

EDIÇÃO 3 DEZ/2020-JAN/2021

ISSN 2675-9403

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA



TJPR

2ª Vice
Presidência

Conselho Editorial

Desembargador José Laurindo de Souza Netto - Editor-Chefe

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Leonardo de Andrade Ferraz Fogaça

Supervisão Editorial e Jornalista Responsável

Marilia Seeling de Oliveira

Revisão

Adriane Garcel

Karen Paiva Hippertt

Editoração e Layout

Fabiana Martins Budel

Revista Galha Azul: Periódico Científico da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná / Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, e. 3. v.1, n. 3, Curitiba, dez-2020/jan-2021.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| EDITORIAL | 3 |
| ARTIGOS | |
| MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DO DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE | 5 |
| Autor(es): José Laurindo De Souza Netto, Anderson Ricardo Fogaça, Adriane Garcel, Eleonora Laurindo de Souza Netto | |
| O ENSINO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E SEUS REFLEXOS NO FOMENTO A CULTURA DE PAZ | 16 |
| Autor(es): Ruy Alves Henriques Filho , Giulia Ferreira Lima | |
| O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS | 23 |
| Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Gustavo Calixto Guilherme, Adriane Garcel, Augustus Bonner Cochran III | |
| A MEDIAÇÃO E A EFETIVA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO | 32 |
| Autor(es): Robson Martins, Érika Silvana Saquetti Martins | |
| SOLUÇÃO PROMISSORA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE HARVARD E DA TEORIA DOS JOGOS NA MEDIAÇÃO | 39 |
| Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Jényfer Michele Pinheiro Leal, Adriane Garcel | |
| SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NO AGRONEGÓCIO: O PAPEL DO ADVOGADO NEGOCIADOR | 50 |
| Autor(es): Paulo Roberto Kohl | |
| A APARENTE (IM) PARCIALIDADE DOS MEDIADORES QUANDO ESCOLHIDOS PELAS PARTES | 60 |
| Autor(es): José Laurindo de Souza Netto, Jane Mary Dantas Perez, Mariele Zanco Laismann | |
| O DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR JUDICIAL PARA O ALCANCE DO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16 | 71 |
| Autor(es): Mariane Yuri Shiohara Lübke , Viviane Duarte Couto de Cristo , Eleonora Laurindo de Souza Netto e Fernanda Schuhli Bourges | |
| EMENDAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS | 79 |
| Autor(es): Arlei Costa Junior , Luiz Alberto Blanchet | |
| TEXTO DE OPINIÃO | |
| A MESA DE DIÁLOGO INFORMAL COMO MEDIDA INSTITUCIONAL DE PREVENÇÃO DOS CONFLITOS CONSUMEIRISTAS NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL | 91 |
| Autor(es): Eduardo Estanislau Tobera Filho | |
| A RESSURREIÇÃO DA CONCILIAÇÃO NO CONTEXTO DAS MÚLTIPLAS PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA | 96 |
| Autor(es): Roberto Portugal Bacellar | |

O sistema de Processo Civil brasileiro, baseado em decisão política que culminou no novo Código de Processo Civil, passou a seguir o modelo de resolução de disputas multiportas. Dependendo desse modelo, qualquer disputa deve ser direcionada à técnica ou aos meios mais adequados para resolvê-la. A mediação e a conciliação são agora fortemente encorajadas a reunir as partes e a capacitar os cidadãos como atores na resolução dos seus conflitos.

Desta forma, o incentivo à adoção dos métodos adequados de resolução de conflitos no processo judicial, de observância obrigatória pelos operadores do direito, passou a fazer parte das normas basilares do Processo Civil pátrio, oportunizando a escolha dos meios aptos a oferecer solução mais adequada e vantajosa ao litígio.

Nestes termos, as técnicas que visam a pacificação social e manutenção do vínculo, como é o caso da conciliação e mediação, ao fomentar a busca espontânea da melhor solução pelas partes, usualmente oferecem resposta mais adequada. Além disso, em alguns casos, o próprio custo do litígio recomenda a conciliação das partes, na medida em que o conciliador pode sugerir resposta ideal ao problema.

A tendência à solução consensual adotada pelo Código confirma-se diante das diversas regras dispostas ao longo do código tratando a respeito destes métodos. Assim, todo o ordenamento jurídico nacional está sendo direcionado para as soluções extrajudiciais, sejam elas autocompositivas (mediação, conciliação, negociação direta ou outros meios de solução consensual dos litígios) ou heterocompositivas (a exemplo da arbitragem, reconhecida pelo CPC/2015 como jurisdição extraestatal, art. 337, § 6º).

À vista disso, o objetivo desta edição é apresentar questões sensíveis à resolução de conflitos, fomentar a discussão e a distribuição do conhecimento pode ser considerada uma das diferentes formas de acesso à justiça. Além do mais, a divulgação de novas perspectivas certamente permitirá à comunidade jurídica, um novo olhar sobre métodos alternativos e eficazes, cada vez mais comuns na resolução de conflitos.

Destarte, esta Revista Galha Azul é o instrumento disponível que se compromete a dar e a conhecer as experiências e reflexões dos aficionados pela Justiça. Assim sendo, é dever de cada um contribuir, escrever, publicar, questionar, sugerir e apresentar propostas de aprimoramento.

Desejo a todos uma excelente leitura.

José Laurindo de Souza Netto¹

Editor-Chefe da Revista Galha Azul

¹ José Laurindo de Souza Netto é Desembargador do TJPR, onde atualmente é Presidente (Gestão 2021-2022). Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ.

ARTIGOS

MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DO DIREITO À SAÚDE SOB A PERSPECTIVA DO TEOREMA DE COASE

EXTRAJUDICIAL MECHANISMS OF THE RIGHT TO HEALTH FROM THE COASE THEOREM PERSPECTIVE

José Laurindo De Souza Netto¹, Anderson Ricardo Fogaça², Adriane Garcel³,
Eleonora Laurindo de Souza Netto⁴

O objetivo do trabalho é examinar as razões teóricas que sustentam o direito à saúde como direito prestacional oponível ao Estado, particularmente, na seara da concessão individual que impacta sobremaneira a sustentabilidade do sistema. Parte-se da hipótese que, na judicialização da saúde, ao se dar provimento a uma demanda individual, os custos são repartidos para toda a sociedade. A problemática reside em analisar o fenômeno sob a ótica do Teorema de Coase, que permite a ponderação dos custos sociais resultantes da judicialização da saúde, buscando alternativas extrajudiciais que não demandem recursos do orçamento público destinado ao direito à saúde. Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental. Em relação aos resultados alcançados, tem-se que a principal contribuição do trabalho é que o planejamento do Estado, voltado à aplicação dos mecanismos extrajudiciais, Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, Fomento Setorial e Licenciamento Compulsório, apresenta-se enquanto alternativa mais efetiva a materialização do direito à saúde. Somado a isso, a juseconomia é importante ferramenta que auxilia o exame das consequências práticas, fornecendo ao agente público diagnóstico e prognóstico para a tomada da decisão mais acertada. **Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Direito à privacidade. Liberdade de Informação. Lei 13709/2018. Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Direito fundamental social à Saúde. Investimento. Análise Econômica do Direito. Teorema de Coase. Fomento Setorial. Parcerias de Desenvolvimento Produtivo. Licenciamento Compulsório.

¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza com Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Desembargador e 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: jln@tjpr.jus.br – ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

² Mestre pela Universidade Internacional – UNINTER. Professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Juiz de Direito em 2º Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil. Email: andersonfoga@yaho.com.br – ORCID id: <https://orcid.org/0000-0001-8495-9443>.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br – ORCID id: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

⁴ Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Université Paris1 Pantheon-Sorbonne. Especialização em Direito Civil pela Universidade Panthéon-Assas Sorbonne. Pós-Graduação em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Professora de Direito Penal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Execução Penal, Leis Penais Especiais junto à Fundação de Estudos Sociais do Paraná – FESP. Professora de Processo Penal junto à Faculdade Curitibana do grupo UNIP (Universidade Paulista) e professora de Legislação Penal Especial na Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. E-mail: eleonoraurindo@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9119-9550> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5727713368768226>

This essay aims to examine, briefly, the theoretical reasons that support the right to health as a right to benefit and opposed to the State, a situation in which the related syndicality (individually considered) is identified as a factor of relevant impact on the sustainability of the system protective as a whole. It is assumed that, in the judicialization of health, when granting an individual demand, the costs are distributed throughout the society. Then, this phenomenon is analyzed through the lens of Coase Theorem, demonstrating the necessity to analyze the social costs of the judicialization of health. In the end, alternative solutions out of court that do not require resources from the public budget destined to the right to health are ventilated, which present an excellent cost-benefit ratio.

Keywords: Fundamental and social right to health. Investments in public health. Law and Economics. Coase Theorem. Sector Promotion. Productive Development Partnerships. Compulsory Licensing.

1 INTRODUÇÃO

A proteção do direito à saúde é garantida constitucionalmente, como corolário da dignidade da pessoa humana. Ocorre que, apesar de expressamente prevista na Constituição de 1988, inclusive configurando cláusula pétrea, a garantia de um efetivo sistema público de saúde não é tarefa simples, particularmente, em um país com mais de 200 (duzentos) milhões de habitantes.

Neste cenário, a judicialização da saúde se mostra, muitas vezes, como meio de garantir o atendimento a uma demanda individual, principalmente em se tratando de medicamentos, ou serviços de alto custo, não previstos nas listas oficiais. Além disso, a grande maioria das decisões judiciais se baseiam na proteção constitucional e acabam por impor aos entes federativos a obrigação de satisfazer os anseios individuais extraordinários ao planejamento estatal.

Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo examinar, sob a ótica do Teorema de Coase, as decisões frente aos custos sociais. Parte-se da hipótese que a imposição por parte do Judiciário nada mais faz do que repassar o valor do medicamento, ou serviço, para toda a sociedade. Para além, busca-se, como resultados, investigar alternativas extrajudiciais mais adequadas que auxiliem na promoção do direito à saúde sem comprometer o planejamento orçamentário.

Para tanto, preliminarmente, o direito à saúde será estudado sob o prisma da proteção constitucional. Posteriormente, adentrando na ótica do Teorema de Coase. Por fim, serão apresentadas alternativas extrajudiciais à desoneração do erário, particularmente, as Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, o Fomento Setorial e o Licenciamento Compulsório.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal da República é Lei Fundamental que está no topo da pirâmide normativa, fundamento de validade último de todas as demais normas jurídicas de uma sociedade. Não obstante, foi elaborada por pessoas democraticamente reunidas em uma Assembleia Nacional Constituinte e não oriunda, ou por meio, de uma divindade (BARROSO, 2009, p. 120- 121).

Em decorrência disso, é dotada – em razão, dentre outros fatores, de escolhas políticas acompanhadas de falibilidade (inerente à condição humana) – das ideologias dominantes da época, vicissitudes naturais do processo. Desprovida, portanto, de um aspecto “metafísico” que, por vezes, algumas interpretações transparecem. Destarte, do resgate sociológico, dentro da concepção de Ferdinand Lassalle – que diferencia, na obra “A Essência da Constituição”, a constituição escrita ou jurídica (mera folha de papel) da constituição real ou material (resultante do somatório dos fatores reais de poder) –, percebe-se que a Constituição Cidadã de 1988, fortemente Social e Dirigente, amplamente garantidora de direitos e programática, nada mais é do que reflexo das escolhas, em larga medida, influenciadas por inúmeras tensões públicas advindas dos mais variados segmentos da sociedade.

Para além do amplo rol contido na Carta de 1988, os direitos e garantias fundamentais ganham especial destaque, ao passo que elevados ao patamar de cláusula

pétrea. Isto, porque, apesar de o inciso IV do art. 60, §4º, da Constituição, apontar como cláusula pétrea os “direitos e garantias individuais”, compreende-se que os direitos sociais se incluem entre os direitos fundamentais, atraindo o regime jurídico destes.

A equiparação permite constatar que o rol dos direitos sociais não é taxativo, uma vez que compreende cláusula de abertura material, ou de não tipicidade, que permite ampliação de modo a abranger direitos materialmente fundamentais que estejam fora do Título II, conforme traça o §2º do art. 5º da Constituição. Afora isso, em razão do tratamento jurídico dado pelo § 1º do art. 5º da Constituição Federal, possuem aplicabilidade imediata, condição que, por si só e de plano, não afasta “uma série de questões controversas, amplamente debatidas nas esferas doutrinária e jurisprudenciais” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 602).

Neste contexto, a saúde é direito fundamental social previsto no art. 6º e art. 196, ambos da Constituição Federal, enquanto direito de todos e dever do Estado, assegurado através de políticas sociais e econômicas que visem, dentre outros fins, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tem-se, ainda, que o direito apresenta dupla dimensão, ou perspectiva, a dimensão subjetiva e a objetiva. A primeira, com enfoque no próprio titular do direito, individualmente, e que gera o direito subjetivo de proteção (negativo) face ingerências, bem como de exigência de prestação (positivo) por parte do Estado. A segunda, por sua vez, cria dever de proteção do Estado contra agressões, à chamada eficácia irradiante dos direitos fundamentais. A propósito, a conjugação das dimensões subjetiva e positiva abre a possibilidade de as pretensões individuais serem reclamadas ao Estado, através do Poder Judiciário, ante o caráter prestacional (exige um *facere* estatal) do direito, ao menos na perspectiva do mínimo existencial (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 595).

Neste contexto, é sabido que aos direitos sociais deve-se garantir máxima eficácia e efetividade, com obrigação solidária de implementação por parte de todos os entes, somado ao “dever de aplicação direta de tais normas por parte dos órgãos do Poder Judiciário” (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 595). Entretanto, isto não quer significar a existência de um direito fundamental *in abstracto*, sem limitações fáticas e jurídicas. Em contraposição, tem-se a reserva do possível, cuja perspectiva economicamente relevante retoma a discussão do fator custo.

Em verdade, a pretensão de, por meio do Poder Judiciário, exigir da Entidade Política a obrigação de realizar “uma prestação diretamente fundada na Constituição” mostra-se nada simples e, verdadeiramente, desafiadora (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2015, p. 598). O indivíduo busca o Judiciário a fim de fazer valer sua necessidade e condição de titular do direito. Na sequência, tornada a coisa litigiosa, o Judiciário pode se comportar de duas maneiras, ou de forma autocontida (autocontenção judicial), ou de forma expansiva, ou ativista (ativismo judicial). E qual é a fórmula certa? Depende. Em algumas situações deve se autoconter, noutras deve atuar de maneira expansiva.

Acerca disso, destaca-se que o ativismo judicial não é um fato decorrente da Constituição (ou do modelo

institucional vigente), mas sim uma *atividade*, uma conduta proativa e ampliadora do intérprete, ou seja, o ativismo judicial é um modo proativo e expansivo de interpretar a *Lex Mater*, inclusive, para levá-la a situações que não foram expressamente contempladas, nem pelo constituinte nem pelo legislador ordinário. Portanto, existem formas de manifestação desse ativismo. Adicionalmente, verifica-se a autocontenção judicial como o outro lado da moeda do ativismo judicial, pois, aquela reflete uma atuação antagônica a esta atitude proativa, à medida que a postura do Poder Judiciário é contida, mais comedida, “conduta pela qual o judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes” (BARROSO, 2015). Para além desse imbróglio, o que se pode afirmar categoricamente é que a proteção individual excessiva e incoerente pode levar o sistema protetivo como um todo à ruína.

3 AS EXTERNALIDADES DO ACESSO À SAÚDE SOB A ÓTICA DO TEOREMA DE COASE

Uma vez entendida a saúde como um direito de todos e dever do Estado, mostra-se intensa e significativa a obrigação estatal de consumir o seu núcleo essencial, com necessária disponibilização de recursos pecuniários (considerando que “Direitos não nascem em árvores”), de modo geral, previstos no orçamento público dos entes federativos. Conforme discorre GALDINO (2005, p. 211): “As escolhas trágicas – na já antes aludida expressão de CALABRESI e BOBBIT – que são impostas pela escassez de recursos financeiros para tutela dos direitos salientam a valoração que uma sociedade atribui a tais ou quais direitos. Isto porque as decisões (ou escolhas) acerca das alocações dos recursos para tutela de determinados direitos, enquanto outros restarão desprotegidos, espelha os valores da sociedade em questão”.

Malgrado, se de um lado não se pode visualizar a implementação de direitos de maneira utópica (sem se considerar o “fator custo”), de outro mostra-se necessário transpor a concepção dos custos como mero obstáculo, uma vez que os recursos econômicos são, na realidade, “pressupostos, que tornam possível a realização dos direitos” (GALDINO, 2005, p. 213).

Eventual insuficiência de recursos constitui mais do que mero empecilho à implementação do direito à saúde, revela as escolhas trágicas realizadas pela autoridade competente, o “abandono” de certos direitos, ou políticas públicas, má gestão, desvio da finalidade pública. Em verdade, serve como espécie de *feedback* que indica o redirecionamento da máquina pública para determinada necessidade.

Nesse cenário e em razão da escassez de recursos em face da vastidão de necessidades públicas, à Administração compete efetivar as escolhas “menos trágicas” que integrarão os projetos de Leis Orçamentárias (*lato sensu*), ocasião em que deverá avaliar conveniência e oportunidade, uma vez que nem todos os direitos fundamentais albergados na Lei Maior poderão ser efetivados em sua totalidade. Posteriormente, a escolha é ratificada pelo Poder Legislativo competente (em um verdadeiro pêndulo da harmonia entre os poderes).

Verdade seja dita, considerando que nem todos os direitos fundamentais poderão ser efetivados, e, quando o

forem, não serão disponibilizados a todos integralmente, surge à noção de tragicidade da escolha a ser feita pelo Poder Público. Certamente, inúmeras pessoas acabarão desassistidas, razão pela qual, à luz da eficiência e maximização, deve o Estado direcionar os recursos às ações que impactem o maior número de pessoas em situações similares.

Diante deste cenário, bastante em decorrência da imperiosa racionalização dos insuficientes recursos financeiros, a Análise Econômica do Direito – também conhecida por AED, *juseconomia* ou Direito e Economia em decorrência da acepção talhada pelos americanos “law and economics” (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 202) – evidencia-se útil e profícua, ao possuir como vetores decisórios a eficiência, a otimização dos recursos e o melhor manejo da relação custo- benefícios. Com efeito, a questão da administração das infinitas necessidades, diante dos limitados recursos, reflete importante questionamento da Economia, enquanto ciência, que lança o debate em torno da concepção de eficiência, atingir grau máximo de eficiência na aplicação de recursos.

Com base nesta perspectiva, Flávio Galdino preleciona que a “questão central na análise econômica do direito será a eficiência econômica, ou mais precisamente, a maximização da eficiência econômica das instituições sociais e, dentre estas, também do Direito” (GALDINO, 2005, p. 242). Destacando, ainda, que:

Antes de ser uma inimiga ou um mero artifício ideológico para denegação de direitos, a compreensão da escassez de recursos – ao lado da correta compreensão dos custos dos direitos – através de análises de custo- benefício, significa um meio de converter o Direito em um poderoso instrumento de transformação social, representando também, até mesmo, uma justificativa para o próprio Direito (GALDINO, 2005, p. 242).

Com base nisso, tem-se que os custos de transação podem ser concebidos como meios, ou maneira, de precificar incertezas que impactam, em maior ou menor grau, as operações econômicas (SZTAJN, 2004, pp. 283-302). Adiante, a dita externalidade pode ser compreendida, grosso modo, como o efeito da atividade econômica em terceiros, positivo/benéfico ou negativo/lesivo. Inclusive, é por este motivo que se fala em externalidades positivas e negativas, “falhas de mercado”. Em outros termos, consiste na repercussão favorável, ou prejudicial, que atinge agentes que não participaram diretamente da transação, entretanto, em alguma medida, acabam sentindo os efeitos indiretamente.

Nessa toada, Mackaay e Rousseau (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 202) ilustram um caso usual de externalidade, conectando-o com os custos da transação, *in verbis*:

O exemplo que se costuma dar é a poluição gerada pela atividade de uma empresa em detrimento de vizinhos. O custo da poluição não integra os custos que entram no cálculo da empresa. Obem ou o fato de produção (aqui o meio ambiente) não é apropriado perfeitamente: o poluidor o “toma” sem ser proprietário e sem pagar. Produz a um custo menor do

que o custo real. A verdade dos preços não é respeitada, e os atores econômicos orientam mal suas decisões de produção e de consumo, fiando-se no preço.

Aliás, foi neste cenário que o economista inglês Arthur Pigou, a fim de reconstruir a *verdade dos preços*, pregoava o cabimento das “regras de responsabilidade, ou, também, – intervenção mais direta – impostos ditos ‘pigouvianos’ ou, eventualmente, subvenções ou forma de regulamentação impostas ou acordadas com aqueles que criam as externalidades negativas” (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 204). A tese de Pigou – defendida na obra “The Economics of Welfare, originalmente publicada em 1920 – foi rebatida por Ronald Coase.

Para Coase, as externalidades compreendem, “no fundo, diferenças relativas aos usos correntes e incompatíveis de um recurso que se tornara escasso”, panorama que lhe proporcionou afirmar que a “solução a que as partes chegariam para resolver tais diferenças não depende da forma pela qual os direitos são atribuídos, mas é sempre a utilização mais valorizada (a mais proveitosa) a que prevalecerá” (MACKAAY, ROUSSEAU, 2015, p. 202).

Em resposta ao caso da fábrica que gera poluição, Coase afirma que as propostas de Pigou, de imposição do dever de pagamento de um tributo ou de remoção da fábrica da área em que está instalada, são inadequadas. Nas palavras de Ribeiro e Paganella:

Coase, ao invés, sustenta que as propostas podem ser inapropriadas, eis que nem sempre conduzem aos resultados desejáveis. Em sua teoria, é quebrado o paradigma segundo o qual o causador da fumaça seria sempre e simplesmente o único responsável pelo dano. No caso da fábrica, Coase pondera que não havendo a imposição do tributo, poderia haver fumaça em demasia e pessoas nas proximidades em número insuficiente, mas com o tributo poderia haver pouca fumaça e pessoas em demasia e não haveria razão para supor que um desses resultados seria necessariamente preferível ao outro. Coase considera que muito embora o problema exista porque existe a fábrica, também decorre da existência das propriedades vizinhas. O problema, portanto, não ocorre tão somente em função de um único causador (RIBEIRO, PAGANELLA, 2019, p. 78).

Assim, para o economista, a solução deve focar em evitar o prejuízo mais grave, independentemente de quem for o responsável pelo dano. Em um regime hipotético, em que os custos de transações sejam iguais à zero, a eficiência alocativa será atingida independentemente de como os direitos são distribuídos pelo Estado. Como esse regime é apenas hipotético, o Estado deve agir para facilitar as transações entre os agentes econômicos, com o objetivo de maximizar a riqueza. Devendo compreender, para tanto, quais as consequências econômicas de suas decisões. Nesses termos, Coase afirma que ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, é necessário considerar o efeito total:

But in choosing between social arrangements within the context of which individual decisions are made, we have to bear in mind that a change in the existing system which will lead to an improvement in some decisions may well lead to a worsening of others.

Furthermore we have to take into account the costs involved in operating the various social arrangements (whether it be the working of a market or of a government department), as well as the costs involved in moving to a new system. In devising and choosing between social arrangements we should have regard for the total effect. This, above all, is the change in approach which I am advocating (COASE, 1960, p. 44.)

Dessa maneira, por um lado, Pigou sugere a interferência corretiva da responsabilização estatal (v.g., demandas judiciais, tributação extrafiscal, ou seja, a tributação com fins não arrecadatórios, mas como meio de o Estado intervir no mercado interno, dirigindo-o com ações públicas que incentivam ou desmotivam os atores econômicos, sobre a atividade econômica em questão). Na memorial lição TORRES (2004, p. 185-186), tem-se que a “extrafiscalidade, como forma de intervenção estatal na economia [...]” quando “diluída na fiscalidade, exerce variadíssimas tarefas de política econômica, competindo-lhe, entre outras: o desestímulo ao consumo de certos bens nocivos à saúde, [...]; o incentivo ao consumo de algumas mercadorias [...]; a inibição de importação de bens industrializados e o incentivo à exportação, através dos impostos aduaneiros etc.”

Por outro lado, Coase recomenda que o problema seja resolvido pelos próprios agentes econômicos. Neste cenário, a técnica de correção de preços de mercado deve privilegiar a utilização mais proveitosa, independentemente de quem seja o responsável jurídico pelo dano. Para o autor, o custo de exercer um direito é sempre a perda sofrida em consequência do exercício desse próprio direito (COASE, 1960, p. 44). No entanto, considerando-se que o mundo ideal, sem custos de transação, é apenas hipotético, é necessário delimitar os direitos para a diminuição dos custos de transação, o que deve ser feito pelo Estado.

O raciocínio proposto por Coase se baseia em uma lógica consequencialista de custo-benefício, cujas origens remontam ao utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill – escola que antecedeu à Análise Econômica do Direito. A corrente tinha como fundamento a ideia de que o ser humano toma suas decisões de forma a maximizar seu prazer e diminuir sua dor (BENTHAM, 1984). Assim, a concepção serviu de base para as teorias jurídico-econômicas da Escola de Chicago.

Isto posto, factível a fixação de um paralelo entre as lições advindas da Análise Econômica do Direito e o debate proposto. Considerando o fato de que o Estado possui o dever prestacional – pois o Estado figura no polo passivo de uma relação jurídica em que o respectivo objeto constitui-se uma prestação positiva, no sentido em que depende para sua efetivação de um fazer estatal (BARCELLOS et al., 2002) – e o indivíduo detém a titularidade do direito fundamental à saúde, observe-se que o custeamento de medicamentos de valor agregado, viabilizado pela judicialização da saúde, dá origem a uma espécie de externalidade negativa. A concessão de tecnologia de saúde de grande monta, não constante na lista do SUS (Portaria 2.892/2009 do Ministério da Saúde) e, conseqüentemente, fora do planejamento orçamentário, tem enquanto resultado efeito colateral financeiramente nocivo ao Estado como um todo.

Ao se deferir um pedido individual, condenando o ente público a prestar o serviço, ou medicamento necessário, inúmeras são as externalidades que prejudicam agentes que sequer participaram do processo. Em decorrência, o julgador deve previamente considerar as consequências quando da tomada de decisões recorrendo às tecnologias da informação e comunicação para obtenção das informações necessárias (FREITAS, BARDDAL, 2019, p. 107-126).

Dentre os aspectos negativos, as decisões procedentes acabam por atender apenas interesses individuais e criar políticas públicas em favor de poucos, deixando de canalizar o recurso público para as políticas coletivas. Por outro lado, propiciam a revisão e fomento das políticas públicas, bem como inserem o debate sanitário como pauta de destaque na realidade política brasileira, o que é de suma importância para o enriquecimento e desenvolvimento do estudo à saúde (SCHULZE, GEBRAN NETO, 2015, p. 154).

Neste contexto, faz-se necessário analisar alternativas que garantam eficiência no acesso à saúde, sem comprometer o planejamento orçamentário.

4 MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS

A judicialização da saúde analisada sob a ótica dos estudos de Coase permite concluir que condenar o Estado a conceder um medicamento, ou serviço, necessário em uma demanda individual nem sempre é a melhor alternativa, visto que o valor será repassado para toda a sociedade. Neste contexto e diante do crescimento excessivo de demandas judiciais na área da saúde, com impacto direto no orçamento público limitado, cumpre analisar alternativas que viabilizem o acesso à saúde, sem impactar o orçamento previsto para a saúde pública.

Dentro da conjuntura pré-jurídica, anterior à ação judicial e cuja competência cabe ao Administrador Público, ventilam-se, à luz da Análise Econômica do Direito, três alternativas para desoneração do erário: Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, Fomento Setorial e Licenciamento Compulsório. Compre-nos analisar cada uma delas, nos termos a seguir.

4.1 PARCERIAS DE DESENVOLVIMENTO PRODUTIVO

Regulamentada pela portaria nº 2.531/2014, do Ministério da Saúde, a Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP), via de regra, consiste em uma parceria tripartite conjugada por uma instituição privada, empresa possuidora da tecnologia de saúde nacional, ou multinacional, uma pública (v.g., laboratório público oficial) e o Ministério da Saúde, objetivando o desenvolvimento, transferência e absorção de tecnologia, produção, capacitação produtiva e tecnológica do País em produtos estratégicos para atendimento às demandas do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme inciso I do art. 2º. Segundo anota Pollyana de Carvalho Varrichio:

As PDPs podem ser entendidas como mecanismo de política industrial utilizadas na saúde que envolvem uma série de contrapartidas para que sejam realizadas as compras públicas de fármacos, medicamentos e equipamentos para o Sistema Único

de Saúde (SUS). Dessa forma, garante-se a internalização da produção e a transferência de tecnologia para um produtor nacional durante o contrato de parceria em que são concretizadas as compras governamentais do SUS (VARRICHIO, 2017, p. 188).

Por seu turno, os produtos estratégicos são aqueles dos quais o SUS necessita para ações de promoção, prevenção e recuperação da saúde, com aquisições centralizadas, ou passíveis de centralização, pelo Ministério da Saúde e cuja produção nacional e de seus insumos farmacêuticos ativos, ou componentes tecnológicos críticos, são relevantes para o Complexo Econômico-Industrial da Saúde (CIES). O CIES, por sua vez, consiste no sistema produtivo de saúde que contempla as indústrias farmacêuticas, de base química e biotecnológica, os produtos, equipamentos, materiais e serviços de saúde, conforme conceitos dispostos no art. 2º, incisos II e IV, sucessivamente, da Portaria 2.531, de 12/11/2014, do Ministério da Saúde.

Com efeito, a conjugação de interesses/potenciais objetiva agrupar o alto poder de compra do SUS para ampliar o acesso da população aos produtos estratégicos. Além, é claro, de fomentar não apenas o desenvolvimento destes produtos, da indústria farmacêutica e das pesquisas nas áreas pertinentes em território nacional, mas também reduzir as dependências produtiva e tecnológica.

Com relação a efetivação das Parcerias, o caminho a ser percorrido envolve seis etapas: (a) submissão de proposta; (b) avaliação e decisão (FASE I); (c) absorção e transferência de tecnologia (FASE II); (d) absorção e transferência de tecnologia com aquisição (FASE III); (e) internalização da tecnologia (FASE IV); e (f) monitoramento.

No plano teórico, a Parceria para o Desenvolvimento Produtivo representa grande avanço no enfrentamento da hercúlea tarefa de trazer sustentabilidade ao Sistema Único de Saúde. Apresentando-se, no entanto, enquanto saída de médio/ longo prazo, em razão dos elevados custos industriais que a área de tecnologias de saúde demanda, sobretudo, quando direcionada a áreas estratégicas, patologias, tratamentos preventivos, pesquisas farmacêuticas, dentre outros. Nessa esteira, o Ministério da Saúde pondera que a PDP propicia economia nas aquisições pelo ente público, assim como fomenta a qualificação e desenvolvimento dos centros públicos de pesquisas que integram a cadeia de produção de fármacos, além, é claro, de incentivar a competitividade do setor farmacêutico e, por conseguinte, a diminuição dos gastos produtivos.

No campo prático, entretanto, o instituto em questão é extremamente volátil, uma vez que submetido à vontade política predominante, facilmente mutável, seja pela substituição de ministros durante um determinado governo, seja por novas eleições e, *ipso facto*, a própria mudança de governante. A interferência se sucede da fase implementação até o prosseguimento das PDPs. Como foi o caso, por exemplo, da Portaria nº 704/ 2017, do Ministério da Saúde, que definiu a lista de produtos estratégicos para o SUS, prevendo o último dia do ano anterior como data limite. O atraso impactou negativamente todas as fases seguintes, evidenciando desordem, gerando incertezas, descrédito ao

setor e, como resultado, o afastamento de potenciais investidores.

Outro exemplo dessa zona cinzenta foi à suspensão, pelo Ministério da Saúde, da PDP entre a Empresa Brasileira Hemoderivados e Biotecnologia e a empresa privada Baxter/Baxalta, sucedida pela Shire Farmacêutica Brasil Ltda., para a produção e transferência de tecnologia do produto denominado Fator VIII Recombinante. A medida se deu sem motivação, análise econômico-financeira em relação ao custo de eventual inadimplemento contratual e comparação com a nova proposta. Igualmente, a parceria se deu sem seleção e avaliação da respectiva viabilidade econômica. O caso acabou originando litígios judiciais e administrativos – ilustrativamente, cita-se, o pedido de medida cautelar apresentado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, a saber, Acórdão 2207/2017, decisão do Plenário, relatoria do Ministro Vital do Rêgo.

Destarte, apesar de a PDP possuir considerável potencial de redução dos gastos públicos do SUS em tecnologia de saúde de áreas críticas e economicamente mais vulneráveis, imprescindível seu manejo adequado por parte dos atores políticos, sem o qual os pontos positivos do instituto se exauram.

4.2 ATIVIDADE FOMENTADORA E FOMENTO SETORIAL

Ao lado da prestação de Serviço Público e do exercício de Poder de Polícia, a atividade fomentadora constitui finalidade intrínseca e uma das razões de ser do Estado modernamente compreendido¹. No plano da norma constitucional propriamente dita, constata-se que “a função administrativa de fomento encontra respaldo constitucional de forma direta, a exemplo do artigo 165, § 2º, que trata das agências públicas de fomento. Possui também e de forma mais abrangente, uma previsão indireta, mas que capta de forma mais concreta a natureza e objetivo da atividade. O artigo 174 da Constituição de 1988 indica o papel de agente normativo e regulador do Estado, e as suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, fazendo menção ao último como ‘determinante para o poder público e indicativo para o setor privado’” (PAVANI et al., 2018, p. 111 – 129).

Os recursos relativos as tais funções não saem daquela parcela especificamente destinada à Saúde, de modo que se oportuniza a maximização das finalidades públicas. Noutras palavras, na atividade fomentadora o Poder Público pode fazer mais com menos, o que, à luz da Análise Econômica, reflete a clara noção de eficiência.

Na espécie, fala-se em fomento setorial que, em última análise, objetiva a construção de um ambiente institucional favorável à inovação farmacêutica em território brasileiro. Nesse contexto, entende-se por Fomento a ação de “auxiliar o desenvolvimento de uma atividade privada, que se supõe de interesse público, com meios públicos” não coativos, mas sim persuasivos, sem que isso implique na “criação de serviço público ou a assunção

da atividade econômica pelo Estado” (MENDONÇA, 2009, p. 80 – 140).

À vista disso, tem-se que o desenvolvimento sustentável desse segmento industrial, sobretudo em pontos nevrálgicos, pode efetivamente contribuir para incremento do acesso as tecnologias de saúde pelos brasileiros, viabilizando ao Estado propiciar mais com menos, uma vez que os recursos financeiros em questão não procedem da parcela disponibilizada pela lei orçamentária (*latu sensu*). É o caso da Lei 10.332/2001 que instituiu, dentre outros, o Programa de Fomento à Pesquisa em Saúde, destinando-lhe 17,5% (dezesete inteiros e cinco décimos por cento) do total da arrecadação da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE), conforme art. 1º, inciso II.

No mesmo sentido, a empresa pública FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos) vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, que tem por finalidade institucional o apoio aos estudos, projetos e programas de interesse para o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico do país, tendo em vista metas e prioridades setoriais estabelecidas nos planos do Governo Federal. Na prática, a empresa atua enquanto um dos entes executivos dos fundos setoriais.

Adicionalmente, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que, nos termos do respectivo estatuto social, consiste em um dos principais instrumentos de “execução da política de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do País”. Enfim, não se pretende esmiuçar cada plano mencionado, mas sim ilustrar o argumento de que há recursos financeiros para implementação de fomento no setor da saúde. Isso, sem falar nas subvenções fiscais e outros instrumentos afins. Todavia, tanto por não serem ilimitados como por atenderem outras searas produtivas e tecnológicas, é forçoso potencializar a utilização dos recursos disponíveis, inclusive, por meio da Análise Econômica do Direito.

Para tanto, imperiosa a adoção de uma ação coordenada “*extramercado*”, materializada em um planejamento governamental, de médio/ longo prazo, que, a partir de uma estimativa orçamentária prévia e de uma análise sobre a conjuntura da economia interna e externa, sopesa os mais diversos fatores com o fito de direcionar adequadamente os recursos disponíveis. A racionalização antecedente é essencial para um quadro social e economicamente sustentável (MENDONÇA, 2009, pp. 80 – 140).

Não se pode olvidar, ainda, que a intervenção estatal pode agravar a situação, ou criar problemas de outra ordem, particularmente, diante da corrupção e ausência de planejamento. A ação do Estado não está livre de falhas, risco presente e inerente a qualquer intervenção humana.

