

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

CÁRITA MARTINS PELLEGRINI CARIZZI

Meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação advocatícia: capacitação do
advogado e implementação da consensualidade na prática profissional

Ribeirão Preto

2017

CÁRITA MARTINS PELLEGRINI CARIZZI

Meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação advocatícia: capacitação do advogado e implementação da consensualidade na prática profissional

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Paulo Eduardo Alves da Silva

Ribeirão Preto

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

C277m Carizzi, Cárta Martins Pellegrini
Meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação advocatícia:
capacitação do advogado e implementação da consensualidade na
prática profissional / Cárta Martins Pellegrini Carizzi; orientador
Paulo Eduardo Alves da Silva. -- Ribeirão Preto, 2017.
121 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2017.

1. ADVOGADOS. 2. CONSENSUALIDADE. 3. CAPACITAÇÃO
PROFISSIONAL. I. Silva, Paulo Eduardo Alves da, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: CARIZZI, Cárita Martins Pellegrini

Título: Meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação advocatícia: capacitação do advogado e implementação da consensualidade na prática profissional

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

A todos os professores que a vida me
traz, diariamente, em suas mais variadas
formas e contextos.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho não foi feito a duas mãos; inúmeras colaboraram para que ele fosse possível. Por isso, quero registrar meus agradecimentos:

À Fonte Criadora, pela existência de tudo que é, foi e será.

Ao meu orientador de mestrado, Paulo Eduardo, por confiar em minha capacidade e permitir que essa jornada fosse possível; obrigada pelas orientações e por fomentar meu amadurecimento como pesquisadora, professora e pessoa. À minha orientadora da especialização, Fernanda Tartuce, por me encorajar a dar continuidade à vida acadêmica e ser um exemplo para mim, em inúmeros sentidos. Aos professores que auxiliaram na construção de um pensamento crítico e humanizado, sem perderem a humildade e a capacidade de serem amigos sem restrições a titulações, notadamente os professores Dante Martinelli e Sérgio Nojiri.

À minha família, pelo amparo, pelo apoio e pelas eventuais admoestações a diminuir o ritmo e “não tentar abraçar o mundo”. Meus pais, todo esforço é por vocês, minha base e esteio de vida e alma; não há expressão de gratidão a vocês que seja suficiente. Marcella, suas revisões fizeram toda a diferença para esse trabalho; sua inteligência é descomunal e a admiração que eu sinto transcende nosso parentesco. Tia Daisy, tia Denise e vó Neusa, vocês são mães extras que a vida me deu. Meus sobrinhos, sem vocês a vida não teria tanto brilho.

Aos meus amigos da área acadêmica, obrigada pelos compartilhamentos e suporte constante. Aos amigos que não estão nesse meio, obrigada pela paciência e por tentarem entender toda a ausência. A amizade de vocês foi, muitas vezes, a fonte de energia que eu precisava para seguir em frente. Sil, Heládio, Carlos e Maurício, vocês fizeram toda a diferença na construção dessa pesquisa. Vânia, obrigada por ser quem você é para todos nós.

Ao Guilherme, obrigada por todo o aprendizado, pelas construções de ideias, pelos longos debates intelectuais e por todos os livros e artigos científicos compartilhados. Sua inteligência e generosidade são uma inspiração constante.

Aos membros do escritório Pereira & Contadin Sociedade de Advogados, obrigada pela amizade, confiança e por sempre estimularem meu desenvolvimento acadêmico, pessoal e profissional. Em vocês, sempre encontrei compreensão e bondade. Não há palavras suficientes para agradecer por isso.

Por fim, agradeço ao meu próprio esforço e à minha parte mais resiliente e compassiva, pela compreensão de meus momentos de fraqueza e pela superação das dificuldades que encontrei nesse caminho, da forma mais corajosa que consegui.

“Como pacificador, o advogado tem a oportunidade de ser um bom homem. Haverá ainda negócios suficientes.”

Abraham Lincoln

RESUMO

CARIZZI, Cárta Martins Pellegrini Carizzi. **Meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação advocatícia**: capacitação do advogado e implementação da consensualidade na prática profissional. 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

As alterações legislativas ocorridas no ano de 2015, notadamente a promulgação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, inseriram uma regulamentação mais detalhada sobre os meios consensuais e os instrumentos processuais de cunho consensual, inclusive no âmbito do processo judicial adjudicatório. Esses parâmetros de atuação profissional diferem da forma atualmente difundida e aplicada, fazendo com que os advogados precisem se adequar à nova realidade. Na presente dissertação, as formas de atuação foram sistematizadas em três categorias, de acordo com as características apresentadas pelo cliente: assessor neutro, conselheiro e cocriador do desenho de sistemas de disputas. Para investigar como essas práticas poderiam ser operacionalizadas, notadamente em relação aos meios e instrumentos consensuais, foram analisados: as possíveis abordagens analíticas de conflito, com enfoque em sua percepção como um fato natural e neutro, positivo ou negativo; a tendência à judicialização de conflitos; e alguns meios e instrumentos consensuais, a título exemplificativo, passíveis de utilização para resolução de controvérsias. Tais temas foram estudados para que pudessem ser feitas proposições, ao final desta pesquisa, sobre capacitação do profissional, formas de atuação e a conveniência de criação de setores específicos nos escritórios de advocacia para que os advogados possam utilizar a consensualidade de forma estratégica, beneficiando sua imagem e favorecendo a resolução adequada e efetiva dos conflitos que lhe são apresentados para análise.

Palavras-chave: Advogados. Consensualidade. Capacitação profissional.

ABSTRACT

CARIZZI, Cárta Martins Pellegrini Carizzi. **Consensual approach to dispute resolution and advocacy**: lawyers up-skill and implementation of consensual approaches in the professional practice. 2017. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017.

Legislative changes of 2015, notably the enactment of the Civil Procedure Code and Mediation Law, inserted more detailed rules about consensual dispute resolution and consensual procedural instruments, including in the context of judicial adjudicatory proceedings. These parameters of professional performance differ from the currently widespread and applied form, making lawyers need to adapt to the new reality. In the present dissertation, the forms of action were systematized into three categories, according to client characteristics: neutral adviser, counselor or co-creator of dispute design system. In order to investigate how these practices could be operationalized, notably in relation to consensual procedures and instruments, we assessed: the possible analytical approaches of conflict, focusing on perceiving them as a natural and neutral fact, positive or negative; the tendency towards the judicialization of conflicts; and some consensual procedures and instruments, by way of example, which can be used for the resolution of controversy. These subjects were studied so that proposals could be made, at the end of this research, on professional up-skill, forms of action and the advisability of creating specific sectors in law firms so that lawyers can use consensuality in a strategic way, benefiting their image and favoring the proper and effective resolution of the conflicts presented for their analysis.

Keywords: Lawyers. Consensuality. Up-skill.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR – *Alternative Dispute Resolution*: meios alternativos de resolução de conflitos (alternativos se considerados como opções distintas do processo judicial adjudicatório tradicional)

CCJC – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania

CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC/2015 – Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), promulgado no ano de 2015

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

FDRP – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo

FONAMEC – Fórum Nacional da Mediação e Conciliação

FPCC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

PL – Projeto de Lei

MASCs – Meios Adequados de Solução de Conflitos

MEC – Ministério da Educação

LM/2015 – Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), promulgada no ano de 2015

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

UFC – Universidade Federal do Ceará

UnB – Universidade de Brasília

USP – Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO BRASIL	27
1.1 Conflito: definições e abordagens analíticas	27
1.2 Notas sobre a “cultura da sentença”	37
1.3 Aspectos da formação jurídica no Brasil	42
2 DISPOSIÇÕES LEGAIS E PRÁTICAS RELEVANTES EM MATÉRIA DE CONSENSUALIDADE E SEUS REFLEXOS NA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA	47
2.1 A ideia de “processo cooperativo” no Código de Processo Civil de 2015 e seus reflexos na atuação advocatícia	48
2.2 O negócio jurídico processual no Código de Processo Civil de 2015 e seus impactos na atuação do advogado	55
2.3 Os meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação do advogado	62
2.4 A advocacia colaborativa como meio de resolução de conflitos: um outro paradigma de atuação advocatícia	70
3 A CONSENSUALIDADE E A ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA: CAPACITAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO PROFISSIONAL	79
3.1 Aspectos educacionais: propostas para a capacitação de juristas	79
3.2 Reflexos da consensualidade na atuação advocatícia: possibilidades, tendências e formas de implementação	91
3.2.1 Atuação advocatícia: adequação de meios e técnicas	91
3.2.2 Atuação advocatícia: categorias e formas de implementação	102
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	109
REFERÊNCIAS	113

INTRODUÇÃO

Os problemas a serem estudados em um trabalho científico podem advir de diversas fontes de inspiração. Seja a leitura de uma pesquisa ou uma conversa com um amigo, o importante é que o tema desperte a curiosidade de entender mais a seu respeito e o pesquisador esteja disposto a fazer uma busca, utilizando uma metodologia coerente, que possa aclarar as questões que o intrigam.

A ideia do tema da presente dissertação é fruto de inúmeras conversas e leituras, mas, principalmente, das experiências vividas pela pesquisadora ao longo dos anos nos quais estagiou e advogou, além de suas experiências atuando como mediadora de conflitos no CEJUSC de Batatais, ao longo de sua formação em mediação. Após o conhecimento das formas consensuais de resolução de conflitos, que se deu somente ao final do curso de bacharelado em Direito, iniciaram-se diversas reflexões e comparações com sua prática cotidiana como advogada, as quais foram aprofundadas ao longo da especialização.

Os meios consensuais possuem um potencial considerável de resolução mais profunda e efetiva de conflitos, em face de seu caráter de construção conjunta do resultado pelas próprias partes envolvidas no conflito. Aqueles sujeitos diretamente relacionados às causas e consequências dos problemas certamente possuem, em princípio, melhor capacidade de compreensão dos efeitos causados pelas soluções definidas para o caso concreto.

Contudo, na prática, nem sempre esse potencial é realizado, fazendo com que as partes saiam dos procedimentos de conciliação e mediação, por vezes, discutindo tanto quanto faziam antes da sessão, ou até mais. Sendo assim, percebendo o quão benéficos os meios consensuais poderiam ser para os indivíduos, mas verificando também que, na prática, nem sempre se verificavam tais benefícios, surgiu o desejo de investigar as razões pelas quais isso ocorria.

Inicialmente, a ideia era investigar óbices ao efetivo acesso à justiça no âmbito da mediação, para que pudessem ser identificados fatores que prejudicavam o mais amplo aproveitamento dos meios consensuais de resolução de conflitos. Entretanto, tal objeto era extremamente amplo e, por isso, havia necessidade de delimitação do estudo a algum aspecto mais específico de uma figura tão ampla e abrangente como o “acesso à justiça”.

Diversas são as variáveis que poderiam ser analisadas para verificar porque as vantagens dos procedimentos consensuais não eram percebidas sempre: os mediadores e conciliadores, o espaço físico, os problemas estruturais de Tribunais e câmaras privadas de mediação, dentre outras. Entretanto, optou-se, no presente estudo, por investigar a atuação do advogado como representante de partes em conflito, tanto em razão das possibilidades de contribuição identificadas em relação à doutrina existente sobre o assunto quanto pelas experiências pessoais da pesquisadora.

Assim como os meios consensuais em si, o potencial pacificador da atuação advocatícia é grande. Ao se depararem com algum conflito que lhes parece insolúvel, a tendência é que os envolvidos busquem por orientação jurídica, sendo coerente a denominação do advogado como “porteiro da justiça”¹, já que o encaminhamento para algum procedimento de resolução normalmente surge a partir de suas orientações.

Entretanto, especialmente em razão do modelo de ensino jurídico aplicado atualmente, nem sempre os profissionais da área encontram-se devidamente capacitados para esclarecerem seus clientes sobre as diversas formas disponíveis para resolução de conflitos ou mesmo para atuarem em uma seara distinta do processo judicial adjudicatório.

Nesse sentido, ao invés de cumprirem uma função de apaziguadores das controvérsias que lhes são apresentadas e de orientadores quanto às possibilidades, terminologias e consequências de opções criadas, os advogados podem acabar por constituírem óbices a um acesso à efetiva justiça pelas partes e também contribuírem para a construção de uma ideia coletiva negativa sobre os meios consensuais.

Em conversas informais, a pesquisadora ouviu diversos relatos semelhantes. A maioria dos mediadores com quem tem contato não conseguem afirmar se o advogado constitui facilitador ou óbice à composição adequada e efetiva dos conflitos, justamente porque a atuação varia muito entre os profissionais da área advocatícia.

Um mediador e um serventuário da justiça que prestam serviço ao Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, já relataram que são mais maleáveis com determinados defensores, mesmo que eventualmente eles sejam um pouco ríspidos com eles e com as partes, em razão da coerência de sua atuação profissional. Ou seja, em algumas hipóteses, as tentativas

¹ Conforme termo em inglês, *gatekeeper* (ZARISKI, 2011, p. 3), ou seja, aquele que funciona como intermediário e orientador quanto à direção. No caso do advogado, especificamente, seria o medianeiro entre seu cliente e o procedimento escolhido para resolução do conflito no qual seu contratante está envolvido.

restabelecimento do diálogo entre os envolvidos e a liberdade de participação do advogado são favorecidas em razão da imagem que construíram junto aos funcionários dos Tribunais de Justiça, o que evidencia a importância estratégica da conduta do advogado perante tais servidores e colaboradores do Poder Judiciário.

Perceba-se, portanto, que a forma pela qual o advogado se porta durante os procedimentos consensuais podem gerar benefícios a longo prazo, influenciando seu aproveitamento em outros casos. O advogado pode, até mesmo, suprir eventuais dificuldades ou inadequações de aplicação das técnicas pelo mediador, desde que lhe seja concedida liberdade suficiente para tanto, fator este que pode variar de acordo com a simpatia ou desagrado despertados nos demais profissionais envolvidos nesses procedimentos.

Diversos advogados, em levantamentos exploratórios a esta pesquisa, por sua vez, relataram, também em conversas informais, imensa descrença em relação ao potencial transformador e pacificador da aplicação de técnicas de diálogo em meios consensuais, considerando a inserção da mediação e da conciliação como uma etapa improfícua ao processo judicial, as quais serviriam, apenas para atrasar ainda mais os provimentos jurisdicionais. Os negócios jurídicos processuais (previstos especialmente nos artigos 188, 190 e 191 do CPC 2015) e o dever de cooperação (artigo 6º do CPC, notadamente, dentre outros), igualmente, são considerados por tais defensores como figuras sem muita utilidade prática.

Outros advogados, considerando-se em especial os relatos informais de bacharéis em Direito que formaram na mesma época que a pesquisadora, apesar de considerarem os procedimentos consensuais como uma opção a ser considerada e uma oportunidade no planejamento estratégico de resolução do conflito, não sabem muito bem como manejá-los. Ademais, consideram que, na prática, esses procedimentos não são bem conduzidos, desconhecendo formas de contribuir para sua melhoria.

Após tantos diálogos reflexivos e críticos, juntamente com a leitura do material já produzido pela doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto, surgiu o desejo de investigar mais a fundo o seguinte problema: considerando-se os diferentes perfis de cada profissional, quais os elementos a serem considerados para que sejam delineadas as formas de implementação prática dos procedimentos e instrumentos consensuais na realidade cotidiana dos advogados, especialmente em face das disposições legais promulgadas no ano de 2015, as quais concederam maior destaque à consensualidade, notadamente o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação?

Para responder a essa pergunta, a presente dissertação foi delineada a partir de temas que pudessem contribuir para a compreensão do panorama jurídico vigente e para a construção de considerações finais acerca do problema de pesquisa sugerido. Tais assuntos foram divididos em três grandes capítulos, cujo conteúdo será explicitado de forma concisa a seguir.

No primeiro capítulo, foram abordadas as tendências contemporâneas de análise de conflitos, tanto em seus aspectos teóricos quanto práticos. Tal estudo envolveu um levantamento das formas de abordagens analíticas dos conflitos e uma breve reflexão sobre a aplicação prática de conceitos construídos em diferentes áreas do conhecimento, a partir das quais a atuação profissional dos juristas se define, perpassando pelas considerações doutrinárias acerca do que se tem chamado por “cultura da sentença” na resolução de conflitos.

No segundo capítulo, para ilustrar as formas de tratamento consensual do conflito, foram traçados alguns dos deveres, instrumentos e procedimentos pautados no diálogo e no consenso entre os envolvidos na controvérsia. Para isso, foram trazidos conceitos teóricos e dispositivos legais pertinentes à presente pesquisa que fundamentam esses institutos.

Importante ressaltar que o segundo capítulo não trata apenas dos meios consensuais em si, mas de outros instrumentos (negócios jurídicos processuais) e disposições de cunho principiológico (dever de cooperação), os quais possuem influência e causam impactos na forma como é conduzido o processo judicial, inclusive. Isso porque, ao longo das pesquisas, percebeu-se que tratar apenas da mediação como meio consensual limitaria a análise sobre o papel desempenhado pelo advogado no âmbito da consensualidade, pois, após a promulgação supracitada do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação no ano de 2015, a presença dessa forma de atuação no cotidiano desse profissional não se restringirá apenas à participação em procedimentos de cunho especificamente negocial.

O terceiro capítulo traz considerações e propostas sobre o tema central do trabalho, com sugestões de formas de capacitação dos juristas e de atuação profissional e implementação prática dos procedimentos e instrumentos consensuais em escritórios de advocacia. Ressalve-se que não foi abordado o papel do advogado como mediador ou conciliador de conflitos, por constituir o escopo do presente trabalho verificar a atuação desse profissional especificamente na condição de defensor dos envolvidos em conflitos. Sobre o tema, foi abordada apenas a restrição à atuação do advogado nos juízos onde desempenhe a função de mediador ou conciliador e o impedimento de que assessor, represente ou patrocine as partes envolvidas em

procedimento de mediação ou conciliação no qual tenha sido o facilitador do diálogo, pelo prazo de um ano contado da última sessão em que atuou.

Para simplificar a percepção das formas de atuação e das diferentes necessidades individuais em termos de capacitação e adaptação, os advogados foram categorizados de três formas diferentes, considerando-se o grau de ingerência necessária em relação à escolha da forma de tratamento do conflito que lhe é apresentado por seu cliente. Conforme será melhor explicitado no terceiro capítulo, as categorias são: assessor neutro, conselheiro da parte e cocriador do desenho de sistemas de disputas. Tais divisões, apesar de não resumirem a infinitude de possibilidades fáticas, foi efetuada no intuito de, conforme explicitado, facilitar a compreensão do leitor e enfatizar as três formas mais marcantes de atuação profissional, de acordo com a percepção construída ao longo dessa pesquisa.

Ressalvadas as conclusões referentes à prática privada da advocacia, os apontamentos efetuados são passíveis de extensão aos defensores públicos, procuradores e demais profissionais que atuem como assessores ou consultores jurídicos dos indivíduos que buscam por uma orientação quanto à melhor forma de resolverem seus conflitos.

Ademais, importante considerar que as palavras “advogado” e “defensor” serão utilizadas para descrever a atuação advocatícia de modo geral, independentemente do sexo ou orientação sexual do profissional, apenas pela praticidade do uso do termo. A pesquisadora ressalta sua atenção à existência de discursos de gênero, bem como seu apoio, validação e compreensão da extrema importância das discussões acerca do tema que vêm sendo desenvolvidas, inclusive na instituição de ensino superior à qual será apresentada esta dissertação.

Quanto ao método, base fundamental de qualquer pesquisa, cumpre-nos observar que a sua definição possui múltiplas funções. Além de validar os dados obtidos e permitir que os leitores entendam os procedimentos de coleta e análise de dados, o método eleito orienta a pesquisadora no sentido de obter as respostas que busca, conforme os objetivos de investigação definidos no início da pesquisa.

Portanto, o que define o método utilizado são: o tipo de pesquisa e os objetivos buscados por intermédio desta. Conforme explanam Marconi e Lakatos (2012, p. 5), “os critérios para a classificação os tipos de pesquisa variam de acordo com o enfoque dado pelo autor. A divisão

obedece a interesses, condições, campos, metodologia, situações, objetivos, objetos de estudo etc.”.

Quanto ao conteúdo estudado, trata-se de uma pesquisa social porque, nos dizeres de Antonio Carlos Gil (2012, p. 26), será assim considerado “o processo que, utilizando a metodologia científica, permite a obtenção de novos conhecimentos no campo da realidade social”, ou seja, “todos os aspectos relativos ao homem em seus múltiplos relacionamentos com outros homens e instituições sociais”.

No que tange ao alcance do fim pretendido pela elaboração da presente dissertação, foi utilizado o método de revisão integrativa da literatura, em face da identificação de uma possibilidade de contribuição sobre a forma específica de adaptação e implantação da prática consensual pelos profissionais da advocacia. Tal método é útil para alcançar os objetivos almejados nesse trabalho de pesquisa, pois permite uma análise de uma gama mais ampla de materiais bibliográficos, possibilitando, conseqüentemente, resultados mais completos.

A revisão de literatura, se efetuada de forma cuidadosa e rigorosa, possibilita que o pesquisador se aproxime de suas questões de pesquisa, ao mesmo tempo em que evita vieses nos resultados, pois busca avaliar as mais diversas posições existentes na doutrina já elaborada sobre o tema. Para a busca dos artigos pertencentes a esta pesquisa, foram utilizadas as bases Google Scholar, Scopus, Science Direct, Web of Knowledge, HeinOnline, Scielo e SSRN.

As palavras-chave de pesquisa foram: advogado, mediação, conciliação, meios alternativos de resolução de conflitos, educação jurídica, *lawyers*, *ADR* e *mediation*, combinadas entre si. Após realização de vasto levantamento e categorização das pesquisas em classes específicas², foi feita a avaliação da relevância para a presente investigação.

Em um segundo momento, foi realizado o levantamento das bibliografias que serviram de referência para a elaboração das pesquisas lidas inicialmente. Sendo assim, foi efetuada uma busca de segundo grau, com base nas referências inicialmente lidas. Esse foi o percurso metodológico de construção da pesquisa cujos resultados serão apresentados nesta dissertação.

Portanto, essa pesquisa envolveu uma construção paulatina de conceitos e ideias sobre a problemática inicial, a qual foi se tornando mais específica em relação ao advogado como meio de acesso aos procedimentos para resolução de conflitos e mais ampla no que tange à

² Quais sejam: acesso à justiça, MASC, advocacia colaborativa, advogados e MASC, aspectos éticos, conflito, desenvolvimento, ensino jurídico, experiências estrangeiras, habilidades e técnicas, legislação, relatórios.

reflexão sobre as formas de utilização da consensualidade para solucionar controvérsias. Para que fosse abordado o problema da capacitação do advogado e adaptação a essa realidade mais negocial da advocacia, foram abordados os diversos temas resumidos na sinopse feita acima sobre cada capítulo da dissertação.

Isso porque percebeu-se a necessidade de, primeiramente, estudar a conceituação e as abordagens de conflitos atualmente utilizadas, por se tratar de uma análise sobre meios de resolução de situações conflituosas. Posteriormente, foram explicitados exemplos de procedimentos e instrumentos consensuais, a partir da regulamentação vigente e da doutrina sobre os temas, de modo a exemplificar a ampla gama de possibilidades de atuação advocatícia pautada em consensualidade.

Por fim, adentrou-se nos temas diretamente referentes ao problema de pesquisa, para que fosse verificada a compatibilidade ou não com a hipótese inicialmente construída, qual seja, a de que é importante que o advogado se capacite para atuar negocialmente e que possa fazê-lo de forma adequada à sua realidade de prática profissional pessoal e ao contexto do escritório no qual trabalhe.

A advocacia, como qualquer outra profissão, é uma forma de exercício de atividades que contribuam com o suprimento das necessidades sociais e que, para geração de ganhos financeiros suficientes para sua manutenção, deve adaptar-se às demandas do mercado e apresentar diferenciais que possibilitem melhorar a relação entre o custo de funcionamento e os benefícios auferidos, caso esse seja um dos objetivos do profissional. Nessa dissertação, quanto a esse aspecto, haverá enfoque no contexto dos procedimentos e instrumentos consensuais e as novas necessidades de atualização e prática que poderão gerar.

1 TENDÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS NO BRASIL

Para que os métodos de resolução de conflito sejam efetivamente compreendidos e a sua adequação como meio de solucionar a questão seja determinada, é importante que se compreenda o conceito de conflito, bem como a tendência particular do indivíduo abordá-lo. Os sujeitos têm modos próprios de entender e lidar com desacordos interpessoais. Especificamente aos advogados, profissionais que lidam com tal assunto diariamente, a percepção desses fatores é ainda mais relevante, por impactar seu cotidiano em termos profissionais.

A forma como cada indivíduo lida com seus conflitos influencia na construção da cultura, a qual também afeta a percepção de cada membro da comunidade, em um ciclo de construção conjunta da percepção e tendências de reação. Por isso, também é relevante verificar o modo como costuma ser abordada essa questão no Brasil. A partir da compreensão de quais são as formas de tratamento de conflitos mais propensas a serem utilizadas pelos brasileiros e por seus defensores, serão realizadas algumas ponderações sobre ensino jurídico introdutória à que será mais profundamente realizada no último capítulo.

Tal construção argumentativa se deve à premissa adotada na presente dissertação de que o advogado possui influência sobre a escolha do procedimento de resolução de controvérsias e que, além dos aspectos culturais gerais, a educação jurídica pode ser uma das formas mais relevantes de transmissão, reforço e perpetuação da tendência a optar pelo processo judicial como meio primordial para resolução de conflitos.

1.1 Conflito: definições e abordagens analíticas

O conflito pode ser definido de formas distintas, por diferentes abordagens e segundo vários ramos do conhecimento humano. Em sua definição literal, conflito é:

- 1 Falta de entendimento grave ou oposição violenta entre duas ou mais partes.
- 2 Encontro violento entre dois ou mais corpos; choque, colisão.
- 3 POR EXT Discussão veemente ou acalorada; altercação.
- 4 Encontro de coisas que se opõem ou divergem.
- 5 Luta armada entre potências ou nações; guerra.
- 6

PSICOL Conforme a teoria behaviorista, estado provocado pela coexistência de dois estímulos que desencadeiam reações que se excluem mutuamente. 7 TEAT No drama, elemento determinante da ação que consiste na oposição de forças entre duas ou mais personagens ou, às vezes, entre o protagonista e as forças da natureza. (MICHAELIS, 2017)³

Nesse sentido, mesmo em uma análise meramente literal do termo em questão, é possível perceber haver diferentes perspectivas sob as quais o conflito pode ser analisado. Áreas do conhecimento humano e social, como a antropologia, a sociologia, a psicologia, a história, a administração e o direito, oferecem leituras próprias ao estudo desse fenômeno.

O conflito, de fato, pode ter diferentes projeções, envolvendo e afetando diversos aspectos da existência humana, permeando as relações entre os indivíduos e os conceitos de cada ser sobre o mundo e sobre si mesmo. Um conflito, em sua expressão máxima em termos de extensão, pode ser a causa básica de uma guerra entre nações inteiras, por exemplo.

O conflito pode afetar também a esfera pessoal daqueles que nele estão inseridos, causando impactos nas relações e vivências interpessoais. Em sua esfera mais restrita de consequências, pode ser considerado como a origem transformadora de como o indivíduo se posiciona em relação à sociedade.

Um exemplo bastante significativo são os conflitos decorrentes de divórcios ou dissoluções de uniões estáveis. Especialmente em se tratando de relações duradouras ou intensas, é necessária uma alteração profunda da forma como o casal planejou seu futuro imediato e distante, para se adaptar à realidade de que terão de vislumbrar e reconstruir suas vidas e planos de forma diferente.

Especialmente nos casos em que apenas uma das partes desejou efetivamente a separação, a perpetuação de pequenas divergências e a criação de novos fatores motivacionais para conflitos podem ser reflexos de uma vontade de continuar a relação com a outra pessoa, ainda que isso se dê de forma conturbada. Esse é um reflexo considerável das dificuldades pessoais em superar as alterações dos planos de vida pessoais.⁴

³ Segundo o Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=&t=&palavra=conflito>>. Acesso em: 13 de março de 2017.

⁴ Esse parágrafo e o anterior foram redigidos com base em vivências da pesquisadora como advogada e mediadora de conflitos, para que as experiências pessoais e suas interpretações, dificilmente dissociadas do processo de pesquisa e construção de uma abordagem científica, possam ser minimamente conhecidas por aqueles que terão contato com a presente pesquisa.

O conflito, portanto, pode se desenvolver em duas esferas distintas, quais sejam, a interna ou intrapsíquica e a externa ou interpessoal. A nível interno, envolve um incômodo em razão de uma tomada de decisão, o qual poderá ser solucionado com a autossuperação ou o auxílio de pessoas próximas ou profissionais de saúde mental. (LEVY, 2013, p. 35)

Para William Ury (2015, p. 10), dificilmente é possível “chegar ao sim” com outros indivíduos se não conseguimos efetuar essa tomada de decisão interna anteriormente ou, em outras palavras, “chegar ao sim com nós mesmos”. Se reagimos de forma incompatível com os interesses que almejamos alcançar, sabotamos nossos próprios objetivos, perpetuando conflitos em razão de uma mentalidade hostil pela qual a vitória de um significa a derrota de outro (URY, 2015, p. 11).

O conflito interpessoal, apesar de ser afetado por esses conflitos internos, pode ser estudado de forma independente, com base em seus desdobramentos e as formas mais adequadas de solucioná-los. Esse constitui um dos enfoques do presente estudo, sob a ótica da prática advocatícia: como o tratamento dos conflitos interpessoais pode ser feito de maneira adequada, considerando-se os efeitos da consensualidade⁵ crescentemente regulada e aplicada na seara conflitual?

