DALLA, Humberto et FARIAS, Bianca de. *Apostamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <<https://goo.gl/uRhyWg>>. Consultado em 27 de fevereiro de 2011, p. 15.

15 DALLA et FARIAS. Op., cit., p. 15.

16 DALLA, Humberto. *Ações de classe, direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Disponível em: <<https://goo.gl/44UhBm>>. Consultado em 27 de fevereiro de 2011.

17 BARROSO, Luis Roberto. *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine*. Disponível em: <<https://goo.gl/Se7xXv>>.

Brasileiro endurece o debate em torno de sua qualificação jurídica. Outros mecanismos tais quais a transação penal e as ações coletivas encontram similares principalmente no direito americano, nas figuras da “*plea bargaining*”, da “*plea guilty*” e das “*class actions*”¹⁸.

A doutrina brasileira divide-se entre aqueles que consideram o TAC como uma transação, ou que consideram como o reconhecimento jurídico da demanda e outros que a veem como um ato jurídico bilateral¹⁹. Em nossa opinião, o TAC é um modo consensual de resolução de

litígios administrativos, porque, na maioria dos casos, ele é realizado por uma autoridade administrativa ou pelo Ministério Público na defesa do patrimônio público ou interesses públicos, como um inibidor prévio de uma ação coletiva²⁰.

Desta forma, não podemos admitir que as partes estejam em posição de horizontalidade. A pessoa jurídica ou a entidade legitimado para propor a celebração do TAC guarda uma supremacia sobre a outra parte. É ela quem vai garantir a eficácia da lei e que vai reenquadrar o comportamento lesivo às determinações legais. É ela também quem tem o poder de dizer como a lei será aplicada, não se enquadrando na posição de um mero concordante.

Não há concessão recíproca no TAC e seu objeto é sempre um interesse indisponível. Estes dois argumentos são os mais fortes para recusar a adoção de teorias de natureza jurídica transacional do TAC. Além disso, há nesta relação um organismo que ditará, de forma parcialmente autoritária, as condições capazes de liberar o que aceita o compromisso de uma persecução jurisdicional.

As concessões no TAC são, em princípio, proibidas. O TAC é um instrumento que não se destina a beneficiar terceiros que não cumprem a lei. O organismo que propõe o TAC não pode tampouco renunciar aos direitos que são objeto da sua ação, porque são direitos de natureza coletiva, cuja disponibilidade, sem autorização legal expressamente prevista, é contrária ao sistema jurídico brasileiro. No entanto, deve-se mencionar a exceção relativa a pequenas concessões concernen-

te ao modo de cumprimento das obrigações do TAC, prazos e outros aspectos que não comprometam a indisponibilidade do direito que é objeto do TAC²¹.

O simples fato de se liberar dos ônus da Justiça e de não figurar como um litigante perante o Estado já é suficiente para que a celebração do TAC se torne atraente para aquele que se compromete. Além disso, quem se compromete, ao escolher esta via não jurisdicional não renuncia ao controle judicial da legalidade das normas e condições estabelecidas.

Finalmente, podemos dizer que o TAC funciona como um modo consensual de resolução de litígios administrativos, procedimental, ágil, tendo dois objetivos: evitar o agravamento de danos aos direitos coletivos e evitar uma intervenção jurisdicional desnecessária. Estes dois objetivos se combinam e, juntos, tornam o TAC um procedimento atraente para todas as partes celebrantes.

Os objetivos visados pelo TAC são alcançados na medida da intensidade de influência exercida pelo organismo legitimado a formalizá-lo. Quem se compromete o faz convencido dos benefícios da assinatura do TAC em relação a uma ação judicial. A parte se obriga a cumprir as condições ali estabelecidas por reconhecer a autoridade moral do organismo que estabelece as condições. Assim, consideramos o TAC um autêntico exemplo de magistratura de influência praticada no Brasil.

A força da influência do organismo legitimado a propor o TAC é o fator mais importante de convencimento. Ele age não como um conciliador neutro, mas sim como um avaliador, que pesa na resolução do litígio, sugerindo as soluções possíveis, investida de sua autoridade moral.

Poder de recomendação – Fator preponderante

Para superar os efeitos ordinários que se espera normalmente de um mecanismo alternativo de litígio, a magistratura de influência se utiliza do poder de recomendação, poder este que é fortalecido pelo acesso a informações privilegiadas.

Esse poder de recomendação consiste na formulação de propostas gerais e impessoais visando reformas que evitarão novos con-

18 DALLA *et* FARIAS. Op., cit., p. 20.

19 RODRIGUES, Geisa de Assis. *AAção civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

20 SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004, p. 11.

21 DALLA *et* FARIAS. Op., cit., p. 24.

flitos. A partir do diálogo entabulado com o cidadão na tentativa de obter uma solução consensual, função também exercida pela magistratura de influência, o exercício do poder de recomendação será facilitado pela obtenção de dados precisos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas. A magistratura de influência figurará como um perfeito observatório da atividade administrativa.

É certo que esse poder de recomendação não se confunde com o poder de decisão do juiz e nem almeja qualquer semelhança. Esse poder é desprovido dos caracteres inerentes à coercitividade não apresentando qualquer força executória. A magistratura de influência é a capacidade de convencer sem constranger.

A autoridade investida da magistratura de influência desempenha uma função política, fundamentada na influência moral, e desenvolvida por duas missões básicas: a de intervenção nos conflitos e a de provocação de reformas¹. A primeira de dimensão individual e concreta; e a segunda, de dimensão coletiva e difusa.

Bernard Malignier considera que esse poder de recomendação guarda uma autoridade de *coisa recomendada*. Isso vale dizer que essa recomendação, embora desprovida da força jurídica da coisa julgada, guarda um valor infra regulamentar que decorre da credibilidade política de seus agentes e da publicidade negativa dos relatórios elaborados, que denunciam as práticas de má-administração. Essa publicidade acontece na França e na Comunidade Europeia, onde o *Défenseur des droits* e o *Médiateur Européen* divulgam amplamente todas as recomendações encaminhadas aos órgãos públicos, seguidos das medidas adotadas por cada um deles para sanar o problema detectado, ou denunciando a sua omissão².

As recomendações efetuadas pelo agente influenciador denunciam o problema e detalham o mais minuciosamente possível a solução, ou soluções que se mostram mais viáveis para o caso. Assim, a recomendação visa uma melhoria da atividade administrativa ou do serviço público, o que ultrapassa em muito os limites de um conflito entre o Cidadão e o Estado.

Um conflito gerado pela morosidade na concessão de tratamento médico pelo Estado para pacientes acometidos de tumores ma-

lignos, por exemplo, pode ser gerado por uma falha no procedimento adotado pelo Ministério de Saúde. Exigência excessiva de exames médicos, prazos dilatados na obtenção de alguns resultados, enfim, formalidades que podem representar o foco gerador das demandas judiciais. Com a implantação de um sistema de magistratura de influência, esses fatos geradores seriam revelados pela repetição do problema em conflitos individuais levados perante o mediador, e, provocariam uma recomendação para o órgão envolvido, a partir do que foi detectado, com indicação de possíveis soluções.

Para o demandante, uma ação dessa natureza tem um impacto muito maior do que a simples solução do conflito posto em análise. De forma imediata, a solução concreta e individual do problema é que atrai o Cidadão a se socorrer de um sistema de solução alternativa de litígios administrativos, contudo, é a partir dessa motivação pessoal de cada suposto lesado, que a Administração alcança uma posição privilegiada para realizar as reformas de abrangência coletiva. A magistratura de influência se alimenta e se retroalimenta a partir dessas duas principais funções¹.

O consenso e o contencioso administrativo

A Administração Pública quando almeja desenvolver um sistema consensual de solução de litígios deverá se concentrar antecipadamente em adaptar as concepções adotadas pelo direito privado acerca da mediação e da conciliação.

A conciliação é tradicionalmente utilizada pelo direito privado e recentemente começou a interessar ao Direito Administrativo. Entretanto, em razão das peculiaridades e extravagâncias do sistema jurídico-administrativo, esse encontro de vontades e interesses deverá ser objeto de adaptações.

Na França Jean-François Brisson define a conciliação como o apelo das partes a um terceiro a fim de aproximar seus pontos de vista e de saber aproveitar dessa aproximação para propor uma solução de compromisso que elas serão livres para aceitar ou não. De outra parte, a mediação, para o autor francês, é a intervenção de um mediador entre

1 WALINE, Jean. *Droit administratif*, 22^{ème} Ed. Paris: Dalloz.

2 MALIGNIER, Bernard. *Les fonctions du Médiateur*. Paris: PUF, 1979.

1 Idem, p. 118.

as partes e um litígio, não como conciliador, para propor uma solução, mas para analisar a situação e sugerir a Administração, submetida à sua influência moral, uma solução viável para o caso².

Essa definição coloca a mediação sob a ótica do direito administrativo. Para o autor francês, numa relação de desigualdade jurídica o consenso puro e simplesmente jamais será obtido, portanto, necessário se torna o exercício um poder de convencimento fortalecido pela credibilidade moral de um dos agentes.

Segundo o dicionário Larousse, a palavra «mediação» se origina do latim «medius», o que está ao meio; «mediato», como o inverso de imediato, aquilo que se faz indiretamente, a partir de um intermediário. Já o verbo «conciliar», ele vem do latim «conciliare», significando «unir». Esse percurso etimológico é determinante para nos conduzir a algumas deduções importantes sob a definição de mediação e conciliação. A conciliação implica que as partes estejam reunidas, e sozinhas, cheguem a um acordo de vontades; o conciliador não deve buscar uma solução, mas apenas deixar que a solução sobressaia da discussão. Em relação ao mediador, ele intervém quando as partes não têm esperança de encontrar uma solução e prefere se submeter a um terceiro para que ele, investido de uma autoridade moral, oriunda de conhecimento técnico e de idoneidade moral, emita um parecer sobre a questão, propondo uma solução para por fim à controvérsia.

Esses duas autoridades administrativas – *Défenseurs des Droits* e *Médiateur Européen* – desempenham uma função de influenciar numa solução. O *Médiateur Européen* tem o papel inicial de por um fim no litígio entre o cidadão e a administração-comunitária de forma mais rápida e mais serena possível. Em razão de sua autoridade moral, o *Médiateur* consegue frequentemente conduzir as partes a uma solução amigável, ou seja, sem intervenção do juiz³.

O traço consensual é comum a todos os modos de configuração dos litígios extra-judiciais. É a diferença de dimensão dessa característica consensual que vai impor as particularidades deles. A melhor forma de resolver os litígios é certamente uma maneira harmonizada de colocar fim

a uma disputa sem a imposição de uma decisão por um terceiro, e, graças aos esforços das próprias partes em conflito. Em teoria, nenhuma hierarquia entre as partes deveria existir, nem nenhuma imposição de poder ou de vontade quando a forma de resolução é consensual.

Porém, nós podemos concluir, a partir do breve enunciado sobre o TAC, sobre o *Médiateur Européen* e sobre o *Défenseur des Droits* de que a presença do consenso existe, mas, não é decisiva e solitária para atingir o objetivo almejado. Os meios amigáveis de resolver os litígios administrativos são, desse modo, trazidos para um confronto com os meios judiciais. Por outro lado, eles não apresentam peculiaridades em relação ao consenso obtido nos conflitos privados.

A vontade administrativa não é da mesma natureza que a vontade humana, ela é externa, objetiva e institucionalizada, enquanto que a vontade dos cidadãos é interna, subjetiva e pessoal. Assim, a construção do consenso que depende, nesses casos, de uma conciliação das vontades de natureza diversas, vai enfrentar dificuldades anormais, não encontradas no direito privado⁴.

Os procedimentos constituem as formalidades necessárias para demonstrar a legitimidade da formação da vontade pública. Logo, a complexidade da natureza de uma vontade que não é humana, exige técnicas que, para a sua formação, fogem ao senso comum.

As instituições que utilizam a influência estão mais adaptadas ao contencioso administrativo que os meios puramente consensuais. A autoridade moral da magistratura de influência torna o procedimento mais ágil e mais eficaz. A condução do tratamento dos conflitos por uma autoridade administrativa torna o arranjo final mais confiável do ponto de vista formal.

O resultado mais satisfatório destes procedimentos no Brasil e na França, em nossa opinião, é devido à adaptabilidade dessas técnicas às necessidades e às especialidades do contencioso administrativo. O consenso avaliado e induzido representa uma tendência das formas alternativas de litígio aplicadas à realidade Administrativa. As partes encontram uma conciliação de interesses após a intervenção de alguém que é uma autoridade independente e que persegue o interesse público.

A função mais ativa desempenhada por mediador pensado em termos institucionais e publicísticos, em comparação com o conciliador,

2 BRISSON, Jean-François. Régler autrement les litiges administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés? *Revue de Droit Public*, 1996. pp. 792-846.

3 MUNOZ, Frédérique. *Pour une logique de la conciliation*. AJDA, 1997, p. 41.

4 DELAUNAY, Bénédicte. Bibliothèque de Droit Public, T.172, *L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés*. Paris: LGDJ, 1993.

concede maior dinamismo a esses mecanismos, e os torna, ao mesmo tempo, mais eficazes. Em revanche, esta posição mais indutiva para o encontro de uma solução pode suscitar alguma desconfiança por parte do Cidadão que, em geral, não tem uma boa imagem da Administração. O equilíbrio entre a indução e a neutralidade é fundamental, até mesmo porque esse poder de convencimento não poderia ultrapassar o sensível e ténue limite entre o convencer e o constranger, esse último jamais permitido. A parte tem que ser livre para aceitar ou não as propostas formuladas. O impacto dessa técnica influenciadora e não puramente conciliatória, gerará alguma oposição, uma vez que atinge o essencial dos métodos consensuais. Os questionamentos serão muitos, as objeções também, todavia, trará para o debate e descortinará algumas convicções muito pouco discutidas. A primeira delas a diferença entre os sistemas público e privado e a necessidade de filtragem das técnicas consensuais para o direito público; a segunda, a necessidade de, diante dessas diferenças, principalmente da verticalidade presente na relação pública, assegurar as devidas garantias a quem se propõe a compor com o Estado; a terceira, eleger quem ou qual a carreira será capacitada para exercer essa competência e a forma de seu exercício.

Legitimação para exercer a magistratura de influência

A pergunta central acerca da magistratura de influência é saber quem dentro da estrutura administrativa estaria mais apto para exercê-la.

Lembremos que um dos fatores responsáveis pela originalidade desse mecanismo de solução de litígio é a influência nas decisões administrativas, e a proposição de soluções para o litígio. Essa influência decorre de um poder de influência originado de uma credibilidade moral de quem desempenha essa função. Para tanto, o ideal é a criação de uma entidade com personalidade jurídica própria, com autonomia e independência.

Na Comunidade Europeia e na França os modelos de entidades que exercem a magistratura de influência são todos estruturados como Autoridades Administrativas Independentes.

Frequentemente qualificadas na França como novas magistraturas ou magistraturas morais, a criação das AAI pode ser apresentada

como a resposta a uma necessidade que a justiça não é capaz de satisfazer sozinha, por não saber ou não poder se adaptar às evoluções sociais mais complexas. Na verdade, essas organizações são dotadas de um poder autônomo de influência dentro de determinados setores.

A mediação, a conciliação e o equilíbrio entre a persuasão e a autonomia da vontade são as características determinantes do modelo administrativo que ensejou a criação das AAI na Europa. O Estado contemporâneo não é mais o imperador, mas sim, o mediador. Ele não pode mais impor suas condições, mas pode negociá-las. É desta forma que de um lado o Estado vai legitimar a sua intervenção em relações predominantemente privadas, e, por outro lado, vai conseguir bons resultados materializando o seu dever de eficiência.

Floriano Marques Neto intitula a função de regulação exercida no Brasil pela Agências Reguladoras de “*mediação ativa de interesses*”. O que se trata aqui exatamente é de se estabelecer estruturas do Estado que irão desempenhar um papel de mediador ativo em relação aos fortes atores sociais (grandes empresários privados) e também em relação aos atores economicamente frágeis (consumidores)⁵.

É exatamente na atuação das AAI e das AR que observamos a maior aptidão para desenvolver legitimamente a magistratura de influência. Essas estruturas administrativas contam com a independência política necessária, com a capacidade técnica exigida, tudo isso sem perder a pertinência e qualificação de Administração Pública.

Na França, o *Défenseur des Droits*, típica Autoridade Administrativa Independente, distingue-se das nossas Agências Reguladoras, porquanto são autoridades cuja função precípua é atrair, por si só, as demandas que normalmente seriam da única competência, em princípio, do Judiciário. Podemos, portanto, dizer que essas AAI já são projetadas pelo Estado em razão da preocupação de se estabelecer órgãos alternativos ao juiz administrativo, até então o único guardião e protetor dos direitos fundamentais em matéria administrativa.

Na maioria das vezes, estas AAI são apresentadas como parte de um movimento de desjurisdicionalização. A sua aplicação é, de fato, relacionada com a constatação dos limites e insuficiências do controle jurisdicional para resolver conflitos envolvendo a Administração

⁵ MARQUES NETO, Florianio de Azevedo. A nova regulação dos Serviços Públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, 2002, São Paulo, p. 17.

Pública segundo os padrões de eficiência exigidos na contemporaneidade. Jacques Chevallier acredita que em um primeiro momento as AAI podem deixar transparecer que elas podem substituir o juiz, o que é um equívoco, na verdade, a instituição de uma autoridade administrativa independente nunca tem como efeito a eliminação da possibilidade de se recorrer ao juiz, no máximo, prevenir e, destarte, reduzir o contencioso, especialmente quando o recurso a uma dessas autoridades se impõe como um pré-requisito antes de iniciar uma ação contenciosa⁶.

Posta como entidade ideal para exercer a magistratura de influência, a AAI não é a única estrutura administrativa apta a realizar essa tarefa. As instituições designadas na Constituição Federal de 1988 como sendo essenciais à Justiça – Ministério Público, Advocacia-Geral da União, Procuradorias e Defensoria Pública – são compostas por carreiras de Estado cujos membros são autônomos e independentes. No caso do Ministério Público por disposição expressa da própria Constituição art. 127 § 1º, que estabelece a independência funcional de seus membros; e, em relação a AGU, Procuradorias do Estado e Defensoria Pública, a independência decorre do exercício da advocacia pelos seus membros, profissão regulamentada pela Lei 8.906/94, que exige para o seu desempenho independência e autonomia.

Assim, considerando as características apresentadas por estas instituições, acreditamos que elas também estão igualmente aptas a realizar legitimamente a magistratura de influência.

Conclusão

O uso da influência para viabilizar reformas e pacificação de conflitos é uma característica polêmica da magistratura de influência como modo alternativo ao contencioso administrativo tradicional. Essa técnica une a eficiência ao consenso; o individual ao coletivo; o acesso à informação à abertura de diálogo com o cidadão, mas altera a estrutura central e comum aos modos autocompositivos, o que ainda depende de reflexão.

O poder de recomendação, por sua vez, é o maior trunfo desse método. Atrair o conflito para o ambiente administrativo e retroa-

limentar um círculo construtivo de causa, efeito e transformação de políticas públicas, é o alcance da verdadeira pacificação. Dos conflitos se extraem as mudanças, e das mudanças se obtém a diminuição significativa da litigiosidade.

A capacidade de transformar as realidades políticas e administrativas é o que garantirá a sustentabilidade de qualquer estrutura de autocomposição envolvendo o poder público.

Referências

- BARROSO, Luis Roberto. *La protection collective des droits au Brésil et quelques aspects de la class action américaine*. Disponível em: <<https://goo.gl/g1f6DH>>.
- BRISSON, Jean-François. Bibliothèque de Droit Public. T. 185. *Les Recours administratifs en droit public français*, Paris: LGDJ, 1996.
- CHEVALLIER, Jacques. *Réflexion sur l'institution des Autorités Administratives Indépendantes*. JCP, 1986.
- DALLA, Humberto et FARIAS, Bianca de. *Apontamentos sobre o compromisso de ajustamento de conduta na lei de improbidade administrativa e no projeto de lei da ação civil pública*. Disponível em: <<https://goo.gl/Qw2zjw>>. Consultado em 27 de fevereiro de 2011.
- DALLA, Humberto. *Ações de classe, direito comparado e aspectos processuais relevantes*. Disponível em: <<https://goo.gl/mAfSvk>>. Consultado em 27 de fevereiro de 2011.
- DELAUNAY, Bénédicte. Bibliothèque de Droit Public, T.172, *L'amélioration des Rapports entre l'administration et les Administrés*. Paris: LGDJ, 1993.
- GIORGI, Raffaele de. A Administração Pública na Sociedade Complexa. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.256, pp. 9-22, jan/abr, 2011. pp. 20 e 21.
- MALIGNIER, Bernard. *Les fonctions du Médiateur*. Paris: PUF, 1979. MARQUESNETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação dos Serviços Públicos. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. *A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo*. 2. Ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MUNOZ, Frédérique. *Pour une logique de la conciliation*. AJDA, 1997, p. 41. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. *Termo de ajuste de conduta*. São Paulo: LTr, 2004.
- WALINE, Jean. *Droit administratif*, 22^{ème} Ed. Paris: Dalloz.

⁶ CHEVALLIER, Jacques. *Réflexion sur l'institution des Autorités Administratives Indépendantes*. JCP, 1986, p. 312.

On line dispute resolution (ODR) é uma inovação disruptiva?

Aline Anhezini de Souza

Aline Anhezini de Souza Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito – EPD na área de concentração Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais, LLM CEDES em Direito e Economia nos negócios. Formação Universidade de Ribeirão Preto. Membro CBar. Head de mediação, negociação, facilitação de diálogos e Community manager na Target Diálogos. Coordenadora da Comissão de Mediação da Abrarec. E-mail: aanhezini@gmail.com

Rafael Machado Viviani Nicolau

Advogado. Formado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: rafaelmvnicolau@hotmail.com

Introdução

A justiça, no Brasil, está em crise. O Poder Judiciário se encontra saturado em função de uma litigiosidade excessiva, existe número gigantesco de advogados e de processos, e os conflitos

levados aos tribunais são resolvidos de maneira lenta, cara e muitas vezes insatisfatória para as partes envolvidas.

Nesse contexto, o Estado Brasileiro tem movido esforços, especialmente na seara legislativa, para incentivar mudanças culturais que apaziguem o preocupante cenário descrito. Uma das principais ferramentas para atingir esse fim tem sido a promoção ampla de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Dentro desses, surgem novidades tecnológicas que, sem dúvidas, constituem inovações. É o caso das ODR (*on line dispute resolution mechanisms*), mecanismos *on line* de resolução de disputas.

Qual é o papel desses novos mecanismos? Qual a abrangência desse caráter inovador? Seria possível falar em uma alteração de para-

digmas no mundo da resolução de conflitos, um fenômeno disruptivo? São essas as provocações discutidas no presente artigo.