¹ No plano da norma constitucional propriamente dita, constata-se que “a função administrativa de fomento encontra respaldo constitucional de forma direta, a exemplo do artigo 165, § 2º, que trata das agências públicas de fomento. Possui também e de forma mais abrangente, uma previsão indireta, mas que capta de forma mais concreta a natureza e objetivo da atividade. O artigo 174 da Constituição de 1988 indica o papel de agente normativo e regulador do Estado, e as suas funções de fiscalização,

incentivo e planejamento, fazendo menção ao último como “determinante para o poder público e indicativo para o setor privado” In: PAVANI, Gustavo et al., “Políticas públicas de fomento à atividade empreendedora no Brasil: empreendedorismo por necessidade e as contradições com os fins da atividade de fomento”, *Revista de Direito do Trabalho*, v. 196, 2018, p. 111 – 129.

Também, necessária uma estruturação robusta que alinhe produção e disseminação de inovações tecnológicas, ponderando-as com a complexidade social e organizacional (GADELHA, 2012, p. 14), como com a correlata composição do Estado e sua interação com o setor produtivo, ou, ainda, o choque entre a tutela dos direitos sociais e a salvaguarda da livre iniciativa. O diálogo entre as dimensões social e econômica, por sua vez, impede que as políticas estatais de mercado venham a privilegiar uma, ou outra dimensão, sem estabelecer liame entre elas.

Ato contínuo, em sendo constatada a existência de recursos necessários para a Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I), ou para pesquisa e desenvolvimento (P&D), e avaliada a pertinência da intervenção estatal no segmento, deve-se definir estrategicamente quais tecnologias de saúde serão focalizadas. A intervenção estatal pode ter por estratégia a redução da vulnerabilidade do acesso à saúde no país, por exemplo. Neste caso, deverão ser priorizados os aspectos mais “sensíveis”, medicamentos que possuam valor agregado e uma alta potencialidade de utilização por um número considerável de pessoas em semelhantes condições, tais como, tratamento de câncer e AIDS. Em seguida, depara-se com dois grandes problemas peculiares ao fomento público, quais sejam, os critérios para sua concessão “e sua intensidade e duração”.

Com relação à concessão, vislumbra-se que “o fomento pode ser inteligente instrumento de apoio ao desenvolvimento privado em direções constitucionalmente desejáveis – ou pode ser a enésima ajuda do Rei a seus amigos”. Quanto à intensidade e à duração, tendem a deturpar a substância do instituto, uma vez que a intervenção não pode consistir em “um auxílio indefinido, paternalismo estatal qualificado pela bondade dos objetivos perseguidos. As atividades fomentadas devem sê-lo [...] apenas durante o período em que seja [...] necessário à sua viabilidade econômica” (GADELHA, 2012, p. 14).

Destaca-se, ainda, que o fomento público não se trata de uma doação (pública), porquanto lhe falta o elemento central do *animus donandi*, a entrega de uma quantia ao particular decorre da performance de específica e determinada atividade. Há flagrante incompatibilidade de um viés donativo com os fins, expressos, ou implícitos, do Poder Público ao empregar a ferramenta. José Vicente Santos de Mendonça elenca seis principais caracteres:

(a) seu exercício se dá, num primeiro momento, sem coerção; (b) não há qualquer obrigação de o particular aderir a ele; (c) não se trata de liberalidade pública; (d) é seletivo, porém não injustificadamente anti-isonômico; (e) é unilateral, isto é, não há qualquer sujeito ativo para reclamar a execução da atividade fomentada, mas, apenas, para controlar o uso da verba pública; (f) é, em princípio, transitório.” (MENDONÇA, 2009, pp. 80 – 140).

Outrossim, o autor destaca que o atuar fomentador não se resume a um “auxílio econômico geral, mas ajuda concentrada em setores ou perfis específicos. O recorte temático de conteúdo tem a ver com o próprio caráter afetado da ajuda”, a noção de transitoriedade, que está umbilicalmente relacionada à ideia de que o fomento constitui um auxílio público à atividade privada, via de regra (e em virtude do próprio conceito deste), temporário

(MENDONÇA, 2009, p. 80 – 140). Se assim não o fosse, configurar-se-ia mero assistencialismo, ou atuação estatal substitutiva da privada, na economia de mercado.

Neste diapasão, os excessos acabam por perenizar o auxílio público que deveria ser acessório/secundário e não principal, além de acarretar a neutralização da álea típica do empreendedorismo, com socialização de riscos próprios da iniciativa privada. Inclusive, em afronta ao princípio da livre iniciativa, dado o potencial que tem de tornar as condições do mercado concorrencial artificiais.

Ainda que “assim não seja, pode acabar por desestimular a competitividade empresarial da região, setor ou agente econômico, ao funcionar como um seguro público de propostas fracassadas”. De outra banda, não pode o Estado se furtar por completo diante de eventual crise financeira em determinado setor econômico (insuficiência ou inexistência), em vias de prejudicar a coletividade.

Por isso, torna-se essencial que se insira no plano de fomento escalas prévias de repasse de determinados valores. A chamada ação orquestrada, como é conhecida, deve variar de acordo com os níveis de desempenho do sujeito fomentado, periodicamente prefixados, distribuindo-se proporcionalmente a duração e intensidade da atividade fomentada conforme à finalidade perseguida.

Por seu turno, a arbitrariedade, ou patrimonialismo, podem acabar interferindo na seleção do agente e da própria atividade, ou setor a ser fomentado, dado o considerável grau de discricionariedade na seleção. Considerando que sem seletividade a escolha tornar-se-ia pura e simples ajuda pública genérica (assistencialismo) e que, por sua vez, sem objetividade dar-se-ia vasta margem a malversação de recursos públicos, o ideário Aristotélico do justo meio (justa medida) apresenta-se enquanto melhor saída para a constituição de um fomento público republicano e democrático. Nestes termos, Mendonça traça os critérios objetivos que devem fundamentar à seleção:

Es os critérios formais da concessão: (a) transparência e procedimentalização; (b) competitividade; (c) objetividade. Quanto aos critérios materiais de concessão do fomento público, são eles (a) a não-lucratividade, (b) a eficiência do gasto público e (c) a razão pública. Os critérios da formulação do fomento aqui comentados são dois: (1) a submissão ao debate público e (2) a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende fomentar. A título de completude, não se pode deixar de comentar o maior de todos os requisitos: é a exigência de que o fomento se faça com base no princípio da legalidade (MENDONÇA, 2009, p. 80 – 140).

Destarte, quando racionalmente utilizado para atacar eventuais vulnerabilidades do SUS, o fomento público é mecanismo que confere eficiência e sustentabilidade ao sistema, ao permitir que o Estado faça uso de recursos inicialmente não previstos para a Saúde Pública, mas que indiretamente beneficiam-na, atuando enquanto verdadeiro incrementador de direitos fundamentais. Os recursos financeiros disponíveis ao fomento, por exemplo, podem ser racionalizados em prol de determinados fármacos, terapias

ou profilaxias, cuja incidência beneficiará um número considerável de pessoas em situações semelhantes.

Por arremate, a medida deve atingir o máximo de finalidades públicas possíveis. Não deve mirar apenas o desenvolvimento econômico, geração e distribuição de renda, mas também racionalizá-los, para que, de fato, potencialize e robusteça os direitos fundamentais.

4.3 LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO

Na sequência, o licenciamento compulsório, suspensão temporária do direito de exclusividade patentária, apresenta-se como meio alternativo à responsabilização judicial. Previsto no art. 71 da Lei 9.279/1996, o instrumento possibilita que o Poder Executivo Federal, por meio de ato normativo próprio, “auto-licencie” a patente de maneira cogente, temporária e não exclusiva, fundado em interesse público, ou emergência nacional, desde que o detentor daquela, ou licenciado, não atenda “voluntariamente” ao requisito da necessidade, resguardados os direitos do titular. Ademais, o ato concessivo fixará o prazo de vigência e a possibilidade de prorrogação, respeitado o caráter temporário.

A medida, está a serviço do Poder Executivo Federal como verdadeiro instrumento de intervenção estatal na economia e de implementação de Política Pública, não se podendo cogitar, portanto, adoção sucessiva pelo Judiciário. Ainda, impende ressaltar que seu uso tem uma série de implicações, sociais, políticas e econômicas, positivas e negativas, de modo que se torna essencial socorrer-se da Análise Econômica do Direito para compreensão.

O caso paradigmático do licenciamento compulsório do fármaco Efavirenz, em 2007, cuja titularidade da patente pertence ao laboratório farmacêutico Merck Sharp & Dohme, é bem elucidativo. A Lei 9.313/1996, particularmente, seu art. 1º, fez nascer para o SUS o dever de distribuir gratuitamente aos portadores do HIV e de AIDS “toda a medicação necessária a seu tratamento”. No mesmo ano, por forte pressão da política externa, foi publicada a Lei de proteção à Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), que entrou em vigor em 14 de maio de 1997 (art. 243, *in fine*) gerando a seguinte celeuma:

Todos os produtos que tinham sido comercializados em qualquer lugar do mundo antes de 14 de maio de 1997, quando essa nova lei entrou em vigor, se tornaram para sempre inelegíveis para o patenteamento no Brasil. Como resultado, dez medicamentos antirretrovirais permaneceram sem a proteção de patentes no país e puderam ser legalmente reproduzidos (SOUZA, 2011).

Como resultado, por meio da utilização de métodos de engenharia reversa, o laboratório “Far-manguinhos descobriu a fórmula da maior parte dos antirretrovirais não patenteados e começou a fabricá-los, usando princípios ativos importados principalmente da Índia e da China”. Até o ano de “2011, 9 dos 19 dos antirretrovirais usados no programa nacional de AIDS têm sido produzidos localmente” (SOUZA, 2011).

Ainda assim, os gastos com fármacos antirretrovirais (AVR) continuavam onerando substancialmente os recursos públicos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de HIV. Nesse cenário, a combinação do uso de princípios ativos provenientes da Ásia, com o emprego de engenharia reversa e a competência de laboratórios públicos (tais como o Far-maguinhos) para a confecção dos fármacos isentos de patentes, propiciou o uso do licenciamento compulsório como instrumento negocial indutivo, o que gerou um grande poder de negociação do governo nacional com os laboratórios importadores, fomentando em larga medida a economia.

Entretanto, a ausência de investimentos na indústria farmacêutica nacional fez com que a barganha por descontos fosse à ruína. No ano de 2006, por exemplo, o passivo com antirretrovirais correspondia à 80% dos custos do Ministério da Saúde com medicamentos. Conforme afirmado por André de Mello Souza, “como resultado dos descontos concedidos pelas empresas multinacionais farmacêuticas, os gastos do Ministério da Saúde com terapias antirretrovirais declinaram de US\$ 336 milhões em 1999 para US\$ 167 milhões em 2002 apesar do aumento considerável do número de pacientes tratados, de 79.245 para 119.500” (SOUZA, 2011, p. 15).

Diante disso, em 4 de maio de 2007, por meio do Decreto nº 6.108, o governo federal, por interesse público, concedeu licenciamento compulsório de patentes referentes ao Efavirenz, para fins de uso público não-comercial, em exclusividade, no âmbito do Programa Nacional de DST/AIDS, durante cinco anos, prorrogáveis por igual período, pagando ao laboratório titular das patentes a remuneração de 1,5%. Particularmente, conforme noticiado no sítio eletrônico do Ministério da Saúde, “essa medida provocou um impacto imediato de US\$ 31,5 milhões de economia para o país” (SOUZA, 2011, p. 17).

Internacionalmente, a medida rendeu um grande desconforto internacional, uma vez que “multinacionais farmacêuticas e os governos de diversos países, sobretudo o dos Estados Unidos, consideraram a licença compulsória do efavirenz desnecessária e ameaçaram reduzir os investimentos no Brasil”. Em 2001, na Organização Mundial do Comércio (OMC), o governo estadunidense esboçou um painel (espécie de comitê de arbitragem para analisar a Lei patentária brasileira entendida por ele como “nociva”) contra o Brasil por intervir na “produção e precificação de medicamentos antirretrovirais altamente lucrativos patenteados por ou licenciados exclusivamente a empresas norte-americanas”.

O Brasil, por sua vez, reagiu na própria entidade internacional, assim como através de apoio de ONGs, da mídia e imprensa internacionais, campanhas publicitárias em jornais norte-americanos e manifestações populares nas respectivas unidades diplomáticas. Após o aval da associação das indústrias farmacêuticas local, o governo dos Estados Unidos recuou e pronunciou-se pela retirada da respectiva reclamação em troca da garantia de que seria notificado antes que quaisquer produtos patenteados, ou licenciados, para empresas norte-americanas fossem compulsoriamente licenciados Brasil.

O caso do Efavirenz expõe as variáveis que se deve considerar para ponderação sobre o uso, ou não, do licenciamento compulsório. Quanto aos benefícios, tem-se

vantagem negocial (ante a ameaça do emprego da licença compulsória como meio para conseguir descontos), o barateamento pela aquisição da fórmula, possibilidade da criação de um estoque no caso de uma pandemia/epidemia, ampliação da cobertura de pessoas atendidas, contribuição para a sustentabilidade econômica do SUS, o maior acesso a bens e serviços de saúde, bem como o desenvolvimento da indústria nacional (o que repercute na economia, com geração de empregos, por exemplo). Noutro vértice, considerando o porte e o campo de influência das companhias farmacêuticas, o licenciamento compulsório pode ser um péssimo negócio, diante da possibilidade de repercussão nas relações internacionais com potências mundiais, abrindo lastro para o desencadeamento de uma série de problemas de ordem macroeconômica, retaliação em outras áreas produtivas, embargos econômicos, redução de novos investimentos externos no país, diminuição de inserção de novas tecnologias de saúde e etc.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não causa surpresa alguma a afirmação de que a Saúde Pública se encontra na Unidade de Terapia Intensiva (UTI) financeira. Isso é decorrência natural da audaciosa tarefa incumbida pela Constituição de 1988 que, ao instituir o Sistema Único de Saúde, passou a prever a saúde enquanto direito de todos e responsabilidade do Estado. Escolha louvável e hercúlea, contudo, desafiadora dada a vasta dimensão do país que conta com numerosa população.

Infelizmente, o atual cenário demonstra que a tarefa não tem sido bem-sucedida. A população acaba recorrendo ao Poder Judiciário para que seus direitos sejam garantidos. Grande parte dos pedidos é deferida, com base na fundamentalidade da saúde. No entanto, esta não se mostra a melhor solução para o problema da saúde no Brasil, visto que, ao atender interesses individuais, relega-se para um segundo plano o recurso público para políticas coletivas.

O Teorema de Coase, por sua vez, impõe a análise dos custos sociais decorrentes das decisões judiciais, de modo a se evitar a ocorrência de prejuízo mais grave, independentemente de quem seja o responsável pela efetivação do direito. No âmbito da saúde, principalmente no que se refere ao fornecimento de medicamentos de alto custo não incluídos nas listas oficiais, observa-se que a imposição – por parte do Poder Judiciário – ao ente federativo de custear tratamentos de elevada monta gera uma série de externalidades. Ao atender a demanda individual, cujo custo não estava previsto no planejamento orçamentário, o valor é abatido daquele que estava destinado a outras finalidades públicas, de modo que seus efeitos se estendem à coletividade.

Com isso em mente, necessário se pensar em alternativas das quais o Estado possa se valer, cujos recursos inicialmente não sejam previstos para a Saúde Pública, mas que indiretamente beneficiem-na. Neste sentido, os instrumentos extrajudiciais descritos, Parcerias de Desenvolvimento Produtivo, Fomento Setorial e Licenciamento Compulsório, apresentam-se enquanto alternativas à desoneração do Estado e à problemática da concessão de medicamentos de alto valor não constante nas listas do SUS, além de fornecerem novo fôlego ao erário.

Conforme preconiza Coase, o Estado deve agir para facilitar as transações entre os próprios agentes econômicos, com o objetivo de maximizar a riqueza. Assim, o planejamento do Estado, voltado à aplicação destes mecanismos com o fim de promover o acesso à saúde, mostra-se alternativa mais efetiva e apta a maximizar a riqueza do que a ingerência do Poder Judiciário no tema, que gera reflexos em outras políticas públicas.

Para além, considerando a conjuntura extrajudicial conjugada ao esforço de propor uma resolução ao problema por intermédio da técnica do “uso mais proveitoso” (alternativamente à responsabilização pela via judicial), vislumbra-se a *juseconomia* como instrumento apto a propiciar o exame das consequências práticas, custo/risco e benefício, fornecendo ao agente público diagnóstico e prognóstico para a tomada coerente e racional de decisão.

6 REFERÊNCIAS

1. BARCELLOS, Ana Paula de et al., Legitimação dos Direitos Humanos. org., Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
2. BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo, Saraiva, 2009.
3. BARROSO, Luís Roberto, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Uniceub, v. 5, número especial, 2015. Disponível em: <https://www.publicaco.esacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>. Acesso em: 09 set. 2020.
4. BARROSO, Luís Roberto, poderia O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Belo Horizonte, Forum, 2013.
5. BENTHAM, Jeremy, Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. Trad. Luís Paulo Baraúna, Coleção Os Pensadores, 3. ed., São Paulo, Abril, 1984.
6. COASE, R. H. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics. Vol. 3 (October 1960), p. 1-44.
7. FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; BARDDAL, Jean Paul, “Análise preditiva e decisões judiciais, controvérsia ou realidade?”, Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, vol. 1, n. 18, 2019.
8. GADELHA, Carlos Augusto Grabois (Coord.), A dinâmica do sistema produtivo da saúde, inovação e complexo econômico-industrial., coord., Carlos Augusto Grabois Gadelha, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2012.
9. GALDINO, Flávio, Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos não nascem em árvores. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.
10. GUILHERME, Gustavo Calixto, SOUZA NETTO, José Laurindo de, GARCEL, Adriane, A Responsabilidade Civil Pelos Riscos do Desenvolvimento no Ordenamento Jurídico. Brasileiro, Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, ISSN: 2178-2466, vol. 20, n. 38, 2020, p. 97-113. DOI: <https://doi.org/10.31512/rdj.v20i38.150>. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitojustica/article/view/150>. Acesso em: 10 set. 2020.
11. LEÃO, Simone Letícia Severo e Souza Dabes., Aspectos inerentes à judicialização da saúde: um estudo sobre a atuação da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas

Gerai s – TJMG. Revista Internacional Consinter de Direito.
ISSN: 2183-6396. Ano VI, n. x,
DOI: 10.19135/revista.consinter.00010.08. Disponível em:
<https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-x/>.

Acesso em: 23 set. 2020.

12. MACKAAY, Ejan., ROUSSEAU., Stéphane, A análise econômica do direito, São Paulo, Editora Atlas, 2015.

13. MENDONÇA, José Vicente Santos de Mendonça, “Uma teoria do fomento público, critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista”. Revista dos Tribunais, vol. 890/dez. 2009.

14. NOVELINO, Marcelo, Curso de direito constitucional, 1. ed. Salvador, Juspodivm, 2015.

15. PAVANI, Gustavo et al, “Políticas públicas de fomento à atividade empreendedora no Brasil: empreendedorismo por necessidade e as contradições com os fins da atividade de fomento”, Revista de Direito do Trabalho, v. 196, dez/2018.

16. SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel, Curso de direito constitucional, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

17. SCHULZE, Clenio Jair, GEBRAN NETO, João Pedro, “Direito à Saúde: Análise à luz da judicialização”, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2015.

18. SOUZA, André de Mello e, Acordo sobre os aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (TRIPS), Implicações e possibilidade para a saúde pública no Brasil, Texto para discussão 1615, Distrito Federal, Livraria do IPEA, 2011. Acesso em 23.07.2019, Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1615.pdf.

19. SOUZA NETTO, José Laurindo, Garcel, Adriane., O Direito Administrativo Sobreviverá à globalização? Um Diálogo Entre Os Princípios Constitucionais e a Revolução Virtual, Revista Eletrônica Do Centro Universitário Do Rio São Francisco, Unirios, 2020, n.26, p. 230-249, ISSN 1982-057. Disponível em:

<https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/resumo.php?id=535>

20. PERALES, Viscasillas, “Contratos de permuta financiera y arbitraje: cuestiones procesales y sustantivas”, Revista de Derecho del Mercado de Valores, v.17, 2015.

21. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, PAGANELLA, Genevieve Paim., “Fundamentos econômicos em decisão judicial no sistema brasileiro, repartição e mitigação dos danos, reciprocidade do problema: estudo de caso”, Revista CNJ, Brasília, DF, v. 3, n. 2, jul./dez. 2019.

22. SZTAJN, Rachel, “A incompletude do contrato de sociedade”. Revista da Faculdade de Direito, v. 99, 2004. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626/70236>. Acesso em: 5 jul. 2019.

23. TORRES, Ricardo Lobo, Curso de direito financeiro e tributário, 11. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

24. VARRICHIO, Pollyana de Carvalho, As parcerias para o desenvolvimento produtivo da Saúde, São Paulo, Repositório do IPEA, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8944/1/As%20parcerias.pdf>.

O ENSINO DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS E SEUS REFLEXOS NO FOMENTO A CULTURA DE PAZ

Ruy Alves Henriques Filho¹, Giulia Ferreira Lima²

O estudo de mecanismos de resolução de conflitos alternativos à judicialização de direitos vêm se revelando uma temática cada vez mais pertinente na prática profissional dos administradores da justiça, considerando que a contemporânea crise do Poder Judiciário, ocasionada pelo excessivo congestionamento processual e, conseqüentemente, pela falta de recursos para enfrentar o número crescente de demandas, vêm exigindo dos profissionais do Direito que encontrem outras soluções para o desafogamento do Sistema de Justiça. Verifica-se, entretanto, que o ensino processual no meio acadêmico não está em compasso com a tendência moderna de valorização dos métodos consensuais de pacificação de conflitos, mas sim estagnado na concepção beligerante do conflito.

Palavras-Chave: Métodos autocompositivos. Cultura da sentença. Cultura de paz. Crise do poder judiciário. Direito processual.

The study of alternative conflict resolution mechanisms to the judicialization of rights has revealed itself to be an increasingly relevant theme in the professional practice of operators of law, considering that the contemporary crisis of the System of Justice, provoked by excessive procedural congestion and, consequently, by the lack of resources to face the growing number of demands, have been requiring from law professionals to find other solutions for the relief of the institution. It appears, therefore, that procedural law education in the academic environment is not suitable with the modern trend of promoting consensual methods of dispute pacification, but rather stagnated in the confrontational conception of conflict.

Keywords: Consensual mechanisms. Sentence culture. Culture of peace. Judiciary crisis. Procedure law.

¹ Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Paraná. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com título equivalente e reconhecido pela Universidade Federal do Paraná; Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor da Escola da Magistratura do Paraná e do Centro Universitário Curitiba. E-mail: ruyalveshenriques@hotmail.com

² Acadêmica do 5º ano do curso de Direito no Centro Universitário Curitiba. Estagiária de Direito. E-mail: giuliaflima@outlook.com

1 INTRODUÇÃO

Apesar de a resolução de conflitos ser uma prática cotidiana nos mais diversos âmbitos da sociedade civil, verificou-se uma tendência excessiva, a partir do estado moderno, na judicialização de direitos. A prestação da tutela jurisdicional do Estado é munida de mecanismos mais rigorosos para a devida aplicação da lei e efetivação dos direitos nela previstos e, sendo assim, como consequência, dispõe de um procedimento mais complexo, formal e moroso.

O grande volume de ações em trâmite, além das milhares que são interpostas todos os dias, prejudicam a atuação de uma estrutura judiciária que é limitada e que tem de agir conforme o procedimento ditado em lei – que nem sempre contribui para a agilidade do processo –, dificultando o efetivo acesso à justiça daqueles que dela necessitam. Nessa perspectiva, o Relatório Justiça em Números (CNU, 2020, p. 93) destaca que apenas em 2019 ingressaram 20,2 milhões de novas ações judiciais, ou seja, 3,3% a mais que o ano de 2018, além disso, 1,8 milhão de processos foram reativados, contribuindo para o crescimento do estoque de ações a serem tratadas pelo judiciário.

O legislador, ciente da crise de confiança na galgada na ineficiência (ou eficácia parcial) da tutela jurisdicional do Estado, vêm instituindo medidas que incentivam o uso de mecanismos de autocomposição de conflitos, tais quais a conciliação e a mediação. Visa o legislador, proporcionar uma maior adequação e efetividade à realização da Justiça. Uma dessas medidas foi a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) que, segundo o relatório supra mencionado, chegaram ao número de 1.284 instalados em 2019, na Justiça Estadual.

O uso de mecanismos alternativos ao Poder Judiciário representam uma possibilidade de distribuição da Justiça que não deve ser concentrada somente nas mãos do Estado-Juiz. Cabe ao operador do direito averiguar, através de um sistema de múltiplas portas, o modo de gerenciar mais estrategicamente os conflitos para melhor satisfação dos interesses das partes.

A propósito comentam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2020, p. 167):

O processo tem de ser adequado à finalidade que pretende alcançar, o que significa que é inafastável do campo da tutela jurisdicional a relação entre meio e fim, capaz de outorgar unidade teleológica à tutela jurisdicional dos direitos. É por essa razão que o novo Código, além de prever procedimentos diferenciados ao lado do procedimento comum, introduz várias técnicas processuais no procedimento comum capazes de moldar o processo às necessidades do direito material afirmado em juízo”.

Nota-se, pois, que a própria lei processual civil, por meio dos mais diversos institutos e técnicas nela presentes, tem como pilar estruturante o intelecto do processo como um meio adequado para a obtenção de uma finalidade desejada. Aliás, de forma bem objetiva, é o Estado-Julgador quem deve concretizar os direitos fundamentais inafastáveis, em especial, o da Prestação Jurisdicional

Efetiva, porque “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia diretamente aplicáveis, independentemente da intermediação legislativa” (HENRIQUES FILHO, 2008, p. 158).

No entanto, para a obtenção de sucesso na implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos não basta apenas a sua previsão no texto de lei, é necessário também o devido preparo técnico dos profissionais envolvidos na administração de disputas. Ocorre que, no Brasil, o ensino jurídico tradicional reluta em abordar de modo efetivo outros mecanismos diversos do tradicional método litigioso-judicial. Nesse espectro pontua Águida Arruda Barbosa (2008 apud LORENCINI; SALLES; SILVA, et al, 2020, p. 213) a respeito do conhecimento técnico do operador jurídico:

Trata-se de aluno destinatário já com sólida formação processual, com prontidão para o largo uso de mecanismos jurídicos procedimentais para a obtenção de prestação jurisdicional. Não conhecem outra forma jurídica de assegurar o acesso à justiça.

Assim sendo, há de ser cultivado naqueles que operam a ordem de justiça – sejam advogados, juizes, promotores, assistentes etc. – uma nova concepção a respeito do tratamento de conflitos, pautada no abandono de um processo exclusivamente de caráter adversarial em proveito de um processo colaborativo entre todos os envolvidos. É deste modo que será possível retomar o feito humano da prestação da justiça, característica que se perdeu com o tempo em virtude do excesso de demandas levadas à apreciação do Estado-Juiz que consequentemente, é atualmente gestor - não de vidas e interesses legítimos, mas de números.

2 A PERTINÊNCIA DO ESTUDO DO CONFLITO

Embora o estudo do conflito não seja objeto direto de análise do Direito, seu exame repercute nas mais diversas áreas da ciência, como, à título de exemplo, a sociologia, psicologia, filosofia, economia, dentre outras. Segundo o Miguel Reale (2002, p. 1), a ciência jurídica corresponde à “exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade”. No entanto, partindo-se da premissa filosófica de que o homem é um animal de natureza social, e que, de acordo com os ensinamentos de Platão (2006 apud RAMOS; MELO; FRATESCHI, 2012, p. 31), é motivado a viver em sociedade para satisfação de seus próprios interesses, os quais não seriam obtidos se não no corpo social, atrelada à concepção de que cada ser racional possui características próprias de cunho emocional, social, político, ideológico etc., seria inimaginável uma sociedade ausente de conflitos. É justamente o surgimento de interesses contrapostos e a necessidade dos homens de permanecerem em comunidades que tornaram necessária a criação de instrumentos aptos à resolução dos conflitos de forma pacífica, de modo a evitar a barbárie.

Verifica-se, portanto, que é neste contexto que o direito toma para si o dever de organizar a convivência em sociedade, criando mecanismos para a resolução das controvérsias que surgirão em virtude da vida em comum. Logo, em que pese o conflito não seja o objeto de estudo do

Direito, a sua análise é imprescindível para o sucesso das normas a serem instituídas, incorrendo na pena de tornarem-se mera letra morta da lei caso insuficientes ou ineficazes.

Nesse viés, explica Humberto Lima de Lucena Filho, no seu texto intitulado “As Teorias do Conflito (2020, n.p): contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade”:

A missão daqueles que militam na seara jurídica, em tese, é de compor as controvérsias que lhe são submetidas. [...] Para tanto, utiliza-se auxiliariamente da Sociologia do Direito e ciências afins. E assim o faz porque se não o fizer agir com precária qualidade nas suas decisões e ignorará, como por muito tempo o faz, a necessidade de se pôr em prática pública de pacificação dos conflitos.

É imprescindível, portanto, que o estudo da ciência jurídica voltado à solução de controvérsias seja compreendido como uma parte integrante de um todo complexo, no qual se pretende um resultado efetivo, que somente poderá ser alcançado por meio da unidade resultante da combinação de diferentes áreas do conhecimento.

O conflito será analisado no presente estudo sob duas concepções: a negativa e positiva. A visão negativa do conflito corresponde a teoria de alguns dos clássicos contratualistas, pautada no ideal de que as disputas entre homens deveriam ser evitadas em benefício da harmonia social alcançada pelo Estado. Em outras palavras, para esta escola filosófica, os conflitos representariam o estado natural dos homens, o qual é marcado pela insegurança entre seus membros e pela competição e satisfação dos seus próprios interesses, devendo ser evitado o conflito em prol da manutenção da paz. O trecho a seguir, retirado no livro Manual de Filosofia Política (2012, 121), testemunha essa concepção:

Os seres humanos antes do Pacto viviam uma vida curta, sórdida e brutal em um estado de natureza onde a quase única certeza era a de uma morte violenta [...] somente um Pacto no qual todos se vissem impedidos de atacar uns aos outros poderia ter alguma serventia.

Nesse horizonte, o cenário hipotético de ampla liberdade anterior ao Estado, representa a belicosidade inata à natureza do próprio ser humano, o qual, em razão de sua característica gregária e conflituosa, tem por necessidade a convivência em uma sociedade balizada em regras de conduta pré-estabelecidas, tendo por risco, em caso oposto, a autodestruição de seus indivíduos.

Por outro lado, pensadores modernos discordam desse posicionamento. Para o sociólogo Georg Simmel (1983, p. 125), o conflito deve ser contemplado pelo seu viés positivo, representado pelo ideal de evolução da sociedade. São os conflitos que viabilizam a transformação da vida em comum e permitem o seu progresso. Simmel (1983, p. 125) correlaciona as disputas com operações matemáticas: numa determinada controvérsia o seu resultado não é representado pela subtração de vontades, onde prevalece a vontade de uma das partes. Ocorre, na realidade, uma fusão

de vontades, o qual o resultado da operação é distinto das vontades que lhe deram origem. É sob esta perspectiva que o conflito é analisado como benéfico para a sociedade: somente por meio dele é possível alcançar a sua evolução.

O mesmo sociólogo (1983, p. 124) correlacionou sua teoria com passagens da literatura, vejamos:

A sociedade de santos que Dante vê na Rosa do Paraíso pode ser como esse grupo [centrípeto e harmonioso], mas este não tem qualquer mudança ou desenvolvimento, enquanto que a assembleia sagrada dos Patriarcas da Igreja, na Disputa de Rafael mostra, se não um conflito verdadeiro, ao menos uma considerável diferenciação de ânimos e direções de pensamento, de onde fluem toda a vitalidade e a estrutura realmente orgânica daquele grupo.

Isto posto, não há como se falar em progresso num meio social absolutamente harmônico e pacífico. São os desentendimentos que contribuem para a evolução dos homens e da sociedade, não devendo ser evitados. Deste modo, a escolha do método de resolução de conflitos mais adequado para o caso concreto é essencial para o mais efetivo aproveitamento da controvérsia, de forma a melhor satisfazer os interesses dos envolvidos e de proporcionar o aperfeiçoamento do Sistema de Justiça.

3 O ENSINO À LITIGÂNCIA E A PERSPECTIVA NEGATIVA DO CONFLITO

O fenômeno de explosão de litigiosidade, expressão utilizada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos (1999, 145), têm sido alvo de muitas pesquisas e estudos acadêmicos. Diante desse cenário de caos, houve, nos últimos anos, inúmeras reformas normativas a fim de amenizar a sobrecarga de processos judiciais, bem como de disseminar uma “cultura de paz, em contraponto à cultura da sentença, que caracteriza o perfil litigante da sociedade brasileira” (WATANABE, 2005 apud SALLES, LORENCINI, SILVA, 2020, p. 11).

O número excessivo de ações em trâmite no Poder Judiciário reflete a ótica beligerante contemplada pelos operadores do direito. A concepção de que o acionamento da máquina judiciária deve se dar em *prima ratio* é fruto da própria estrutura do ensino jurídico nacional, balizado na concepção negativa do conflito, a qual propõe que os envolvidos em um litígio, quando inconciliáveis, necessitam travar uma batalha, onde, necessariamente, um conquistará a vitória, ao passo que, o outro deverá se contentar com a derrota.

Nesse horizonte, revela a Ministra Nancy Andrighi (2019, n.p):

Temos um trabalho de catequese para fazer. O ensino da ciência do direito é pautado pelo incentivo à beligerância, isto é, o fim precípua das aulas nas faculdades de direito é doutrinar os alunos no sentido de, ao se depararem com qualquer ofensa ao direito subjetivo, seja grande ou pequena, o único caminho a ser trilhado será o ajuizamento de ações, e ganhará fama o advogado que manejar o maior número possível de pedidos de liminares. A imagem passada aos alunos é a do

juiz entrincheirado na mesa de trabalho, sempre em postura de defesa, e o advogado sempre na posição de ataque, ou vice-versa, dependendo da profissão do professor. urge que esse modelo de ensinamento seja adaptado à realidade do século XXI, e é nas faculdades de direito que encontramos a sede mais fecunda para plantarmos a cultura de que o Poder Judiciário só deverá ser acionado quando tiverem fracassado todas as tentativas extrajudiciais de solução do litígio.

Ora, como é possível que um conflito seja levado à apreciação do Poder Judiciário apenas após a utilização dos demais recursos autocompositivos se a grande maioria das universidades sequer contemplam em suas grades horárias matérias destinadas aos métodos consensuais e, quando as contemplam, normalmente o fazem por matérias de extensão, ou, na melhor das hipóteses, disponibilizando a disciplina de “mediação e arbitragem” por um único semestre?

Assim sintetizam Horácio Monteschio, Celso Hiroshi Iochama e José Laurindo de Souza Netto (2020, n.p):

Não obstante, a utilização desses métodos seja a melhor solução para os conflitos e, portanto, vise-se a expansão do emprego desses meios na sociedade, há de notar que isso ainda encontra muitas dificuldades no plano concreto. Infelizmente, predomina na sociedade a cultura da sentença. E esse problema tem origem, inclusive, no déficit de formação dos executores de direito, eis que raramente as instituições de ensino inserem disciplinas voltadas a desenvoltura e apresentação dos métodos autocompositivos nas grades curriculares.

O que se vê, na prática, são cinco anos de estudo contencioso, a preparar profissionais para conquistarem a qualquer custo os interesses dos seus clientes, mesmo quando o judiciário evidentemente não se revela o melhor caminho a ser percorrido segundo as expectativas dos envolvidos.

Sob a perspectiva negativa do conflito, o homem ao manifestar-se de forma contrária a pretensão de seu opositor, retornaria ao seu estado de guerra, onde o mais forte derrotaria o mais fraco para a manutenção dos seus interesses. Algo semelhante acontece quando o Poder Judiciário é acionado por uma das partes com o fito de enrijecer a prática do “Ganha-Perde”, ou seja, quando somente um dos envolvidos sairá da disputa beneficiado por uma sentença, enquanto o outro deverá arcar com todo o ônus do procedimento.

A mudança desse cenário de congestionamento processual somente será possível por meio da emancipação do pensamento da coletividade. Os meios autocompositivos de resolução de conflitos já são uma realidade no plano legislativo, no entanto, carece-lhes a compatibilização com a nova realidade social do país, a qual exige, paulatinamente, a existência de profissionais aptos a solucionarem controvérsias de maneira mais ágil e eficaz, além, é claro, do engajamento das instituições de ensino jurídico.

É de suma importância que a cultura do conflito sob o prisma negativo seja plenamente superada, a fim de

possibilitar a ascensão de métodos consensuais de solução de controvérsias, nos quais as partes efetivamente compõem não somente a lide, mas também o caminho pelo qual se lhes soluciona, trazendo ao plano da *práxis*, um resultado satisfatório no que diz respeito ao impasse em questão.

O trecho abaixo, Fernanda Tartuce (2020, p. 214), é ilustrativo deste ponto:

O caminho a ser trilhado, portanto, é longo e cheio de obstáculos. No aspecto educacional, apresentar ao aluno um mecanismo consensual como uma das formas de acesso à justiça é um desafio a ser desbravado pelo professor, que precisa se empenhar para demonstrar “que a justiça pode ser acessada por meio de outra linguagem, advinda do próprio conhecimento jurídico”.