A expressão externa do conflito constitui a abordagem estudada pelas diversas áreas do conhecimento já citadas, pois, além de sua expressão psíquica, gera efeitos em vários âmbitos da vida em sociedade. Por essa razão, há tantos estudos em disciplinas distintas, referentes aos “mistérios das relações humanas na arte de conviver”. (LEVY, 2013, p. 35)

Há teorias sobre a resolução de conflitos que abordam o conflito como uma ocorrência inerente ao convívio social, fator esse que conduz à busca por meios de solucionar divergências entre os indivíduos para alcançar, tanto quanto possível, a paz social. (LEDERACH, 2012; CEBOLA, 2013; LEVY, 2013; MUNIZ, 2014; TARTUCE, 2015)

Uma possível definição para conflitos, que capta as suas diferentes perspectivas analíticas, é a de que eles são caracterizados por casos em que um indivíduo, “pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo”. Tal situação pode dar-se “porque (a) aquele que poderia

⁵ Os termos “consensual” e “consensualidade” serão utilizados neste estudo para fazer referências às formas procedimentais de resolução de conflito nas quais há um protagonismo conjunto das partes na construção do resultado ou no procedimento utilizado, ou seja, aos mecanismos nos quais os indivíduos diretamente envolvidos no conflito oferecem soluções e determinam as características procedimentais para resolução de controvérsias.

satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2009, p. 26).

Cada sujeito tem suas próprias necessidades e desejos, em relação aos mais diversos bens da vida e realizações pessoais. Se um indivíduo percebe outro como um possível obstáculo ao atingimento desses objetivos e suas carências se tornam irrealizadas em virtude de pretensões e interesses conflitantes aos seus, inicia-se o conflito (GRECO FILHO, 2013, p. 12; BACELLAR, 2016b, p. 439).

Além da restrição existente quanto aos bens da vida almejados pelas partes, outros fatores podem influir para a ocorrência do conflito, dentre os quais se destacam “a limitação de recursos, a ocorrência de mudanças, a resistência a aceitar posições alheias, a existência de interesses contrapostos, o desrespeito à diversidade e a insatisfação pessoal” (TARTUCE, 2015, p. 5).

Em termos bastante mais gerais, o conflito pode ser definido como uma crise nas relações humanas, em seu sentido mais amplo (TARTUCE, 2015, p. 4).⁶ Em outras palavras, conflitos seriam um desacordo entre indivíduos acerca de seus direitos, em decorrência de necessidades, interesses, desejos e sentimentos conflitantes (BACELLARb, 2016; MUNIZ, 2014).

Outra definição interessante, um pouco mais detalhada, é aquela pela qual

Conflito é toda situação de incompatibilidade de desejos e objetivos, vivenciada por todos os seres humanos ao longo de sua existência, no âmbito intrapsíquico ou interpessoal, que possui aspectos positivos e negativos e que, diante de um impasse, pode gerar a aceitação voluntária (renúncia, desistência) ou involuntária (imposição da força), parcial ou total do desejo do outro ou uma disputa que, se não bem conduzida, pode se transformar em um litígio. (LEVY, 2013, p. 37)

A partir dessas perspectivas, os elementos que compõem um conflito, considerando-se uma abordagem compatível com a utilizada no presente trabalho, seriam: dois ou mais indivíduos, diversas “possibilidades de decisão alocativa”, variados “comportamentos

⁶ Relevante apontar a distinção realizada pela doutrina entre conflito e disputa. Para Fernanda Tartuce (2015, p. 4), “conflito expressa a crise vivenciada em sentido amplo, enquanto disputa remete a uma unidade controvertida. Assim, um casal recém-separado pode estar em crise (vivenciando um contexto amplo de conflitos), mas viver, em certo momento, uma disputa, pontual e específica, quanto ao tempo de convivência com os filhos”.

orientados em sentido contraposto” e “duas ou mais apropriações morais sobre a mais justa hipótese de decisão alocativa”⁷ (FREITAS JR., 2014, p. 15).

Relativamente a essa necessária decisão alocativa, o desfecho de situações conflituosas pode ser interpretado de diferentes maneiras. As possíveis soluções para a determinação sobre qual a melhor forma de alocação de recursos e alinhamento de desejos podem ter suas bases consideradas de modos distintos.

As divergências de interesses, por vezes, são entendidas como hipóteses de incompatibilidade insolúvel, as quais somente poderiam ser transformadas por meio da renúncia de uma das partes ao que entende ser o correto ou pela imposição, pelo uso de força, da solução apresentada pela outra parte. Esse entendimento pode ser depreendido a partir de uma leitura literal da supracitada definição de conflito elaborada por Fernanda Levy (2013, p. 37), por exemplo.

Não é necessário, contudo, que o conflito seja solucionado de modo que uma parte tenha que desistir do que deseja obter. A doutrina aponta outras formas de dirimir um conflito, as quais permitiriam a superação de resistências a acordos em razão de serem associados a desistência de algo desejado.

Autores da área de administração de empresas, a título ilustrativo, defendem uma abordagem construtiva do conflito, por meio da integração de interesses, de modo que nenhuma das partes tenha de fazer sacrifícios (FOLLET, 2003, p. 69). Essa solução integrativa, também conhecida como abordagem colaborativa, seria o meio para obtenção da “verdadeira pacificação social” (MUNIZ, 2014, p. 32).

A abordagem integrativa estimula a busca para que diferentes interesses sejam harmonizados de modo a ser encontrada uma solução na qual ambas as partes se sintam contempladas em suas necessidades, sem que uma delas necessite se sacrificar em prol da composição do conflito. A ocorrência do conflito seria considerada inevitável, mas ele poderia ser administrado de forma a proporcionar resultados construtivos (BOARDMAN; HOROWITZ, 1994; KOZA; DANT, 2007; MARTINELLI, 2015).

⁷ As diferentes apropriações morais sobre a melhor escolha de alocação de recursos são consideradas pelo autor como uma característica específica do conflito, o qual ele nomeia especificamente de “conflito intersubjetivo de justiça”, não compondo o conceito de disputa. Os demais elementos, por sua vez, são inerentes a conflitos e disputas.

As referidas interpretações no campo dos estudos em administração de empresas, bem como estudos de outras áreas, impactam também as pesquisas na área jurídica. Conforme anteriormente mencionado, são diversos os campos de estudo que abordam o tema do conflito e seus impactos e tratamentos.

Ainda que o nome concedido ao estudo possa variar entre as áreas, os conhecimentos produzidos se complementam. Isso ocorre, por exemplo, no caso das diferentes nomenclaturas sobre o estudo de conflitos, o qual, nas ciências sociais em linhas gerais é chamado “resolução de conflitos”⁸ e, em pesquisas jurídicas, “resolução de disputas”⁹ (MENKEL-MEADOW, 2005, p. 14).

Uma das grandes precursoras das teorias do conflito da forma como abordadas moderna e contemporaneamente foi Mary Parker Follett, cujos estudos eram focados na área de administração organizacional, no início do século XX (TARTUCE, 2015, p. 149). No método criado por ela, de solução integrativa ou abordagem colaborativa do conflito, é proposta uma solução integral do conflito entre os envolvidos com o alcance efetivo da paz social (MUNIZ, 2014, p. 32).

Para Mary P. Follett, a abordagem integrativa é apenas uma das três maneiras distintas de solucionar um conflito, quais sejam, a dominação, o compromisso ou a integração (FOLLETT, 2003).¹⁰

A dominação para dissolução do conflito consiste na imposição de vontade de uma das partes em relação à outra, ou seja, é a vitória de um dos envolvidos em relação a outros. Para Follet, esse é o jeito mais fácil de se lidar com o conflito no momento imediato à sua ocorrência; contudo, a longo prazo, não é, necessariamente, o meio mais bem-sucedido de fazê-lo (FOLLETT, 2003, p. 68).

O segundo modo de se lidar com o conflito seria o compromisso, pelo qual cada parte desiste de uma parte de sua pretensão, supostamente para que a paz seja alcançada, mas, termos mais adequados, para que a atividade que havia sido interrompida em virtude do conflito possa

⁸ Em inglês, *conflict resolution*.

⁹ Em inglês, *dispute resolution*.

¹⁰ Perceba-se que Mary P. Follett sistematizou as três formas básicas de abordagem da questão ainda utilizadas atualmente, fazendo com que a sua teoria seja de grande valia e aplicabilidade ainda nos dias atuais, apesar de haver mais de um século de sua criação. Seus estudos serviram de inspiração para diversos estudos e obras clássicas da literatura existente sobre o tema.

ser retomada. Em linhas gerais, essa seria a forma pela qual a maioria dos conflitos é resolvida. (FOLLETT, 2003, p. 68).

Indivíduos podem se tornar resistentes a acordos e negociações porque os entendem como sinônimos de desistência de parte de seus interesses. Follett utiliza como exemplo as táticas utilizadas por sindicatos em negociações coletivas. De acordo com a autora, os sindicatos pedem mais do que esperam conseguir da outra parte como forma de preparação para cortes de valores ao longo da negociação. Tal conduta impede que os demais envolvidos entendam qual o real desejo dos sindicatos, obstaculizando um desfecho frutífero da situação conflituosa (FOLLETT, 2003, p. 68).

No contexto de tentativas de superação da aversão a tal comportamento e conseguir alguma maneira de tratamento do conflito que seja mais satisfatória, surge a terceira forma básica de abordagem, qual seja, a integração (FOLLETT, 2003, p. 69). De acordo com Follett, é plenamente possível que a solução de um conflito contemple os interesses de todos os envolvidos (FOLLETT, 2003, p. 69), desde que se busquem maneiras criativas de resolução do conflito, com base nas informações científicas e factuais que cada um desses envolvidos detém, apesar dos diferentes pontos de vista sobre fatos e conhecimentos¹¹ (FOLLETT, 1930, *passim*). Nesse sentido, considerar-se-á que a solução encontrada atendeu às demandas de ambas as partes nas hipóteses em que dois (ou mais) desejos são integrados (FOLLETT, 2003, p. 69).

Para Follett, contudo, a integração entre interesses conflitantes não é suficientemente reconhecida e menos ainda praticada por juristas e economistas (FOLLETT, 2003, p. 35). A prática da integração de desejos, necessidades e interesses envolve habilidades específicas, dentre elas: um alto nível de inteligência, uma percepção aguda e discernimento. Mas, acima de tudo, a abordagem integrativa do conflito requer uma considerável capacidade de inventividade (FOLLETT, 2003, p. 82).

Entretanto, existem diversos obstáculos à integração em conflitos. Dentre eles estão, segundo a autora: o condicionamento humano de apreciação da dominação, a excessiva

¹¹ Sobre esses diferentes pontos de vista, Follett faz uma interessante analogia sobre como o objeto de uma informação razoavelmente precisa não supera as diferenças entre os indivíduos, mas confere legitimidade e racionalidade a elas. De acordo com a autora, em tradução livre, “se eu acho que estou vendo uma cobra preta e você pensa que está vendo um galho caído, a comunicação ficará simplesmente caótica. Mas após termos decidido que se trata de uma cobra, nós não concordaremos automaticamente sobre o que fazer com isso [com essa informação]. Você e eu podemos responder de formas diferentes à “cobra negra”: deveríamos fugir, ou matá-la, ou leva-la para casa para que ela mate os ratos? Há agora algumas bases para uma diferença significativa. Diferenças baseadas na falta de acurácia não possui sentido. Nós não fizemos com que a diferença desaparecesse, mas encontramos a possibilidade de uma diferença frutífera”. (FOLLETT, 1930, p. 6)

teorização do conflito ao invés de considerar sua resolução como uma atividade proposta, a linguagem habitualmente utilizada e a experiência pessoal de cada indivíduo (FOLLETT, 2003, p. 82-84).

Não obstante tais entraves à mais ampla aplicabilidade da visão integrativa, essa abordagem sistematizada por Mary P. Follett difundiu uma compreensão positiva sobre o conflito. Nesse sentido, a superação da barganha fundada em posições¹² é atribuída a essa autora da área de administração organizacional (MUNIZ, 2014, p. 32).¹³

A partir dos estudos de Follett, foram desenvolvidas outras teorias para abordagem do conflito como um fenômeno natural da convivência humana em sociedade. Algumas pretenderam complementá-la, acrescentando outras classificações das formas de abordagem do conflito, como a acomodação, que seria a tendência a ignorar a existência do conflito para não ter que lidar com ele (HAMPTON, 1990, p. 303-304).

Outras teorias utilizaram a concepção positiva de conflito para defender a utilidade de sua existência e as vantagens dele decorrentes. Esse é o caso da abordagem transformativa do conflito, pela qual “devemos entendê-lo como uma oportunidade para crescer e aumentar a compreensão sobre nós mesmos, os outros e a nossa estrutura social” (LEDERACH, 2012, p. 31).

Outra corrente defende que o conflito seria algo neutro, podendo ser expresso como algo positivo ou negativo de acordo com a forma de se lidar com ele. Nesse sentido,

Quando se teme o conflito, ou ele é visto como uma experiência negativa, reduzem-se as chances de lidar com ele efetivamente. Na verdade, o conflito não é nem positivo nem negativo em si mesmo. Ele é resultado da diversidade que caracteriza os pensamentos, atitudes, crenças, percepções, bem como o sistema e a estrutura social. É a parte da existência e da evolução do ser humano. Cada um exerce influência e poder sobre o conflito, sobre fato de ele

¹² Sobre o conceito e os efeitos da barganha fundada em posições: “A barganha de posições cria estímulos que paralisam a resolução. Na barganha posicional, você procura aumentar a probabilidade de que qualquer acordo atingido lhe seja favorável, começando numa posição extremada, aferrando-se obstinadamente a ela, iludindo a outra parte quanto a suas verdadeiras opiniões e fazendo pequenas concessões apenas na medida necessária, para manter a negociação em andamento. O mesmo se aplica ao outro lado. Cada um desses fatores tende a interferir na pronta obtenção de um acordo. Quanto mais extremadas as posições iniciais e menores as concessões, maiores serão o tempo e o esforço despendidos para descobrir se o acordo é ou não possível. [...] A barganha posicional converte-se numa disputa de vontades” (FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 23-24).

¹³ Suas contribuições para a literatura de conflitolgia (ciência que estuda o conflito) foram tão relevantes porque: Follet foi a primeira a apresentar otimismo com relação aos conflitos por ver a fricção como uma força positiva que incentivava as partes a encontrar novas possibilidades para criação de valor. Muito do conhecimento moderno sobre resolução integrativa, negociação baseada em princípios/interesses e resolução de disputas advém do trabalho de Follet no início do século passado (TARTUCE, 2015, p. 149).

se tornar negativo ou não, e essa influência e poder encontram-se na maneira como se lida com ele. (MARTINELLI, 2015, p. 39)

Da possibilidade de entender o conflito como positivo ou negativo decorre a importância de o cidadão adquirir consciência sobre quais são os meios disponíveis para resolução de controvérsias. A natureza de inerência do conflito à coexistência social torna essencial esse conhecimento de opções procedimentais para a busca da pacificação social (CEBOLA, 2013, p. 27). A partir da percepção sobre o que se entende por conflito e quais os seus possíveis desdobramentos, partindo de uma análise cuidadosa desse conflito, é possível encontrar um meio de resolvê-lo ou transformá-lo.

As orientações motivacionais da parte em conflito, contudo, causarão impacto no modo como o conflito será resolvido. Essas orientações podem ser classificadas em três tipos diferentes, de acordo com Morton Deutsch (1994), quais sejam: *cooperativa*, pela qual a parte se preocupa com o bem-estar da outra; *individualista*, na qual só há preocupação com o próprio bem-estar; e *competitiva*, quando um dos envolvidos deseja conseguir resultados melhores que os dos demais (DEUTSCH, 1994, p. 14).

A sintonia com relação às orientações utilizadas pelos envolvidos geraria estabilidade da relação, ou seja, caso ambas as partes atuem conforme as mesmas orientações motivacionais, haverá estabilidade da relação. Por outro lado, combinações que não sejam recíprocas tendem a estimular a competição mútua, caso as partes possuam tal tendência em suas personalidades. Abordagens individualistas, por sua vez, poderão ser reorientadas no sentido da cooperação ou competição mútuas, a depender de circunstâncias externas e facilidades situacionais (DEUTSCH, 1994, p. 15).

Nesse sentido, o procedimento escolhido para solução do conflito poderá gerar dois efeitos básicos no que tange à relação entre os envolvidos, influenciando tais orientações motivacionais, sejam elas a cooperativa, a individualista ou a competitiva. Esses efeitos determinarão a classificação dos processos de tratamento de conflitos como “construtivos” ou “destrutivos” (DEUTSCH, 1973, *passim*).

Os *processos destrutivos* são aqueles nos quais há um enfraquecimento da relação prévia entre as partes, ou mesmo seu rompimento, devido à forma como é feito o tratamento do conflito em termos procedimentais e do conseqüente caráter competitivo adotado pelas partes (DEUTSCH, 1973, *passim*).

Nesse tipo de interação, há uma tendência à perpetuação e escalada do conflito¹⁴, pois, ainda que as causas iniciais tenham se tornado irrelevantes ou caído no esquecimento, outras surgem de maneira independente, fazendo com que as partes se sintam mais vulneráveis e desconfortáveis, criando um ciclo vicioso (DEUTSCH, 1994, p. 22-23). Dentre os elementos-chave que contribuem para tal escalada (DEUTSCH, 1994, p. 23) e que possuem pertinência ao presente trabalho, o primeiro a ser citado é a orientação competitiva, já citada anteriormente, na qual há o entendimento de que uma parte deverá ganhar e a outra perder. Os conflitos internos, também abordados em momento prévio, constituem outro fator que poderia agravar o conflito, influenciando os conflitos interpessoais.

A rigidez cognitiva também induziria a um processo destrutivo, em virtude de a parte não estar em um estado mental de curiosidade e abertura ao que os demais envolvidos trarão ao processo. Percepções equivocadas é outro fator envolvido, o qual reflete a importância do procedimento escolhido de gestão do conflito, independentemente de qual seja essa escolha, ser conduzido de maneira apropriada, para que seja evitada a perda de qualidade da participação da parte no processo, por falta de compreensão do panorama do conflito e do procedimento.

Por fim, Deutsch (1994) cita, como fator agravante da escalada do conflito, a orientação das partes a encararem o processo como um jogo. Isso faz com que desviem o foco do que está sendo recebido ou perdido, de fato, para um conflito abstrato pautado nas imagens de poder que possuem em relação aos outros e a si próprios.

Os *processos construtivos*, por sua vez, envolvem uma abordagem mais cooperativa das partes entre si, sendo estimulada a capacidade criativa dos envolvidos na busca por soluções mais adequadas a todos. Ao final dessa modalidade de processo, a tendência é que a relação social existente entre as partes seja fortalecida (DEUTSCH, 1973, *passim*).

Perceba-se que os processos construtivos de resolução de conflito são bastante semelhantes aos procedimentos nos quais há, segundo Deutsch (1973, *passim*), uma interação cooperativa. Os processos destrutivos, por sua vez, assemelham-se àqueles em que as partes desenvolvem uma interação de cunho competitivo (DEUTSCH, 1994, p. 15).

¹⁴ Também chamada de “espiral do conflito”, a escalada do conflito consiste em um agravamento progressivo das disputas na relação entre as partes, muitas vezes levando a reações extremadas entre os indivíduos, as quais independem das causas que deram origem ao conflito, constituindo apenas um motivo aleatório para discussões e embates.

Ainda que o conflito tenha sido abordado de forma positiva pela doutrina (ou, ao menos, tenha seus aspectos positivos ressaltados), o procedimento escolhido para tratamento desse conflito e a forma de atuação do advogado poderão causar efeitos destrutivos na relação dos envolvidos entre si, além de gerarem resultados potencialmente menos satisfatórios, se forem consideradas as limitações que as próprias partes se impõem, por exemplo, adotando as condutas elencadas como elementos-chave para a escalada do conflito.

Desse modo, os procedimentos de resolução de conflitos, desde que escolhidos e manejados de maneira adequada pelas partes e seus defensores, contribuem para que os desentendimentos entre os indivíduos não sejam agravados e a disputa existente entre eles adquira uma proporção ainda maior. Sejam meios adjudicatórios ou consensuais, é importante que sejam conduzidos de maneira eficiente e atenta pelos responsáveis, de modo a serem configurados como processos construtivos.

Recentemente, as políticas judiciárias de resolução de conflitos assumiram existir no Brasil uma cultura essencialmente litigiosa, caracterizada pela tendência de que os conflitos de interesses sejam encaminhados aos cuidados do Poder Judiciário. Apesar das iniciativas relativamente recentes no sentido de implantar meios consensuais de resolução de conflitos no Brasil, pode ser que ainda vigore, na prática, uma certa “visão competitiva” de tratamento do conflito, conforme será abordado no tópico seguinte do presente trabalho.

1.2 Notas sobre a “cultura da sentença”

A cultura local influencia, naturalmente, sobre o modo de atuação em diversos aspectos da vida e, especificamente quanto ao tema do presente trabalho, o modo como as pessoas resolvem as disputas tem relação direta com a cultura do país ou da região na qual os indivíduos relacionados ao conflito estão situados.¹⁵ Os meios socialmente aceitos para se lidar com conflitos estão inter-relacionados com a cultura local e seus impactos refletem-se na mudança

¹⁵ Para aprofundamento no assunto, indica-se: CHASE, Oscar G. **Law, Culture, and Ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.; CHASE, Oscar G. Legal processes and national culture. In: **Cardozo Journal of International and Comparative Law**. vol. 5, n. 2, 1997.; e TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009.

de conduta e prática da categoria profissional envolvida, bem como na reformulação teórica de quais seriam os meios e as técnicas a serem adotados ao se resolver um conflito (CHASE, 2002).

Utilizando-nos do termo cunhado por Kazuo Watanabe (2005), pode-se considerar que no Brasil predominaria a “cultura¹⁶ da sentença”. Dito de outro modo, a população brasileira teria se acostumado e acomodado à existência de litígios e à consequente e automática busca de uma decisão proferida pelo órgão jurisdicional estatal, como se essa fosse a única solução possível e viável nos casos em que não solucionam os seus conflitos por si mesmas – com ou sem o auxílio de terceiros.

O que se problematiza na presente dissertação não é a possibilidade e as condições para que os cidadãos possam requerer uma prestação jurisdicional do Estado, até mesmo porque esse panorama é fruto de uma longa busca por ampliação do acesso aos órgãos estatais de resolução de conflitos, especialmente no que tange à população menos privilegiada economicamente. A existência de diversos processos judiciais em curso possui um aspecto positivo a ser considerado: o fato de que mais pessoas têm conseguido acessar, de alguma forma, os serviços do Poder Judiciário. Conforme aponta Paulo Eduardo Alves da Silva (2010), “o aumento do volume de demandas atende a uma reivindicação antiga, de aumento dos canais de acesso da população com a justiça” (ALVES DA SILVA, 2010, p. 29).

Apesar de ser comum a repetição dessa terminologia e concepção de que a resolução de conflitos no Brasil tem caráter essencialmente litigioso, é possível refletir que a dita “cultura da sentença” talvez não seja tão difundida pela população em geral quanto se costuma afirmar.¹⁷ Caso se entenda que o ingresso com um pleito ao Poder Judiciário não é a tendência natural, cumpre-se pensar em qual momento e por quais razões decide-se buscar essa via judicial de resolução de conflitos.

¹⁶ O termo cultura não é unívoco, sendo discutido em diversas áreas de conhecimento, dentre elas a psicologia e a antropologia. Para os fins do presente trabalho, adotar-se-á o conceito que reúne, mutuamente, dois elementos básicos, traçado por KROEBER e KLUCKHOLM (*apud* LUCENA FILHO, 2012, p.44), de que “sistemas de cultura podem, por um lado, serem considerados como produtos de ação e por outro como elementos de condicionamento de ação”.

¹⁷ Apesar do alto número de processos judiciais em curso, entretanto, de acordo com dados trazidos pelo Ministro Cezar Peluso em seu discurso de posse ao Supremo Tribunal Federal, 43% (quarenta e três por cento) dos brasileiros buscam solucionar por si mesmos seus problemas ao entenderem que seus direitos foram desrespeitados. Apenas 10% (dez por cento) recorreria diretamente ao Poder Judiciário. Os outros 47% (quarenta e sete por cento) “dividem-se na busca de mediação de advogados, no recurso à polícia, na renúncia ao interesse e, pasmem, até no uso da força” (PELUSO, 2003, p. 9). Ainda que esses dados estejam desatualizados e possam não expressar adequadamente a realidade vigente, tornam possível a reflexão sobre se a tendência de judicialização dos conflitos é, de fato, senso comum no Brasil ou se há outros fatores que influenciam a escolha pelo processo judicial como meio de resolução de conflitos.

A resposta a esse questionamento parece estar na figura do advogado, mais precisamente sobre a diversidade de sua atuação, considerando que o aconselhamento jurídico e a própria capacidade postulatória estão diretamente associadas com o seu exercício da profissão. Nesse sentido, a dita cultura da sentença e a ideia de que o processo judicial é o principal ou mesmo único meio hábil a solucionar conflitos seriam incutidas na mentalidade popular pelos juristas.

De todo modo, faz sentido refletir que a opinião do advogado sobre quais são os melhores meios de resolução do conflito impactam diretamente na escolha do procedimento a ser utilizado. Sendo assim, “quando o advogado revela resistências insuperáveis em relação a conversações e celebrações de acordos, acaba alimentando um preconceito incompatível com a postura esperada de um eficiente administrador de controvérsias” (TARTUCE, 2015, p. 104).

A condução de situações de conflito para os meios adjudicatórios, por parte dos profissionais da área jurídica, sem uma prévia verificação da adequação do procedimento às especificidades do caso concreto, por sua vez, é um dos aspectos da atuação advocatícia que foi problematizado e analisado ao longo desta dissertação. O encaminhamento automatizado das mais variadas situações de litígio para uma abordagem adversarial¹⁸ pode gerar efeitos negativos ao longo do procedimento, caso essa não seja adequada para tratamento das questões entre as partes.¹⁹

¹⁸ Os termos “abordagem adversarial” e “perspectiva adversarial” serão utilizados, no presente trabalho, no sentido de uma percepção dos envolvidos no conflito, sejam partes, procuradores ou outros indivíduos, orientada à perspectiva de que uma parte é adversária da outra, não sendo possível que seja encontrada uma solução que satisfaça a ambas. Desse modo, para que uma delas “ganhe” seus interesses atendidos, a outra deverá “perder” algo. Importante ressaltar que a utilização de tais termos não está diretamente relacionada com o conceito de modelo adversarial de justiça.

¹⁹ Ocorre que esse posicionamento marcadamente litigante gera efeitos nas mais diversas áreas da vida. Aqueles que possuem tendência a não pautar suas relações jurídicas pelo diálogo, tendem a repetir esses mesmos padrões em conflitos menores, por estarem habituados a transferir a decisão a terceiros, diferentemente dos profissionais capacitados a resolverem conflitos por meio do diálogo, de modo estratégico a ser traçado a partir das características específicas do caso concreto, os quais poderiam tender a aplicar seus conhecimentos em suas próprias questões. Essa extensão de uma perspectiva negativa e adjudicatória do conflito aos problemas pessoais pode se apresentar ainda mais intensa em profissionais da área jurídica. Considerando-se que sua atuação profissional se vincula diretamente à resolução de desentendimentos de terceiros, uma abordagem “adversarial” dos conflitos alheios interfere na forma de solução de seus próprios conflitos. Em estudo realizado nos Estados Unidos, foram constatados altos níveis de infelicidade, estresse e depressão entre advogados e estudantes de Direito (RISKIN, 2002, p. 8) A carga de trabalho excessiva, o curto período de férias e o pouco tempo de contato com a família são alguns dos fatores que contribuem para a tendência ao abuso do álcool e aos altos níveis de estresse psicológico. Indica-se, como leitura sobre o tema: BECK, Connie J. A.; BENJAMIN, G. Andrew H.; SALES, Bruce D. Lawyer distress: alcohol-related problems and other psychological concerns among a sample of practice lawyers. In.: **Journal of Law and Health**. 10 J. L. & Health I, 1995.

Além disso, o modelo mental²⁰ que Leonard Riskin propõe ser geralmente adotado pelos profissionais da área jurídica, faz com que as partes sejam vistas como adversárias (RISKIN, 1982; SALES, 2003; TARTUCE, 2005) e, portanto, para que uma seja beneficiada a outra deveria perder algo. Outra premissa comumente adotada em razão do “modelo mental dos juristas” como proposto por Riskin é a de que toda e qualquer disputa pode ser satisfatoriamente solucionada pela aplicação de uma lei geral, sendo esta efetuada por um terceiro (RISKIN, 1982, p. 44).²¹

Essa abordagem faz com que os advogados e demais defensores percam valiosas oportunidades de solucionar de forma mais adequada os conflitos que lhes são apresentados por seus clientes, em razão de limitarem suas opções à abordagem adjudicatória (RISKIN, 2002). Importante efetuar a ressalva de que a perspectiva adversarial²² pode apresentar vantagens no que tange à defesa dos interesses de alguns clientes e de gestão de certos tipos de conflito, na medida em que seja adequada ao caso concreto. Contudo, sua aplicação indiscriminadamente a todas as situações, sem uma análise mais aprofundada e específica de cada uma delas, provoca problemas mais complexos do que os acima apresentados.

A mediação não constitui solução para todos os problemas no âmbito jurídico ou a melhor opção de meio de resolução de qualquer controvérsia. Esta não é a proposta do presente estudo. Antes trabalho com a ideia de adequação da solução consensual a determinadas hipóteses, com a consideração da existência e o uso apropriado de técnicas de cada modalidade procedimental específica.