O histórico da legislação no Brasil

Conforme dito anteriormente, em face da situação de crise do Judiciário, o Poder Público vem promovendo uma série de políticas públicas, majoritariamente legislativas, na tentativa de solucionar, ou pelo menos, amenizar, os problemas enfrentados pelo Judiciário.

Grande parte deste cenário de crise pode ser explicada em função da ideia de uma Justiça monopolizada pelo Estado. Fazia (e ainda faz) parte da cultura nacional a ideia de que cabe ao Judiciário resolver todas as controvérsias, e que buscar soluções alternativas de conflitos significa limitar o próprio acesso à Justiça.

Trata-se da ideia trazida por Kazuo Watanabe⁷ da “cultura da sentença”, ou seja, existe uma crença amplamente difundida, tanto entre leigos quanto entre operadores do Direito, de que litígios devem ser resolvidos pela via jurisdicional, por uma sentença proferida por julgador do Estado. Através da utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, busca-se substituir essa “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, ou seja, uma valorização de tentativas consensuais de resolução de conflitos que fuja da via jurisdicional.

De maneira breve, constata-se que o país se alinhou a uma tendência internacional de busca pela adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos, e que “o Brasil, inserido em um movimento supranacional de adoção dos mecanismos ADR e de crise da Justiça nas nações ocidentais modernas, optou pela promoção da cultura da pacificação e dos métodos consensuais, aproximando as partes das tentativas de resolução de seus conflitos, em uma tentativa de combater alguns dos problemas que marcam o Judiciário brasileiro”⁸.

As principais medidas de promoção de mecanismos alternati-

vos de resolução de conflitos foram a promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/ 1996), a Resolução 125 de 2010 do CNJ (sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário), a promulgação da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Código de Processo Civil de 2015.

- Lei de Arbitragem (Lei 9.307/ 1996);
- Resolução 125 de 2010 do CNJ (sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário);
- Lei de Mediação (Lei 13.140/2015);
- Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015).

Tanto a arbitragem quanto os mecanismos de mediação e conciliação, promovidos nos diplomas mencionados acima, se inserem na categoria de “Mecanismos ADR”. São formas alternativas de resolução de conflitos que ganharam espaço no mundo jurídico através do Movimento ADR (*“Alternative Dispute Resolution Movement”*), que passou a divulgar e defender a utilização de métodos alternativos à via jurisdicional para resolver controvérsias nos EUA a partir da década de 70. O Movimento teve grande repercussão, e acabou contribuindo para a difusão dos métodos ADR pelo mundo, incluindo o Brasil.

Um dos primeiros diplomas legislativos que adota a terminologia ADR, o *Alternative Dispute Resolution Act*⁹, promulgado nos EUA em 1998, define os mecanismos ADR como aqueles em que se adota procedimento diferente de um julgamento perante um juiz, e em que uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução do conflito, mencionando a arbitragem e a mediação como alguns dos exemplos de mecanismos ADR.

Pois bem, cabe uma breve análise de cada uma das medidas apontadas anteriormente, para que se perceba a existência de um verdadeiro processo, lento e gradual, de promoção dos mecanismos ADR através de um conjunto de políticas públicas e legislativas.

A primeira delas foi a Lei 9.307/ 1996, a “Lei de Arbitragem”, promulgada há 22 anos. De maneira inovadora, a lei permite a utilização

7 WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover. DPJ. 2005.

8 NICOLAU, Rafael Machado Viviani. *A Análise Do Modelo De Mediação E Conciliação Proposto Pelo CPC/2015 À Luz Do Conceito De Conflitos Como Propriedade*. 27/10/2017. 63 f. Dissertação (Graduação em Direito). Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo. p. 58.

9 EUA. *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*. Public Law 105-315. 105th Congress.

do instituto da arbitragem e determina como funcionarão seus procedimentos. Tratou-se de diploma ousado, que fugia da ideia de monopólio da Justiça pelo Poder Judiciário e aceitava que as partes recorressem a juízos arbitrais, e não ao Estado, para resolver seus conflitos.

Inicia-se, com essa lei, uma mudança de paradigma quanto aos métodos ADR, que deixam de ser vistos como uma violação ao acesso à Justiça, e passam a ser vistos como alternativas possíveis ao Judiciário. Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles¹⁰ explica que “os mecanismos alternativos de solução de controvérsias devem ser entendidos como sucedâneos válidos da jurisdição estatal” e que “não podem ser vistos como obstáculos ao exercício da garantia constitucional prevista no inc. XXXV do art. 5º da CF”.

Quatro anos depois, em 1996, promulgou-se a Resolução 125 de 2010 do CNJ, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Essa resolução prevê que “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”¹¹.

Além disso, a Resolução ainda determina a criação dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), unidades voltadas especificamente para a utilização de mecanismos de mediação e conciliação. Criam-se, também, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos nos Tribunais, de forma a se promover a utilização dos mecanismos alternativos.

De forma geral, a Resolução 125 teve papel de imensa relevância na promoção dos mecanismos alternativos, não apenas por indicar que o tema era de suma importância para a Justiça brasileira, mas também por criar os mecanismos específicos necessários para que os métodos ADR pudessem ser utilizados na prática. Kazuo Watanabe, em seu parecer so-

bre o tema, alegou que, com a aplicação correta da resolução resultará no “estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário que é sabidamente excessiva e em maior celeridade das prestações jurisdicionais”¹².

Já no ano de 2015, foram promulgadas as outras duas leis que também representaram enorme revolução quanto ao tema dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos: a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e a Lei 13.105/2015 (“Novo” Código de Processo Civil). A Lei de Mediação trata especificamente do instituto que dá nome à lei, e foi de grande utilidade para definir os princípios e procedimentos que regem a mediação no sistema jurídico brasileiro.

Em março de 2015, meses antes da promulgação da Lei de Mediação, foi promulgado o Novo Código de Processo Civil, que inovou ao prever a ampla utilização de mecanismos consensuais na forma de audiências de mediação e conciliação. Em todos os processos, as partes devem se manifestar sobre a existência de interesse na realização das tentativas de resolução consensual. O CPC de 2015 inovou ao prever a possibilidade de utilização generalizada dos mecanismos da mediação e da conciliação no país.

Em resumo, no período dos últimos vinte e dois anos, foram dados alguns passos em direção a utilização de mecanismos alternativos à via jurisdicional como forma de resolução de conflitos no Brasil. A ideia não é achar uma única solução válida para todo e qualquer conflito, e sim diversificar as opções, para que o Poder Judiciário não seja sobrecarregado com o tratamento monopolizado da Justiça. Trata-se da ideia de um “Sistema Multiportas”, trazida por Nancy Andrichi e Gláucia Falsarella Foley, em que se implementa “um sistema de múltiplas portas, apto a oferecer meios de resolução de conflitos voltados à construção do consenso”¹³.

Esse conjunto de políticas públicas em promoção dos mecanismos ADR vêm encontrando aplicação prática no cotidiano jurídico,

10 SALLES, Carlos Alberto de. *Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada*. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 779/792.

11 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125 de 29 de novembro de 2010*.

12 WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<https://goo.gl/opVy6F>>. Acesso em: 14-08-2017.

13 ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. *Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso*. *Folha de São Paulo*. 24/06/2008.

ainda que seja cedo para analisar o sucesso das medidas mais recentes, como as previsões do CPC de 2015 ou da Lei de Mediação.

As terminologias do momento: um alinhamento de conceitos

Dois temas que estão muito em voga atualmente são os mecanismos resolução extrajudicial de conflitos *on line* e as inovações disruptivas.

Os primeiros estão “em alta” em face da promoção, pelo Poder Público brasileiro, de uma série de políticas públicas de incentivo à utilização de mecanismos suais para resolver litígios. Trata-se de tentativa de “desafogar” o Judiciário nacional através da adoção de mecanismos ADR.

Quanto às segundas, muito se tem falado sobre os termos inovação disruptiva e fenômeno disruptivo. O avanço do conceito de *startup*, de *lawtech* e de *legaltech* vem influenciando o mercado jurídico. Vivemos um momento único; todavia, se faz necessário uma reflexão sobre alguns temas recorrentes que estão sendo utilizados.

Para responder a questão, por cautela, traremos a terminologia das expressões. Vejamos:

A ODR (*on line dispute resolution*) tem como objetivo ampliar o acesso à justiça, por meio de uma solução do conflitos mais rápida, simples, não-adversarial e com menor custo. ODR significa usar a tecnologia em conjunto com técnicas de mediação, negociação, arbitragem e, ainda, com profissionais capacitados para facilitação do diálogo e solução de conflitos, com intuito de se evitar demanda judicial. Cabe-nos esclarecer que não há qualquer ligação com o PJE (processo judicial eletrônico).

Destaca-se ainda que a ODR está contida nas ADR que nada mais são do que uma variedade de técnicas para resolver os litígios, como já demonstrado anteriormente, é uma nova opção para os métodos existentes, aqui sim uma quebra de paradigma.

Dentro os objetivos das ODR (*on line dispute resolution*) estão: a) Prevenção litígios, b) Ampliação à acesso justiça, c) Democratização mediação, d) Colaboração na transição da cultura do litígio para o diálogo, e) Contribuir com a consolidação do mercado de atuação de mediadores no Brasil, f) Redução das demandas de massa.

“Disruptivo” é um termo que traz a ideia de rompimento. Por “disruptive”, no mundo dos negócios, se entende a ideia, produto ou

serviço que muda radicalmente uma indústria ou negócio, resultando na criação de um novo mercado e na queda do anterior.

Tratando especificamente da Inovação disruptiva ou condutas disruptivas ou fenômenos disruptivos, temos que o termo conduta disruptiva surgiu em 1990, com o professor de Harvard Clayton M. Christensen, em sua criação a conotação do termo estava atrelada a condutas disruptivas dos alunos, que não se sujeitavam as regras impostas.

No seu livro “The Innovator’s Dilemma”, um *best seller* citado pelos líderes mais conhecidos do mundo, entre eles Steve Jobs, encontramos o tema sob a perspectiva de fenômeno de inovação disruptiva. Na visão do autor, ainda que as empresas façam tudo certo, elas não podem perder as novas ondas de inovação. O Dilema do Inovador oferece um conjunto de regras para capitalizar o fenômeno da inovação disruptiva, pois no mundo dos negócios a inovação disruptiva não subverte o mercado, mas cria novas regras onde o pequeno pode vencer o grande. O próprio slogan da Apple – *think different*, se encaixa ao citado perfil disruptivo.

É interessante observarmos que o fenômeno disruptivo altera a situação atual, o que seria a solução para crise do Judiciário Brasileiro. No entanto, não se cria uma nova cultura, mas sim uma convivência harmônica as outras formas de resolução de conflito disponíveis (mediação presencial, mediação extrajudicial, judicial, conciliação, arbitragem, etc.), o que encontramos é uma anomalia no sistema Judiciário, que por sua vez gerou a crise, e por este motivo teríamos uma revolução, e, por sua vez a necessidade do surgimento de um novo paradigma, pois a situação anterior não se sustenta.

Segundo Kuhn, os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2017, p. 72).

Assim, temos que as ODR (*on line dispute resolution*) trazem um novo paradigma, mas ainda não podem ser consideradas uma inovação disruptiva. Vejamos.

O cenário atual

Quanto à chegada de novidades tecnológicas ao mercado jurídico, há que se dizer que o Direito é apenas mais um dos ramos que será,

em poucos anos, completamente revolucionado, em face da aplicação de algoritmos aos conflitos, à introdução de novas ferramentas tecnológicas e de diferentes abordagens para resolver conflitos.

É papel das empresas recorrerem a ferramentas mais modernas que possibilitem resolver litígios de maneira adequada aos seus conflitos, a fim de que se mantenham competitivas. As plataformas de mediação *on line* uma das ferramentas.

Foi o que já ocorreu com a ampla adoção do mecanismo da arbitragem nos conflitos empresariais brasileiros após a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996, por exemplo, ou com o surgimento de contratos com cláusulas escalonadas “multi-tiered”, em que se prevê tentativa de negociação; se esta falhar, tentativa de mediação, e assim por diante, antes de se recorrer diretamente ao Judiciário.

Nesse sentido, os avanços da Justiça multiportas no Brasil nos trouxeram opções de resolução de conflitos, que efetivamente atendam as demandas dos jurisdicionados, sejam elas judiciais ou extrajudiciais, como já demonstrado anteriormente.

O “Tribunal Multi-portas” em sua essência, prevê uma análise e adequação do mecanismo apropriado a cada conflito, referido instituto nos foi trazido por Frank E.A. Sander professor de Harvard.

Muitos dos problemas do Judiciário podem ser explicadas pela ideia de que a Justiça estaria monopolizada pelo Estado, e que a solução de todos os conflitos deveria ocorrer através da via jurisdicional, necessariamente. A ideia de um sistema diversificado inova justamente ao possibilitar diferentes opções para que as partes resolvam seus conflitos, escolhendo a ferramenta mais adequada aos seus casos específicos.

Relembrando o já descrito acima, o Novo CPC passou a prever um sistema de ampla utilização de mecanismos consensuais de resolução de conflitos (realização maciça de audiências de mediação e conciliação), indicando a disseminação das ideias do Movimento ADR no país, e a busca do Judiciário brasileiro por uma Justiça Multiportas.

Ainda, com o surgimento das legislações especiais, podemos destacar que as ODRs (por meio das plataformas digitais, tiveram seu espaço ocupado, e, pouco a pouco estão ganhando maior adesão.

Por todos os pontos trazidos para reflexão, não nos parece estarmos diante de um fenômeno disruptivo, pois a situação anterior se mantém; todavia, como já colocado em razão da “crise” tivemos quebras

de paradigma com o surgimento das ADR, que por sua vez nos traz a ODR (*on line dispute resolution*).

O fenômeno disruptivo deverá permear a mudança, o rompimento, por exemplo da cultura da sentença, para a cultura da paz, conforme descrito pelo professor Kazuo Watanabe.

A disrupção acontecerá no momento em que as soluções extrajudiciais de conflito forem uma etapa obrigatória, aí sim, passaremos para uma sofisticação da análise do direito de ação, da pretensão resistida e portanto por uma INOVAÇÃO DISRUPTIVA.

Conclusão

Trata-se de um caminho necessário e importante, mas não demonstrou até o momento que oferecerá condições para a solução do problema, sem a combinação com outros fatores que desestimulem a provocação da jurisdição para a solução de toda e qualquer controvérsia.

Certamente os novos mecanismos de solução de conflitos extrajudiciais *on line* reconhecidos pelas leis especiais possibilitarão um novo capítulo na história do Judiciário Brasileiro.

Caberá aos operadores do direito e consumidores da justiça reconhecer o caráter inovador e abrangente, pela possibilidade de acesso à justiça de uma maneira justa. A verdadeira inovação disruptiva poderá acontecer na medida em que tivermos acesso a ferramentas sofisticadas de resolução de conflitos extrajudiciais, que agreguem a jornada do consumidor, trazendo a necessidade de comprovação da pretensão resistida para utilização do poder judiciário.

Por fim, entendemos que o rumo já existe, caberá aos operadores do Direito se abrirem para o avanço tecnológico e fazer parte da inovação disruptiva.

Referências

ANDRIGHI, Nancy; FOLEY, Gláucia Falsarella. Sistema multiportas: o Judiciário e o consenso. *Folha de São Paulo*. 24/06/2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 226.

CHRISTENSEN, Clayton M. *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 1997.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Manual dos MESCs: Meios extrajudiciais de solução de conflitos*. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 5.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 72.

_____. *Manual de Direito do Consumidor*, 3ª ed., São Paulo: RT, p. 87.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 10.

NERY JUNIOR, Nelson. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: RT, 2013, p. 224.

NICOLAU, Rafael Machado Viviani. *ANálise Do Modelo De Mediação E Conciliação Proposto Pelo CPC/2015 À Luz Do Conceito De Conflitos Como Propriedade*. 27/10/2017. 63 f. Dissertação (Graduação em Direito). Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo.

SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da Tutela Jurisdicional recolocada. FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. "Cultura da sentença e cultura da pacificação". Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover, DPJ, 2005.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<https://goo.gl/opVy6F>>. Acesso em: 14-08-2017.

Prevenção e resolução de conflitos empresariais: Mediação, e outros procedimentos

Tania Almeida da Silva

Mediadora, docente, supervisora e pesquisadora, fundadora do MEDIARE Diálogos e Processos Decisórios, e diretora de sua Câmara de Mediação, Fundadora do Instituto MEDIARE.

Gilberto Martins de Almeida

Mediador, árbitro, docente, e advogado, sócio do MEDIARE Diálogos e Processos Decisórios, e diretor de sua Câmara de Mediação. Fundador do Instituto MEDIARE.

Introdução

No passado, o mundo empresarial oscilava entre submeter controvérsias à negociação direta ou ao ajuizamento. Então outros métodos surgiram como opção para superar essa polaridade,

com destaque para a Arbitragem, por viabilizar a escolha de profissionais com *expertise* no tema objeto da desavença e possibilitar tempo, custo e sigilo mais compatíveis. Porém, novas necessidades têm fomentado a adoção de alternativas que garantam ainda maior celeridade, economia e protagonismo das partes na resolução de controvérsias no ambiente corporativo.

Recentemente – inclusive em casos envolvendo grandes corporações¹, a Mediação chamou a atenção pela inovação na forma de abordar questões, como se suas soluções fossem extraídas “de dentro para fora”, mediante ajuda especializada, e sem a obrigação de obter acordos

¹ Vide, por exemplo, a respeito da mediação envolvendo a empresa Oi, TEIXEIRA, Mathheus. TJ-RJ autoriza mediação em processo de recuperação judicial da Oi. *Consultor Jurídico*, 13 de setembro de 2017. Disponível em: a mediação entre Petrobras e Sete Brasil (Disponível em: <<https://goo.gl/A1kEuK>>).

ao final. Por isso, entrou no radar dos executivos², que nela passaram a antever uma possibilidade de gestão de conflitos mais adequada a cada modelo de negócio e circunstância, sempre sob o primado da autonomia da vontade, donde resulta mais pertinente e eficaz.

Junto com o movimento de solucionar consensualmente os conflitos da empresa com o auxílio de terceiros, a Mediação³ mostrou-se também apropriada para resolver divergências internas³ entre setores e funcionários da empresa, e nas controvérsias entre executivos e/ou acionistas.

Naturalmente, esse impulso em direção à Mediação e a outros métodos tende a se manter e a crescer com a expansão da cultura que a tem fomentado. Nos tópicos a seguir, alguns fenômenos, experiências e percepções nesse sentido são examinados.

As tensões e controvérsias típicas do mundo empresarial

Nas empresas, as desavenças costumam se originar de interações entre pessoas, setores, *stakeholders* variados e, por vezes, órgãos governamentais ou não-governamentais.

No caso das empresas familiares, de significativa representatividade no mundo corporativo, às particularidades desses empreendimentos se somam as tensões relativas à articulação de interesses, nem sempre convergentes, entre família, propriedade, e gestão⁴ – além daquelas inerentes às Assembleias de Acionistas, ao Comitê Familiar, e ao Conselho de Administração.

2 Segundo Denise Manfredi e Marc Burbridge, o processo de mediação é considerado o método de solução de disputas preferido pelo mundo corporativo nos EUA. Ver MANFREDI, Denise; BURBRIDGE, Marc. Mediação Corporativa: desenvolvendo o diálogo estratégico no ambiente de negócios. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coords.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 353.

3 A esse respeito, Manfredi e Burbridge (Ibid., pp. 355, 356) citam pesquisa realizada nos EUA apontando que o tempo gasto por gestores de empresas nos EUA na busca de resolução de disputas alcançava 42% de sua jornada de trabalho, e comentam que segundo apuraram em seminários no Brasil, os custos ocultos dos conflitos internos nas empresas seriam superiores aos verificados nos EUA.

4 A figura dos 3 círculos – família, propriedade e gestão – com suas inerentes tensões é apresentada como um modelo da empresa familiar. Ver GERSICK, Kelin E; DAVIS, John A.; HAMPTON, Marion McCollon; LANSBERG, Ivan. *De geração para geração: ciclos de vida da empresa familiar*. São Paulo: Negócio Editora, 1997, p. 6.

Tipicamente, os conflitos entre sócios se originam do esgarçamento do ânimo que os move a conviver em sociedade, a *affectio societatis*. Visões distintas sobre o futuro do negócio, apreciação diversa sobre o mercado e avaliação díspar sobre a qualidade da gestão são alguns dos ingredientes que costumam alimentar correções de rumo e, eventualmente, retirada de sócio, exclusão, dissolução parcial ou integral, uso de cláusulas de *shot gun*, *buy-or-sell*, *tag-along*, *drag-along* e do restante do arsenal próprio dos desenlaces, que muitas vezes resultam em experiências traumáticas.

Nas sociedades familiares, os conflitos entre sócios, por conta das intersecções entre os círculos da propriedade e da gestão com aquele da família, resvalam na sucessão patrimonial, nas votações em bloco, nos sonhos do fundador e em outros itens que dificultam ou mesmo inviabilizam o tratamento individualizado em cada esfera.

Essa breve taxonomia de conflitos recorrentes em empresas mostra que fatores objetivos costumam ser o cerne das discussões, devido ao enfoque predominantemente mecanicista (causa e efeito) e racional existente na cultura corporativa, e também ao fato de que os meios mais tradicionais de resolução – a negociação direta, a ida ao Judiciário, e até a submissão à Arbitragem – carregam essas motivações como foco principal (quando não, exclusivo) de análise.

No entanto, a ampliação da visada sobre as estruturas e *performance* organizacionais reivindica, há algum tempo, a percepção da natureza híbrida – ao mesmo tempo, subjetiva e objetiva – dos conflitos empresariais, permitindo, inclusive, que se possa previamente “limpar o terreno” das questões relacionais, de modo a viabilizar atuação mais produtiva nos aspectos objetivos.

De fato, já não é mais possível ignorar as pessoas e sua subjetividade no mapeamento das variáveis relevantes. A pauta subjetiva dos relacionamentos passa a integrar o escopo de análises e de intervenções, viabilizando o destravamento dos diálogos e a ampliação do leque de soluções para controvérsias.

A transformação dos conflitos no cenário corporativo

O ambiente empresarial sempre se distinguiu pelo dinamismo com que gera inovações. No entanto, a aceleração dessas mudanças tem

aumentado exponencialmente, potencializada pela obsessiva quebra de paradigmas que marca a sociedade contemporânea.

Nesse universo de mudanças cada vez mais velozes, a otimização dos ativos *soft* – capital intelectual, capital humano, imagem, relacionamentos internos e com *stakeholders*, agilidade nas respostas a clientes e na atualização de processos e procedimentos – pressupõe estruturas gerenciais menos hierarquizadas, fiscalização e avaliação por usuários, e lógica econômica invertida (quanto mais popular e vendável, mais valioso). Essa nova e mais complexa paisagem requer espectro de estilos de resolução de conflitos que melhor atenda nas necessidades de agilidade, especificidade e abrangência.