Em síntese, é correto afirmar que os mecanismos autocompositivos são preciosas maneiras de fomento à cultura da pacificação de disputas, entretanto, o incentivo a eles deve ter por escopo a qualidade dos resultados e não a questão numérica que orbita os conflitos resolvidos pelas vias consensuais.

4 OS MEIOS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO IMPULSIONADORES DA CULTURA DE PAZ

Os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, conhecidos também como métodos consensuais, são aqueles que almejam a pacificação de uma disputada por intermédio da convergência de vontades entre as partes envolvidas, de forma voluntária, em benefício de um acordo.

Diferentemente dos métodos adjudicatórios – em que o conflito é solucionado por um terceiro imparcial alheio ao relacionamento entre as partes conflitantes, os mecanismos consensuais não são conduzidos visando a construção de uma decisão, mas sim visando a resolução do conflito. Significa dizer que nem sempre uma decisão, por si só, dará um ponto final à questão controvertida, caso contrário, se esta fosse uma verdade, não existiriam processos de execução de sentenças, visto que as partes cumpririam espontaneamente a decisão proferida pelo julgador. Há que se considerar, sobretudo em feitos de família e correlatos, a possibilidade de litigiosidade remanescente.

Vale ressaltar que os meios consensuais de resolução de conflitos são historicamente mais antigos que os meios adjudicatórios, justamente por serem menos formais e burocráticos (quase que intuitivos). Mecanismos como a conciliação e a mediação de conflitos nada mais são que o aprimoramento de práticas consensuais que já eram praticadas antes do surgimento do processo judicial comandado pelo Estado.

Segundo Roberts & Palmer (2005, p. 12), a filosofia confucionista – de grande relevância na história da China pré-imperial – pregava que o tratamento de disputas deveria ser pautado na harmonia, liderança moral, educação e sacrifício, e que a abordagem delas por mecanismos formais estimularia, de acordo com o próprio Confúcio, o dissenso e retiraria dos litigantes a consciência substancial de justiça.

Cumpra-se enfatizar que os instrumentos menos solenes de elucidação de conflitos não se confundem com a prática da autotutela, a qual é quase que em sua totalidade, vedada pela ordem jurídica brasileira. Ocorre, na realidade, que esses métodos, mesmo quando realizados em ambientes particulares, ou seja, distantes da guarda do Estado, deverão seguir os princípios e regras delimitados pela lei em relação a legalidade do processo. Não se abandona aqui, em nenhum momento sequer, princípios basilares do justo: ampla defesa; contraditório e bilateralidade das partes.

Os meios autocompositivos, em hipótese alguma, devem ser utilizados como tangente às problemáticas enfrentadas pelo Judiciário, tais como: morosidade do processo, custos elevados, honestidade (intelectual) das decisões, dificuldade para o entendimento do processo pelo leigo, competência e independência dos operadores. É evidente, pois, que essas técnicas terão participação considerável no que diz respeito à crise jurisdicional pela qual passa o país, principalmente.

Existem alguns critérios objetivos a serem analisados para a escolha do método adequado de resolução de conflitos a ser utilizado no caso concreto. Como dito anteriormente, nada impede que o método mais adequado seja proposto até mesmo pelo próprio Poder Judiciário (como nas ações de família), pois, lembrando: os mecanismos ditos “alternativos” não servem apenas como uma espécie de refúgio.

Conforme ensina Sander (1979, apud NOGUEIRA, PIMENTEL, 2018, p. 507), a escolha do método a ser utilizado deve ser orientado por cinco principais critérios: a natureza do conflito; o relacionamento entre as partes; o valor envolvido na disputa; os custos para a resolução da disputa; e, por último, a celeridade procedimental, que, no caso dos métodos consensuais, será preponderantemente a mais vantajosa.

Em relação ao primeiro critério, é possível afirmar que existem mecanismos mais adequados a depender da natureza do conflito, como, a título de exemplo, as ações de família. Nessas situações o relacionamento próximo entre as partes indicam, quase que na maioria dos casos, que a problemática principal esconde em seu bojo uma série de outras controvérsias que provavelmente não poderiam ser manifestadas em uma única peça processual. O mesmo ocorre em casos de divórcio abrangendo o direito de infantes. Corriqueiramente, nessas situações, existe o interesse de se utilizar métodos consensuais com o fito preservar o relacionamento entre os genitores, para que convivam de forma harmoniosa em benefício do crescimento saudável da sua prole.

O segundo critério corresponde a análise dos sujeitos envolvidos na controvérsia. Normalmente relações continuadas são melhor compreendidas pelos métodos consensuais, enquanto que as relações pontuais podem ser abarcadas por ambos os métodos. Entretanto, é necessário observar que os instrumentos de acordo podem não ser a melhor alternativa quando as partes apresentam grandes diferenças sociais, culturais, econômicas etc., sendo preferível que um terceiro intervenha para garantir a igualdade no processo pacificador.

Na sequência, o terceiro critério exige a verificação dos valores relativos à disputa. Significa que, num primeiro

momento, não seria razoável submeter uma lide de pequena quantia à métodos demasiadamente custosos, exceto, é claro, se houver razões de natureza não patrimoniais que justifiquem esta decisão.

Sander também pontua (1979, apud NOGUEIRA, PIMENTEL, 2018, p. 507) que não se deve confundir o valor envolvido no conflito com a sua complexidade. Nem sempre disputas que envolvam bens jurídicos de pequena importância econômica serão simples de serem solucionados, e o contrário também se aplica. Disputas que envolvam bens jurídicos de que grande importância econômica não necessariamente serão complexas de serem resolvidos. Aqui deve-se pontuar que a complexidade probatória fica à margem da discussão autorregulada (anota-se, ainda, a possibilidade da celebração de negócios processuais pré ou pós início da demanda judicial).

Avaliado os valores relativos ao conflito, o quarto critério determina que se realize uma análise de custos dos procedimentos em exame. Seria razoável que as partes primeiramente partissem para os métodos menos custosos – que normalmente são os consensuais – e deixassem para escolher os mais onerosos se frustrada a primeira alternativa. Para o advogado e especialista em na técnica de desenho de sistemas de disputas Diego Faleck (2020, p. 78), se existirem mecanismos menos onerosos, ainda que litigiosos, ou que inviabilizem financeiramente o acesso às partes a participação do procedimento, é muito provável que o mecanismo adotado – mesmo que apresente inúmeros benefícios aos envolvidos – não seja sequer implementado.

O último dos critérios diz respeito ao tempo dispendido no procedimento até resolução do conflito. A agilidade procedimental é um dos principais atrativos dos métodos consensuais quando comparados com os métodos adjudicatórios, especialmente o judicial. A respeito deste tópico pontua Mauro Cappelletti (1988, p. 20):

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão executável. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerarmos os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. A convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no art. 6º, parágrafo 1º que a justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.

Assim, é verdade que cada método possui seus benefícios e malefícios, e quando os meios consensuais são descritos como uma via para a denominada “cultura de paz”, significa dizer estão presentes neles um elemento essencial para a pacificação de conflitos: o diálogo.

Em tempos de liquidez – modo pelo qual o sociólogo Zygmunt Bauman (2001) descreve de forma ímpar a sociedade pós-moderna –, caracterizado pela instabilidade e impermanência social, individualismo exacerbado e fragilidade dos laços humanos, o diálogo se revela o ponto nevrálgico para o sucesso da resolução pacífica de conflitos e para crescimento pessoal dos envolvidos.

Se no processo conduzido pelo Estado-Juiz as partes normalmente se comunicam por meio da pessoa do advogado na intenção de convencer o magistrado, na negociação, mediação e conciliação os sujeitos resgatam a oportunidade de ouvirem e serem ouvidos, trocarem ideias e compreenderem os interesses de cada lado, mesmo que não concordantes. É exatamente isso que se deseja conquistar com a implementação de uma cultura de paz: o retorno da humanidade no direito processual.

As partes, quando buscam socorro da tutela jurisdicional, não desejam comparecer a uma audiência de conciliação e serem questionadas se há intenção de acordo: isso não é conciliar. Também não desejam discutir a questão controvertida em audiências realizadas entre um longo lapso de tempo, o que ocasiona, muitas vezes, o esfriamento do conflito. E, ainda, a formalidade dos atos processuais retiram das partes a oportunidade de participarem da decisão que será formada por um terceiro, facilitando o descumprimento da decisão daquele que se saiu prejudicado ou assim se sentiu injustiçado. O agente responsável pela aproximação das partes não deve perguntar como se deu o conflito. Deve, sim, se posicionar de modo atento ao que por elas é pretendido. Ouvir é a grande mudança. Para boas soluções, os envolvidos devem ouvir. Criar um ambiente processual adequado (mesmo fora do processo formal).

Em resumo, resta demonstrado que os métodos autocompositivos são ótimos mecanismos de resolução de controvérsias, entretanto, só trarão os resultados almejados caso eleitos em consenso pelas partes conflitantes e se mais benéficos e eficazes em comparação aos outros mecanismos. A insistência para que as partes firmem um acordo e a exploração das desvantagens do processo judicial a fim de convencer os litigantes a desistirem de acionar o órgão jurisdicional – como costumeiramente é feito por profissionais incapacitados para conciliar e mediar conflitos – não contribuirá de forma alguma para pacificação do sistema de justiça se a próprias partes forem compelidas por meios ardilosos a firmarem um acordo que não aceitariam em condições regulares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há qualquer dúvida da necessária mudança de paradigma, a fim de estabelecermos a utilidade prática de meios autocompositivos de conflitos e do papel do Sistema de Justiça nesta tarefa. A começar pelos meios mais simples e presenciais até os chamados Alternative Dispute Resolutions Systems (ADR) – em português, conhecidos meios alternativos de resolução.

Tais meios alternativos foram, desde logo, muito celebrados; fosse pela possibilidade de tratamento não conflituoso, pela expertise do árbitro, ou mesmo pela simples oportunidade de escapar às limitações trazidas pela estrutura do Poder Judiciário. Justiça Multiportas - mediação / conciliação e arbitragem.

Apesar disso, não tardou para que se percebesse que os ADRs na sua forma tradicional também continham limitações relevantes. Afinal, embora dispensassem o comparecimento à Corte e a intervenção de um agente público, esses meios de resolução dependem da presença das partes e de um terceiro, em um espaço físico determinado, em certo momento temporal.

Nesse contexto, começou-se a pensar em mecanismos online de resolução de controvérsias, os chamados Online Dispute Resolution Systems (ODR). Assim, se, por um lado, as inovações aumentaram o número de disputas e litígios (pela facilidade de estabelecermos relações de forma rápida), a tecnologia vem sendo empregada, também, para o desenvolvimento de novas e mais eficazes formas de resolução de conflitos.

A abordagem do problema, dentro desse sistema de ODR, é feita de forma escalonada (“staircase approach”), em que algumas preocupações pré-estabelecidas vão sendo endereçadas por etapas. Não é apenas trazer o ADR para uma plataforma digital!

A primeira dessas preocupações é evitar que o conflito ecloda. Para isso, ele oferece ao consumidor insatisfeito um banco de respostas para as reclamações mais comuns, antes que seja necessário envolver a outra parte. Perguntas e respostas frequentes. FAQ

Quando não é possível encerrar o problema nessa fase, o algoritmo passa a tentar a mediação online, conectando as duas partes envolvidas e perguntando, em linguagem mais natural possível, em que consiste o conflito (coleta de dados – cognição inteligente artificial).

Desde esse momento, em que comprador e vendedor estão conectados através de um software, já é possível apresentar propostas de conciliação. De acordo com as informações trazidas pelas partes, o próprio sistema começa a identificar pontos de possível acordo e sugere determinadas soluções.

A terceira etapa transforma a mediação frustrada em arbitragem. A decisão levará em consideração todas as informações anteriormente imputadas nas fases anteriores (FERRARI, 2020, p. 34).

Como bem atesta José Laurindo de Souza Netto e Anderson Ricardo Fogaça, “com o avanço do uso das novas tecnologias da informação, ainda mais no contexto que se encontra a população com a pandemia do COVID-19, é preciso impor transformações basilares na forma como o Sistema de Justiça se desenvolve e como a lei se relaciona com esse panorama.

A reflexão a respeito desse novo procedimento necessita diretamente da análise do papel do terceiro imparcial (juiz, mediador ou árbitro). As soluções de conflito em rede se organizam do mesmo modo em que se constituem os meios adequados de solução de conflitos (arbitragem, mediação, conciliação e negociação)”.

6 REFERÊNCIAS

1. Conselho Nacional de Justiça (BR). Justiça em Números 2020: ano-base 2019/Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2020.
2. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
3. HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Direitos fundamentais e processo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
4. LORENCINI, Marcos Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo Alves, et al. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos

O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E OS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

THE CONSTITUTIONAL CIVIL PROCESS AND THE EFFECTS OF THE PRINCIPLE OF COOPERATION IN CONFLICT RESOLUTION

José Laurindo de Souza Netto¹, Gustavo Calixto Guilherme², Adriane Garcel³,
Augustus Bonner Cochran III⁴

O artigo objetiva analisar o princípio da cooperação inserido nas normas fundamentais do processo civil e investigar os efeitos do modelo cooperativo nas decisões judiciais e na resolução de conflitos. Metodologia: Trata-se de uma análise doutrinária, jurisprudencial e quantitativa que apresenta, inicialmente, os princípios estabelecidos de maneira expressa na legislação processual. Em um segundo momento, são abordadas as características do princípio da cooperação e do novo modelo de processo estabelecido, bem como de que forma está sendo aplicado nos Tribunais, por meio da jurisprudência e dos métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação. Resultados: Conclui-se, a partir dos estudos apresentados, que a conciliação, a mediação e as recentes decisões judiciais apontam para a consonância do princípio cooperativo com os ditames constitucionais, aptos a garantir uma melhora no andamento processual e na solução de conflitos. O modelo processual estabelecido com o advento do Novo Código de Processo Civil traz benefícios para a relação processual, buscando a colaboração entre os sujeitos do processo e, por consequência, uma decisão de mérito justa e efetiva. Contribuições: As principais contribuições deste estudo se dão no sentido de demonstrar os efeitos e as possibilidades que surgem a partir da incorporação do princípio da cooperação ao ordenamento jurídico, de maneira a ensejar formas inovadoras e eficazes de resolução de conflitos e trazer melhorias no andamento processual a partir do modelo cooperativo.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil Constitucional; Cooperação; Métodos autocompositivos

This article aims to analyze the principle of cooperation inserted in the fundamental rules of civil procedure and to investigate the effects of the cooperative model on judicial decisions and conflict resolution. Methodology: It is a doctrinal, jurisprudential and quantitative analysis that initially presents the principles expressly established in the procedural legislation. In a second step, the characteristics of the cooperation principle and the new model of established process are addressed, as well as how it

¹ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).

² Formado em Direito pela Universidade Positivo e em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em direito processual civil pela Universidade Cândido Mendes. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Assessor do Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência do TJPR.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público, especialista em Estado Democrático de Direito, pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Mediadora Judicial.

⁴ Adeline A. Loidans Professor of Political Science at Agnes Scott College in Atlanta, Georgia, USA. He is author of *Sexual Harassment and the Law: The Mechelle Vinson Case* (University Press of Kansas, 2004) and *Democracy Heading South: National Politics in the Shadow of Dixie* (University Press of Kansas, 2001). He received his BA from Davidson College, MA from Indiana University, PhD from the University of North Carolina, all in political science, and holds a JD in law from Georgia State University.

is being applied in the Courts, through jurisprudence and self-compositional methods, such as conciliation and mediation. Results: It is concluded, from the studies presented, that conciliation, mediation and recent judicial decisions point to the consonance of the cooperative principle with the constitutional dictates, able to guarantee an improvement in the procedural progress and in the solution of conflicts. The procedural model established with the advent of the New Code of Civil Procedure brings benefits to the procedural relationship, seeking collaboration between the subjects of the process and, consequently, a decision of fair and effective merit. Contributions: The main contributions of this study are in the sense of demonstrating the effects and possibilities that arise from the incorporation of the principle of cooperation in the legal system, in order to provide innovative and effective forms of conflict resolution and to bring improvements in the procedural progress from the cooperative model.

KEYWORDS: Constitucional Civil Procedure; Cooperation; Self-compositional methods.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu uma série de inovações no ordenamento jurídico, objetivando uma maior previsibilidade e segurança jurídica.

Entre as novidades da legislação processual, verifica-se um capítulo introdutório sobre princípios constitucionais a serem seguidos no andamento do processo, como o contraditório e a ampla defesa, a isonomia, a razoável duração do processo e a cooperação.

O princípio da cooperação estabelecido no artigo 6º do Código resultou em um novo modelo de estruturação processual, o de colaboração entre os sujeitos processuais. Dessa forma, o magistrado e as partes deverão interagir entre si visando uma decisão justa e efetiva em consonância com o texto constitucional.

Por ter entrado em vigência recentemente, o Código de Processo Civil está sendo interpretado das mais diversas formas pelos tribunais, devido também às variáveis do caso concreto.

Sendo assim, o presente estudo objetiva analisar de que forma o processo colaborativo está se consolidando, visando verificar se as novidades do princípio da cooperação se adequam ao processo civil constitucional.

Primeiramente o presente artigo irá abordar o capítulo introdutório do Código e apresentar os princípios elencados na legislação processual, que deverão ser seguidos em consonância com a Carta Magna.

Em um segundo momento, apresentar-se-á o conceito e as características do princípio da cooperação e do processo colaborativo inaugurado com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, será demonstrado de que modo tem se posicionado a jurisprudência dos tribunais quanto ao tema e outras formas de aplicação do modelo colaborativo, como por exemplo a conciliação e a mediação, visando verificar se a inovação trazida pelo modelo processual cooperativo é benéfica e vai ao encontro das garantias e dos princípios previstos na Constituição Federal.

2 O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O direito processual civil e seus institutos devem estar em consonância com os preceitos constitucionais e destinados à realização de seus valores, buscando maximizá-los através do processo e do atingimento da pacificação social (TALAMINI; WAMBIER, 2015, p. 67).

No Estado Constitucional, o processo civil é estruturado a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito ao processo justo, o que significa dizer que o Código de Processo Civil é uma tentativa do legislador infraconstitucional de adimplir com o seu dever de organizar um processo justo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 91).

Desse modo, o processo civil não pode mais ser visto somente como uma relação jurídica processual. O que importa diante do estágio que o direito processual atingiu no Estado Constitucional é a sua dimensão externa, compreendido na tutela aos direitos constitucionais. Assim, o processo deve produzir decisões legítimas e justas, formando precedentes aptos a orientar o Poder Judiciário e a

sociedade civil como um todo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 491-492).

Essa nova perspectiva resta evidente com o Código de Processo Civil de 2015, que trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro um novo sistema processual. Além dos modelos tradicionais de estruturação de processo, inquisitivo e dispositivo (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 35), surge o modelo cooperativo, baseado nos princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo (DIDIER JR, 2017, p. 141).

Há quem entenda que a colaboração resultou na superação dos modelos anteriormente utilizados, entretanto o processo colaborativo ainda possui traços tanto dispositivo, como por exemplo a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes (artigo 373, § 3º do CPC), quanto inquisitório, como a possibilidade de instrução probatória de ofício pelo magistrado, presente no artigo 370 do Código (MITIDIERO, 2015, p. 53-54).

O modelo processual cooperativo que se estabeleceu sob a égide do Novo Código de Processo Civil vem, portanto, inovar o ordenamento jurídico, sendo fundamental a análise de que forma os Tribunais estão aplicando o referido dispositivo, a fim de resguardar os direitos das partes e garantir um melhor andamento processual.

2.1 Das normas fundamentais do processo civil

O Código de Processo Civil de 2015, em seu capítulo introdutório, estabelece as normas fundamentais constitucionais a serem seguidas no curso processual. Em um primeiro momento, são elencados os princípios a serem seguidos no andamento do processo.

Princípios são disposições que devem ser seguidas, formando a base, o ponto de partida para a análise de todo o ordenamento jurídico e para onde ele se norteia (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 29).

O Novo Código de Processo Civil estabelece um sistema legal cuja interpretação deve estar atrelada aos princípios e garantias constitucionais. O estudo do processo pressupõe a consequente busca constitucional da realização do direito material. Por meio dessa aproximação será garantido o respeito aos direitos fundamentais e a legitimação do sistema de aplicação da justiça (CAMBI; DOTI; KOZIKOSKI; MARTINS; PINHEIRO, 2017, 79).

De início, o artigo 1º dispõe expressamente sobre a interpretação do Código de acordo com as normas do texto constitucional: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Nessa esteira, o Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição, o que significa dizer que as lacunas interpretativas devem ser resolvidas a favor da otimização da Constituição e do processo civil como meio de garantia e tutela dos direitos (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 91).

As normas fundamentais elencadas pelo legislador infraconstitucional são as linhas mestras do Código, eixos normativos pelo qual o direito processual civil estrutura-se.

Importante a ressalva de que o novo Código não reproduz a título de normas todos os direitos fundamentais processuais que compõem o processo justo, entretanto, a ausência de menção expressa a alguns desses direitos fundamentais não obsta a sua observância, como o direito ao juiz natural e o direito à prova (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 90).

O artigo 2º estabelece o princípio dispositivo e do impulso oficial, em que o processo começa por iniciativa das partes e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Da leitura do referido artigo verifica-se, de início, um protagonismo da parte ao provocar a jurisdição buscando a tutela de seus direitos, que se transfere ao magistrado, o qual, por meio do princípio do impulso oficial, torna-se responsável por conduzir o processo.

O princípio dispositivo, também conhecido como princípio da inércia, é aquele segundo o qual cabe à parte titular do direito colocar em movimento a máquina estatal para que dela obtenha uma solução concreta para a controvérsia trazida a juízo. Já o princípio do impulso oficial é o princípio segundo o qual, uma vez instaurado o processo, este se desenvolve por iniciativa do juiz, que promove e determina os atos processuais de forma que o processo siga sua marcha em direção à solução da lide (TALAMINI; WAMBIER, 2015, p. 85).

A divisão supracitada nada mais é do que a concretização dos dois modelos clássicos de estruturação processuais, o adversarial e o inquisitorial (DIDIER JR, 2017, p. 136), já existentes no Código de Processo Civil de 1973.

O modelo inquisitorial caracteriza-se pela liberdade da iniciativa conferida ao magistrado, tanto no desenvolvimento da relação processual como em sua instauração. Já o modelo adversarial atribui às partes a iniciativa da instauração e impulso do processo (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 35).

O *caput* do artigo 3º inclui expressamente no Novo Código o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, previsto também no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Ao reproduzir o dispositivo constitucional, o artigo 3º, *caput* funciona como uma cláusula do compromisso do novo Código com os parâmetros da Carta Magna. A proibição da autotutela acarreta o dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional idônea aos direitos (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 94).

Assim, o direito de acesso à justiça é indispensável para a própria configuração de Estado, tendo em vista que não se pode pensar em proibição da tutela privada sem viabilizar a toda a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 223).

Diversos são os temas enfrentados pelos Tribunais quanto ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, o que torna o princípio ainda mais interessante.

Como por exemplo, podemos citar a Súmula Vinculante nº 28 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe ser “inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”. A inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para interpor ação judicial em âmbito tributário também foi objeto de Recurso Especial Repetitivo no Superior Tribunal

de Justiça, no Recurso Especial nº 962.838/BA, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

Além do referido princípio, o artigo 3º estimula em seu §1º, §2º e §3º a solução consensual de conflitos e outros meios e métodos de resolução dos litígios, como por exemplo, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Nessa esteira, importante colacionar decisão do Superior Tribunal de Justiça sobre os meios alternativos de solução das controvérsias, no Conflito Positivo de Competência nº 139.519/RJ, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11.10.2017, que declarou a prematura abertura da instância judicial em descompasso com o artigo 3º, §2º, do CPC/15 e reconheceu a precedência do juízo arbitral em relação à jurisdição estatal para decidir acerca da existência, validade e eficácia de Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, produção e desenvolvimento de petróleo e gás natural.

Por sua vez, o artigo 4º do Novo Código de Processo Civil destaca o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Notoriamente, a intenção do legislador é evitar a lentidão na entrega da prestação jurisdicional, através de um processo justo e de acordo com outros princípios, como a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, a igualdade e a razoabilidade (IMHOF, 2016, p. 22).

O que se impõe, dessa forma, é simplesmente evitar ritos arcaicos e injustificáveis e impedir a ineficiência organizacional dos aparelhamentos judiciais, bem como vedar o abuso de atos desnecessários e do manejo de faculdades e poderes, tanto das partes como do órgão jurisdicional, com a intenção meramente procrastinatória (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 34).

Dessa forma, o princípio da razoável duração do processo visa garantir que as partes tenham seu direito analisado em tempo hábil, com a atuação efetiva de todos os sujeitos processuais.

O artigo 5º do Novo Código de Processo Civil estabelece o princípio da boa-fé processual, ao estabelecer que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

O princípio da boa-fé é considerado o mais importante no plano infraconstitucional, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana é no plano constitucional (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 35).

Na perspectiva processual, o dispositivo visa afastar definitivamente a má-fé dos sujeitos que compõem o processo, estabelecendo, por meio do subprincípio da cooperação, que as partes devem contribuir para que a demanda levada ao Judiciário seja conduzida da melhor maneira possível (IMHOF, 2016, p. 23).

O Estado e a sociedade apresentam-se empenhados para que o processo seja eficaz, útil ao seu elevado desígnio, por isso a preocupação das leis processuais em assentar os procedimentos à luz dos princípios da boa-fé e da lealdade das partes e do juiz (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 39).

O princípio da boa-fé impõe deveres de cooperação entre os sujeitos processuais (DIDIER JR, 2017, p. 128), sendo a cooperação uma novidade no Código expressamente disposta em seu artigo 6º, que será abordada em um capítulo à parte.

Entre outros princípios constitucionais processuais está o princípio da isonomia e do contraditório, conforme o disposto no artigo 7º do Código de Processo Civil que impõe a paridade de tratamento entre as partes em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O direito à igualdade e à paridade de armas, além de vincular o legislador, vincula também o magistrado na condução do processo. O processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a igualdade de todos no ordenamento jurídico, visando uma decisão justa e a formação de precedentes. (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 506).

Por mais paradoxal que seja, o tratamento distinto é, em alguns momentos, a melhor maneira de igualar as partes. Como por exemplo, o disposto no artigo 72 do Código de Processo, que prevê a nomeação de curador especial para os incapazes processuais, bem como a tramitação prioritária de processos que envolvam idosos ou pessoas com doença grave, nos termos do artigo 1.048 da legislação processual (DIDIER JR, 2017, p. 112).

Outra dimensão do princípio da igualdade é o dever do órgão julgador confrontar o caso concreto com o paradigma, com o intuito de verificar se é possível ou não a aplicação do precedente ou da jurisprudência, conforme estabelece o artigo 489, § 1º, V e VI, do CPC/15 (DIDIER JR, 2017, p. 112).

Nessa esteira, o principal corolário da paridade de tratamento entre as partes é o princípio do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa antes de ser proferida a decisão, garantindo-lhe o direito de defesa e de se manifestar durante todo o andamento processual (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 36).

Atualmente, enfatiza-se que o próprio juiz deve observar o contraditório, devendo existir ao longo do curso processual um diálogo entre as partes e o magistrado. Como exemplo, caso o juiz, de ofício, traga um novo elemento para o processo ou constate a existência de um defeito de ordem pública, em vez de decidir diretamente o caso, cabe-lhe ouvir antes as partes, abrindo prazo para manifestação (TALAMINI; WAMBIER, 2015, p. 81).

O artigo 8º dispõe sobre a aplicação do ordenamento jurídico pelo magistrado, que deverá atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

O dispositivo possui uma importância significativa ao reforçar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88) e os princípios basilares da atividade administrativa previstos no artigo 37 da Constituição Federal (IMHOF, 2016, p. 25).

O Código de Processo Civil impõe ao juiz a observância a esses comandos constitucionais, tendo em vista que o exercício da função jurisdicional é o exercício da função estatal, de modo que o magistrado tem o dever de resguardar e promover a dignidade da pessoa humana (DIDIER JR, 2017, p. 86) e os princípios da Administração Pública.

O artigo 9º, *caput*, reforça o princípio do contraditório, já visto anteriormente no artigo 7º, e dispõe

que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

O direito ao contraditório (princípio constitucional previsto no artigo 5º, LV, CF) é inseparável de qualquer ideia de administração de Justiça, sendo que o direito ao processo justo tem o seu exercício balizado pela observância do direito ao contraditório ao longo de todo o andamento processual (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 107).

Da mesma forma, o artigo 10 da legislação processual incorpora uma versão moderna do princípio do contraditório (IMHOF, 2016, p. 27), no sentido de que o magistrado não poderá proferir decisão “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dados às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O artigo 10 inaugura o chamado princípio da vedação à decisão surpresa e vem sendo aplicado pelos Tribunais após o advento do Novo Código de Processo Civil.

Outro artigo que possui fundamental importância e está estabelecido na parte final do capítulo introdutório é o artigo 11, que consagra os princípios constitucionais da fundamentação (motivação) das decisões judiciais e da publicidade.

O princípio da motivação das decisões, também conhecido como princípio da fundamentação, está disposto no artigo 93, incisos IX e X da Carta Magna e preceitua que toda e qualquer decisão judicial deve ser justificada e explicada pela autoridade judiciária que a proferiu, com o intuito de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e possibilite a transparência e o respectivo controle da atividade judicial (TALAMINI; WAMBIER, 2015, p. 82).

Outrossim, ainda que o princípio da fundamentação não estivesse expresso no texto constitucional e na legislação processual, é possível extraí-lo, mesmo que implicitamente, do próprio modelo político de Estado de Direito proposto pela Constituição Federal. Por esse motivo, as decisões implícitas e insuficientemente fundamentadas não são admitidas no ordenamento jurídico, pois faz-se necessário que sejam motivadas, ainda que de modo conciso, demonstrando o enfrentamento de todas as questões aduzidas no processo. Como exemplo no Novo Código de Processo Civil, o legislador enfrenta a questão de modo ainda mais incisivo no artigo 489, § 1º, ao disciplinar as situações em que a decisão judicial não será considerada como devidamente fundamentada (TALAMINI; WAMBIER, 2015, p. 82-83).

Por sua vez, o princípio da publicidade do processo resume-se no direito à discussão das provas, na obrigatoriedade da motivação da sentença e da sua publicação, bem como na faculdade de intervenção das partes e de seus advogados em todas as fases processuais. Esse princípio não impede que existam processos em segredo de Justiça no interesse das partes (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 42).

Cumprido ressaltar ainda que o princípio da publicidade integra um dos princípios da Administração Pública, expressamente previsto no artigo 37 da Constituição da República.

Por fim, o artigo 12 encerra o capítulo introdutório do Código que consagra as normas fundamentais constitucionais que irão reger o processo civil como um todo.

O artigo 12 preceitua que os juízes e tribunais deverão atender preferencialmente uma ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão, salvo algumas exceções estabelecidas no próprio artigo.

Tal previsão foi instituída como meio de promoção da razoável duração do processo e de respeito à impessoalidade. Ainda, para fins de fiscalização, a lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública e na rede mundial de computadores, na forma do artigo 12, § 1º, do CPC (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 111).

Dessa forma, o Livro I do Código de Processo Civil estabelece uma série de garantias fundamentais constitucionais que irão reger a relação processual. Entre elas, o artigo 6º estabelece um novo princípio e inaugura um novo modelo de processo, baseado na colaboração entre as partes, que deve ser seguido pelos sujeitos processuais.

3 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O NOVO MODELO PROCESSUAL ESTABELECIDO PELO CPC

O artigo 6º do Código de Processo Civil consagra o princípio da cooperação e estabelece um novo modelo processual, o de colaboração entre os sujeitos processuais, ao estabelecer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O fundamento do princípio da cooperação está na necessidade de uma equilibrada distribuição da cota de participação para os sujeitos que participam do processo. Seu fundamento remonta não somente a participação, mas também a promoção de igualdade no processo civil. (MITIDIERO, 2015, p. 102- 103).

O princípio da cooperação inaugura um novo modelo de processo, caracterizado pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos processuais (DIDIER JR, 2017, p. 141).

Há quem entenda que a colaboração superou os modelos processuais utilizados anteriormente, entretanto o processo colaborativo ainda possui traços tanto dispositivo, como por exemplo, a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes (artigo 373, § 3º do CPC), quanto inquisitório, como a possibilidade de instrução probatória de ofício pelo magistrado, presente no artigo 370 do Código (MITIDIERO, 2015, p. 53- 54).

Para que o processo seja organizado de maneira justa, seus participantes devem ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento. Desse modo, a colaboração visa a organizar a participação do magistrado e das partes de forma equilibrada no processo (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 506).

A cooperação das partes com o juiz decorre naturalmente conforme sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas relevantes para o convencimento do magistrado. Por outro lado, a colaboração do juiz com as partes exige uma participação efetiva, passando o magistrado a ser um integrante do debate que se estabelece na demanda (NEVES, 2017, p. 205).

Como exemplo dos deveres de cooperação das partes, temos o dever de esclarecimento, em que os requerentes devem redigir a sua petição com clareza, sob

pena de inépcia, o dever de lealdade, em que as partes devem observar a boa-fé processual ao longo da demanda, conforme citado anteriormente, e o dever de proteção, em que a parte não pode causar danos à outra parte (DIDIER JR, 2017, p. 144).

Por outro lado, o órgão jurisdicional também possui os seus deveres com o intuito de colaborar com andamento do processo visando uma decisão de mérito justa e efetiva. Como exemplos, o órgão jurisdicional deve se pautar pelo dever de lealdade, deve zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º do CPC), pelo necessário esclarecimento junto às partes quanto às dúvidas sobre as suas alegações, pelo dever de consulta, previsto no artigo 10 do CPC e pelo dever de prevenção, concretizando o princípio da primazia pela decisão de mérito (DIDIER JR, 2017, p. 144 a 147).

Desse modo, a colaboração visa organizar o papel do magistrado e das partes na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira comunidade de trabalho (MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 708).

No diálogo entre as partes e o magistrado, é de suma importância a cooperação entre todos os envolvidos, para que o processo seja célere e alcance o resultado final da maneira mais adequada, de preferência com uma sentença de mérito (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 57).

Nessa perspectiva, oportuno o magistério de José Laurindo de Souza Netto:

A natureza principiológica da cooperação obriga os sujeitos processuais a pautarem as respectivas condutas, seja na iniciativa, seja no desenvolvimento do processo, em deveres de lealdade, eticidade e colaboração para o alcance de um resultado decisório que seja obra em coautoria. (SOUZA NETTO, 2016, p. 417).

O dever de cooperar existe no interesse de todos os que estejam envolvidos no processo, de modo a obter uma solução em tempo razoável. A ideia de cooperação, em alguns casos, abrange não só as partes, mas também a própria sociedade, como por exemplo por meio dos *amicus curiae* ou grupos que participam de audiências públicas quando a questão a ser decidida pelo judiciário tem ampla repercussão social (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 62).

Sendo assim, visando atender as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da boa-fé processual e da razoável duração do processo, os sujeitos processuais deverão interagir entre si e manifestar-se durante o processo, visando uma decisão justa e preferencialmente de mérito, de modo a ter uma relação de reciprocidade.

Mister salientar ainda que a cooperação exige também o respeito às decisões judiciais pelos próprios integrantes do Poder Judiciário, prezando pela consonância do princípio colaborativo previsto no artigo 6º do Código com o sistema de precedentes inaugurado pela nova legislação processual, disposto no artigo 926 e 927 do novo *Codex* (CAMBI; DOTTI; KOZIKOSKI; MARTINS; PINHEIRO, 2017, p. 69).

Desse modo, no andamento processual, deve ser levada em consideração a perspectiva do processo civil constitucional, baseado na cooperação entre os sujeitos

processuais para a obtenção de uma decisão justa aos envolvidos.

4 COOPERAÇÃO NA PRÁTICA: AS RECENTES DECISÕES DOS TRIBUNAIS E A APLICAÇÃO DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

Ante os desdobramentos do processo cooperativo no novo Código de Processo Civil e levando-se em conta as particularidades teóricas do modelo processual, surge uma indagação a ser respondida: o princípio da cooperação e o novo modelo cooperativo de processo são benéficos ao novo sistema processual estabelecido e estão em consonância com o processo civil constitucional?

Para a obtenção da resposta, é de suma importância verificar o entendimento perfilhado nas decisões recentes dos tribunais nas diversas áreas do Direito quanto à aplicabilidade do modelo cooperativo no andamento processual, bem como a crescente utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos.

4.1 A cooperação e as recentes decisões dos Tribunais

De início, faz-se necessário destacar que o VIII Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, realizado em março de 2017, editou dois enunciados quanto ao princípio da cooperação. O enunciado nº 06 dispõe sobre o princípio da boa-fé e da cooperação ao estabelecer que “o negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

No âmbito trabalhista, foi editado o enunciado nº 106 sobre a necessidade do magistrado determinar a complementação do recolhimento insuficiente de custas e do depósito recursal, ao invés de reconhecer a deserção do recurso:

106. Não se pode reconhecer a deserção do recurso, em processo trabalhista, quando houver recolhimento insuficiente das custas e do depósito recursal, ainda que ínfima a diferença, cabendo ao juiz determinar a sua complementação.