Nas palavras de Paulo Eduardo Alves da Silva (2005), “a resolução amigável minimiza os efeitos da crise da justiça, mas não é a panacéia de todos os seus males” (ALVES DA SILVA,

²⁰ Não há um conceito único para esse termo, mas, de modo geral, pode ser definido como o modo de compreensão de cada pessoa sobre os fatos e sistemas com os quais interagem, a partir do qual são feitas previsões e efetuadas relações de causalidade entre seus conhecimentos e as ocorrências observadas. Outra possível definição é a de que modelo mental é a configuração de alguns padrões de pensamento criativo utilizados por cientistas no âmbito de suas pesquisas. Para maior aprofundamento sobre o tema, indica-se a leitura de: BORGES, A. Tarciso. Um estudo de modelos mentais. In: **Investigações em Ensino de Ciências**. Vol. 2, n. 3. P. 207-226, 1997.

²¹ Nos termos do autor, tais perspectivas assumidas pelos juristas compõem o “*The Lawyer’s Standard Philosophical Map*”. Importante apontar a ressalva feita pelo próprio autor, em sua obra publicada no ano de 2002, já citada, de que essas constatações foram feitas na década de 1980, constituindo maioria absoluta na concepção da época, no que tange aos juristas norte-americanos – o que não significa que tal modelo mental é adotado integralmente e pela totalidade dos profissionais da área.

²² Conforme nota de rodapé número 18: Os termos “abordagem adversarial” e “perspectiva adversarial” serão utilizados, no presente trabalho, no sentido de uma percepção dos envolvidos no conflito, sejam partes, procuradores ou outros indivíduos, orientada à perspectiva de que uma parte é adversária da outra, não sendo possível que seja encontrada uma solução que satisfaça a ambas. Desse modo, para que uma delas “ganhe” seus interesses atendidos, a outra deverá “perder” algo. Importante ressaltar que a utilização de tais termos não está diretamente relacionada com o conceito de modelo adversarial de justiça.

2005, p. 156). Desse modo, caso o procedimento não seja conduzido adequadamente²³, pode ocorrer o inverso e, ao invés de se reduzir o número de processos judiciais com uma solução mais satisfatória às partes, haver o retorno das partes “ao juízo mais cedo do que se espera, na forma de execuções de acordos não cumpridos” (ALVES DA SILVA, 2005, p. 156).

A análise da adequação dos meios de resoluções de conflitos e das consequências, das dificuldades e dos óbices para utilização de cada um deles, para que seja efetuada de maneira completa, precisa considerar o panorama do conflito e os demais fatores que podem influenciar na tomada de decisão dos envolvidos. De igual modo, conhecer e analisar a realidade é o primeiro movimento intelectual a ser feito, para, somente depois, sugerir e implementar alterações práticas que possuam um referencial teórico que lhe confira sustentação, de modo que mesmo vastas alterações de paradigmas sejam efetuadas de maneira adequada.

Considerando-se que, dentre os óbices apontados para a institucionalização dos meios consensuais, a cultura profissional dos advogados é constantemente descrita como um deles (WATANABE, 2014; GANN; INTRATER, 2000; SANTOS, 2011; WARAT, 2004; TARTUCE, 2015), sua transformação é a primeira medida a ser tomada para a implantação dos meios consensuais na cultura jurídica brasileira. Isso não importa, por óbvio, na exclusão dos processos adjudicatórios como opções a serem consideradas.

Ainda que tenham naturezas distintas, tanto os meios consensuais quanto os adjudicatórios constituem formas de se tratar a mesma questão de fundo: o conflito de interesses que acontece nas sociedades. Conforme defende Deborah L. Rhode (2004, p. 41), apesar das promessas que envolvem, os procedimentos de cunho consensual sofrem das mesmas limitações e discussões feitas sobre o processo litigioso. Portanto, é necessário que o uso de qualquer meio de resolução de conflito seja feito de forma racional e consciente, para que esses pontos passíveis de críticas dos meios adjudicatórios, especialmente os estatais, não sejam reproduzidos no âmbito dos meios consensuais.

Um dos fatores que podem estar ligados à dificuldade de compreensão e adequada utilização dos meios consensuais é o estímulo feito aos estudantes de direito ao longo de sua formação acadêmica de que a prática profissional advocatícia está intimamente ligada à litigiosidade. Os bacharéis em Direito, na grande maioria das instituições, são treinados a identificar qual a melhor ação judicial para solucionar o caso concreto, havendo uma formação

²³ Paulo Eduardo Alves da Silva refere-se, especificamente, à atuação do magistrado com a aplicação de um “empenho desproporcional” (ALVES DA SILVA, 2005, p. 156) para obtenção do acordo.

bastante deficiente em termos de meios consensuais e suas técnicas.²⁴ Por isso, serão abordados, no próximo item desta dissertação, alguns aspectos introdutórios sobre o ensino jurídico que ajudarão na construção e compreensão das considerações a serem feitas no último capítulo dessa pesquisa.

1.3 Aspectos da formação jurídica no Brasil

As diversas críticas efetuadas ao ensino jurídico brasileiro constituem fundamentos para a ideia de “que não mais se deve confinar o ensino jurídico aos limites estreitos e formalistas de uma estrutura curricular excessivamente dogmática”. Tal concepção não é sinônimo de desprezo ao “conhecimento jurídico especializado”, mas uma proposta de “conciliá-lo com um saber genético sobre a produção, a função e as condições de aplicação do direito positivo” (FARIA, 1987, p. 200).

A interpretação do direito à luz da dogmática jurídica tem por objeto o conteúdo das normas positivadas, sendo esse posicionamento recorrentemente criticado, especialmente, pela estagnação da interpretação e aplicação do direito (BRANDÃO, 2014, p. 48). Nesse sentido, restariam reforçados os empecilhos ao desenvolvimento da difusão de uma visão técnico-democrática do direito.²⁵

Há entendimentos e iniciativas no sentido de uma formação alinhada às realidades sociais vigentes, diferentemente do que ocorre atualmente, pelo exposto. No texto do Parecer nº 146/2002²⁶, emitido pela Câmara de Ensino Superior do Conselho Nacional de Educação, aprovado em 03 de abril de 2002, está enfatizado, no item 3.2.1, que

²⁴ A limitação constante na associação da prática jurídica ao ingresso com alguma ação judicial reforça a percepção de que há uma modalidade única de exercício profissional, qual seja, a adjudicatória. Nos termos de Luis Alberto Warat, essa “ilusão de uma atividade profissional pura” contribui para que “os juristas de ofício, apoiados na ideia de um conhecimento apolitizado, acreditam que o advogado é um manipulador das leis, descompromissado politicamente, um técnico neutro das normas” (WARAT, 2004, p. 30).

²⁵ “Nos cursos jurídicos costuma haver uma marginalização de outros modos de direito e de conhecimento. Pela eliminação dos elementos que não sejam normativos, é fomentada “uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade” (SANTOS, 2011, p. 87).

²⁶ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. **PARECER Nº CES/CNE 0146/2002**. Aprovado em: 03/04/2012. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/14602DCEACTHSEMMDTD.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

Quanto ao perfil desejado, o curso de Direito deverá oportunizar ao graduando uma sólida formação geral e humanística, com a capacidade de análise e articulação de conceitos e argumentos, de interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e visão crítica que fomente a capacidade de trabalho em equipe, favoreça a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2002, p. 11)

Interessante notar que a OAB tem potencial para se transformar em uma importante fonte de apoio à transição para a efetiva implantação dos meios consensuais de solução de litígios. Outro relevante documento que sintetizou a preocupação com as mudanças necessárias ao ensino jurídico foi elaborado em uma parceria entre o Ministério da Educação (MEC) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). O grupo de trabalho foi criado para consolidar parâmetros previamente determinados para a apreciação dos requerimentos de autorização para abertura de novos cursos.²⁷

O documento que resulta desse esforço interinstitucional aborda, dentre outros pontos, a relevância da atuação institucional da Ordem dos Advogados do Brasil e seu impacto na educação jurídica²⁸, especialmente por duas medidas. A primeira, a política nacional de educação continuada, formulada pela instituição; a segunda, a atuação referente ao aperfeiçoamento dos cursos jurídicos.

Sendo assim, a atuação da OAB poderia se dar nos dois sentidos apontados acima, quais sejam, militando pela inserção de disciplinas que tratem de maneira didática e aprofundada os meios consensuais, bem como oferecendo cursos de atualização para os profissionais que já tenham concluído a graduação há mais tempo.

A deficiência em termos de cursos de atualização dos profissionais graduados pode constituir outro fator de dificuldade na implantação de uma cultura jurídica mais colaborativa e participativa entre os profissionais já formados e atuantes na advocacia. Isso porque juristas que não conheçam as vantagens e desvantagens da utilização de meios consensuais, bem como não saibam como utilizá-los estrategicamente e adequadamente, dificilmente os utilizarão ou estimularão seu uso pelos seus clientes.

²⁷ MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE ENSINO SUPERIOR. **RELATÓRIO FINAL – GRUPO DE TRABALHO MEC-OAB (PORTARIAS Nº 3.381/2004 e 484/2005)**. Março de 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/Relatorios/relatorio_gt_direito.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

²⁸ Na presente dissertação, os termos “ensino jurídico” e “educação jurídica” serão utilizados como sinônimos.

Eventuais reformas no ensino do Direito deverão considerar os marcos regulatórios determinados pelo governo. Não sendo objetivo do presente trabalho se aprofundar no tema²⁹, o mais relevante sobre o supracitado estudo conjunto entre MEC e OAB, para os fins da presente pesquisa, é saber que as normas sobre a educação jurídica possuem esse caráter fragmentado e que, apesar de haver estudos e debates sobre o tema desde a década de 1950, continua sendo uma temática polêmica e sem uma conclusão sobre qual devem ser as diretrizes para reforma.

Percebem-se tentativas de difusão de uma cultura de pacificação social por outros meios, além da inserção de cursos de capacitação sobre meios consensuais, como a vedação a que o advogado induza o leitor a litigar por meio de colunas nos meios de comunicação social ou em textos que divulgar utilizando tais meios de comunicação social, conforme artigo 41 do Código de Ética e Disciplina da OAB.³⁰ Entretanto, o conteúdo amplamente referente ao processo judicial exigido na prova discursiva da OAB é um indicativo de que ainda pode considerar-se que existe uma cultura jurídica de cunho litigioso e de baixo estímulo à abordagem crítica e adequada de cada conflito.

A importância dessa abordagem adequada do conflito transcende a discussão sobre o abarrotamento do Poder Judiciário e sobre a concepção de vida e a personalidade do profissional que pretende aplicar meios consensuais ou adjudicatórios. O procedimento adotado reflete a natureza das relações políticas e sociais, constituindo um meio para alcançar um fim específico (RESNIK, 1983, p. 840), de acordo com as pretensões de clientes e defensores.

Nesse sentido, está a argumentação de Kazuo Watanabe (2005) de que os meios consensuais, implantados na condição de política pública e como mais uma opção disponível no Poder Judiciário, ocasionariam diversos efeitos positivos, dentre eles a redução de sentenças, recursos e execuções. Entretanto, ainda mais importante, seria uma mudança de cultura e mentalidade, com uma conseqüente transformação social e melhor qualidade da solução dos conflitos por serem estes solucionados de forma mais adequada (WATANABE, 2016).

Na presente dissertação, considera-se como premissa que uma efetiva alteração da cultura jurídica vigente e a construção de modelos mentais distintos dos atualmente adotados pelos advogados estão diretamente ligadas ao ensino jurídico. Portanto, existiriam influências recíprocas entre a abordagem de tratamentos de conflitos predominante, os aspectos

²⁹ Sobre marcos regulatórios do ensino jurídico, indica-se o seguinte artigo: BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Educação jurídica e crises: o marco regulatório do ensino do direito. **Cadernos de Direito – UNIFESO**. vol. 01, n. 1, pp. 201-239. Teresópolis, RJ, 2016.

³⁰ Resolução n. 02/2015, promulgada no ano de 2015 e em vigência desde 01º de setembro de 2016.

educacionais da formação de juristas e a prática advocatícia, sendo essa a razão da abordagem conjunta de tais temas, sem que seja desconsiderado o impacto que políticas públicas e judiciárias podem causar nesse sistema de interrelação entre cultura/educação/advocacia.

A promulgação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, ambos em 2015, em razão dos dispositivos que tratam sobre o tema, contribuiu para a instituição dos meios consensuais como políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos interpessoais. Conforme será abordado no item 2.3 do presente trabalho, essa inserção teve início paulatinamente por iniciativas do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O próximo capítulo trata de iniciativas legais (promulgadas pelo legislador em texto de lei nacional) e práticas (que advém de novas propostas utilizadas por advogados e demais profissionais que lidam com resolução de conflitos) que ilustram os novos caminhos e possibilidades da prática advocatícia, a título exemplificativo.

Apesar de não se pretender esgotar todas essas alternativas no presente trabalho, sua exposição servirá para aclarar a discussão a ser realizada no último capítulo deste trabalho, o qual tratará de formas de capacitação, implementação e utilização dos meios consensuais pelos advogados brasileiros.

2 DISPOSIÇÕES LEGAIS E PRÁTICAS RELEVANTES EM MATÉRIA DE CONSENSUALIDADE E SEUS REFLEXOS NA ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA

Conforme explicitado anteriormente, o segundo capítulo da presente dissertação serve ao propósito de exemplificar as possíveis formas de tratamento consensual de conflitos. Em suma, após a promulgação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação no ano de 2015, a utilização de meios consensuais foi regulamentada de forma mais detalhada e os procedimentos como a conciliação e a mediação foram inseridos como uma fase do processo judicial, independentemente do tipo e esfera do juízo no qual tenha sido proposta a ação.

Além disso, mesmo ao longo do procedimento adjudicatório estatal, outras figuras processuais de cunho consensual foram inseridas pelo disposto no texto do Código de Processo Civil, servindo, potencialmente, como instrumentos de negociação de aspectos procedimentais pelas partes, as quais, assessoradas por seus advogados, poderão utilizar tais ferramentas de modo estratégico para obtenção de uma solução para suas controvérsias.

Admite-se, nesta dissertação, que a consensualidade passou a permear até mesmo os procedimentos adjudicatórios de solução de conflitos, tornando ainda mais relevante a capacitação dos advogados para atuarem utilizando, adequada e estrategicamente, as possibilidades negociais presentes nos mais diversos meios passíveis de utilização para resolução de controvérsias, independentemente de qual seja o caráter da orientação jurídica recebida pelas partes, considerando-se a sistematização³¹ explicitada mais detalhadamente no último capítulo desta pesquisa.

Nos próximos itens, desse modo, serão abordados alguns dos instrumentos e procedimentos que possuem características consensuais e os dispositivos legais pertinentes ao presente estudo. Ainda que estejam mesclados diferentes assuntos relacionados ao tema principal de cada tópico, frise-se que a intenção de elaboração desse capítulo foi explicitar, de forma exemplificativa, as normas e regras que influem, direta ou indiretamente, no modo de atuação do advogado.

³¹ Sistematização da atuação advocatícia em três modalidades, quais sejam: assessor neutro, conselheiro da parte e cocriador do desenho de sistemas de disputas.

2.1 A ideia de “processo cooperativo” no Código de Processo Civil de 2015 e seus reflexos na atuação advocatícia

O texto do Código de Processo Civil, promulgado em 2015, trouxe diversas disposições no sentido de favorecer práticas cooperativas e colaborativas entre as partes. No presente trabalho, esses termos não serão utilizados como sinônimos, mas sim como atitudes complementares, ambas validadas pelo disposto no CPC/2015.

Apesar das diversas concepções³² existentes sobre esses dois termos e a relação entre os dois, a visão adotada neste trabalho será a de que, na cooperação, continuam existindo relações de poder entre as partes. Cada uma destas, nesse contexto, desenvolve atividades específicas e, à medida que executam suas tarefas, seus produtos são somados para construção de um resultado final conjunto. A colaboração, por sua vez, extrapola os limites da contribuição pessoal dos envolvidos imposta por alguma autoridade institucional ou pessoa hierarquicamente superior. Trata-se de um esforço conjunto de todas as partes para que um problema seja resolvido (BOAVIDA; PONTE, 2002).

Nesse sentido, “a colaboração envolve negociação cuidadosa, tomada conjunta de decisões, comunicação efectiva e aprendizagem mútua”, constituindo, portanto, um envolvimento sem a existência de hierarquias, imposições ou divisões. Todos os envolvidos são, desse modo, responsáveis pelo compartilhamento de conhecimento e pela escuta atenta e ativa do que é exposto pelos demais (BOAVIDA; PONTE, 2002).

Na atuação cooperativa, portanto, há troca de informações e cumprimento das tarefas e deveres que cabem a cada indivíduo. Entretanto, a colaboração vai além disso, pois envolve flexibilidade e alinhamento de objetivos, para que seja traçado um calendário de atividades, com compartilhamento de recursos, comunicação efetiva e tomada conjunta de decisões (ASHKENAS, 2015).

A doutrina processual, de modo geral, não especifica diferenças entre cooperação e colaboração, utilizando tais termos como sinônimos. No que tange especificamente ao Direito Processual Civil, o modelo cooperativo de processo pode ser definido como um procedimento

³² Para aprofundamento no tema das classificações dos termos em questão, indica-se a leitura de: KEMCZINSKI, Avanilde; MAREK, Joel; HOUNSELL, Marcelo da Silva; GASPARINI, Isabela. Colaboração e cooperação – Pertinência, concorrência ou complementariedade. **Revista Produção Online**. v. 7, n. 3, 2007.

“calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz” (MITIDIERO, 2007, p. 55).

Outra definição encontrada, dada pelo mesmo autor em outro trabalho, é a de que

A colaboração é um *modelo* que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)*, em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma *equilibrada* o trabalho entre todos os seus participantes. (MITIDIERO, 2012, p. 68)

Em suma, para que um processo seja definido como cooperativo (e, para os que não fazem tal distinção, como colaborativo), deverá restar configurado o devido processo legal em seus mais variados aspectos, especialmente aqueles referentes à conduta dos demandantes, demandados, magistrados e outros indivíduos que integram e colaboram com o procedimento, mas sobretudo as três primeiras figuras processuais citadas. Em outros termos, haverá boa-fé, em suas acepções subjetiva e objetiva, e o reconhecimento de um dever de lealdade em juízo, sendo esta obrigação estendida tanto às partes quanto ao juiz (MITIDIERO, 2007, p. 70).

Sendo assim, tal qual ocorre no direito civil, passa-se a exigir claramente o cumprimento da boa-fé, seja qual for a participação do sujeito no processo. Nos termos do artigo 5º do CPC/2015, “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”, ou seja, incluindo-se até mesmo o juiz e seus auxiliares nessa previsão legal.

Para que tal previsão faça sentido é preciso admitir que, no decorrer do processo, o magistrado exerce uma função isonômica, diligenciando conjuntamente às partes para que os procedimentos sejam realizados em seu potencial máximo por todos os envolvidos, com a criação de uma espécie de comunidade de trabalho. No momento da decisão, entretanto, o juiz retoma sua posição assimétrica em relação aos litigantes, para que conceda uma sentença coercitiva (PINHO; ALVES, 2013, p. 291).

Nos casos em que as partes possuam diferentes níveis de poder, a importância desse posicionamento isonômico do magistrado e da existência de dispositivos legais que favoreçam e protejam a simetria de poder entre as partes se torna ainda mais evidente. O dever de cooperação das partes não tem como fundamento sua utilização para que uma das partes seja subjugada pela outra ou pela autoridade julgadora, mas sim para que ambas colaborem mutuamente em prol da obtenção de uma resolução mais efetiva para o conflito.

Outra disposição legal que pode ser utilizada para assegurar a igualdade de voz das partes está prevista no artigo 7º do CPC/2015. Neste regramento está previsto que será “assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Nesse sentido, caso a parte e, especialmente, seu procurador, perceba alguma diferença de tratamento ou de participação na construção do resultado final do processo, poderá se valer do disposto nesse artigo para exigir os direitos que cabem a si e a seus clientes. Entretanto, ressalve-se que não há uma punição específica para o descumprimento de tal obrigação pelo magistrado, configurando-se como uma regra de caráter geral e não propriamente deontológica, dada a falta de sanção para seu descumprimento.

Desse modo, apesar do potencial que tem para gerar efeitos positivos, com a instauração e prosseguimento de feitos de caráter conjunto, a cooperação processual é passível de críticas. Podem surgir questionamentos à efetividade dessa disposição legal, ao se refletir sobre o tema, tais como se constitui obrigação da parte cooperar com a outra envolvida no conflito e se haverá sanções se essa regra for violada (STRECK *et al.*, 2015, p. 345).

Por tal análise, a cooperação processual não figuraria como princípio, por não possuir densidade normativa suficiente para tornar tal conduta efetivamente obrigatória, para as partes e o juiz. Em outras palavras, ausente “o caráter deontológico, o *standard* de não passa de elemento que ‘ornamenta’ e fornece ‘adereços’ à argumentação” (STRECK *et al.*, 2015, p. 345).

Nesse sentido, mesmo o controle mercadológico de atuação colaborativa de um advogado apresenta complicações práticas. A manutenção de uma reputação colaborativa pode ser um estímulo à continuidade de atuar nesse sentido, mas seria complicado mensurar objetivamente quando a colaboração é exercida ou não e, ainda mais difícil, impor alguma penalidade. Sendo assim, “toda estrutura falha se um advogado agir não cooperativamente e escapar ileso” (FALECK *et al.*, 2011, p. 302).

O texto do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, portanto, poderia ser considerado improficuo e inócuo, por dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Caso se considere que constitui um princípio sem valor deontológico e com interpretação aberta sobre

seu significado, poderia ser utilizado até mesmo como justificativa para transferir às partes toda a responsabilidade pelo andamento do processo. (STRECK *et al.*, 2015, p. 352)

Essa é a razão da defesa, no presente trabalho, de que há diferença entre cooperação e colaboração. Apesar das disposições CPC/2015 e da Lei de Mediação de 2015 claramente demonstrarem a busca por uma atuação colaborativa entre as partes, ou seja, de atuação conjunta, com uma postura flexível e com o compartilhamento das responsabilidades e uma busca por um resultado final mais amplo que os desejos individuais de cada um, o que se exige legalmente, objetiva e deontologicamente, é o cumprimento de certos parâmetros cooperativos, para que a boa-fé objetiva e subjetiva sejam respeitadas, havendo uma postura de lealdade entre as partes.

Não se desconsideram, aqui, os efeitos negativos que podem se projetar sobre uma relação em situações de conflito. Entretanto, mesmo que haja sentimentos de raiva, mágoa ou indignação entre as partes, a legislação processual promulgada em 2015 tem o escopo de, ainda mais marcantemente que a anterior, instituir um tratamento cortês e participativo dos envolvidos, para que, mesmo que haja a necessidade de um procedimento adjudicatório, estes possam auxiliar na construção de um resultado mais profícuo, justo e coerente com a realidade.

Com base nessa interpretação, o supracitado artigo 6º do CPC/2015 de fato possui um caráter predominantemente genérico, de estímulo à colaboração entre as partes, o juiz e os demais participantes do processo. Outra disposição de cunho geral é a contida no artigo 378 do CPC/2015, pela qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, a qual não traz consequências explícitas em caso de descumprimento, tal qual ocorre com o artigo 6º, configurando um regramento passível das mesmas críticas elencadas anteriormente quanto às possibilidades de exigência de seu cumprimento e quais as formas de punição quando não for observada.

Ainda assim, há previsões no sentido de se conferir efetividade aos artigos supracitados, especialmente com enfoque na cooperação, as quais podem ter a consequência de estimular a existência de um ambiente processual colaborativo, apesar do caráter genérico de alguns dos regramentos sobre o assunto, a exemplo dos citados anteriormente (artigo 6º e artigo 378 do CPC/2015), contribuindo para que tais disposições, que possuem um relevante potencial de transformação das relações processuais, não se tornem textos sem aplicabilidade prática. Para que esse cenário seja evitado, existem artigos que expressamente efetivam o dever de colaboração contido na legislação processual, conforme será explicitado a seguir.

Por exemplo, no artigo 385, §1º, está determinado que a parte que houver sido intimada pessoalmente para que preste depoimento pessoal, devidamente advertida da pena de confesso, deverá comparecer à audiência e depor. Caso não esteja presente ou recuse-se a falar sobre os fatos, lhe será aplicada a referida pena.

Além disso, o previsto no artigo 386 também reforça o dever de cooperação nos casos em que a parte se recuse a responder o que lhe for perguntado ou utilizar evasivas, sem motivo justificado. Isso porque o juiz declarará na sentença a recusa da parte a depor, o fazendo a partir da apreciação das demais circunstâncias e os elementos de prova; o que pode, claramente, prejudicar a defesa dos interesses daquele que não cooperar.

Existem também previsões sobre a obrigatoriedade de exibição da prova documental. De acordo com o expresso no artigo 396 do CPC/2015, o magistrado poderá “ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder”, ou seja, desde que o juiz tome conhecimento de que a parte possui um elemento documental que pode auxiliar em seu convencimento, aquele que o possua deverá apresentá-lo em juízo.

A parte não terá o direito de recusa à apresentação do documento nas hipóteses elencadas nos incisos do artigo 399 do CPC/2015. São estas: se o requerido tiver a obrigação legal de exibir o documento; se o requerido houver mencionado o documento ou objeto ao longo do processo, na intenção de constituir prova; e se o documento for comum às partes em razão de seu conteúdo.

Outras previsões no Código de Processo Civil que estimulam aspectos da efetiva cooperação entre os integrantes de uma ação judicial, mesmo que indiretamente, são aquelas referentes ao contraditório. Além de constituírem meios de defesa legal para aqueles que se sintam cerceados em suas expressões sobre os fatos, invocam a ideia de responsabilidade à parte.

Isso porque, caso a parte seja ouvida sobre aquilo que sabe sobre os fatos e acerca de sua perspectiva sobre como estes ocorreram, ela terá contribuído com a formação da opinião do magistrado sobre as ocorrências que geraram o conflito, devido ao fato de que essas percepções constituem elementos que poderão ser utilizados para fundamentação das razões de decisão expostas pelo juiz em sua sentença e demais atos processuais decisórios. A ideia de que incumbe aos envolvidos na controvérsia efetivamente contribuírem com suas perspectivas do

caso concreto envolve a assunção do encargo de se esforçar para aclarar tanto quanto lhes seja possível o modo como entendem o ocorrido.

Tal é o ônus advindo da previsão constante no inciso VIII do artigo 139 do CPC/2015, pelo qual o juiz poderá “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”. Sendo assim, caberá unicamente à parte sua presença para que seja ouvida, com a consciência de que qualquer prejuízo pela falta de esclarecimento sobre os fatos influenciará a decisão final, mesmo que sua ausência não signifique confissão.

O previsto no artigo 10 do CPC/2015 veda que o juiz, em qualquer grau de jurisdição, decida tendo por base um fundamento sobre o qual as partes não tenham tido oportunidade de manifestação. Mesmo que se trate de matéria a ser decidida de ofício pelo magistrado, deverá ser concedido momento para que os litigantes sejam ouvidos.

Há exceções à previsão de que não será proferida decisão sem a prévia oitiva da parte (art. 9º, *caput*, CPC/2015). Nos termos dos incisos constantes no parágrafo único do artigo 9º do CPC/2015, constituem exceções as tutelas provisórias de urgência; as tutelas de evidência previstas no artigo 311, incisos II e III do mesmo Código e as decisões relativas à previsão do artigo 701, também do CPC/2015.

Além do estímulo à cooperação em si e sua efetividade, o caráter instrumental do processo figura como fundamento para alguns dos dispositivos à cooperação relacionados, ou seja, o entendimento de que o processo serve às partes e aos fatos, não constituindo os procedimentos previstos em lei meros fins em si mesmos. Um exemplo é a previsão contida no artigo 321 do CPC/2015, que possibilita a correção da petição inicial proposta com elementos incorretos.

De acordo com o disposto nesse artigo (art. 321, CPC/2015) o juiz não indeferirá de plano a petição inicial que não preencher os requisitos constantes nos artigos 319 e 320 do mesmo Código, nem aqueles que apresentarem defeitos e irregularidades que possam dificultar o julgamento de mérito antes de determinar que o autor a emende ou complete. Para tal ação será concedido o prazo de 15 (quinze) dias à parte.

Em sentido semelhante, a disposição constante no artigo 317 do CPC/2015 possibilita que as partes corrijam vícios que possam levar à extinção do processo. Somente após a

concessão dessa oportunidade o juiz poderá proferir decisão de extinção do processo sem resolução de mérito.

Em verdade, essa possibilidade de sanar vícios processuais e cumprir pressupostos processuais anteriormente não cumpridos se estende a todas as fases do processo. Nos termos do artigo 139, inciso IX do CPC/2015, incumbe ao magistrado “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”, não havendo previsão que limite tal dever a algum momento processual específico.

Esses são alguns exemplos de dispositivos que estimulam e determinam a cooperação entre as partes, o juiz e os demais integrantes do processo. No que tange à atuação advocatícia, é importante que haja a consciência de tais previsões por parte dos advogados, para que possam exigir seu cumprimento, especialmente nos casos em que favoreçam a parte defendida por eles.

Por certo, em termos ideais, o magistrado e os demais envolvidos no conflito e em sua resolução deveriam agir de acordo com as disposições previstas em lei, respeitando o dever de cooperação e cumprindo as demais obrigações legais. Entretanto, caso isso não ocorra, é dever do defensor zelar pelo respeito aos direitos de seu cliente.

Para que o máximo potencial das normas previstas no CPC/2015 seja utilizado, cabe aos advogados a análise cuidadosa das atitudes dos envolvidos no processo. Não é mais suficiente que sejam percebidas apenas as flagrantes violações ao disposto em lei, mas que as atitudes não cooperativas sejam identificadas e caracterizadas no processo, para que haja efetiva proteção das prerrogativas que cabem às partes.

Os defensores terão de ser ainda mais diligentes e participativos, atentando-se constantemente para eventuais pedidos de esclarecimentos adicionais que o magistrado considere necessário e para possíveis posturas não cooperativas que possam prejudicar seus clientes. Possuindo as partes o ônus de apresentar suas versões dos fatos em vários momentos processuais e solicitarem uma postura transparente dos demais envolvidos, será por meio da capacidade postulatória de seus procuradores que o farão.