Simultaneamente, a rapidez com que se vislumbra, negocia, formaliza, mantém, rompe, e encerra relações no cenário corporativo abreviou perspectivas que historicamente estavam associadas a ciclos que duravam anos e hoje foram encurtados para meses, o que intensifica pressões, agrava desgastes, e gera preocupações crescentes em espiral, estressando mentes e corpos e precipitando negócios sem adequada oportunidade de amadurecimento.

Em tempos de massiva complexidade e interconexão em rede (algoritmos potentes, *Big Data*, Internet das Coisas, Computação Cognitiva, Economia Circular, e modelos disruptivos), os conflitos tendem a envolver um sem-número de legítimos interessados, misturar aspectos públicos e privados, combinar doses de sigilo e de publicidade, dividir inúmeras “tribos”, incitar extremismos de linguagem *online*, e atrair financiadores e intermediários de processos de solução.

Como esses fenômenos se refletem na transformação dos conflitos empresariais?

Em verdade, o mundo atual abona o avanço da tecnologia e a celeridade das mudanças, ao mesmo tempo em que consagra a diversidade. Ideias, produtos e atividades têm vida média cada vez mais curta. Indivíduos dificilmente manterão a mesma atividade ao longo de seu percurso profissional, e estão por surgir inúmeras novas combinações de atividades funcionais e comerciais.

Imprevisibilidade, complexidade, multifatorialidade e instabilidade são componentes essenciais da contemporaneidade, presentes nos cenários nacionais e globais. Nessa trilha, não por acaso, a análise sistêmica do funcionamento das corporações revela que a lis-

ta de desafios a serem cuidados deixa perplexos gestores experientes e novos empreendedores e, nas mais variadas atividades empresariais, cada vez mais os conflitos nascem de descompassos nas tentativas de adequação ao dinamismo da vida e dos negócios. Muito se corre a reboque, nem sempre alcançando o ritmo, e pouco se consegue atuar planejadamente, preventivamente.

Um exemplo concreto desse *gap* é a diferença de estilos de gerenciamento de temas na empresa, com uns ainda apegados a métodos convencionais de administrar contratos e gerir projetos e outros já adeptos das chamadas metodologias ágeis, que se baseiam em revisar constantemente os compromissos firmados, na convicção de que é a atualização permanente deles, mais do que a atenção à sua expressão original, o que garante a sua preservação.

As pactuações formais também são abreviadas e simplificadas, seja com a substituição do corpo principal dos contratos pela figura dos SLA (Acordos de Níveis de Serviços), seja pela implantação de *smart contracts* (contratos automatizados). Em ambos os casos, a resolução de divergências é, em geral, relegada para contextos externos aos textos acordados, confiando em que haverá procedimentos que darão conta delas depois que as ineficiências acarretadas aos negócios justificarem transcender o âmbito daqueles registros iniciais.

Sob o prisma da multiplicação de interrelações na arquitetura “planar” da economia circular, os atores corporativos são instados a perceber que o movimento de um afeta crescentemente todo o negócio da empresa, e que as fronteiras entre microssistemas e macrossistemas funcionais se dissipam ante a realidade do ecossistema geral do mercado.

Na definição de Visão e Missão das empresas, que em última análise inspira a solução de controvérsias, a correspondência entre o interesse dos acionistas e a função social da empresa já não é mais suficiente como proclamação formal, e requer atuação prática na consecução do propósito corporativo reconhecido e legitimado por todos. Os conflitos empresariais se distanciam dos focos atomizados e convidam cada administrador a guardar sintonia com o universo ao seu redor.

A oferta ampliada de novos meios de resolução de controvérsias

Num mundo mais interdependente – com mais pessoas, maior fragilidade de fronteiras nacionais, dissipação de mercados domésticos, rearranjos produtivos, e explosão do volume de relações contratuais formais ou informais – a multiplicação das controvérsias de pequena, média e grande amplitude se afigura como o outro lado da moeda.

Ante o volume de arestas que grassa em todo os setores, o diálogo como instrumento e a colaboração como postura passam a compor o temário de todos os fóruns de entendimento. Reside nessa cooperação a garantia da própria sobrevivência.

Sugestivamente, o Judiciário, em muitos países, tem admitido a impossibilidade de dar conta eficientemente do crescimento das lides forenses e, nesse passo, tem buscado ampliar os meios de dirimir conflitos, alargando o leque de serviços oferecidos à população, como retratado na obra *Acesso à Justiça*⁵, que apontou para aquelas que ficaram conhecidas como as três ondas renovatórias: assistência aos hipossuficientes, trato adequado das questões coletivas, e promoção de novos meios de acesso à Justiça. O cidadão passa a ver o acesso à justiça para além do acesso ao Judiciário, direcionando questões para procedimentos mais simples.

Na mesma linha, o ensino de novos métodos de solução de conflitos chegou às universidades nos cursos de graduação e de pós-graduação. No meio empresarial, gestores têm externado a seus consultores o desejo de recorrer a novos meios de resolução de controvérsias, buscando celeridade, menor custo financeiro e emocional e resultados mais eficazes⁶.

A expressão Sistema Multiportas, cunhada por Frank Sander em 1976⁷ tem caracterizado o que diferentes nações hoje apresentam

5 Mauro Cappelletti e Bryant Garth nos brindam com 168 páginas que discorrem sobre a evolução do conceito de acesso à justiça, suas tendências, soluções práticas, limitações e riscos. Ver CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

6 Julie McFarlane, como resultado de uma pesquisa de dez anos, oferece algumas reflexões sobre a prática da advocacia do futuro e destaca que a demanda por mecanismos mais céleres e mais eficazes de resolução de controvérsias virá dos próprios clientes. Ver MCFARLANE, Julie. *The new lawyer: how settlement is transforming the practice of law*. Vancouver, UBC Press, 2008.

7 Frank Sander publicou, três anos depois, a palestra em que utiliza o termo *Multi Door Court House* pela primeira vez. Ver SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, Leo; WHEELER, Russel R. (eds.), *The Pound Conference: perspectives on justice in the future* (Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with

como realidade: um conjunto de métodos de resolução de controvérsias à disposição dos cidadãos no âmbito privado e, mais recentemente, no próprio Judiciário. Dentre os principais benefícios respectivos, a possibilidade de atuação regida pelo princípio da adequação, repisando a pergunta sobre qual o melhor instrumento para cada caso específico. Seguramente, não se precisa mais transitar entre os dois únicos polos existentes anteriormente, a negociação ou o litígio.

A rigor, o mundo corporativo tem sido uma das áreas que mais proveito usufrui da evolução no sistema de resolução de controvérsias. Já desde a consagração da Arbitragem, tem se valido, por exemplo, de cuidar de questões de especial técnica escolhendo árbitros com *expertise* correspondente, e eleger regulamentos neutros para tratar de contratos sujeitos a sistemas legais processuais com tessituras e tradições distintas.

Outra modalidade de que as empresas têm lançado mão são os *Dispute Boards*, procedimento que coloca de sobreaviso um painel de especialistas previamente escolhido, que periodicamente visita os projetos contratados e atende prontamente as demandas que surjam a qualquer tempo, opinando sobre controvérsias que potencialmente viriam a constituir impasse ao progresso dos empreendimentos.

Esses métodos atuam em tempo real na dissipação de desentendimentos, e ao satisfazerem as expectativas dos interessados de simplificação e celeridade, tendem a proliferar, em especial no mundo da engenharia e no da tecnologia da informação, por razões óbvias. Viabilizando soluções enquanto o objeto da desavença se mantém atual, evitam a substituição por paliativos, como outros serviços ou produtos, que sublimem o equacionamento da questão de fundo, não raro deixando ressentimentos e sequelas.

Por derradeiro, o mundo corporativo identifica na Mediação um instrumento que pode não só estar combinado aos anteriormente mencionados, como a Arbitragem ou os *Dispute Boards*, como pode também apoiar, com mapeamento especializado, quaisquer negociações, ajudando a harmonizar entendimentos sobre cenários em questões de pequeno⁸ até grande porte, internas ou externas, envolvendo poucos ou muitos atores, na esfera doméstica ou internacional.

the Administration of Justice). St Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979.

8 Claudia Grosman e Sandra Bayer, em pesquisa que teve como fonte o SEBRAE/SC, compartilham que no Brasil, 90% das empresas – pequeno, médio e grande porte – são familiares. Ver GROSMAN, Claudia; BAYER, Sandra. As oportunidades de aplicação da mediação no âmbito empresarial. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, ob. cit., p. 383.

A mediação e suas vocações

Da guerra dos Bálcãs à negociação com as FARC⁹, das questões comerciais da União Europeia¹⁰ às desavenças pontuais de grandes empreendimentos, das controvérsias de gigantes da Informática¹¹ às polêmicas inovações da bioengenharia; das negociações de grandes fusões àquela publicada sobre as disputas entre a família Diniz e o grupo Casino¹², do sistema interno de ouvidoria ou de resolução de conflitos de algumas entidades globais¹³ ao campo informal das empresas familiares¹⁴, das conversas entre grandes empreendimentos e comunidades¹⁵ aos programas de indenização de grandes tragédias¹⁶, das negociações em massa¹⁷ às peculiaridades dos pequenos empreendedores, a Mediação se tem feito presente em inúmeros cenários¹⁸.

9 Em entrevista, William Ury fala de negociações complexas e menciona a ocorrida entre o governo da Colômbia e as FARC. Ver FREITAS, Arianne. O mais renomado negociador do mundo explica sua técnica inspirada no teatro e conta como ajudou Pão de Açúcar e Casino a fecharem negócio. *ÉPOCA online*, 12/06/2015. Disponível em: <<https://goo.gl/3zE6YN>>. Acesso em: 21/11/17.

10 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde*: sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Bruxelas, 19/04/2002. Disponível em: <<https://goo.gl/yHNmWx>>. Acesso em: 21/11/17.

11 Há vários registros de casos entre empresas (Apple vs. Samsung, e Oracle vs. SAP) ou entre governos e empresas (autoridades dos EUA vs. Microsoft, e vs. Apple, Google, Intel e Adobe). Ver ALMEIDA, Gilberto Martins de. Mediação em TI. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, ob. cit., p. 395.

12 Trata-se de caso comentado na literatura. Ver URY, William. *Como chegar ao sim com você mesmo*. Rio de Janeiro: Sextante, 2015, p. 19.

13 O Banco Mundial possui um Sistema Interno de Justiça (Internal Justice System). Disponível em: <<https://goo.gl/5WWGGU>>. Acesso em: 22/11/2017.

14 A esse respeito, há exemplos bem sucedidos e mal sucedidos, de processos sucessórios de conhecidas empresas familiares brasileiras. Ver FILHO, Antonio Carlos Trindade de Moraes; LIMEIRA, André Luis Fernandes. *A relação entre pai e filho no processo sucessório em empresas familiares*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

15 ALMEIDA, Tania. Métodos de resolución alternativa de disputas: aportes de investigación. *Revista Fundación Mediadores em Red*, Año II, Edición especial, Noviembre 2004, p. 75.

16 ARAUJO, Nadia de; FÜRST, Olivia. Um exemplo brasileiro do uso da mediação em eventos de grande impacto: o programa de indenização do voo 447. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 91/2014, p. 337, Jan/2014, DTR/2014/569.

17 Como exemplo, pode-se citar a mediação entre credores menores e a empresa de telefonia Oi. Ver STJ mantém decisão judicial favorável à mediação da Oi com pequenos credores. *REUTERS*, Notícias de Tecnologia, 16 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/2XUCsn>>. Acesso em: 23/11/2017.

18 Como exemplo, pode-se citar o campo da propriedade intelectual sobre o qual discorre o autor Paulo Parente Marques Mendes, enfatizando a criação pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI de um Centro de Defesa da Propriedade Industrial, que

Por que esse instrumento abarca espectro tão amplo de atuação? A resposta é natural: porque está pautado no diálogo (buscando entendimento), na autonomia da vontade (propiciando sua eleição e a autoria das soluções), na construção de consenso (viabilizando a harmonização de diferenças), nas soluções customizadas e de benefício mútuo (respeitando o modelo de negócio e visando o atendimento das necessidades de todos), no olhar para o futuro e para a continuidade dos relacionamentos, e na efetividade, exequibilidade e sustentabilidade dos acordos.

Com todos esses ingredientes e metas, e ainda com a particularidade de poder ser usada a qualquer tempo na prevenção de arestas ou na superação de antagonismos já instaurados, arbitralizados ou judicializados, a Mediação é passível de adaptação a inversos contextos e culturas, sendo flexibilizada com maior ou menor grau de formalidade (desde que observados alguns requisitos previstos na lei específica).

Uma pesquisa ilustrativa demonstrou que, no cenário argentino, após o advento do uso obrigatório da Mediação em virtude de determinação legal, num período de crescimento econômico multiplicador de causas judiciais, houve decréscimo de 34% no ingresso de novas ações, assim como uma redução de 50% das ações por descumprimento de acordos¹. Justificativa? As soluções *customizadas* pelos próprios interessados, traduzindo satisfação mútua dos envolvidos e o anseio de sustentabilidade para o que foi acordado.

No tocante a instituições multilaterais internacionais, algumas delas têm operado com distintas modalidades de Sistema Interno de Resolução de Controvérsias, que pode estruturar os canais de encaminhamento e processamento de insatisfações no ambiente corporativo, azeitando o fluxo entre a ouvidoria² e o departamento jurídico.

O Banco Mundial tem tornado pública sua estatística de resultados obtidos com Mediação, apontando índices em torno de 84% de

promove a utilização de procedimentos como a mediação. Ver MENDES, Paulo Parente Marques. Os conflitos de marcas como objeto de mediação. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, ob. cit., p. 405.

1 ABREVAYA, Sergio Fernando. *Mediación prejudicial*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2008, p. 29.

2 Nesse particular, algumas empresas encarregam as ouvidorias de conduzir conciliações com algumas tintas de mediação, configurando mais exatamente uma mediação “atípica” ou *sui generis*.

acordos construídos e 95% de satisfação dos usuários³. Qual a explicação? A possibilidade de falar e ouvir em ambiente respeitoso favorece entendimento e satisfação gerados pelos esclarecimentos, e consequentemente, a melhoria dos relacionamentos.

Nesse contexto, o diálogo deixa de ser possibilidade teórica para se tornar regra prática⁴ e seu manejo adequado passa a ser visto como competência esperada inclusive de lideranças empresariais.

O ambiente corporativo entroniza então a Mediação e a oportunidade – por meio sobretudo de treinamentos *in-company* – de trazer o diálogo para a cultura organizacional⁵ e para os contratos com parceiros, fornecedores e clientes. Os *stakeholders* internos – proprietários, setores e funcionários, e os externos – clientes, órgãos governamentais, fornecedores e credores –, integram redes de relacionamento continuado e se beneficiam, por meio do diálogo, de negociações assentadas mais solidamente, em consensos⁶.

O compromisso de adotar, interna e externamente, métodos não-adversariais de resolução de controvérsias está presente em pactos firmados por empresas no Brasil e no exterior⁷. As cláusulas compromissórias, incluindo a Mediação no procedimento escalonado⁸, auxiliam a criar uma percepção de confiança na parceria. As Câmaras de Resolução de Controvérsias firmam sua posição no âmbito internacio-

nal e doméstico. Pesquisas da Fortune⁹ demonstram o número crescente de empresas que adotam, com sucesso, a Mediação como meio de resolução de controvérsias.

E por que o mundo corporativo se encanta pela ideia de prevenir e de resolver conflitos pelo diálogo¹⁰? Devido a seus inúmeros benefícios e desdobramentos, dentre os quais o de que a Mediação atende expectativas ao considerar os modelos de negócio e as realidades comerciais locais e globais, viabilizando soluções *tailor-made* pautadas no benefício mútuo e conduzidas com sigilo. É, assim, instrumento de prevenção e resolução de conflitos que permite o exercício da autonomia da vontade para elegê-lo, escolher quem vai administrá-lo (com competência, diligência e imparcialidade), e determinar o tempo de sua duração, garantindo aos próprios *players* a oportunidade para a autoria das soluções.

Nesse diapasão, a Mediação propicia tomada de decisões com controle do procedimento e de seus resultados, convidando todos os envolvidos a trazerem à mesa de negociação quantas questões forem necessárias ou desejadas (sejam elas juridicamente tuteladas ou não) para dirimir conflitos instalados ou potenciais. Em suma, consiste em metodologia de entendimento integralmente pautada no diálogo colaborativo, na redução de custos financeiros, na celeridade e na preservação dos relacionamentos.

A vocação da Mediação (seja a judicial, seja a extrajudicial) no que tange a conflitos empresariais, reside, afinal, na maior flexibilidade que ela oferece para se compatibilizar com as necessidades do mundo corporativo.

3 Ver: <<https://goo.gl/Wiz5oC>>. Acesso em: 23/11/2017.

4 A esse respeito, William Isaacs, fundador do *Dialogue Project* do Massachusetts Institute of Technology – MIT, discorre acerca da comunicação nos negócios e na vida. Ver ISAACS, William. *Dialogue and the art of thinking together*. New York: Currency, 1999.

5 Segundo Andrea Maia, João Afonso Assis e Mariana Freitas Souza, é orientação do IFC – International Finance Corporation, do Banco Mundial, que o ambiente empresarial esteja fundamentado nos pilares de Governança Corporativa, contexto no qual “se inclui a criação de processos para resolução eficiente e eficaz de disputas.” Ver MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso; SOUZA, Mariana Freitas. *A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas*. In: ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2016, ob. cit., p. 368.

6 Pesquisa do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC, realizada em 2008, sobre os maiores fatores de conflitos de governança nas empresas, identificou as cinco maiores motivações: transações entre *stakeholders*, decisões de investimentos, relacionamento com acionistas minoritários, performance de gestão e decisões de fusão e aquisição (Ibid., p. 369).

7 Em relação ao contexto brasileiro, ver GOUVEIA, Niest. FIESP, CIESP, entidades e empresas assinam ‘Pacto pela Mediação’, *Portal FIESP*, 11/11/2014. Disponível em: <<https://goo.gl/qjGwDH>>. Acesso em: 23/11/2017. No que diz respeito ao contexto internacional, consulte More news on the new CPR Corporate ADR Pledge, *Alternatives to the High Cost of Litigation*, June 4, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/bx8M34>>. Acesso em: 23/11/2017.

8 LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

9 STIPANOWICH, Thomas J.; LAMARE, J. Ryan. Living with ADR: evolving perceptions and use of mediation, arbitration and conflict management in Fortune 1,000 Corporations. *Fortune 1,000 Survey TJS Revised*. Feb. 19 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/SGVvHz>>. Acesso em: 23/11/2017.

10 STIPANOWICH, Thomas. Why businesses need mediation. Commercial Mediation in Europe, p. 9, *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, 2004. Pepperdine University Legal Studies Research Paper. Disponível em: <<https://goo.gl/EVodYu>>. Acesso em: 21/11/17.

Conclusão: de onde viemos, onde nos encontramos e para onde vamos

Viemos de um histórico em que a Justiça se fazia a partir de provas interpretadas por terceiros, fossem eles clérigos, senhores feudais, monarcas, juízes ou árbitros.

Nos encontramos num tempo em que eclodiu o desejo de maior participação dos cidadãos no processo de superação de controvérsias, mediante o protagonismo a eles assegurado nos procedimentos de Mediação, Facilitação de Diálogo, *Dispute Boards*, e Negociação Assistida.

E para onde vamos?

A resposta a essa pergunta estaria fadada a se subsumir num exercício de futurologia, não fossem as tendências que se pode desde já vislumbrar.

A primeira delas é a “explosão” do número de casos de Mediação judicial, originados dos ditames do novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação. A rapidez da afluência de casos tem motivado o surgimento de Câmaras privadas e colocado o Judiciário de todo o país na direção de compor seus NUPEMECs – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e CEJUSCs – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, coordenadores da prestação de serviços de Mediação no âmbito do Judiciário.

A constatação da complementaridade que pode haver no atendimento de demandas com perfil de complexidade e vulto econômico significativos inspirou nos Tribunais de Justiça de vários estados da Federação o credenciamento de Câmaras privadas, para compor a oferta de serviços por quadros mais institucionais, mediante remuneração.

Na esteira dessa disseminação, a Mediação ganha lugar no currículo acadêmico das graduações de Direito e de outras formações, inaugura no Brasil alguns cursos de especialização e faz ver a todos que não existe restrição a profissões de origem para atuar nessa prática, seja de maneira individual ou em duplas interdisciplinares – que objetivam ampliar o espectro de visão dos conflitos e, por consequência, o vislumbre de variado leque de alternativas de solução e a natural satisfação dos envolvidos.

A segunda tendência, também alinhada com uma identificação mais nítida, pela sociedade em geral, da propriedade da Mediação como método eficaz de resolução de controvérsias, é a combinação da

Mediação com outros procedimentos, ou mesmo a adoção de outros procedimentos com a consciência de que eles utilizam muitas técnicas originalmente concebidas pela Mediação. A popularização de cláusulas de med-arb (mediação seguida de arbitragem) – sobretudo no campo empresarial mais afeito à Arbitragem – e seu caminho de transformação em med-arb-med, convive, na atualidade, com a proposta *Mixed-Mode*, em que o percurso que antes era escalonado – um método seguido pelo outro no caso de insuficiência do anterior – deixa agora janelas de saída e de retorno para se visitar a Mediação, mesmo que uma outra metodologia (como Arbitragem ou *Dispute Boards*) esteja sendo adotada¹¹.

Mais ainda, o possível paralelismo da Mediação com a Negociação Assistida, a Arbitragem e os *Dispute Boards*, sugere que esse mosaico de métodos pode vir a ser figura usual, em vista do caleidoscópio de opções disponível aos interessados, fortalecidos e movidos pela disposição para resolver a questão.

Ainda nessa onda de flexibilização da utilização de métodos extrajudiciais de resolução de controvérsias, há a possibilidade de utilização da Facilitação de Diálogo, procedimento inspirado na Mediação, que confere ainda mais informalidade ao processo de diálogo.

A terceira tendência poderá atrair, particularmente, a atenção dos advogados, sempre ciosos do aconselhamento que devem oferecer no melhor interesse de seus clientes, esmero esse que há de ser recompensado com justa gratificação tanto moral quanto material.