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se quanto à aplicabilidade da cooperação no julgamento dos Embargos de Declaração nº 1.394.902/MA, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, julgado em 04.10.2016. No caso, a Primeira Turma do STJ entendeu haver nulidade no prosseguimento do julgamento diante da proclamação de adiamento do feito, o que ocasionou a retirada dos patronos da parte da sessão, e posterior retomada do julgamento. Conforme o julgado, o colendo Tribunal manifestou-se no sentido de que tal medida foi adotada de encontro às novas regras estabelecidas pelo Código, que garante a todos o direito de participar na construção da prestação jurisdicional.

Outrossim, quando do julgamento dos Embargos de Declaração no Mandado de Segurança nº 19.764/DF (julgado em 26.10.2016, relator Ministro Sérgio Kukina), o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o entendimento de que a tardia apresentação de novas teses jurídicas nas razões dos embargos de declaração viola o princípio assinalado no artigo 6º do Código (princípio da cooperação), impondo

inclusive multa de 1% (um por cento) do valor atualizado da causa à embargante, tendo em vista o caráter manifestamente protelatório do recurso integrativo.

Fazendo um paralelo com o direito tributário, é interessante verificar também a aplicação do princípio da cooperação nos casos de prescrição tributária julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, como por exemplo na Apelação Cível nº 1639795-2, de relatoria do Desembargador Stewalt Camargo Filho, julgada em 06.02.2018, e na Apelação Cível nº 0004999-11.2002.8.16.0129, de relatoria da Juíza Angela Maria Machado Costa, julgada em 14.10.2019.

Em análise aos julgados, denota-se que o princípio do impulso oficial poderá ser relativizado no reconhecimento da prescrição tributária em execuções fiscais. Em que pese a natureza inquisitiva do dever de condução do processo, a ser realizado pelo magistrado, cabe ao exequente também acompanhar o trâmite processual, peticionando de maneira efetiva para que seja afastada a possibilidade de prescrição dos créditos tributários.

É de se notar que, ao ponderar o princípio do impulso oficial com o princípio dispositivo, o que está sendo feito é uma análise de cooperação processual mediante a atuação do magistrado e da parte, no caso a Fazenda Pública, para a definição do reconhecimento da prescrição tributária nas execuções fiscais.

A questão da primazia pela decisão de mérito também foi abordada no julgamento da Apelação Cível nº 1604949-1 (julgada em 08.03.2017, relator Desembargador Francisco Eduardo Gonzaga de Oliveira), em que o feito foi extinto de maneira prematura em primeiro grau, tendo em vista o pedido não apreciado de dilação do prazo requerido pela parte para a emenda à inicial, sendo reformada a decisão pelo Tribunal em consonância com o princípio da cooperação.

Ao analisar a jurisprudência dos Tribunais, verifica-se que o modelo cooperativo de processo e o princípio da cooperação estão sendo aplicados visando a primazia dos princípios constitucionais, como a razoável duração do processo, o devido processo legal e a segurança jurídica.

4.2 Os métodos autocompositivos como forma de colaboração entre os sujeitos processuais.

O Código de Processo Civil incentiva e investe na utilização dos métodos consensuais de solução de conflitos (conciliação e mediação) para que as próprias partes cheguem à solução do conflito e a uma pacificação mais completa. Como exemplo, basta verificar o artigo 3º, §2º da legislação processual, quando estabelece que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (BACELLAR; LAGRATA, 2016, p. 167).

A conciliação é um método alternativo de solução de controvérsias através da qual as pessoas buscam resolver suas divergências com a ajuda de um terceiro, denominado conciliador. A conciliação muito se assemelha a mediação, estando a diferença na forma de condução do diálogo entre as partes. Na conciliação, o terceiro facilitador interfere na discussão entre as pessoas propondo soluções para a lide (SALES, 2007, p. 42-43).

Por sua vez, a mediação tem, por fundamento filosófico, o desenvolvimento dos envolvidos, para que

possam lidar melhor com as situações de conflitos de sua vida e possui alguns princípios básicos, como o caráter voluntário, o poder dispositivo das partes através da autonomia da vontade, a boa-fé e a confidencialidade do processo (FIORELLI; FIORELLI, MALHADAS JUNIOR, p. 61).

Como objetivos principais da mediação estão a satisfação das partes e a promoção do autoconhecimento com o crescimento cognitivo dos participantes (FIORELLI; FIORELLI, MALHADAS JUNIOR, p. 61-62), para que tenham a autonomia de decidir a respeito dos conflitos do cotidiano e evitem a resolução de conflitos somente mediante decisão judicial.

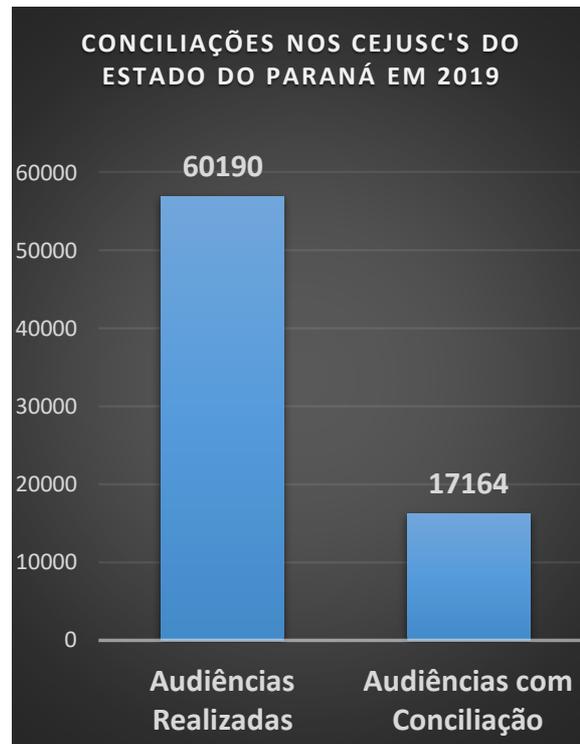
Nessa toada, o Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 165 que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.”

A Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos, regulamentando a utilização da conciliação e mediação em todo país, estabelecendo diretrizes aos Tribunais, para que houvesse uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito e das próprias partes, a fim de tornar efetivo o acesso à justiça qualificado e visando a pacificação social (BACELLAR; LAGRASTA, 2016, p. 31).

Dessa forma, os Tribunais devem incentivar os sujeitos processuais ou, até mesmo, em caráter pré-processual, a resolverem seus conflitos de forma autônoma, por meio da conciliação, da mediação e da vontade de decidirem seus problemas de forma consensual, evitando assim a judicialização excessiva de demandas e primando pelo diálogo e pela aplicação dos princípios constitucionais previstos na legislação processual.

O diálogo entre as partes, a busca pela resolução adequada do litígio e a aplicação de princípios constitucionais nada mais é do que a colaboração dos sujeitos processuais em prol da resolução efetiva de suas demandas.

No que se refere à dados quantitativos, de acordo com os dados informados pelo Núcleo de Inteligência da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, verifica-se que em 2019 foram realizadas 60.190 (sessenta mil, cento e noventa) audiências de conciliação e mediação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania do Estado do Paraná, com 17.164 (dezesete mil, cento e sessenta e quatro) conciliações, conforme abaixo:



Fonte: BRASIL, 2020.

Verifica-se, portanto, que somente no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania do Estado do Paraná mais de dezessete mil (17.164) acordos foram realizados no ano de 2019, diminuindo a quantidade de processos, facilitando o diálogo entre os envolvidos e a primazia por uma decisão justa, efetiva e em tempo razoável, conforme o preceituado no artigo 6º do Código de Processo Civil que estabelece o princípio cooperativo no ordenamento jurídico.

A aplicação conjunta da legislação, da doutrina, da jurisprudência e dos métodos consensuais de soluções de conflitos realizados nos Tribunais permite uma melhor elucidação sobre o tema, de modo a ser possível analisar os efeitos do princípio da cooperação e do modelo cooperativo no âmbito do processo civil constitucional.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, é de se concluir que o novo modelo processual estabelecido com o advento do Novo Código de Processo Civil traz benefícios para a relação processual, buscando a colaboração entre os sujeitos do processo e, por consequência, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse contexto, levando-se em consideração as normas do processo civil constitucional, a doutrina, os métodos consensuais de resolução de conflitos e as recentes decisões judiciais, denota-se uma nova perspectiva apta a melhorar a dialeticidade e o andamento processual, evitar a judicialização excessiva de demandas e prejuízos aos envolvidos.

Desse modo, o princípio da cooperação e o novo modelo processual colaborativo inaugurados pelo Código de Processo Civil estão em consonância com o processo civil constitucional, visando a aplicação dos princípios constitucionais, a primazia por uma decisão justa e efetiva em tempo razoável e a adequada resolução de conflitos para a pacificação social.

6 REFERÊNCIAS

- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Volume 1. 3ª edição. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli. Conciliação e Mediação ensino em construção. 1ª edição. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados (IPAM), Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), 2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. TJPR finalizou mais de 77 mil processos por meio da mediação e da conciliação, em 2019. [Notícias online]. Publicado em: 06 fev. 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jzB/content/tjpr-finalizou-mais-de-77-mil-processos-por-meio-da-mediacao-e-da-conciliacao-em-2019/18319. Acesso em: 10 dez. 2020.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo; MARTINS, Sandro Gilbert; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce. Curso de Processo Civil completo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e Solução de Conflitos: teoria e prática. São Paulo: Editora Atlas, 2008.
- IMHOF, Cristiano. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: BookLaw, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3ª. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 9. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.
- SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de. A Confluência dos Modelos Dispositivos e Inquisitivo do Processo Civil Operada pelo Princípio da Cooperação. In: NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira, coordenadores. Constituição e Democracia II. 1ª ed. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 1, p. 402-419. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/jQArPjIHT61BmF15.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2019.
- TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Volume 1. 15ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 53. ed. Volume 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil Artigo por Artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

A MEDIAÇÃO E A EFETIVA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

MEDIATION AND THE EFFECTIVE REASONABLE DURATION OF THE PROCESS

Robson Martins¹, Érika Silvana Saquetti Martins²

A mediação, junto aos outros meios alternativos de solução de conflitos, como a conciliação e a arbitragem, tornaram-se uma forma de melhorar e trazer eficiência na resolução de disputas judiciais e extrajudiciais, oferecendo um melhor sistema de justiça civil e penal, uma justiça consensual, ampla e complexa. Deve ser analisado caso a caso, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, pois um sistema de Justiça se importa em resolver rapidamente as demandas sociais e a complexidade envolvida em cada conflito e oferecer alternativas de tratamento, de maneira célere e eficaz, mas com qualidade. Os meios adequados de resolução de disputa não são uma completa solução para todos e quaisquer problemas do processo judicial ou situações extrajudiciais, mas sim viável de complementação do sistema de justiça, no escopo da paz social.

Palavras-Chave: Mediação. Duração razoável do processo. Eficiência. Paz social.

Abstract: Mediation, together with other alternative means of conflict resolution, such as conciliation and arbitration, have become a way to improve and bring efficiency in the resolution of judicial and extrajudicial disputes, offering a better civil and criminal justice system, a consensual, broad and complex justice. It should be analyzed on a case-by-case basis, both in the judicial and extrajudicial spheres, because a justice system cares to quickly resolve the social demands and complexity involved in each conflict and offer alternativetreatment, quickly and effectively, but with quality. The appropriate means of dispute resolution are not a complete solution to any and all problems of judicial proceedings or extrajudicial situations, but feasible to complement the justice system in the scope of social peace.

Keywords: Mediation. Reasonable duration of the process. Efficiency. Social peace.

¹ Doutorando em Direito pela Instituição Toledo de Ensino. Doutorando em Direito da Cidade pela UERJ. Mestre em Direito pela Universidade Paranaense. Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera - Uniderp. Graduado em Direito pela Universidade Paranaense. Professor da Pós Graduação Iatu sensu em Direito da Uninter e ITE. Docente da ESMPU. Procurador da República em Curitiba. email: direito.robsonmartins@gmail.com

² Mestranda em Direito pela UNINTER. Mestranda em Políticas Pública pela UFPR. Especialista em Direito Público, Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Paranaense. Professora da Pós Graduação Iatu sensu em Direito da Uninter. Advogada em Curitiba. email: saquettiemartins.adv@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

A mediação, a conciliação e a arbitragem, na esfera cível, e a transação, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de Não Persecução na esfera penal, ganham cada vez mais espaço negocial entre particulares e a própria administração pública, sendo uma forma de justiça consensual, incorporadas por diversas leis esparsas, desde a Lei 9.099/95, a Lei 13.140/2015, Lei 12.850/2013 e Lei nº 13.964/19, com o escopo de gerar maior celeridade às ações e diminuir o volume de processos perante o Poder Judiciário.

No âmbito do poder judiciário, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou tal atividade de resolução de conflitos através da Resolução n. 125, de 29 nov. 2010, criando vários meios e mecanismos para implementação nas justiças da União e dos Estados.

Deve-se sempre resguardar o acesso à justiça, pois:

“[...] o respeito aos direitos e garantias fundamentais é a base de sustentação do ordenamento jurídico-constitucional, condição primordial para a existência do Estado Democrático de Direito, daí porque é possível considera-los o oxigênio das Constituições Democráticas” (ORSINI, 2018, p. 125)

A Constituição Federal, em seu artigo 98, inciso I, já previa a criação, pela União e Estados dos:

“[...] juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau” (BRASIL, 1988)

Portanto, atendendo ao apelo do constituinte, a justiça consensual foi introduzida em nosso país desde a Lei 9.099/95, assim, há mais de 25 anos temos a previsão de várias formas de solução consensual dos conflitos e, mais recentemente, o incentivo pelo próprio Código de Processo Civil de 2015 da mediação e da conciliação.

Deveras, este artigo abordará algumas formas de solução consensual dos conflitos, bem como sua importância para a resolução rápida das causas jurídicas, reservando ao Estado-juiz apenas causas que realmente não possam ser solucionadas de outras formas.

Neste vértice, denota-se a importância do CEJUSC efetivado pelo Tribunal de Justiça, após a sistematização da Resolução n. 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, pois auxilia as partes em todos os aspectos para se chegar a uma solução justa e que possa atender aos anseios dos interessados.

Por fim, verifica-se que tais métodos alternativos de resolução de conflitos atualmente também são efetivados pelas serventias extrajudiciais, em mais uma tentativa de desafogar o Poder Judiciário, através do Provimento n. 67/2018, do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

2 A DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Através da emenda 45/2004, também denominada “Reforma do Judiciário”, foi inserido no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal: “[...] a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Nesta vertente, o artigo 4º do Código de Processo Civil: “[...] Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 2015).

Obviamente, não se pode olvidar do artigo 3º, §§ 2º e 3º:

“[...] § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (BRASIL, 2015)

Todos esses textos legais incentivam a prática de meios alternativos de solução consensual aos conflitos e, assim, em tese, todos os cidadãos teriam o direito fundamental de rapidez na tramitação de seus feitos, contudo, nem sempre isto acontece, não simplesmente por inércia dos magistrados ou servidores do Poder Judiciário, mas sim pelo enorme volume processual existente nos tribunais, dada a litigância insita aos brasileiros. Neste ponto é que:

“[...] O excessivo retardamento no curso dos processos configura um mal em si mesmo, isto é, independentemente do resultado final da demanda, na medida em que uma resposta judiciária proferida a destempo já é, de per si, deficiente e insatisfatória, por infligir um prejuízo autônomo à parte que tinha razão, mormente nos casos em que a pretensão era evidentemente fundada. Demais disso, da parte do Estado, a dilação indevida acarreta ainda uma inconstitucionalidade por omissão, já que dentre os “direitos e garantias fundamentais” (CF, art. 5º) a EC 45/2004 inseriu “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (MANCUSO, 2020, p. 579-580).

A demora judicial para a solução de um feito, acaba por desvelar uma dificuldade em se realizar justiça, trazendo inefetividade ao meio processual adequado para resolver as causas da vida cotidiana. Deveras:

“[...] O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmen-

te, lesão ou ameaça a direitos fundamentais” (MENDES, 2015, p. 405)

Tanto é que: “[...] o Código de Processo Civil/2015 que consagra, em seu artigo 4º, o direito à razoável duração do processo, além de apresentar, em diversos dispositivos, disciplina para a utilização de meios eletrônicos e a prática eletrônica de atos processuais (artigos 193 a 199)” (MASSON, 2020, p. 374). Não sem motivo que:

“[...] O direito fundamental à duração razoável do processo constitui princípio redigido como cláusula geral. Ele impõe um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado – a duração razoável do processo. Ele prevê no seu suporte fático termo indeterminado – duração razoável –, e não comina consequências jurídicas ao seu não atendimento... O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica sua duração em tempo justo” (SARLET, 2020, p. 897- 898).

Neste viés é que se deve guardar proporcionalidade entre o tempo para julgamento, e a própria complexidade do feito, sob pena de se causar injustiça, seja pela rapidez indevida num processo que demandaria tempo para seu entendimento completo; seja pela demora de um processo extremamente simples para julgamento.

Vieram, então, para o nosso direito pátrio, os meios alternativos de solução de conflito, tanto pelo CEJUSC, quanto pelas serventias extrajudiciais, para fins de mitigar as mazelas de um sistema processual que, em regra, é demorado e de alto custo ao cidadão.

3 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS PELAS LEIS 9.099/95 E 13.140/2015

O artigo 2º da Lei 9.099/95 é muito importante quanto à solução rápida dos conflitos, pois diz: “[...] Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

O Código de Processo Civil, artigo 165, § 3º:

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, 2015)

De outro giro, no artigo 2º da Lei 13.140 de 2015 estão elencados oito princípios aplicáveis aos procedimentos de mediação, quais sejam: “[...] I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé” (BRASIL, 2015).

Entre os mencionados princípios, a imparcialidade do mediador e a confidencialidade são os que receberam maior preocupação do legislador e, por essa razão, serão agora individualmente tratados.

Deveras, a confidencialidade é um dos grandes atrativos dos procedimentos de mediação, sendo que tal princípio recebeu tratamento específico dentro da Lei, estando regulamentada precipuamente no artigo 30:

“[...] são confidenciais para terceiros todas as informações que se obtém acesso dentro do processo de mediação não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação” (BRASIL, 2015).

É importante denotar que o dever de confidencialidade é imposto a todos aqueles que porventura vierem a integrar o processo de mediação, sendo que esta pode ser instaurada a qualquer momento, tanto anteriormente a formação das lides, como após a instauração de procedimentos judiciais ou de arbitragem.

Ocorre que, caso as partes concordem em dirimir um conflito já instaurado através da mediação, deverão essas requerer ao árbitro ou ao juiz responsável pela condução da causa a suspensão do processo.

A instauração da mediação suspende o prazo prescricional enquanto perdurar o procedimento, sendo considerada como data de instauração da mediação a data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação. Em todo procedimento o mediador responsável pela condução do procedimento deverá informar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis. Além disso, pode atuar mais de um mediador a depender da complexidade e natureza do conflito. Contudo, para que este novo mediador atue será preciso ter a anuência de ambas as partes integrantes do procedimento de mediação, inclusive, do próprio mediador.

O mediador poderá se reunir com as partes em conjunto ou separadamente, adotando todas as técnicas circunscritas à mediação, bem como lhes solicitar as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre elas.

Considerar-se-á encerrado o procedimento de mediação com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Eventual acordo celebrado no âmbito da mediação constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

A mediação tornou-se uma opção viável de acesso à justiça e celeridade porque permite que os litigantes trabalhem juntos em busca de uma solução comum. Essa integração é muito propícia à satisfação dos litigantes com a solução encontrada.

Os pontos mais positivos percebidos no marco legal da mediação é a preocupação do legislador em especializar os mediadores, criando severas limitações em suas áreas de atuação e lhes impondo, por conseguinte, quase que uma dedicação exclusiva às suas atividades como mediador.

De outro giro, a regulamentação da confidencialidade parece adequada, eis que as únicas exceções às regras de sigilo são as hipóteses de crime de ação pública e prestação de informações ao fisco. Além disso, é preciso que os custos da mediação sejam estipulados em níveis acessíveis à toda população, pois senão a mediação estará fadada ao ostracismo ou, pior ainda, se tornará um conceito de privilégio para poucos.

4 A MEDIAÇÃO JUDICIAL

Deveras, a mediação judicial possui um regramento específico que a difere, e muito, da modalidade extrajudicial. As disposições do Código de Processo Civil, por exemplo, regulamentam quase que exclusivamente este tipo de procedimento nos feitos cíveis.

Sob a sistemática desta faceta de mediação, o **mediador** ao invés de ser um terceiro eleito pelas partes oponentes, é na verdade um auxiliar do juízo, conforme se percebe pela redação do art. 149 do Código de Processo Civil:

“[...] Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias” (BRASIL, 2015)

Neste tipo de procedimento, caso as partes tenham interesse na realização da mediação, elas deverão informar ao juiz sua intenção, o qual, por sua vez, as remeterá para o Centro de Solução de Conflito do Tribunal de Justiça em que tramita o litígio.

Nesse órgão (CEJUSC) as partes deverão ser assistidas por um mediador cadastrado perante o Tribunal de Justiça a ser designado por mecanismo interno de sorteio. Portanto, uma das primeiras diferenças na mediação judicial para a extrajudicial é que as partes possuem menor ingerência acerca da escolha do mediador que lhes irá auxiliar.

Importante mencionar:

“[...] Entre os métodos que podem ser escolhidos pelo cidadão, encontra-se a mediação de conflitos, que pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas em conflitos, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos. E como solução quase sempre resulta no cumprimento espontâneo das obrigações nela assumidas” (SALLES, 2020, p. 149)

Além disso, na mediação judicial é obrigatório que ambas as partes estejam assistidas, quer seja por advogado ou defensor público – os quais assistirão aqueles que devidamente comprovarem sua falta de recursos. A lei estabelece que a mediação judicial tenha duração de 60 (sessenta) dias, podendo as partes requerer a prorrogação deste prazo.

Há, ainda, outras particularidades a mencionar. Na mediação judicial os custos dos serviços do mediador são arbitrados pelo Tribunal em que tramita o litígio, devendo ser suportado integralmente e igualmente pelas partes.

De outro giro, para o exercício da função de mediador judicial, a lei determinada que o mediador seja pessoa capaz graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Por fim, caso o conflito seja solucionado por mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

5 A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

A mediação extrajudicial, por óbvio, ocorre antes da instauração de um processo judicial ou até mesmo incidentalmente a um processo arbitral previamente instalado. Neste tipo de mediação poderá atuar como **mediador** qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Neste ponto, percebe-se que não há impedimento para que funcionário público, por exemplo, atue como mediador extrajudicial. Nesta modalidade de mediação as partes poderão ser assistidas por advogado ou defensor público, contudo, é imperioso ressaltar que caso nem todas as partes estejam assistidas por advogado ou defensor, deverá o mediador eleito suspender o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

As partes deverão estabelecer os **termos que irão reger o procedimento de mediação**, cabendo a elas definir, conforme artigo 22 da Lei 13.140/2015:

“[...] I – prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;
II – local da primeira reunião;
III – critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;
IV – penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião” (BRASIL, 2015)

Em caso de lacunas no termo firmado entre as partes, aplicar-se-ão os termos do § 2.º do art. 20 da Lei 13.140/2015.

Veja-se que dentre toda a sistemática desenvolvida para a mediação extrajudicial, um dos dispositivos mais interessantes foi a criação do art. 23, o qual

faculta às partes a inserção de cláusula comprometendo-se a não iniciarem processo judicial ou arbitragem por determinado prazo ou enquanto determinada condição não for implementada. O mais interessante é que o mencionado artigo determina que o magistrado ou árbitro, constando a existência deste tipo de cláusula, deverá suspender o curso do processo instaurado.

Por fim, mister analisar que o Provimento n. 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça, em seus artigos 1º e 2º dispõem:

“[...] Art. 1º Dispor sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil.

Art. 2º Os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro serão facultativos e deverão observar os requisitos previstos neste provimento, sem prejuízo do disposto na Lei n. 13.140/2015” (BRASIL, 2018).

Assim, dada a capilaridade de tais atividades, as serventias notariais e registrares deverão, também, adotar as técnicas de conciliação e mediação em todos os seus afazeres, como rotina básica de seus trabalhos, trazendo maior efetividade aos cidadãos.

6 DO OMBUDSMAN

Técnicas como negociação automatizada e assistida, mediação online, arbitragem online, bem como sistemáticas de ombudsman online oferecem uma comunicação mais eficiente entre consumidor e fornecedor, e são coletivamente conhecidas como Online Dispute Resolution – ODR. Embora se acredite que os métodos de ODR são geralmente as melhores, e frequentemente, as únicas opções para aumentar a reparação individual do consumidor, a Comissão Europeia concluiu que seu potencial ainda não foi atingido, pois seu crescimento está atrasado em relação ao atual estágio de desenvolvimento do comércio eletrônico, havendo necessidade de adaptação de instrumentos para plataformas on line.

É neste contexto que surge o ambiente de resolução de conflitos online (usualmente denominado ODR – Online Dispute Resolution), em que tecnologias são utilizadas para aperfeiçoar os instrumentos tradicionais e criar novos mecanismos para compor disputas entre as partes. As possibilidades de utilização dos instrumentos de ODR são múltiplas.

As plataformas online têm focado na utilização de quatro institutos bastante peculiares: (i) a negociação automatizada e assistida, (ii) a mediação online, (iii) a arbitragem online, bem como (iv) o ombudsman online.

O mecanismo de (i) negociação online tem duas formas de operacionalização: a negociação assistida e negociação automatizada, mas são igualmente consensuais, sendo que diversas plataformas se utilizam da negociação assistida, como caso do Ebay e PayPal, e o caso mais emblemático é a plataforma desenvolvida pelo SquareTrade para o eBay.

O processo é iniciado quando uma parte envia um formulário de reclamação online e é direcionada para um menu suspenso com opções para a natureza da reclamação. Se as opções disponíveis não coincidirem com a situação, o reclamante pode preencher uma caixa de diálogo aberta descrevendo com suas próprias palavras o problema encontrado.

Na sequência, o peticionante é direcionado para escolher entre possíveis soluções, com a mesma opção de incluir sua própria solução em uma caixa aberta. A reclamação e a solução escolhidas são enviadas pelo sistema para a outra parte da relação negocial, com o pedido, para escolher várias opções de soluções disponíveis, ou sugerir a sua própria. Estas trocas entre consumidor e fornecedor seguem até que existaa uma solução ou se torne um impasse.

A palavra ombudsman tem a tradução aproximada de "ouvidor" ou "advogado do leitor". Ombudsman online, ou ouvidor, se insere institucionalmente, dentro das próprias empresas, e tem como objetivo levar aos setores decisórios a insatisfação do consumidor com o produto ou prestação de serviço. Neste viés, busca-se antecipar-se ao litígio, ao passo que a tentativa é a de atender o desejo e, também, a insatisfação do cliente anteriormente ao aparecimento do problema efetivo.

Há diversos debates sobre a eficiência desses mecanismos, que dependem essencialmente dos desenhos regulatórios de e-commerce. Os mais bem-sucedidos são aqueles em que a maioria das disputas é resolvida sem a intervenção de terceiros neutros. Os esquemas efetivos de reparação do consumidor geralmente adotam uma forma de pirâmide, onde a maioria das disputas é resolvida em sua base, depois que as partes trocaram todas as informações necessárias e apenas uma pequena proporção do progresso das reclamações para a próxima etapa em que um terceiro neutro intervém para facilitar as negociações.

Neste ponto, nos feitos judiciais e extrajudiciais ainda há necessidade de se analisar o aperfeiçoamento dos mecanismos paraestatais de solução de conflitos. Mediação, arbitragem e negociação são instrumentos essenciais, mas que precisam estar adaptados a plataformas online para realizarem o seu propósito.

Nos sistemas de mediação judicial, o sistema ainda é incipiente, mas já demonstra que possui capacidade para resolver várias demandas em curso, de maneira que é necessário investir nessa modalidade de resolução de conflitos on line.

7 O SISTEMA MULTIORTAS

O Sistema Multiortas é uma forma de aplicar os meios alternativos de resolução de conflitos entre as partes em conflito, sendo que elas têm à sua disposição variadas formas de estabelecerem acordos autonomamente, ou com a intervenção direta e decisiva de um terceiro, ou seja, mediação, conciliação e arbitragem. Esta é uma importante ferramenta para o poder judiciário brasileiro, bem como um sistema que auxilia todos em sua busca pela prestação eficiente da paz social. Imperioso ressaltar que na justiça multiortas:

“[...] Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser ultima ratio, extrema ratio. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo. A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos: “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações.

Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contato ou sem passagem pelos tribunais [...] Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros” (DIDIER, 2016)

Deveras, as partes buscam uma solução justa para seus problemas:

“[...] A busca das partes por satisfação se dá não apenas em relação aos resultados da demanda, mas também em relação ao processo pelo qual eles são gerados. Trata-se da distinção entre a justiça do processo e a justiça do resultado, que envolve diferentes níveis de percepção, controle e satisfação das partes.

Enquanto na mediação é possível que as partes definam e controlem o procedimento, no processo judicial, por sua vez, o procedimento vem estabelecido em lei e não está sujeito a adaptações” (GABBAY, 2013, p. 41).

Nos casos judiciais, a audiência de mediação ou conciliação será designada pelo juiz e será realizada nos centros judiciários de solução consensual de conflitos ou, ainda, em câmaras privadas de conciliação e mediação, cadastradas junto aos Tribunais. Neste ponto, é preciso criar toda a estrutura física para recebimento de todos os processos judiciais, contratar pessoal, organizar rotinas, conceber os serviços, criar infraestrutura de abastecimento, de tecnologia da informação, organizar as rotinas e procedimentos, treinar os conciliadores e mediadores, dentre outras funções. Neste vértice:

“[...] Desde os primórdios de sua formação, os membros de uma comunidade se depararam com dois grandes desafios: (i) criar mecanismos eficientes que fizessem com que eles cooperassem entre si e (ii) resolvessem e pacificassem os eventuais conflitos decorrentes de suas relações sociais. Nada mais natural do que o apontamento desses dois desafios, considerando-se que a sociedade é, por excelência, o conjunto de indivíduos distintos pertencentes a diferentes grupos,¹ os quais precisam conviver de maneira harmônica em busca do (suposto) bem comum” (PINHO, 2017)

Assim, torna-se um desafio educacional ou de formação é duplo, pois é necessário preparar os operadores jurídicos desde a faculdade e é indispensável, de imediato, educar os operadores jurídicos e treinar e capacitar adequadamente os mediadores e conciliadores para que desenvolvam o seu mister.

Nesse sentido, o sistema multiportas pode ajudar a solucionar muitos casos perante o próprio Poder Judiciário, mas há necessidade da mudança de cultura entre os profissionais do direito e os próprios cidadãos:

“[...] Todos têm, hoje, plena consciência da grave crise que afeta a nossa Justiça, em termos principalmente de morosidade, efetividade e adequação de suas soluções.

Estamos, mais do que nunca, convencidos de que, entre as várias causas dessa crise, que são inúmeras, uma delas é a adoção pelo nosso Judiciário, com quase exclusividade em todo o país, do método adjudicatório para a resolução dos conflitos a ele encaminhados, vale dizer, solução dada autoritativamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz.

A mentalidade predominante, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, é a que vê na sentença a forma mais sublime e correta de se fazer justiça, considerando os chamados meios alternativos de solução de conflitos – como mediação, conciliação, arbitragem e outros – formas atrasadas e próprios de povos pouco civilizados” (ALMEIDA, 2012, p. 87)

Neste íterim, torna-se imprescindível reformular tal mentalidade e precipuamente adequar a grade curricular das faculdades de direito, pois são raras as que oferecem as disciplinas relativas aos meios adequados de resolução de disputas como parte de suas grades curriculares. Em tal ensino deve-se incentivar os valores, técnicas e habilidades da negociação, diretamente ou com o apoio de mediadores e conciliadores, e dos fundamentos do instituto da arbitragem, já que isto é uma lacuna dos cursos jurídicos nacionais.

De outro giro, torna-se imprescindível atualizar os profissionais do direito que militam na área, pois infelizmente os advogados ainda são vistos com personagens que, por vezes, dificultam a negociação e o acordo de seus clientes, por uma série de motivos, incluindo a maneira como, muitas vezes, é feita a contratação de honorários advocatícios.

Nesse novo cenário dos métodos alternativos no Brasil, mister habilitar o advogado e os demais operadores do direito para o novo cenário que se descortina pela centralidade do seu papel enquanto agente conhecedor do caso e dos interesses gerais de seu cliente, facilitando a análise das potencialidades do caso e a estabelecer os limites da negociação.

De outro giro, mister preparar eficazmente os servidores do Judiciário, Juizes, Advogados Públicos, Defensores Públicos e membros do Ministério Público para o papel da mediação e da conciliação no processo civil e sobre as funções que devem desenvolver.

De outro viés, há uma percepção arraigada e distorcida que se construiu sobre os meios consensuais de

resolução de disputas, pois há um preconceito envolve a visão corrente sobre os meios consensuais.

O foco na implementação dos meios adequados de resolução de disputas deve estar em oferecer um mais eficiente sistema de justiça civil e penal, uma justiça consensual, ampla e complexa, mas que compreenda os problemas sociais.

Um sistema de Justiça capaz de amearhar as demandas sociais e a complexidade envolvida em cada conflito e oferecer alternativas de tratamento, de maneira célere. Os meios adequados de resolução de disputa não são a solução para os problemas do processo judicial, são uma complementação do sistema de justiça.

8 CONCLUSÃO

Os meios alternativos de solução de conflitos, precipuamente a mediação, acabam sendo uma forma de melhorar e trazer eficiência na resolução de disputas deve estar em oferecer um melhor sistema de justiça civil e penal, uma justiça consensual, ampla e complexa. Deve ser analisado caso a caso, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, pois um sistema de Justiça deve ser importante para resolver rapidamente as demandas sociais e a complexidade envolvida em cada conflito e oferecer alternativas de tratamento, de maneira célere e eficaz. Os meios adequados de resolução de disputa não são uma completa solução para os problemas do processo judicial ou situações extrajudiciais, são uma complementação do sistema de justiça, trazendo paz social.

Neste prisma, como forma de se adequar ao princípio constitucional da duração razoável do processo, mister que todos os operadores do direito, na medida do possível, em casos concretos, apliquem os métodos alternativos da resolução de conflitos, seja na esfera judicial, seja na extrajudicial, efetivando a mens legis do constituinte.

9 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

Almeida, RA; Almeida, T; Crespo, MH. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

BRASIL, Constituição Federal, de 5 out 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 jan. 2021.

_____, Lei 9.099, de 26 set de 1995. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 jan. 2021.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 nov. 2010. Disponível em www.cnj.jus.br. Acesso em 20 jan. 2021.

_____, Lei 13.140, de 26 jun 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 jan. 2021.

_____, Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 67, de 26 mar. 2018. Disponível em: www.cnj.jus.br. Acesso em 20 jan. 2021.

Didier, FJ; Zanetti, HJ. Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos. *Civil Procedure Review*, v.7, n.3: 59-99, sept.-dec., 2016

Gabbay, DM. Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

Mancuso, RC. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito – 3 ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

Mendes, G; Branco, PGG. Curso de Direito Constitucional. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Orsini, AGS; Alves, LS. Reflexões acerca do acesso à justiça pela via dos direitos – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

Pinho, HDB. A mediação como ferramenta de pacificação de conflitos. *Revista dos Tribunais* - vol. 975/2017, p. 309 – 333, Jan 2017

Sarlet, IW; Mitidiero, D; Marinoni, LG. Curso de direito constitucional. 9 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

Salles, CAS; Lorencini, MAGL; Silva, PEA. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias – 3 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SOLUÇÃO PROMISSORA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE HARVARD E DA TEORIA DOS JOGOS NA MEDIAÇÃO

PROMISING SOLUTION TO CONFLICT RESOLUTION: USE OF HARVARD'S TECHNIQUES AND GAME THEORY IN MEDIATION

José Laurindo de Souza Netto¹, Jenyfer Michele Pinheiro Leal², Adriane Garcel³

O presente artigo tem o objetivo de explicitar as técnicas de negociação empregadas na mediação e os benefícios decorrentes, em particular, o método Harvard e a teoria dos jogos. A problemática do trabalho reside em compreender adequadamente o conflito enquanto fato social transformador que, quando bem trabalhado, fortalece a relação entre as partes. Para tanto, utilizou-se a metodologia lógico-dedutiva combinado ao estudo da doutrina e legislação. Como resultado, verificou-se que a adoção de postura cooperativa no litígio possibilita a multiplicação dos ganhos individuais e, com isso, o alcance de ganhos coletivos. Como principal contribuição do trabalho, tem-se que, quando aliados com as técnicas de negociação do método Harvard e a teoria dos jogos de Nash, o uso dos procedimentos autocompositivos é extremamente eficiente para a solução dos litígios, notadamente, por proporcionar ganhos múltiplos.