Figura-se importante, ainda, que os advogados estejam cientes de que os preceitos de instrumentalidade do processo e cooperação entre as partes constituem base para outra possibilidade de construção conjunta do processo pelos envolvidos, qual seja, o negócio jurídico processual. Conforme será abordado adiante, é possível que os procedimentos sejam adequados às necessidades específicas do caso concreto.

2.2 O negócio jurídico processual no Código de Processo Civil de 2015 e seus impactos na atuação do advogado

O negócio jurídico processual consiste, basicamente, na estipulação de alterações nas características dos procedimentos judiciais, para adaptá-los à realidade fática das partes e do magistrado, bem como às especificidades do conflito, podendo ser considerado um desdobramento do princípio da cooperação entre as partes e da instrumentalidade do processo. Em suma, o processo adequa-se às necessidades dos envolvidos e essa compreensão foi positivada em diversos dispositivos do CPC/2015.

Não se defende que essa compreensão do processo como instrumento a serviço das partes e do direito constitui novidade, já que era aplicada e difundida antes da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, tendo sido difundida no Brasil a partir dos estudos de Candido Rangel Dinamarco³³ em sua tese de doutorado, o qual foi concluído na década de 1970.³⁴ Entretanto, conforme será demonstrado há diversas disposições no sentido de instituir expressamente em lei tal concepção; disso decorre a relevância de seu estudo.

As disposições explicitadas no presente tópico desta dissertação, portanto, são decorrência direta da concepção de que o processo é instrumento a ser utilizado para a consecução de uma finalidade de interesse comum, qual seja, a obtenção de decisão idealmente capaz de pacificar a relação entre as partes e pôr fim à controvérsia.

Seguindo tal raciocínio, as partes somente poderão definir “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”, caso o processo verse sobre “direitos que admitam autocomposição”. Tais são os termos do artigo 190, *caput* do CPC/2015.

Outras limitações aos negócios jurídicos processuais podem ser impostas pelo magistrado, o qual será responsável por controlar a validade das convenções estipuladas pelas partes sobre o trâmite processual. Contudo, tais limitações aplicam-se em situações bastante específicas, predominando, salvo as exceções estabelecidas, o que for decidido pelas partes.

³³ Sobre o posicionamento e comentários do autor sobre o tema, recomenda-se a leitura de: GABBAY et al. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). **Cadernos Direito FGV**. V. 7, n. 4. Julho de 2010.

³⁴ Conforme consta em seu currículo Lattes. Disponível em: <<https://uspdigital.usp.br/tycho/curriculoLattesMostrar?codpes=35166>>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

No texto do parágrafo único do artigo 190, CPC/2015, está previsto que o magistrado, seja de ofício, seja em razão de requerimento, recusará aplicação das convenções “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”.

Perceba-se que a função do juiz será a de proteger partes em situação de vulnerabilidade ou vetar a efetivação de convenções que sejam nulas, de acordo com as previsões do direito brasileiro. Entretanto, não poderá impedir que sejam aplicadas as convenções elaboradas pelas partes sem fundamentos relevantes que versem sobre as questões acima delimitadas.

Ressalve-se que, apesar desse direito de disposição sobre os atos processuais possa ser entendido em contraposição aos poderes do juiz, não constitui sinônimo de uma privatização do processo judicial. Configura, tão-somente, o reconhecimento de que os destinatários finais da prestação jurisdicional possuem interesse direto “em influir na atividade-meio”. (GRECO, 2011, p. 721)

Ademais, considerando-se que as partes possuem melhores condições de avaliar os detalhes de suas rotinas e necessidades, elas “estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo” (GRECO, 2011, p. 721). Desse modo, torna-se possível que o resultado final do processo tenha caráter mais efetivo e alinhado à realidade fática.

Além de acordos pontuais sobre um ou outro procedimento específico no âmbito do processo judicial, o texto do CPC/2015 trouxe a hipótese de regulação procedimental entre as partes em nível mais profundo e amplo. Nos termos do artigo 191 do CPC/2015, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”.

Em outras palavras, desde que não prejudique o andamento dos demais processos sob a responsabilidade do magistrado e verse sobre matéria passível de autocomposição, os prazos, a ordem dos procedimentos e demais detalhes referentes ao andamento processual poderão ser adaptados às necessidades dos envolvidos e às características do caso concreto.

O calendário elaborado vinculará as partes e o magistrado. Nesse sentido, os prazos que forem previstos conjuntamente só poderão ser modificados em hipóteses excepcionais, as quais deverão ser justificadas, conforme disciplinado no texto do parágrafo primeiro do artigo 191 do CPC/2015.

Além disso, restará dispensada “a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário” (art. 191, §2º, CPC/2015). Portanto, há ainda o favorecimento da economia processual, já que nem o Poder Judiciário e nem as partes terão de diligenciar no sentido de promover intimações para atos processuais e audiências previamente estabelecidas.

Seguindo o raciocínio de que o processo constitui instrumento a serviço das necessidades materiais das partes, o texto do artigo 188 do CPC/2015 é explícito ao determinar que os atos e termos processuais não dependerão de forma determinada, a menos que a lei expressamente o exija. Sendo assim, serão considerados válidos os que preenchem sua finalidade essencial, ainda que realizados de modo diverso do previsto em lei.

Em razão dessa perspectiva instrumental do processo é possível, além do estabelecimento de um calendário processual conjunto, que sejam efetuados pedidos de dilação dos prazos diretamente ao magistrado. Em casos nos quais as partes acreditem ser impossível produzir as provas ou manifestar-se sobre elas adequadamente e no tempo proposto, poderão requerer um período maior para que o façam.

Tais são as disposições contidas nos artigos 139, inciso VI e 436, parágrafo segundo, ambos do CPC/2015. Ao juiz incumbe “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (art. 139, VI, CPC/2015).

A dilação de prazo também é possível nas hipóteses em que a quantidade e a complexidade da prova documental produzida for muito elevada. Nesses casos, a requerimento da parte, o magistrado poderá dilatar o prazo de manifestação da parte (art. 436, § 2º, CPC/2015), para que esta possa efetivamente analisar o conteúdo do documento apresentado.

Relativamente à produção de provas, há ainda outras disposições legais relevantes para os fins a que se propõe o presente trabalho. Primeiramente, cumpre-nos ressaltar que a distribuição diversa do ônus da prova é matéria passível de convenção das partes (art. 373, § 3º, CPC/2015).

Portanto, apesar de, via de regra, caber ao autor o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito (art. 373, I, CPC/2015) e ao réu, a existência de fato que possa impedir, modificar ou extinguir o direito do autor (art. 373, II, CPC/2015), cabem exceções a esse regramento. As partes poderão alterar tais ônus, desde que não recaiam sobre direitos indisponíveis da parte ou

tornem excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º, incisos I e II, CPC/2015).

Esse acordo entre as partes sobre a distribuição diversa do ônus da prova poderá ser celebrado durante o processo ou antes mesmo de seu início (art. 373, § 4º, CPC/2015), por meio de disposição contratual. Outra possibilidade é a atribuição diversa do ônus da prova pelo magistrado (art. 373, §1º, CPC/2015).

O juiz, de forma fundamentada, poderá modificar a atribuição do ônus da prova, concedendo à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus atribuído a ela. Essa situação poderá ocorrer “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário” (art. 373, §1º, CPC/2015).

Frise-se que a decisão referida no parágrafo anterior não poderá criar situações em que seja impossível ou excessivamente difícil que a parte se desincumba do encargo a ela atribuído (art. 373, §2º, CPC/2015). Resta expressa, mais uma vez, a concepção de instrumentalidade do processo, refletida na possibilidade de uma redistribuição do ônus da prova para que os fatos alegados que interessem ao processo sejam melhor comprovados.

Sobre o negócio jurídico processual e as demais convenções processuais, há algumas ressalvas feitas a partir da interpretação de especialistas. Tais convenções, apesar de não terem força de lei, influenciam na compreensão e na aplicação prática dos dispositivos legais, de modo a aclarar qual o posicionamento dos estudiosos sobre o assunto. Em virtude de poderem influenciar, portanto, o modo como as disposições de lei são aplicadas, alguns desses enunciados serão abordados a seguir.

Uma das considerações feitas sobre o tema em fórum de processualistas civis é a de que o negócio jurídico processual não poderá afastar deveres que sejam inerentes à cooperação e à boa-fé, conforme o enunciado n. 6 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, cujos enunciados foram aprovados, conforme a versão final divulgada, no VII Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis (VII FPPC), nos dias 18, 19 e 20 de março de 2016.

Além dessa, outras vedações de negócios bilaterais são previstas no enunciado n. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, conforme a interpretação dos processualistas integrantes de tal fórum. São elas: “acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz,

acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

Retomando a ideia de que o negócio jurídico processual é decorrência da adoção pelos redatores do CPC/2015 do preceito de que o processo é instrumento que serve ao direito material das partes, há enunciados no sentido de corroborar tal ideia. Um exemplo é o conteúdo do enunciado n. 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, pelo qual, além dos controles de requisitos objetivos e subjetivos quanto à validade da convenção sobre os procedimentos, deverá ser essa análise conjugada “com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

Poderão as partes, inclusive, segundo a interpretação positivada no enunciado n. 17 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, estabelecerem deveres e sanções, além daquelas previstas no texto do CPC/2015, para os casos de descumprimento do negócio jurídico pactuado entre elas. Percebe-se, assim, a extensão de possibilidades de matérias a serem disciplinadas expressamente pelas partes.³⁵

Para o presente estudo, entretanto, o mais relevante enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis é o n. 18, pelo qual “há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Ou seja, a relevância da adequada orientação jurídica por um advogado é enfatizada por tal excerto, demonstrando que, sob a perspectiva da interpretação dos integrantes de tal fórum, o papel desempenhado pelo defensor é de extrema valia.

Nesse sentido, percebe-se que autores e réus, conjuntamente com o magistrado, possuem a discricionariedade de disporem sobre inúmeras questões procedimentais no âmbito do processo judicial. Entretanto, sem uma assistência técnico-jurídica, conforme interpretação supracitada, corroborada no presente estudo, é possível que a parte não tenha completa ou ao menos vasta noção do significado e das consequências de suas escolhas.

Essa interpretação é complementada pelo previsto no texto do enunciado n. 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, pelo qual os vícios da vontade e os vícios sociais,

³⁵ Sobre as demais possibilidades previstas nos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis que podem ser interessantes para o aprofundamento do presente estudo, ver os enunciados n. 19, 21, 256, 257, 262, 402, 403, 404, 405, 406, 407 e 408 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

além de defeitos processuais, poderão ensejar a invalidação dos negócios jurídicos processuais atípicos, previstos no artigo 190 do CPC/2015.

Até mesmo porque, conforme interpretação prevista no enunciado n. 261 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, a disposição de aplicabilidade imediata das declarações de vontade das partes é extensiva aos negócios jurídicos processuais. Há diversas interpretações no sentido de proteger as partes de eventuais abusos; porém, ainda assim, a redação do negócio jurídico processual deve ser feita com atenção e prudência.

Mesmo se considerando, por exemplo, que a intenção consubstanciada terá mais relevância que o sentido literal da linguagem (enunciado n. 404, FPPC), que os negócios jurídicos processuais serão interpretados conforme a boa-fé e os costumes do local da celebração (enunciado n. 405, FPPC) e que a renúncia a direitos processuais interpreta-se estritamente (enunciado n. 406, FPPC), as tratativas entre as partes expressam suas vontades e opções, sendo difícil ou mesmo impossível reverter disposições com as quais todos concordaram.

Desse modo, é importante que as partes, caso julguem conveniente ou necessário, construam um calendário processual e efetuem seus negócios jurídicos processuais para que adequem o processo à sua realidade, possibilitando que este tenha maior efetividade. Contudo, isso em nada diminui a relevância de uma orientação jurídica atenta aos detalhes; ao contrário, apenas a aumenta.

Enquanto os procedimentos previstos no Código de Processo Civil podem possuir o condão de tentar minorar as diferenças de poder entre as partes, um acordo procedimental entre os envolvidos no conflito refletirá eventuais discrepâncias em termos de vulnerabilidade.

Sob esse aspecto, estar assessorado por um defensor, público ou privado, ainda que não elimine essas diferenças, garantirá às partes uma maior noção da realidade, desde que tal assistência seja eficiente e atenta aos detalhes. Sendo assim, o CPC/2015 trouxe previsões que, ainda que confirmem às partes maior poder de autodeterminação, fazem com que a assistência por advogado se torne ainda mais importante, mesmo no âmbito do processo judicial.

Tal relevância da atuação do advogado para defender as partes é marcadamente percebida, especialmente, nos casos em que haja diferença de poder entre as partes ou que ambas estejam em situação de vulnerabilidade, tal qual foi considerado no tópico anterior. Nesses casos, é fundamental que elas tenham quem lhes explique quais serão as consequências

de suas escolhas e que as informe sobre quais possibilidades seriam melhores para aquilo que intentam.

Conforme conceituação e estudos sobre isonomia efetuados por Fernanda Tartuce em sua tese publicada no formato de livro,

A aplicação da isonomia propugnada nesta tese tem por objetivo conferir a concreta oportunidade de atuação no processo de pessoas em situação vulnerável para evitar que dificuldades inerentes à sua condição desfavorável comprometam a efetivação de seus direitos, evitando que o processo civil entrave o reconhecimento dos interesses protegidos pelo sistema. A proposta deste trabalho é avançar ao máximo na equalização de oportunidades processuais para que o mérito da causa não tenha sua análise prejudicada por deficiências processuais ligada a fatores aos quais a parte não deu causa voluntariamente. (TARTUCE, 2012, p. 354)

Eventuais desvantagens processuais fora da esfera de controle das partes, como é o caso da vulnerabilidade em relação à compreensão ou em razão de sua condição econômica, por exemplo, deveriam ser equilibradas especialmente no âmbito consensual, já que, nesse caso, as partes possuem mais ampla discricionariedade e influência nos resultados do que em um processo judicial estritamente adjudicatório. Nesta dissertação, entende-se que o advogado pode ser um dos fatores que proporcionam maior equilíbrio, considerando-se sua capacidade informativa e sua atuação na proteção dos interesses de seus clientes.

Depreende-se do exposto, portanto, que quanto maior o grau de discricionariedade concedido às partes pelos termos da lei ou em razão do procedimento adotado, maior será a responsabilidade informativa e orientadora do advogado, para que eventuais vulnerabilidades das partes não influenciem negativamente o resultado dos processos judiciais ou dos procedimentos consensuais. No caso destes últimos, esse nível de discricionariedade é ainda mais elevado, já que, além dos acordos sobre os procedimentos, o resultado final é construído conjuntamente pelas partes.

Para a atuação advocatícia, nesse sentido, é importante saber quais são os dispositivos legais que regulam tais procedimentos consensuais, para que possa oferecer uma orientação jurídica de melhor qualidade aos seus clientes e, a partir de tal conhecimento, analisar qual são os seus deveres e possibilidades frente aos regramentos estabelecidos. O próximo item do trabalho, desse modo, abordará os regramentos relevantes ao presente estudo, para que sejam desenvolvidas reflexões a partir deles.

2.3 Os meios consensuais de resolução de conflitos e a atuação do advogado

A notoriedade recente dos meios consensuais de resolução de conflitos se deu especialmente a partir da instituição da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses na esfera de atuação do Poder Judiciário, no ano de 2010, por intermédio da Resolução nº 125 elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Antes disso, o Conselho Nacional de Justiça já havia promovido outras iniciativas para promoção dos meios consensuais. Em agosto de 2006, foi lançado o Movimento pela Conciliação, por intermédio do qual se iniciou uma campanha de difusão dos preceitos da conciliação e de estímulo à sua aplicação.³⁶

Entretanto, a partir da publicação da Resolução nº 125/2010 pelo CNJ, foram estabelecidos parâmetros mais concretos para a implementação de mecanismos consensuais de resolução de conflitos. O acesso à justiça, um dos fundamentos das disposições contidas nessa Resolução, é compreendido com base no mesmo conceito adotado no presente trabalho, qual seja, o de que esse termo é sinônimo de acesso a uma ordem jurídica justa, bem como acrescentam o direito a soluções efetivas como outro pilar desse conceito.

Nesse mesmo sentido, o conteúdo do CPC/2015 busca maior efetividade das decisões por intermédio da consensualidade, mesmo no âmbito do processo judicial, conforme abordado anteriormente. Especificamente, houve a instituição expressa e mais aprofundada da utilização da mediação e da conciliação, respectivamente.

Juntamente com as disposições previstas na Lei de Mediação de 2015 (Lei nº 13.140/2015), as normativas previstas no CPC/2015 regulamentam os parâmetros mínimos a serem respeitados nos procedimentos de mediação e conciliação. Mínimos porque, especialmente no caso da mediação privada, disciplinada na LM/2015, os detalhes procedimentais são definidos pelas próprias partes.

A relevância concedida aos meios consensuais pelos legisladores e demais juristas que elaboraram o texto do CPC/2015 é tão grande que, logo no primeiro livro, título e capítulo da

³⁶ Para mais informações sobre o histórico e objetivos desse movimento, acessar: CNJ. **Histórico – movimento pela conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao/historico-conciliacao>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2017.

parte geral está determinado que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3º, § 2º, CPC/2015).

Portanto, os indivíduos integrantes do sistema estatal possuem o dever legal de promover a solução consensual dos conflitos. Em nosso entendimento, esse dever pode ser estendido a todos os poderes públicos, tanto no que tange à resolução de conflitos que envolvam a Administração Pública, quanto em termos de criação de leis e mecanismos para aplicação dos meios consensuais de resolução de controvérsias.

O disposto no conteúdo do artigo 174 do CPC/2015 está em consonância com a supracitada determinação. Isso porque o Código em questão institui expressamente nesse artigo a obrigação de criação de câmaras de mediação e conciliação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as quais terão “atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (art. 174, *caput*, CPC/2015), sendo exemplificadas algumas hipóteses de aplicabilidade nos incisos desse artigo.

Além disso, no parágrafo terceiro do artigo 3º supracitado, está determinado que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (art. 3º, § 3º, CPC/2015).

Desse modo, é dever de todos os operadores do direito militar pela resolução consensual de conflitos. O conteúdo de tal dispositivo do CPC/2015 é sobremaneira relevante para o presente estudo, já que foi criada uma obrigação legal de os advogados e defensores públicos diligenciar no sentido do estímulo à resolução consensual de conflitos, o que envolve instruir seus clientes e assistidos sobre essa possibilidade, valendo para os mais diversos tipos de processo, assunto esse que será mais profundamente abordado no terceiro capítulo desta dissertação.

Nesse sentido, na elaboração do CPC/2015, o legislador adotou o conceito de princípios como normas fundamentais. Desse modo, os artigos de lei constantes no primeiro capítulo do CPC/2015, incluindo os dispositivos abordados, constituiriam normas gerais e fundamentais aplicáveis a todo o sistema processual (ALVES DA SILVA, 2015).

Ademais, além da regulamentação constante na parte geral do CPC/2015 e na seção específica sobre mediadores e conciliadores, há menção aos meios consensuais ao longo de todo o texto desse Código. De acordo com a interpretação de Tartuce (2015), essa localização

variada dos dispositivos “revela a apropriada percepção de que a mediação tem potencial para lidar com controvérsias não apenas no começo da abordagem do conflito, mas em qualquer momento” (TARTUCE, 2015, p. 260).

Essa é a disposição expressa, contida no texto do artigo 139, inciso V do CPC/2015, por exemplo, pela qual incumbe ao magistrado a promoção da autocomposição a qualquer tempo no processo. Ademais, esse dispositivo preconiza que tal tentativa será efetuada, preferencialmente, por meio do auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Isso porque, caso a mediação ou conciliação seja efetuada pelo magistrado que irá julgar a causa ao final, as partes podem se sentir inibidas a compartilhar informações e a estabelecer um diálogo franco, pelo justo receio de que essas informações influenciem o julgamento final da causa. Ademais, caso o juiz dê a entender que julgará a causa de forma desfavorável à parte para estimulá-la a fazer acordo, isso poderá ser interpretado como uma forma de coação, ainda que leve e não intencional.

Além disso, é possível que o processo seja suspenso para que haja tentativa de acordo, desde que as partes realizem convenção nesse sentido (art. 313, II, CPC/2015). Importante ressaltar que o prazo de suspensão não poderá exceder seis meses nesse caso (art. 313, §4º, CPC/2015), cabendo ao juiz determinar o prosseguimento do processo após esgotamento desse prazo (art. 313, §5º, CPC/2015).

De todo modo, logo ao início do processo, haverá tentativa de autocomposição das partes, por intermédio da marcação de uma sessão³⁷ de conciliação ou de mediação, sendo essa designação feita com antecedência mínima de trinta dias. Sendo assim, estando preenchidos todos os requisitos essenciais da petição inicial e não havendo improcedência liminar do pedido, o juiz designará tal audiência, devendo haver a citação do réu com, pelo menos, vinte dias de antecedência (art.334, *caput*, CPC/2015).

Existe resistência, por parte de alguns juristas, quanto à relevância e conveniência da relativa obrigatoriedade da designação de conciliação ou mediação prévia ao processamento da

³⁷ Sobre a discussão sobre a adequação do termo “audiência” em caso de meios autocompositivos, ver: TARTUCE, 2015, p. 269-271.

ação. Convém ressaltar que existem magistrados descumprindo essa determinação legal, simplesmente ignorando a fase consensual prévia ao processo.³⁸

A intimação do autor para essa audiência de conciliação ou mediação, por sua vez, será realizada na pessoa de seu advogado (art. 334, §3º, CPC/2015), somente não ocorrendo caso ambas as partes manifestem desinteresse pela composição consensual ou se esta não for admitida no caso concreto (art. 334, §4º, CPC/2015). A questão da obrigatoriedade de comparecimento a essa audiência será mais profundamente abordada no item 6.1 do presente estudo.

O não comparecimento injustificado, inclusive, é punido com multa por ato atentatório à dignidade da justiça, tamanha a relevância concedida pelo legislador a essa tentativa de autocomposição (art. 334, §8º, CPC/2015). Ainda que uma das partes manifeste desinteresse, isso não será suficiente para afastar a multa em razão do não comparecimento, conforme o Enunciado n. 61 do ENFAM.

No que tange à disciplina legal dessa tentativa de composição consensual das partes, é relevante para o presente estudo a exigência da presença do advogado ou defensor público das partes as acompanhando (art. 334, §9º, CPC/2015). Ou seja, sendo obrigatório o assessoramento por advogado na causa em questão, a parte deverá estar acompanhada de seu procurador para que sua participação na sessão de conciliação ou mediação em âmbito judicial seja válida.

Na intimação do citando, a ser cumprida pelo oficial de justiça, deverá constar que estará intimado a comparecer à audiência de conciliação ou de mediação acompanhado de advogado ou defensor público, além de descrever o dia, hora e local do comparecimento (art. 250, IV, CPC/2015). Entretanto, existem ressalvas quanto a essa necessidade de assessoramento.

Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “diversamente do que ocorre na Lei dos Juizados Especiais, que dispensa – salvo exceções – a presença do advogado ou defensor, aqui ela se faz necessária, o que prestigia a atuação da assistência técnica e se coaduna com a Constituição (art. 133) e o Estatuto da OAB” (GRINOVER, 2016, p. 189).

Portanto, nos casos de ações do juizado especial cível em que o valor da causa não exceda vinte salários mínimos, por exemplo, não é exigida a presença de advogado (art. 9º, Lei

³⁸ D’AGOSTINO, Rosanne. **Juízes ignoram fase de conciliação e descumprem novo código.** Notícia publicada em: 15 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

9099/1995). Nessa hipótese, portanto, não será necessária a assistência por advogado ou defensor público.

Existe previsão legal no sentido de o magistrado alertar as partes quanto à conveniência de patrocínio por advogado, quando assim considerar necessário em virtude das especificidades da causa (art. 9º, §2º, Lei 9099/1995). Sendo assim, continuam havendo hipóteses nas quais a assistência por advogado não é exigida, mas cabe ao juiz perceber e esclarecer as partes quando houver necessidade desse acompanhamento devido às características específicas do caso sob sua análise.

Além disso, a desnecessidade de assessoramento por advogado que não compareçam a procedimentos consensuais de cunho processual para os quais tenham sido intimados foi defendida no Fórum Nacional da Mediação e Conciliação (FONAMEC), evento este promovido pelo CNJ, cuja última edição dos enunciados foi realizada em 28 de abril de 2016 para adequação ao CPC/2015.

Nos termos previstos no Enunciado n. 48 do III FONAMEC,

ENUNCIADO nº 48 – Nos procedimentos processuais (mediação e conciliação judiciais), quando o advogado ou defensor público, devidamente intimado, não comparecer à audiência injustificadamente, o ato poderá ser realizado sem a sua presença se o cliente/assistido concordar expressamente.

A LM/2015 também traz previsão quanto à mediação judicial. De acordo com o disposto no artigo 26 dessa lei, “as partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001”.

Perceba-se, portanto, que a regra na mediação judicial, em termos legislativos, é o assessoramento por advogado ou defensor público. Contudo, na prática, essa exigência é bastante mitigada, quando se trata de casos em trâmite no juizado especial cível ou mesmo em outras causas, como as que versem sobre direito de família, por exemplo, se for considerado o enunciado n. 48 do III FONAMEC.

No caso da mediação extrajudicial, por sua vez, prevista na LM/2015, a assistência por advogado ou defensores públicos possui caráter claramente opcional, haja vistas estar disposto que “as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos” (art. 10, LM/2015), a menos que a lei disponha em sentido contrário. Contudo, há uma ressalva feita no parágrafo único do artigo 10 da LM/2015.

Caso uma das partes compareça acompanhada por advogado ou defensor público à sessão de mediação privada, é dever do mediador suspender o procedimento, até que todas as partes estejam devidamente assistidas (art. 10, parágrafo único, LM/2015). Desse modo, há maior possibilidade de que a isonomia entre os envolvidos seja relativamente alcançada.

Há projetos de lei em trâmite cuja finalidade é instituir a obrigatoriedade da assistência por advogado ou defensor público em todas as modalidades de sessões de mediação ou conciliação. O Projeto de Lei nº 5.511/2016³⁹, de autoria do deputado federal José Mentor, para que seja alterado o artigo 2º da Lei nº 8.906/1994, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Caso seja aprovado, seria acrescentado ao artigo supracitado um §4º, no qual estaria disposto que “é obrigatória a participação do advogado na solução consensual de conflitos, tais como a conciliação e a mediação”.⁴⁰ Ou seja, o assessoramento da parte por advogado passaria a ser obrigatório em qualquer procedimento de mediação, seja ela judicial ou privada.

No projeto é feita uma justificativa dessa proposta, pela qual os meios consensuais, como a conciliação e a mediação, não podem ser instituídos de modo a violar direitos considerados fundamentais, como é o caso do acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.⁴¹

Outro projeto de lei nesse sentido é o Projeto de Lei nº 1.028/2011⁴², de autoria do deputado federal João Campos, cujo relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) é o deputado federal José Mentor, pelo qual seriam alterados os artigos 60, 69, 73 e 74 da Lei nº 9.099/1995, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

³⁹ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 5.511/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DA92C2DDDFE430C3312FE41EB0FD72B.proposicoesWebExterno1?codteor=1465548&filename=Tramitacao-PL+5511/2016>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

⁴⁰ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 5.511/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DA92C2DDDFE430C3312FE41EB0FD72B.proposicoesWebExterno1?codteor=1465548&filename=Tramitacao-PL+5511/2016>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

⁴¹ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 5.511/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DA92C2DDDFE430C3312FE41EB0FD72B.proposicoesWebExterno1?codteor=1465548&filename=Tramitacao-PL+5511/2016>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

⁴² BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 1.028/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859318&filename=PL+1028/2011>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

Pretende-se, com a aprovação desse projeto de lei, possibilitar “a composição preliminar dos danos oriundos de conflitos decorrentes dos crimes de menor potencial ofensivo pelos delegados de polícia”.⁴³ Desse modo, o delegado atuaria como conciliador, fazendo a composição da vítima e do ofensor envolvidos em casos de crimes de menor potencial ofensivo.

Em conformidade com a emenda proposta pelo deputado federal José Mentor, em 30 de agosto de 2015, seria inserido no artigo 69 da Lei nº 9.099/1995 o §5º, pelo qual “na tentativa de composição preliminar dos danos civis, deverá o autor do fato ser, obrigatoriamente, assistido por seu advogado ou por um defensor público ou dativo nomeado para o ato”.⁴⁴ Novamente, busca-se prestigiar a figura do advogado como defensor dos interesses da parte.

Quanto à atuação do advogado como mediador, há alguns dispositivos reguladores desse tema, tanto no CPC/2015 quanto na LM/2015. No Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 172, e na Lei de Mediação de 2015, no texto de seu artigo 6º, está previsto que o mediador ficará impedido de assessorar, representar ou patrocinar quaisquer das partes envolvidas, pelo prazo de um ano contado do término da última sessão em que atuou.

Essa disposição encontra razão de ser na preservação da confiança das partes no procedimento e no desestímulo à utilização da atuação como mediador para captação de clientes. Afinal, a confiança das partes no procedimento realizado poderia ser violada caso aquele que atuou como terceiro imparcial e neutro se tornasse defensor de uma delas.

Outra limitação imposta aos advogados que atuem como mediadores ou conciliadores está prevista no texto do parágrafo 5º do artigo 167 do CPC/2015. Por essa determinação, os conciliadores e mediadores judiciais inscritos no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal que sejam advogados estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Essa restrição segue a mesma linha daquela prevista no parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.099/1995, pela qual os juízes leigos ficam impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais, enquanto estiverem desempenhando suas funções. Desse modo, sendo

⁴³ BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 1.028/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859318&filename=PL+1028/2011>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

⁴⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1028/2011. Emendas apresentadas – CCJC**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2110514>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

chamado a atuar como mediador ou conciliador, o advogado teria de declinar de quaisquer processos e procedimentos em trâmite no juízo onde atue (TARTUCE, 2013).