Na medida em que a Mediação progressivamente “contagie” diversas faixas de necessidades (no que tange à sofisticação, expressão econômica, relevância social, e outros critérios), a equação oferta-demanda deve ser cada vez mais permeada pela adequação dos casos ao método e pela qualidade e eficácia do serviço a ser prestado, aumentando as oportunidades de realização profissional e de satisfação dos clientes. Nesse aspecto, é de se esperar que um contingente dos advogados filiados à comunidade dos arbitralistas se sensibilize com as perspectivas que a Mediação possa crescentemente inspirar. E como inexiste limitação de tabela de honorários profissionais para a assessoria dos advogados em Mediações,

11 STIPANOWICH, Thomas J.; FRASER, Veronique. Developing international practice guidelines to participants in mixed mode dispute resolution processes. Trabalho apresentado na 7th ICC International Conference, *Dispute Resolution Processes: mix and match for the best results*. Paris, 19/10/2016.

em tese nada impede que advogado e cliente pactuem distintas modalidades de remuneração, até mesmo aquelas mais diretamente afetas ao êxito na obtenção de soluções adequadas e no menor tempo possível.

No âmbito dos departamentos jurídicos das empresas, a prática da resolução precoce de disputas (Planned Early Dispute Resolution – PEDR)¹² é crescente e convida advogados a identificarem procedimentos efetivos para a solução de controvérsias, de forma a reduzir os riscos de litígio, poupando tempo e dinheiro para as corporações e gerando maior satisfação para seus clientes.

A quarta tendência é a informatização dos procedimentos¹³, especialmente no que diz respeito a relações consumeristas massivas, como proliferam sobremaneira no comércio eletrônico. O desenvolvimento de novos algoritmos, capazes de captar e processar maior número de variáveis, poderá dar conta do objetivo das empresas fornecedoras de garantir no seu ambiente *on-line* a disponibilidade de plataformas automatizadas¹⁴ cada vez mais assemelhadas ao atendimento humano (e em certos aspectos, mais utilitários, até mesmo mais eficientes). Essa alternativa pode ser útil inclusive em transações no comércio global¹⁵, tendo em vista que os maiores varejistas *on-line* têm aderido a redes de ODR (*online dispute resolution*) que alcançam vários países, visando atender a normas nacionais que estabelecem lei e foro domésticos como opção para o consumidor¹⁶ e, bem assim, tendo em conta que não apenas as transações consumeristas são levadas a efeito internacionalmente¹⁷.

12 A esse respeito, pode-se citar um guia para ajudar usuários a lidarem precocemente com disputas empresariais. Ver LANDE, John; DETTMAN, Kurt; SHANKS, Catherine. *Planned Early Dispute Resolution User Guide*. American Bar Association – ABA, 2013. Disponível em: <<https://goo.gl/wXs2Bz>>. Acesso em: 21/11/2017.

13 Embora sujeita a certos questionamentos, como o da imparcialidade, no caso de custeio exclusivamente pelo fornecedor que contrata e paga o prestador de serviços de ODR, sem custo para o consumidor. Daí, inclusive, a preocupação das autoridades (como na União Europeia) de qualificar, cadastrar e monitorar as empresas que oferecem serviços de ODR.

14 Como na Europa, em que a legislação comunitária busca uniformizar e disseminar requisitos de provedores de ODR, para que os conflitos possam ser solucionados satisfatoriamente nos países-membros, maximizando a confiança no comércio eletrônico. Ver TANG, Zheng Sophia. *Electronic Consumer Contracts in the Conflict of Laws*. Oxford: Hart, p. 301; p. 334.

15 Ibid., p. 329.

16 Em alguns países existe a noção de que as leis protetivas dos consumidores não permitem o uso válido e eficaz de cláusulas compromissórias de mediação em contratos com consumidores, ou em contratos de adesão, em geral.

17 Por isso, a United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL tem adotado filosofia mais genérica, abrangendo indistintamente transações B2C ou B2B, e publicado orientações nesse sentido, em 2015. Ver online *Dispute Resolution for Cross-*

Essas tendências sinalizam trajetória similar à que tem sido percorrida em outros países, em que a Mediação e os procedimentos que dela derivaram, conquistaram a preferência do mundo empresarial¹⁸ na escolha de meios aptos de resolução de disputas.

O momento atual é de conscientização dessa possibilidade – ou, probabilidade –, abrindo o leque, como se diz em Mediação, para que os valores e princípios que movem pleitos e posições possam melhor encontrar convergência e paridade nas soluções e nos consensos construídos na Mediação e em procedimentos afins.

s-Border Electronic Commerce Transactions. Disponível em: <<https://goo.gl/d7Cq5h>>. Acesso em: 24/11/2017.

18 Conforme pesquisa publicada por Nancy Nelson e Thomas Stipanowich (2004), *apud* Maia, Assis e Souza (2016, ob. cit., p. 373).

Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas no Brasil: apontamentos para uma evolução necessária

Luciane Moessa de Souza

Graduada e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Doutora em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo sido Pesquisadora Visitante (*Visiting Scholar*) na Universidade do Texas. Pós-Doutora pela Universidade de São Paulo, tendo sido Pesquisadora Visitante na Università Luigi Bocconi (Milão). Professora em cursos de Especialização e instrutora em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público (cursos presenciais e a distância). Diretora da Soluções Inclusivas Sustentáveis (www.sisctm.com.br).

Introdução

Este trabalho busca analisar criticamente e propor aprimoramentos para a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas no Brasil, a qual tem ocorrido seja

na esfera extrajudicial, notadamente no âmbito do Ministério Público, nos inquéritos civis, por vezes no âmbito da Defensoria Pública (também expressamente legitimada, desde a Lei 11.448, de 2007, à defesa de interesses difusos, coletivos *stritu sensu* e individuais homogêneos), seja na esfera judicial, quando tais conflitos vêm a ser a causa de pedir de ações civis públicas ou outras ações coletivas.

Na esfera extrajudicial, também podem ser celebrados termos de ajuste de conduta (ou instrumento similar) no âmbito do processo administrativo punitivo, conforme previsão na legislação ambiental, do sistema de defesa da concorrência, do mercado de capitais, no Estatuto

da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso e na legislação de diversas agências reguladoras. Entretanto, na prática a utilização deste instrumento não tem sido tão frequente quanto deveria, por motivos que me dedicarei a enfrentar no primeiro item deste artigo.

Mesmo quando se aceita a utilização do caminho consensual para a solução de conflitos que envolvem direitos e interesses de natureza coletiva, diversos problemas surgem devido ao manejo inadequado do instrumento legalmente previsto (o termo de ajuste de conduta – TAC), inclusive pela falta de uma previsão legislativa expressa acerca do processo a ser empregado para chegar à celebração do ajuste. Muitos dos órgãos legitimados para a celebração de TAC entendem que devem redigir o conteúdo do TAC sem ouvir previamente todos os envolvidos (sejam os atores privados, sociais e econômicos, sejam os entes públicos competentes), sem cogitar de diferentes caminhos para a solução do problema, sem levantar exaustivamente os fatos e possíveis soluções técnicas. Redigem, assim, autênticos “contratos de adesão”, convocando aqueles que foram identificados como responsáveis pela irregularidade a se comprometerem com obrigações que entendem unilateralmente como as mais adequadas para resolver o conflito, normalmente sob ameaça de ajuizamento de ação civil e/ou penal pública. A celebração de “acordos” em tais condições costuma resultar, quase sempre, em descumprimento dos tais TACs, permanecendo o problema sem solução efetiva.

Por outro lado, outros tantos membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e muitos magistrados têm logrado utilizar o caminho consensual para a resolução de complexos conflitos envolvendo direitos de natureza coletiva, manejando instrumentos já existentes em nossa legislação, tais como audiências públicas, audiências de conciliação, como um caminho para chegar à celebração do TAC ou outra forma de ajuste.

Se considerarmos, porém, a adoção de uma técnica estruturada para a resolução consensual de conflitos multipartes, em que estão em jogo políticas públicas muitas vezes de distintas naturezas, que conflitam entre si e necessitam ser compatibilizadas, veremos que ainda há um longo caminho a percorrer em nosso país para que os métodos consensuais de resolução de conflitos sejam utilizados em toda a sua potencialidade.

Quadro atual

A resistência (ainda) à utilização do caminho consensual

Não obstante, desde a inserção do parágrafo 6º no art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), exista previsão expressa acerca da possibilidade de resolução consensual de conflitos de natureza coletiva, não faltam os que ainda entendem que não há o que negociar ou transigir quando se pensa em direitos ou interesses públicos, invocando, basicamente, três motivos: a) a incidência do princípio da legalidade, a limitar inevitavelmente a esfera de atuação de todos os entes públicos; b) a desigualdade nas relações de poder entre entes públicos e os particulares, inviabilizando autêntico diálogo e negociação; e c) a supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Quanto ao primeiro argumento, pretende-se extrair do princípio da legalidade a consequência de que o ordenamento jurídico não deixaria nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Ora, não é necessário sequer ter conhecimentos jurídicos especializados para se ter ouvido falar das múltiplas interpretações possíveis acerca de cada norma. Também é fato notório e frequente (embora evidentemente indesejável) a presença de lacunas e contradições em nossa ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos critérios hierárquico, temporal e de especialidade. A isto se pode acrescentar o fenômeno ineliminável da colisão entre direitos fundamentais, da qual decorre a potencial colisão entre políticas públicas. Forneço exemplos: pense-se na presença de recursos minerais estratégicos e valiosos em terras indígenas ou territórios quilombolas. Ora, a Constituição Federal assegura, a um só tempo, o reconhecimento de territórios a tais comunidades, e o interesse público na exploração de nossos recursos minerais. Pense-se ainda na coincidência geográfica parcial (e tais exemplos não são exercícios de imaginação, mas sim extraídos de minha atuação como Conciliadora na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União em 2010 e 2011) entre territórios de populações remanescentes de quilombos e os limites de unidades de conservação, cuja proteção também é um mandamento constitucional. O potencial de conflitos é imenso – e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compati-

bilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites. Por tal razão é que defendo que *todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados*, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo) se sujeitam a *controle interno e externo de juridicidade*, e tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos.

Quanto à desigualdade nas relações de poder, notadamente nos casos em que estão envolvidos um ente público federal ou estadual e um indivíduo (o exemplo clássico pode ser o segurado e o INSS), ela é de fato evidente e não pode ser ignorada quando se pensa em resolução consensual de conflitos. Não se trata, porém, de obstáculo incontornável. De fato, a desigualdade torna inadequada a negociação direta entre as partes, mas torna altamente recomendável a utilização da mediação, que é a negociação facilitada por um terceiro.

Um dos deveres elementares do mediador é buscar amenizar a eventual desigualdade entre os envolvidos no conflito, indicando ao lado mais fraco a necessidade de buscar um advogado ou outro perito técnico para aconselhá-lo, quando for o caso, buscando certificar-se de que ele compreendeu as questões técnicas e jurídicas que estão em jogo, buscando assegurar que informações essenciais para a resolução do conflito sejam compartilhadas entre as partes. Também é dever ético do mediador buscar garantir que os interesses legítimos daqueles que não estão presentes à mesa de negociação (por impossibilidade) sejam respeitados (é o caso de filhos menores, por exemplo, na seara privada).

Quando se pensa nesta questão do desequilíbrio de poder e/ou informação, o melhor caminho para se buscar uma decisão a respeito da adequação da mediação de conflitos à resolução de conflitos na seara pública consiste em realizar a sua comparação com o processo adversarial tradicional, seja ela na esfera administrativa ou em juízo. Será que o processo contencioso, com seu formalismo e rigoroso sistema de preclusões, oferece maiores condições de igualdade? Será que o processo judicial, em que tantas e tantas vezes a questão de direito material acaba

sendo sobrepujada por discussões de natureza processual, e em que é comum que o “vencedor” seja quem melhor manipula o procedimento, por ter o melhor advogado, é um processo baseado em maior equilíbrio de poder? É evidente que não. As possibilidades de enfrentar o desequilíbrio de poder, em realidade, são muito mais profícuas na mediação.

Quanto ao terceiro argumento, o da indisponibilidade e supremacia do interesse público, em primeiro lugar, é preciso esclarecer de que interesse público se está tratando: o primário ou o secundário? Quando se trata do interesse público secundário, aquele meramente patrimonial, como bem distinguiu o administrativista italiano Renato Alessi, cujas lições foram trazidas ao Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, não existe nem indisponibilidade nem supremacia.

Quando se trata de interesse público primário, este sim indisponível, pensar numa ideia de supremacia somente resolve o problema quando ele está em confronto com interesses individuais não consistentes em direitos fundamentais. Como já demonstraram bastante bem Gustavo Binbenbojm e outros publicistas de escol, não existe supremacia de interesses titularizados pelo Estado e direitos titularizados por particulares quando ambos desfrutam de proteção constitucional. De outra parte, como já demonstrei nos exemplos citados no item anterior, interesses públicos primários, portanto indisponíveis, frequentemente colidem entre si (como também acontece com direitos fundamentais), havendo uma necessidade inadiável de harmonização entre eles, razão pela qual o nosso legislador já reconheceu implicitamente inúmeras vezes que *indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade*, ao admitir a utilização da negociação em um uma série de conflitos que envolvem direitos indisponíveis, de natureza pública e difusa inclusive, como já exemplificado.

Importa lembrar que, na esfera privada, desde sempre foi admitida a transação no que se refere a direitos indisponíveis, como se deu desde a primeira Lei do Divórcio, de 1977, e como se vê na previsão do artigo 447, parágrafo único do Código de Processo Civil em vigor, que trata da conciliação em matéria de família¹⁹.

Como já assinalaram diversos doutrinadores, quando se pensa em transação atinente a direitos indisponíveis, não se cogita de renun-

19 Vale referir a distinção, nem sempre evidente, entre transação, de um lado, e negociação, conciliação ou mediação, de outro: enquanto estas três últimas designam um processo de resolução consensual de um conflito, a transação é o acordo propriamente dito, resultante de qualquer um dos três processos.

ciar ao direito, de negociar o reconhecimento da sua existência, mas sim de buscar um acordo acerca da melhor *forma* de protegê-lo. Como bem assinala Geisa Rodrigues, “mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há a possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação.” (2006, p. 236)²⁰.

Vale dizer, existindo já expressa autorização legislativa, a qual foi formulada e vem de fato funcionando como resposta aos anseios por uma tutela coletiva mais eficaz²¹, para a utilização da negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos correspondentes aos direitos de natureza transindividual, evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução destes mesmos conflitos pela via da mediação.

Cabe demonstrar, assim, que vantagens seriam efetivamente trazidas pela utilização do instituto da mediação, ao lado das já existentes na negociação (termo de ajustamento de conduta extrajudicial) e na conciliação (termo de ajustamento de conduta judicial) envolvendo direitos indisponíveis no sistema jurídico brasileiro.

Primeiramente, cabe uma palavra a respeito da reduzidíssima utilização e apresentação de resultados positivos no que concerne à conciliação em juízo nos conflitos de natureza transindividual. Sobre o tema, é oportuno colher os comentários do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em pesquisa que ele realizou há cerca de uma década a respeito do tema, que entretanto ainda está atual para a maioria dos casos envolvendo conflitos coletivos:

20 Em realidade, anota a autora, ao comentar sobre o compromisso de ajuste de conduta celebrado como expressão de um acordo entre o autor do ilícito ambiental e o Poder Público, “o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica.” *Op. cit.*, p. 176.

21 Geisa Rodrigues, por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento, efetuou ampla pesquisa de campo abrangendo termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público Federal de setembro de 1992 a julho de 1998 e afirmou: “O exame dos dados colhidos na pesquisa nos permite concluir que a utilização do instituto do termo de ajustamento de conduta pode efetivamente contribuir para ampliar o acesso à justiça de toda a sociedade. O ajustamento de conduta é uma solução alternativa de conflito eficaz e compatível com os desafios apresentados pela satisfação dos direitos transindividuais.” (2006, pp. 294-5). Mais adiante, afirma ela: “Nos compromissos estudados, não vislumbramos a ocorrência de transação indevida.” (2006, p. 295).

Os dados relativos a compromissos de ajustamento de conduta realizados na fase judicial são desalentadores: um único caso, representando 1,14% do número total de ações pesquisadas. Várias causas podem ser apontadas para justificar tal situação: a) a falta de experiência e mesmo do conhecimento do que significa e como funciona o compromisso de ajustamento de conduta, em especial para o encaminhamento da negociação, e o estabelecimento das condições nos limites autorizados por lei; b) a falta de oportunidade na fase judicial, pois não se costuma realizar audiência de conciliação específica para tanto; c) o receio, mesmo das pessoas mais experientes, em celebrar tais compromissos pela responsabilidade que ele representa, em face dos direitos em jogo, sendo mais confortável promover a ação ou deixá-la prosseguir. (2007, p. 225).

Se, por um lado, a celebração de termos de ajuste de conduta extrajudicial em algumas matérias revela-se mais profícua, é inegável que nem sempre esta possibilidade é efetivamente levada a efeito, notadamente em casos de maior complexidade técnica ou intersubjetiva.

Ademais, em nosso país, a cultura dos operadores jurídicos em geral – e isso infelizmente não é diferente para parte significativa dos membros do Ministério Público, instituição presente no polo ativo da maioria dos compromissos de ajuste de conduta – é predominantemente voltada para o litígio, para buscar a vitória através do contencioso judicial, inexistindo o domínio de técnicas de negociação que favoreçam o diálogo rumo a uma solução consensual.

A simples realização de audiências públicas (as quais, como se sabe, não tomam decisões vinculativas para o Poder Público), propiciando amplo debate e participação de todos os interessados, embora defendida com ardor por grande parte da doutrina, não garante que o diálogo ocorra de forma produtiva e que partes pouco dispostas a ouvir busquem construir soluções que contemplem todos os interesses em jogo.

Podemos nos valer, neste aspecto, dos ensinamentos de dois professores norte-americanos, Judith Innes e David Booher (2004). Eles formulam uma rigorosa crítica aos instrumentos de participação pública previstos na legislação estadunidense (notadamente as audiências públicas), que não conseguem obter uma genuína participação no processo decisório e/ou no planejamento. Na prática, frequentemente trata-se de espaços de litigiosidade constante, onde não ocorre o diálogo e a negociação dos interesses contrapostos, sendo realizados apenas para cumprir as exigências

legais. A literatura sobre o assunto tem entendido que o problema é que os métodos não estão sendo adequadamente utilizados. Para os autores referidos, atualmente, “nós estamos presos à armadilha de pensar que participação social envolve cidadãos de um lado e o governo do outro. Esse dualismo simplista subjaz aos debates e encoraja a participação adversarial.” (2004, p. 421) [Tradução desta autora].

Na realidade, entendem eles que a

[...] participação precisa ser colaborativa e incorporar não apenas cidadãos, mas também interesses organizados, organizações com fins lucrativos e sem fins lucrativos, planejadores e gestores públicos. [...] métodos de participação efetiva envolvem colaboração, diálogo e interação. São inclusivos. Não são reativos, mas focados em antecipar e definir ações futuras. [...] Desafiam o estado atual das coisas e formulam questões complexas sobre temas tidos como pacíficos. (2004, pp. 421-2) [Tradução desta autora].

A *participação colaborativa*, segundo os autores referidos, incrementa a representatividade e legitimidade em relação a outros métodos, mas isso requer *assegurar que grupos mais fracos estejam devidamente incluídos e assistidos para participar dos debates*. Além disso, nela não existe o dilema da escolha entre o interesse individual e o interesse coletivo, pois os diálogos são direcionados para conciliar todos os interesses envolvidos, ao contrário dos modelos tradicionais, em que não existe este esforço de integração (2004, p. 430).

Em suma, *não basta assegurar a participação social, é preciso assegurar a utilização de métodos pelos quais a manifestação das diferentes visões de grupo possa ser canalizada de forma construtiva*, a fim de produzir, com clareza de visão, decisões que realmente caminhem no sentido de proteger todos os interesses envolvidos.

Tal fato conduz à constatação de que, na maior parte das vezes, será necessária a participação de um terceiro imparcial, que detenha tanto o domínio de técnicas de negociação, quanto um razoável conhecimento sobre a matéria objeto do conflito, a fim de identificar os pontos comuns e as divergências, arrolar possíveis alternativas para a solução do conflito e fazer com que as partes escolham, consensualmente, uma opção que seja viável para ambas. Daí a conveniência da adoção da mediação, em que o terceiro facilitador ficará encarregado de não deixar as partes perderem o foco na busca da solução do problema.

Todavia, a já mencionada ausência de tradição na adoção dos métodos não-adversariais de solução de conflitos no Brasil coloca-nos diante do desafio de capacitar profissionais nesta área de atuação: de um lado, qualificar os órgãos legitimados em técnicas de negociação; de outro, capacitar profissionais imparciais e idôneos, com conhecimentos técnicos razoáveis em cada tipo de conflito que envolve política pública, a fim de formar um cadastro de mediadores¹ que possa ser utilizado tanto pelos órgãos públicos legitimados à celebração de ajustamento de conduta² quanto pelo Poder Judiciário, quando for feita nova tentativa de mediação em juízo ou se ainda não tiver ocorrido mediação ou negociação na fase pré-processual.

As iniciativas existentes: pontos positivos e principais limitações

Para realizar uma avaliação efetiva das iniciativas já existentes de resolução consensual de conflitos no Brasil, seria necessário o desenvolvimento de criteriosa pesquisa de campo, envolvendo os arquivos do Ministério Público, autos de processos judiciais, e também de processos administrativos punitivos, em poder dos entes do Poder Executivo.

O que me proponho a descrever, portanto, funda-se na observação casuística de situações concretas que me têm sido relatadas por conta das palestras e treinamentos que ministro sobre o assunto, além do contato com estudos de caso relatados por alguns pesquisadores pioneiros.

Com relação a pontos positivos, ressalta-se a realização de audiências públicas nas quais são ouvidos todos os afetados pelo conflito. Infelizmente, algumas vezes, tais audiências públicas ocorrem apenas para ratificar um acordo já assinado, cujo conteúdo já está definido, portanto. Também é bastante comum a realização de autênticas negociações entre membros do Ministério Público e aqueles que eventualmente violaram normas ambientais. Merece registro a atuação da Promotoria

1 A exemplo do que ocorre no Canadá, conforme GIRARD, Jennifer. *Op. cit.*, p. 5.

2 Aí se incluem, ao lado do Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos da Administração direta e autárquica em nível federal, estadual, distrital e municipal.

de Meio Ambiente de São Carlos, Município do Estado de São Paulo, que é detalhadamente relatada³ pela pesquisadora Geisa Paganini de MIO em sua Tese de Doutorado.

Um dos equívocos mais comuns, como já se relatou, é a elaboração unilateral de um suposto “acordo” para resolver o conflito. Ainda que já tenha sido realizada uma investigação preliminar dos fatos ocorridos, nenhum diagnóstico do conflito é completo sem que todos os interessados/afetados pelo conflito tenham sido *identificados e ouvidos*.

Também, em muitas situações, verifica-se que a solução proposta, que se reflete na previsão de obrigações no termo de ajuste de conduta, não apresenta correlação direta com os bens jurídicos e interesses legítimos a serem protegidos. Ora, se o que se pretende é a resolução de um conflito específico, deverão ser levados em conta elementos fáticos, jurídicos e técnicos que tenham correlação com os direitos e interesses legítimos envolvidos. Para tanto, muitas vezes serão necessários estudos técnicos que demandariam tempo e esforços que não combinam com soluções rápidas e precipitadas, mas muitas vezes existe uma opção açodada por este último caminho, levando à celebração de acordos que se revelam ou ineficazes para a resolução definitiva do conflito ou de cumprimento tecnicamente inviável.