Palavras-chave: Conflito; Métodos autocompositivos; Técnicas de Harvard; Teoria dos Jogos.

This article aims to explain the negotiation techniques used in mediation and the resulting benefits, in particular, the Harvard method and game theory. The problem of work lies in properly understanding conflict as a transformative social fact that, when worked well, strengthens the relationship between the parties. For this, the logical-deductive methodology was used combined with the study of doctrine and legislation. As a result, it was found that the adoption of a cooperative stance in the litigation enables the multiplication of individual gains and, with that, the achievement of collective gains. As the main contribution of the work, it has been that, when allied with the negotiation techniques of the Harvard method and the theory of Nash games, the use of self-compositional procedures is extremely efficient for the solution of disputes, notably, by providing multiple gains.

Keywords: Conflict; Self-compositional methods; Harvard techniques; Game Theory.

¹ Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPQ. E-mail: jln@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>

² Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera – LFG. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: jenyfer.leal@tjpr.jus.br. Orcid id: <https://orcid.org/0000-0003-1532-1707>. ID Lattes: 5796521272697187

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR/ UNIVERSIDADE POSITIVO. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/ UNIBRASIL. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>

1 INTRODUÇÃO

Passam-se os dias, os anos, as décadas e os séculos, com o transcorrer do tempo a sociedade evolui.

Tecnologias são criadas, métodos aprimorados, curas descobertas, técnicas desenvolvidas, a disseminação da informação torna-se crescente e, com isso, o mundo mais globalizado.

Da invenção do fogo aos toques de telas, da comunicação através de cartas ao contato por *WhatsApp*, das inscrições nas cavernas ao armazenamento de dados em nuvem, hábitos, crenças e costumes surgem, tornando a sociedade mais complexa.

Tudo isso é uma constante sujeita a alterações. Entretanto, o que não muda é que o litígio sempre existiu e sempre existirá dentro da sociedade.

O conflito é um evento natural e inevitável consequente das relações interpessoais. Cada ser humano é imbuído de características singulares, próprias da fisionomia, crenças e hábitos que possui, das experiências e do meio em que já viveu, bem como das concepções e opiniões que detém. Uma pessoa, mesmo quando criada no seio da mesma família e vivenciado as mesmas experiências, jamais será igual a outra. Ainda que sob certos aspectos um indivíduo concorde com o outro, impossivelmente pensará igual ao outro sobre exatamente tudo.

A unicidade de cada pessoa, decorrente do conjunto específico de interesses e ideias, faz com que surjam as divergências. O conflito advém justamente destas diferenças que são sentidas nas expectativas, crenças, aspirações, valores, desejos de status e estima de cada um.

Na era do litígio, erroneamente o conflito é associado a um processo destrutivo das relações pessoais, afinal, as amargas disputas familiares, longas discussões empresariais e infundáveis controvérsias resumidas em eternos processos judiciais tornaram-se frequentes.

Quando mal administradas, as divergências se transmutam em guerras intermináveis que, além de acarretarem altos custos econômicos para o Estado e para as partes, ocasionam um grande desgaste psicológico e insatisfação com o resultado final da lide.

O Poder Judiciário, instrumento estatal de pacificação social, enfrenta sérios desafios advindos dos obstáculos financeiros e administrativos, da excessiva burocratização dos ritos judiciais, da complexidade das demandas sociais e da cultura da judicialização exacerbada dos litígios. Esses problemas refletem visivelmente na insatisfação das partes, morosidade na tramitação do processo, insegurança jurídica, precária qualidade da prestação jurisdicional, elevado custo econômico para os envolvidos e para a sociedade, bem como ausência de efetividade da tutela almejada.

O déficit na resolução exclusivamente estatal e a concepção de que o conflito é um fato sempre presente nas relações sociais, fomentou a criação de métodos mais adequados e, por corolário, a intensificação de sua utilização no meio social.

Mecanismos extrajudiciais, tais como, a mediação, arbitragem, conciliação e negociação, são mais eficazes na resolução das divergências porquanto voluntários, informais, favorecem a autodeterminação e, por vezes, podem ser sigilosos. São poderosos instrumentos que, além

de evitarem a judicialização, maximizam os ganhos múltiplos e potencializam a chance de criação, ou manutenção, de um bom relacionamento entre as partes.

Quando aliadas à mediação, as técnicas de negociação do método Harvard e a cooperação entre as partes potencializam os ganhos múltiplos para todos os envolvidos na relação, mesmo quando presentes interesses antagônicos, como preconiza a teoria dos jogos de John Nash.

Partindo destas reflexões, o presente artigo tem o objetivo de investigar a contribuição da aplicação prática das técnicas de Harvard e da teoria dos jogos ao alcance célere de resultados produtivos e satisfativos nos procedimentos de negociação e mediação

Com este fim, a exposição se desenvolverá em sete capítulos, para além da introdução e conclusão. Analisar-se-á, primeiramente, a concepção de conflito, justiça e resolução de disputas. Ato contínuo, apresentar-se-á breve panorama acerca dos métodos autocompositivos enquanto instrumentos enérgicos à resolução de conflitos, na sequência, tratando especificamente da mediação e negociação, em particular, a aplicação da negociação de Harvard e teoria dos jogos. Por fim, irão ser apresentados os impactos da negociação baseada em princípios e da teoria dos jogos na mediação.

Para a elaboração, será utilizado o método lógico dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

2 CONFLITO, JUSTIÇA E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS

Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocábulo jurídico, prevalece o sentido de entrelaço de ideias, ou interesses, em razão dos quais se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas (TARTUCE, 2019, p. 13).

A palavra conflito vem do latim *conflictus*, originário do verbo *conflictare*, que significa choque entre duas coisas, pessoas, ou grupos opostos, que lutam entre si. É um embate entre duas forças contrárias, um estado antagônico de ideias, pessoas ou interesses. Em síntese, consiste na existência de opiniões e de situações divergentes ou incompatíveis entre si (BERG, 2010, p. 17).

Em verdade, é um resultado natural e inexorável das relações sociais. Sua existência é tão remota quanto a da criação humana. E, conquanto a sua presença na atualidade, dada a modernidade das técnicas e o progresso da humanidade em termos informacionais, pareça algo inaceitável, certo é que estes fatores, ao mesmo tempo em que possibilitam maior diálogo entre os envolvidos em uma situação, suscitam controvérsias, dada a pluralidade de opiniões que um mesmo objeto pode inspirar.

A frenética velocidade das mudanças sociais, o vertiginoso avanço tecnológico e a paulatina internacionalização das relações, diante da complexidade dos objetos, divergências culturais e diferentes ideologias, potencializam o surgimento dos litígios, gerando interpretações equivocadas sobre comportamentos e legislações, a quebra de expectativas e a dificuldade de comunicação.

Neste segmento, a tensão causada pela dissonância entre indivíduos que cadencia arranjos interacionais e novas situações é um “mal necessário”,

porquanto age enquanto catalisador de inovações, criatividade e mudanças.

Assim, sob a ótica positiva, o conflito é benéfico, eis que oportuna o crescimento pessoal e o fortalecimento do vínculo entre as partes.

Tradicionalmente, concebia-se a paz como fruto da ausência de conflito, este último, algo a ser suprimido, eliminado da vida social.

Atualmente, a partir de uma visão sistêmica, não é mais assim que se compreende. A paz é um bem conquistado por pessoas e sociedades que aprendem a lidar com o conflito que, quando bem conduzido, evita a violência e resulta em mudanças positivas, bem como novas oportunidades de ganhos múltiplos (VASCONCELOS, 2016, p. 23).

É evidente, todavia, que se por um lado as divergências representam um motor propulsor de desenvolvimento e evolução, por outro, quando não geridas de forma adequada, podem resultar em uma severa discussão permeada de estresse, frustração, atrito, tensão, ruptura de relacionamento e perda de comunicação, com prejuízos aos envolvidos.

Quando não tratado apropriadamente, o litígio apenas produz sentimentos desprezíveis. É da essência do ser humano que, quando confrontado, reaja com a fuga ou, mais naturalmente, com o revide da luta. Ordinariamente é isso que ocorre, pois, ao ser surpreendido pelo outro em uma situação litigiosa, o indivíduo apenas busca revidar a ação contrária, trazendo à tona a espiral do conflito, ao passo que se esquece o motivo que originou o embate e foca-se apenas em repelir a ação da parte oposta, fazendo com que cada atitude se torne um novo ponto de disputa. O conflito, nesta conotação negativa, converte-se em um processo destrutivo.

Um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento, ou rompimento, da relação social preexistente à disputa, em decorrência da forma pela qual essa é conduzida.

Em processos destrutivos, há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, destaca-se de suas causas iniciais, assumindo feições competitivas — cada parte busca “vencer” a disputa e, muitas vezes, parte da percepção distorcida de que os interesses não podem coexistir (SILVA, 2013, p. 13).

Não obstante, tratar um conflito de forma destrutiva gera efeitos deletérios, com a sua expansão e o aumento de técnicas de ameaça e coerção, afastando a comunicação e alongando os impasses.

Além disso, quando as partes se engajam em um processo competitivo, acabam sendo acometidas por problemas como comunicação empobrecida, visão de que a solução só pode ser imposta pelo outro de forma fraudulenta, ou “esperta”, e aumento da sensibilidade quanto às diferenças, com respectiva diminuição da percepção

sobre as similaridades existentes entre os envolvidos (TARTUCE, 2019, p. 13).

Destarte, primordial abrir-se à percepção de que o conflito pode ser construtivo, afinal, sua ocorrência previne a estagnação, estimula o interesse e permite a manifestação de problemas em busca de uma solução, constituindo a raiz de mudanças pessoais e sociais.

A função criativa do conflito reside “na sua capacidade de gerar motivação para resolver um problema”, que poderia, de outra forma, nem ser investigado. Não é fácil, porém, lidar com sua verificação, especialmente, no calor dos acontecimentos que motivaram os impasses (TARTUCE, 2019, p. 13).

Assim, é essencial administrar os conflitos. E administrá-los significa identificá-los, transformá-los¹ e, assim, gerenciá-los por meio de estratégias adequadas para a situação em concreto, de modo que se chegue a um resultado que satisfaça os anseios das partes.

Portanto, o objetivo não deve e nem pode ser o de eliminar os embates, uma vez que inevitáveis e úteis. Fazem parte da vida e, geralmente, conduzem à mudança e novas ideias. É raro que se corrija uma injustiça sem a existência de um sério conflito.

Na forma de concorrência de negócios, o conflito ajuda a criar a prosperidade. Ele está na raiz do processo democrático, em que as melhores decisões advêm não do consenso superficial, mas da exploração de diversos pontos de vista e da busca por soluções criativas. Por mais estranho que pareça, o mundo precisa de mais conflitos (ROGER, WILLIAM, PATTON, 2014, p. 13).

Como dito, o desafio não é eliminar, mas transformar. É mudar o modo com o qual se lida com as diferenças.

Mais do que nunca, confrontados com o desafio de conviver na era nuclear, em um planeta cada vez mais populoso, para o bem das presentes e futuras gerações, precisa-se aprender a mudar o jogo básico de conflitos (ROGER, WILLIAM, PATTON, 2014, p. 13).

Antônimo de estagnação, o embate desempenha o papel de mola propulsora que permite à humanidade sobreviver em um planeta de recursos limitados. Daí ser mais adequada a expressão gestão de conflitos, em vez de solução de conflitos. A gestão do conflito consiste em identificá-lo, compreendê-lo, interpretá-lo e utilizá-lo para benefício de cada indivíduo, das famílias, dos grupos sociais, das organizações e, enfim, da sociedade (FIORELLI, 2008, p. 6).

O grande desafio não é eliminar, ou mesmo impedir, a eclosão de novos conflitos, mas constatá-los e, assim, resolvê-los da forma mais adequada possível. Nesta senda, o cerne da questão resume-se a uma indagação: qual o meio mais eficiente e produtivo para gerir o litígio?

Variam, na história, os métodos destinados à resolução de conflitos. O mais moderno e sofisticado parece

¹ LEDERACH, John Paul. Transformação de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 17. Para o autor: “Considero ‘transformação de conflitos’ uma expressão precisa porque estou engajado em esforços de mudança construtiva que incluem e vão além da resolução de problemas específicos e pontuais. Trata-se de uma linguagem correta do ponto de vista científico porque se baseia em duas realidades verificáveis: o conflito é algo normal nos relacionamentos

humanos e o conflito é um motor de mudanças. A palavra ‘transformação’ oferece uma imagem clara e importante, pois dirige nosso olhar para o horizonte em direção ao qual estamos caminhando: a construção de relacionamentos e comunidades saudáveis, tanto local como globalmente. Um objetivo assim demanda mudanças verdadeiras no modo como nos relacionamos hoje”.

ser aquele desempenhado pelos Estados por meio da jurisdição e do processo judicial, em que o conflito é resolvido pela aplicação da lei e a justiça reside na expectativa de que houvera sido regularmente aplicada. Trata-se de um método formal, centrado no Estado, baseado na imposição de uma decisão fundada em lei para reger em concreto os litigantes (BRAGA NETO, 2020, p. 60).

Nas últimas décadas, todavia, a hegemonia do método estatal tradicional tem sido questionada: o processo judicial é sempre o método mais adequado para se produzir justiça? A jurisdição estatal é a única competente? Poderia a própria sociedade promover, de forma autônoma e difusa, soluções para as disputas de interesse mais justas do que as provenientes do Estado? Determinadas disputas seriam resolvidas com mais justiça mediante outros tipos de mecanismos? Deve a sociedade ter seus próprios mecanismos de solução de disputas? (BRAGA NETO, 2020, p. 37).

É sabido que o Poder Judiciário se depara com inúmeras dificuldades no que concerne a prestação da atividade jurisdicional.

Ao substituir a justiça privada, salvo em raríssimos casos autorizados pela lei, o Estado tomou para si o monopólio da resolução dos conflitos sociais por intermédio da jurisdição. Com isso, atraiu a incumbência não só do “poder” como do “dever” de dizer o direito (art. 5º, XXXV, CRFB/88). Ocorre que, com o passar do tempo, a sobrecarga tornou-se inevitável.

Questões inerentes à estrutura do Judiciário, à complexidade das demandas sociais, à burocratização excessiva do processo formal, aos obstáculos financeiros e administrativos, ao distanciamento dos debates com relação às aspirações da coletividade, à profusa judicialização dos litígios e à inefetividade dos poderes Executivo e Legislativo fazem com que o acesso à justiça sofra consequências deletérias, dentre elas, o desgaste psicológico e econômico das partes, a morosidade no curso do processo e a deficiência na prestação da tutela jurisdicional.

Neste cenário, intensificou-se o incentivo ao emprego de formas mais eficazes na gestão dos litígios, as quais são, longe de quaisquer dúvidas, uma grande cartada na solução ou, ao menos, na mitigação da crise da Justiça e do, conseqüente, acesso a ela.

3 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS: INSTRUMENTOS ENÉRGICOS À RESOLUÇÃO DO CONFLITO

A resolução consensual e comunitária de disputas é historicamente mais antiga do que o processo judicial conduzido pelo Estado².

Mecanismos privados e informais de justiça já eram praticados antes mesmo de o Estado e a jurisdição ganharem corpo, e é razoável supor que nunca deixaram de

ser praticados, e sempre estiveram em desenvolvimento (NETO, 2020, p. 38).

Em contrapartida, o contexto social contemporâneo instigou uma mudança de paradigma ao estimular a utilização dos mecanismos extrajudiciais como métodos de resolução de conflitos.

Cerca de duas décadas atrás já existiam leis que tratavam dos métodos alternativos, mas o seu implemento na prática não era recorrente. A conciliação, por exemplo, já possuía uma estrutura legal consolidada no Código de Processo Civil de 1973 que, entretanto, não fazia alusão à mediação (atualmente prevista no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei nº 13.140/2015).

Uma das medidas mais importantes tomadas pelo Poder Judiciário quanto ao incentivo ao sistema multiportas foi a edição, no ano de 2010, da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que teve o condão de alçar à categoria de política nacional de justiça a utilização dos métodos adequados de solução de conflitos (COELHO, 2015, p. 101)³.

Como consequência, de forma pioneira, o Poder Judiciário passou a criar políticas públicas para o tratamento adequado dos conflitos de interesses, incentivar programas, ações de incentivo à autocomposição de litígios, a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), disseminar uma cultura dialógica e pacificadora, bem como a incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas de autocomposição (OZÓRIO NUNES, 2016, p. 35).

Em verdade, a Resolução nº 125/2010 do CNJ teve o importante papel de explicitar a verdadeira concepção de acesso à justiça que vai para muito além do mero acesso ao Judiciário, englobando o acesso extremamente adequado e eficiente à justiça por intermédio de um sistema multiportas com encaminhamentos apropriados à cada tipo de litígio.

Nota-se, assim, que o acesso à justiça está mais relacionado à satisfação do usuário (ou jurisdicionado) com o resultado final do processo do que com o mero acesso ao Judiciário, a uma relação jurídica processual, ou ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto (AZEVEDO, 2016, p. 38/39).

No ano de 2016, a utilização dos métodos alternativos ganhou novo estímulo. Com singular relevância, o Código de Processo Civil de 2015 institucionalizou e priorizou a mediação e a conciliação nos processos judiciais, inserindo no capítulo específico que trata das normas fundamentais do processo civil a utilização das ADR na solução dos conflitos, determinando, inclusive, que magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público estimulem as partes, durante todo o *iter* processual, a empregá-las como meio de compor o litígio.

Para além disso, salvo restritas hipóteses, previu a obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação e

²No arco da história, os denominados meios alternativos foram a fonte primária para solucionar uma controvérsia. Não é por outro motivo que, nos países de civil law da Europa Ocidental, ver a conciliação como forma alternativa ao processo judicial gera estranheza. ” LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução de controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto (coord.). As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 601.

³Consolidada-se no Brasil, então, com Resolução 125/2010 a implantação do chamado Sistema Multiportas, sistema pelo qual o Estado coloca à

disposição da sociedade, alternativas variadas para se buscar a solução mais adequada de controvérsias, especialmente valorizados os mecanismos de pacificação (meios consensuais), e não mais restrita a oferta ao processo clássico de decisão imposta pela sentença judicial. Cada uma das opções (mediação, conciliação, orientação, a própria ação judicial contenciosa etc.) representa uma “porta”, a ser utilizada de acordo com a conveniência do interessado, na perspectiva de se ter a maneira mais apropriada de administração e resolução do conflito.” (CAHALI, 2013, p. 53)

mediação como etapa prévia a citação do réu. Cite-se, ademais, que o CPC admitiu a aplicação de técnicas negociais com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, reconhecendo-as como instrumental importante ao acordo.

Por fim, mas não menos importante, a Lei nº 13.140/2015 inovou ao regulamentar especificamente a mediação como método consensual de resolução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Para além, a nova legislação evidencia tendência à valorização das vias conciliativas como forma de acesso à justiça; sem dúvidas, instrumentos mais adequados à resolução de litígios, em se comparados à judicialização, vez que dão voz às partes e poder de decisão, permitem a cooperação e a busca da compreensão do problema, estimulam os envolvidos a pensar no conflito e, com isso, a chegar em uma solução que permita ganhos múltiplos. Além disso, desburocratizam a justiça, conferem celeridade, reduzem o número de ações e, por corolário, o dispêndio de recursos públicos.

A despeito da evolução no plano normativo, na atualidade, o grande desafio que se apresenta é justamente fazer com que, no plano concreto, a utilização dos métodos se torne uma constante. Por isso, a mudança de *mindset* é essencial à superação da enraizada cultura adversarial, dando lugar à cultura de paz.

4 MEDIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO

A arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação são exemplos do que convencionou-se chamar de “métodos alternativos” (“*alternative dispute resolution*” ou “*ADR*”) ou, mais apropriadamente, “métodos adequados” (“*adequate/appropriate dispute resolution*”) de solução de conflitos.

A despeito dos diversos métodos, o presente estudo irá se ater apenas à mediação e negociação.

A mediação é um método ecológico de resolução de conflitos, em que um terceiro, o mediador, atua de modo confidencial, imparcial e equidistante, com função de promover a melhora na comunicação entre os envolvidos, propiciando autoconhecimento, conhecimento das causas reais dos conflitos e de suas consequências, de modo que se autodeterminem à uma solução (KEPPEN, 2009, p. 83).

A mediação afigura-se especialmente indicada para situações em que, devido à natureza do impasse, quer por suas características, quer pelo nível de envolvimento emocional entre partes, a negociação fica bloqueada, inibida, ou impedida, de se realizar (GARCEZ, 2003, p. 35).

Auxiliadas pelo mediador, as partes são as autoras da decisão. No que lhe concerne, aquele desempenha a singular tarefa de aproximá-las, ao distanciá-las da irracionalidade que lhes impede de visualizar de forma nítida as circunstâncias reais do problema que as envolve.

O mediador atua para reestabelecer os laços emocionais desestruturados pelo acirramento do litígio. Por esta razão, a mediação pressupõe atuação num conflito em que haja dimensão afetiva, com valores e interesses inter-relacionados. É o caso, por exemplo, das relações familiares, de vizinhança, trabalho, amizade e de companheirismo.

De que adianta cobrar uma dívida conflituosa e impossibilitar a relação com um colega de turma com o qual se precisa conviver diariamente por mais quatro anos? Além disso, deve-se considerar as implicações nas relações com as outras pessoas interessadas, pois o modo como os litigantes se tratam influi na relação de toda a comunidade para com eles⁴ (COSTA, 2004, p. 21).

O mediador tem o papel de favorecer o intercâmbio de informação, prover de nova informação; ajudar cada parte a entender a visão da contraparte; mostrar a ambas que suas preocupações são compreendidas; promover um nível produtivo de expressão emocional; manejar as diferenças de percepção e interesses entre os negociadores e outros, inclusive advogado e cliente; ajudar os negociadores a avaliarem alternativas realistas que possibilitem o acordo; gerar flexibilidade; mudar o foco do passado para o futuro; estimular a criatividade dos litigantes, ao induzi-los a sugerir propostas de acordo; aprender a identificar os interesses particulares que não são comunicados; prover soluções que satisfaçam os interesses fundamentais dos envolvidos. É papel do mediador ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor e transmissor de informações, reformulador, diferenciador de posições e interesses, criador de opções e agente de realidade (CALMON, 2007, p. 123/124).

Por seu turno, a negociação é um processo de comunicação entre duas ou mais pessoas que interagem entre si com o escopo de discutir seus interesses para que, ao final, possam alcançar a satisfação de seus desejos e necessidades.

Trata-se de método bilateral de resolução de controvérsias que tem por objetivo a obtenção de um acordo conjunto, através de concessões mútuas. Envolve a comunicação, o processo de tomada de decisão (sob pressão) e a resolução extrajudicial de uma controvérsia por meio do acordo, realizado diretamente entre as próprias partes litigantes e/ou seus representantes (PINHO; MAZZOLA, 2019, p. 46).

Conquanto não se imagine, a negociação é um dos atos mais triviais praticado pelo ser humano. É um fato da vida: o bebê chora para ser alimentado, ou para receber atenção; o funcionário reclama ao seu chefe um aumento de salário; um cliente discute com o vendedor um desconto na mercadoria; um amigo convence o outro a fazer-lhe um favor; o presidente da república debate com seus ministros decisões que nortearão o rumo do país. Isso tudo é negociação.

Todos os dias alguém negocia algo. Assim como Monsieur Jourdain, de Molière, se encantou ao descobrir que,

⁴ Em casos desse tipo, pode-se encontrar tanto ações verdadeiramente comprometidas, em que uma pessoa deseja preservar os interesses dos outros por julgá-los dignos de valor e respeito, quanto ações pseudo-comprometidas, em que há um discurso de comprometimento, mas no qual a pessoa simplesmente calcula que deve respeitar os desejos de terceiros para que eles não venham a prejudicar os seus próprios. De um modo ou de outro, esses exemplos evidenciam que pode haver uma

dimensão estratégica forte tanto em uma quanto em outra figura, pois mesmo o agir verdadeiramente comprometido envolve um cálculo de consequências para que se possa respeitar os sentimentos de desejos das outras pessoas.

durante toda a sua vida, falava em prosa, as pessoas negociam, mesmo quando não têm consciência disso (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 20).

Existe um número crescente de situações em que a negociação é necessária, conflitos são uma indústria em crescimento. Cada vez menos as soluções ditadas por terceiros serão aceitas, todos desejam participar de decisões que lhe digam respeito. As pessoas não são iguais e usam a negociação para lidar com as diferenças. Seja no mundo dos negócios, no governo, ou na família, a maioria das decisões são tomadas com base na negociação. Mesmo no tribunal, acordos são negociados antes do julgamento (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 20).

Existem duas formas de negociação: afável, baseada em interesses; e a dura, baseada em posições. A afável é aquela em que os negociadores fazem concessões, quando isso é inexorável, são empáticos, gentis e buscam evitar a conflituosidade, com o fim de manter o relacionamento. Por outro lado, a dura qualifica-se pela competitividade, assertividade e irreduzibilidade dos negociadores — todos almejam “sair” ganhando.

Não obstante, negociações sejam operações diárias, nem sempre ocorrem facilmente, pois vez ou outra haverá desgaste emocional, insatisfação e resistência de um ou de vários envolvidos, a depender da forma com que se conduz.

Neste aspecto, um terceiro modo de negociar, que combina os métodos afável e duro, mostra-se mais adequado. O método de negociação baseada em princípios, desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, fundamenta-se na deliberação das questões em pauta considerando os méritos e não promovendo um processo de regateio focado naquilo em que cada lado afirma que fará, ou deixará de fazer (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 22).

Assim, a negociação, dado que envolve pessoas, que por si só já são compostas de certo tom de complexidade, interesses, emoções e sentimentos, apesar de operação diária e intuitiva, deve ser desenvolvida adequadamente com o apoio da negociação de Harvard, baseada em princípios, para que bem-sucedida, proporcionando ganhos múltiplos.

5 MÉTODO DE HARVARD: NEGOCIAÇÃO BASEADA EM PRINCÍPIOS

A negociação baseada em princípios de Harvard fundamenta-se na busca, sempre que possível, de ganhos mútuos. Inclusive, em havendo conflito de interesses, a negociação deverá buscar resultados com base em padrões justos, independentes da vontade de cada lado.

O método de negociação baseada em princípios é duro em relação aos métodos, mas afável em relação às pessoas. Não emprega truques e nem assume posturas.

A negociação de Harvard mostra como obter o que lhe é de direito sem ser indigno. Possibilita a justiça, ao mesmo tempo, em que protege contra o oportunismo (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 22). Mescla a negociação baseada em interesses com a baseada em posições, fazendo com que o trato entre os envolvidos seja composto tanto por empatia e gentileza como por rigidez e assertividade, preservando o relacionamento dos negociadores com obtenção de ganhos múltiplos através de um meio mais

inflexível que se ampara em quatro fatores fundamentais, pessoas, interesses, opções e critérios, conforme se apresenta a seguir:

a) Separar a pessoa do problema: antes de qualquer coisa, negociadores são seres humanos. São imprevisíveis. Têm sentimentos, valores arraigados, emoções, experiências, pontos de vista e interesses distintos. Estão sujeitos a desvios cognitivos e percepções irracionais.

Ordinariamente, pessoas e problemas tendem a confundir-se, a serem tratadas como uma única coisa. Emoções comumente são confundidas com os méritos da negociação. Assim, a dificuldade é afastar os aspectos cognitivos negativos dos envolvidos na negociação, atacar o mérito e não os negociadores.

É necessário lidar com o problema, tentar alcançar a percepção da outra parte colocando-se em seu lugar, discutir tais percepções e posições, compreender tanto as suas próprias emoções como as do outro, não deduzir as intenções alheias a partir de seus temores pessoais, não culpar o outro pelos seus problemas, instigar a participação ativa do outro em busca da solução, explicitar as emoções e reconhecê-las como legítimas, não reagir com surtos emocionais, ouvir atentamente, falar com propósito e de forma a ser compreendido.

b) Focar nos interesses e não em posições: o problema básico em uma negociação não é o conflito de posições, mas de necessidades, desejos, preocupações e temores, portanto, de interesses.

Diferentemente da posição, algo sobre o qual se decidiu, os interesses são motivadores, a força oculta por detrás do rebuliço das posições, o que, de fato, impulsiona a tomada de decisão (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 57/58).

Para cada interesse pode existir inúmeras posições aptas a satisfazê-lo. Assim, ao compreender os interesses subjacentes às partes, é possível localizar posições que satisfaçam a todos os envolvidos. Além disso, por trás de posturas antagônicas, podem existir interesses comuns a todos. Isso revela que identificar os interesses dos negociadores, entender os motivos que os levaram a querer algo, em vez de apenas entender o que querem, pode conduzir a uma negociação bem-sucedida.

À guisa de exemplo, observe o caso em que duas crianças entram em conflito por que ambas querem a única laranja ali existente. De pronto, imagina-se que a solução mais adequada é dividi-la ao meio. Entretanto, indaga-se: a solução satisfará as duas crianças? Na verdade, a pergunta inicial a ser feita deveria explorar o real interesse das crianças: por que vocês querem a laranja? Uma delas poderia responder que precisa apenas da casca da fruta para preparar um bolo e a outra que precisa da fruta para fazer um suco. A partir dessas respostas, nota-se que focando no interesse (para o que se quer a laranja), é possível dar uma solução ao caso que satisfaça ambas as crianças. Ao revés, se o foco do problema se voltasse apenas para a posição (querer a laranja), dificilmente se obteria solução que proporcionasse ganhos múltiplos.

c) Gerar opções de ganhos mútuos: é vital que se invente opções que proporcione ganhos múltiplos.

Criar caminhos que podem ser trilhados, ideias que podem ser exploradas e opções diversas que cheguem ao resultado satisfatório para todos é imprescindível. É preciso

fazer o “bolo crescer” antes de dividir.

d) Utilizar critérios objetivos: quanto mais se recorrer a padrões de justiça, eficiência e mérito científico para lidar com o problema, maior será a possibilidade de que o pacote final seja sensato e justo. Quanto mais as partes se basearem em práticas precedentes, ou comunitárias, mais oportunidades terão para extrair benefícios de experiências anteriores.

Se um contrato de locação contiver termos padrão, ou um de vendas for elaborado conforme o padrão da indústria, haverá menos risco de que qualquer um dos lados se sintam tratados de forma desleal ou tente anular o acordo — um pacto coerente com precedentes certamente é menos vulnerável (FISCHER; URY; PATTON, 2014, p. 93).

Padrões objetivos, tais como, o preço de mercado na venda de um imóvel, ou o preço da tabela Fipe na venda de um automóvel, abrem caminho para um acordo satisfatório, conduzem a negociação a obtenção de resultados sensatos e justos ao passo que evitam a deterioração do relacionamento entre os negociadores.

6 SETE PRINCÍPIOS PARA SE CHEGAR A UMA NEGOCIAÇÃO EFICIENTE

Para além dos quatro fatores fundamentais, o Projeto de Negociação da Escola de Harvard (*Harvard Negotiation Project*) desenvolveu sete princípios que potencializam as possibilidades de alcançar resultados positivos por um processo eficiente de negociação. São eles:

a) Comunicação: é a ferramenta essencial para qualquer tipo de negociação, a peça chave de qualquer método de autocomposição.

Sem ela não há troca de informações ou impressões e as partes sequer chegam a expor suas pretensões ou a conhecer as da outra (MOURÃO, 2014, p. 52).

A comunicação é fundamental, mas é crucial, ainda, saber como comunicar-se, pois, a forma com que se apresenta determinada ideia, interesse e posição ao outro pode impactar significativamente o processo de negociação.

Em *Negotiating Rationally*, Max H. Bazerman e Margaret A. Neale apresentam a utilização do *framing* como forma de comunicação.

O *framing* nada mais é do que a moldura, a embalagem, o enfoque utilizado para apresentar determinada informação, de modo que pareça mais interessante e atraente aos olhos do outro. Da mesma forma que uma moldura bem escolhida pode ressaltar os aspectos mais belos de uma pintura, a errada pode afetar negativamente a obra. O mesmo raciocínio ocorre com o *framing*. O negociador pode escolher simplesmente passar a informação sem se preocupar como será percebida pelo seu interlocutor ou pode, ao invés, planejar a melhor forma de apresentá-la aos olhos e de acordo com a percepção de seu interlocutor (MOURÃO, 2014, p. 60).

O uso do *framing* modifica a impressão dos negociadores sobre determinada informação. Ele pode contribuir de forma decisiva para a aceitação, ou não, de uma proposta do negociador pela outra parte.

Se o *framing* adotado evidencia os ganhos que o outro pode obter a partir do acordo, este se torna mais propenso a aceitá-lo (*framing* positivo). Contudo, se são apresentadas as perdas que se pode ter com o acordo, certamente haverá maior dificuldade para a composição (*framing* negativo) (MOURÃO, 2014, p. 63).

Tão importante quanto o modo de comunicação, a persuasão⁵ é decisiva dentro da negociação porquanto é a partir dela que a parte ouvirá a argumentação da outra e agirá conforme sua pretensão.

b) Relacionamento: comunicação e relacionamento caracterizam as portas de entrada da negociação no método Harvard, pois um bom relacionamento fortalece a confiança, facilita a troca de experiências e o diálogo entre as partes.

A construção de um relacionamento saudável demanda colocar-se no lugar do outro, reconhecer seus sentimentos e emoções, separar a pessoa do problema e manter o foco neste, não culpar o outro pelo problema que está em mesa e compreender que entendê-lo não significa concordar com o seu ponto de vista.

c) Interesses: são os interesses que movem as pessoas e as corporações. Assim, identificar e compreender bem quais são os interesses em jogo é a chave para uma boa negociação (MARASCHIN, 2017, p. 23).

O interesse é, em linhas gerais, o real motivo que leva o negociador à mesa de negociação. Identificar seus próprios interesses e os da outra parte é, talvez, o que há de mais importante e, também, mais difícil, em uma negociação. Note-se que interesses não são as meras posições assumidas pelas partes (MOURÃO, 2014, p. 71). Posições normalmente são concretas e explícitas, já os interesses subjacentes tendem a ser ocultos, intangíveis e até inconsistentes (MARASCHIN, 2017, p. 22).

Note-se o exemplo: um acionista quer vender a participação societária que possui em uma empresa (posição). A dificuldade em gerir o negócio é a sua motivação para a venda (real interesse). Portanto, vender a sua cota não é o real interesse, o acionista o fará apenas em razão da dificuldade que está enfrentando para administrar o negócio. Isso, demonstra de forma nítida que há diferença entre posição e interesse. E, quando isso é observado, facilmente pode-se chegar a outras soluções. Por exemplo, ao invés de vender as cotas, o sócio pode fazer a fusão da empresa com outra ou, então, contratar um profissional especializado para administrá-la.

d) Opções: são as possíveis soluções identificadas para acomodação dos interesses das partes. Maximizar as opções disponíveis para uma negociação aumenta a possibilidade da concretização de um acordo.

Destarte, é fundamental que a criatividade seja exercida plenamente, sem restrições, ou pré-julgamentos, pois a ideia não é o buscar, desde já, uma solução definitiva, mas explorar todas as opções possíveis e imagináveis, sem compromisso. Esse é o momento de fazer “crescer o bolo” (MARASCHIN, 2017, p. 26).

e) Legitimidade: elemento de negociação intrínseco ao conceito de opção, visto que para que as

⁵ “Para quem se preocupa com o resultado, persuadir é mais do que convencer, pois a convicção não passa da primeira fase que leva à ação. Para Rousseau, de nada adianta convencer uma criança ‘se não se sabe persuadi-la’. Em contrapartida, para quem está preocupado com o caráter

racional da adesão, convencer é mais do que persuadir. Aliás, ora essa característica racional da convicção depende dos meios utilizados, ora das faculdades às quais o orador se dirige” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1996, p. 30).

opções criadas por uma das partes tenham força persuasiva eficaz, essencial que sejam percebidas pelo destinatário como justas e adequadas ao negócio em desenvolvimento (MOURÃO, 2014, p. 83). Para tanto, o mais adequado é munir a proposta de critérios objetivos, por exemplo, utilizar a tabela Fipe como parâmetro para estabelecer o valor de venda de um veículo.

f) Alternativas: tão importante quanto saber como fechar um bom acordo é saber quando vale a pena firmar um. Isso só ocorre quando o compromisso que se está prestes a fechar com a outra parte é melhor que a melhor alternativa existente para satisfazer interesses sem firmar o acordo (MOURÃO, 2014, p. 85).

Assim, é primordial estabelecer a BATNA⁶ (*Best Alternative To a Negotiated Agreement*), Melhor Alternativa ao Acordo Negociado, que nada mais é do que um plano B.