Considerando-se a realidade atual, entretanto, pela qual eventuais remunerações dessas funções ainda estão em discussão nos diversos tribunais de justiça dos estados, configuraria um desestímulo para que o advogado se inscrevesse como mediador ou conciliador, pois poderia dificultar até mesmo sua subsistência, caso não possua outra fonte de renda.

Nos termos do enunciado n. 60 do ENFAM, os impedimentos previstos nos artigos 167, §5º e 172 do CPC/2015 aplicam-se, inclusive, à sociedade de advogados a que o mediador ou conciliador pertença. Essa interpretação limita, ainda mais, a esfera de atuação advocatícia, dificultando a inscrição de advogados como mediadores e conciliadores.

Em sentido contrário à imposição dessas restrições, a interpretação prevista no enunciado n. 47 do III FONAMEC é no sentido de que o impedimento do artigo 167, §5º do CPC/2015 não é aplicável aos advogados que atuem como conciliadores ou mediadores vinculados aos CEJUSCs. Relevante colacionar a justificativa de tal enunciado.

JUSTIFICATIVA PARA O ENUNCIADO nº 47 – A atividade jurisdicional *stricto sensu* volta-se à solução dos litígios dentro do processo, pela manifestação da vontade estatal, apreciando o mérito da ação. Os CEJUSCs são órgãos de natureza diversa, tendo por função precípua fomentar e homologar os acordos a que as partes chegaram, atividade puramente formal sem caráter de jurisdição *stricto sensu*. Nos termos do artigo 7º, inciso IV, da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, a atividade da conciliação e da mediação é concentrada nos CEJUSCs. Por isso, estando o conciliador ou o mediador subordinado ao Juiz Coordenador dos CEJUSCs, não há qualquer vinculação do conciliador ou mediador operante nos CEJUSCs ao juízo do processo, razão porque não se aplica aos advogados atuantes nas comarcas em que há CEJUSCs instalados o impedimento do artigo 167, § 5º, do Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Portanto, considerando-se que a diretriz do CNJ, constante no texto do artigo 8º da Resolução n. 125/2010 desse órgão, é de que todos os tribunais deverão criar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em suas unidades do Poder Judiciário. Sendo assim, a tendência é que seja cumprida essa determinação do CNJ, especialmente após a promulgação do CPC/2015 e da LM/2015.

Respeitada a interpretação do enunciado supracitado (enunciado n. 47, FONAMEC), percebe-se que haverá a mitigação dessa proibição do artigo 167, §5º do CPC/2015 nas comarcas em que os CEJUSCs estejam instalados. A adoção dessa concepção pode significar um estímulo ao cadastramento de advogados como mediadores e conciliadores.

Portanto, percebe-se que a atuação advocatícia, após o advento da Resolução n. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da LM/2015, tem um conjunto de opções mais amplas e institucionalizadas, às quais deverá estar atento, para que atenda ao melhor interesse de seus clientes. Uma das formas de atuação que está sendo desenvolvida com maior frequência no Brasil, além das já expostas e disciplinadas pelas leis em questão, é a advocacia colaborativa.

Diferentemente da cooperação, prevista como dever a ser cumprido inclusive no âmbito do processo jurisdicional, a colaboração é uma forma de abordagem mais completa e interdisciplinar do conflito, para a busca de uma solução consensual conjunta que seja efetiva em seus mais variados aspectos. Tal modalidade de tratamento de conflitos será descrita de forma mais detalhada no próximo item.

2.4 A advocacia colaborativa como meio de resolução de conflitos: um outro paradigma de atuação advocatícia

A advocacia colaborativa, conforme será mais detalhado a seguir, é um meio de resolução de conflitos pautado na advocacia negocial, na qual a função dos advogados é assessorar as partes, com o auxílio de outros profissionais de áreas diferentes do conhecimento que se percebam necessários⁴⁵, para que os envolvidos negociem diretamente entre si as possíveis soluções para suas controvérsias. Esse procedimento constitui, portanto, uma forma de atuação advocatícia em moldes diferentes dos tradicionais, até mesmo porque o advogado se compromete, no início do procedimento, a não representar os envolvidos no conflito caso optem por eventuais procedimentos adjudicatórios. Por isso se entendeu ser necessário tecer comentários sobre a advocacia colaborativa, mesmo que ainda não seja regulamentada e nem muito utilizada no Brasil: por ser uma forma de advogar que envolve consensualidade e abordagem multidisciplinar, está diretamente ligada à essência desta pesquisa.

Ela tem sua origem atribuída às práticas criadas pelo advogado norte americano Stuart Webb. Esse advogado atuava na área do direito de família, no Estado de Minneapolis, sendo a

⁴⁵ Psicólogos, especialistas financeiros, dentre outros, a depender das necessidades verificadas em cada caso.

sua especialidade assessorar partes⁴⁶ em processos de divórcio no âmbito do Poder Judiciário (DAICOFF, 2009; SCHWAB, 2004).

Após anos de prática, aproximadamente no ano de 1988, Stuart Webb percebeu que a prática da advocacia litigiosa tradicional em direito de família o estava consumindo psicologicamente, levando-o a um estado de estafa emocional. Decidiu, então, buscar outra carreira, pois estava cansado de ter constantemente, como perspectivas, novas batalhas jurídicas. (DAICOFF, 2009; SCHWAB, 2004)

Ao buscar novas áreas de atuação, Stuart Webb considerou a área da psicologia. Nesse contexto, teve uma ideia sobre uma nova concepção de atuação advocatícia em direito de família, decidindo que, já que abandonaria a prática jurídica de todo modo, poderia testar diferentes e inovadoras formas de lidar com os conflitos existentes nos divórcios. (DAICOFF, 2009; SCHWAB, 2004)

Em torno de 1990, Webb decidiu não mais atuar no âmbito do Poder Judiciário, representando seus clientes exclusivamente em negociações feitas por eles mesmos, voltadas a, efetivamente, solucionar os problemas e impasses para a finalização do divórcio. Nas hipóteses em que não se conseguisse chegar a um acordo por meio do diálogo entre os envolvidos no conflito e o processo judicial fosse necessário, Stuart Webb declinaria da representação e os envolvidos precisariam buscar outros advogados para os assessorar (SCHWAB, 2004).

Nesse contexto, portanto, Stuart Webb começou a praticar o que se considera o modelo básico de advocacia colaborativa, o qual era composto por dois clientes, cada um acompanhado por seu advogado, para uma busca conjunta por soluções. A advogada Pauline Tesler, ao tomar conhecimento desse modelo, passou a utilizá-lo e ensiná-lo a outros profissionais (DAICOFF, 2009).

Perceba-se que, até então, sua prática não diferia muito de possíveis práticas informais passíveis de serem adotadas, inclusive, por advogados brasileiros. Entretanto, a sua recusa a

⁴⁶ Ao se tratar das “partes” no processo colaborativo, serão utilizados os termos “participantes” e “envolvidos”, em virtude da concepção de que essa modalidade procedimental é caracterizada por uma construção conjunta de resultados, com a supressão, tanto quanto possível, do caráter litigioso do conflito, e o termo “partes” perpetuaria essa ideia de bipartição irreconciliável de interesses. Tal é a diretriz transmitida pelas ministrantes do Curso de Capacitação Regional em Práticas Colaborativas (em especial nas falas proferidas por Mônica Ribeiro de Andrade Gama), ministrado na cidade de Ribeirão Preto/SP, nos dias 10, 11 e 12 de março de 2017.

advogar caso os clientes optassem pelo litígio ganhou notoriedade, inspirando outros profissionais a aprimorarem a técnica ou uni-la a outros projetos nos quais vinham trabalhando.

Simultaneamente ao cenário descrito de atuação de Webb, Peggy Thompson e Rodney Nurse, psicólogos da área de família, estavam trabalhando no desenvolvimento de um modelo específico para abordagem dos problemas psicológicos de casais divorciados. Pauline Tesler, então, apresentou a eles a advocacia colaborativa e, desse modo, seu trabalho conjunto aprimorou o método criado por Stuart Webb (DAICOFF, 2009).

Tesley, Thompson e Nurse incluíram equipes de variadas áreas de atuação para auxiliar na dissolução do casamento. Profissionais da área da saúde mental assessoravam o casal durante esse divórcio, atuando como *coaches* de cada um dos participantes. Além disso, eram contratados profissionais da área financeira, especialistas em menores de idade, dentre outros profissionais que pudessem facilitar esse processo de transição dos envolvidos (DAICOFF, 2009).

Essa abordagem colaborativa foi difundida pelo território dos Estados Unidos da América, passando a ser adotada também no Canadá e, mais recentemente, tem sido propagada também no Reino Unido. Em 1997, foi fundada a Academia Internacional de Profissionais Colaborativos⁴⁷, a qual, no ano de 2009, contava com mais de três mil membros inscritos (DAICOFF, 2009; SCHWAB, 2004).

Apesar de sua origem na seara do direito de família, não há empecilhos para que tal técnica seja utilizada em outras áreas do direito. Uma abordagem completa e interdisciplinar do conflito possibilita que mais aspectos sejam considerados no processo de tomada de decisão, tornando essa escolha mais consciente.

Em suma, a advocacia colaborativa⁴⁸, a qual também pode ser nomeada de negociação direta ou resolução colaborativa de conflitos, consiste na busca de soluções pelos próprios envolvidos no conflito, em negociações assistidas por profissionais de diversas áreas do conhecimento. Entretanto, diferentemente da negociação, não há um terceiro imparcial atuando na facilitação do diálogo, fazendo com que seja considerada uma “mediação sem mediador” (CABRAL; CUNHA, 2016).

⁴⁷ Em inglês, *International Academy of Collaborative Professionals*.

⁴⁸ Em inglês, *Collaborative Law* ou *Collaborative Practice*.

Por meio da advocacia colaborativa, portanto, busca-se solucionar os conflitos fora da seara litigiosa e sem o auxílio de um terceiro que ofereça ou determine uma solução para o problema. Clientes e advogados trabalham juntos para solucionar os problemas e firmar um acordo, em diversas reuniões nas quais todos esses indivíduos estão presentes (DAICOFF, 2009; CABRAL; CUNHA, 2016).

Para que o processo seja considerado colaborativo, Sean Nolon (2009, p. 135) defende que deverá haver inclusão, transparência e responsividade.⁴⁹ Na visão do autor, sem esses elementos não haverá um aproveitamento completo das potencialidades de um processo colaborativo.

A *inclusão* refere-se à inserção dos interessados e de suas ideias desde o início do procedimento. Para que as pessoas cheguem à um acordo, é necessário que se comuniquem entre si. Caso não sintam suas ideias incluídas na construção da solução, a tendência é que seu comprometimento seja prejudicado (NOLON, 2009, p. 137).

A *transparência* no processo consiste na exposição de todos os fatos e informações que sejam relevantes nas negociações e guardem alguma relação com o conflito tratado, havendo uma divulgação voluntária dessas informações aos demais envolvidos (CHRISMAN; COX; NOVOTNA, 2006, p. 452; NOLON, 2009, p. 143; DAICOFF, 2009, p. 121). Essa característica do processo colaborativo faz com que muitos advogados se sintam desconfortáveis, pois pode ser percebida como uma desvantagem estratégica (NOLON, 2009, p. 143; STRICKLAND, 2006, p. 985).

Isso ocorre em virtude da consciência de que fornecer informações inadequadas no momento errado pode prejudicar o resultado esperado pelo seu cliente estratégica (NOLON, 2009, p. 143). Conforme exposto, a busca por uma solução conjunta é premissa do processo colaborativo e, para tanto, o compartilhamento de informações sobre o processo e sobre os fatos relacionados ao conflito é essencial, mas essa socialização de informações pode ser feita de maneira estratégica, especialmente quanto à forma de apresentação aos demais envolvidos, para que seja evitado um agravamento do conflito em virtude de falhas na comunicação.

⁴⁹ Relevante ressaltar que o autor trata, nesse artigo, de abordagens colaborativas complementares às abordagens legais e judiciais, em termos de municipalização (*public policy*). De acordo com ele, os comitês de acordos de que trata em seu texto são suplementares ao devido processo legal, e não substitutos (NOLON, 2009, p. 147). Apesar de não abordar especificamente procedimentos de advocacia colaborativa privados, os elementos básicos que cita se referem ao aspecto da colaboração processual propriamente disso, sendo passíveis, na interpretação adotada no presente trabalho, de aplicação aos demais modos de colaboração.

Nesse sentido, o caráter colaborativo do processo não retira seu aspecto assertivo, tanto no que tange à atuação dos advogados quanto à atuação dos envolvidos no conflito. Os participantes do processo colaborativo, portanto, deverão se posicionar claramente sobre seus poderes, direitos e interesses, bem como gerenciar objetivamente suas estratégias sobre compartilhamento de informações (NOLON, 2009, p. 143).⁵⁰

Outro aspecto importante que guarda relação com o dever de transparência é o de que essas informações compartilhadas e os encontros para as negociações são protegidos pela confidencialidade. Assim como ocorre na mediação, as conversas, dados, confissões e outras questões abordadas pelas partes durante o processo colaborativo não poderão ser utilizados em eventual processo judicial (DAICOFF, 2009, p. 121; CABRAL; CUNHA, 2016, p. 5).

Por fim, a *responsividade* refere-se ao controle do processo e de seus resultados de forma planejada, bem como à prontidão dos envolvidos a oferecer respostas adequadas a novas informações. Consiste em outro desafio à prática da advocacia colaborativa pelos advogados, pois exige atenção constante daqueles que gerenciam o processo (NOLON, 2009, p. 143-144).

Quanto às questões procedimentais do processo colaborativo, não há um consenso sobre como deverá ser estruturado, em parte porque é um procedimento recentemente desenvolvido. Além disso, é um processo notadamente flexível, permitindo que os participantes definam como progredirão as negociações entre eles (STRICKLAND, 2006, p. 985).

Ainda assim, há elementos e características comuns presentes nos processos colaborativos de modo geral, o que faz com que possam ser enquadrados sob tal denominação. A primeira delas é fazer com que informações novas ou secretas sejam conhecidas pelos outros envolvidos⁵¹ desde o início do processo e a pactuação de deveres fiduciários entre eles (STRICKLAND, 2006, p. 985).

Ademais, os participantes comprometem-se a se dedicarem mutuamente em prol da resolução de questões e obtenção do acordo.⁵² Essa busca por soluções deverá ser orientada de

⁵⁰ Nesse contexto, Sean Nolon (2009, p. 143) fala sobre a possibilidade de ocultar informações que as partes decidam não compartilhar. Entretanto, as diretrizes transmitidas pelas ministrantes do Curso de Capacitação Regional em Práticas Colaborativas, ministrado na cidade de Ribeirão Preto/SP, nos dias 10, 11 e 12 de março de 2017, são distintas, no sentido de que a transparência sobre os fatos relacionados às negociações constitui uma das essências do procedimento, que o diferenciam das práticas adversariais.

⁵¹ Em inglês, ato denominado como *disclosure*.

⁵² O que é diferente de serem obrigadas a isso, ressalve-se. Trata-se aqui de um dever de comprometimento e esforço mútuos para que seja alcançado um resultado positivo, ou seja, de que os participantes envidarão seus melhores esforços e dedicar-se-ão ao processo colaborativo. Entretanto, de forma alguma trata-se de uma obrigatoriedade de obtenção de um acordo.

forma que ambos sejam contemplados em seus interesses da melhor forma possível, ou seja, não bastam os esforços para encontrar uma opção viável para si próprio, mas sim várias que possam satisfazer a todos os envolvidos, “por meio de um processo respeitoso e plenamente participativo”⁵³ (STRICKLAND, 2006, p. 985, *tradução livre*).

Conforme já abordado, a transparência é um importante elemento constitutivo do processo colaborativo, pois a conversa entre os envolvidos somente será franca caso ambos tenham conhecimento da maior extensão possível da realidade dos fatos. Além disso, costuma ser estipulado, logo ao início do procedimento, a ausência de ameaças de proposição de processos litigiosos e como será feita a contratação de terceiros neutros – a qual, geralmente, é realizada de maneira conjunta pelos participantes (STRICKLAND, 2006, p. 985).

Esse acordo sobre não ingressar com um processo judicial enquanto o processo colaborativo durar é previsto em uma *cláusula de não-litigância*⁵⁴, a qual engloba tanto os clientes quanto seus advogados. Desse modo, os advogados se comprometem a não representar seus clientes caso não haja acordo entre os envolvidos e inicie-se um processo litigioso, do mesmo modo que os clientes aderem a uma *cláusula de desqualificação*, o que faz com que tenham de contratar outro advogado em caso de instauração de um processo judicial (TESLER, 2004, p. 317; STRICKLAND, 2006, p. 985; SCOTT, 2008, p. 215; DAICOFF, 2009, p. 121; CABRAL; CUNHA, 2016, p. 6).

Em sentido complementar, essa cláusula de não-litigância estende-se também aos argumentos negociais. Durante as conversas em prol da busca de soluções, os clientes e seus advogados, além de apresentarem, de forma aberta, as informações solicitadas pelos participantes, não poderão “ameaçar os demais envolvidos acenando com um possível acesso ao Judiciário. As ameaças afastam uma negociação orientada à colaboração e à solução amistosa, além de custar tempo e energia aos participantes” (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 6).

⁵³ No original, “*Through a ‘respectful, fully participatory process’*”.

⁵⁴ Uma possível redação para essa cláusula seria: “Eu, (qualificação do profissional da advocacia), me comprometo a empreender os melhores esforços na busca de uma solução satisfatória para ambas as partes, assessorando meu cliente e comprometendo-me a cooperar com os demais profissionais envolvidos no procedimento de advocacia colaborativa. Caso os envolvidos no conflito decidam optar, em algum momento, pelo procedimento judicial ou outro meio adjudicatório, o meu mandato será revogado e ficarei impedido de atuar em defesa de meu cliente ou dos demais envolvidos em procedimentos adjudicatórios de resolução de controvérsias. A interrupção da assessoria jurídica não prejudicará os valores acordados que sejam devidos em relação aos serviços já prestados”.

Tais condutas são listadas no *Termo de Comprometimento*⁵⁵, o qual é assinado pelos envolvidos no conflito e por seus procuradores no início do processo colaborativo. Tal Termo constitui um estímulo adicional às condutas colaborativas, pois advogados e clientes comprometem-se contratualmente a atuar nesse sentido (LAWRENCE, 2002, p. 432).

No caso dos advogados, como sequer poderiam atuar caso fosse iniciado um processo judicial, fica bem evidente que existe, inclusive, um estímulo financeiro para que envidem seus melhores esforços na promoção do diálogo entre os participantes (LAWRENCE, 2002, p. 432). Como estão submetidos aos mesmos preceitos éticos da advocacia de litigância, acrescentando-se, de modo complementar as regras de conduta colaborativa (STRICKLAND, 2006, p. 985), deverão resguardar o direito de seus clientes, sem que o prejudiquem em virtude de interesses pessoais.⁵⁶

Ademais, a cláusula de desqualificação pode funcionar no sentido de evitar o conflito de interesses que poderia ser imaginado entre a função que o advogado tem no procedimento e a origem de sua remuneração (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 6). Ou seja, de igual modo, dificilmente um advogado que, não podendo atuar em um eventual processo adversarial sobre o mesmo conflito, seria acusado de não se dedicar suficientemente para que o acordo seja alcançado.

Após a assinatura do supracitado acordo de participação ou termo de comprometimento, inicia-se a busca por traçar os interesses dos envolvidos, de acordo com seus desejos. Ao invés de assumirem posições que refletem questões superficiais do conflito, aprofundam-se nos verdadeiros objetivos dos participantes,⁵⁷ considerando-se relevantes as questões emocionais de ambos (CHRISMAN; COX; NOVOTNA, 2006, p. 452).

⁵⁵ Para James Lawrence, o Termo de Comprometimento constitui o “coração da advocacia colaborativa” (LAWRENCE, 2002, p. 432).

⁵⁶ Efetuou-se tal ressalva para rechaçar a possível interpretação de que os advogados poderiam “forçar” a obtenção de um acordo para que tivessem seus interesses financeiros atendidos. Ademais, a reputação do advogado é um fator determinante no âmbito da advocacia colaborativa. Isso porque “este método de solução de conflitos da justiça colaborativa permite que o consultor jurídico funcione ao mesmo tempo como advogado e condutor do processo de resolução da controvérsia. O advogado não atua apenas no interesse material do cliente, mas sobretudo como um recomendador ou defensor da eficiência do procedimento de solução de controvérsias escolhido, a fim de que chegue a termo rapidamente e com êxito. Os advogados atuam não como representantes do interesse do mandante. A reputação dos advogados, quando atuam nesta função, é um fator considerável a pressioná-los a uma atuação orientada para o sucesso do procedimento” (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 6).

⁵⁷ Sobre a distinção entre interesses e posições no âmbito de negociações, recomenda-se a leitura da obra que inaugurou tais conceitos e alterou os paradigmas negociais vigentes até a década de 1980: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

Os envolvidos no conflito recebem aconselhamento jurídico, tal qual em um processo judicial, mas seus advogados trabalharão em prol das negociações, de modo a favorecer a criação de soluções que possam satisfazer a todos. Além dessa assessoria, os participantes podem contratar outros profissionais para atender a outras necessidades específicas e compreenderem melhor os desdobramentos do conflito, sendo esse outro diferencial do processo colaborativo (CHRISMAN; COX; NOVOTNA, 2006, p. 452).

Sendo assim, os envolvidos poderão contratar conjuntamente, a depender das especificidades do conflito, especialistas financeiros, profissionais de saúde mental especializados em crianças e adolescentes, dentre outros profissionais de diferentes áreas que julguem ser necessários à melhor continuidade das negociações (CHRISMAN; COX; NOVOTNA, 2006, p. 452; DAICOFF, 2009, p. 121).

Além desses terceiros neutros, os quais prestam serviços a ambos, é possível que cada participante contrate profissionais de saúde mental que poderão amparar cada um dos envolvidos de forma individual, auxiliando nos aspectos psicológicos influenciados pela ocorrência do conflito (CHRISMAN; COX; NOVOTNA, 2006, p. 452; DAICOFF, 2009, p. 121).

Portanto, há uma abordagem interdisciplinar no processo colaborativo (DAICOFF, 2009, p. 121), pela qual todos os profissionais contratados atuam de maneira conjunta e complementar, para que seja possível encontrar a melhor solução possível para o conflito. Essa abordagem pode ser favorável ao advogado no sentido de que haverá auxílio profissional especializado para o tratamento dos aspectos psicológicos e financeiros das negociações, fazendo com que ele possa exercer sua função de conselheiro jurídico sem precisar lidar diretamente com as emoções ou as finanças dos envolvidos.

Sobre a atuação do advogado no processo colaborativo, interessante notar que

É realmente uma forma de atuação curiosa porque os advogados não atuam como “terceiro neutro”, como na mediação, nem totalmente “parciais” (no sentido de comprometimento com o interesse material do mandante), mas como “condutores do procedimento” para cada uma das partes, e seus deveres restringem-se à condução adequada e legalmente permitida do procedimento, sem compromisso direto com o êxito da parte que o contratou. (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 6)

Os advogados, nesse sentido, auxiliam seus clientes ao longo do procedimento de uma forma distinta da tradicional e também diferente do mediador ou conciliador. São responsáveis

por conduzir o procedimento, mas com uma ingerência na comunicação entre os envolvidos bastante distinta daquela realizada por terceiros facilitadores de diálogo (como mediadores e conciliadores), especialmente porque estão assessorando mais diretamente uma das partes, mesmo que não tenham, conforme exposto nessa última citação, uma vinculação direta em relação ao êxito de seu contratante.

Perceba-se que o protagonismo das partes no processo colaborativo, bem como nos demais meios consensuais de resolução de controvérsias, fazem com que o advogado tenha capacidade de orientar seu cliente velando, simultaneamente, pela autonomia dele. Além disso, em virtude do processo interativo entre os envolvidos no conflito, é importante que o advogado esteja pronto a ajustar-se a novas informações (NOLON, 2009, p. 144).

A análise dos meios consensuais de resolução de controvérsias apresentados nesse trabalho, a título exemplificativo, possibilita que sejam feitos os seguintes questionamentos, dentre outros: qual a conduta mais apropriada ao advogado no contexto desses meios? Como operacionalizar isso em escritórios que têm sua atuação pautada em um paradigma adversarial? Como os advogados podem capacitar-se para essa forma de atuação profissional? Quais serão os impactos em termos financeiros, no que tange aos honorários recebidos pela prestação de serviços?

Esses questionamentos serão a base para a construção do capítulo final do presente trabalho. Pretende-se responder a essas perguntas de modo a oferecer possibilidades, de forma sistematizada, de operacionalização dessas práticas consensuais no contexto dos profissionais que atuam como advogados no território brasileiro.

3 A CONSENSUALIDADE E A ATUAÇÃO ADVOCATÍCIA: CAPACITAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO PROFISSIONAL

Conforme abordado nos capítulos anteriores, a promulgação do Código de Processo Civil e da Lei de Mediação de 2015 tornaram mais evidentes e comuns a utilização de meios e instrumentos consensuais de resolução de conflitos, mesmo no âmbito do processo judicial adjudicatório. Considerando-se a formação predominantemente legalista e litigiosa dos juristas, uma mudança no ensino jurídico pode ser considerada como um importante fator para que seja efetuado o melhor planejamento estratégico de solução de controvérsias possível.

Além disso, é preciso refletir sobre a preparação dos advogados já atuantes para que se adequem à recente realidade de tratamento de conflitos, bem como sobre as formas de sua atuação e a implementação prática da consensualidade no cotidiano profissional. Tal é a finalidade deste último capítulo da dissertação: a partir das considerações e reflexões feitas anteriormente, pretendeu-se sintetizar propostas e sistematizações que pudessem esclarecer as dúvidas e curiosidades que deram origem à temática da presente pesquisa.

3.1 Aspectos educacionais: propostas para a capacitação de juristas

Conforme abordado no primeiro capítulo do presente trabalho, a educação jurídica possui uma importância primordial à difusão dos meios e instrumentos consensuais. A capacitação é o primeiro passo para que os juristas estejam aptos a compreender e utilizar adequadamente tais formas de tratamento de conflito.

A aprendizagem é um processo cognitivo de diversas etapas. Ao longo da vida escolar e acadêmica, cada indivíduo constrói seus conceitos da realidade e adquire conhecimentos que se somam paulatinamente, formando um conjunto de saberes que podem ser “acessados”, a depender da necessidade de solução de problemas profissionais ou cotidianos, para que os fatos sejam analisados e seja determinada qual resposta será dada a esse estímulo externo.

O processo de funcionamento mental para construção de um pensamento induz à criação de padrões simplificados da realidade⁵⁸, pois criar e internalizar conceitos dessa maneira menos complexa permite análises mais rápidas e funcionais das situações com as quais cada indivíduo tem de lidar. Nesse sentido, o conhecimento previamente estabelecido sobre um tema é o fator mais relevante, tomado isoladamente, em termos de influência sobre a aprendizagem.⁵⁹

Tais modelos cognitivos podem ser organizados e reorganizados⁶⁰ de acordo com a necessidade do ser pensante em seu processo de entendimento da realidade. Esse conceito contribuiu para uma mudança do enfoque dos estudos sobre o ensino, sendo este centrado, atualmente, em significados e na construção de mudanças conceituais, e não mais unicamente nos estímulos provocados pelos docentes e nas respostas dos discentes.⁶¹

Essa realidade de complementação do ensino dogmático com a realidade prática da atuação profissional

“[...] está a exigir dos cursos jurídicos uma reflexão multidisciplinar capaz de (a) desvendar as relações sociais subjacentes quer às normas quer às relações jurídicas, e (b) fornecer aos estudantes não só métodos de trabalho mais estimulantes e eficazes, mas, igualmente, disciplinas novas e/ou reformuladas. É o caso, por exemplo, da inserção do estudo do direito nas ciências sociais, de maior ênfase, de maior ênfase à História do Direito, da introdução de Metodologia do Ensino Jurídico e Metodologia do Ensino do Direito como matérias obrigatórias, da revalorização da Filosofia do Direito, especialmente na parte relativa à hermenêutica jurídica, e da análise adensada das relações de natureza complexa (conflitos do tipo “capital x trabalho”; “governo x comunidade”; “produtores x consumidores”). Não se trata de agregar de modo a-sistemático mais disciplinas a um currículo já sobrecarregado, mas de resgatar a própria organicidade do curso”. (FARIA, 1987, p. 200-201)

A importância de uma maior ênfase no ensino de meios consensuais ainda na graduação, nesse sentido de novas abordagens no processo educacional de formação de juristas, tem potencial de gerar um impacto mais relevante em termos de sua utilização. Isso porque o “modelo mental”⁶² construído desde o início da formação jurídica, com base em múltiplas

⁵⁸ Para aprofundamento no tema, indica-se a leitura de: BORGES, A. Tarciso. Um estudo de modelos mentais. **Investigações em Ensino de Ciências**. v. 2, n. 3, pp. 207-226, 1997.

⁵⁹ Para aprofundamento no tema, indica-se a leitura de: MOREIRA, Marco Antonio. APRENDIZAGEM SIGNIFICATIVA: da visão clássica à visão crítica. **Conferência de encerramento do V Encontro Internacional sobre Aprendizagem Significativa**. Madrid, Espanha, setembro de 2006.

⁶⁰ Para aprofundamento no tema, indica-se a leitura de: MOREIRA, Marco Antonio. Modelos mentais. *In: Investigações em Ensino de Ciências*. v. 1, n. 3, pp. 193-232, 1996.

⁶¹ Para aprofundamento no tema, indica-se a leitura de: MOREIRA, Marco Antonio. Aprendizagem significativa: um conceito subjacente. **Aprendizagem Significativa em Revista**. v. 1, n. 3, pp. 25-46, 2011.