A outra grande falha que se percebe em muitos casos é a ausência de organização de uma pauta de discussão, com a identificação de interesses em comum e de interesses a serem compatibilizados, enfim, justamente aquilo que caracteriza o trabalho de um mediador, que tantas vezes é necessário até mesmo num conflito envolvendo apenas duas pessoas que não conseguem se comunicar de forma produtiva – e que é muito mais útil e necessário, ainda, num conflito de natureza coletiva, nos quais existem diversos entes públicos envolvidos, e grupos que apresentam interesses distintos também na sociedade civil, nem sempre organizados.

Do ponto de vista positivo, cabe ressaltar a existência de diversas iniciativas institucionais recentes do Ministério Público que visam claramente encorajar a utilização do caminho consensual. Um exemplo

3 DE MIO, Geisa Paganini. *O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta como instrumentos efetivos para resolução de conflitos ambientais: a experiência da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos – SP*. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Carlos: USP, 2005.

é a Carta de Brasília, formulada durante um Encontro Nacional das Corregedorias do Ministério Público em setembro de 2016, a qual inclui entre as diretrizes atinentes aos membros do Ministério Público:

“e) Utilização de mecanismos de resolução consensual, como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas;

f) Realização periódica de audiências públicas para permitir ao cidadão o acesso ao Ministério Público para o exercício direto da soberania popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da CR/1988, de modo a viabilizar a participação e a deliberação social sobre prioridades que devam ser objeto da atuação da Instituição, assim como para prestar contas do trabalho ao cidadão interessado⁴.

Também a Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, inova ao dispor, embora ainda em caráter facultativo, sobre a participação de outros legitimados na celebração de TAC, em um dos parágrafos do art. 3º:

“§ 6º Poderá o compromisso de ajustamento de conduta ser firmado em conjunto por órgãos de ramos diversos do Ministério Público ou por este e outros órgãos públicos legitimados, bem como contar com a participação de associação civil, entes ou grupos representativos ou terceiros interessados.”⁵

4 CARTA DE BRASÍLIA. Disponível em: <<https://goo.gl/Smy2PR>>

5 Essa norma recente, que disciplina a celebração de termo (ou compromisso) de ajustamento de conduta, também poderia ter avançado mais no que toca à exigência de fundamentação do conteúdo dos TACs, pois ela não chega a fazer menção em momento algum à necessidade de esclarecimento das controvérsias fáticas e levantamento de alternativas tecnicamente viáveis para embasar a definição das obrigações assumidas. Já a Carta de Brasília inclui também entre as Diretrizes aplicáveis aos membros do Ministério Público a “*realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada*”.

Oportunidades de aprimoramento

Utilização de mediadores: como viabilizar?

Sempre que se apresenta a metodologia da resolução consensual de um conflito coletivo que envolve uma política pública, uma das perguntas que emerge é: quem pode desempenhar este papel de terceiro facilitador do diálogo rumo ao consenso? É preciso contar com espaços institucionais que se caracterizem pela imparcialidade e pela competência técnica para desenvolver tal missão.

Vejo, basicamente, três alternativas possíveis:

- a) comissões compostas por servidores do Judiciário, Ministério Público, Poder Executivo, Poder Legislativo, etc., que sejam capacitados como mediadores e se dediquem a esta função com exclusividade;
- b) centros de mediação baseados em universidades, que podem firmar parcerias com o Poder Público para a prestação de serviços desta natureza;
- c) mediadores autônomos, vinculados ou não a entidades do terceiro setor, que sejam capacitados ou credenciados junto a órgãos públicos para desempenhar tal função (que deve ser, via de regra, remunerada, para que a atividade seja sustentável e possa ser exercida em caráter profissional).

A primeira necessidade que se coloca, assim, é a de que exista um quadro de mediadores previamente capacitados ao qual o Poder Público possa recorrer. Também é necessário definir de onde virão os recursos para pagar pelos serviços de mediação, quando os mediadores já não sejam servidores remunerados pelos cofres públicos para tal fim, bem como para pagar por eventuais estudos técnicos.

Existente este quadro, a escolha do mediador (ou equipe de mediadores, como é mais comum em se tratando de conflitos coletivos) deve ficar preferencialmente ao encargo das partes envolvidas. Se se tratar de um conflito judicializado, admite-se que o juiz da causa faça a escolha, mas é evidente que mediadores poderão ser recusados por razões de suspei-

ção e há que se sopesar se vale a pena o ganho de tempo decorrente da escolha unilateral com a perda de autonomia e confiança das partes no(s) mediador(es) escolhido(s) sem a sua participação. Nos EUA, costuma-se permitir às partes que façam esta escolha, sempre havendo, contudo, uma proposta inicial de nomes constantes de um cadastro, de mediadores que se sabe serem previamente capacitados e experientes na matéria. O grande exemplo que pode nos inspirar é a experiência do U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution (Udall Foundation), que se dedica exclusivamente à capacitação, compartilhamento de experiências e credenciamento de mediadores em conflitos ambientais nos EUA⁶.

Diagnóstico e mapeamento dos atores envolvidos no conflito

Escolhidos os mediadores, devem estes proceder ao diagnóstico do conflito, com a identificação de todos os interessados e/ou afetados, bem assim de todos os atores necessários para a resolução efetiva do problema. Este conjunto de atores envolverá desde os órgãos do Poder Executivo com competência para atuar na matéria, representantes do Legislativo, quando for o caso (por exemplo, nos conflitos acima referidos envolvendo limites de unidades de conservação ou mineração em terras indígenas, a participação do Poder Legislativo é essencial para viabilizar o acordo), o Ministério Público, a Defensoria Pública (quando houver pessoas hipossuficientes), o(s) empreendedor(es), quando for o caso, a comunidade diretamente afetada, quando for possível identificá-la, as entidades do terceiro setor que atuem na matéria naquela região, quando existentes⁷. É importante esclarecer que os atores privados afetados pelo

6 Para saber mais, veja o sítio: <<https://goo.gl/4Qj5hp>>.

7 Vale sublinhar que o Enunciado 40 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em agosto de 2016, por proposta minha e da magistrada Marcella Araújo da Nova Brandão, tem a seguinte redação: “*Nas mediações de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas, judicializados ou não, deverá ser permitida a participação de todos os potencialmente interessados, dentre eles: (i) entes públicos (Poder Executivo ou Legislativo) com competências relativas à matéria envolvida no conflito; (ii) entes privados e grupos sociais diretamente afetados; (iii) Ministério Público; (iv) Defensoria Pública, quando houver interesse de vulneráveis; e (v) entidades do terceiro setor representativas que atuem na matéria afeta ao conflito.*” Na mesma linha, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais aprovou, em 27 de junho de 2017, a “Carta de Belo Horizonte”, na qual foram aprovados 44 Enunciados sobre o tema “Perspectivas para a atuação resolutiva do Ministério Público em conflitos coletivos urbanos”, o seguinte Enunciado, que recebeu o número 24: “*Os órgãos de execução*

conflito e os entes públicos competentes para atuar na matéria são atores essenciais na construção da solução consensual. Já os entes legitimados a opinar ou questionar o conteúdo de eventual acordo, como o Ministério Público, a Defensoria Pública ou as entidades do terceiro setor que atuam na questão, devem necessariamente ser convidados a participar do processo (quando não sejam eles próprios que a ele deram início), mas sua eventual discordância ou falta de disponibilidade para participar não impedem que o diálogo aconteça, devendo ser ouvidos ao final sobre o conteúdo do acordo, momento em que poderão apresentar eventuais pontos que entendam tenham sido descuidados na construção da solução. A palavra final acerca da relevância de tais pontos e da eventual necessidade de revisão do acordo, naturalmente, cabe ao juízo competente.

Nesta fase diagnóstica, os mediadores deverão se reunir em separado com todos os atores do conflito, explicar-lhes o funcionamento do processo de resolução consensual de conflitos, entender suas principais preocupações, expectativas e receios quanto ao mérito do conflito, buscar entender o contexto e antecedentes do conflito, bem assim verificar quais são as informações já disponíveis sobre o problema, quais os pontos de convergência e de divergência. Também deverão ajudar cada uma das partes a eleger seus representantes à mesa de negociação, já que estes deverão ser o elo permanente entre os demais participantes do processo e o grupo representado. Da mesma forma, deve-se investigar como funciona e quanto tempo levará o processo de ratificação de eventual acordo no seio de cada órgão público, empresa ou grupo de pessoas representado na mediação.

Planejamento do processo

Com este quadro desenhado, devem os mediadores traçar um planejamento do processo, com cronograma de sessões privadas e conjuntas de mediação, local e datas para sua realização, proposta de duração e horário das sessões, bem assim de protocolo de conduta das partes, e até mesmo

do Ministério Público devem identificar todos os atores e órgãos públicos envolvidos no conflito, convidando-os para a mesa de negociação/mediação, de maneira a conferir ao conflito e/ou controvérsia tratamento adequado, que consiga encampar todos os vértices do problema e das questões envolvidas, desde as suas causas até as mais razoáveis soluções a serem encontradas, de modo a abranger todos os afetados pela violação de direitos fundamentais, individuais homogêneos, coletivos ou difusos”.

formas de dar publicidade ao processo, incluindo-se o relacionamento com a imprensa. Este planejamento poderá eventualmente já incluir formas de participação e interação com a sociedade em geral, mediante realização de audiências públicas, recebimento de sugestões, críticas e informações, etc. Também poderá incluir a identificação da necessidade de compartilhamento de informações entre os envolvidos, bem assim da realização de estudos técnicos conjuntos durante o procedimento de mediação. Estes estudos devem envolver uma deliberação conjunta das partes sobre a sua abrangência (aspectos fáticos e técnicos a serem investigados), sobre quem dispõe de imparcialidade e competência para realizá-los, sobre a metodologia a ser adotada e sobre como seus resultados serão utilizados.

Este planejamento (e suas adaptações posteriores) deve ser submetido a todos os participantes da mediação na primeira sessão conjunta de mediação, realizando-se as alterações que se reputarem adequadas após ouvidos todos os interessados.

Negociação e estudos técnicos; conteúdo do acordo

Aprovadas as regras do jogo, devem ter início as sessões de mediação privadas e conjuntas, assegurando-se sempre a maior transparência possível, e construindo-se gradualmente acordos parciais, notadamente quando houver questões urgentes que não possam aguardar o fim do processo. Naturalmente, quando não houver consenso acerca de questões urgentes, o juiz competente é que deverá decidir, prosseguindo-se a mediação sobre os demais pontos, inclusive com a possibilidade de as partes chegarem a um consenso diverso sobre a questão já decidida.

É ainda fundamental que, para a avaliação das alternativas de solução, sejam realizados todos os levantamentos fáticos e estudos técnicos pertinentes, a fim de se sopesarem os custos e benefícios, sob o ponto de vista financeiro, temporal e de satisfação de todos os interesses em jogo, de qualquer uma das soluções aventadas⁸.

⁸ Nessa linha, o Enunciado 22 do Ministério Público de Minas Gerais, no que se refere à sua atuação resolutiva em conflitos fundiários urbanos, já referido na nota anterior, consa-

Ao final das negociações, quando as partes e os mediadores avaliarem que já foram exploradas as alternativas possíveis de consenso, ainda que ele não tenha sido plenamente alcançado, deve-se proceder à redação conjunta do acordo, sempre facilitada pelos mediadores. Este deve conter um relato de quem participou do processo, das informações levantadas e uma justificativa (jurídica e técnica) do consenso alcançado, as quais servirão como fundamentação do acordo, bem como uma descrição resumida do processo, a fim de que o juiz competente para homologá-lo possa assegurar-se de que o “contraditório” foi observado ou, melhor dizendo, de que oportunidades adequadas foram dadas às partes para expressarem seus interesses legítimos e preocupações relevantes, sempre dando-se maior atenção aos grupos hipossuficientes.

Além disso, deve conter, naturalmente: a descrição de cada uma das obrigações assumidas, quem deverá cumpri-las, em que prazo, e quem ficará responsável pelo seu monitoramento; também convém que estejam previstas sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações, de modo que seja mais econômico para o responsável pela obrigação cumpri-la do que descumpri-la⁹.

Ratificação e homologação do acordo

Sempre que se tem um conflito envolvendo entes públicos ou grandes empresas, estes entes se farão representar à mesa de negociação por pessoas que não possuem poder definitivo para celebrar o acordo. Será necessária assim uma fase interna de ratificação, que deve ser esclarecida a todos os demais participantes do processo de resolução consensual do conflito desde o início.

Da mesma forma, a comunidade afetada, dada a impossibilidade de participação direta de todos os seus integrantes, se fará presente à

grou: “O diagnóstico do conflito coletivo que envolve órgãos públicos exige a identificação do histórico dos fatos e das diferentes perspectivas sobre o conflito e/ou controvérsia, com aferição de todas as informações relevantes disponíveis, sendo importante, sempre que possível e adequado, o estudo técnico e/ou pericial, com a análise das alternativas e expectativas de solução”.

⁹ Vale notar que o art. 4º-A da Lei 9.469/1997 estabelece conteúdo mínimo semelhante para Termos de Ajuste de Conduta celebrados por entes públicos federais. Ainda, o art. 4º da Resolução CNMP 179/2017 prevê que os TACs deverão prever multa diária ou outras espécies de cominação para o caso de descumprimento das obrigações nos prazos assumidos.

negociação por meio de representantes, que, porém, deverão submeter o acordo à análise e ratificação final de todo o grupo.

Daí a necessidade de existência da fase de ratificação do acordo.

A par disso, ainda que o conflito não esteja judicializado, em alguns casos, a homologação judicial do acordo pode ser recomendável para dar mais segurança jurídica a todas as partes envolvidas. Notadamente quando se trata de conflitos envolvendo o Poder Público, em razão da alternância periódica no comando dos poderes políticos, por decorrência do sistema democrático (e subsequente alteração na titularidade de cargos comissionados), como em regra trata-se de acordos cuja execução se prolonga no tempo, é interessante garantir eficácia executiva de título judicial ao acordo celebrado, coroando assim todos os esforços realizados para a obtenção do consenso. Ademais, o art. 3º, § 2º, da Lei 13.140, de 2015, faz referência expressa à necessidade de homologação em juízo do acordo envolvendo direitos indisponíveis, ao menos em caso de mediação.

Como critérios para a homologação, naturalmente o Judiciário deverá ter em conta: a) o respeito às normas de ordem pública aplicáveis ao conflito (admitindo-se as interpretações aceitáveis que tenham sido consensualmente adotadas pelas partes em casos de lacunas, conceitos vagos e eventuais contradições); b) o esclarecimento de controvérsias fáticas e técnicas relevantes; c) a coerência lógica entre os elementos fáticos e técnicos e a solução encontrada; além da d) observância aos princípios da mediação ao longo de todo o processo, ou seja, oportunidades materialmente idênticas a todos os envolvidos no conflito de apresentar seus interesses legítimos e tê-los levados em conta na construção da solução.

Conclusão

É importante concluir apontando as diversas vantagens da adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos que envolvem políticas públicas.

A primeira vantagem da solução consensual é que ela, por ser produzida a partir do diálogo em que se confrontam e compatibilizam

todos os interesses relevantes para as partes (sejam eles direitos ou não, bastando que não sejam ilícitos), será criativa em uma medida que jamais poderia resultar de qualquer decisão unilateral – criatividade que está na raiz de sua efetividade /eficiência.

A segunda vantagem é que ela será legítima (democrática), já que foi capaz de encontrar a adesão/aceitação de todos os atores sociais/políticos/econômicos necessários para que ela seja efetivada.

Justamente por ser legítima e resultante de um processo democrático, de um lado, e potencialmente eficiente, de outro, será também sustentável, já que esses atores não irão questioná-la, e sim contribuirão para sua efetivação, dialogando novamente em caso de qualquer impasse que não tenha sido antevisto.

Será ainda implementada da forma mais rápida e econômica possível, já que contará com a boa vontade dos envolvidos e o debate democrático deverá ter levado em conta os custos e benefícios iminentes a cada alternativa de solução.

Ainda, vale ressaltar que a eclosão de conflitos pode surgir em diferentes momentos da formulação ou execução de políticas públicas. E em todos esses momentos o caminho consensual pode ser utilizado.

São exemplos:

- a) elaboração negociada de regulamentos administrativos (*negotiated rulemaking*), acrescentando um diálogo qualificado e democrático à mera formalidade de realizar audiências ou consultas públicas;
- b) elaboração de Planos Nacionais, Estaduais e Municipais relativos a alguma política pública socioambiental, que poderá assim trazer informações mais completas e enfrentar potenciais fatores de conflito no momento da execução;
- c) processo administrativo em geral: no momento do licenciamento ambiental de um empreendimento, na aplicação de uma penalidade decorrente de um processo administrativo sancionador;
- d) processo judicial que esteja embasado no questionamento de uma política pública ou atos que a efetivam (ações coletivas ou mesmo ações individuais que tenham objeto desta natureza).

Em todos estes espaços, a opção pelo caminho consensual é mais do que vantajosa: algumas vezes, trata-se da única alternativa verdadeiramente viável para se chegar a uma solução.

Referências

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. pp. 117-169.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIRARD, Jennifer. *Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo?* Disponível em: <<https://goo.gl/ehiBW1>>. Acesso em: 31.3.2008.

INNES, Judith E.; BOOHER, David E. Reframing public participation: strategies for the 21st century. In: *Planning Theory & Practice*, Vol. 5, nº 4, December 2004, pp. 419-436. Disponível em: <<https://goo.gl/83DnHZ>>

Acesso em: 20.1.2007.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

“Tempos Atuais”: O direito dos negócios e os impactos do vigente Código de Processo Civil sobre contratos e negociações no Brasil

Alessandra Nascimento S. FMourão

Professora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas.

Introdução

Este artigo ainda se apresenta em moldes tradicionais de transmissão do pensamento: a forma escrita. Anteriormente a ela, a difusão de conceitos, ideias e pensamentos guiava-se pela sim-

ples oralidade. Muito em breve, mesmo no mundo acadêmico, outras mídias serão mais relevantes do que a escrita, como a vídeo apresentação na internet, que já se impôs fora da academia.

E por que introduzir este trabalho pela sua forma de apresentação? Para trazer à baila o tema da evolução. A evolução do conhecimento que a história apresenta e na qual as transformações do mundo contemporâneo ocorrem em velocidade exponencialmente superior ao que transcorreu ao longo da história da civilização até metade do século passado.

As pesquisas de Kevin Desmond sobre a evolução do conhecimento acumulado pela humanidade desde a pré-história chega a ser desconcertante.

Desmond argumenta que uma análise da história da humanidade demonstra que todo o conhecimento que o Homem produziu até o início do cristianismo duplicou até o cristianismo. Foi novamente multiplicado por dois até meados do século 18, com a revolução industrial. Mais uma vez duplicou nos 250 anos seguintes e depois duplicou

em apenas 10 anos até o surgimento dos primeiros computadores pessoais. Na última década do século 20 o conhecimento foi multiplicado por quatro e na última década multiplicado por dez¹⁰!

O mundo do Direito, mais conservador do que o de muitos ramos do conhecimento, como a medicina e o da engenharia, na tentativa de se adaptar aos novos tempos, vai finalmente sendo impactado pelas necessidades de agilidade de um mundo onde tantas coisas se sucedem apenas *on-line*.

E não por acaso no âmbito dos negócios surge uma novidade bastante disruptiva à luz de toda a escola de direito processual predominante no sistema legal brasileiro: o direito de negociar os atos processuais que guiarão eventual processo judicial decorrente de uma situação de conflito entre as partes contratantes.

Este trabalho tem como propósito central refletir sobre os impactos no mercado jurídico empresarial – e nas empresas que nele procuram assessoria – de uma das principais mudanças do Código de Processo Civil que, até o momento, timidamente tem sido instrumentalizada em contratos e em negociações no meio empresarial.

Nesta reflexão, iremos discutir algumas das aplicações efetivas de cláusulas de negócio jurídico processual, seus desafios e os incentivos econômicos à sua adoção.

A regra processual autorizadora dessa novidade é o artigo 190, que inaugura a possibilidade de convenção das partes sobre procedimentos no curso do processo civil, tanto *ex ante* – ou seja, em momento anterior à instalação do litígio, com a confecção de cláusulas contratuais que instruirão a demanda em futuro litígio – como também *ex post*, vale dizer, depois de que a ação judicial já se encontra iniciada.

É uma imensa inovação em relação ao regramento processual civil anterior, que até então tinha como um dos mais ousados e combatentes princípios o da “instrumentalidade do processo”, tantas vezes solenemente afastado e ignorado na prática forense pelo extremo prestígio da forma sobre a finalidade. Preferência esta inúmeras vezes baseada no intuito de diminuir o colossal volume de processos judiciais em andamento no país.

Como um desdobramento daquele princípio surgido nos anos 80 e defendido com veemência por Ada Grinover, Candido Dinamarco

e Kazuo Watanabe, nasce o reconhecimento legislativo da validade de negócios processuais atípicos. Em outras palavras, permite-se às partes contratantes a livre convenção de procedimentos que *deverão* ser seguidos pelo juiz da causa e pelas próprias partes no caso de um conflito concreto, convenção esta que pode modificar determinados os procedimentos pré estabelecidos no Código de Processo Civil para situações afins.

O negócio jurídico processual, tal qual previsto no artigo 190 do Código de Processo Civil, é novidade legislativa e, como tal, provoca questionamentos e polêmicas.

É novidade não por admitir que se entabule negócio jurídico que impacte de alguma maneira a forma como o processo se desenvolverá. Afinal, a cláusula contratual em que os contratantes deliberam sobre a eleição de foro ou a eleição de legislação aplicável (nos contratos internacionais) são bastante difundidas em várias espécies de contratos.

Nada mais próximo desse novo passo processual do que o previsto na lei da arbitragem, a qual autoriza às partes contratantes estabelecer onde ocorrerá o procedimento arbitral, quem serão os julgadores e como se desenvolverá o rito que levará à decisão final.

O que de fato o dispositivo processual instaura em termos de ousadia é a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, possibilidade esta que vem provocando grandes discussões, especialmente entre processualistas.

E também traz novos desafios para os profissionais da área jurídica: estamos preparados para esse tipo de negociação?

Esse novo regramento processual coloca a assessoria jurídica na área contratual em novo patamar e era. Mais ainda, demanda uma maior sinergia entre as áreas de consultivo e de contencioso (principal segmentação de áreas de escritório de advocacia nas grandes cidades brasileiras). Isso sem falar nos transtornos que novos acordos e a flexibilidade nas regras de condução do processo pelo juiz podem trazer para os funcionários do Judiciário, que precisarão conciliar ritos processualmente previstos e tantos outros estabelecidos pelas partes.