Antes de iniciar uma negociação é fundamental investigar as possibilidades. Ter um plano alternativo que permita analisar as opções disponíveis, o que, sem dúvidas, impedirá o negociador de aceitar uma proposta desvantajosa e, ainda, lhe propiciará o poder de barganha. Seria melhor não negociar? Ou pensar em outras opções?

Antes que as partes se encontrem para firmar eventual acordo, imprescindível a detecção de suas condições e limites. Além de ancorá-las à realidade, o preparo ameniza as possibilidades de confusão, surpresa, ou posterior arrependimento” (AZEVEDO, 2016, p. 84).

Deste modo, é essencial avaliar qual é o melhor e o pior cenário da negociação e, ao encontrar outros caminhos, aperfeiçoar e consolidar a alternativa de modo a não depender da outra parte.

g) Compromisso: é materializado ao fim do processo de negociação, quando da redação do acordo.

Redigir um termo de maneira coerente e clara aumenta a probabilidade de cumprimento. Ainda, é importante que haja participação conjunta não só na construção das ideias, mas também dos termos do acordo, para que uma das partes não desconfie que está sendo prejudicada pela outra.

7 TEORIA DOS JOGOS

A teoria dos jogos consiste em um dos ramos da matemática aplicada e da economia que estuda situações estratégicas em que participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage. (AZEVEDO, 2016, p. 61).

O estudo dos jogos (ou dinâmicas) a partir de uma concepção matemática remonta ao início do século XX com trabalhos do matemático francês Émile Borel.

Nessa oportunidade, os jogos de mesa passaram a ser objeto de estudo pelo prisma da matemática. Borel partiu das observações feitas a partir do pôquer, tendo dado especial atenção ao problema do blefe, bem como das inferências que um jogador deve fazer sobre as possibilidades de jogada do seu adversário, ideia essencial à teoria: um jogador (ou parte) baseia suas ações no pensamento que ele tem da jogada do seu adversário que, por sua vez, baseia-se nas suas ideias das possibilidades de jogo

do oponente. Essa noção é comumente formulada da seguinte forma: “eu penso que você pensa que eu penso que você pensa...”. Consiste, assim, em uma argumentação *ad infinitum*, que só viria a ser parcialmente solucionada por John F. Nash, na década de 1950, a partir do conceito de *Equilíbrio de Nash*.

O último objetivo de Borel foi determinar a existência de uma estratégia ótima, no sentido de que, se seguida, levaria à vitória do jogador (AZEVEDO, 2016, p. 61). Foi ele quem primeiro definiu a expressão “jogos de estratégia”, publicando textos sobre jogos contendo dois participantes com três ou cinco estratégias.

Anos depois, John Von Neumann debruçou-se sobre a teoria, especificadamente com o enfoque na economia, buscando, com isso, afirmá-la como ciência exata. Desenvolveu pesquisas e conceitos como a maximização e minimização de ganhos voltados a competição, publicando, inclusive, a famosa obra “*Theory of Games and Economic Behavior*”, na qual típicos problemas do comportamento econômico foram analisados como jogos de estratégia.

Por último, mas não menos importante, aluno de Neumann em Princeton, John Forbes Nash revolucionou a economia a partir de seu conceito de equilíbrio e apresentou inéditos conceitos à teoria dos jogos: cooperação e equilíbrio.

Enquanto a teoria de Neumann era voltada a jogos de soma zero, nos quais, para ganhar, um dos competidores deve inevitavelmente impelir o adversário à derrota, portanto, totalmente não-cooperativos e embasados na competição, Nash inseriu um novo elemento na teoria dos jogos, a cooperação, trazendo a noção de que é possível maximizar ganhos individuais e proporcionar ganhos coletivos se os jogadores cooperarem entre si.

Uma situação cooperativa ocorre quando um participante do processo, ligado de forma positiva a outro, comporta-se de maneira a aumentar suas chances de alcançar o objetivo e, conseqüentemente, aumenta a chance de que o outro o faça (DEUTSCH, 2004, p. 38).

A cooperação é um processo de confiança e, por isso, pode não se evidenciar em uma primeira jogada. Para adquiri-la é necessário um diálogo prévio ou até mesmo negociações anteriores (relação continuada).

O dilema dos prisioneiros retrata bem a lógica adotada. Dois suspeitos de terem violado a lei são interrogados separadamente, entretanto, a polícia não tem evidências para condenação. Diante disso, propõe uma estratégia com as seguintes condições: (i) oferece pena de um ano de prisão para ambos se rejeitarem o acordo; (ii) propõe pena de dois anos de prisão se ambos aceitarem o acordo e testemunharem um contra o outro e; (iii) se apenas um testemunhar contra o outro, o delator ficará livre da prisão, mas o delatado terá que cumprir a pena de três anos.

Os suspeitos não tiveram a oportunidade de dialogar sobre a melhor alternativa, pelo contrário, foram interrogados individualmente sem direito a conversar, dificultando a aplicação de estratégias. Nesse caso, a tendência é que ambos suspeitos acusem um ao outro, ao invés de não aceitarem o acordo e cumprir a pena de um ano de prisão.

⁶ Também chamado de MAANA, MAN ou MAPAN.

Sem dúvidas, se houvesse uma comunicação prévia entre os prisioneiros, aumentar-se-iam as chances de cooperação a partir de uma combinação de estratégias. Ambos poderiam recusar o acordo formulado pela polícia e cumprir apenas um ano de prisão. Mas, sem diálogo prévio, não há como saber se a outra parte agirá de forma cooperativa, mormente em se tratando de dinâmica com uma única rodada, o que frequentemente leva as partes a não cooperarem. Como ressaltado, cooperação é confiança e confiança não se cria sem comunicação.

Outro ponto relevante para a teoria dos jogos é a noção de equilíbrio agregado por Nash, que consiste em um par de estratégias em que cada uma é a melhor resposta à outra: é o ponto em que, dadas as estratégias escolhidas, nenhum dos jogadores se arrepende, ou seja, não teria incentivo para mudar de estratégia, caso jogasse o jogo novamente. Dito de outro modo, trata-se da solução conceitual segundo a qual os comportamentos se estabilizam em resultados nos quais os jogadores não tenham remorsos em uma análise posterior do jogo considerando a jogada apresentada pela outra parte. Na teoria dos jogos (e na autocomposição) pode-se utilizar esta solução conceitual como forma de se prever um resultado (AZEVEDO, 2016, p. 63/64). Em resumo, a estratégia de cada jogador deve ser a melhor resposta às estratégias dos outros.

A ideia de cooperação não é totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, já que a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Não é uma ideia ingênua, pois, ao invés de introduzir somente o elemento cooperativo, traz-se dois ângulos sobre os quais deve o jogador pensar ao formular sua estratégia, o individual e o coletivo. Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham (ALMEIDA, 2003, p. 3).

8 IMPACTOS DA NEGOCIAÇÃO E DA TEORIA DOS JOGOS NA MEDIAÇÃO

A teoria dos jogos e as técnicas de Harvard são muito importantes, dado os resultados que podem gerar em um processo de resolução de conflitos.

Criar estratégias que ofereçam as mais diversas opções e que conduzam a maximização de ganhos por todas as partes envolvidas no conflito é, sempre e para além de qualquer dúvida razoável, a melhor solução, mormente quando comparada a opção de deixar para um terceiro, nesse caso o Judiciário, a incumbência de decidir qual dos litigantes deve ganhar, ou perder, a disputa.

A mediação é uma e a principal forma de negociação assistida. Nela, busca-se estimular o diálogo entre as partes através do distanciamento de uma comunicação contraproducente, a persecução de ideias e novos caminhos para alcance de um resultado que satisfaça o interesse de todos. Nesse aspecto, o singular papel do mediador consiste em fazer com que os envolvidos ajam racionalmente, refletindo sobre seus reais interesses, de modo a resolver o litígio.

Somado a isso, a aplicação da negociação baseada em princípios na mediação pode otimizar os benefícios obtidos por ambas as partes.

Observa-se, neste sentido, o citado conflito da laranja que se levado à resolução heterocompositiva clássica, por meio do Judiciário, possivelmente teria enquanto solução a divisão da fruta ao meio. Esse resultado até satisfaria as crianças, mas não de forma completa, pois, cada qual teria apenas a metade da laranja, uma delas para usar a casca e a outra o sumo.

Mas, por outro lado, se dentro desse mesmo processo de mediação, fossem empregadas as técnicas de negociação de Harvard, indubitavelmente os resultados seriam maximizados para ambos os envolvidos.

Obviamente, após um processo de comunicação, no qual foram apurados os reais interesses das partes e não as posições, em que foram apresentadas opções viáveis e legítimas, a partir de alternativas que maximizem os ganhos, a solução do problema superaria as expectativas mútuas.

Note-se, assim, que com a utilização das técnicas a solução poderia ser entregar a casca da laranja para uma das crianças fazer o bolo e, para a outra, o sumo da fruta para fazer o suco. Nesta perspectiva, a resolução do conflito com aplicação das técnicas otimizaria os ganhos individuais das partes, proporcionaria ganhos coletivos, bem como faria com que o bom relacionamento se mantivesse intacto.

Do mesmo modo, a mediação pode ser um processo ainda mais promissor quando nela empregada a teoria dos jogos e o equilíbrio sugerido por Nash, pois a resolução satisfativa do conflito não depende exclusivamente da atuação de um dos envolvidos, é resultado do comportamento de todos, da interação de táticas e estratégias, de um diálogo saudável e produtivo, da cooperação em busca de benefícios mútuos.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conflitos são inevitáveis fatos da vida, operações diárias, fruto das relações interpessoais que movem os seres humanos e a sociedade.

Dado que são necessários ao progresso da humanidade, devem ser administrados de forma adequada para que, a partir deles, o relacionamento entre os envolvidos em uma mesma situação seja fortalecido, o impasse resolvido e os interesses de cada qual satisfeitos.

A solução pela via judicial, morosa, custosa e desgastante para a relação entre as partes já não é a mais apropriada para administrar o litígio.

Nesta conjuntura, uma crescente normatização dos meios autocompositivos tomou espaço impondo o repensar da resolução de conflitos em um sistema multiportas que valoriza à resolução adequada das disputas conferindo celeridade, empoderamento das partes para resolver seus impasses sem a necessidade de imposição de uma decisão coercitiva por terceiro, redução de custos e maximizando ganhos múltiplos.

Sob este prisma, a mediação vem ganhando magnitude como processo de autocomposição, uma vez que permite enxergar novos horizontes, perspectivas, emancipa as partes e fomenta a cultura da paz.

Ainda mais promissor à resolução dos conflitos contemporâneos, o emprego das técnicas de Harvard, da teoria dos jogos e do equilíbrio de Nash no processo de mediação, conjuntamente com o trabalho desenvolvido pelo mediador, ampara as partes para que alcancem equilíbrio

emocional, criem estratégias racionais de atuação e elaborem opções saudáveis para chegar a uma solução que proporcione ganhos coletivos a partir da multiplicação de ganhos individuais e, ainda, fortaleça a relação.

10 REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 175-200.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.
- BRAGA NETO, Adolfo. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. Coordenação Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, Paulo Eduardo Alves da Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BRITO, Paulo. A mediação nos julgados de paz portugueses. Revista de Ciência e Cultura. Série de Direito, n. 4/5, p. 275-279. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2007.
- BURBRIDGE, R. Marc et al. Gestão de negociação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CAHALI, Francisco Jose. Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro; COSTA, Ilton Garcia da; JÚNIOR, Eliezer Siqueira de Sousa. Consensual jurisdiction: organization and instruments of the new procedural system. Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 1, n. 50, p. 76 - 98, jan. 2018.
- COELHO, Eleonora. Desenvolvimento da cultura dos métodos adequados de solução de conflitos: uma urgência para o Brasil. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Ed.). Arbitragem e mediação - A reforma da legislação Brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 101-126.
- COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de. Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.
- ELIAS, Fernando Lopes Ferraz. Os mecanismos de indução ao cumprimento do direito internacional à luz da teoria institucionalista das relações internacionais. Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 4, n. 49, p. 116 - 144, nov. 2017.
- FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. Mediação e solução de conflitos: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2008.
- FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. 1. ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo. As Audiências De Conciliação E Mediação Nos Conflitos Envolvendo a Fazenda Pública. Revista Digital De Direito Administrativo, v. 7, n. 2, p. 252-268. ISSN- L: 2319-0558 – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i2p252-268>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/166599>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: online dispute resolution – ODR. Revista Relações Internacionais no Mundo Atual, v.1, n.26 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v2i27.3989>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- GUILHERME, Gustavo Calixto; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. A Responsabilidade Civil Pelos Riscos do Desenvolvimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas. ISSN: 2178-2466, v. 20, n. 38, 2020, pp. 97-113. DOI: <https://doi.org/10.31512/rdj.v20i38.150>. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitojustica/article/view/150>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi; MARTINS, Nadia Belilaqua. Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos. 1. ed., São Paulo: JM. Livraria Jurídica, 2009.
- KFOURI NETO, Miguel; GARCEL, Adriane. SOUZA NETTO, José Laurindo de. O Direito de Acesso a Tribunal, à Mediação e à Arbitragem na Convenção Americana de Direitos Humanos. Revista Direito Ufms. Campo Grande, MS, v. 5, n. 2, p. 207-225, jul/dez. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/9677>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- LEDERACH, John Paul. Transformação de conflitos. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- MARASCHIN, Márcia Uggeri (Coord.). Manual de Negociação Baseado na Teoria de Harvard. Brasília: EAGU, 2017.
- MOURÃO, Alessandra Nascimento SF et al. Resolução de conflitos: Fundamentos da Negociação para o ambiente jurídico. São Paulo: Saraiva (Série GLaw), 2014.
- MONTESCHIO, Horácio; SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. A arbitragem na desapropriação: instrumento de composição dos conflitos envolvendo a administração pública. In: I Encontro Virtual do CONPEDI – Processo Civil II. Florianópolis, 2020. ISBN: 978-65-5648-048-0. Disponível em: <http://conpedi.danielr.info/publicacoes/olpbq8u9/f0s5rb7q/51mO2H7cAqQraYT7.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- OZÓRIO NUNES, Antônio Carlos. Manual de Mediação: Guia Prático da Autocomposição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS- TYTECA, Lucie. Tratado de Argumentação. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PINHO, Humberto Dalla de; MAZZOLA, Marcelo. Manual de Mediação e Arbitragem. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org.). Mediação de conflitos. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de; GUILHERME, Gustavo Calixto; GARCEL, Adriane. Métodos consensuais de resolução de conflitos tributários. I Encontro Virtual do CONPEDI – Formas consensuais de conflitos I. 2020. Disponível em: <http://conpedi.danielr.info/publicacoes/olpbq8u9/f0s5rb7q/51mO2H7cAqQraYT7.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- SOUZA NETTO, José Laurindo de; FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane. Lei Anticrime e a paradoxal afirmação do

sistema acusatório. Revista da Faculdade de Direito da FMP, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 8-20, 2020. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/issue/view/15>. Acesso em: 10 nov. 2020.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. O Direito Administrativo Sobreviverá à globalização? Um Diálogo Entre Os Princípios Constitucionais e a Revolução Virtual – Revista Eletrônica Do Centro Universitário Do Rio São Francisco – Unirios – edição 2020 – n.26, p. 230-249, ISSN 1982-057. Disponível em: <https://www.unirios.edu.br/revistarios/internas/conteudo/resumo.php?id=535>. Acesso em: 10 nov. 2020.

TARTUCE, Flávia. Mediação nos conflitos civis. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

VASCONCELOS, Carlos de. Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas. 5.ed. São Paulo: Método, 2016.

SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NO AGRONEGÓCIO: O PAPEL DO ADVOGADO NEGOCIADOR

Paulo Roberto Kohl¹

Trata-se de artigo científico que visa refletir sobre as soluções alternativas de conflitos no agronegócio, destacando a importância de uma advocacia preparada para enfrentar o tema. Primeiramente, buscou-se situar o campo de incidência da conciliação e da mediação aplicáveis em demandas do agronegócio através do respectivo arcabouço legal. Após, a partir de técnicas adotadas pelo Projeto de Negociação de Harvard, convida-se o leitor a uma jornada sobre o método de negociação, com destaque, ao final, para esse importante instrumento para a solução alternativa de conflitos.

Palavras-Chave: Direito Agrário. Direito do Agronegócio. Solução alternativa de conflitos. Agronegócio. Conciliação. Mediação. Negociação.

This is a scientific article that aims to reflect on the alternative solutions of conflicts in agribusiness, highlighting the importance of a lawyer prepared to face the theme. First, we sought to situate the field of incidence of conciliation and mediation applicable in agribusiness demands through the respective legal framework. After, based on techniques adopted by the Harvard Negotiation Project, the reader is invited to a journey on the negotiation method, especially, at the end, for this important instrument for the alternative solution of conflicts.

Keywords: Agrarian Law. Agribusiness Law. Alternative conflict resolution. Agribusiness. Conciliation. Mediation. Negotiation.

¹ Advogado sócio fundador de Kohl & Leinig Advogados Associados, com sede em Palmas/PR. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2007). Especialista em Direito Público (2012) e Direito Agrário e Ambiental aplicado ao Agronegócio (2019). Presidente da Comissão de Direito Agrário e do Agronegócio da Subseção da OAB em Palmas/PR e membro titular na OAB em Xanxerê/SC. Membro da Comissão de Direito Agrário e Questões do Agronegócio da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina. Coordenador Regional da União Brasileira dos Agraristas Universitários – UBAU, em Santa Catarina. Vice-Presidente na Região Sul da Comissão Nacional de Assuntos Fundiários da UBAU. Contato: paulo@kohleleinig.com.br

1 INTRODUÇÃO

A moderna advocacia deve estar atenta e preparada para a negociação, conciliação e mediação na solução de conflitos. Tais institutos têm se mostrado adequados para a pacificação social e celeridade no enfretamento de litígios. Porém, a despeito da importância, percebe-se uma acanhada disposição das partes e dos próprios advogados na sua utilização.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao prever a obrigatoriedade da prévia audiência de conciliação (art. 334¹), somente dispensável se ambas as partes renunciarem ao direito. A medida não é nova, posto que em demandas trabalhistas e nos juizados especiais o rito já é adotado. Sem falar, ainda, naquilo que previa a Constituição Imperial de 1824 no artigo 161: *Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum*. Os conciliadores eram os Juizes de Paz². De lá para cá, houve um lapso enorme de desestímulo à conciliação, e atualmente juizes de paz somente celebram habilitações e casamentos.

Entretanto, apesar da previsão na norma adjetiva, na prática, a audiência de conciliação é mero ritual de passagem, ou, muitas vezes, dispensada pelo próprio Juízo ao perceber que a medida restará infrutífera. Perde o Judiciário e perdem as partes a oportunidade de diálogo, aproximação, convergência de interesses ou solução definitiva da lide.

Mas, é preciso dar a mão à palmatória. Muitas vezes os próprios procuradores não estão preparados (ou mesmo interessados) para a conciliação. Talvez o ponto mereça um estudo mais aprofundado, mas no imaginário popular e na nossa brasilidade a conciliação nem sempre é a saída privilegiada.

No pensamento do cliente, o advogado que propõe acordos não possui a tese vencedora ou não está preparado para lutar até o final. Para o advogado, a vitória, mesmo diante do risco do tudo ou nada, trará mais louros e glórias e seu nome será lembrado na praça, sem contar que acordos muitas vezes implicam em diminuição de honorários. A verdade é que, ao contrário do que se pensa, a conciliação é uma excepcional oportunidade para as partes decidirem sobre o seu próprio destino. Do contrário, transferirão ao Estado- Juiz essa missão de distribuição de Justiça.

Ao Juízo é imputada a tarefa de racional e fundamentadamente decidir de acordo com o seu convencimento, sem abrir mão dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e legalidade, promovendo o bem comum, os fins sociais e a dignidade da pessoa humana³. Todavia, isso nem sempre é possível, já que a lide está submetida a disposições de ordem processual, regras de distribuição da prova e pitadas do imponderável.

Isso já seria motivo suficiente para o convencimento das partes e dos procuradores para adotar

uma decisão personalizada, via soluções alternativas de conflitos, em que o interesse das partes estará sempre em primeiro lugar.

Além disso, a advocacia tem papel de destaque na Constituição Cidadã, nos termos do art. 133 o advogado é *indispensável à administração da justiça*. O parágrafo 3º do art. 3º do Código de Processo Civil estabelece ser dever também dos advogados estimular a *solução consensual de conflitos*. Ainda, o art. 2º, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina na OAB prevê como dever do advogado *estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios*.

Com pano de fundo nessa importante missão do advogado, visa-se lançar luz às soluções alternativas de conflitos aplicáveis ao agronegócio. Acredita-se que uma advocacia cada vez mais preparada para a mesa de negociações trará resultados efetivos na distribuição da Justiça, na pacificação social e no progresso cultural e econômico do país.

Inicialmente, serão elencadas algumas das oportunidades de conciliação e mediação em litígios do agronegócio. Posteriormente, se estudará a estimulante jornada do advogado negociador. A principal base teórica serão as técnicas desenvolvidas no Projeto de Negociação de Harvard, presente em obras de referência.

2 O DIREITO AGRÁRIO E A SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITO

Como já referido, é tímida a utilização das soluções alternativas de controvérsias pelas partes e advogados, preferindo-se a decisão judicial. As soluções extrajudiciais envolvem muito diálogo, reuniões restaurativas, reaproximação da razão e da emoção, reconstrução de relações em busca de uma solução negociada.

Na esteira do norueguês Johan Galtung, Ozório Nunes afirma que, ao contrário da cultura oriental, *nas sociedades ocidentais há uma tendência muito forte ao escamoteamento do conflito, a varrê-lo para baixo do tapete, escondê-lo; a passar por cima dele; ou ainda a usá-lo como forma de solução de problemas*.⁴

Uma iniciativa paradigmática para mudança dessa cultura partiu do próprio Poder Judiciário com a Resolução CNJ 125/2010 que criou os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). A norma prevê a utilização de mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação. Prevê a criação de núcleos permanentes e centros para soluções alternativas de conflitos, bem como cursos para qualificação dos servidores para a atuação nesses centros.

¹ CPC. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

² Constituição de 1824. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

³ Conforme art. 8º do CPC: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

⁴ NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 32.

O Ministério Público, através da Resolução CNMP 118/2014 também dispôs sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, em que prevê a implementação e adoção de mecanismos de autocomposição, tais como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais.

O Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 16 de março de 2015, inovou ao conferir aos atores do processo o dever de atuarem de maneira cooperativa e estimulando a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. Avançou destacando o papel especial do Juízo, que, a qualquer tempo, poderá promover a autocomposição (art. 139, V), auxiliado por mediadores e conciliadores. Dedicou seção especial para esses profissionais (arts. 165 a 175), bem como estabeleceu a obrigatoriedade da audiência de conciliação e mediação dentro do procedimento comum, antes da contestação (art. 334).

Ainda em 2011, o ex-Ministro Cezar Peluzo, então presidente do STF e do CNJ, destacou o papel da magistratura nesses procedimentos:

Os magistrados devem entender que conciliar é tarefa tão ou mais essencial e nobre que dirigir processos ou expedir sentenças. É imperioso que o Judiciário coloque à disposição da sociedade outros modos de resolução de disputas além do meio tradicional de produção de sentenças, por vezes lento e custoso dos pontos de vista material e psicológico, e, quase sempre, de resultados nulos no plano das lides sociológicas subjacentes às lides processuais.⁵

O CPC também fez a diferenciação entre conciliação e mediação:

Art. 165 [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O legislador fez questão de separar a conciliação da mediação. A conciliação é utilizada quando não há vínculo anterior entre as partes ou a relação é ocasional e relativamente simples, tais como obrigações de pagar ou de fazer. Nesta modalidade é autorizado ao conciliador sugerir

soluções. A mediação é direcionada para aquelas relações em que há vínculo anterior entre as partes, por ligações familiares ou não. Podem ser relações continuadas, de vizinhança, societária ou casos complexos que demandem soluções mais discutidas. Nessas, o mediador não opina sobre a solução, mas estimula as partes a buscarem a solução por si próprias.

Além disso, um marco legal importante foi a Lei da Mediação – Lei 13.140/15. Logo no início (art. 1º) estabeleceu-se a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Foram fixados os princípios pelos quais a mediação deverá ser orientada⁶, e ficou definido que podem ser objeto de mediação direitos disponíveis e indisponíveis que admitam transação.

As normas gerais, como se vê, já conferem um cabedal para a aplicação da mediação e conciliação para quaisquer lides que envolvam direito passíveis de transação, muitas delas incidentes no Direito Agrário e no Agronegócio.

O Direito Agrário, consolidado em nosso país pelo Estatuto da Terra, mas sedimentado pela estrutura jurídica herdada de Portugal, passando-se pela Lei de Terras de 1850 e pelo Código Civil de 1917, vive neste século XXI um florescer digno de seu valor.

Embalado pelo excelente desempenho do agronegócio brasileiro, exemplo mundial de agricultura tropical, pois transformou terras incultas até meados da década de 70 no celeiro do mundo. Venceu o desabastecimento nacional e alça seus olhares como um dos maiores exportadores de alimentos mundiais. Nada mais justo que ocupe seu trono de destaque, desta vez, pela produção de grãos e proteína animal, mas que já fora do pau-brasil, da cana-de-açúcar, do cacau e do café.

Raymundo Laranjeira afirmou, em 1975, que o Direito Agrário *ao se destacar do direito comum, em virtude da fixação dos seus próprios princípios, [...] chegou a se constituir numa novidade jurídica autônoma. [...] direito novo, dito em formação [...]*⁷

Agora que já está laureado, o Direito Agrário, com vistas no seu segundo ciclo – pois, vencida a regularização fundiária, há que se dar atenção ao negócio agrário e sua produção sustentável – fala-se em Direito Agrário aplicado ao agronegócio. Já possui companheiro, que vem sendo denominado por parcela da doutrina de Direito do Agronegócio e tem ocupado a atenção de juristas.

Buranello, por exemplo, defende que o Direito Agrário se preocupa com a atividade agrária assim entendida como um processo de exploração econômica da terra. E, baseado em parte no conceito de *agribusiness*⁸, defende que, desgarrado do direito comercial, o direito do agronegócio seria o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da produção, armazenamento,

⁵ PELUZO, Cezar. Mediação e conciliação. In: *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. / Arnold Wald, organizador. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Vol. VI, p. 541.

⁶ Nos termos do art. 2º: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontades, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.

⁷ LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário*. São Paulo, LTr, 1975, p. 31.

⁸ Cunhado em 1957, em Harvard, pelos professores John Davis e Ray Goldberg: a soma das operações de produção e distribuição de suprimentos, das operações de produção nas unidades agrícolas, do armazenamento, processamento e distribuição dos produtos agrícolas e itens produzidos a partir deles.

comercialização e financiamento do complexo agroindustrial.⁹

Tanto o Direito Agrário quanto o Direito do Agronegócio são caracterizados pela transversalidade do conhecimento, se relacionam com outras ciências jurídicas ou extrajurídicas. Sejam as próprias ciências agrárias (agronomia, medicina veterinária, engenharia florestal, zootecnia, etc), ou o direito internacional, civil, ambiental, administrativo, financeiro, comercial, penal, do trabalho, processual, família, etc.

Laranjeira afirma:

Os fenômenos campestres, as particularidades e acontecimentos em geral do mundo rurígena e da atividade agrária, guardam uma extraordinária gama de conexões com outros ramos do conhecimento. [...]

O interesse que o tema presente pode despertar reside na intercomunicabilidade que experimentam vários elementos de cada disciplina, carreando a importância da verificação sobre que, numas e outras, se apresentam institutos assemelhados, com parecido ou diverso tratamento; [...]¹⁰

Optiz endossa ao afirmar que *não só com outros ramos do direito o agrário se relaciona, mas também com as ciências técnicas, destacando-se a economia agrária.*¹¹

Como o Direito Agrário trata-se de um conjunto de normas que disciplinam a atividade humana com a terra e as suas respectivas relações com a atividade agrária, goza tanto de normas de direito privado quando de direito público, exigindo do agrarista excepcional atenção e conhecimento.

Por isso, é recomendável ao agrarista conhecer as técnicas de solução alternativa de conflitos aplicáveis ao Direito Agrário e do Agronegócio, como se demonstrará.

Como forma de evitar o ajuizamento de ações civis públicas, a Lei da ACP, Lei 7.347/85, trouxe ao ordenamento jurídico a figura do Compromisso de Ajustamento de Conduta (art. 5º, § 6º), em que *os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.*

Na Lei 9.605/98, no âmbito do Direito Ambiental, o art. 79-A autorizou os órgãos ambientais a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de

atividades e estabelecimentos utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.

Ambas são aplicáveis ao agronegócio como meios alternativos de soluções de controvérsia, regidos por princípios de direito privado (autonomia privada, livre iniciativa, responsabilidade, função social e lealdade) e de direito público (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade e acesso à justiça).

Ana Luiz de Andrade Nery em *Compromisso de Ajustamento de Conduta: teoria e análise de casos práticos* afirma:

[...] o compromisso de ajustamento de conduta surgiu no contexto de se procurar meios alternativos de proteção dos direitos transindividuais, na forma de contribuir para o alcance de tutela mais adequada desses direitos, integrando a terceira onda¹² de acesso à justiça.¹³

Além disso, o Decreto 9.760/19 que alterou o Decreto 6.514/08, estabeleceu procedimento de conciliação no âmbito da administração pública ambiental. O art. 95-A dispõe sobre o processo administrativo para apuração de infrações ambientais, nos seguintes termos: *a conciliação deve ser estimulada pela administração pública federal ambiental, de acordo com o rito estabelecido neste Decreto, com vistas a encerrar os processos administrativos federais relativos à apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.*

A partir de agora, nos termos do art. 97-A, por ocasião da lavratura do auto de infração, o infrator é notificado para comparecer *ao órgão ou à entidade da administração pública federal ambiental em data e horário agendados, a fim de participar de audiência de conciliação ambiental.*

O Decreto criou, ainda, Núcleos de Conciliação Ambiental com competência para *apresentar as soluções legais possíveis para encerrar o processo, tais como o desconto para pagamento, o parcelamento e a conversão da multa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.* (art. 98-A, § 1º, II, b).

No Direito Penal aplicável ao agronegócio, também se verificam inovações na legislação sobre acordo, partindo para uma justiça penal negociável. O pacote anticrime (Lei 13.964/19) introduziu o acordo de não-persecução penal, no art. 28-A do CPP¹⁴.

⁹ BURANELLO, Renato. *Manual do direito do agronegócio*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 40-47.

¹⁰ LARANJEIRA, Raymundo. *Op. Cit.* p. 173.

¹¹ OPTIZ, Silvia C. B. *Curso completo de direito agrário*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

¹² Para Mauro Cappellotti a *terceira onda* de acesso à Justiça, segundo a qual enfatiza a importância dos métodos alternativos de solução de litígios, aceitando esses remédios e procedimentos alternativos como forma de tornar a Justiça mais acessível e equitativa.

¹³ NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 41.

¹⁴ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária,

O ANPP não chega a ser o *plea bargain* norte-americano da proposta original do projeto (rejeitada pelo GT da Câmara dos Deputados), mas alcançará inúmeros crimes cujas penas são inferiores a 04 (quatro) anos. Com sua entrada em vigor, abre-se a possibilidade de celebrar ANPP inclusive em processos em andamento.

No âmbito do processo penal, o sistema já previa institutos despenalizadores, tais como a transação penal, suspensão condicional do processo e suspensão condicional da pena (*sursis*). O ANPP amplia o leque de negociações, exigindo preparo dos profissionais. Alexandre Morais da Rosa afirma que *quem se aventura a jogar na barganha não pode ser amador. Precisa compreender sobre “Teoria da Negociação”. Embora o jogador-acusador deva jogar limpo, pode acontecer de omitir provas, carregar as tintas em possíveis provas e ameaçar o acusado [...]*¹⁵

É importante estar atento quanto ao momento para se firmar ou não eventual acordo. A lei exige confissão formal. Vale a pena confessar? A confissão será utilizada em outras esferas (cível e administrativa)? Nesse ponto vale o diálogo prévio (antes da audiência) com o membro do MP para negociar os termos do negócio jurídico e suas cláusulas, a fim de evitar abusividades. Especial atenção aos crimes ambientais para que não sejam incluídas cláusulas genéricas de recuperação de dano, sem critérios objetivos de aferição, pois se tornarão impossíveis de serem cumpridas.

Igualmente no âmbito do processo penal, acordos de colaboração premiada ficaram amplamente conhecidos pela imprensa nacional, por ocasião da operação Lava Jato e decorrentes da Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13 – aprimorada pelo pacote anticrime). Nos termos do art. 3º - A da referida norma: *o acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos*. O acordo, além de trazer princípios negociais no art. 3º - B¹⁶, exige-se a presença de advogado¹⁷. Sobre o tema, Mossin:

Em linhas gerais, a atividade a ser desenvolvida pelo advogado deve ser entendida em sentido amplo, não só compreendendo em sua atitude a verificação das formalidades do ato de colaboração premiada, a espontaneidade de seu comportamento, assim como de verificar o que dele possa resultar para o delator, e, também, a conveniência em celebrá-lo.¹⁸

a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria do jogos*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 518.

¹⁶ Art. 3º - B. O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação

Outro destaque sobre as técnicas de solução alternativa de conflitos no agronegócio é a mediação familiar, fundamental em negócios familiares agrários.

A grande maioria dos negócios agrários são compostos por grupos familiares, sejam empreendendo na pessoa física ou na pessoa jurídica. Muitos têm optado pela constituição de pessoas jurídicas exigindo a necessidade de diálogos e acordos entre sócios e sucessores para definir a governança e o planejamento jurídico sucessório.

Alessandra Fachada Bonilha e Ana Luiza Isoldi afirmam:

Acreditamos que, da mesma forma que as famílias empresárias vêm se desenvolvendo e se tornando cada vez mais preparadas para lidar com os seus desafios, foram se criando e desenvolvendo mecanismos sofisticados de gestão e solução de conflitos, para que possam ser acomodados.

Nesse sentido, a mediação começou a ser inserida no contexto da governança familiar, mostrando-se eficaz como processo de integração comunicacional e de tomada de decisão, contribuindo para que sejam contemplados, concomitantemente, os interesses de cada membro da família e os da empresa¹⁹

As autoras destacam que os desafios da empresa familiar são grandes e estão ligados à sucessão, à preservação da riqueza, ao legado, etc. Nesse universo, conflitos surgem quando a ação ou a omissão de uma determinada pessoa interferem em outras ou na própria empresa, gerando incômodo²⁰.

A mediação familiar serve de instrumento para compatibilizar os interesses e as necessidades de cada um dentro do âmbito familiar-empresarial. O mediador exerce o papel de auxiliar na identificação dos interesses e superação das dificuldades para facilitar a negociação e a busca de acordo.

Sobre os princípios e fases da mediação, Bonilha e Isoldi afirmam:

[...] a mediação, que tem como princípios: a) a voluntariedade (a vontade dos mediandos deve ser respeitada); b) o protagonismo (os mediandos devem estar engajados na busca de solução); c) a intervenção de um terceiro multiparcial (que trabalha para todos os mediandos ao mesmo

de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.

¹⁷ Art. 4º, § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor

¹⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: J. H. Mizuno, 2016, p. 211.

¹⁹ BONILHA, Alessandra Fachada; ISOLDI, Ana Luiza. *Mediação em empresas familiares: mecanismo eficaz para gestão de impasse*. In: Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório / Roberta Nioac Prado (coord.) – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 248.

²⁰ BONILHA, Alessandra Fachada; ISOLDI, Ana Luiza. Op. Cit. p. 255.

tempo); d) a colaboração (busca conjunta de uma solução). [...]

Em geral, inicia-se com uma fase preparatória, chamada pré-mediação, em que se escolhe o mediador e se ajusta como será o procedimento, e, em seguida, estrutura-se em quatro grandes fases: a) abertura; b) mapeamento do conflito; c) negociação; d) encerramento, com ou sem acordo.²¹

A aplicação da mediação familiar é ampla. Pode ser utilizada na gestão de conflitos recorrentes durante o desenvolvimento do negócio, na hipótese de dissolução da sociedade, retirada de sócios ou sucessão patrimonial.

Os pactos também são admitidos mesmo sem a constituição de pessoa jurídica. São comuns no meio agrário a elaboração de testamentos, doações (com ou sem usufruto), adiantamento de legítima, partilha em vida, etc.

As soluções alternativas de conflitos também são aplicáveis na negociação de contratos agrários típicos, tais como arrendamento rural, parceria rural, pastoreio, contrato de integração, bem como nos contratos inominados.

Uma das características dos contratos agrários regulados pelo Estatuto da Terra (arrendamento e parceria) é o forte dirigismo estatal. Estão submetidos a princípios próprios, como o da função social da propriedade e predomínio da interpretação contratual favorável ao arrendatário ou parceiro-outorgado²².