⁶² Sobre a definição de “modelo mental”, reitera-se o exposto na nota de rodapé número 20: Não há um conceito único para esse termo, mas, de modo geral, pode ser definido como o modo de compreensão de cada pessoa sobre os fatos e sistemas com os quais interagem, a partir do qual são feitas previsões e efetuadas relações de causalidade entre seus conhecimentos e as ocorrências observadas. Outra possível definição é a de que modelo mental é a

opções sobre os caminhos de atuação profissional, consensuais e adjudicatórios, tem o potencial de se fixar mais profundamente como base para raciocínios sobre a resolução dos problemas que são apresentados.

Entretanto, a realidade vigente nos cursos de Direito é bastante distinta dessa forma de ensino jurídico citada no parágrafo anterior, cuja proposta seria um enfoque maior na adequação procedimental com vistas à resolução de conflitos. A abordagem essencialmente competitiva do tratamento de conflitos, com ênfase nos meios adjudicatórios judiciais, limita a formação do jurista ao estudo e conhecimento mais aprofundado dos processos litigiosos no âmbito do Poder Judiciário, desconsiderando ou colocando os demais procedimentos em situação marginal.

Esse tipo de formação condiciona os juristas, de modo geral, a uma compreensão limitada das formas de tratamento de conflitos, fazendo com que se esforcem em reduzir a complexidade das relações humanas, de modo que elas possam ser enquadradas em alguma regra legal (RISKIN, 2002, p. 13). Em sentido mais amplo, discute-se inclusive sobre a existência de uma crise no ensino jurídico, dentre outros fatores, por essa ausência de construção de um raciocínio crítico (BRANDÃO, 2014, p. 26).⁶³

Independentemente do posicionamento adotado sobre a existência ou não de uma crise no ensino jurídico, a questão que importa aos fins da presente pesquisa é a realidade fática vigente de ausência ou presença reduzida de uma forma mais ampla e aprofundada de estudo sobre a existência, as características, a atuação profissional e a adequação dos meios de resolução consensual de conflitos (e mesmo dos procedimentos adjudicatórios extrajudiciais). Tal caracterização se faz considerando-se os cursos jurídicos brasileiros de modo geral.

Infelizmente os cursos jurídicos não preparam os seus alunos para a solução alternativa de conflitos. São preparados para o exercício profissional usando como único método o processo judicial, ou seja, são preparados para demandar. Em boa hora, a conciliação vem sendo abraçada e difundida pelo

configuração de alguns padrões de pensamento criativo utilizados por cientistas no âmbito de suas pesquisas. Para maior aprofundamento sobre o tema, indica-se a leitura de: BORGES, A. Tarciso. Um estudo de modelos mentais. In: **Investigações em Ensino de Ciências**. Vol. 2, n. 3. P. 207-226, 1997.

⁶³ Defende-se que existe uma crise no ensino jurídico em seus mais variados aspectos, dentre eles a estrutura, operacionalização e funcionamento. Em entendimento diverso, há quem defenda que há simplesmente uma diminuição da qualidade dos cursos jurídicos (BRANDÃO, 2014, p. 26). Para noções críticas do ensino jurídico, de construção do discurso dos juristas e outras questões relevantes à formação do profissional nas faculdades de Direito, recomenda-se: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. MEZZAROBBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, Arno; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Cláudia Servilha. (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004 e STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

próprio judiciário como política oficial (pública), voltada para a solução dos conflitos já processados (ALMEIDA, 2011, p. 110).

Com vistas a compreender melhor essa realidade do ensino jurídico no Brasil, para que a análise final esteja alinhada com o que se verifica na prática, é interessante verificar os dados coletados em estudo que analisou as matrizes curriculares de faculdades de Direito localizadas nos estados do Rio Grande do Sul⁶⁴, Santa Catarina⁶⁵, Paraná⁶⁶ e São Paulo⁶⁷, essas instituições foram escolhidas com base na premissa adotada pelos autores de que essas instituições são relevantes “em razão da sua tradição, renome e avaliação positiva por mecanismos avaliativos diversos” e, por isso, “acabam por influenciar as matrizes curriculares de vários outros Cursos de Direito”, diversas conclusões foram elencadas em sentido diverso ao apontado acima como o mais adequado (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 84).

Além desses motivos para delimitação da pesquisa, outros fatores tiveram influência na escolha das faculdades a serem estudadas. Algumas foram descartadas porque os autores não tiveram acesso às matrizes curriculares, outras por estarem em processo de alteração de tais grades curriculares e as demais em razão de nem todas as matrizes indicarem de forma expressa quais seriam as disciplinas optativas, havendo acesso apenas às obrigatórias (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 84).

De modo geral, constatou-se que a estrutura dos cursos pesquisados é “relativamente homogênea”, havendo conteúdos de cunho obrigatório e um valor mínimo de carga horária a

⁶⁴ “Dez instituições no estado do Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Universidade Federal de Pelotas (UFPEL); Universidade Federal de Santa Maria (UFSM); Universidade de Caxias do Sul (UCS); Universidade de Santa Cruz do Sul (USC); Universidade de Passo Fundo (UPF); Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS); Universidade Luterana do Brasil (ULBRA); Universidade Regional de Ijuí (UNIJUÍ); Universidade Regional Integrada (URI)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 83).

⁶⁵ “Dez instituições no estado de Santa Catarina: Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL); Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB); Universidade da Região de Joinville [sic] (UNIVILLE); Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC); Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC); Universidade do Contestado (UNC); Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ); Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 83-84).

⁶⁶ “Dez instituições no Paraná: Universidade Federal do Paraná (UFPR); Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR); Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); Universidade Estadual de Maringá (UEM); Universidade Estadual de Londrina (UEL); Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG); Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE); Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP); Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR); Faculdades Integradas do Vale do Iguçu (UNIGUAÇU)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 84).

⁶⁷ “Dez instituições em São Paulo: Universidade de São Paulo (USP-São Paulo); Universidade de São Paulo (USP/Ribeirão Preto); Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca); Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP); Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP); Universidade Paulista (UNIP); Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru); Escola de Direito de São Paulo (FGV); Universidade Nove de Julho (UNINOVE) e Universidade Católica de Santos (UNISANTOS)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 84).

ser respeitado, conforme diretrizes nacionais do Ministério da Educação. Dessa carga horária mínima para a integralização dos cursos jurídicos, em torno de 25% (vinte e cinco por cento) são dedicadas ao estudo e uso da via judicial de solução de conflitos, considerando-se tanto as disciplinas de formação teórica quanto o estágio supervisionado (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 85).

Em linhas gerais, portanto, verificou-se “que os futuros operadores do Direito são ensinados e treinados a conhecer e aplicar o direito primordialmente por meio da forma judicial”. Para os autores, “até mesmo nas disciplinas de formação prática [...], os futuros operadores são direcionados ao aprendizado e utilização primordialmente, quando não exclusivamente, da forma judicial” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 85).

De forma mais específica, os autores observaram que, dentre as quarenta faculdades de Direito selecionadas, em treze⁶⁸ delas existem disciplinas obrigatórias cujo conteúdo versa predominantemente sobre os ditos “meios alternativos de resolução de conflitos”, o que configura 32,5% (trinta e dois e meio por cento) das instituições analisadas (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

Doze⁶⁹ dessas faculdades “oferecem disciplinas optativas com conteúdo dominante sobre os meios alternativos de resolução de conflitos”, o que corresponde a 30% (trinta por cento) da amostra considerada no estudo. Somente três⁷⁰ delas ofertam disciplina obrigatória e também facultativa sobre o tema, o que equivale a 7,5% (sete e meio por cento) da totalidade (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

Quinze⁷¹ das instituições “não oferecem nenhuma disciplina com conteúdo predominante sobre os meios alternativos de resolução de conflitos, ou seja, trinta e sete e meio por cento (37,5%)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

⁶⁸ “FGV (2); PUCCAMP (1); UNINOVE (1); UNISANTOS (1); UNIP (1); UNISANTOS (1); UEM (1); UNICURITIBA (1); UNOPAR (1); UFSC (1); UNIVILLE (1); UNESC (1); CESUC (1); USP/RIBEIRÃO (1)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

⁶⁹ “USP/SÃO PAULO (2); PUCSP (1); UFPR (2); UEPG (1); PUCRS (1); UNISINOS (1); UNIJUÍ (1); UPF (1); UNISC (1); UNIVALI (1); FURB (1); UNOESC (1)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

⁷⁰ “FGV (3 no total); UFSC (2 no total); USP/RIBEIRÃO (3 no total)” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

⁷¹ “UNESP/Franca; ITE/Bauru; PUCPR; UEL; UNIOESTE; UENP; UNIGUAÇU; UFRGS; UFPEL; UFSM; ULBRA; UNC; UNISUL; UNOCHAPECÓ; UCS” (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 86).

A partir de tais dados coletados, os autores consideraram possível concluir que as disciplinas que abordam meios de resolução de conflitos distintos do processo judicial possuem uma baixa contagem de créditos atribuídos a elas. As cargas horárias de tais matérias, sejam elas obrigatórias ou facultativas, “são ínfimas quando comparadas à carga horária exigida para a integralização dos Cursos de Direito” (POZZATI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 87).

Relevante para o presente trabalho, ainda, ressaltar que a maior parte dessas disciplinas, além da baixa carga horária em relação às demais matérias, abordam mais de um meio autocompositivo, muitas vezes combinando-os com formas heterocompositivas de resolução de conflitos, não obstante as inúmeras diferenças (técnicas, históricas etc) entre tais procedimentos. Mediação e arbitragem, por exemplo, frequentemente são ensinadas conjuntamente (POZZATI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 87).

Por fim, os autores verificaram a ausente ou diminuta preocupação das instituições em conferir um ensino de cunho prático sobre meios distintos do processo judicial de resolução de conflitos, mesmo existindo essa possibilidade em razão da obrigatoriedade de cumprimento de carga horária em estágios supervisionados. Para eles, “são poucos os Cursos de Direito que procuram estabelecer mecanismos institucionais de aperfeiçoamento, de continuidade do aprendizado ou de aplicação prática dos conteúdos teóricos ministrados nas disciplinas sobre formas alternativas de resolução de conflitos”, o que confere um caráter predominantemente teórico de abordagem sobre o tema (POZZATI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 87).

Quanto às faculdades de Direito situadas em outros estados e regiões brasileiros, interessante verificar que o padrão apresentado nesse recorte do estudo supracitado parece se repetir. Na Universidade Federal do Ceará (UFC), por exemplo, há uma disciplina optativa denominada “Arbitragem, mediação e negociação”, o que reforça a constatação de que a abordagem de tão diversos meios de resolução de conflitos é efetuada constantemente de forma conjunta, em uma única disciplina não obrigatória.⁷²

⁷² As disciplinas cursadas pelos discentes de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) estão disponíveis em: Universidade Federal do Ceará – Faculdade de Direito. **Plano Político-Pedagógico do Direito 2012.** Disponível em: <http://www.direito.ufc.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=47&Itemid=94>. Acesso em 18 de abril de 2017.

Também a título ilustrativo, na Universidade de Brasília (UnB) é ofertada a disciplina “Atualização e prática do Direito”⁷³, na qual são efetuadas reflexões, dentre outros temas, sobre a advocacia no âmbito negocial, arbitral e jurídico-administrativo. Ou seja, o tratamento de tais temas, tão diversos entre si, é feito em uma única disciplina.

A análise das grades curriculares da totalidade das faculdades de Direito ou de amostras de todas as regiões ou estados brasileiros não constitui objetivo do presente trabalho, mas os dados supracitados servem para demonstrar a realidade do ensino jurídico no Brasil. Em suma: a predominância das disciplinas sobre o meio judicial de resolução de conflitos e a baixa preocupação quanto à capacitação prática dos discentes na área de resolução consensual de conflitos.

Por outro lado, relevante notar que disciplinas sobre procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos têm sido inseridas nas grades curriculares das faculdades de Direito. Nesse sentido, interessante mencionar as iniciativas premiadas da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP), na qual a presente dissertação foi desenvolvida.

Em 14 de fevereiro de 2017, a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade Federal de São Paulo recebeu Menção Honrosa na categoria Ensino Superior com o trabalho “Projeto Integrado em formação, pesquisas e serviços comunitários em meios adequados de solução de conflitos (MASCs)”, na sétima edição do prêmio “Conciliar é legal”, lançado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2010.⁷⁴

Tal premiação se deveu ao fato de que, na FDRP, os diferentes meios de resolução de conflitos são abordados de formas distintas e complementares, visando à uma formação mais ampla e completa dos discentes. Além das diversas pesquisas sobre o tema, realizadas tanto por estudantes da graduação quanto pelos mestrados da instituição, foi instalado um Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania em uma sala do prédio da faculdade, o que permite aos discentes um acesso mais próximo e facilitado às práticas da mediação e da conciliação.

⁷³ As disciplinas cursadas pelos discentes de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) estão disponíveis em: Universidade de Brasília. **Currículo da Habilitação – Graduação**. Disponível em: <<https://matriculaweb.unb.br/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

⁷⁴ Notícia sobre o prêmio disponível em: CNJ. **Direito da USP é premiado por incluir disciplinas sobre mediação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84434-direito-da-usp-e-premiado-por-incluir-disciplinas-sobre-mediacao-de-conflitos-2>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

Essa formação teórica e prática é valorizada desde a graduação, sendo esse outro fundamento do recebimento da Menção Honrosa pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Dentre as disciplinas eletivas, há dois módulos de “Prática de Conciliação” e uma de “Métodos de Resolução de Conflitos e Desenhos de Solução de Disputas”.

Quanto ao estágio curricular obrigatório, está previsto no Projeto Político-Pedagógico da FDRP, reformulado em 2016 em razão do diálogo entre docentes e discentes, que tal prática deverá

ser oferecido na própria instituição, mediante a criação de Núcleo de Práticas Jurídicas, podendo, apenas em parte, contemplar convênios com outras instituições. De acordo com as normativas da FDRP, deve-se cumprir essa exigência por meio da implementação do Escritório Experimental, que prestará serviços de assistência jurídica gratuita, devendo privilegiar a diversidade das espécies de ações e procedimentos, os meios alternativos de soluções e controvérsias e formas de prevenção de conflito, bem como assessoria e consultoria jurídica (USP/FDRP, 2016, p. 47).

Essa previsão demonstra a valorização concedida pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo aos meios consensuais de resolução de conflitos e à capacitação dos discentes para atuarem nesse âmbito. Apesar de ainda não ser a base da educação jurídica nacional, percebe-se, com base nessa e em outras iniciativas das faculdades de Direito, uma tendência a ampliar a formação dos juristas em procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos.

Considerando-se a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, a Lei de Mediação promulgada no mesmo ano e a difusão das práticas consensuais ocorrendo, inclusive, no âmbito do Poder Judiciário, entende-se, nesta dissertação, que essa formação é extremamente importante na capacitação dos estudantes de Direito para atuarem no mercado de trabalho. Para isso, pelo exposto, ainda há um longo caminho a ser percorrido pelas faculdades de Direito.

Isso porque, “apesar de alguns avanços, a estrutura curricular dos cursos analisados ainda valoriza as disciplinas técnicas, a exemplo de direito civil, direito penal, direito trabalhista e direito tributário” (BRANDÃO, 2014, p. 70). Em outros termos, “o professor fala de códigos, e o aluno aprende (quando aprende) em códigos” (STRECK, 1999, p. 64).

Além do aspecto predominantemente legalista do ensino jurídico, existiria, no Brasil, “um ensino jurídico moldado pelo sistema da contradição (dialética) que forma guerreiros, profissionais combativos e treinados para a guerra, para a batalha, em torno de uma lide”. Desse

modo, o caso concreto é analisado sob uma perspectiva de polarização, pela qual um lado estaria certo e o outro errado, e se “um ganha necessariamente o outro tem de perder” (BACELLAR, 2016a, p. 8).

Essa formação predominantemente legalista e adversarial, com enfoque no meio judicial de resolução de conflitos, dificulta a percepção do jurista de que existem outros procedimentos que poderiam ser utilizados para a resolução de um problema que lhe é apresentado no momento de sua atuação profissional. Isso prejudica também a pesquisa produzida no âmbito das universidades, se for considerada a relativamente baixa abordagem desses procedimentos extrajudiciais.⁷⁵

Tal limitação de padrões de raciocínio e desenvolvimento de soluções contribui para que alterações e inovações no modo de pensar e aplicar o Direito demandem mais esforço e tempo para serem implementadas. Isso inclui a percepção de formas consensuais de tratamento de conflitos e de consciência sobre a necessidade de adequação do meio escolhido para que as controvérsias existentes entre os indivíduos possam ser solucionadas da melhor maneira possível.

A prática jurídica é outro importante fator na capacitação dos juristas para atuarem nos meios consensuais. Entretanto, conforme demonstrado pelos dados sobre a realidade das faculdades coletados no estudo citado nesse item do presente trabalho, a formação prática em meios consensuais dos discentes das faculdades de Direito também não é muito comum nas atuais grades curriculares.

Para José Geraldo de Sousa Junior, o cumprimento de horas de estágio em Núcleos de Práticas Jurídicas nas faculdades de Direito não representa o fim da assistência judiciária promovida pelos antigos escritórios modelo de advocacia. Entretanto, enquanto a ela não estejam incorporadas as experiências de meios não adjudicatórios e de “estratégias fundadas

⁷⁵ Oportunas as considerações de Luiz Alberto Warat (2004, p. 431-432) de que: “A Universidade moderna que nos toca viver, converte o conhecimento em riqueza, impõe padrões de consumo e fabrica o que se chama pesquisa e instrução. Perdeu a oportunidade de vir a ser uma comunidade de pesquisa e aprendizado grupal, espaço de recepção e produção do novo. Assim como o ser criança é um produto da escola, o ser jurista é um produto das facultades [sic] de Direito. Ninguém pode ser advogado de um jeito diferente ao escolarizado. É nas escolas de direito onde se produzem os sentidos das sentenças, onde se estabelecem os pontos de junção dos diferentes fragmentos normativos (Jairo Bisol). Passar por essa instrução deixa a muitos advogados formados num conflito desumanizante entre a autoconsciência e o papel imposto. Nos anos setenta causei um certo alarme nos meios jurídicos estabelecidos quando afirmei que o ensino é a fonte do Direito, já que é nas Escolas de Direito onde se produz o senso comum teórico dos juristas. A massa amorfa de crenças que sustentam o imaginário dos juristas é produzida nas faculdades, como uma espécie de nebulosa concepção única do Direito.”

em diálogo social”, ela não será emancipatória e os juristas não estarão prontos a “exercer o sentido pleno de responsabilidade social” (SOUSA JUNIOR, 2014, p. 62).

Desse modo, a inserção de disciplinas, no curso de Direito, que tenham como conteúdo o tratamento adequado de conflitos, facilitam a construção de modelos mentais⁷⁶ que favoreçam uma análise cuidadosa dos casos apresentados aos profissionais do âmbito jurídico. Essa apreciação, portanto, seria mais facilmente efetuada em termos de adequação do procedimento utilizado, ao invés de um mero enquadramento em ações judiciais.

Essas disciplinas deveriam ser, preferencialmente, inseridas nos primeiros anos da graduação em direito porque “o aluno ainda não consolidou seu raciocínio instrumental-normativo e ainda não está exclusivamente condicionado à referência do processo judicial e da justiça estatal”. (SALLES; LORENCINI; ALVES, 2012, p. xii)

Em outros termos, implantando disciplinas que abordem diferentes métodos de solução de conflitos desde a base da formação jurídica, a efetividade do desenvolvimento de senso crítico poderá ser maior se ocorrer “antes do condicionamento do aluno aos padrões formais da litigância judicial” (SALLES; LORENCINI; ALVES, 2012, p. xii). Essa abordagem desde o início do curso teria o condão, portanto, de promover mudanças mais profundas no modo de raciocínio profissional a ser adotado pelos futuros juristas.

Tal transformação pode ocorrer por iniciativa das próprias faculdades ou ter estímulos de fatores externos, conforme as diretrizes de educação e as normas existentes sobre o tema, abordadas anteriormente no presente trabalho. Por exemplo, para Kazuo Watanabe, a política pública instituída pela Resolução nº 125 do CNJ criou um “filtro da litigiosidade” e estimulou “o nascimento de uma nova cultura” (WATANABE, 2016, p. 54).

Essas influências de âmbitos externos às faculdades, portanto, influenciariam o ambiente acadêmico, num processo simultâneo e recíproco de mudança de mentalidade entre sociedade e academia. Essa influência seria decisiva para a mudança “do conteúdo e orientação do ensino universitário na área de Direito e áreas afins”, as quais passariam “a formar

⁷⁶ Sobre a definição de “modelo mental”, reitera-se o exposto na nota de rodapé número 20: Não há um conceito único para esse termo, mas, de modo geral, pode ser definido como o modo de compreensão de cada pessoa sobre os fatos e sistemas com os quais interagem, a partir do qual são feitas previsões e efetuadas relações de causalidade entre seus conhecimentos e as ocorrências observadas. Outra possível definição é a de que modelo mental é a configuração de alguns padrões de pensamento criativo utilizados por cientistas no âmbito de suas pesquisas. Para maior aprofundamento sobre o tema, indica-se a leitura de: BORGES, A. Tarciso. Um estudo de modelos mentais. In: **Investigações em Ensino de Ciências**. Vol. 2, n. 3. P. 207-226, 1997.

profissionais com visão mais ampla e social, com plena consciência de que lhes cabe atuar muito mais na orientação, pacificação, prevenção e composição amigável, do que na solução contenciosa dos conflitos de interesses” (WATANABE, 2016, p. 54).

Adota-se, no presente trabalho, o posicionamento de que esse processo de mudança cultural provavelmente será lento, mas há concordância de que as alterações em termos culturais são causadas por impactos mútuos de diferentes segmentos da sociedade. A inserção de disciplinas de cunho crítico e outras que apresentem e capacitem os juristas à atuação na seara consensual possui o potencial de transformar a qualidade dos serviços de resolução de conflitos prestados aos clientes.

Isso porque é importante, nesse contexto de promulgação de uma Lei de Mediação que disciplina especificamente esse tema e de um Código de Processo Civil que notadamente insere e confere destaque aos meios consensuais no âmbito do Poder Judiciário (mesmo em processos adjudicatórios, como é o caso da possibilidade de se firmar o negócio jurídico processual), os bacharéis em direito se formarem com suas habilidades negociais desenvolvidas.

Perceba-se que se defende, nesta dissertação, o desenvolvimento da capacidade de atuação em áreas e perfis diversos, independentemente da forma de participação profissional (seja como advogado, mediador, conciliador, árbitro, juiz etc). Isso porque, considerando-se o exposto ao longo do trabalho, nem sempre as faculdades de Direito capacitam os discentes a perceber que há outros meios de resolver conflitos além da utilização dos processos judiciais.

Em outros termos,

Repensar o papel do advogado num outro cenário institucional: eis o que se espera da universidade. Não parece ser papel da universidade, de modo geral, a capacitação de mediadores e de conciliadores. A universidade pode contribuir, de modo potencialmente decisivo, na medida em que proporcione uma formação mais crítica e sensível à cultura da mediação, não apenas para profissionais do direito, como também para psicólogos, assistentes sociais, administradores e gestores, em geral, do setor público e da iniciativa privada. Em outras palavras, a universidade não é decisivamente relevante na difusão das “habilidades” do mediador e do conciliador, o que melhor talvez reste a cargo de mediadores já capacitados e experimentados. A contribuição da universidade, porém, é insubstituível e imprescindível no refinamento das “competências” que lhe cabe difundir, agregando-lhes uma dimensão humana sensível à cultura da paz, do diálogo e da tolerância com a diversidade (FREITAS JR, 2016, p. 201).

O enfoque proposto seria a análise do conflito e suas especificidades, conjuntamente às necessidades, desejos e limitações das partes. Nesse sentido, o ideal seria que houvesse, ao

longo da graduação em Direito, uma capacitação quanto às possibilidades de meios de resolução de conflitos a serem escolhidos e a sua adequação à realidade dos envolvidos, de modo a considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

Quanto aos juristas já atuantes há algum tempo, formados com base nesse conceito adjudicatório de atuação profissional, seria preciso que fizessem cursos de atualização e requalificação, para poderem atuar mais adequadamente, em consonância com os preceitos dos procedimentos consensuais.

O CNJ, nesse caso, possui um grande potencial quanto à capacitação do advogado para atuação em meios consensuais, tanto pela sua posição institucional de estímulo ao desenvolvimento de procedimentos dessa natureza quanto pelos materiais e cursos que produz e divulga. Um dos exemplos mais significativos é o Manual de Mediação do CNJ, cuja última edição foi realizada no ano de 2016.

Apesar de voltado notadamente à formação de mediadores e conciliadores, o Manual aborda diversas questões referentes à atuação do advogado. Um exemplo, dentre vários possíveis, é a diferença da atuação do advogado em processos autocompositivos, nos quais estariam “direcionados a contribuir com soluções negociadas”, e heterocompositivos, estando os advogados “direcionados a atuar no processo para vencer” (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 30).

Além das referências diretas aos advogados, os demais temas do Manual também se mostram pertinentes à capacitação desses profissionais para atuarem consensualmente. Isso porque o funcionamento do procedimento de mediação, as técnicas negociais e as demais teorias e considerações práticas abordadas nesse material podem ser consideradas úteis para a participação mais efetiva e eficiente de todos os indivíduos envolvidos em meios dessa natureza.

A OAB, igualmente, pode exercer um papel decisivo nessa adaptação, tanto oferecendo cursos quanto estimulando o complemento da formação tradicional. Em outras palavras, “o papel da OAB é muito relevante, não apenas porque exerce a função de regulação e de controle do exercício profissional do advogado, mas porque goza de grande credibilidade na validação e na legitimação de pautas de mudança institucional” (FREITAS JR, 2016, p. 200). E essa mudança envolve uma alteração do enfoque de investigação para definição de estratégias processuais e procedimentais.

Os indivíduos e seus conflitos passariam a ser o “ponto de partida” de toda análise jurídica a ser realizada, o que possibilitaria um aprofundamento de questões pelo maior enfoque nas pessoas envolvidas desde o primeiro atendimento, sendo o processo judicial apenas uma das alternativas possíveis, a ser usada somente se for considerada a mais adequada.

O protagonismo dos clientes possibilita que os advogados atuem de modo a instruí-los sobre seus direitos e as possibilidades de procedimentos que existem, sem tirar deles a capacidade de resolverem por si mesmos seus conflitos ou de, ao menos, influírem na decisão sobre o procedimento mais adequado para resolverem seus problemas.

Os advogados, portanto, passam a desempenhar papéis diversos do defensor de um único ponto de vista, a todo custo, em processos cujo fim último, sob a ótica da atuação desses profissionais, seria “vencer” o posicionamento dos demais indivíduos envolvidos no conflito que defendam ideias distintas de seu cliente.

Portanto, é importante que sejam melhor compreendidas as oportunidades de atuação e quais habilidades poderão constituir um diferencial na atuação advocatícia, considerando-se a promulgação das já referidas Lei de Mediação e do Código de Processo Civil, no ano de 2015 e as práticas consensuais que têm sido implementadas dentro e fora do âmbito do Poder Judiciário. Para refletir sobre o papel do advogado no atual contexto, essas questões serão estudadas no próximo item desta dissertação.

3.2 Reflexos da consensualidade na atuação advocatícia: possibilidades, tendências e formas de implementação

3.2.1 Atuação advocatícia: adequação de meios e técnicas

Considerando-se o anteriormente exposto, quanto à formação dos juristas, percebe-se que as faculdades de Direito capacitam seus futuros bacharéis a instruírem seus clientes apenas sobre o que é legalmente aceito. Mesmo desempenhando um papel central na seleção do procedimento a ser utilizado para solucionar o conflito, pequena parcela desses profissionais

são efetivamente treinados a efetuar o desenho de sistemas de disputas⁷⁷, gerenciamento e participação em procedimentos de cunho colaborativo (NOLON, 2009, p. 124).

Entretanto, para que o potencial positivo dos meios consensuais de resolução de conflitos seja alcançado, é necessário que, além de ser o procedimento mais adequado considerando-se as características específicas do caso concreto, as técnicas utilizadas sejam igualmente as melhores, em termos estratégicos. Essa consideração aplica-se também à atuação no âmbito adjudicatório, pois neste também essa análise de adequação é importante para que o serviço prestado pelo advogado possa ser realmente satisfatório.

Os juristas possuem uma tendência, conforme abordado ao longo desta dissertação, de perpetuação da abordagem litigante na prática advocatícia, ao invés de buscarem formas que possivelmente seriam mais adequadas para resolução de conflitos. A motivação dessa tendência “por certo passa pela cultura demandista e pela falta de preparo do operador do Direito quanto ao manejo de mecanismos consensuais” (TARTUCE, 2015, p. 104).

Os operadores do Direito recebem, portanto, uma formação cultural de cunho litigante, direcionada primordialmente à resolução de conflitos de forma adjudicada e contenciosa. Tal natureza do ensino reflete “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, havendo uma cultura da sentença e não da pacificação” (GABBAY, 2013, p. 257).

Tanto na atuação privada quanto pública, as habilidades em identificar e gerir os possíveis processos judiciais, subsumindo-os aos casos concretos, são valorizadas para o ingresso nas carreiras. Conforme referido ao final do Capítulo 1 dessa dissertação, o conteúdo exigido nas provas para cadastro na Ordem dos Advogados do Brasil é predominantemente referente aos procedimentos jurisdicionais contenciosos – e o mesmo pode ser considerado quanto aos concursos para ingresso em carreiras públicas.

Não é absurdo concluir, portanto, que os advogados poderão ser céticos (quando não hostis, especificamente) sobre procedimentos diferentes do processo judicial. Considerando-se

⁷⁷ Conforme termo em inglês, comumente utilizado também no Brasil, *dispute systems design*. Nas palavras de Diego Faleck, tais sistemas “envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes” (FALECK, 2009, p. 8).

sua formação, essa aversão faz sentido, pois, se não estão familiarizados com essas outras alternativas, hesitarão em recomendá-las ou participar delas (NOLON, 2009, p. 124).