O advogado empresarial poderá, se bem aproveitado o momento e a oportunidade, capitanear um movimento com ampla contribuição das partes interessadas e relacionadas nos negócios de criação de regras jurídicas *ad hoc* mais eficientes e ajustadas ao tipo de relacionamento comercial e contrato ali sob juízo. Tempos modernos esses em

10 DESMOND, Kevin. *A Timetable of Inventions and Discoveries*. M. Evans & Co. Nova York, 1986.

que o advogado brasileiro poderá ser porta-voz do “sim” e condutor de um processo criativo, no intuito de trazer as regras que regem o processo judicial civil ao encontro do interesse das partes.

A doutrina brasileira e o negócio jurídico processual

Como a doutrina trata o negócio jurídico processual?

A definição de Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira é bastante acurada: 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 processuais¹¹.

Em poucas e precisas palavras, Marcos Bernardes de Mello vê no negócio jurídico processual a “escolha do regramento jurídico para uma determinada situação”¹².

E os negócios jurídicos processuais podem ser classificados a partir de diversas perspectivas, a começar pelo seu objeto. Podem ser relativos *ao objeto litigioso do processo*, como ocorre no acordo feito entre as partes processuais para colocar fim ao processo. Há outros *que têm por objeto o processo em si*, sua estrutura e desenvolvimento, tal como ocorre quando acordam os litigantes com a suspensão do processo para tentativa de um acordo para extinguir o processo, a denominada *convenção processual*, isto é, a convenção das partes sobre matéria processual, no dizer de Barbosa Moreira¹³.

Há negócios processuais *típicos*, previstos ao longo do Código de Processo Civil e há muito conhecidos dos operadores na área contenciosa, mesmo antes da entrada em vigor do atual *codex*, como a possibilidade de escolha do foro em contratos (art. 63), o acordo para a suspensão do feito (art. 313, II), adiamento negociado da audiência (art. 362, I) e a desistência do recurso (art. 999). E outros que foram acrescidos no novel estatuto processual como o calendário processual (art. 191, parágrafos 1º

e 2º), renúncia ao prazo (art. 225), acordo sobre o ônus da prova (art. 373, parágrafos 3º e 4º) ou escolha convencional do perito (art. 471).

No entanto para além daqueles negócios processuais típicos, há possibilidade de tantos outros negócios jurídicos processuais denominados *atípicos* que não estão expressamente previstos no Código de processo Civil, mas acham-se autorizados pelo disposto no *caput* de seu artigo 190: “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 e durante o processo”.

Tal qual os demais negócios jurídicos, também podemos classificar os negócios jurídicos processuais em unilaterais, bilaterais e plurilaterais. A desistência e a renúncia são considerados negócios *unilaterais* porque se perfazem apenas com a manifestação de vontade de uma das partes. A convenção para a suspensão do processo ou a escolha consensual do perito caracterizam-se como negócios *bilaterais* visto que a conjunção da vontade de duas partes processuais aperfeiçoa o negócio. Os negócios *plurilaterais* demandam a presença de mais de dois sujeitos a manifestar sua vontade. É o que ocorre quando o juiz se junta às partes para convencionar o calendário processual.

Negócios processuais podem também ser classificados em expressos ou tácitos. Os negócios processuais *expressos* contam com a declaração de vontade externada e inequívoca da parte manifestante. É o que se verifica quando a parte requer expressamente ao juiz sua intenção de renunciar ao direito de recorrer. Nos negócios *tácitos* há a presença de um ato comissivo ou omissivo que permite concluir inexoravelmente qual seja a vontade da parte processual. Considera-se tácito comissivo o ato da parte que se mostra incompatível com qualquer interpretação em sentido diverso, como acontece quando o autor recebe proposta de acordo com a condição de não recorrer e de fato deixa transcorrer o prazo do recurso *in albis*. A não alegação de qualquer convenção processual preexistente ao processo configura ato tácito omissivo.

Se de um lado o novo sistema processual, calcado no artigo 190, admite o negócio jurídico processual, de outro, ainda concede-lhe, como regra, efetividade em relação aos direitos processuais sem a necessidade da aprovação do julgador.

11 DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2ª Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2012, pp. 59-60.

12 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico (Plano de Existência)*, 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 166.

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual—terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.

É a letra do artigo 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção dos direitos processuais”. A exceção surge no Parágrafo Único do dispositivo: “A desistência da ação só produz efeitos após homologação judicial”. E também no artigo 357, Parágrafo 2º: “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.”

Eis aqui outra imensa modificação em relação ao sistema anterior, trata-se de dar às partes processuais o poder de decidirem o rumo que desejam dar ao processo e aos seus direitos dele decorrentes, sem a dependência da benção judicial. E quem ousar dizer o contrário, com todo respeito, ressalvadas as hipóteses de exceção expressamente previstas na lei processual, estará interpretando *contra legem*.

Uma analogia com a história vivida com a Lei de Arbitragem e a vanguarda do instituto no âmbito mundial

A Arbitragem no Brasil – e no mundo – trouxe ao mundo dos negócios a esperança de agilidade e de especialização de seus árbitros para a apreciação de demandas de mais elevado valor econômico. Há causas submetidas ao procedimento arbitral que são de extrema complexidade e sua apreciação por um Judiciário assoberbado e generalista traz insegurança e preocupação àqueles que estarão sujeitos aos efeitos do julgado.

A Câmara Internacional de Comércio (ICC) elaborou um ranking em 2014 no qual o Brasil ocupa a primeira posição entre os países da América Latina que mais utilizaram dos serviços de sua Câmara de Arbitragem, possuindo mais de 112 partes em processos na instituição. Além disso, o Brasil ficou em 3º lugar em um ranking mundial de países com mais acessos de seus representantes à Câmara de Arbitragem Internacional e ocupou a 7ª posição dentre os países com nomeações de árbitros de sua nacionalidade. São Paulo esteve também entre as dez cidades mais escolhidas para sediar procedimentos arbitrais pelo mundo¹⁴.

14 FINANCIER WORLDWIDE. *Arbitration in Brazil: from childhood to maturity*. Disponível em: <<https://goo.gl/7WZwde>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

Inegável pois que o Poder Judiciário no Brasil foi parcialmente desafogado com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, a Lei da Arbitragem. E nada obstante críticas recebidas em relação a seus altos custos, ao funcionamento de algumas câmaras e ao desempenho de alguns árbitros, segue sendo uma alternativa em situações em que a agilidade, o sigilo e a especialidade são um mister.

Muitas das regras inovadoras do vigente Código de Processo Civil reagem a essas necessidades atuais ao adotar procedimentos de auto composição pelos quais as partes podem eleger regras procedimentais que melhor se adaptem às peculiaridades da sua relação jurídica e dos litígios dela decorrentes.

Os grandes debates nos meios jurídicos e as emergentes críticas versam menos sobre a calendarização de prazos ou nomeação de peritos negócios que parecem razoavelmente palatáveis no entendimento de muitos doutrinadores e militantes na área processual – e mais sobre a possibilidade de renúncia de direitos tidos como fundamentais ou constitucionais ou, ainda, sobre a renúncia de direitos de interesse coletivo ou de ordem pública que alguns negócios jurídicos processuais poderiam em tese proporcionar.

Seria permitido às partes, no âmbito do contrato, abrir mão do duplo grau de jurisdição? Poderiam se comprometer a não se denunciarem à lide em eventual demanda proposta por terceiro que se relacione ao objeto do contrato? Em que medida estes negócios jurídicos se equiparariam à renúncia do direito de petição?

No nosso entendimento, parece-nos bastante viáveis e legalmente amparadas, por exemplo, as modalidades de negócio jurídico processual que prevejam a desistência de instância ou a proibição de denunciação à lide. A Lei da Arbitragem, cuja constitucionalidade foi submetida ao exame e aprovação do Supremo Tribunal Federal, prevê, dentre outras coisas, instância única e obsta a discussão do mérito da decisão arbitral no âmbito do Poder Judiciário.

As controvérsias surgidas quando da promulgação da Lei da Arbitragem, tiveram grande repercussão. O fim da década de 90 foi prodigiosa em debates acalorados sobre a cláusula compromissória e seus efeitos sobre o direito constitucionalmente garantido de acesso ao Poder Judiciário. Várias foram as decisões judiciais a declarar a nulidade da então novel cláusula arbitral até o pronunciamento final da Corte Suprema

em favor da sua constitucionalidade. Arrefecidos os ânimos, a arbitragem conquistou seu lugar como meio de solução de disputas amplamente difundido na comunidade jurídica nacional. Verdade que ainda há os que a vejam com reservas, muitas vezes mais por questões de “reserva de mercado” propriamente dita do que por seus próprios méritos. E também igualmente verdadeiro que o instituto ainda não atingiu sua completa maturidade local mas isso não lhe retira alguns valiosos atributos.

Esse paralelo entre a história da arbitragem no país e algumas alterações relevantes no Código de Processo Civil serve para ilustrar como a resistência ao novo tende a perder força como passar do tempo, restando como consequência uma visão mais positiva em relação à flexibilidade do sistema normativo diante de uma sociedade em plena mudança e sob a constância por vezes extenuante das constantes atualizações.

Ora, a arquitetura das cláusulas contratuais decorre do negócio jurídico subjacente e deve se projetar para o futuro de forma a abarcar sua execução e inclusive as hipóteses de conflitos ou dúvidas que possam surgir.

O Código de Processo Civil é um conjunto de normas aplicáveis para a generalidade dos casos e pode ser assaz inadequado e inconveniente para determinadas situações específicas, tudo a colaborar para o desprestígio do próprio Judiciário.

Assim sendo, a inclusão de regras processuais nos contratos, conforme ora permitido pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, deve levar em consideração as especificidades do negócio jurídico material objeto do contrato e as possibilidades de agilização da prestação jurisdicional em relação aos regramentos “standard” previstos naquele “codex”.

Bem por isso, da mesma forma que há uma multiplicidade de transações materiais objeto de contratos típicos e atípicos, com o advento do artigo 190 do Código de Processo Civil, igualmente abrem-se múltiplas possibilidades criativas de regramentos procedimentais mais adequados a regular a condução do processo judicial decorrente de conflito decorrentes desses contratos.

E essa faculdade legal encontra-se na vanguarda global mesmo que considerados os sistemas de *civil* e *common law*.

Gonçalo Matias, da Universidade Católica Portuguesa, relata que sobre a matéria das adaptações das regras processuais pelas partes, não há grandes desenvolvimentos em Portugal¹.

¹ “No âmbito do regime processual – e é aí que o problema se coloca, e não na arbitragem – temos os artigos 7º e 8º do Código de Processo Civil, que dispõem e consagram o princípio

Na *common law* estadunidense também não se vê o mesmo arrojo que o legislador brasileiro trouxe na redação do vigente Código de Processo Civil. Isso porque a própria complexidade do sistema, que tem leis estaduais próprias bem como a cultura de ADR (alternative dispute resolutions) tornam esse caminho de difícil aplicação quando comparado com outros meios alternativos de composição que estão à disposição¹.

da colaboração processual.

O artigo 7º dispõe que o Juiz do processo pode convidar as partes a esclarecer matérias em discussão, e que as partes são obrigadas a colaborar.

O artigo 8º dispõe sobre o princípio da boa-fé, que deve nortear todo o processo e se impõe a actuação das partes.

Existem outros preceitos específicos em que se refere o dever de colaboração, mas não relevam para a presente análise.

Em Portugal, a margem de intervenção das partes é mínima, cabendo ao juiz a integral condução do processo e a ele competindo a iniciativa do convite às partes para acordos.

O que se discute é se a liberdade de contratar das partes pode sobrepor-se aos pressupostos que determinam a actuação do Juiz.

Poderia evoluir-se para um sistema em que as partes pudessem acordar em aspectos de procedimento, não em matéria de processo, e sob acordo do Juiz.

A maior controvérsia rodeia a possibilidade de o Juiz ficar subalternizado à vontade das partes.

Poderiam as partes por exemplo acordar sobre fases diferentes do procedimento, ou acordar em matéria de prova, mas nunca poderiam retirar ao juiz do processo os poderes e as prerrogativas de que deve dispor para julgar. O Juiz não poderia em caso algum ser reduzido a um “autômato” ao sabor das partes.”

1 Segundo Myron Steele, ex-juiz do estado de Delaware,

“understanding the alternatives available for parties to contract for a litigation process differing from the statutory or rule based procedure in an anticipated jurisdiction in the USA can be challenging. One must understand that the USA is a federation without a unified court system. Federal Courts have limited jurisdiction as well as their own Rules, some of which the Courts adopt themselves and some of which require Congressional approval. While diversity jurisdiction can allow business contractual disputes to be heard in the Federal Courts, state substantive law applies as there is no federal common law or statutory law of contracts.

There are 55 State, Commonwealth and Territorial court systems in the USA. Each of these jurisdictions has its own respective statutory requirements for the litigation process as well as its own State Court Rules. In Delaware (a State which has jurisdiction over 51% of the publicly traded corporations in the USA and 67% of the Fortune 500), by statute the Court Rules supersede a conflicting statute – a minority view in the USA systems.

In the State Courts while parties to a contract may agree to dispense with alternatives presented by the statutory and Rule defined processes, the parties may not agree to a dispense with a statutorily mandated element of the process. For example, parties may agree to forego a jury trial in a contractual dispute, but the parties may not by agreement confer jurisdiction on a State Court where there is no statutory basis for jurisdiction.

Parties may within the rules of the Court alter timelines after suit is filed, but no contractual provision no matter how desirable may bind the Courts ultimate inherent common law authority to manage the Courts or Constitutional requirement to open the Courts to public view or the Court's commitment to due process. Even a statute proposing to do so faces both State and Federal obstacles under the doctrine of separation of powers and the need to maintain an independent judiciary.

Parties may within the rules of the Court alter timelines after suit is filed, but no contractual provision no matter how desirable may bind the Courts ultimate inherent common law authority to manage the Courts or Constitutional requirement to open the Courts to public view or the Court's commitment to due process. Even a statute proposing to do so faces both State and Federal obstacles under the doctrine of separation of powers and the need to maintain an independent judiciary.

Possibilidades de *contract design* de cláusulas de negócio jurídico processual

O preceito do Código de Processo Civil contido no artigo 200 confirma a intenção do legislador em dar poder à vontade das partes no curso do processo. Segundo o dispositivo, as declarações unilaterais e bilaterais de vontade produzem imediatamente efeitos constitutivos, modificativos e extintivos de direitos processuais. Incontestemente a vontade do legislador de dispensar a homologação judicial para tais declarações para que impacte os direitos processuais das partes, à exceção da desistência (Parágrafo único do dispositivo), nada obstante a homologação judicial se apresente essencial na práxis.

Exemplos de negócios jurídicos processuais possíveis transitam nos meios acadêmicos, havendo juristas que se lançam a pensar como o instituto pode dar vazão a remédios jurídicos que, por intermédio da vontade contratual das partes, possam superar inconvenientes ou inúteis atos processuais previstos no Código de Processo Civil.

É escolha interessante do Novo Código de Processo Civil apostar na vontade contratual das partes como iniciativa desburocratizante de regras e sistemas processuais mantidos – há décadas – e que em certos casos se apresentam sem sentido ou como verdadeiros entraves a acarretar injustificável morosidade no deslinde das causas e da efetividade do provimento jurisdicional.

É possível sugerir uma lista não exaustiva de previsões contratuais que proporcionem a negociação de procedimentos e direitos processuais que permitam composição, previamente à instauração da lide, como por exemplo a calendarização do processo e a desjudicialização de prova testemunhal², com a oitiva das testemunhas nos escritórios dos patronos das partes (como previsto no *common law* estadunidense).

Pode-se cogitar, ainda, a indicação prévia de perito(s) pelas partes, conforme prevê o artigo 471 do Novo Código de Processo Civil; pactos

It is far more likely that parties to a commercial or business contract in the USA will find alternative dispute resolution far more desirable and flexible than trying to commit one another to a course which purports to override the State Courts' common law, Statutory and Court Rule mandated processes."

2 MÜLLER, Julio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral através de negócio processual: análise jurídica e econômica*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/u3iY6o>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

sobre os meios de prova; limite mútuo à fruição de tutelas liminares (de urgência); disposição que limite a impenhorabilidade com relação a certos bens; limitação da instância recursal superior e extraordinária; organização consensual do processo sobre seus pontos controvertidos.

As possibilidades de estabelecimento de negócios jurídicos processuais são vastas, ainda que observados os limites estabelecidos no próprio Código de Processo Civil.

Dentre os exemplos apresentados, merecem atenção como iniciativa facilitadora da eficácia da prestação jurisdicional os negócios jurídicos processuais essencialmente procedimentais. Especialmente as iniciativas de calendarização do procedimento civil, que sob a previsão expressa do artigo 191 poderão ser fruto de comum acordo entre as partes e o juiz constituído, com a designação de calendário próprio a determinado processo para a prática dos atos processuais específicos.

Não se pode deixar de observar que a calendarização dos procedimentos é negócio jurídico processual cuja eficácia depende do vencimento de alguns desafios práticos como, por exemplo, a competente gestão de processos judiciais com os mais diferentes calendários processuais. É inevitável e nada surpreendente a crítica dos membros do Poder Judiciário no sentido de que não terão estrutura organizacional para observar ritos particulares, desenhados pelas partes, em lugar de observar uma norma pré-estabelecida e uniforme para os feitos em geral.

No entanto, sempre houve procedimentos especiais com ritos próprios e prazos diferenciados. Se levarmos em consideração uma vara da família, por exemplo, inventário, separação, divórcio, interdição de incapaz, envolvendo menores ou não, cada uma delas tem rito próprio a ser observado não só pelas partes mas pelo juiz e seus auxiliares.

Mais ainda, existe tecnologia a disposição de qualquer um que tenha um mero telefone celular (*smartphone*) para se agendar e estabelecer alarmes para as tarefas mais variadas, envolvendo sua comunicação aos advogados e encarregados de gerenciar o desenvolvimento das atividades jurisdicionais.

Esse debate traz à baila uma realidade irrefutável: as partes, seus os advogados e todos os membros do Poder Judiciário, deverão empreender mudanças no exercício de seu mister a fim de tornar efetiva a plena aplicação do artigo 190 do Novo Código de Processo Civil.

A limitação consensual do número de testemunhas admitidas a depor em juízo é outra possibilidade de negócio jurídico processual que pode acelerar o trâmite da causa. As partes podem convencionar, por

exemplo, que em caso de estabelecimento de litígio judicial, um número máximo de testemunhas a serem ouvidas para cada uma delas.

Ainda que dependam de adaptações institucionais pelo Poder Judiciário, é certo que os negócios jurídicos processuais que simplifiquem o rito processual, poderão, sem dúvida, conferir-lhe celeridade, desburocratizando-o e deixando-o mais dinâmico com a transferência às partes de atividades que podem ser desenvolvidas por ela diretamente desenvolvidas, sem a intervenção estatal.

Além disso, é possível estabelecer o já mencionado compromisso de não denunciar a outra parte à lide em eventual processo proposto por terceiro em função da execução do contrato, por exemplo. Há vários negócios jurídicos processuais que podem se relacionar não necessariamente aos procedimentos, mas à intervenção de terceiros e participação de litisconsortes. São negócios que, apesar de não se relacionarem estritamente ao rito, também podem facilitar – e muito – os trâmites de processos que envolvam controvérsia de alta complexidade, propiciando maior efetividade ao processo.

É preciso ter presente, contudo, que, em *situações especificamente previstas*, a convenção processual entre as partes poderá ser obstada pelo juiz condutor do processo objeto da negociação de atos processuais.

Nesse ponto, é clara a regra do parágrafo 1º do artigo 190 do Código de Processo Civil: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação **somente** nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

Muito provavelmente por força do parágrafo 1º do artigo 190 do Código de Processo Civil e em função da *presunção* de vulnerabilidade do empregado, o Tribunal Superior do Trabalho já determinou que o negócio jurídico processual não será admitido no âmbito da Justiça Laboral. Neste sentido, é a instrução normativa 39 do Tribunal Superior do Trabalho:

“Art. 2º Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: II – art. 190 e parágrafo único (negociação processual).”

Embora não aplicável diretamente ao processo do trabalho, não pode ser ignorado o fato de que, em outras frentes, as audiências trabalhistas estão sofrendo transformações³ semelhantes e este movimento transformador não é exclusividade do processo civil.

De todo modo, verifica-se que os critérios para aprovação judicial dos negócios jurídicos processuais não são diferentes dos critérios para ratificação dos demais negócios jurídicos, que tratam de direito material. A identidade de critérios bem revela que se está, de fato, diante de um negócio, de um acordo de vontades que, salvo hipótese de ilegalidade ou abusividade, deverá fazer lei entre as partes. Lei processual *in casu*.

Admitir a possibilidade de criação, pelas partes, de lei processual é, sem dúvida, ato revolucionário para o ordenamento jurídico brasileiro. É uma iniciativa do legislador que não pode ser desprezada ou esquecida pelos advogados que militam na elaboração de contratos e na estruturação dos negócios.

Na tentativa de tentar entender as razões na demora de se colocar em prática essa possibilidade legal, visto que ainda escassos os exemplos de novos contratos que estipulam regras processuais, damos-nos conta, também, de que o advogado que está afastado do cotidiano dos tribunais em verdade desconhece quais seriam os regramentos relevantes a serem inseridos no bojo das minutas que redigem.

Ou seja, aquele que é encarregado de fazer constar nos contratos as cláusulas que regerão eventual futuro processo judicial pode não ter o conhecimento e a experiência necessários para a estipulação dessas cláusulas.

Daí, porque se confirma a necessidade de um intercâmbio intenso entre os operadores das áreas consultiva e contenciosa para que se possa, com eficácia, colocar em ação o plano do legislador.

3 “Trabalhadores e empresas estão aproveitando novos mecanismos previstos pela reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) para homologar rescisões de contrato e acordos extrajudiciais. Um dos casos foi resolvido em apenas 15 minutos, por meio de WhatsApp (videoconferência) – pelo fato de as partes estarem em cidades diferentes.”

“O uso da arbitragem foi acordado entre as partes após a entrada em vigor da reforma trabalhista, no dia 11 de novembro. Pela lei, trabalhadores com remuneração superior a cerca de R\$ 11,5 mil (duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime-Geral de Previdência Social) podem negociar mudanças no contrato diretamente com o empregador, sem a intermediação de sindicato, e optar por esse caminho”.

Artigo do Jornal Valor Econômico: “Reforma incentiva acordos extrajudiciais”. Publicado em 15/12/2017. Disponível em: <<https://goo.gl/RAUBkc>>. Acessado em 15/12/2017.