Ferretto em *Contratos Agrários: aspectos polêmicos*, afirma:

O acordo de vontades restringe-se à celebração, ou não, do contrato e objeto deste, ou seja, o imóvel rural e à atividade nele desenvolvida, neste ponto aplicando-se o Direito comum, em caráter supletivo. O contrato, no entanto, se e quando celebrado, deverá sujeitar-se às normas da lei agrária, em face de sua imperatividade. [...] sob pena de ser o contrato considerado nulo e ineficaz ou, se for caso, de assim ser considerada a cláusula contratual que contrarie os preceitos nela estabelecidos.²³

Diante disso, devem ser respeitados institutos como: a) direito de preferência em favor do arrendatário tanto para a hipótese de venda do imóvel, quanto em havendo interesse do arrendador em arrendar para terceiro; b) prazos mínimos de contrato; c) direito à indenização por benfeitorias; d) notificação prévia e formal para a hipótese de retomada; e) percentuais mínimos e máximos de partilha nos contratos de parceria; f) hipóteses legalmente previstas para resolução; g) irrenunciabilidade de direitos por parte do arrendatário; etc.

Contratos agrários, portanto, limitam a margem de disposição das partes, impondo um comportamento

adequado no momento da contratação, sob pena de incorrer em nulidades. Isso exige atenção e boa dose de negociação prévia já que diante dessas inúmeras limitações e responsabilidades, há que ajustar hipóteses para resolução de eventuais conflitos.

Uma das alternativas é incluir a figura do fiscal do contrato, terceiro escolhido pelas partes para gerir o cumprimento do ajuste. Exercerá a função de mediação e fiscalização para que as cláusulas e o interesse das partes sejam preservados.

No âmbito comercial propriamente dito, os operadores do agronegócio estão constantemente realizando negócios jurídicos sujeitos a conflitos e que exigem negociação e conciliação. São comuns contratos de compra de insumos, de implementos e máquinas agrícolas, de imóveis rurais, venda de produtos (grãos, proteína animal, etc.) contratos de transportes, contratos de trabalho, contratos de crédito rural, contratos de prestação de serviços, contrato de empreitada, etc.

A experiência tem demonstrado que a inclusão de cláusulas compromissórias de prévia tentativa de mediação ou conciliação antes de ingressar em Juízo tem se mostrado efetiva para promoção de diálogo prévio buscando uma solução negociada.

Essa modalidade de cláusula pode vir acompanhada de medidas específicas tais como: a) antes de qualquer providência judicial ou arbitral, a parte insatisfeita deverá, prévia e formalmente, notificar a parte adversa (via e-mail ou qualquer outra forma de comunicação); b) explicitar suas razões; c) apresentar soluções que consideram adequadas para uma solução amigável ou revisão contratual; e d) determinar prazo razoável para resposta. Podem, igualmente, agendar reuniões prévias a serem ou não acompanhadas por conciliador de comum acordo entre as partes. Tais medidas ajudam no diálogo, preservando a relação negocial.

Nas relações do agronegócio com a Fazenda Pública, também é possível a formulação de acordos, em que pese a excessiva limitação quanto à disposição sobre o patrimônio público.

A Lei do Juizado Especial da Justiça Federal (Lei 10.259/01), no art. 10 prevê autorização *para conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais*.

Francisco Glauber Pessoa Alves afirma:

A conciliação em relação à Fazenda Pública hoje não mais encontra óbices. O ordenamento e a cultura processual, em verdade, passaram a estimulá-la em todas as searas, independente da parte que figura no pólo passivo. Injustificável, portanto, a recusa pura e simples à conciliação não lastreada em argumentos concretos que a desautorizem especificamente.²⁴

²¹ *Ibidem* p. 259/260.

²² Nesse sentido, preceitua o Dec. 59.566/66 (regulamento do Estatuto da Terra). Art 13. Nos contratos agrários, qualquer que seja a sua forma, contarão obrigatoriamente, cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros-outorgados a saber (Art. 13, incisos III e V da Lei nº 4.947-66); I - Proibição de renúncia dos direitos ou vantagens estabelecidas em Leis ou Regulamentos,

por parte dos arrendatários e parceiros-outorgados (art.13, inciso IV da Lei número 4.947-66).

²³ FERRETTO, Vilson. *Contratos agrários: aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 19/20.

²⁴ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. A conciliação e a Fazenda Pública no Direito Brasileiro. In: *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. / Arnold Wald, organizador. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Vol. VI, p. 1.061.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal inovou ao editar a Resolução 697, de 6 de agosto de 2020, criando o Centro de Mediação e Conciliação (CMC) no âmbito do próprio Tribunal, com competência para realização de acordos no STF.

O art. 2º da Resolução estabelece a possibilidade de soluções de conflitos pré-processuais e processuais, mediante mediação ou conciliação para solução de questões jurídicas sujeitas à competência do STF. Permite a solução pacífica e submete os participantes, inclusive, a cláusula de confidencialidade.

Por último, mas não menos importante, deve-se destacar o momento histórico em que vivemos, diante da pandemia causada pela COVID-19. Sem dúvida alguma o evento tem causado, além da mudança de hábitos, reflexos para os negócios jurídicos e economia mundial, exigindo sensibilidade para negociar e evitando uma enxurrada de ações no Poder Judiciário.

Atento a esse fato, e revisitando a Lei Failliot, editada em França em 1918, diante dos nefastos efeitos da Grande Guerra, o legislador brasileiro editou normas a respeito desse excepcional evento que afeta a todos, invariavelmente.

Em março, editou-se o Decreto Legislativo n. 6, reconhecendo o estado de calamidade pública. Na esteira do Decreto, editou-se a Lei 14.010/20 que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19).

A norma reconheceu a data de 20 de março de 2020 como termo inicial dos eventos derivados da pandemia, suspendeu os prazos de prescrição e decadência, como menção específica aos processos de usucapião.

Outrossim, o Código Civil também dispõe de meios para revisão contratual, nos termos dos artigos 317²⁵, 478²⁶, 479²⁷ e 480²⁸, passíveis de soluções negociadas e aplicáveis em tempos de pandemia.

Em linhas gerais, esses são alguns campos de incidência das soluções alternativas de conflitos no agronegócio.

3 A JORNADA DO ADVOGADO NEGOCIADOR

Avança-se no estudo propondo-se uma série de comportamentos do advogado negociador, conduzindo-o para a melhor resolução dos conflitos. Sabe-se que as faculdades de Direito não habilitam os futuros advogados

com todas as ferramentas necessárias para a sua atuação futura. E uma delas é a arte da negociação.

Ada Pellegrini afirmou ainda em 1984:

Do conjunto de estudos sobre conciliação, pode-se concluir que, durante um longo período, os métodos informais de solução de conflitos foram considerados como próprios de sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização. Mas, como escreveu sensível processualista brasileiro [Galeno Lacerda], “quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos à nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se, acaso com mais humildade, dentro de nossas forças e limites, não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente.”²⁹

Talvez advenha da nossa confiança no sistema jurisdicional com origens romanas, a indisposição em lançar os olhos para técnicas de negociação e solucionar os problemas sem a necessidade do Estado-Juiz.

Porém, como adverte Ozório Nunes, é tempo de mudança:

[...] o poder da parceria aos poucos está chegando na sociedade, nas organizações e nas pessoas. A complexidade da vida social e as dificuldades do cotidiano potencializam os problemas e geram impotência nas pessoas para as suas soluções de forma isolada, tornando cada vez mais comuns e recorrentes as expressões como cooperação, colaboração, horizontalidade, soluções compartilhadas, transdisciplinariedade, trabalho em rede e equipes, entre outras nesta direção. As formas de autocomposição de conflitos, por sua essência democrática, são reflexos deste modo de pensar e agir, sobretudo na sociedade ocidental, pois numa era em que se prega o diálogo para superação das dificuldades, não há sentido que o Estado detenha o monopólio para a solução para os conflitos.³⁰

Alessandra Mourão afirma que *fora da jurisdição, muitas vezes nos sentimos inseguros. Distantes do contencioso [...] parecem faltar-nos ferramentas para o bom desempenho. [...] temos virar marionetes nas mãos de colegas muito habilidosos na “arte de convencer”*.³¹

²⁵ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

²⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

²⁷ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

²⁸ Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida,

ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos.* / Arnold Wald, organizador. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Vol. VI, pp. 1.015/1.016.

³⁰ NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

³¹ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados.* 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 32.

É natural esse sentimento, porque negociação é processo humano, exige tempo e experiência. Aníbal Ríos afirma que existe arte na negociação *não só porque o negociador é um intérprete, um personagem da vida cotidiana que interage com outros para enfrentar problemas ou obter objetivos compartilhados, senão porque procura o que é possível*.³²

Propõe-se uma jornada de aprendizagem conjunta e de reflexão sobre os principais passos do advogado negociador que poderão ser perfeitamente utilizados para as questões do agronegócio.

Para isso adota-se o método do Projeto de Negociação de Harvard denominado *negociação baseada em princípios ou negociação baseada em méritos* com análise de quatro pontos básicos: 1) pessoas (separe as pessoas do problema); 2) interesses (concentre-se em interesses, não em posições); 3) opções (invente múltiplas opções, em busca de ganhos mútuos, antes de decidir o que fazer); e 4) critérios (insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo). E, ao final, 5) a alternativa³³.

3.1. Separe as pessoas do problema

Cada ser em si carrega inúmeras emoções, experiências, êxitos, frustrações, esperanças, valores, controvérsias, etc. que os acompanha na mesa de negociações. Negociar e compor acordos são atos essencialmente humanos, não obstante estejamos representando empresas.

Diante dessas circunstâncias, *em uma negociação, uma das principais consequências [...] é que o relacionamento entre as partes tende a se embaralhar com as discussões sobre a substância. [...] a tendência é que tratemos pessoas e problemas como uma única coisa*.³⁴

É importante entrar em uma negociação já consciente de que é necessário separar as pessoas do problema, preparando-se emocionalmente. Alessandra Mourão afirma: *concentre-se no seu objetivo e tente criar uma atmosfera favorável para o diálogo, pois sem ele não há negociação*.³⁵ Vale também o exercício de se colocar na posição do outro e não encontrar culpados para a situação experimentada, isso somente confundirá mais ainda a relação.

Se, mesmo assim, as emoções vierem à tona, converse sobre elas. Essa descarga emocional ajudará a desabafar e voltar a uma conversa racional. Ouvir atentamente e compreender o que está se dizendo (sem se preocupar com aquilo que falará em seguida) também é um mecanismo importante, pois faz parte da boa comunicação e essencial no momento.

Para separar as pessoas dos problemas é aconselhável deixar isso bem claro no início dos trabalhos *que as duas partes – mesmo com seus interesses e percepções distintas, além do envolvimento emocional – enfrentem uma tarefa comum de forma conjunta*.³⁶

3.2. Concentre-se em interesses, não em posições

Um dos equívocos comumente praticados pelos negociadores é se concentrar em posições ao invés de identificar os interesses que estão em jogo.

É verdade que nem sempre à primeira vista é possível identificar esses interesses, mas o esforço é fundamental. Os interesses são classificados em duas categorias: objetivos e subjetivos. Os objetivos são facilmente identificáveis, pois se traduzem, por exemplo, em dinheiro, título de propriedade, reintegração da posse, bens móveis, etc. Os subjetivos não são facilmente revelados, pois baseados em percepções, tais como honra, segurança, prestígio, harmonia na relação, bem-estar, reconhecimento, etc. Deve-se explorar ao máximo a identificação desses interesses.

A identificação dos interesses (saber quais são os seus e identificar e valorizar os do outro) é fundamental para o bom andamento da negociação. Alessandra Mourão destaca que *entender os verdadeiros motivos que levaram as partes a um impasse ou conflito é o primeiro passo em direção a uma solução negociada*.³⁷

Aqui vale as técnicas de usar a pergunta chave: Por quê? Por que a insistência em determinada cláusula? Por que determinado valor? Por que isso é tão importante? E por que não ajustar de forma diversa?

Além disso, escrever listas dos interesses por ordem de importância e deixar claro à outra parte a importância e legitimidade dos seus interesses. Fisher & Ury afirmam que *lutar com dureza na negociação de questões substantivas aumenta a pressão para que se encontre uma solução eficaz*.³⁸

Por fim, Ríos afirma que *uma negociação ideal é aquela que todas as partes tenham satisfeito seus interesses [...]. Porém, uma negociação ótima pode ser aquela na qual todas as partes não estejam satisfeitas na mesma proporção [...]*.³⁹

3.3. Invente múltiplas opções, em busca de ganhos mútuos, antes de decidir o que fazer

Como consequência natural dos passos anteriores, é hora de levantar as opções de acordo. É importante listar o maior número de possibilidades, aumentar o bolo para depois

³² RÍOS, Aníbal Sierralta. *Negociação e teoria dos jogos*; tradução: Ricardo Serrano Osorio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 35.

³³ Esse método está descrito na obra: *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, de Roger Fisher e William Ury & Bruce Patton. O método utilizado busca deliberar as questões levando em consideração os seus méritos e não barganhando sobre o que cada lado fará ou deixará de fazer. Busca convergir em ganhos mútuos, sempre que possível. Em caso de conflito de interesses, deve-se insistir que o resultado tenha padrões justos, independentemente da vontade de cada lado.

³⁴ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*; tradução: Ricardo Vasques Vieira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 41.

³⁵ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Op. Cit.* p. 37.

³⁶ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Op. Cit.* p. 56.

³⁷ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Op. Cit.* p. 47.

³⁸ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Op. Cit.* p. 69.

³⁹ RÍOS, Aníbal Sierralta. *Op. Cit.* p. 39.

dividir. Neste momento não se faz julgamento, posto que não é um compromisso, mas somente ideias.

Alessandra Mourão destaca que *o erro mais comum nas negociações é barrar esse processo criativo com críticas e recusas precipitadas de lado a lado. Toda opção deve ser encarada simplesmente como o próprio nome diz: uma opção, uma mera possibilidade.*⁴⁰

Aqui é importante a habilidade criativa do advogado em inventar opções sem receio de críticas, sem tomar decisões prematuras (inventar para depois decidir), e visando desenvolver alternativas para a solução dos problemas de ambas as partes – visando ganhos mútuos.

Antes da conciliação, vale uma sessão de *brainstorming* para produção do máximo de ideias possíveis para resolver o problema, adiando qualquer crítica ou avaliação dessas ideias. Para a sessão, que poderá ser feita com colegas e amigos, (1) defina o propósito, (2) selecione os participantes, (3) crie um ambiente informal, (4) escolha um facilitador para conduzir a reunião, (5) faça com que os participantes sentem-se lado a lado, (6) proíba críticas negativas sobre as ideias, (7) deixe as ideias fluírem – registrando-as, (8) destaque as ideias mais promissoras, (9) escolha a(s) ideia(s) mais promissora(s) e aperfeiçoe-a(s), e (10) estabeleça um prazo para decidir qual deve avançar.⁴¹

Fisher & Ury trazem também a ideia da tabela circular com a sugestão de alternar as opções entre específicas e genéricas. É composta por 4 elementos: (1) problema (O que está errado? Quais os fatos que não agradam?); (2) análise (Diagnostique o problema, suas causas, o que falta e as objeções para resolução); (3) abordagem (Quais as estratégias ou recomendações possíveis? Gere ideias sobre o que poderia ser feito); e (4) ideias de ação (O que poderia ser feito? Quais as providências específicas a serem tomadas?).⁴²

Um outro aspecto é o pensamento ganha-ganha, visando desenvolver relacionamento vantajoso para ambas as partes, com satisfação de ambos os interesses e a partir de uma solução criativa. Essa forma de pensamento é abordada por Stephen R. Covey e é aplicável da busca de soluções negociadas. Para o autor: *ganha/ganha é um estado de espírito que busca constantemente o benefício mútuo [...] significa entender que os acordos e as soluções são mutuamente benéficos, [...] todas as partes se sentem bem e comprometidas com o plano de ação.*⁴³

Covey estabelece também algumas medidas para se chegar ao ganha-ganha: (1) ver o problema do ponto de vista do outro – compreendendo as suas necessidades e preocupações; (2) identificar as questões-chave e as preocupações envolvidas; (3) determinar quais os resultados seria uma solução aceitável; e (4) identificar as novas opções para atingir esses resultados.⁴⁴

Evidentemente que essa decisão ideal nem sempre é possível, já que poderão existir interesses opostos

intransponíveis. Nesse caso, a identificação de critérios objetivos para a composição é uma das alternativas.

3.4. Insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo

Chega-se à fase final da jornada, a fase da decisão. Ao invés de decidir de acordo com a vontade, procure identificar critérios objetivos. Negociar com base em princípios e livre de pressões.

Fisher & Ury assinalam que, ao contrário da barganha posicional, onde cada parte defende sua posição e atacando o outro, na negociação baseada em princípios as *pessoas se entenderão melhor [...] tende a aproveitar o tempo de forma mais eficiente, falando de possíveis padrões e soluções.*⁴⁵

Inicialmente identificam-se padrões e procedimentos justos e legítimos. Sobre o tema, Ozório Nunes afirma que padrões justos levam em conta a aceitação voluntária da proposta, consciência e reflexão sobre o ato, com base na autonomia da vontade e livre de arbítrio, confidencialidade, isonomia entre todos e norteado pela boa-fé.⁴⁶

Alessandra Mourão destaca a importância da legitimidade da proposta. Ou seja, não basta a criação de opções com ganhos mútuos, mas que sejam legítimas a fim de evitar recusa ou descumprimentos. A pressa e a pressão as vezes desprezam o caráter legítimo do resultado.⁴⁷

Para auxiliar o advogado na busca de critérios objetivos, pode-se lançar mão de pareceres técnicos imparciais, se há algum costume na região e que seja de comum acordo adotar-se para o caso, se existe algum precedente sobre o caso, como tem decidido o juiz ou a jurisprudência sobre a questão, quais as condições pessoais das partes, etc. Enfim, esteja aberto às possibilidades, pois os princípios trarão uma persuasão fundamentada para a resolução do caso. Jamais ceda à pressão, somente a princípios legítimos.

Mas, pode ser que apesar de todos os esforços, não seja possível acordo. É hora de pensar nas alternativas sem acordo.

3.5. Alternativas

Em negociação alternativa é todo caminho – seu e do *ex adverso* – caso não haja acordo. É importante conhecê-la antes mesmo de sentar à mesa de negociação. Se a alternativa é melhor do que o acordo, tudo indica que o acordo pode não se realizar.

A melhor alternativa é denominada BATNA⁴⁸ - melhor alternativa sem o acordo. É importante conhecer o seu BATNA e o da outra parte. Quanto melhor o seu BATNA maior o seu poder de negociação. Isso também pode ser desenvolvido no curso do processo de negociação. Aplique

⁴⁰ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Op. Cit.* p. 56.

⁴¹ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Op. Cit.* pp. 75/76.

⁴² *Ibidem.* p. 79.

⁴³ COVEY, Stephen R. *Os 7 hábitos das pessoas altamente eficazes*; tradução: Alberto Cabral Fusaro, Márcia do Carmo Felismino Fusaro, Cláudia Gerpe Duarte e Gabriel Zide Neto. 60ª ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2017, p. 257.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 287.

⁴⁵ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Op. Cit.* p. 93.

⁴⁶ NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Op. Cit.* pp. 258/259.

⁴⁷ MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Op. Cit.* p. 65.

⁴⁸ *Best Alternative to a Negotiated Agreement*. Termo original cunhado pelo Projeto de Negociação de Harvard. Traduzidos para o português são utilizados os termos MAANA, MAPAN ou MASA.

conhecimento, tempo, conexões e inteligência para melhorar seu BATNA, permitindo elevar o patamar do acordo aceitável.

Para exemplificar, cita-se ação de despejo em contrato de arrendamento em que atuamos como procurador de arrendatário de imóvel rural. Após a audiência de conciliação e de já ter havido decisão liminar de despejo, o réu nos procurou. A tese do autor para justificar a resolução antecipada era infração contratual cometida pelo arrendatário. A proposta de acordo era a desocupação imediata e o pagamento da multa rescisória. Diante disso, fizemos agravo de instrumento e contestação apontando nulidades do contrato, direito à retenção por benfeitorias, cumprimento substancial, direito à revisão e interpretação favorável ao arrendatário hipossuficiente, e que mera infração não justificava a resolução antecipada do arrendamento. O efeito suspensivo no agravo de instrumento foi indeferido. Mas, diante de pedido de revogação da liminar na contestação, o Juízo revogou sua decisão até a instrução. Isso melhorou o BATNA do cliente, abrindo caminho para uma nova negociação. Nesse ínterim, um terceiro interessado no arrendamento surgiu com uma ótima proposta de indenização para o cliente e a resolução amigável foi possível, ambos saindo satisfeitos.

O papel do advogado foi fundamental para criar as condições de melhorar a situação do cliente em face da parte adversa. Nesse caso, o domínio das normas agrárias e o convencimento do Juízo na revogação da liminar foram cruciais.

4 CONCLUSÃO

Mauro Cappelletti adverte que, a nós juristas (quer da prática ou da academia), temos a responsabilidade de fazer com que o Direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações da sociedade. Elenca que dentre essas necessidades está desenvolver opções aos métodos tradicionais (caros, lentos ou inacessíveis), e uma delas são os métodos alternativos de solução de conflitos.⁴⁹

No presente ensaio espera-se ter contribuído para elucidar alguns aspectos que são importantes para a resolução alternativa de conflitos em demandas do agronegócio. Ao optar pela adoção de métodos alternativos deve-se ter em mente que o Poder Judiciário nem sempre terá condições de distribuir a Justiça da maneira ideal.

Além disso, o alto nível de complexidade e urgência nas relações jurídicas da pós-modernidade parece não encontrar consonância com os tradicionais escaninhos (ou sistemas) dos cartórios. Por isso mesmo, não é estranho – antes previsível – que a mais alta Corte do país tenha editado norma recente para estímulo à solução consensual.

O advogado tem especial importância nesse desafio e deve estar preparado para essa nova realidade. Para isso é necessário dotar-se de conhecimento, boa comunicação, protagonismo, competências sociais e subjetivas que contribuirão para exercer a advocacia no Século XXI.

No Brasil, somos 1,1 milhão de advogados. Isso corresponde há, aproximadamente, um advogado para cada

190 habitantes. Agora, disputa também o mercado a inteligência artificial. As habilidades pessoais e sociais do advogado, portanto, nunca lhes foi tão cara. Tanto para se destacar no mercado de trabalho, quanto para não ser substituído pela I.A. A figura do advogado negociador é ser um aliado do seu cliente, dominando técnicas e comportamentos adequados para rápida e segura solução do seu conflito.

Aliando a aplicação da negociação, mediação e conciliação ao Direito e ao agronegócio, estar-se-á estimulando o estudo e o exercício desses importantes instrumentos que são muitas vezes subutilizados pelos profissionais do Direito.

5 REFERÊNCIAS

- BURANELLO, Renato. *Manual do direito do agronegócio*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- COVEY, Stephen R. *Os 7 hábitos das pessoas altamente eficazes*; tradução: Alberto Cabral Fusaro, Márcia do Carmo Felismino Fusaro, Cláudia Gerpe Duarte e Gabriel Zide Neto. 60ª ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2017.
- FERRETTO, Wilson. *Contratos agrários: aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*; tradução: Ricardo Vasques Vieira. 1ª ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.
- LARANJEIRA, Raymundo. *Propedêutica do direito agrário*. São Paulo, LTr, 1975.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. *Delação premiada: aspectos jurídicos*. Leme: J. H. Mizuno, 2016.
- MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo. *Técnicas de negociação para advogados*. 4ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY, Ana Luiza Barreto de Andrade Fernandes. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NUNES, Antonio Carlos Ozório. *Manual de mediação: guia prático para conciliadores*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- OPTIZ, Sílvia C. B. *Curso completo de direito agrário*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PRADO, Roberta Nioac (coord.). *Aspectos relevantes da empresa familiar e da família empresária: governança e planejamento patrimonial sucessório*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RÍOS, Aníbal Sierralta. *Negociação e teoria dos jogos*; tradução: Ricardo Serrano Osorio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria do jogos*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- WALD, Arnoldo (org.). *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de solução de conflitos*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁴⁹ CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. In: *Arbitragem e mediação: mediação e outros modos alternativos de*

solução de conflitos. / Arnold Wald, organizador. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Vol. VI, pp. 301/302

A APARENTE (IM) PARCIALIDADE DOS MEDIADORES QUANDO ESCOLHIDOS PELAS PARTES¹

THE APPARENT (IM) PARTIALITY OF MEDIATORS WHEN CHOSEN BY THE PARTIES

José Laurindo de Souza Netto², Jane Mary Dantas Perez³, Mariele Zanco
Laismann⁴

Este artigo questiona o dever de imparcialidade de mediadores judiciais escolhidos por particulares. A pesquisa da legislação, especialmente os métodos de resolução de conflitos no CPC, observa a Lei de Mediação, Resoluções do CNJ e doutrina acerca dos princípios da mediação, não com o objetivo de esgotar a matéria, mas questionar a possível interferência nas decisões das partes em processos cuja autonomia de vontade é um mandamento. Pretende dar início a um debate envolvendo os temas de neutralidade subjetiva, imparcialidade ativa e meios de reduzir a desigualdade entre as partes, notadamente de poder econômico, evitando intervenção indevida do terceiro facilitador.

Palavras-Chave: Imparcialidade do mediador. Mediação judicial. Pluriparcialidade. Autonomia de vontade.

This article questions the duty of impartiality of judicial mediators chosen by private individuals. The research of the legislation, especially the methods of conflict resolution in the CPC, observes the Mediation Law, CNJ Resolutions and doctrine about the principles of mediation, not with the objective of exhausting the matter, but questioning the possible interference in the decisions of the parties in processes whose autonomy of will is a commandment. It intends to initiate a debate involving the subjects of subjective neutrality, active impartiality and ways of reducing inequality between the parties, notably of economic power, avoiding undue intervention by the third facilitator.

Keywords: Impartiality of the mediator. Judicial mediation. Pluriparciality. Autonomy of will.

¹ Trabalho publicado na Coletânea de Artigos Jurídicos em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Curitiba: Clássica Editora, 2020, p. 73- 100. ISBN 978-65-87965-30-1.

² Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Paraná – PUC. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR. Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano. Desembargador e Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Paraná – NUPEMEC. Vice-Presidente do Fórum Nacional da Mediação e Conciliação – FONAMEC. E-mail: jln@tjpr.jus.br. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6950-6128>. Lattes ID: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>.

³ Pós-graduação em Execução de Políticas de Segurança Pública-ANP, Brasília/ DF, no ano 2009. Graduada em Direito, Universidade Salgado de Oliveira Recife/PE, no ano 2008. Graduada em Logística, UNOPAR-Paraná/PR, no ano 2012. Especialização em Segurança Pública/ Sistema Penitenciário UNIVERSO, Recife/PE, no ano 2010. Mestrado em Segurança Pública UPE, Recife/PE, no ano 2015. E-mail: janemaryjmdp29@gmail.com Lattes ID: 8509259358093260

⁴ Pós-graduada em Direito Aplicado (Iato sensu) pela Escola de Magistratura do Paraná (2018), oportunidade que recebeu o Prêmio Ary Florêncio Guimarães, como melhor aluna da turma. Atualmente é Assessor Jurídico-Administrativo do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, atuando junto a 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná como Coordenadora de Capacitações do NUPEMEC. Facilitadora em Justiça Restaurativa (Círculos de Paz) pela Escola de Servidores do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná –ESEJE (2017). Pós-graduada em Direito Ambiental pela Uninter (2012). Graduada em Direito pelo Faculdade Campo Real (PR) – 2009. Mediadora e Conciliadora Judicial em formação. E-mail: marielezanco@tjpr.jus.br ORCID: ID Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2945760839832750>

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem o objetivo de analisar o dever de imparcialidade de mediadores escolhidos pelas partes em suas atuações em demandas diversas, uma vez que existe a possibilidade de haver favorecimento de tratamento a um dos particulares envolvidos. Muito embora o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tenha editado o Código de Ética dos Mediadores (Anexo III da Resolução n. 125/2010), mediadores extrajudiciais, isto é, aqueles escolhidos pelas partes, podem exercer certa influência nas decisões por conta do protagonismo deles na condução das tarefas de estimular a comunicação e, assim, promover o diálogo entre particulares para que cheguem ao entendimento e, conseqüentemente, a uma solução consensual.

A proposição mais atraente ou que desperte o interesse de uma das partes para resolver o litígio será mediada por um terceiro (art. 165, §3º, CPC/2015), que tem o dever de auxiliar os litigantes a “compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos”. Ademais, o mediador deverá pautar-se pelo “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho” (art. 1º, §3º, Código de Ética dos Mediadores).

Portanto, o presente trabalho amplia a pesquisa do ordenamento jurídico para além do regramento positivado no novo Código de Processo Civil, uma vez que observa ainda posições de renomados juristas e de outras normas que determinam ao terceiro facilitador o dever de imparcialidade.

O Código de Processo Civil estabelece que “o conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal” (art. 168, §1º), motivo pelo qual é necessário fazer a distinção entre o mediador judicial e o mediador extrajudicial na condução das negociações para pôr fim às disputas por meio de métodos autocompositivos.

Enquanto as audiências realizadas nos centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejuscs) contam com a presença de um mediador judicial, indicado pelo Poder Judiciário entre aqueles cadastrados no respectivo tribunal, a mediação extrajudicial realizada em uma câmara privada conta com um mediador escolhido pelas partes para facilitar a resolução do conflito.

Apesar de o método autocompositivo extrajudicial ser eficiente tanto para particulares encontrarem a solução em determinado conflito mais rapidamente quanto para o Judiciário desafogar a sobrecarga de processos, a condução das negociações por um terceiro pode pender para um dos lados em razão da possibilidade de haver relações pessoais entre uma das partes e o mediador, mesmo que esse facilitador esteja obrigado a ser neutro e imparcial.

O mediador escolhido pelas partes deve apenas facilitar a comunicação, de modo que pessoas que já mantêm relações resolvam questões por meio de composição, ou seja, solução satisfatória de controvérsias, diferente da conciliação – método em que um terceiro orienta os envolvidos em determinado conflito para que haja um acordo.

Regida pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, a atuação do mediador deverá seguir “as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz” (art. 5º), cujo parágrafo único estabelece que “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas”.

Também será verificada a pluriparcialidade nos processos de mediação judicial, já que em demandas envolvendo conflitos passíveis de serem resolvidos por métodos autocompositivos o terceiro pode se valer de técnicas de mediação ativa, baseadas em tendências que podem valorizar mais o distanciamento e a isenção do terceiro facilitador, tão bem como atuar mais próximo e mais atento às necessidades das partes, criando relações de confiança com os litigantes.

Passaremos a averiguar a maneira de acesso à justiça pela mediação e também a suposta imparcialidade dos mediadores extrajudiciais à luz de códigos, legislação esparsa e ainda da doutrina, regramentos jurídicos que regem esse procedimento de autocomposição que se tornou um dos promotores da paz social.

2 IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO NA HISTÓRIA

O princípio da imparcialidade impede que o julgador mantenha qualquer espécie de vinculação ou envolvimento com as partes de um conflito levado ao Judiciário. Desde os primeiros registros bíblicos, em I Reis, mais precisamente no Capítulo 3, há o relato do episódio em que o rei Salomão julga a causa de duas mulheres.

As escrituras sagradas para os cristãos do mundo todo mostram a disputa entre duas mulheres prostitutas que pediam ao rei que julgasse a discórdia entre elas. Relataram que uma delas teve um filho, morando as duas na mesma casa. Três dias depois do parto da primeira, a outra mulher também teve um filho. Uma acusava a outra de ter se deitado sobre a criança, que faleceu. Então, a mãe do bebê morto teria se levantado à meia-noite e tirado o filho da outra, colocando no seio daquela que dormia seu filho morto.

Enquanto uma reivindicava ser seu o bebê vivo, outra afirmava ser da reivindicante e morto. Assim, brigavam perante o rei dizendo: — o morto é teu filho e meu filho, o vivo. — Nada disso — dizia a outra — o vivo é o meu filho. O morto é o teu.

Salomão, o rei, segundo o registro de I Reis 3:24-27, tomou decisão inusitada:

Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante do rei. E disse o rei: Dividi em duas partes o menino vivo: e daí metade a uma e metade a outra. Mas a mulher cujo filho era o vivo falou ao rei (porque o seu coração se lhe enterneceu por seu filho) e disse: Ah! Senhor meu, dai-lhe o menino vivo e por modo nenhum o mateis. Porém a outra dizia: Nem teu nem meu seja; dividi-o antes. Então, respondeu o rei e disse: Daí a esta o menino vivo e de maneira nenhuma o mateis, porque esta é sua mãe.

Como se vê, a imparcialidade do julgador o levou a proferir uma sentença para fazer justiça: entregou àquela que, mesmo sofrendo, se dispôs a renunciar ao seu próprio filho em favor de outra mulher, para que a criança pudesse viver. Somente o amor verdadeiro é capaz de praticar a renúncia com a finalidade de manter vivo o ser amado.

A Seção de Conteúdos Digitais do Supremo Tribunal Federal brinda seus visitantes com um histórico dos símbolos da Justiça. Demonstrando os conceitos associados aos símbolos utilizados pela humanidade desde a Antiguidade, são apresentados a balança, o martelo do juiz, a espada, além de algumas divindades, entre elas Têmis – deusa grega da Justiça, representada de olhos vendados e com uma balança na mão, em que equilibra a razão e a emoção –, a deusa romana *Justitia* – guardiã da consciência coletiva e personificação da lei e da ordem social, sobre quem os juramentos eram feitos perante magistrados –, e a deusa, também grega, Astreia, filha de Zeus e Têmis – protetora da humanidade que deixou a Terra para não presenciar as aflições e sofrimentos e ascendeu ao céu, onde foi transformada na Constelação de Virgem.

Toda a mitologia envolvida nessas histórias de divindades, no entanto, não supera a simbologia da cegueira para o nosso estudo sobre a imparcialidade. A cegueira representa não apenas a imparcialidade, mas também “o desprezo pelo mundo exterior face à ‘luz interior’”, segundo as explicações de Hans Biederman (1994, p. 83).

Tanto a equidade quanto o equilíbrio, a ponderação e a igualdade que devem ser aplicadas nas decisões dos magistrados são virtudes expressadas nos olhos vendados da deusa, representando a cegueira. A imparcialidade do juiz é a afirmação de que todos são iguais perante à lei, isto é, de forma alguma significa uma Justiça cega, uma vez que aos olhos do juiz todos os detalhes relevantes em uma disputa em que seja solicitada a tutela do Judiciário receberão tratamento segundo o princípio da igualdade processual. Para Fredie Didier (2019, p. 127), tal princípio deve observar quatro aspectos: “a) imparcialidade do juiz; b) igualdade no acesso à justiça, sem discriminação; c) redução das desigualdades que dificultem o acesso à justiça, como a financeira; d) igualdade no acesso às informações necessárias ao exercício do contraditório”.

2.1 Voto de minerva

Ainda baseados na mitologia grega, ponderamos a respeito do primeiro júri de que se tem conhecimento na história da humanidade: o julgamento de Orestes. Voto de Minerva foi a decisão da deusa Palas Atena ao presidir o julgamento de Orestes, um mortal que deveria ter sido morto por ter assassinado a própria mãe.

Conforme ensina Lenio Streck (online, 2018), “Os gregos inventaram a democracia. E, acreditem, também inventaram a autonomia do Direito”, passando a discorrer a respeito da “trilogia de Ésquilo, Oresteia, nas Eumênides, peça representada pela primeira vez em 458 a. C”.

No texto atribuído ao poeta Homero, *Ilíada*, que descreve em prosa poética a Guerra de Troia, Agamenon sacrifica sua própria filha aos deuses com a intenção de ser o vitorioso na batalha. Sua esposa Clitênstra, apoiada por seu amante Egisto, assassinou o marido. Como forma de

vingar a morte do pai, o outro filho do casal, Orestes, matou a mãe.

Apolo, deus da razão, pediu a Zeus que Orestes pudesse ter um julgamento justo, de modo a pôr fim às mortes de vingança, tornando-se o defensor de Orestes em um júri composto por 12 cidadãos atenienses, o qual foi presidido por Atenas – Minerva na mitologia dos romanos – deusa da sabedoria e da justiça. Na acusação estavam deusas encarregadas de castigar seres humanos (Alepho, Tisífone e Megera).

Após os jurados terem apresentado seus votos nada ficou decidido, uma vez que seis deles votaram pela condenação e outros seis pela absolvição. Na qualidade de presidente do júri, Minerva desempatou o julgamento, absolvendo o acusado. O fundamento aceito até os dias de hoje é que, no caso de empate, a decisão do presidente do colegiado deve sempre favorecer o réu, amparada na irresolução da dúvida, isto é, fundamentado no princípio jurídico da presunção da inocência, conhecido pelos operadores do Direito como “*in dubio pro reo*”.

Se, no caso mitológico, Minerva não atuasse segundo o princípio da igualdade processual ou tendesse a posicionar-se favorecendo uma das partes, e não acima delas, a conduta correta para que ele possa exercer sua função dentro do processo, Orestes poderia ter sido condenado à pena capital.