Nesse sentido, a inserção das práticas consensuais na atuação profissional constitui mudança substancial no próprio conceito de advocacia. Os paradigmas vigentes terão de ser analisados e reavaliados, para que possa ser verificada como se dará, na prática, a adaptação aos novos regramentos vigentes sobre resolução de conflitos e à nova cultura, mais colaborativa e negocial, que tem se buscado implantar por meio de tais leis e das demais políticas públicas nesse sentido.

O primeiro fator a ser refletido versa sobre a função dos profissionais da advocacia no atual cenário. Essa reflexão possui diversos aspectos, dentre eles: se o papel desses juristas é o de solucionadores e gestores de conflitos ou de um conhecedor de leis, bem como se as habilidades negociais precisam ser desenvolvidas por todos ou apenas pelos que atuam especificamente na área consensual. A partir dessa conclusão é possível verificar a necessidade ou não de implantação e desenvolvimento de setores consensuais ou profissionais aptos a atuar nessa seara nos escritórios de advocacia e quais as formas de fazê-lo.

Nas situações em que uma ou ambas as partes buscam aconselhamento jurídico, o advogado “figura como o primeiro apreciador técnico do conflito”, sendo a sua atuação decisiva no que tange ao “encaminhamento dos interessados a mecanismos produtivos” (TARTUCE, 2015, p. 102). Por isso, os profissionais da área advocatícia são considerados como “portas” ou “porteiros da justiça” (ZARISKI, 2011, p. 3).

Ao não conseguirem resolver, por si mesmos, suas disputas, a tendência é que grande parte desses casos seja levada à apreciação de um advogado. A utilização de procedimentos distintos do processo judicial, ainda que o cliente tenha conhecimento de sua existência e especificidades, é caracteristicamente resultado de sugestões e encorajamentos feitos por parte do defensor que o instrui (GOLDBERG; GREEN; SANDER, 1986, p. 291).

Especialmente se o cliente desconhece as opções procedimentais disponíveis para resolução de conflitos, a orientação jurídica será um fator essencial para que seja realizada uma escolha consciente e adequada do meio a ser utilizado para solucionar a controvérsia existente entre os envolvidos.

Entretanto, conforme abordado nos capítulos anteriores, os profissionais da advocacia possuem uma tendência construída ao longo de sua educação e prática jurídica na universidade

a oferecer orientações limitadas à definição de qual a melhor ação judicial a ser manejada no caso concreto. Isso faz com que, ao invés de explorar as possibilidades que a lei concede, o advogado fique restrito ao que a lei determina (NOLON, 2009, *passim*).

Ademais, a postura predominantemente litigiosa de grande parte dos advogados faz com que utilizem técnicas características de processos judiciais litigiosos mesmo em procedimentos distintos do processo judicial. Em procedimentos arbitrais, a título ilustrativo, há juristas que pautam sua atuação nos mesmos parâmetros que utilizam em processos judiciais, efetuando excessivas impugnações com vistas a prolongar sua duração, por exemplo (POZZATTI JUNIOR; MAILLART; SANTOS, 2014, p. 88).

A transferência dessa conduta antagonista para a atuação em meios consensuais tem o potencial de se mostrar ainda mais grave. Se as táticas adversariais utilizadas nos processos judiciais atrasam o procedimento arbitral e diminuem uma de suas grandes vantagens, qual seja, a eficiência, ainda piores são os possíveis entraves que podem causar ao efetivo diálogo entre os envolvidos no conflito e, considerando-se essa troca de ideias e informações como uma das bases (se não a principal) das modalidades procedimentais de cunho consensual, o impacto pode ser sobremaneira prejudicial aos procedimentos consensuais.

Caso não haja um efetivo compromisso com os padrões procedimentais e com as técnicas dos meios autocompositivos, a tendência é que certos problemas e custos do processo judicial se repitam nessas abordagens consensuais. Desse modo, outros procedimentos, como a arbitragem, a título ilustrativo, se transformariam em um processo judicial disfarçado, perdendo seus potenciais e diferenciais para resolução de conflitos, apresentando as mesmas características problemáticas que podem ser percebidas em vários procedimentos litigiosos estatais, com atrasos pela postura dos advogados e mesmo por julgamentos inadequados dos árbitros⁷⁸ (CARVER; VONDRA, 1994, p. 123).

Essa semelhança na atuação dos juristas nesses diferentes procedimentos pode ser relacionada a outros hábitos que prejudicam a utilização adequada de meios de resolução de conflitos distintos do processo judicial. Um deles é a percepção de que, para que seja prestado um bom serviço ao cliente, o advogado deve “ganhar” dos demais envolvidos, já citada na

⁷⁸ No original, em inglês, *litigation-in-disguise*.

presente dissertação e que constitui uma dessas atitudes improdutivas (CARVER; VONDRA, 1994).⁷⁹

Outro fator que pode ser ligado a esses prejuízos à efetiva utilização do potencial dos meios não jurisdicionais de solução de conflitos é a tendência a considerar tais procedimentos como alternativas de menor relevância. Sob tal perspectiva, eles seriam passíveis de uso apenas em problemas de menor importância (CARVER; VONDRA, 1994), e não como possibilidades cabíveis a depender de outras características do conflito, tais como os indivíduos envolvidos, seus interesses, o tipo de relação existente entre eles, dentre outros fatores.

Esse afastamento de um enfoque na resolução do problema, com a análise de todas as suas especificidades, é considerado um dos motivos de redução da criatividade⁸⁰, sendo esta uma importante habilidade para a criação de uma maior variedade e qualidade de opções para a resolução de conflitos. Entende-se que os procedimentos adversariais e competitivos teriam esse efeito de diminuição da criatividade por diversos motivos (NOLON, 2009, p. 129).

Além da limitação em termos de desenho do processo judicial, em razão de suas fases estarem previstas em lei, procedimentos que induzem as partes e seus advogados a pensarem de forma antagonista e polarizada dificultam uma visão mais ampla e profunda das situações vivenciadas. Isso porque informações tendem a ser escondidas tanto quanto possível, caso haja alguma chance de que a exposição desses fatos prejudique a estratégia pensada ou faça com que haja perda de alguma possível vantagem (NOLON, 2009, p. 129-130).

Essa manipulação de informações e os ataques simultâneos percebidos em grande parte das petições elaboradas pelos defensores⁸¹ dos envolvidos aumentam o medo e a falta de confiança entre as partes, o que pode levar a um círculo vicioso entre a falta de compartilhamento de informações/ataques pessoais e a desconfiança/animosidade. Ademais, “uma vez que as relações se tornam hostis, a probabilidade de aproveitamento de oportunidades

⁷⁹ Ressalve-se que os autores do artigo citado utilizam exemplos predominantemente referentes a procedimentos arbitrais, mas estendem suas conclusões para os demais meios de resolução de conflitos distintos do processo judicial.

⁸⁰ Há quem defenda que é impossível definir a criatividade (BODEN, 1999). Considerando a variedade de definições que esse termo pode ter, importante esclarecer que, no presente trabalho, a criatividade será considerada como característica atribuída a um indivíduo em um processo de criação.

⁸¹ Em virtude de diversas experiências pessoais e relatos de colegas de profissão, é possível perceber que esses ataques simultâneos podem gerar um aumento expressivo da animosidade, especialmente em casos que tratem de conflitos familiares. Se tem acesso à petição da parte contrária e há algum ataque de cunho pessoal, a tendência é que o indivíduo depreciado nesse documento se sinta ofendido e que isso agrave o efeito das mágoas que possui em relação aos demais envolvidos no conflito, especialmente quando se trata de ex-cônjuges ou ex-companheiros.

é grandemente reduzida e a gama de possíveis soluções é ainda mais estreitada” (NOLON, 2009, p. 130).

Especialmente se essas condutas são efetuadas no âmbito de procedimentos consensuais, há prejuízo da negociação pela ausência de um diálogo franco e transparente⁸², o qual poderia gerar maior diversidade e qualidade de possíveis soluções, já que a ampliação da compreensão do panorama fático seria facilitada com mais dados a serem analisados. Desse modo, havendo uma melhor comunicação, o tempo e os recursos gastos nesse tipo de procedimento poderiam ser melhor aproveitados e seu potencial mais bem utilizado.

Isso porque os meios consensuais de resolução de conflitos, como quaisquer outros, possuem limitações e vantagens. Dentre estas estão os custos mais baixos, soluções mais rápidas e resultados que podem não apenas preservar, mas mesmo melhorar relacionamentos, desde que sejam utilizados de maneira eficaz (CARVER; VONDRA, 1994).

Portanto, para que os benefícios dos meios de resolução de conflitos sejam percebidos, sejam eles consensuais ou adjudicatórios, além de ser imprescindível considerar a melhor opção para o caso concreto na escolha do procedimento, é necessário que as técnicas utilizadas sejam também adequadas. Somente assim o advogado poderá aproveitar todo o potencial de tais meios e oferecer soluções mais satisfatórias a seus clientes.

Mesmo entre meios consensuais de resolução de conflitos que sejam semelhantes, como é o caso da mediação e da conciliação, a análise da adequação é importante para que tais procedimentos sejam manejados de modo a buscar que as expectativas sejam atingidas, considerando-se os mais diversos aspectos. Mesmo o delineamento “dos procedimentos e regras a serem adotados na mediação e conciliação também deriva dos resultados almejados em cada caso” (ALVES DA SILVA, 2014, p. 43).

Nesse sentido, oportuno citar as palavras de Paulo Eduardo Alves da Silva sobre o tema, pelo qual

Determinadas partes e certos tipos de conflitos são mais eficazmente tratados por intervenções mais propositivas e incisivas; outras(os) preferem assumir a condução da resolução e demandam de terceiros intervenções tênues e meramente sugestivas. Isso não é definido, *a priori*, como uma regra de cada modalidade, mas a partir da conjuntura ocasional: o conflito, as partes e o próprio terceiro interferem no desenho aplicável ao caso concreto. Daí ser difícil pensar em regras de procedimento, competência e requisitos formais

⁸² Para mais considerações acerca da transparência, ver tópico 2.4 da presente dissertação.

em geral para os mecanismos consensuais de resolução de conflitos. É mais importante ainda a compreensão clara dos objetivos, limites e possibilidades de cada método a partir das peculiaridades e necessidades do caso concreto. (ALVES DA SILVA, 2014, p. 43)

A aplicação de técnicas específicas que considerem a adequação do procedimento para resolução de um conflito deve ter início desde o primeiro contato com o cliente. Se o profissional da área advocatícia ouve o relato dos fatos de forma superficial, tentando enquadrá-lo tão somente a alguma modalidade de processo judicial, sem analisar outras possibilidades procedimentais, pode haver uma diminuição da qualidade do serviço prestado ao cliente.

Portanto, a menos que a melhor opção para o caso concreto fosse realmente algum procedimento judicial adequadamente manejado, a visão legalista das relações humanas e do papel dos advogados pode privar os clientes de atingirem seus reais objetivos e efetivamente solucionarem seus problemas (RISKIN, 2002, p. 17).

Essa abordagem também prejudica a conexão que poderia ser estabelecida entre o cliente e seu advogado (RISKIN, 2002, p. 17). A lealdade do contratante de um serviço advocatício decorre, dentre outros fatos, da habilidade do defensor em prestar uma orientação satisfatória de acordo com os padrões buscados e oferecer resultados que atendam às necessidades em questão. Caso haja inabilidade por parte do contratado em atender a essa expectativa, há probabilidade de afastamento do cliente por não haver criação de um vínculo de confiança acerca do trabalho do advogado (SOLOVAY, 2009, p. 61).

Por isso, considerando-se a promulgação do Código de Processo Civil vigente e da Lei de Mediação, ambos em 2015, bem como as políticas públicas difundidas, principalmente, pelo Conselho Nacional de Justiça para difusão dos meios consensuais de resolução de controvérsias, refletir constantemente sobre qual é o papel a ser desempenhado pelos advogados é de vital importância. Somente assim é possível desenvolver noções sobre quais são as habilidades a serem desenvolvidas e como implementar essa nova realidade nos escritórios de advocacia.

Sob uma perspectiva da atividade em seu conceito mais simples, o papel tradicional do advogado seria o de traçar problemas e soluções, ou seja, identificar as questões e encontrar um modo de resolvê-las (COOLEY, 1996, p. xv). Outra abordagem possível sobre o exercício clássico da profissão é a de que os advogados são identificados como especialistas em litígios, dentre outras atividades jurídicas (ZARISKI, 2011, p. 3).

Conforme exposto, contudo, os advogados têm exercido esse papel, predominantemente, com um enfoque legalista e adversarial, até mesmo podendo constituir obstáculos ao diálogo no decorrer de procedimentos consensuais (HYMAN, 2010; NOLON, 2009, p. 130). Essa orientação profissional litigiosa faz com que orientem seus clientes baseando-se no disposto em lei e em seus conhecimentos sobre o processo judicial, constituindo uma figura paternalista (ZARISKI, 2011, p. 3) que direciona seus clientes de modo a determinar estratégias e ações a serem utilizadas para “vencerem o processo”.

Entretanto, por mais que os indivíduos em conflito demonstrem posições rígidas quanto aos desejos que pretendem concretizar ao solucionar os problemas que os levaram a buscar orientação jurídica, seus verdadeiros interesses⁸³ podem ser atendidos sem que seja necessário que a outra parte perca alguma coisa.

Nesses casos, especialmente, os processos de cunho colaborativo podem constituir um mecanismo para que os advogados busquem atender às necessidades de seus clientes e consigam melhores resultados (NOLON, 2009, p. 125), surpreendendo e fidelizando seus contratantes. As pessoas diretamente envolvidas no conflito nem sempre conseguem identificar seus reais interesses – perceber que contrataram um profissional apto a fazê-lo pode constituir um diferencial para a construção da imagem do advogado perante o nicho de mercado no qual atua.

Certamente é desafiador realizar tal identificação de necessidades e desejos efetivos, ao invés de lidar apenas com as posições superficiais apresentadas pelas partes. Isso porque “as posições tendem a ser concretas e explícitas; os interesses subjacentes a elas bem podem ser não-expressos, intangíveis e talvez incoerentes” (FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 62).

A percepção desse quadro completo da situação fática vivenciada pelo cliente, contudo, é importante para que seja realizada uma prestação de serviços mais completa e eficiente, pois é possível considerar que são os interesses que definem, realmente, o problema (FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 58). Ademais, sob as posições que se opõem, pode ser possível identificar

⁸³ Para aprofundamento sobre a distinção entre interesses e posições no âmbito de negociações, reitera-se a recomendação feita na nota de rodapé número 57, de leitura da obra que difundiu as reflexões e estudos de tais conceitos e alterou os paradigmas negociais vigentes até a década de 1980: FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

interesses comuns e compatíveis, além dos interesses conflitantes (FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 60).

Mesmo após a identificação dos interesses, na elaboração do planejamento para os procedimentos consensuais é essencial que o advogado faça um planejamento tático e estratégico que seja flexível o suficiente para que seja possível sua alteração após a reunião de preparação, às vésperas do procedimento. O cliente pode redefinir seus interesses e necessidades ou mesmo criar soluções que não havia pensado anteriormente, dentre outros fatores (COOLEY, 1996, p. 97).

Retoma-se, desse modo, a importância do desenvolvimento da criatividade dos advogados nos procedimentos de resolução de disputas, notadamente nos consensuais, já que neles há maior margem de criação. A busca por interesses comuns possibilita que as partes se tornem aptas a gerenciar o conflito de modo que eventuais danos sejam minimizados e as oportunidades possam ser aproveitadas da forma mais intensa possível (NOLON, 2009, p. 128).

Se o advogado estimula a percepção negativa que o indivíduo eventualmente possua sobre o conflito e opta pela solução mais óbvia (no caso, a judicialização da controvérsia), é possível que perca oportunidades de descoberta e exploração de características do fato e das partes que poderiam levar a opções criativas (NOLON, 2009, p. 129). O direcionamento desse levantamento de informações e especificidades, efetuado por profissionais da área advocatícia, pode proteger os interesses de seus clientes durante essa busca por soluções e constituir uma grande vantagem às partes e ao procedimento como um todo.

Ressaltar a importância da criatividade e da busca conjunta por soluções não significa indicar que a abordagem efetuada pelo advogado seja sempre ilimitadamente cooperativa. Um negociador atento deverá estar constantemente consciente da existência de diferentes formas de abordagem negocial, pois tanto a adversarial quanto a cooperativa poderão interferir uma na outra (RISKIN, 2002, p. 54), bem como no resultado final do procedimento.

Em situações nas quais as partes não pretendam manter alguma relação futura, em que estejam negociando como farão a divisão de algum recurso fixo ou se a zona de acordo possível for mínima, por exemplo, a abordagem adversarial poderá ser útil na distribuição de haveres e apuração de possibilidades de solução. Entretanto, uma abordagem indistintamente adversarial, sem consideração das características peculiares ao conflito, pode prejudicar as relações entre as

partes, necessárias para que o máximo de oportunidades sejam criadas ou identificadas (NOLON, 2009, p. 131).

Por outro lado, uma postura colaborativa incentivaria o desenvolvimento de opções de ganho mútuo, por facilitar o diálogo e a criação de opções. O compartilhamento de informações e a confiança favorecem um melhor conhecimento do panorama fático, financeiro, emocional, dentre outros aspectos da situação vivenciada pelas partes e que, por ser algo inerente a uma relação entre elas e à realidade em que estão inseridas, poderão opinar e decidir melhor que qualquer outra pessoa.

Em outras palavras,

quando a voz é transferida para as partes, também é preciso transferir para elas o conhecimento sobre a matéria mediada. O conhecimento sobre a pauta subjetiva, anteriormente referida, somente as partes têm. O especial conhecimento técnico sobre a pauta objetiva será buscado com aqueles que o detêm – advogados ou outros técnicos (ALMEIDA, 2009, p. 100).

Na atuação advocatícia contemporânea, portanto, seria mais proveitoso que a análise do advogado partisse dos indivíduos e das peculiaridades do caso que lhe é apresentado, para que possa refletir sobre qual o procedimento e quais as estratégias mais adequadas para a resolução do conflito. Primeiramente, portanto, seria realizada a investigação dos reais interesses das partes e de outros detalhes dos fatos, para que a estratégia possa ser traçada com base no maior levantamento possível de informações.

Quanto maior o volume e a precisão de informações recebidas, melhor será a percepção do advogado sobre o caso concreto e as possibilidades de resolução dos conflitos que foram narrados para sua análise, além de ter a oportunidade de conhecer melhor seu cliente e suas peculiaridades. Além disso, uma escuta ativa⁸⁴ tem o potencial de melhorar a conexão e a confiança entre ambos, encorajando o contratante a oferecer mais detalhes (BARKAI, 1984, p. 74).

⁸⁴ A escuta ativa é considerada nesta dissertação como uma habilidade eficaz e passível de ser aprendida e desenvolvida, que pode ser utilizada pelos advogados, possibilitando que melhorem sua comunicação e relacionamento com seus clientes, ampliando o nível de satisfação destes contratantes e melhorando a preparação daqueles contratados para lidar com os casos sob sua responsabilidade (BARKAI, 1984, p. 73-74). Em outras palavras, escuta ativa constitui uma abordagem que pode ser utilizada pelo advogado ao entrevistar seus clientes, pela qual ele pode perceber melhor “fatos, emoções e características positivas de caráter expressas pelo cliente por meio de estratégias como resumir os fatos relatados pelo cliente, parafrasear o conteúdo fático e demonstrar consideração por algum sentimento emocional, e validá-lo, ou afirmar diretamente um entendimento da situação do cliente ou alguma parcela desses sentimentos” (CANNON; RINALDI, 2011, p. 37, tradução livre).

A reflexão sobre qual é o papel do advogado e sua definição aplicam-se sobremaneira após esse levantamento de informações, no momento de decisão da questão sobre o que fazer com esses dados. Para se verificarem quais as possibilidades de atuação advocatícia, é importante que, primeiramente, sejam considerados os deveres legais que deverão balizar tais hipóteses.

No que tange ao dever de informar sobre os meios consensuais de resolução de conflitos, dois dispositivos, especialmente, serão levados em consideração nesta pesquisa. Um deles é o inciso VI do artigo 2º contido no texto do Código de Ética e Disciplina da OAB (Resolução n. 02/2015), pelo qual o estímulo à conciliação e à mediação⁸⁵ entre os litigantes e a prevenção, sempre que possível, da instauração de litígios constituem deveres do advogado⁸⁶.

O outro dispositivo considerado relevante para os fins do presente tema é o artigo 1º, parágrafo terceiro do CPC/2015. Nos termos desse texto de lei, “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”.

Perceba-se que há, de acordo com o texto de ambos os supracitados dispositivos, o dever consistente em não apenas informar, mas sim estimular a composição amigável dos conflitos. Considerando-se o caráter de voluntariedade dos meios consensuais, nesta dissertação será considerado que essa obrigação legal, dentre outros aspectos, se refere também a essa informação a ser passada a seus clientes sobre tais procedimentos para que seja favorecida a manifestação de vontade de forma consciente, e não à simples indução à utilização o meio litigioso estatal para solucionarem suas controvérsias.

No mesmo sentido, Fernanda Tartuce defende que

Por se tratar de um dever, percebe-se claramente que a prevenção de litígios é inerente à atividade profissional do advogado, a quem incumbe conhecer os procedimentos aptos a responder aos melhores interesses dos clientes

⁸⁵ Nesta dissertação, esse termo trazido pela lei é interpretado como referência aos diversos meios consensuais de resolução de conflitos, além da mediação e da conciliação. Ressalve-se que o termo “mediação” foi inserido apenas em sua última versão, datada de 19 de outubro de 2015. Na versão anterior, o texto referia-se apenas à conciliação.

⁸⁶ Na redação original da lei: "Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. Parágrafo único. São deveres do advogado: (...) VI – estimular a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; (...)”.

assessorando-o não somente sobre a via contenciosa, mas também sobre outros meios. (TARTUCE, 2015, p. 104)

Ou seja, ainda que as partes optem pelo uso do sistema judicial adjudicatório para resolução de seus conflitos, é necessário que conheçam as outras opções existentes para tal fim. Desse modo, seu consentimento quanto ao meio para solução de seus problemas será realizado de modo informado, assim como o eventual aceite de acordo ao final de um procedimento consensual.⁸⁷

3.2.2 Atuação advocatícia: categorias e formas de implementação

Serão consideradas, nesta dissertação, três possibilidades de atuação do advogado no momento da escolha do procedimento de solução de controvérsias⁸⁸. Tal classificação⁸⁹ considera o contexto anteriormente apresentado, qual seja, o de obrigatoriedade de informar os clientes quanto à existência dos meios consensuais de resolução de conflitos, explicando a eles as vantagens e desvantagens de cada um dos possíveis procedimentos elencados como opções para resolução do conflito apresentado ao defensor.

A primeira forma de atuação do advogado é como 1) **assessor neutro de seus clientes**. Nesse sentido, após colher informações sobre o caso apresentado para sua apreciação, o defensor apresentaria os procedimentos de resolução de conflitos disponíveis (TARTUCE, 2015, p. 103), explicando e informando sobre os aspectos específicos de cada um, analisando as consequências da escolha de cada um deles.

⁸⁷ Entende-se, nesta dissertação, que somente haverá real consenso entre as partes se houver consentimento informado dos envolvidos no conflito, tanto no que tange ao conteúdo material do termo de acordo quanto ao próprio ingresso como participante em um procedimento consensual.

⁸⁸ A forma de atuação do advogado no momento da escolha do meio a ser utilizado para resolução de um conflito certamente impactará o seu desempenho ao longo do procedimento. Entretanto, não se aprofundará sobre a conduta do advogado em termos procedimentais em cada uma das formas classificadas como possíveis no presente trabalho, pois esse detalhamento deveria ser realizado considerando especificamente cada um dos diferentes meios consensuais e adjudicatórios, por haver especificidades em cada um deles, e esse não constitui um objetivo da presente dissertação.

⁸⁹ Essa classificação foi criada de modo a resumir as principais modalidades de atuação advocatícia percebidas ao longo da prática profissional e do levantamento bibliográfico da pesquisadora. Não se pretende defender que tais tipos resumem todas as possibilidades fáticas e nem que os profissionais se enquadrem unicamente em um deles. Na realidade da atuação profissional, é provável que os advogados apresentem essas características de forma híbrida ou mesmo atuem de acordo com um tipo diferente a depender de cada caso.

Entretanto, sua função se limitaria a apresentar possibilidades e consequências de cada uma das alternativas passíveis de serem eleitas. O responsável por decidir qual a melhor dentre elas seria o cliente, diretamente envolvido no conflito, que passaria a ter conhecimento dos meandros jurídicos e de tratamento de conflitos, sendo essa a grande contribuição do advogado: possibilitar que o contratante tenha uma assessoria constante que permita aliar seu conhecimento dos fatos a uma compreensão de como lidar com os aspectos jurídicos e solucionar suas controvérsias.

Nessa linha de atuação, o advogado apresentaria as opções utilizando uma linguagem sugestiva, utilizando termos como “poderia”, por exemplo, ao invés de usar termos imperativos, como “deveria”. Seu papel seria, portanto, o de apresentar todas as possibilidades de meios de resolução de conflitos para seu contratante, concedendo explicações suficientes para possibilitar que o cliente decida de modo informado sobre sua representação (COCHRAN JR., 1999, p. 187-188).

Ao longo dos procedimentos consensuais, essa postura seria mantida. Desse modo, o advogado atuaria aclarando termos, consequências e possíveis benefícios ou prejuízos das soluções criadas conjuntamente pelas partes ou propostas individualmente por cada uma, permitindo que seu cliente optasse por eleger a situação que lhe parecesse melhor, mais profícua e alinhada aos seus interesses.

Outra possibilidade é a de que o advogado atue como 2) **conselheiro da parte**. Nessa abordagem, além de informar o cliente sobre as alternativas disponíveis, o defensor apontaria os procedimentos e soluções que lhe parecessem mais vantajosos para seus contratantes, assumindo o protagonismo da decisão sobre as escolhas a serem realizadas.

Pelo exposto nos capítulos anteriores, essa parece ser a conduta primordialmente adotada no atual cenário da prática jurídica. Os clientes apresentam aos advogados as questões fáticas que permeiam o conflito, cabendo a estes escolher o meio de resolução e conduzir as diversas fases do procedimento escolhido conforme suas concepções sobre o que seria adequado em termos de estratégias, técnicas e padrões de conduta.

Nesse caso, portanto, as habilidades dos advogados teriam de ser complementadas em relação às já existentes somente no sentido de ampliar suas percepções sobre estratégias negociais e melhorar sua atuação em procedimentos consensuais. Contudo, o *modus operandi*

de decisão de meios e instrumentos de resolução de conflitos continuaria nos moldes do padrão adotado atualmente.

Por fim, existe a possibilidade de que o advogado atue como 3) **cocriador do desenho de sistemas de disputas**. Nesse cenário, as opções procedimentais e estratégicas seriam analisadas conjuntamente entre o advogado e seu cliente, de modo que as decisões sobre a condução do meio de resolução de conflito a ser utilizado seriam realizadas a partir do consenso entre eles.

Essa modalidade de atuação advocatícia aproxima-se da descrita por John W. Cooley (1996, xv), por meio do paralelo que estabelece com a arquitetura. Para esse autor, a atividade do advogado, nesse panorama de inserção dos meios consensuais como uma opção a ser considerada para tratamento de conflitos, é análoga a dos arquitetos.

Isso porque o advogado seria o responsável por adequar o processo de forma que satisfaça às necessidades específicas do caso concreto, referentes tanto à disputa quanto aos contendores. Os clientes, para esse autor,

começam a esperar e, às vezes, mesmo a exigir, que seus advogados selecionem ou criem mecanismos simplificados e econômicos para processarem as matérias brutas de problemas legais e soluções legais em produtos finais práticos, úteis e economicamente atraentes, sob a forma de acordos antecipados de ganho mútuo ou de adjudicações privadas de menor risco. É o arquiteto existente em cada advogado que pode fazer isso acontecer.⁹⁰ (COOLEY, 1996, p. xv, tradução livre)

Desse modo, a inserção dos meios consensuais e adjudicatórios não judiciais na prática advocatícia cotidiana tende a dar início a uma cultura de valorização da habilidade criativa dos advogados em desenhar processos para resolver disputas, complementando suas incumbências tradicionais de identificarem problemas e soluções substanciais (COOLEY, 1996, p. xv).

O que distingue qual seria a melhor abordagem de exercício da profissão advocatícia em cada caso é, especialmente, o perfil do cliente que busca o serviço, dentre outros fatores que podem, eventualmente, influenciar a duração do trabalho informativo do advogado. Em um cenário ideal, possuindo o advogado condições e um intervalo de tempo adequado para instruir

⁹⁰ No original: “Clients are now beginning to expect, and sometimes demand, that their lawyers select or design streamlined, cost-efficient mechanisms for processing the raw materials of arcane legal problems and legal solutions into practical, serviceable, economically appealing end products in the form of early mutual-gain settlements or limited-risk private adjudications. It is the architect in every advocate that can make this happen.”

seu cliente, e este tendo possibilidade de compreender as opções disponíveis, a terceira forma de atuação, por cocriação, parece ser a mais completa em termos de tratamento de conflitos.

A primeira abordagem, do advogado como assessor neutro, também seria possível nesse cenário descrito, podendo se apresentar como uma melhor alternativa caso o cliente deseje mais autonomia e possua conhecimentos aprofundados sobre o objeto litigioso, além de noções suficientes sobre o procedimento escolhido para resolução do conflito. Assim, o cliente se sentiria mais confortável e livre para decidir, mantendo a segurança de que receberia as orientações necessárias ao longo desse procedimento.