E sem dúvida alguma, o melhor e mais propício momento para essa negociação dos atos processuais se dá nas tratativas de redação do contrato. Depois de instaurado o processo judicial, as animosidades potencializadas geram obstáculos por vezes intransponíveis. Toda e qualquer sugestão de uma parte é vista com desconfiança pela outra. E há menor risco de exposição do representado na recusa do que na aceitação da proposta do outro lado. Mais ainda, há a assimetria de objetivos. Quase sempre uma parte pretende que o processo caminhe de forma célere enquanto a outra anseia pela demora do epílogo.

Diante de inovação tão relevante e verdadeiramente revolucionária, é necessário debater e explorar todas as possibilidades do negócio jurídico processual, refletir sobre outras modalidades que podem contribuir para a agilização do processo, para a eficaz atividade do Judiciário e, consequentemente, para a melhoria da efetividade do provimento jurisdicional.

O Direito é dinâmico e, para conduzi-lo da forma mais eficiente possível, é preciso que seus operadores tragam esse dinamismo para o desempenho de suas funções.

E para que esse novo esforço de aprimoramento da aplicação da justiça possa ser bem sucedido, é imperioso incluir os magistrados nesse movimento, pois são eles que lidarão com o negócio jurídico processual e terão de colocá-lo em prática, uma vez superada a análise de sua validade.

Como forma de oferecer colaboração à implementação desse instituto, no âmbito deste artigo são apresentadas a seguir algumas possibilidades concretas de negócio jurídico processual encontradas em raros escritos e em debates nos mais diversos foros acadêmicos.

Esses exemplos, não exaustivos, podem ser úteis aos profissionais da área jurídica, quando se leva em consideração a ainda baixa adesão, até este momento, da prática à faculdade de negociar procedimentos processuais:

- (i) nomeação prévia de perito pelas partes (atividade exclusiva do juiz, sob a égide do CPC anterior);
- (ii) calendarização dos procedimentos judiciais entre as partes e o juiz (com estabelecimento de novos prazos para a prática de atos no âmbito do procedimento civil);
- (iii) meios de citação realizada pelo advogado;

- (iv) a produção de prova testemunhal desjudicializada, isto é, produzida fora de audiência;
- (v) convenções sobre os meios de prova que serão admitidos;
- (vi) a fixação pelas partes dos pontos controvertidos na demanda;
- (vii) a disposição que limite a impenhorabilidade com relação a certos bens;
- (viii) limites ao número de testemunhas a serem arroladas no processo;
- (ix) renúncia ao direito de revisão do julgado por instâncias superiores.

A confirmação de que esse novo caminho tem o respaldo do Judiciário está no surgimento de julgados a reconhecer a validade de negócios jurídicos processuais realizados pelas partes processuais:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO MONITÓRIA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA Intimação para os fins do artigo 475-J do CPC/1973 Ré executada sem advogado constituído nos autos INTIMAÇÃO PESSOAL DESNECESSÁRIO Partes que estipularam mudança no procedimento para ajustá-lo a especificidade da demanda NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL PREVISTO NO CPC/2015 CABIMENTO – Intimações a serem realizadas no endereço declinado, ficando autorizado o recebimento de intimação por quaisquer terceiros que nele se encontrem. AUTOCOMPOSIÇÃO E CAPACIDADE PLENA DAS PARTES. DISPONIBILIDADE DOS INTERESSES A PERMITIR O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL – Inteligência do art. 190, do CPC/2015. DECISÃO AGRAVADA REFORMA. AGRAVO PROVIDO”⁴.

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. ACORDO PARA TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO, COM REALIZAÇÃO DE NOVA AUDIÊNCIA, A PARTIR DA QUAL CORRERIA O PRAZO PARA CONTESTAR. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL VÁLIDO. ART. 190 DO CPC. NÃO

4 10. TJ-SP, 32ª Câmara de Direito Privado, agravo de instrumento nº 2045753-87.2016.8.26.0000, rel. Des. Luis Fernando Nishi, j. 22.9.2016, v.u.

OBSTANTE, JUÍZO DE ORIGEM CONDUZIU O PROCESSO AO ARREPIO DO ACORDADO PELAS PARTES, EM INEQUÍVOCO PREJUÍZO À RÉ S&K, CUJO PRAZO CONTESTACIONAL FOI TOLHIDO. ERROR IN PROCEDENDO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA”⁵.

Por isso mesmo, devem as partes e seus advogados ter em mente que uma vez transacionado sobre um direito processual o seu resultado é lei processual entre essas mesmas partes.

Conclusão

Não se muda um hábito da noite para o dia. Não se altera uma determinada cultura de um momento para o outro. Não se sai da zona de conforto com facilidade e sem esforço.

Mas isso de forma alguma significa que possamos nos acomodar em repetir modelos que de fato não mais se harmonizam com as regras processuais e contratuais existentes. Tal atitude focada no passado caracteriza desconformidade com o sistema jurídico existente e um desserviço a todo esforço legislativo no sentido de propiciar maior agilidade e efetividade para a prestação jurisdicional e consequente pacificação social.

Profissionais que atuam na negociação e redação de contratos deverão buscar o aconselhamento dos que militam no contencioso para que tais acordos contemplem de maneira adequada quais as regras processuais deverão ser aplicadas na hipótese de conflito futuro que venha a desaguar no judiciário. Tal qual fazem hoje com as cláusulas de compromisso arbitral. Afinal, seria irresponsável desenhar regras contratuais que abracem uma eventual arbitragem se a devida assessoria de quem efetivamente atua com arbitragens.

O Judiciário, igualmente, deverá criar procedimentos internos que possam acomodar tais novidades, fazendo-se valer da tecnologia existente, inclusive. E apenas reclamar que carece de meios para atender procedimentos customizados será infrutífero. Aqui, vemos a necessida-

de do magistrado gestor, figura que passa a ser cada vez mais necessária para o atendimento dos objetivos da lei. E nesse sentido, a formação de novos magistrados deve incluir habilidades complementares, em paralelo ao conhecimento jurídico, pois cada julgador é um administrador de sua vara ou comarca e a qualidade de sua performance impactará diretamente na consecução dos alvos previamente estabelecidos na novel legislação processual.

As mudanças necessariamente ocorrerão. O novo sempre vem. O próprio Judiciário se encarregará de colocar em exercício as novidades do CPC de 2015, como outrora foi feito com as Lei de Arbitragem.

Há uma vanguarda nacional em movimento que ainda não se acha presente em diversos países e que não merece ser menosprezada. Ela demanda modos de se diminuir o estoque de processos judiciais existentes e o enfrentamento da inatingível meta de ver todos os feitos que são ajuizados julgados por um limitado universo de magistrados e um restrito exército de servidores que os auxiliam.

Enquanto não atingimos os patamares de países como os EUA, onde o número de processos efetivamente julgados é avassaladoramente inferior aos processos ajuizados, graças à cultura do *settlement*, cabe-nos buscar alternativas como o negócio jurídico processual, que podem inclusive desonerar o Judiciário de uma série de tarefas que delongam a almejada decisão final ou o fim do processo.

Afinal, a customização do procedimento vai ao encontro da máxima de que cada caso é um caso e se coaduna com o fato de que regras processuais para casos de grande complexidade no mais das vezes não fazem sentido em casos de menor sofisticação.

Este artigo contou com a colaboração dos acadêmicos de Direito Gustavo Laudanna Alvoreda e Bruno Gianni de Almeida Siliciano.

⁵ TJ-RS, 16ª Câmara Cível, apelação nº 0313361-11.2017.8.21.7000, rel. Des. Paulo Sergio Scarparo, j. 26.10.2017, v.u.

Transitividade conceitual-metodológica como critério básico de solução de conflito no Direito Dispositivo

João Alves Silva

Advogado, Professor e Consultor. Especialista, Mestre e Doutor em Direito. Assessor Especial da Diretoria Jurídica do Banco do Brasil. E-mail: joaoalves@unifor.br.

Introdução

Será fácil para qualquer observador da realidade brasileira constatar a plethora da judicialização no Brasil: uma simples observação da evolução dos dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ⁶ levará à constatação das curvas estatísticas ascendentes, quando se observa o número de processos na linha do tempo. Quaisquer traços prospectivos que se queira rascunhar sobre o que se espera num futuro próximo não apresentarão tendências de inversão nas tais linhas ascendentes.

As iniciativas para compreensão e tentativa de tratamento do problema pululam nos quatro cantos do espaço institucional brasileiro: academia, governos (nas suas três funções clássicas), empresas estatais e privadas, sociedade civil etc. Uma coisa é certa: o tamanho do problema está razoavelmente definido, mas os resultados decorrentes das inúmeras iniciativas⁷ ainda não foram suficientes para criar pontos de inflexão consistentes e coerentes com as promessas de mitigação declaradas pelas iniciativas adotadas aqui e acolá.

Trata-se de um problema complexo, descentralizado, pleno de intervenientes, com interesses diversos; inclusive contraditórios. E como

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.

⁷ Os caminhos para a solução de conflitos no Brasil está “na moda”: CNJ, Ministério Público, Justiça, Defensorias Públicas, Faculdades de Direito, site jurídico, ONG etc. Por onde se ande, sempre é possível ver uma iniciativa declarada.

tal, exige iniciativas igualmente complexas, cuja execução deve ser necessariamente diversa e descentralizada, para que as particularidades das instituições que declaram aptidão para contribuir com a solução do problema possam ser bem capturadas.

Para aportar reflexões críticas e construtivas ao panorama dos critérios de solução de processos conflitivos no Brasil, recortar-se-á uma pequena parte desse universo, aquela que se refere a conflitos cujas soluções podem ser alcançadas por meio do Direito Dispositivo, eis que neste as pessoas envolvidas assim podem decidir, por se tratar de tema próprio da autonomia privada.

Buscando evitar confusões sobre o sentido e alcance deste trabalho, será necessário prestar esclarecimentos teórico-metodológicos, delimitando o objeto de estudo e suas potencialidades, ocasião em que serão fixados alguns marcos conceituais.

O problema da judicialização no Brasil será abordado de maneira sintética, analisando alguns dados estatísticos elaborados por fontes oficiais (CNJ). O tratamento deste tema trará esclarecimentos sobre a formação e evolução dos grandes números; também buscará afastar algumas abordagens falaciosas que por vezes se proclama para impressionar quem não tem familiaridade com a problemática.

Será importante ir à raiz teórica do problema de que se cuida, abordando a dinâmica do conflito e a espiral do dissenso. Sem a compreensão adequada dos conceitos de base que emergem dessas análises, perde-se qualidade nas abordagens sobre o tema. Colhe-se o ensejo para antecipar compreensão que se repetirá muitas vezes no curso desse trabalho: em todas as ocasiões em que se mencionar o objeto de estudo *conflito*, em rigor técnico, a leitura correta deve ser *processo conflitivo*.

Merecem análise os espaços institucionais dedicados ao tratamento dos conflitos, com destaque para a academia e os centros de diversas instituições que prestam esse serviço. É precisamente nestes espaços que se vislumbram maiores potencialidades de respostas sustentáveis para a reversão do quadro de judicialização em que se encontra o país.

Observações críticas sobre o funcionamento desses espaços institucionais serão vertidas por ocasião da abordagem sobre a organização e práticas adotadas em tais espaços, com ênfase sobre os riscos que representam determinadas formas intransitivas de receber e processar as demandas, sugerindo ser mais importante a aplicação de conceitos estáti-

cos do que a solução efetiva do problema apresentado por aquelas pessoas que acorrem a essas instituições, levando os assistidos a aderir de maneira inconsciente aos modelos que se lhes são apresentados.

Antecipamos que os efeitos de uma abordagem conceitual intransitiva em relação aos conflitos – na maioria das vezes de boa-fé e obedientes aos manuais de estilo de cada instituição –, podem produzir resultados perniciosos para os sujeitos desprovidos de informações qualificadas, aderentes às cegas a tudo o que lhe é posto como regra previamente estabelecida.

A transitividade como facilitador de construção de solução dos casos em tratamento é analisada com o enfoque marcadamente prático e dinâmico, mas consciente da existência de muitos conceitos teóricos e práticas *ad hoc* que orbitam em torno a um serviço de solução da espécie. Não se pretende com isso desconsiderar as aplicações de conceitos clássicos ou puros nem a abordagem prática, mas criar uma *assemblage* em busca de atender o destinatário mais importante desse processo: a pessoa que se encontra imersa nalgum processo conflitivo; o assistido.

A identificação dos critérios técnicos e seus respectivos enlaces com o *know how* necessário para dar vazão adequada aos conflitos que se apresentam em cada uma das instituições que se propõem a cuidar do tema, também serão analisados em aras de qualificar as proposições finais do estudo.

Com um olhar para o tratamento dos conflitos de maneira transitiva, vocacionado para a solução na perspectiva do assistido, apresentar-se-á alguns lineamentos com a pretensão de melhorar a dinâmica de tratamento dos processos conflitivos, com foco na solução que pacifique as partes envolvidas, sem as amarras de “prisioneiro” teórico-metodológico e prático ou refém de critérios que não provejam utilidade social aos sujeitos envolvidos com o problema.

Esclarecimentos necessários:

Para melhor aproveitar o tempo do leitor, indicamos alguns critérios utilizados no curso desse trabalho:

- a) não são poucas as advertências sobre os riscos das traduções: o ditado italiano “Traduttore, Traditore” diz tudo. Ainda assim, pensando na fluidez da leitura, assumimos o risco de

maneira deliberada e consciente, e faremos a tradução das citações, respeitando o registro de cada uma das fontes;

b) em todas as ocasiões em que se mencionar o objeto sob estudo como *conflito*, em rigor técnico, a leitura correta deve ser *processo conflitivo*. Referido processo não é um fenômeno estanque e na maioria das vezes apresenta mais de uma causa-raiz material, plena de complexidades;

c) qualquer necessidade de informação complementar e/ou aportes críticos serão bem recebidos no e-mail joaoalves@unifor.br, cujo retorno procurarei atender prontamente.

Referenciais teórico-metodológicos: delimitando o alcance

Os círculos em que se pretende gizar a abordagem do tema devem ser expostos previamente, para que o trabalho não seja tomado como uma sorte de panaceia: a proposta tem como limite de aplicação os processos conflitivos alcançados pelo Direito Dispositivo, i. é, os que admitem transação livre de quaisquer amarras.

Por força dessa condição prévia estarão excluídos os direitos não disponíveis ou condicionados em razão da matéria ou da pessoa. Questões envolvendo menores, incapazes, violência familiar, ações públicas incondicionadas etc. não estarão aptas ao tratamento e proposições deste trabalho.

A delimitação do objeto não exclui de maneira taxativa os campos que não são destinatários primários das nossas reflexões; tratando-se de um trabalho teórico, sua aplicação nos campos fora da delimitação dependerá do contexto em que se avalie conveniente a sua eventual utilização.

O grupamento prioritário do presente trabalho compreende: a) os Núcleos de Prática Jurídica dos cursos de Direito; b) as áreas de atermiação dos Tribunais e da Defensoria Pública; c) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC; d) quaisquer instituições que prestem serviços análogos nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ.

Conscientes de que o trabalho exige certos pressupostos, a abordagem empreendida dá-se graças à percepção de que o grupamento

prioritário citado tem sua razão de ser, se o tomarmos como um *centro prestador de serviço público-social*, cuja finalidade primária deve ser a solução dos conflitos que se lhe apresentem.

A literatura (nacional e estrangeira) ainda não chegou a um consenso para limitar a quantidade de conceitos (*numerus clausus*) quando tratamos desse assunto: a diversidade é o regime que impera⁸. Não é pretensão realizar esforços meramente nominalistas, ao contrário, razão pela qual reduziremos os tipos específicos de processos conflitivos em apenas dois: (i) judicializados/arbitrais e (ii) não judicializados.

Tome-se como pressuposto que o universo delimitado alcança somente os processos não judicializados. E para simplificar, a liberdade de estipulação que guia a lógica teórico-prática deste trabalho, a diversidade de técnicas será reduzida a tão somente duas entre todas as modalidades: a *mediação* e a *conciliação*.

Ainda que tal simplificação possa ser considerada um exagero incompatível com a epistemologia geral e jurídica, reafirma-se o uso da liberdade de estipulação para resumir o estudo às duas modalidades (*mediação* e *conciliação*), por se entender que ambas evocam possibilidades de aplicação reconhecidamente diferentes e, ao mesmo tempo em que sintetizam, evitam o fenômeno prejudicial da *omnicomprensividad*⁹.

Mediação e *Conciliação* de processos conflitivos não judicializados serão as opções sobre as quais tratará o trabalho em toda a sua extensão, compreendendo que ambas estão aptas a albergar todas as que estão no campo não judicializado.

Para tais fins, a *mediação* será tomada como a técnica que geralmente não admite um rol ativo do mediador, ao passo em que a *conciliação* como meio mais permeável a um papel ativo do conciliador.

Reitere-se que o recurso à liberdade de estipulação teórica para fixar somente as duas modalidades propostas adquirirão mais sentido quando forem formulados os critérios teórico-práticos relacionados à transitividade conceitual-metodológica e dinâmica da solução; tema que será exposto no final deste trabalho.

8 Mediação, Negociação, Conciliação, Facilitação ao Diálogo, Aconselhamento Patrimonial, Arbitragem, MED-ARB (mediação seguida de arbitragem) etc.

9 GUIBOURG, Ricardo A. *Pensaren las normas*. 1. ed. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 1999, p. 216.

Judicialização no Brasil: o problema do problema

Os níveis de judicialização no Brasil extrapolam o âmbito da jurisdição sobre os processos judiciais e passam a ocupar a agenda de diferentes setores sociais, constituindo-se em uma sorte de *problema do problema*, pela impossibilidade objetiva de adequar a capacidade operacional das instâncias judiciais em dar vazão aos processos judiciais (encerramento) em números superiores à quantidade de casos novos que ingressam na justiça judicial (abertura).

Para o CNJ¹⁰, o número de processos em tramitação não parou de crescer. E houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma decisão definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário brasileiro 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano.

A demanda pelos serviços de justiça também cresceu em 2016, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos – representando uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes. A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação a 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016.

Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta); tudo conforme o CNJ.

A dramaticidade das constatações acima se reflete na percepção da população em relação aos serviços de justiça. Abstraindo qualquer espécie de avaliação sobre a qualidade das decisões judiciais, o tempo de tramitação processual é o que mais incomoda o cidadão comum.

Expostos os “quase 80 milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano”, conforme o próprio CNJ¹¹, cumpre esclarecer que existe uma concen-

tração muito expressiva de demandantes e demandados, a começar pela União, passando pelos estados, municípios e grandes empresas.

O registro sobre a concentração de usuários da função judiciária também cumpre o papel de afastar alguns *argumentos de auditório*, muito comuns em diversos fóruns, segundo os quais *o Brasil tem mais de 100 milhões de processos e, como cada processo tem duas partes, temos 200 milhões de pessoas envolvidas, significando dizer um processo para cada brasileiro*.

Tais abordagens são falaciosas sob qualquer prisma ou cotejo, eis que o Poder Público (União, Estados, Municípios, autarquias e outros entes) e as grandes empresas têm processos que, individualmente, se contam em centenas de milhares ou em milhões, o que não implicaria em diferentes partes para todos os processos.

Ainda que desde a criação do CNJ em 2004 tenhamos saído das confusões estatísticas até chegar a números confiáveis nas sucessivas edições da série “CNJ em números”, é de se constatar que a taxa de congestionamento esconde ineficiências e distorções diversas, conformando um verdadeiro problema do problema, cuja solução não se pode vislumbrar sem a utilização de modelos fundados nas inovações disruptivas¹² e outros movimentos com potencialidades análogas.

Dinâmica do conflito

Ante de iniciar a abordagem sobre a dinâmica do conflito, cumpre registrar que todas as nossas pesquisas nesse campo assumem a interferência em *continuum* da obra de Remo Entelman¹³, falecido em junho de 2007,

lho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017, p. 182.

tituir um objeto com vida própria, cuja abordagem excederia nossos propósitos nesse instante.
12 Deixamos de abordar o tema da inovação disruptiva com maior profundidade, por se constituir um objeto com vida própria, cuja abordagem excederia nossos propósitos nesse instante.

13 ENTELMAN, Remo F. Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002. Remo Entelman foi um destacado jurista com trajetória no campo da Filosofia do Direito, com particular dedicação à teoria do conflito. Graduou-se em Direito em 1944 na Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires – UBA, onde também obteve o título de Doutor em Jurisprudência. Iniciou sua carreira acadêmica junto ao filósofo Carlos Cossio na Universidad de la Plata, mas logo desenvolveu suas atividades docentes na Universidade de Buenos Aires. Foi responsável pela disciplina Teoria do Conflito no Conselho Argentino para as Relações Internacionais – CARI, instituição que forma o corpo diplomático deste país, além de diversas universidades nacionais e estrangeiras. Tam-

10 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017, p. 182.

6. BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2017: ano-base 2016*/Conse-

aos 84 anos. Fui seu aluno na disciplina “teoría del conflicto y prospectivas”, além de tê-lo acompanhado nalguns trabalhos acadêmicos e profissionais.

Nem sempre as *condutas em interferência subjetiva*¹ que fazem emergir os conflitos terminam em um processo judicial. Na maioria dos casos em que o problema está regulado pelo Direito, o pensamento das partes tende a ser reciprocamente complementar².

Existem tensões que não emergem porque são uma espécie de insatisfação temporária e, portanto, não causam o início de um processo conflitivo. Se o *surto conflitivo* ocorre, então enfrentamos uma situação em que a complementaridade recíproca que caracteriza as relações sociais normais foi interrompida – de forma permanente – e a interferência subjetiva torna-se conflitiva.

Julio C. Raffo³ caracteriza o conflito como “a conduta em interferênciasubjetiva na qual o impedimento do outro se faz com o propósito de excluir e frustrar seu propósito pela pessoa que o quer impedir”. Julien Freund⁴ propõe uma pergunta espinhosa: qual é o processo pelo qual as reivindicações, as tensões e os antagonismos se transformam em conflito? Para o autor, ainda não existe resposta taxativa; no melhor dos casos, especulações tergiversadas. A rigor, poder-se-ia denominar como a dinâmica do *limiar do conflito*.

A resposta não é simples, e tampouco poderia ser expressa de

bém foi instrutor da Escola de Altos Estudos do Mercosul e da Academia de Estratégia, onde ocupava sua presidência. Assistido por seus discípulos, organizou os grupos “Conflict Management” e “Entelman Peacemakers”, por meio dos quais desenvolveu métodos sofisticados para a gestão e solução de conflitos nas esferas públicas e privadas, além de haver presidido diversas empresas na Argentina, Estados Unidos e Holanda. Sua obra Teoria de Conflitos desnuda as origens dos estudos sobre a teoria dos conflitos, demarcando o seu desenvolvimento a partir dos modelos de prevenção desenhados para evitar o caos apontado pelos cálculos prospectivos realizados por ciências distantes do Direito (Matemática e Economia). Logo após seu falecimento, em junho de 2007, publiquei artigo em sua homenagem na Revista Pensar, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza-UNIFOR. (SILVA, João Alves. Teoria de conflitos e direito: em busca de novos paradigmas. Revista Pensar, Fortaleza, v. 13, nº 2, pp. 216-222, jul/dez, 2008).