Entretanto, notadamente ao lidar com clientes que possuam capacidade reduzida de compreensão do panorama jurídico-legal que permeia a situação fática e o meio de resolução de controvérsias a ser utilizado ou havendo um curto período de tempo para que sejam concedidas explicações mais aprofundadas sobre esses aspectos, a atuação do advogado como conselheiro, mesmo remetendo a um perfil mais paternalista, parece ser a melhor maneira de atuar na defesa dos interesses dos clientes.

Portanto, quanto maior o conhecimento e a capacidade de compreensão material e processual do cliente, menor a necessidade de ingerência do advogado nas decisões a serem tomadas para resolução do conflito e maior a discricionariedade na opção por qualquer das abordagens em questão, passando a depender das necessidades e preferências do cliente. Contudo, se aquele entendimento é reduzido, por alguma razão, o ideal é que o defensor atue mais ativamente no que se refere às escolhas a serem feitas.

Note-se que as três abordagens acima descritas são passíveis de utilização em qualquer tipo de matéria jurídica e em qualquer procedimento. Com a inserção dos meios consensuais como uma fase do processo judicial, além das figuras⁹¹ e deveres⁹² procedimentais de cunho negocial a serem utilizados ao longo da prestação jurisdicional, os profissionais da área advocatícia dificilmente conseguirão se eximir de adquirirem, ao menos, noções gerais sobre cada uma das formas consensuais de resolução de conflitos delineadas em lei.

A sessão preliminar de mediação ou conciliação, prevista no artigo 334 do Código de Processo Civil, cunhada comumente por juristas como “obrigatória” ou “mandatória”, é um dos exemplos de premência da melhor preparação dos advogados para atuarem em procedimentos

⁹¹ Como o negócio jurídico processual, abordado no capítulo 2.

⁹² Como o dever de cooperação, abordado no capítulo 2.

consensuais. Apesar de o comparecimento das partes não constituir, indiscriminadamente, uma obrigatoriedade, pode ocorrer que uma das partes tenha o dever de comparecer, mesmo não sendo essa a sua vontade, a princípio.

No texto do parágrafo quarto do artigo 334 do Código de Processo Civil, há duas possibilidades elencadas de não ocorrência da sessão inicial de mediação: caso ambas as partes manifestem expressamente seu desinteresse na resolução consensual ou se a matéria não admitir autocomposição. Desse modo, ainda que o advogado não deseje optar pela realização da mediação ou conciliação, se a outra parte desejar tentar compor consensualmente a questão a sessão ocorrerá.

Sendo assim, ainda que essa não fosse sua estratégia inicial, o advogado poderá ter de assessorar seu cliente em um procedimento consensual. Nesse caso, além de seu próprio contratante, ele terá contato com serventuários da justiça com quem poderá deparar-se mais vezes, com colegas de profissão e com outras partes.

Apresentar conduta inapropriada poderá prejudicar sua imagem profissional perante esses indivíduos e com todos relacionados a eles que possam tomar conhecimento dos fatos. O despreparo para atuação em procedimentos consensuais, portanto, pode causar perdas de confiança dos contratantes, prejuízos à imagem pública, desfavorecer sua relação com os funcionários do Poder Judiciário e dificultar a manutenção e captação de clientes.

A depender das características do escritório de advocacia no qual o profissional atue, essa necessidade de capacitação será ainda maior. No Brasil, o perfil dos escritórios é bastante variado em termos de quantidade de advogados atuantes, havendo desde profissionais que atuam individualmente até grandes escritórios de advocacia, o que impacta a divisão e distribuição de trabalho entre seus componentes.

Além disso, a depender do tamanho do escritório, o perfil dos clientes que o buscam esses escritórios estratifica-se. Nas grandes sociedades de advogados, há predominância de empresas e empresários figurando como contratantes; os clientes individuais, por sua vez, tendem a buscar os pequenos escritórios (CUNHA *et al*, 2007, p. 112).

Nesse sentido, há dois fatores a serem considerados, quanto ao tamanho do escritório, que podem influenciar na atuação profissional dos advogados no atual contexto de difusão de meios consensuais de resolução de conflitos, no que tange à necessidade de sua capacitação e participação em mediações e conciliações.

O primeiro deles já foi abordado, qual seja, o perfil, conhecimento e autonomia dos clientes em relação aos fatos e procedimentos. No caso dos escritórios menores, em consonância com o exposto sobre as três categorias de atuação profissional do advogado, é mais provável que este tenha de desempenhar um papel mais ativo, se comparado a aqueles que atuam em escritórios maiores, cujo perfil de cliente são empresas e empresários, havendo tendência de que possuam mais possibilidade de acesso a informações sobre procedimentos de resolução de conflitos e seu funcionamento.

O segundo fator é o número de profissionais atuantes. Em escritórios com número reduzido de advogados, ainda que não haja uma tradição de assessoramento de clientes em procedimentos consensuais privados, desde que representem indivíduos em casos em curso no âmbito do Poder Judiciário, dificilmente o defensor conseguirá eximir-se de atuar em mediações e conciliações, considerando-se a inserção destas como fase do processo judicial.

Em escritórios maiores, com um alto número de advogados compondo o quadro de funcionários ou associados, há a possibilidade de instauração de setores especializados em cada uma das duas grandes modalidades de meios de resolução de conflitos, quais sejam, a consensual e a adjudicatória. Nesse caso, os advogados desta área não precisariam, via de regra, atuar naquela.

Entretanto, isso não exime o advogado da necessidade de conhecer os meios disponíveis, para que possa orientar a parte a buscar por outro procedimento, caso perceba que seria mais profícuo mudar a abordagem de resolução do conflito. Para que tenha condições de prestar um serviço mais completo ao seu cliente, esse conhecimento é indispensável.

Ademais, o desenvolvimento de habilidades negociais permanece sendo necessário, de todo modo, já que, conforme exposto no segundo capítulo desta dissertação, após a entrada em vigor do Código de Processo Civil promulgado em 2015, há diversas ferramentas processuais de cunho consensual a serem utilizadas no âmbito do processo judicial adjudicatório.

Por fim, a cobrança de honorários também deve adequar-se para que um dos aspectos que podem ser temidos pelos advogados em relação à prática em meios consensuais seja superado, qual seja, o medo de perda de rendimentos. O texto do artigo 48, §4º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução n. 02/2015)⁹³ é expresso no

⁹³ Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito. § 4º As disposições deste capítulo aplicam-se à mediação, à conciliação, à arbitragem ou a qualquer outro método adequado de solução dos conflitos.

sentido de que as regras de cobrança dos honorários aplicam-se a qualquer método de resolução de conflitos.

Além disso, no §5º do artigo 48 do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (Resolução n. 02/2015)⁹⁴, está determinado que a diminuição de honorários contratados em razão de resolução do conflito por outro meio de resolução de conflitos que não o processo judicial é vedada, em qualquer hipótese. Ou seja, a questão é adequar a cobrança ao tipo específico de serviço prestado, pois o advogado está legalmente protegido da redução de seus honorários em virtude de obter a solução do conflito por meio distinto do judicial.

Desse modo, é preciso perceber quais as melhores formas de cobrança de honorários de acordo com cada caso, buscando formas distintas das comumente utilizadas, tais quais a cobrança pelo êxito ou de um valor fixo para o caso. Uma alternativa é a cobrança por hora de serviço prestado, a qual pode ser especialmente útil nos casos de mediação, conciliação e advocacia colaborativa, por não se saber quanto tempo poderão durar os procedimentos.

Portanto, para que se insira nesse contexto institucionalizado de multiplicidade de meios de resolução de conflitos de forma a auferir os benefícios que possam lhe trazer, o advogado precisa conhecer as possibilidades à sua disposição e desenvolver as habilidades negociais requeridas para atuação, bem como adaptar sua prática profissional a essa realidade.

Essa adaptação envolve, conforme apresentado, a sua forma de perceber o conflito, o estudo dos meios disponíveis, a coleta de informações de seus clientes, a atuação adequada ao procedimento eleito e a forma de cobrança de honorários. Munido de tais conhecimentos, os meios consensuais poderão ser percebidos como oportunidades, e não simplesmente como desafios ou prejuízos.

⁹⁴ Art. 48. A prestação de serviços profissionais por advogado, individualmente ou integrado em sociedades, será contratada, preferentemente, por escrito. § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O advogado é considerado indispensável à administração da justiça, conforme expresso no texto do artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil. Dentre outros fatores, isso se dá porque é por meio da atuação do advogado que as partes em conflito podem ter seus poderes, se não iguais, ao menos aproximados.

Uma das grandes funções do defensor é informar seus contratantes sobre as possibilidades materiais e procedimentais, fazendo com que o conhecimento amplie a capacidade resolutiva daquele que procura seus serviços. Desse modo, a percepção que o advogado possui do que é um conflito e quais os meios de resolvê-lo é, muitas vezes, determinante na escolha do cliente sobre como irá lidar com as divergências interpessoais que possui.

Existem diversos meios hábeis para resolução de conflitos e a escolha dentre esses instrumentos, para que seja feita da melhor forma, dependerá da análise de adequação de cada um deles. As recentes inovações legislativas, especialmente as ocorridas no ano de 2015, favoreceram sobremaneira a utilização de procedimentos consensuais, havendo previsões de possibilidades de decisão negociada entre as partes mesmo no âmbito do processo judicial.

Para que esteja apto a orientar seus clientes nesse contexto, o advogado precisa se capacitar e desenvolver habilidades que não são tradicionalmente ensinadas nos cursos de Direito brasileiros, como as negociais, por exemplo. Ademais, o estudo mais aprofundado sobre os diversos procedimentos disponíveis pode constituir um diferencial que permitirá ao advogado se destacar pela sua atuação.

Perceber essa realidade não significa atuar sempre de forma irrestritamente colaborativa ou negar as características pessoais de cada profissional. Entretanto, a consciência sobre o atual panorama de atuação profissional e o reconhecimento de suas próprias capacidades e limitações permitem que a transição do modelo adjudicatório e belicoso para um de cunho consensual e negociado seja mais tranquila e rentável.

Os escritórios de advocacia, tais quais as empresas, precisam ter um planejamento cuidadoso e estarem alinhados às necessidades e demandas do mercado, para que possam se

manterem viáveis economicamente. Por isso, manter-se atualizado e capacitado a atuar conforme as tendências é um importante diferencial para a prática profissional.

A palavra-chave desta dissertação, caso precisasse ser definida, certamente seria “adequação”: de meios, de estratégias, de técnicas, de abordagem, de capacitação, de implantação e de resultados. Sendo assim, esse raciocínio sobre o ajuste das escolhas a serem realizadas e o quadro factual não somente abrange o meio de resolução de conflito eleito, mas também os mais diversos aspectos de preparação profissional e tratamento de conflitos.

Para que as melhores escolhas sejam tomadas, a análise da situação fática de forma específica e personalizada é indispensável. Somente a partir da apreciação crítica das possibilidades e limitações será possível, de maneira eficaz, alterar a realidade como se apresenta ou mantê-la se for a opção escolhida, mas com decisões consideradas de forma consciente e com soluções mais eficientes a partir da consideração do sistema como um todo.

Por isso, considerando a legislação vigente e os novos paradigmas do direito processual civil, o advogado, independentemente de seu perfil de atuação, precisará estar capacitado a atuar de forma consensual, para que possa atender seus clientes da melhor forma em termos de estratégia e de adequação de meio de resolução de conflitos, já que a consensualidade permeia até mesmo o processo judicial, apesar de seu cunho predominantemente adjudicatório.

Primeiramente, desde que advogado compreenda o conflito como algo neutro, inerente às relações humanas, mas que possui diversas formas e contextos de manifestação, conseguirá vislumbrar mais amplas formas de tratamento das controvérsias existentes entre os indivíduos. A partir dessa percepção, poderá buscar meios mais adequados à realidade que lhe é apresentada por seus clientes, a partir de uma análise mais minuciosa dos interesses de seu contratante e do panorama fático no qual surgiu o conflito.

Tal processo mental nem sempre será simples, considerando-se a cultura jurídica de formação e atuação que predominou até o presente momento, na qual os juristas preparam-se, preponderantemente, para atuarem no âmbito do Poder Judiciário e limitarem suas opções às ações judiciais disponíveis. Pode ser ainda mais desafiador, contudo, superar o treinamento para litigar de forma contundente, buscando “vencer a outra parte” em busca de reconhecimento profissional.

Caso se considere que o papel do advogado é, em suma, buscar soluções viáveis e efetivas para os conflitos que lhes são apresentados, pacificando e restabelecendo, tanto quanto

seja possível, as relações entre os envolvidos, altera-se o conceito do que é uma prestação profissional de qualidade na área. Nesse caso, o “bom advogado” será aquele que possui a capacidade perceber nuances existentes no discurso de seu cliente, captando ao menos a essência das causas do conflito e das consequências que seu cliente almeja, de fato.

Após esse levantamento de dados, que envolve, conforme abordado, o desenvolvimento de certas habilidades de diálogo, notadamente a escuta ativa e os mecanismos de aproximação e ganho de confiança, será o momento de optar pela abordagem de atuação profissional e pelo mecanismo de resolução de controvérsias. No segundo capítulo, foram trazidos alguns exemplos de meios consensuais e de instrumentos processuais de cunho negocial que poderão ser utilizados.

Independentemente do procedimento escolhido, entendeu-se, nesta dissertação, que o advogado poderá pautar sua atuação conforme três categorias:

- como *assessor neutro*, informando seus clientes sobre aspectos técnicos, terminológicos, procedimentais e materiais, dentre outros, sendo essa forma adequada nas hipóteses em que o cliente possua razoável paridade de poder com a outra parte, deseje atuar com um maior nível de independência e consiga compreender as consequências de suas escolhas;
- como *conselheiro de seu cliente*, sendo esta a melhor opção se a parte for hipossuficiente ou não entender muito bem as peculiaridades de seu caso, implicando em uma maior responsabilidade e uma atuação mais marcante do advogado, sendo esta a forma predominante de atuação contemporaneamente;
- como *cocriador do desenho de sistemas de disputas*, ou seja, alinhando sua bagagem técnica aos conhecimentos fáticos da parte, de modo a traçar estratégias a partir de uma abordagem mais completa da questão.

Em cada uma dessas formas de atuação e procedimentos existentes, o advogado poderá ser mais ou menos cooperativo, individualista ou competitivo⁹⁵, a depender das necessidades verificadas no caso concreto. Essa escolha impactará no modo de resolução da controvérsia,

⁹⁵ Conforme categorizado por DEUTSCH, 1994, p. 14, citado no primeiro capítulo desta dissertação, considerando-se as posturas passíveis de adoção pelas partes em conflito, as quais se entendeu, na presente pesquisa, como extensíveis aos advogados.

fazendo parte da estratégia de tratamento do conflito e, assim como a abordagem conforme as categorias sistematizadas nesta dissertação, poderá se dar em qualquer procedimento.

Nesse sentido, não basta que o advogado reflita sobre qual a melhor ação judicial para resolução do conflito para que acompanhe as alterações dos tipos de conflitos e sua crescente complexidade. Sua análise estratégica, para que seja completa, deverá considerar os mais diversos procedimentos e instrumentos de resolução de conflitos, o que somente é possível se ele conhecer vários meios de resolução de conflitos e suas características.

A capacitação profissional, por sua vez, é oriunda da educação. Portanto, para que haja busca por adequação de meios e ocorram mudanças efetivas de paradigmas, é preciso que os métodos e conteúdos de ensino sejam reformulados. Em suma, se a palavra-chave desta dissertação é “adequação”, a base das propostas de implementação é o ensino jurídico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **A nobreza togada: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil**. Tese apresentada à Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

ALMEIDA, João Alberto de. Desjudicialização: a relação entre a arbitragem e os serviços notariais e registrais. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. n. 59. Belo Horizonte, jul./dez. 2011.

ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In.: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Condução planejada dos processos judiciais – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo**. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2005.

_____. **Gerenciamento de processos judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Mediação e conciliação, produtividade e qualidade. In: **Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**. v. 34, n. 123, São Paulo, AASP, ago. 2014.

_____. As normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (ou “As doze tábuas do Processo Civil brasileiro”). In: BONATO, Giovanni (coord.). **O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015.

ASHKENAS, Ron. There’s a difference between cooperation and collaboration. **Harvard Business Review**. 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação, as necessidades humanas e o conflito. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016a.

_____. Integração de competências e mudança de cultura para o desempenho das atividades de conciliador e mediador. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016b.

BARBOSA, Leonardo Figueiredo. Educação jurídica e crises: o marco regulatório do ensino do direito. **Cadernos de Direito – UNIFESO**. vol. 01, n. 1, pp. 201-239. Teresópolis, RJ, 2016.

BARKAI, John L. *How to develop the skill of active listening*. **The practical lawyer**. vol. 30, n. 4, junho, 1984.

BECK, Connie J. A.; BENJAMIN, G. Andrew H.; SALES, Bruce D. Lawyer distress: alcohol-related problems and other psychological concerns among a sample of practice lawyers. In.: **Journal of Law and Health**. 10 J. L. & Health I, 1995.

BOARDMAN, Susan K.; HOROWITZ, Sandra V. Constructive conflict management and social problems: an introduction. *Journal of Social Issues*. Vol. 50, n. 1, p. 1-12, 1994.

BOAVIDA, Ana Maria; PONTE, João Pedro da. Investigação colaborativa: potencialidades e problemas. **Refletir e investigar sobre a prática profissional**. Pp. 43-55. Lisboa: APM, 2002.

BODEN, Margaret A. O que é a criatividade? In: BODEN, Margaret A. **Dimensões da criatividade**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

BORGES, A. Tarciso. Um estudo de modelos mentais. In: **Investigações em Ensino de Ciências**. Vol. 2, n. 3. P. 207-226, 1997.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Advocacia negocial: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos**. João Pessoa: A União, 2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1028/2011. Emendas apresentadas – CCJC**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2110514>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 1.028/2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=859318&filename=PL+1028/2011>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 5.511/2016**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8DA92C2DDDFE430C3312FE41EB0FD72B.proposicoesWebExterno1?codteor=1465548&filename=Tramitacao-PL+5511/2016>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6º ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo – Revista dos Tribunais Online**. vol. 259/2016, pp. 471-489. Setembro de 2016.

CANNON, Yael Zakai; RINALDI, Laura N. *Initiating a special education case*. In: COLKER, Ruth; WATERSTONE, Julie K (org.). **Special education advocacy**. Danvers, Massachusetts: LexisNexis, 2011.

CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work na why it does*. **Harvard Business Review**. Maio-junho 1994.

CEBOLA, Cátia Marques. **La mediación**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

CHASE, Oscar G. Legal processes and national culture. In: **Cardozo Journal of International and Comparative Law**. vol. 5, n. 2, 1997.

CHASE, Oscar G. "Exceptionalism" and comparative procedure. In: **The American Journal of Comparative Law**, vol. 50, n. 2, pp. 277-301, 2002.

CHASE, Oscar G. *Law, Culture, and Ritual: disputing systems in crosscultural context*, New York University, 2005.

CHAUÍ, Marilena. A universidade operacional. **Revista Avaliação**. Campinas SP. Ano 4, vol. 4, n. 3, p. 3-8, 1999.

CHAUÍ, Marilena. A universidade pública sob nova perspectiva. **Revista Brasileira de Educação**. n. 24, pp. 5-15, 2003.

CHRISMAN, Honorable P. Oswin; COX, Gay G.; NOVOTNA, Petra. *Collaborative Practice Mediation: are we ready to serve this emerging market?* **Pepperdine Dispute Resolution Law Journal**. vol. 6, n. 3. 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

CNJ. **Direito da USP é premiado por incluir disciplinas sobre mediação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84434-direito-da-usp-e-premiado-por-incluir-disciplinas-sobre-mediacao-de-conflitos-2>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

CNJ. **Histórico – movimento pela conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao/historico-conciliacao>>. Acesso em 07 de fevereiro de 2017.

COCHRAN JR. Robert F. *ADR, the ABA, and client control: a proposal that the model rules require lawyers to presente ADR options to clientes*. In: **South Texas Law Review**. vol. 41, n. 183. 1999.

COOLEY, John W. **Mediation Advocacy**. South Bend, Indiana: National Institute for Trial Advocacy, 1996.

CUNHA, Luciana Gross; BONELLI, Maria da Gloria; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SILVEIRA, Maria Natália B. Sociedades de advogados e tendências profissionais. In: **Revista Direito GV**. v. 3, n. 2, pp. 111-138. Jul-dez 2007.

D'AGOSTINO, Rosanne. **Juízes ignoram fase de conciliação e descumprem novo código**. Notícia publicada em: 15 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/juizes-ignoram-fase-de-conciliacao-e-descumprem-novo-codigo.html>>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

DAICOFF, Susan. Collaborative law: a new tool for the lawyer's toolkit. **Florida Journal of Law and Public Policy**. vol. 20. 2009.

DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven: Yale University Press, 1973.

DEUTSCH, Morton. *Constructive conflict resolution: principles, training, and research*. *Journal of Social Issues*. Vol. 50, nº 1, p. 12-32, 1994.

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Seminário – O Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil. Enunciados Aprovados.** Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

FALECK, Diego. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. **RBar**. n. 23, jul-set 2009.

FALECK, Diego; FONTES, Marcus; FONTES, Max; ARROW, Kenneth J. Cooperação e competição em ações judiciais: advogados podem amenizar conflitos? In: ARROW, Kenneth J. (coord.). **Negociação: barreiras para resolução de conflitos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. A realidade política e o ensino jurídico. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**. n. 82. 1987.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago Ed., 1994.

FOLLETT, Mary Parker. *Creative experience*. New York: Longmans, Green and Co., 1930.

FOLLETT, Mary Parker. *Constructive conflict*. In: GRAHAM, Pauline (org.). *Mary Parker Follett prophet of management: a celebration of writings from the 1920s*. Washington/DC: Beard Books, 2003.

FÓRUM NACIONAL DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. **III FONAMEC. Enunciados.** Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/124/1084/file/ENUNCIADOS%20APROVADOS_Comiss%C3%A3o%20Acesso%20Just%20Cid%20CNJ.pdf>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2017.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016.** Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 30 de janeiro de 2017.

FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. Sobre a relevância de uma noção precisa de conflito. In: **Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**. v. 34, n. 123, São Paulo, AASP, ago. 2014.

FREITAS JR, Antonio Rodrigues de. Nova perspectiva na advocacia. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

GABBAY et al. Cândido Rangel Dinamarco e a instrumentalidade do processo (uma entrevista). **Cadernos Direito FGV**. V. 7, n. 4. Julho de 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA – Condições, Desafios e Limites para a Institucionalização da Mediação no Judiciário**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). Coleção MASC, vol. 1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GALANTER, Marc. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. **Law & Society Review**, vol. 9, nº 1, Litigation and dispute processing: part one, p. 95-160. 1974.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed., 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

GOLDBERG, Stephen B.; GREEN, Eric D.; SANDER, Frank E. A. *ADR problems and prospects: looking to the future*. **Judicature**. vol. 69, n. 5. Fev-Mar, 1986.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Quaestio Iuris**. v. 4, nº. 01, pp. 720-746. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 3. vol., 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAMPTON, David R. **Administração: comportamento organizacional**. São Paulo: McGraw-Hill, 1990.

HYMAN, Jonathan M. Four ways of looking at a lawsuit: how lawyers can use the cognitive frameworks of mediation. **Rutgers school of law-Newark Legal Studies Research Paper Series**. Research Paper n. 30. NYLS Clinical Research Institute. Paper n. 08/09 #15. 2010.

IBGE. **Censo Demográfico 2010 – Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000009352506122012255229285110.pdf>>. Acesso em: 02 de dezembro de 2016.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.

KEMCZINSKI, Avanilde; MAREK, Joel; HOUNSELL, Marcelo da Silva; GASPARINI, Isabela. Colaboração e cooperação – Pertinência, concorrência ou complementariedade. **Revista Produção Online**. v. 7, n. 3, 2007.

KOZA, K. L.; DANT, R. P. *Effects of relationship climate, control mechanism, and communications on conflict resolution behavior and performance outcomes*. **Journal of Retailing**, v. 83, n. 3, p. 279-296, 2007.

LAWRENCE, James K. *Collaborative lawyering: a new development in conflict resolution*. **Ohio St. J. Dispute Resolution**. Vol. 17, n. 2. 2002.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço Levy. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisa, elaboração, análise e interpretação de dados**. 7. ed., 6. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINELLI, Dante Pinheiro. **Negociação empresarial: enfoque sistêmico e visão estratégica**. Barueri: Manole, 2015.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and inspirations: a brief history of the foundations of dispute resolution. In: MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coord.). **The handbook of dispute resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

MICHAELIS. **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Editora Melhoramentos. 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/>>. Acesso em 13 de março de 2017.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. CÂMARA DE EDUCAÇÃO SUPERIOR. **PARECER Nº CES/CNE 0146/2002**. Aprovado em: 03/04/2012. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/14602DCEACTHSEMDTD.pdf>>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. SECRETARIA DE ENSINO SUPERIOR. GRUPO DE TRABALHO MEC-OAB. **RELATÓRIO FINAL (PORTARIAS Nº 3.381/2004 e 484/2005)**. Março de 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/Relatorios/relatorio_gt_direito.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalism-valorativo**. Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**. v. 78, n. 1. Brasília, 2012.

MOORE, Christopher W. **The mediation process: practical strategies for resolving conflict**. San Francisco: Josse-Bass, 2014.

MOREIRA, Marco Antonio. APRENDIZAGEM SIGNIFICATIVA: da visão clássica à visão crítica. **Conferência de encerramento do V Encontro Internacional sobre Aprendizagem Significativa**. Madrid, Espanha, setembro de 2006.

MOREIRA, Marco Antonio. Aprendizagem significativa: um conceito subjacente. **Aprendizagem Significativa em Revista**. v. 1, n. 3, pp. 25-46, 2011.

MOREIRA, Marco Antonio. Modelos mentais. *In: Investigações em Ensino de Ciências*. v. 1, n. 3, pp. 193-232, 1996.

MUNIZ, Tânia Lobo. O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos. *In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (org.). Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos*. 1. ed. Birigüi: Boreal Editora, 2014.

NOLON, Sean F. *The lawyer as a process advocate: encouraging collaborative approaches to controversial development decisions*. ***Pace Environmental Law Review***. vol. 27. 2009.

PELUSO, Cezar. **Discurso de posse no STF**. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoPeluso.pdf>>. Acesso em: 23 de maio de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; ALVES, Tatiana Machado. A cooperação e a principiologia no processo civil brasileiro. Uma proposta de sistematização. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. XII, 2013.

POZZATI JUNIOR, Ademar; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Reflexões sobre o ensino dos meios alternativos de resolução de conflitos nos cursos de direito. *In: MUNIZ, Tânia Lobo; ARAUJO JUNIOR, Miguel Etinger (org.). Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos*. 1. ed. Birigüi: Boreal Editora, 2014.

RESNIK, Judith. *Tiers*. ***Southern California Law Review***. v. 57, pp. 837-1035, 1983.

RHODE, Deborah L. ***Access to justice***. New York: Oxford University Press, 2004.

RISKIN, Leonard L. *Mediation and lawyers*. ***Ohio State Law Journal***. v. 43, n. 1, p. 29-60, 1982.

RISKIN, Leonard L. *The contemplative lawyer: on the potential contributions of mindfulness meditation to law students, lawyers, an their clients*. ***Harvard Negotiation Law Review***. v. 7, p. 1-66, 2002.

SALES, Lilia Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SCHWAB, William H. *Collaborative lawyering: a closer look at an emerging practice*. ***Pepperdine Dispute Resolution Law Journal***. vol. 4, n. 3. 2004.

SCOTT, Marilyn A. K. *Collaborative Law: dispute resolutions competencies for the 'new advocacy'*. *Queensland U. Tech. L. & Just. J.* vol. 8, n. 1. 2008.

SOLOVAY, Norma. *Responding to the call for ADR: teaching an old law firm new tricks*. *Business Law Today*. Set./out. 2009.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. A cultura de litígio e o ensino jurídico no Brasil. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO; CENTRO DE ESTUDOS SOBRE O SISTEMA DE JUSTIÇA. **Diálogos sobre justiça**. n. 3, set.-dez./2014. Centro de Estudos sobre o Sistema de Justiça: Brasília, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Ano 23, n. 90, pp. 339-354. Belo Horizonte, 2015.

STRICKLAND, Elizabeth K. *Putting counselor back in the lawyer's job description: why more States should adopt collaborative law statutes*. *NCL Rev.* vol. 84. 2006.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, ano LXIII, n. 1, Marzo 2009.

TESLER, Pauline H. *Collaborative Family Law*. **Pepp. Disp. Resol. LJ**. vol. 4, n. 3. 2004.

Universidade de Brasília. **Currículo da Habilitação – Graduação**. Disponível em: <<https://matriculaweb.unb.br/graduacao/curriculo.aspx?cod=8486>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

Universidade Federal do Ceará – Faculdade de Direito. **Plano Político-Pedagógico do Direito 2012**. Disponível em: <http://www.direito.ufc.br/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=47&Itemid=94>. Acesso em 18 de abril de 2017.

USP/FDRP. **Projeto Político-Pedagógico. Curso de graduação em Direito**. 2016. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2014/03/Projeto-Pol%C3%ADtico-Pedag%C3%B3gico-2017-1.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. MEZZAROBBA, Orides; DAL RI JÚNIOR, Arno; ROVER, Aires José; MONTEIRO, Cláudia Servilha. (coord.). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: MORAES, Mauricio Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz (Coord.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed., 2005.

WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. **Revista do Advogado/Associação dos Advogados de São Paulo (AASP)**. v. 34, n. 123, São Paulo, AASP, ago. 2014.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (coord.). **Conciliação e mediação – ensino em construção**. 1. ed. São Paulo: IPAM/ENFAM, 2016.

ZARISKI, Archie. The new old lawyer: how lawyers have adapted to mediation to preserve their power, income, and identity. **Asian Mediation Association Conference**. Kuala Lumpur. February, 2011.