1 COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.

2 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001, pp. 88-93.

3 RAFFO, Julio C. Conflicto jurídico y conflicto social. In: *Revista La Ley* – Tomo 1977 – A. Sec. Doctrina. Buenos Aires: La Ley, 1977, p. 641.

4 FREUND, Julien. *Sociología del Conflicto*. Buenos Aires: Fundación Cerien, 1987, pp. 150-151.

maneira direta para a universalidade dos casos. Diz o autor: “às vezes você tem a impressão da entrada abrupta em um conflito por imprudência ou descuido; em outros casos, percebe uma sorte de cristalização das tensões que levam progressivamente ao conflito, como se este movimento fosse a solução inevitável; por momentos, chega a parecer uma vontade deliberada de provocá-lo”.

Para Morton Deutsch¹, a tendência de intensificar conflitos resulta do conjunto de três processos inter-relacionados: (i) processos competitivos dos envolvidos na tentativa de vencer o conflito; (ii) processos de má-percepção e percepção enviesada; e (iii) processos de compromisso causados por pressões por consistência cognitiva e social. Estes processos dão origem a um ciclo mutuamente reforçado de relações que geram ações e reações que intensificam o conflito.

Apartados os comportamento que intensificam o processo conflitivo, uma das perspectivas pouco frequentes na doutrina é a aceitação ou constatação de que as relações sociais *normais* ocupam um espectro maior do que as *anormais*. Esta perspectiva segundo a qual a maioria das pessoas cumpre as obrigações com independência da coação é exaustivamente tratada na obra de Arnaldo Vasconcelos²

Enquanto os espaços de normalidade são marcadamente mais amplos, aqueles que compõem a *espiral do dissenso* – anormalidade – são bastante reduzidos. Isto é assim porque a maioria das pessoas simplesmente cumpre suas obrigações. Geralmente, as estatísticas de violação da lei ou do contrato, de qualquer natureza, representam um percentual muito pequeno.

Guillermo Oliveto³, em outro contexto, mas que também se aplica às nossas análises, classifica a descontinuidade do *normal* para o *anormal* em: 1) acidentes; 2) crise; e, 3) rupturas. Enquanto os dois primeiros são reversíveis, o último tem a potência de dificultar o retorno das relações. Embora todas as etapas do processo conflitivo sejam importantes, as rupturas tornam a situação insustentável e a intervenção de terceiros – judicial ou não – seria o caminho mais provável.

1 DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973, p. 19 e ss.

2 VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001. São amplamente conhecidas as posições do autor sobre a coação no Direito, cuja leitura se recomenda para melhor compreender que a “anormalidade” e a “coação” são acidentais.

3 OLIVETO, Guillermo. *El futuro ya llegó: tiempos de libertad y angustia en la sociedad híbrida*. Buenos Aires: Atlántida, 2007, pp. 15-19.

O rito de passagem da *normalidade* nas relações sociais para a *anormalidade* conflitiva não se dá apenas por questões de natureza patrimonial. Embora este seja o motivo mais frequente, questões de natureza moral podem estar insertas nas reivindicações. Essas questões são quase sempre determinadas pela qualidade da atenção na classificação e tratamento dos processos conflitivos em sua etapa inicial, na exata forma em que as pessoas em conflito percebem o desenrolar dos acontecimentos.

Espiral do dissenso

A *espiral do dissenso*⁴ não considera que o processo conflitivo seja o simples resultado de um movimento espontâneo, linear ou determinista. Trata-se de uma construção conjunta, que pode ser harmoniosa ou conflitiva. Se a interação for harmoniosa, não será do nosso interesse neste momento, porque estaríamos diante de um processo não conflitivo; por outro lado, se existe uma contraposição de interesses, então se enquadra no modelo da *espiral do dissenso*, cujas interações são difusas e, às vezes, caóticas; estas são as que interessam ao nosso estudo.

Para exemplificar uma interação simples, suponhamos a abertura de uma conta de poupança por um consumidor individual em um banco. As variáveis inter-relacionais do banco com o consumidor podem ser apresentadas de quatro maneiras básicas: 1) harmoniosa-harmoniosa; 2) harmoniosa-conflitiva; 3) conflitiva-harmoniosa; e 4) conflitiva-conflitiva; tudo isso de acordo com a posição em que se encontra nessa interação.

Em suma, podemos verificar que apenas a situação 1, “harmoniosa-harmoniosa” é livre de conteúdos conflitivos. No caso dos bancos, cujos contratos são marcados pela *relacionalidade contratual*⁵, tais inter-relacionamentos – harmoniosos ou conflitivos – se estendem na medida em que esses contratos permanecem ou são renovados ao longo do tempo.

4 SILVA, João Alves. *Abogacía preventiva de los conflictos en las relaciones de consumo de los servicios bancarios*. Tesis Doctoral en Derecho. Universidad de Buenos Aires-UBA. Buenos Aires: 2009, p. 33 e ss.

5 BARBIER, Eduardo. *Contratación bancaria 1: consumidores y usuarios*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2002.

O desafio colocado no exemplo acima é desativar, na maior medida possível, os dois polos conflitivos ativos (situações 3 e 4) e conceber estratégias que reduzam as possibilidades de ativação do conflito pela outra parte (situação 2), diminuindo assim a incidência conflitiva. É claro que o modelo da *espiral do dissenso* reconhece que as situações apresentadas têm fronteiras difusas, o que exige mais refinamento nas análises e propostas, segundo o contexto que se encontre os objetos cognoscíveis e os sujeitos cognoscentes.

Ainda no contexto de uma interação simples, o modelo da *espiral do dissenso* descreve um panorama dinâmico das relações tendentes ao conflito, suas razões *ex ante* e seus efeitos *ex post*, que se manifestam de maneiras diferentes de acordo com as forças *positivas* e *negativas*⁶ em interação.

Tais manifestações não são caracterizadas por linearidade ou determinismo e às vezes ocorrem de forma caótica⁷. É também o resultado de uma construção conflituosa conjunta, cujas variáveis têm seus limites difusos.

A intervenção preventiva em meio a uma situação tão complexa, tal como apresentada na *espiral do dissenso*, deve considerar o *design* de modelos flexíveis, em movimentos de indução negativos – uma espiral de “consenso” –, para reverter os conflitos instalados e seus efeitos para o campo da normalidade relacional.

Espaços de tratamento dos conflitos

Esta abordagem introduz um olhar crítico para dentro das instituições que se apresentam como espaços próprios para o tratamento de processos conflitivos. O *locus* compreende de maneira expressa: a) os Núcleos de Prática Jurídica dos cursos de Direito; b) as áreas de atema-

6 Forças *positivas* no sentido da escalada do processo conflitivo e *negativas* para significar sua desaceleração.

7 Remo Entelman, admitindo que tomou este termo da *ingenhosa* classificação de Vásquez Mansbach, descreve situações análogas relacionadas ao que chamou de “labirinto da contenda”. ENTELMAN, Remo. *Fel conflito: dilema para advogados*. In: *Revista La Ley* – Tomo 1997 – FSec. Doctrina, pp. 1377-1386. Buenos Aires: La Ley, 1997, p. 1385; em outra perspectiva, Ernesto Grün, se refere ao “restabelecimento do equilíbrio sistêmico”. GRÜN, Ernesto. *Una visión sistemática y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. 1ª ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 131.

ção dos Tribunais e da Defensoria Pública; c) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC; d) quaisquer instituições que prestem serviços análogos nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ e/ou da Lei 13140/2015.

O primeiro contato com o problema em cada uma das instituições acima referidas se revela decisivo (“Porta de Entrada”). O conceito de *solução de conflito no Direito Dispositivo* que se pretende enfatizar nessa etapa do trabalho só será alcançado se houver uma precisão diagnóstica desde o ponto de partida. E essa tarefa não é para principiantes.

Com raríssimas exceções, o que se observa é que a “porta de entrada” das instituições, encarregada do acolhimento inicial da demanda, não está tecnicamente preparada para escutar e *traduzir* os problemas apresentados, com a finalidade de derivá-lo para uma área que dê o adequado tratamento para a demanda. Em resumidas linhas, o clássico do tratamento ofertado é o de fazer um “agendamento de audiência com a outra parte” para uma sessão de *qualquer coisa*, isto é, aquilo que as pessoas que fazem o atendimento inicial receberam de orientações da instituição, isto é, concepções previamente definidas como a técnica ou o modelo adequado para receber e tratar tais casos.

Exemplificando ficará mais fácil compreender a perspectiva crítica apontada. Suponhamos que se apresente nalgum Núcleo de Prática Jurídica de uma Faculdade de Direito ou em um CEJUSC uma demanda clássica para atermação, por exemplo, *investigação de paternidade cumulada com pensão alimentícia*. Mesmo uma demanda com tais características necessita de um atendimento inicial (porta de entrada) qualificado, com a finalidade de identificar um sem-número⁸ de situações do problema (sujeito e objeto), sem as quais o simples agendamento de audiência com a outra parte poderia carecer de sentido.

A depender das respostas iniciais da assistida ao sem-número de perguntas apresentadas ao assistido, é que se poderia avaliar os primeiros passos para a classificação do caso e sua respectiva derivação às áreas com melhores condições para tratamento da demanda. O caso realmente é jurídico? Tem relação com necessidade de assistência

8 Será fácil localizar o suposto pai? Houve relacionamento continuado de longa duração ou foi um caso eventual? O suposto pai tem alguma fonte de renda? Existe uma pretensão ou possibilidade – mesmo que remota – de estabelecer ou reatar uma relação continuada com o suposto pai? A criança goza de boa saúde? A criança tem matrícula escolar?

social ou psicológica? O simples atendimento da demanda econômica, representado pela pensão alimentícia, sem pretensões socioafetivas com o suposto pai, atenderia a demandante?

Sem importar que esta ou aquela instituição tenha alguma variação no atendimento inicial, o importante é saber sobre a qualidade técnica deste atendimento, justamente porque o processo conflitivo tem uma dinâmica própria e ocorre em movimentos dentro da *espiral do dissenso*, cuja identificação não é simples de realizar.

Impõe-se que essas instituições lancem um olhar diferenciado para a “porta de entrada” (atendimento inicial) das demandas; inclusive para saber se seu enquadre permite flexibilidade para outras áreas diferentes da disciplina jurídica; e, se adequadamente enquadrada no campo jurídico, que tipo específico de tratamento pode ser dado, considerando também a flexibilidade de solução dentre as alternativas que o Direito pode oferecer.

Adesão às regras estabelecidas: contrato às cegas

Pressuponhamos o seguinte: os sujeitos que procuram os serviços clássicos ofertados pelas instituições de assistência aqui referidas, em regra, não sabem distinguir no conjunto de serviços que prestam tais instituições qual a opção adequada para melhor tratamento do problema que tem “sobre os ombros”. A rigor, quando tomam a corajosa iniciativa de procurar tais serviços, a única coisa que desejam é “aliviar o peso que carregam”, i. é, resolver o problema que têm ou acreditam ter.

Se a pressuposição tiver algum grau de aproximação com a realidade observada em muitas instituições, estaremos frente a uma situação em que se pode considerar, por analogia, um verdadeiro “contrato por adesão” às cegas, ou seja, “não sei o que é que me propõem, mas se for para resolver o problema, que assim seja”.

Nossa experiência prática⁹, resultado do trabalho e observação

9 SILVA, João Alves; RÊGO XAVIER, Beatriz. A experiência do Escritório de Prática Jurídica – EPJ da UNIFOR In: Anuário ABEDI – Ano 2 – v. 1 nº 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004; também, Manual do SESED. SILVA, João Alves; XAVIER, Beatriz Rêgo (Organizadores). Fortaleza: UNIFOR, 2004, pp. 5-6. “3. Soluções de Disputas. As soluções de disputas, tais como reconhecidas pelo curso de direito da UNIFOR, são uma espécie do gênero acesso à justiça, e podem ser compreendidas em duas principais vertentes: as soluções judiciais e as soluções extrajudiciais. 3.1

direta em inúmeras instituições que prestam esse serviço, permite afirmar que os sujeitos destinatários da prestação proposta pelas instituições não têm a menor ideia sobre qual a técnica ou abordagem será aplicada para resolver o seu problema. Em palavras mais diretas, pouco importa se será conciliação, negociação, mediação, facilitação do diálogo, constelação, arbitragem etc., o que importa, repete-se, é “aliviar o peso que carregam sobre os ombros”.

Quando a construção da cultura organizacional do serviço prestado não coloca em primeiro plano o *sujeito* e o *problema* (objeto) que este “carrega”, os resultados tendem a perder em qualidade. Nesta perspectiva será útil avaliar algumas alternativas de tratamento e sua respectiva flexibilidade transitiva.

Transitividade e dinâmica da solução: a título de conclusão

Os riscos de uma abordagem intransitiva podem ser representados por aquela frustração muito comum entre os profissionais da área, quando se deparam com um caso para o qual parece não haver solução, eis que o sujeito assistido se reapresenta frente ao serviço reiteradamente, formulando e reformulando a sua situação crítica, dizendo: “Dotô, o problema continua”.

Solução Judicial. Solução judicial de disputas significa a prestação jurisdicional do Estado, a partir da provocação dos indivíduos. É a própria jurisdição estatal. O Escritório de Prática Jurídica – EPJ da UNIFOR oferece o serviço em razão do convênio firmado entre Universidade e Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará. 3.2 Soluções Extrajudiciais de Disputas. As espécies de solução extrajudicial de disputas aplicadas no âmbito do EPJ-UNIFOR são: a) Facilitação do Diálogo: É uma forma de solução extrajudicial de disputas que representa um estímulo à retomada do diálogo entre pessoas envolvidas, no estágio inicial de controvérsias de qualquer natureza. O facilitador do diálogo buscará restabelecer a comunicação entre os interessados, no intuito de dirimir a disputa. A facilitação do diálogo tanto pode ser compreendida como uma fase de um outro procedimento de solução extrajudicial de disputas mais complexo, como um procedimento autônomo. É tida como a espécie de solução extrajudicial de disputas que possui definição mais ampliada (com incidência sobre todas as demais); b) Negociação: Procedimento que envolve a ideia de transação para a solução de uma disputa de natureza instantânea. Os interessados tentam acordar sobre o que vai ser dado e o que vai ser recebido, com ou sem o auxílio de um negociador, eis que aqueles é que são os verdadeiros agentes negociadores no processo. Assim como a facilitação do diálogo, a negociação também pode ser compreendida como um procedimento autônomo ou uma fase de um outro procedimento de natureza mais complexa; c) Conciliação: É uma forma de solução extrajudicial de disputas que envolve a solução de determinada disputa entre interessados momentaneamente adversários. O conciliador, cuja função é administrar a controvérsia de maneira ativa, deverá ouvir as partes e poderá aconselhar os interessados, explicar os pontos de natureza jurídica, auxiliar a

A persistência de um problema pode ocorrer por diversas razões: (i) a pretensão encontrou forte resistência, (ii) o pedido não encontrava respaldo fático e/ou jurídico, (iii) desejo subjetivo de permanecer com a demanda, (iv) a solução se revelou uma vitória pírrica no curso dos acontecimentos, (v) diversas outras anormalidades; inclusive a falta de um correto enquadramento do caso pela instituição acolhedora.

Entre as anormalidades que resultam no tratamento não adequado de determinados casos, encontra-se uma que é de difícil tratamento: a falta de flexibilidade metodológica. É comum encontramos um apego excessivo a determinados procedimentos arraigados sobre um conceito ou orientação pedagógica *ad hoc*, quando a solução poderia ser alcançada com outra abordagem, mais flexível e transitiva.

Em homenagem à clareza de entendimento, o caso exemplificado poderia ser solucionado com uma simples resolução sobre o *quantum* econômico, próprio de uma conciliação ou até mesmo uma negociação direta, mas em razão de estarmos numa sessão de mediação/conciliação, então se *justifica* que se dê cumprimento a determinados ritos carentes de sentido, somente porque os padrões conceituais aplicados devem ser necessariamente seguidos. E a solução? “Aí não é comigo, estou aplicando a *melhor técnica*, o enquadramento do caso é feito conforme consta nas instruções que recebi”.

A flexibilidade para reenquadrar determinado caso tantas quantas vezes seja necessário deve ser perseguida em busca da solução, pois sem esta perde sentido o conceito de serviço que deve acompanhar qualquer iniciativa no campo da solução de processos conflituais. Em resumidas linhas, pleiteia-se uma transitividade conceitual metodológica como critério básico para condução de determinados processos conflituais, muito especialmente quando estivermos à frente de um objeto cuja disputa pode se utilizar das franquias do Direito Dispositivo.

Talvez as diferenças mais importantes entre todos os que chamam a sua prática de um *nome qualquer* se centrem em torno dos objetivos do procedimento e no grau ou modo de incidência da prática (pressão direta ou intervenções propondo soluções até a posição de abstenção). Para Florencia Bradoni¹⁰, “a adesão extrema a um desses dois campos opostos tem como resultado o exercício de práticas muito distintas”.

10 BRADONI, Florencia. *Hacia una mediación de calidad*. Buenos Aires: Paidós, 2011, p. 16.

A autora sustenta ainda que a falta de estudos, informação, estatísticas e dados precisos sobre os critérios de solução, também se aplicam ao acompanhamento dos resultados no tempo, inclusive em relação aos acordos cumpridos e descumpridos, à recorrência dos conflitos, à satisfação dos usuários, as avaliações dos usuários sobre a qualidade de serviço e os impactos nas relações interpessoais, entre outros.

A proposição de transitividade conceitual-metodológica como critério para a solução de processos conflitivos pode encontrar espaço crítico que, sem a correta apreensão e aplicação dos conceitos teóricos da disciplina, perder-se-á do prumo necessário para o tratamento dos casos; justamente aquilo que os próprios conceitos podem garantir.

Por outro lado, a transitividade proposta não se confunde com uma *bagunça conceitual-metodológica*, nos termos criticados por Jean-François Six¹¹, para quem “a palavra mediação se converteu em uma panaceia ou guarda-chuva, na qual estão remediados ou cobertos todos os males. O autor faz uso da expressão “fourre-tout”, significando uma ampla cobertura para todos os problemas.

A crítica fará sentido para as instituições e/ou profissionais que ainda são carentes de uma flexibilidade psíquica ou epistemológica para transitar entre os diferentes conceitos, isto é, aqueles intervenientes enrijecidos quanto à dinâmica geral e particular dos processos conflitivos e às diferentes técnicas para resolver cada uma das situações que se apresentem na dinâmica do conflito; sempre com um olhar voltado para a solução. Este problema só se supera com capacitação técnica.

A transição dos enquadres no tipo específico de técnica a ser utilizada se dá segundo o caso concreto e pode ser *filtrada* a partir do primeiro relato ou no curso da primeira audiência. Neste plano, a opção pela transitividade não é monolítica, senão pluralista; não é imposta, senão construída de maneira conjunta nas interações que se estabelecem desde a “porta de entrada”. Ampara-se muito claramente em não se desperdiçar as oportunidades concorrentes, com abertura para solucionar quaisquer dos processos conflitivos: é mais finalística do que procedimental.

As soluções construídas por meio da transitividade entre as técnicas disponíveis se amparam no enfoque funcional perspectivo e prospectivo, não em uma técnica isolada, senão com um olhar muito

aguçado sobre o *problema* e os *sujeitos* em interação; tudo alinhado com a centralidade dos ensinamentos de Rolando García¹², que nos advertiu sem meias palavras: *o que manda é o problema*. E podemos concluir afirmando, com outras palavras: o que interessa é a solução.

Referências

BARBIER, Eduardo. *Contratación bancaria 1: consumidores y usuarios*. 2. ed.

Buenos Aires: Astrea, 2002.

BRADONI, Florencia. *Hacia una mediación de calidad*. Buenos Aires: Paidós, 2011, p. 16.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016* / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2017.

_____. *Lei 13.140/2015. Novo Marco da Mediação*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

_____. *Resolução Nº 125/2010 do CNJ* – Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

CONSTANTINO, Cathy A.; MERCHANT, Christina Sickles. *Diseño de sistemas para enfrentar conflictos*. Barcelona: Granica, 1997.

COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1963.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

ENTELMAN, Remo. *O conflito: dilema para advogados*. In: *Revista La Ley* – Tomo 1997 – F. Sec. Doctrina, pp. 1377-1386. Buenos Aires: La Ley, 1997.

ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

FREUND, Julien. *Sociología del Conflicto*. Buenos Aires: Fundación Cerien, 1987.

GARCÍA, Rolando. *Sistemas complejos: conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona: Gedisa, 2006.

GRÜN, Ernesto. *Una visión sistemática y cibernética del derecho en el mundo globalizado del siglo XXI*. 1ª ed. – Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p. 131.

GUIBOURG, Ricardo A. *Pensar en las normas*. 1. ed. Buenos Aires: Departamento de Publica-

11SIX, Jean-François. *Le temps des médiateurs*. Paris: Éditions du Seuil, 1990, p. 142 y ss.

12 Los sistemas complejos poseen una doble característica: (1) están integrados por elementos heterogéneos en permanente interacción y (2) son abiertos, es decir, están sometidos, como totalidad, a interacciones con el medio circundante, las cuales pueden consistir en intercambios de materia y energía, en flujos de recursos o de información o en la acción de ciertas políticas. GARCÍA, Rolando. *Sistemas complejos: conceptos, métodos y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*. Barcelona: Gedisa, 2006.

ciones. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, 1999.

OLIVETO, Guillermo. *El futuro y el legó: tiempos de libertad y angustia en la sociedad híbrida*. Buenos Aires: Atlántida, 2007.

RAFFO, Julio C. Conflicto jurídico y conflicto social. In: *Revista La Ley* – Tomo 1977 – A. Sec. Doctrina. Buenos Aires: La Ley, 1977.

SILVA, João Alves. *Abogacía preventiva de los conflictos en las relaciones de consumo de los servicios bancarios*. Tesis Doctoral en Derecho. Universidad de Buenos Aires-UBA. Buenos Aires: 2009.

SILVA, João Alves; RÊGO XAVIER, Beatriz. *A experiência do Escritório de Prática Jurídica – EPJ da UNIFOR*. In: Anuário ABEDI – Ano 2 – v. 1. n° 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, João Alves; XAVIER, Beatriz Rêgo (Organizadores). *Manual do SESED*

(Apostila). Fortaleza: UNIFOR, 2004.

SIX, Jean-François. *Le temps des médiateurs*. Paris: Éditions du Seuil, 1990, p. 142 y ss.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito e força: uma visão pluridimensional da coação jurídica*. São Paulo: Dialética, 2001.