Streck conclui sua brilhante exposição, inspirada na visita que fez ao templo da deusa grega, afirmando que “Palas Atena absolve Orestes, face ao empate. O primeiro *in dubio pro reo*. Moral da história: rompe-se um ciclo. Acabam as vinganças. É uma antevisão da modernidade”.

2.2 Imparcialidade segundo a lei e a ordem

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a imparcialidade foi determinada como princípio universal no artigo 10, ao dispor que “Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial [...]”. Ademais, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, a qual foi ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, obriga os Estados-partes a “respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa”, dispõe no artigo 8º que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei [...]”.

Além das disposições positivadas em tratados internacionais, o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (redação dada pela Lei n. 12.376/2010 ao Decreto-Lei n. 4.657/1942) dispõe que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Já a Constituição Federal de 1988 determina ser vedado ao juiz “dedicar-se a atividade político-partidária” (art. 95, par. ún., III), enquanto o Código de Ética da Magistratura Nacional dispõe que “O magistrado imparcial é aquele que busca nas provas a verdade dos fatos, com objetividade e fundamento, mantendo ao longo de todo o

processo uma distância equivalente das partes, e evita todo o tipo de comportamento que possa refletir favoritismo, predisposição ou preconceito” (art. 8º).

No Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) os princípios fundamentais do processo são estabelecidos já no artigo 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil [...]”.

A imparcialidade do juiz é estabelecida como um dos pressupostos de qualquer disputa, sendo determinadas as situações em que a condição pessoal do julgador poderá colocar em risco a neutralidade ou imparcialidade, chamadas de causas de suspeição e impedimento, que deverão ser contestadas em incidente de suspeição ou impedimento (arts. 144 ao 148, CPC/2015).

Neste trabalho, conforme explicado, serão analisados princípios e regramentos relacionados aos mediadores, de modo a averiguar a aparente imparcialidade desses auxiliares da Justiça quando escolhidos pelas partes.

Passaremos, portanto, a analisar o regramento jurídico brasileiro, especialmente no que diz respeito às demandas judiciais em que as partes escolhem seus mediadores.

3 MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os meios consensuais de resolução de conflitos instituídos por meio da política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses implementada no Brasil pela resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, foram positivados no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015).

No art. 3º do novo Código, entre as normas fundamentais que devem reger o processo, determinou-se que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, cujo §3º dispõe ainda que

“[...] 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”.

É importante destacar que no CPC/2015 os mediadores foram inseridos na Seção VI (Dos conciliadores e mediadores judiciais) do Capítulo III, dando-lhes status de auxiliares da Justiça.

No caso de as partes optarem pela mediação, o terceiro não apenas atuará como mediador limitado a facilitar o diálogo entre litigantes, mas também apresentando propostas, soluções alternativas para solucionar o problema, alertando-os sobre a razoabilidade de determinada proposta, fatores capazes de influenciar uma das partes a aceitar o acordo proposto.

A inovação de o CPC/2015 ter uma seção própria regulamentando a atuação dos mediadores e dos Centros de Mediação, que reduziu a morosidade judicial, estabelece que “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º).

A partir da implementação do novo Código, em contraposição ao modelo adversarial, todos os processos passaram a ser iniciados com audiência de conciliação conduzida por conciliador ou mediador judicial, exceto no caso de ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual ou a demanda não puder ser resolvida por meio de autocomposição (art. 334, §4º, I e II, CPC/2015). Assim, além de os magistrados poderem determinar, de ofício, que determinado litígio seja resolvido com mediação, o Ministério Público, os advogados e os defensores podem também requisitar o uso desse meio autocompositivo.

A problemática do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, parece ter sido, ao menos parcialmente, resolvido com a participação do mediador, cuja principal função é facilitar a comunicação entre as partes com o emprego de técnicas de resoluções consensuais. Contudo, muito embora o papel do mediador seja de apenas participar das reuniões de mediação na qualidade de condutor das negociações, sem oferecer-se para prolatar decisão ou influenciar, a possibilidade de sua interferência pender para um dos lados não é totalmente descartada nesse método consensual de resolução de conflitos. Por isso, é fundamental a capacitação do mediador.

Osociólogo português Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 13) contribuiu bastante para haver alterações no acesso à justiça, produzindo teorias de fundamental importância para a legislação ser alterada com a evolução dos meios alternativos para a resolução de conflitos, quando afirma que:

Por um lado, o novo modelo de desenvolvimento assenta nas regras de mercado e nos contratos privados e, para que estes sejam cumpridos e os negócios tenham estabilidade é necessário um judiciário eficaz, rápido e independente; por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais passa a ser um motivo de procura do judiciário. Muita da litigação que hoje chega aos tribunais deve-se ao desmantelamento do Estado social (direito laboral, previdência social, educação, saúde, etc.

O Código de Processo Civil de 2015 operou mudanças substanciais ao processamento de litígios, inclusive em casos envolvendo famílias, como se vê no art. 709 ao dispor que “[...] todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz contar com o auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação [...]”. As inovações também atingem as ações entre particulares e a Administração Pública, determinando que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo” (art. 175).

O mediador deve atuar de modo distinto do juiz, que tem a função de julgar qual parte está certa e qual está errada em uma situação levada ao Juízo, uma vez que o mediador, na qualidade de auxiliar da Justiça, somente deverá facilitar a conversa entre as partes a fim de

restabelecer o diálogo e, assim, promover resolução consensual, sem acentuar a disputa para que não torne praticamente inimigos os envolvidos. Segundo Petrônio Calmon (2015, p. 114):

Recomenda-se a mediação quando as partes têm uma relação que se perpetua no tempo, pois o que se quer, neste caso, é terminar com o conflito, mas não com a relação, em que a solução heterocompositiva tornar-se-ia uma solução arriscada. Na mediação as partes conservam para si o controle sobre o resultado do conflito e compartilham a responsabilidade por sua existência e solução.

Contudo, a atuação do mediador deve ser pautada pela total imparcialidade, haja vista não poder ser confundida com a do advogado, que tem papel fundamental para a prestação jurisdicional emitindo juízo de valor, uma vez que aconselha e orienta seu cliente de modo parcial, situação em que estará agindo com legítima parcialidade.

Já no caso da mediação algumas circunstâncias relatadas pelas partes podem levar a conclusões em conformidade com a visão de mundo e os princípios morais do mediador, possibilitando declarações tendenciosas, mesmo que ocultas, fator capaz de ocasionar influência indevida na condução da facilitação, instrumento necessário para estimular o diálogo entre os litigantes e a consequente resolução do litígio.

Tânia Lobo Muniz (2009 p. 111) destaca como deve ser o papel do mediador nos processos de autocomposição, quando afirma que “[...] a importância de se adequar os processos de formação e seleção de mediadores na busca daqueles que tenham o perfil do mediador: deve ter a alma de um humanista, a mente de um estrategista e o coração de um negociador”. Ainda de acordo com Petrônio Calmon (2015, p. 118):

[...] a finalidade da mediação é resolver a lide sociológica, ou seja, o relacionamento como um todo, proporcionando a possibilidade de continuidade pacífica da relação; o método utilizado exalta a participação dos envolvidos; e a mediação não se vincula ao Poder Judiciário ou a qualquer outro ente estatal. Para uma mediação exitosa, faz-se mister estar motivado a participar, fazer-se responsável por si mesmo, estar disposto a discordar e estar disposto a concordar.

Importa salientar que a expressão “lide sociológica”, conforme a definição do *Glossário do Centro de Mediadores Instituto de Ensino*, órgão credenciado ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), “É a situação conflituosa sendo trazida pelas próprias partes, possui um potencial de alcançar aspectos e detalhes relevantes do conflito que não poderiam ser adquiridos através da apreciação da lide processual”.

3.1 Autonomia de vontade

Cabe destacar entre os princípios que regem a mediação o da autonomia de vontade, segundo o qual as partes envolvidas no procedimento de mediação não devem ser compelidos a tomar decisões, mas sim participar voluntariamente, para que a mediação será regida “conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (art. 166, §4º, CPC/2015).

Pelo que se vê, um dos objetivos primordiais da mediação é fazer com que as partes tenham responsabilidade, que sejam capazes de elaborar acordos por livre e espontânea vontade, sendo o mediador responsável apenas pelo restabelecimento ou promoção do diálogo com o fim de solucionar o conflito de maneira pacífica.

Conforme o *Manual de Mediação Judicial*, organizado por André Gomma de Azevedo (2016, p. 29):

A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões, vem, progressivamente, sendo alterada para uma visão de Estado que orienta as partes a resolverem, de forma mais consensual e amigável, seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes.

Assim como o processo civil é regido por princípios fundamentais, tais como isonomia, contraditório, inafastabilidade do controle jurisdicional, inclusive de imparcialidade do juiz, entre outros de extrema importância, a mediação também é regida por diferentes princípios. Passaremos, portanto, a observar os princípios que regem esse meio de resolução pacífica de conflitos.

3.2 Princípios da mediação

Em uma verdadeira lição acerca da organização da Justiça em prol da cultura da paz, Kazuo Watanabe (2011) discorre a respeito do tratamento que deve ser dispensado aos conflitos, enfatizando os métodos auto-compositivos implementados pela *Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*, exposta na Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, ao considerar a mudança necessária para ocorrer a promoção da mediação entre particulares. Watanabe faz um alerta sobre a necessidade de o Poder Judiciário incorporar os meios alternativos de resolução de conflitos, advertindo que:

O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a chamada “cultura da sentença”, que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é

morosa e ineficaz, e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça.

O acesso à justiça foi bastante ampliado com a edição da Lei n. 13.140/2015, que promoveu a cultura auto compositiva capaz de descongestionar os órgãos do Poder Judiciário. Entre os diversos princípios que regem as medidas alternativas de solução de conflitos, verifica-se o mesmo do CPC/2015 disposto no art. 2º, V, da Lei de Mediação, estabelecendo que esse método de resolução de disputas será orientado pelo princípio da “autonomia da vontade das partes”.

Outros princípios são essenciais para a promoção da cultura da solução amigável de disputas entre particulares. Segundo o art. 1º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução n. 125/2010, do CNJ), “São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes”.

Destaque-se que o princípio da competência é aquele segundo o qual o mediador somente poderá atuar na mediação se tiver passado por curso de capacitação e aprovado no treinamento de técnicas auto compositivas de solução de conflitos, as quais são necessárias para satisfazer a pretensão das partes. Assim, o mediador obrigatoriamente deverá reunir as qualificações para atender às expectativas, preocupações e questionamentos dos mediados, além de submeter-se à reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

Já o princípio da validação foi conceituado por Tânia Almeida (2014, p. 1047-1084), citada por Bruno Takahashi, Daldice Maria Santana de Almeida, Daniela Monteiro Gabbay e Maria Cecília de Araujo Asperti (2019, p. 37), quando afirma que:

[...] tem por objetivo legitimar, no sentido de justificar positivamente, condutas aparentemente inadequadas dos mediados: a interrupção da fala do outro e/ou posturas reativas, agressivas ou provocativas”. Para tanto, é de grande importância o uso da linguagem positiva. Assim, segundo a mesma autora, esperase “distanciar os mediados de uma visão crítica a respeito do comportamento do outro, trazendo-os também para uma avaliação e um cuidado com o próprio comportamento”. Dessa forma, objetiva proporcionar um “cenário respeitoso e colaborativo, favorecedor do processo de diálogo” (TAKAHASHI;ALMEIDA;GABBAY;ASPERTI, 2019, p.37).

Além dos princípios, o Código de Ética relaciona regras que regem o procedimento de mediação. Os deveres do mediador estão relacionados nos §§1º ao 5º do artigo 2º:

§1º Informação - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma

completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

§2º Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento. §3º Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

§4º Desvinculação da profissão de origem – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

§5º Teste de realidade – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.

Todos os cinco deveres deixam clara a necessidade de imparcialidade do mediador judicial, enquanto o art. 5º do mesmo Código determina que os mediadores devem ser “aplicados os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes”.

3.3 Possível desigualdade entre as partes

Luciane Moessa de Souza (2014, p. 34-35) insinua a possibilidade de haver desigualdade entre as partes em determinados conflitos, destacando a necessidade de a atuação do mediador ser imparcial, seguindo o princípio de neutralidade. Para essa autora:

Em situações de conflito, é muito comum que exista uma condição de desigualdade de poder entre os envolvidos. Sendo a solução construída pelas partes, parece evidente que eventual desequilíbrio neste aspecto não pode ser ignorado, a pretexto de neutralidade do mediador, devendo haver, pelo contrário, uma abordagem apropriada a cada tipo de conflito. Ou seja, a forma de atuação do mediador deve buscar contrabalançar este desequilíbrio, já que ele pode afetar a capacidade de participação da parte com menor poder na construção da solução consensual.

Tal reflexão sobre o dever de imparcialidade do mediador mencionada na obra de Luciane Moessa de Souza provém das pesquisas do norte-americano Owen Fiss, que atuou na década de 1980 com meios alternativos de solução de controvérsias orientados à “ideologia de mercado”, afirmando, segundo a tradução livre dessa autora, “que as

premissas subjacentes ao movimento seriam: uma sociologia individualista; a privatização de fins; a suposição de uma harmonia natural; e a recusa a reconhecer o Poder Judiciário como um ramo coordenado do governo”.

Luciane Moessa de Souza listou os problemas apontados pelo pesquisador norte-americano, destacando os dois principais, a saber:

a) a frequente situação de desigualdade de poder entre as partes, notadamente de poder econômico, que torna mais difícil o acesso às informações necessárias para se firmar um acordo esclarecido, bem como torna maior a pressão pelo acordo em uma situação de dificuldade para fazer face aos custos do processo; b) a dificuldade de se identificar a pessoa responsável por firmar o acordo dentro de grandes empresas ou entes governamentais;

Esse destaque demonstra a preocupação com a suposta parcialidade do terceiro envolvido no processo, o qual tem o dever de neutralidade. Em sua tradução, a autora destaca o risco de o mediador tender a ser parcial, ao citar Owen Fiss, que argumentou em sua palestra (2009, p. 5) ser “[...] fato que a desigualdade de poder entre as partes é um fator relevante a ser considerado – como também é fato que ela afeta em grande medida os resultados dos processos judiciais”.

Podemos inferir da leitura dos artigos 1º e 2º do referido Código de Ética que esse modelo de solução de conflitos com a intermediação de um terceiro torna o mediador moralmente obrigado a ser imparcial.

Contudo, no *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*, elaborado por Ana Rosenblatt, Felipe Kirchner, Rafael Vinheiro Monteiro Barbosa e Ricardo Russel Brandão Cavalcanti, ao citarem Tânia Almeida, percebe-se a menção à expressão “imparcialidade ativa”. Essa autora ressaltou que no processo de mediação “não há perdedor nem vencedor”, em entrevista concedida ao jornalista Marcelo Pinto para o *Consultor Jurídico* (2014), em que a entrevistada discorria acerca do então Projeto de Lei n. 7169/2014, que acabou se tornando a Lei da Mediação, quando assinalou ainda que, no caso de as partes de um processo de mediação “buscarem terceiros, será para ajudar na autocomposição [quando as partes são autoras da solução], e não na heterocomposição [quando a decisão é dada por um terceiro, seja juiz ou árbitro]”.

Ao citarem Tânia Almeida, os autores do *Manual de Mediação para a Defensoria Pública* (2014, p. 70) esclarecem que “utiliza-se a expressão “imparcialidade ativa” para fazer referência a:

[...] uma imparcialidade construída de maneira dinâmica, por meio de movimentos de aproximação empática/distanciamento nas intervenções do mediador com os mediandos. Por meio do balanceamento, o mediador equilibra suas intervenções: confere igual tempo de fala aos mediandos, exerce a escuta ativa, legítima e válida os mediandos de maneira equilibrada.

Este é o tema do próximo tópico: a multiparcialidade, segundo os autores do *Manual de Mediação para a Defensoria Pública*, um modelo contemporâneo de resolução de conflitos em que “o mediador ‘toma partido’ de todos os mediandos”.

4 PLURIPARCIALIDADE NOS PROCESSOS DE MEDIAÇÃO JUDICIAL

Conforme vimos, o dever de imparcialidade do mediador tem diversificações na literatura da Psicologia Jurídica, área de especialidade da Psicologia que estuda a compreensão do indivíduo por meio de seu comportamento particular, levando em consideração seus aspectos sociais e históricos, de personalidade e ainda biológicos.

Sabedores de que o devido processo legal tem a missão constitucional de oferecer às partes o contraditório, os mediadores devem estar conscientes de que não fazer justiça com as próprias mãos, mas sim assegurar imparcialidade na condução de diálogos entre os litigantes, de modo que possam encontrar solução consensual para o conflito.

Nesse sentido, os mediadores precisam estar conscientes de que atuam como transformadores sociais, devem ser como os juristas, na concepção de João Batista Herkenhoff (online, 2010), ao conceituar que:

O jurista, que optou pela transformação social, deve ter ouvidos para ouvir os clamores de Justiça do povo. Ter alma e sensibilidade para ler as leis que o povo pressente como justas e quer escrever. Optar por um projeto de mundo fundado na igualdade, que abomine os privilégios e todas as formas de exploração do ser humano. Entrar em relação de comunhão com as classes populares, no rito de um sacerdócio ungido na opção pelos deserdados da lei, pelos órfãos de direito.

Colocar seu saber a serviço dessa causa.

Para Luiz Sérgio Fernandes de Souza (2004, p. 207), “o jurista se utiliza de determinadas falácias, despertando no receptor normativo uma disposição em aceitar certas imposições de sentido da norma, com vistas à obtenção do consenso social”.

Um estudo realizado por Adriana Goulart de Sena Orsini, professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, em coautoria com a professora Nathane Fernandes da Silva, da Universidade Federal de Juiz de Fora (2016), analisou com bastante profundidade a neutralidade, a isenção, a imparcialidade ou equidistância na mediação, passando a analisar a atuação do mediador pautada pela pluriparcialidade.

Ao discorrerem acerca da necessidade de os mediadores terem de “garantir a participação equilibrada dos mediados, que não podem ser simplesmente levados ao acordo, mas devem compreender as implicações e conseqüências de sua participação no processo mediativo”, as autoras se valem de conceitos de “empoderamento na mediação – *empowerment*, de acordo com a mediação estadunidense –, que diz respeito ao incentivo pelo mediador para que os mediados tenham uma compreensão mútua de seus interesses e sentimentos” (ORSINI; SILVA, 2016, p. 16).

Com a citação de diversos autores, Orsini e Silva fazem um apanhado das diferenças doutrinárias acerca dos institutos da imparcialidade, neutralidade e equidistância, em que renomados juristas opinam a respeito de

conceituações diversas. Sobre a neutralidade, resta demonstrada a completa intangibilidade do instituto, haja vista o ser humano simplesmente não ter a capacidade de participar de processo de composição entre particulares, mesmo na qualidade de terceiro, sem deixar que sua visão de mundo interfira na autonomia de vontade das partes.

Sobre a equidistância, Orsini e Silva se valem da teoria de Maria de Nazareth Serpa (1999, p. 242) para esclarecer que tal instituto:

[...] não corresponde a um exercício frio e distante das partes, afastando-se ou se colocando acima do processo de mediação e dos mediados, mas se refere a conferir iguais oportunidades a todos os envolvidos no conflito, de modo a dar voz e vez de forma igualitária aos interessados na solução ou na administração da situação conflituosa (ORSINI; SILVA, 2016, p. 25).

A conclusão a que chegam é ser necessário que “o mediador, pautado pela pluriparcialidade, possa agir fora das amarras da isenção” (ORSINI; SILVA, 2016, p. 27).

Já o *Manual de Mediação da Justiça Federal* (2019), elaborado por Bruno Takahashi, Daldice Maria Santana de Almeida, Daniela Monteiro Gabbay e Maria Cecília de Araujo Asperti, citam Christopher W. Moore (2003, p. 53) destacando que “a imparcialidade não necessariamente significa que o terceiro facilitador esteja separado das pessoas, do conflito ou das questões em que elas estão engajadas. Ele defende que o mais adequado é referir-se a multiparcialidade ou omniparcialidade”.

Ao discorrerem sobre dilemas éticos e desequilíbrio de poder, os autores do referido manual de mediação evidenciam que alguns princípios estão “sujeitos à ponderação”, afirmando haver “duas tendências: ora a maior valorização de distanciamento e de isenção do terceiro facilitador; ora a recomendação para que ele esteja mais próximo e mais atento às necessidades das partes”.

Podemos perceber a preocupação dos autores em diferentes reflexões acerca da autocomposição, inclusive com demonstração de casos concretos, ao ensinarem técnicas avançadas de mediação. Citam Ronit Zamir (2010-2011, p. 492-499) destacando que “a despeito da exigência da imparcialidade, o terceiro facilitador deve formar relações de confiança com as partes”.

Essa reflexão sobre a formação de confiança entre o mediador e as partes envolvidas no conflito levado ao processo de mediação merece ser evidenciada, já que os autores levantam o questionamento a respeito de o mediador atuar “ao mesmo tempo em que deve ser próximo para ter a confiança das partes, não deve pender para nenhum dos lados”, mas sim “estabelecer uma relação de confiança com ambas”.

Ainda utilizando as lições de Zamir, esclarecem que:

[...] a tensão seria derivada de dois conceitos éticos diferentes: a ética da imparcialidade e a ética do cuidado. O primeiro se traduz na exigência de um distanciamento em relação às partes em nome de justiça objetiva, criando a problemática distinção entre o

processo e o conteúdo, impedindo que o terceiro facilitador intervenha no conteúdo da disputa. O segundo representa responsabilidade em relação à parte e preocupação quanto às suas necessidades – o que pode exigir que o terceiro, especialmente se conciliador, intervenha no conteúdo da disputa (TAKAHASHI; ALMEIDA; GABBAY; ASPERTI, 2019, p. 40).

Como se vê, a neutralidade do mediador não é tão absoluta quanto se imagina, conforme mencionam Orsini e Silva (2016, p. 20), ao citarem MenkelMeadow, Love e Schneider (2006), autores que defendem a ideia de que “a existência de uma pessoa neutra, que não possua preferências ou predileções sobre determinada parte ou assunto é duvidosa”.

4.1 Imparcialidade e neutralidade

Para o mediador e planejador de sistemas de administração de disputas norte-americanos Christopher W. Moore, a imparcialidade e a neutralidade são dois institutos que precisam ser criteriosamente avaliados em processos em que a mediação será utilizada para resolver disputas, destacando a necessidade de explorar esses conceitos com maior profundidade.

Ao fazer referência a diversos autores que se debruçaram no estudo de técnicas auto-compositivas, Moore explica que a imparcialidade significa a ação do terceiro elemento na mediação com “ausência de tendenciosidade ou preferência em favor de um ou mais negociadores, de seus interesses ou das soluções específicas que eles estão defendendo” (MOORE, 1998, p. 55). Já no que se refere à neutralidade esse autor conceitua como a atuação do mediador isenta de “relacionamento ou comportamento entre o interventor e os disputantes”, afirmando que mediadores não podem obter qualquer vantagem das negociações ou relacionamento do qual poderiam se beneficiar.

Após esclarecer como diferentes mediadores norte-americanos interferem em litígios em que os valores envolvidos são de grande quantidade de dinheiro e ainda a necessidade de enorme dispêndio de tempo, nos quais os litigantes merecem uma negociação em que haja equidade entre as partes para conseguirem a resolução da disputa de forma mais justa possível, Moore afirma que:

A imparcialidade e a neutralidade não significam que um mediador não possa ter uma opinião pessoal sobre um resultado desejável para uma disputa. Ninguém pode ser inteiramente imparcial. O que a imparcialidade e a neutralidade significam é que os mediadores podem separar suas opiniões pessoais quanto ao resultado da disputa do desempenho de suas funções e se concentrar nas maneiras de ajudar as partes a tomar suas próprias decisões sem favorecer indevidamente uma delas. O último teste da imparcialidade e da neutralidade do mediador está no julgamento dos

disputantes: eles devem perceber que o interventor não é abertamente parcial, mas neutro para aceitar a sua ajuda (MOORE, 1998, p. 56).

Obviamente, o mediador precisa ter a capacidade de analisar e avaliar as situações para interferir no conflito positivamente, orientando os litigantes para que consigam manter comunicação que leve à resolução. Para tanto, o terceiro terá de formular hipóteses por meio da identificação de possíveis causas do desentendimento, a complexidade da disputa e outros fatores que possam capacitar as partes a tomarem suas próprias decisões e, dessa maneira, chegarem a um acordo, a uma solução.

Pode ocorrer um impasse que faça que o mediador tenha de agir mais ativamente, pois, como bem apontado por Moore, “embora o mediador seja imparcial e neutro, isso não significa que não deva trabalhar com as partes sobre questões essenciais para desenvolver uma decisão imparcial e justa” (MOORE, 1998, p. 75).

Um relato bastante apropriado é o da mediadora Ana Luiza Isoldi (online, 2018), que escreveu suas experiências no blog *Mediando por aí*, discorrendo sobre os problemas de desconfiança enfrentados:

Muitas vezes me deparei com a angústia de ter um lado meu recomendando seguir com este rigor a neutralidade, impactando o menos possível, levando pouco de mim e mais da técnica, e outro lado meu mostrando que tinha recursos que poderiam ser úteis e que deveriam ser trazidos àquele contexto para gerar reflexão e clareza. Me parece ingênuo acreditar que o mediador conseguirá, na condução do procedimento, despir-se de sua história, de sua formação, de sua origem, de suas crenças, de seus valores pessoais, de sua visão de mundo, de seu senso de Justiça, de suas ideologias sociais, políticas, econômicas, religiosas. Não é possível libertá-lo de seu inconsciente, de seus registros, de sua memória, de seus desejos, de sua vivência. [...] A influência do mediador é inevitável. É impossível participar de alguma interação humana sem impactar, sem outorgar alguma contribuição própria. É inevitável sentir ressonância nas relações. O mediador também se relaciona, sente, julga, respira, vive. A questão é o que fazemos com tudo isto?

Conforme a lição de Rodolfo Pamplona Filho e Charles Barbosa (2011, p. 261), “a essência do humano que deve buscar o juiz no campo do processo – cuja compreensão constitui condição de qualidade na apreciação da demanda – relaciona-se com a denominada neutralidade subjetiva, consubstanciada no tratamento igual das partes”.

Passemos, então, a verificar a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, continuando a analisar a suposta imparcialidade do mediador.

5 LEI DE MEDIAÇÃO

Poucos meses após o instituto da mediação ter sido introduzido no Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), considerado por muitos juristas como um grande avanço, foi editada a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que, dentre outras várias disposições, em seu art. 2º estabelece os princípios pelos quais a mediação será orientada. O primeiro inciso relaciona que os processos envolvendo particulares utilizando a mediação como meio de solução de controvérsias, incluindo os conflitos no âmbito da administração pública, deverão ser conduzidos com imparcialidade do mediador.

O mediador, conforme os requisitos da Lei de Mediação, deve ser terceiro imparcial sem poder decisório, escolhido ou aceito pelas partes, auxiliando e estimulando o desenvolvimento de soluções consensuais para determinada controvérsia entre particulares envolvendo direitos disponíveis ou direitos indisponíveis, desde que admitam transação.

Mas um dos princípios mais importantes que regem o processo de mediação é a imparcialidade do moderador, uma vez que esse auxiliar da Justiça não deve demonstrar predileção por qualquer das partes, mas sim assegurar isonomia.

O mediador somente deve facilitar o processo com total garantia de autonomia aos particulares em conflito, promovendo resultado imparcial.

O art. 24 da Lei de Mediação dispõe que os “tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de mediação”. Foram criados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc), os quais, em conformidade com o art. 25 da mesma lei, em casos de “mediação judicial os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes”, que serão “assistidas por advogados ou defensores públicos”, nos processos de mediação que deverão ser concluídos “em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação” (arts. 26 e 28).

A lei sob análise determina ainda que “A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas” (art. 5º, par. único).

Entretanto, como sabemos, nem todos cumprem rigidamente com os preceitos da legislação, problemática que pode levar a acordos firmados com interferência indevida do mediador. Por isso, um dos possíveis meios de impedir a parcialidade do terceiro que atua em processos auto compositivos é a remuneração ser justa e adequada.

A Lei de Mediação, em seu art. 13, dispõe que “A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes”, sendo assegurada a gratuidade da mediação aos necessitados (art. 4º, §2º).

A negação da cooperação geralmente ocasiona conflitos entre particulares. Assim, pode haver cláusula contratual com previsão de mediação, estabelecendo os critérios de escolha do mediador (art. 22, III). Contudo, “a

outra parte não ficará obrigada a aceitar qualquer dos nomes da lista”, segundo explica Cahali (2015, p. 108).

Os auxiliares da Justiça que atuam como terceiros nesse método inovador alternativo de resolução de conflitos que é a mediação têm sua remuneração regulada pela Resolução n. 271/2018, do CNJ. Contudo, mesmo pessoas bem remuneradas podem deixar de cumprir suas tarefas com a integralidade que se espera.

Portanto, na busca do consenso entre particulares em conflito o dever de imparcialidade do mediador precisa ser um mandamento, especialmente nos momentos em que esclareça às partes sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas que trarão consequências pelas decisões que tomarão ao longo de todo o processo de mediação.

Conforme ressaltou Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de Carvalho no artigo em que discorre sobre os princípios que sustentam a construção da democracia, é preciso dar maior “relevância à necessidade de tornar os cidadãos conscientes do seu poder para resolverem os seus conflitos através do diálogo produtivo, construindo pontes que edificam relações cooperativas entre os membros da comunidade, abrindo novos caminhos para uma positiva transformação sociocultural” (CARVALHO, s.d., p. 4).

6 CONCLUSÃO

Após termos visto um breve histórico do dever de imparcialidade e ainda passarmos pela análise da positivação dos meios alternativos de resolução de conflitos no Código de Processo Civil de 2015, passamos a averiguar os princípios que regem a mediação e a possibilidade de haver uma suposta parcialidade dos terceiros escolhidos pelas partes em demandas judiciais que podem ser solucionadas por métodos autocompositivos.

A associação de ideias de experientes mediadores e juristas, tão bem como a averiguação do ordenamento jurídico pertinente ao tema, foram trazidas ao debate para permitir a análise da possível atuação parcial do mediador judicial. Conforme ressaltado neste artigo, não se pretendeu esgotar o assunto, mas sim levantar hipóteses para uma reflexão que possa trazer luz às técnicas autocompositivas, especialmente na chamada pluriparcialidade e na mediação ativa.

Como demonstrado na introdução, este trabalho não tem viés conclusivo, mas foi idealizado como forma de trazer à discussão o tema da imparcialidade necessária para haver equidade nos acordos entre litigantes que optem pela mediação como forma de resolução de conflitos.

A discussão se faz necessária em razão de o papel do mediador ser de conduzir negociações, sem influenciar. Todavia, existe a possibilidade de haver interferência indevida, causada pelos mais diversos fatores, na autonomia de vontade das partes. Afinal, lembrando Menkel-Meadow, Love e Schneider (2006), “a existência de uma pessoa neutra, que não possua preferências ou predileções sobre determinada parte ou assunto é duvidosa”.

Espera-se de todos os operadores do Direito o engajamento no debate sobre a possibilidade de intervenção, no mínimo, antiética da parte de alguns mediadores, de modo que o poder econômico ou as relações interpessoais entre litigantes e auxiliares da Justiça não sejam vistos como interferência indevida na aplicação de métodos de resolução

pacífica de conflitos. Afinal, a autocomposição também é medida promotora de paz social.

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, apud Rosenblatt, Ana; KIRCHNER, Felipe; BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; CAVALCANTI, Ricardo Russel Brandão. Curso de mediação para Defensoria Pública. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

ALMEIDA, Tania. Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2014, apud TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

BÍBLIA SAGRADA. Almeida Revista e Corrigida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2009. Disponível em: <https://www.sbb.org.br/a-bibliasagrada/as-traducoes-da-sbb/almeida-revista-e-corrigida/>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BIEDERMANN, Hans. Cegueira. In: BIEDERMANN, Hans. Dicionário ilustrado de símbolos com mais de 700 ilustrações. São Paulo: Melhoramentos, 1994.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2020.

BRASIL. Decreto- Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. Código de Ética da Magistratura Nacional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-damagistratura>. Acesso em: 4 mai. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS – MPDFT. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 5. ed. Brasília: MPDFT, 2016.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CALMON, Petronio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CARVALHO, Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda Paes de. Mediação Comunitária: Um Caminho para a práxis cidadã e democrática? Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/mediacao.comunitaria.caminho.para.a.praxis.cidadada.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Salvador: Juspodivm, 2019.

FISS, Owen M. The history of anidea. Symposium Against settlement: twenty-five years later. *Fordham Law Review*, v. 78, n. 1273, dezembro 2009, apud SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de Oliveira (Org.). Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas. Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

HERKENHOFF, João Baptista. Juizes e juristas neutros? 5 fev. 2010. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2078415/juizes-e-juristasneutros-joao-baptista-herkenhoff>. Acesso em: 16 mai. 2020.

ISOLDI, Ana Luiza. Mediação com profundidade: como aprendi a lidar com a imparcialidade e a neutralidade. 10 dez. 2018. Mediando por aí. Disponível em:

<https://www.mediandoporai.com/single-post/2018/10/12/Media%C3%A7%C3%A3o-com-profundidade-como-aprendi-a-lidar-com-a-imparcialidade-e-a-neutralidade>. Acesso em: 20 mai. 2020.

MENKEL-MEADOW, Carrie; LOVE, Lela Porter; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. *Mediation: practice, policy and ethics*. New York City: Aspen

98 Publishers, 2006 apud ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 19, p.13-32, jul./dez. 2016.

MOORE, Christopher W. *O processo de medição: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed., Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: Editora Artmed. 1998.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 19, p.13-32, jul./dez. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; BARBOSA, Charles. Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 249-273, jul./set. 2011.

PINTO, Marcelo. A porta da Justiça se ampliou, mas falta alargar o corredor. *Conjur*. 4 maio 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mai-04/entrevista-tania-almeida-consultora-mediacao-conflitos>. Acesso em: 15 mai. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. apud ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. A pluriparcialidade como novo elemento da mediação: repensando a atuação do mediador a partir das noções de neutralidade, imparcialidade e equidistância. In: *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 14, n. 19, p.13-32, jul./dez. 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de; Igor Lima Goettenauer de Oliveira (Org.). *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*.

Brasília, DF: Fundação Universidade de Brasília, 2014.

SOUZA, Luiz Sérgio Fernandes de. *O papel da ideologia no preenchimento das lacunas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio. De 458 a.C. a 2018 d.C.: da derrota da vingança à vitória da moral! *Consultor Jurídico*. 25 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-25/senso-incomum-458-ac-2018-dc-derrota-vingancavitoria-moral>. Acesso em: 22 mai. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Símbolos da Justiça*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaSimboloJustica&pagina=initial>. Acesso em: 4 mai. 2020.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Lide sociológica*. Glossário do Centro de Mediadores Instituto de Ensino. Disponível em: <https://www.centromediadores.com/glossario/lide-sociologica/>. Acesso em: 14 mai. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses*. In: PELUSO, Antônio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. São Paulo: Forense, 2011.

ZAMIR, Ronit. The disempowering relationship between mediator neutrality and judicial impartiality: toward a new mediation ethic. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Malibu, v. 11, p. 467-517, 2010-2011, apud TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Daldice Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. *Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 20

O DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR JUDICIAL PARA O ALCANCE DO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16

THE JUDICIAL MEDIATOR'S DUTY OF IMPARTIALITY TO ACHIEVE THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVE 16

Mariane Yuri Shiohara Lübke¹, Viviane Duarte Couto de Cristo², Eleonora
Laurindo de Souza Netto³, Fernanda Schuhli Bourges⁴

O presente artigo tem como objetivo estabelecer possíveis pontos de conexão entre o dever de imparcialidade do mediador judicial e o alcance do objetivo do desenvolvimento sustentável 16, que versa sobre “Paz, Justiça e Instituições Eficazes”. Seja como auxiliar da justiça ou servidor público, o mediador se submete ao cumprimento dos princípios da administração previstos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como ao Código de Ética estabelecido na Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça. O dever de imparcialidade do mediador é pressuposto fundamental para que o processo seja guiado pelos princípios da impessoalidade e isonomia, prevalecendo a solução obtida a partir do entendimento dos mediados e não de eventuais sugestões/direcionamentos do mediador. A construção de soluções consensuais nos moldes propostos cria um ambiente favorável para estabelecimento de uma cultura de paz no âmbito de uma sociedade inclusiva, com instituições eficazes que assegurem o acesso à justiça a toda sociedade.

Palavras chave: Imparcialidade. Mediação judicial. Mediador. ODS 16.

This article aims to establish possible points of connection between the duty of impartiality of the judicial mediator and the achievement of the objective of sustainable development 16, which deals with “Peace, Justice and Effective Institutions”. Whether as an assistant to the justice or a public servant, the mediator submits to compliance with the principles of administration provided for in art. 37 of the 1988 Federal Constitution, as well as the Code of Ethics established in Resolution no. 125, of November 29, 2010 of the National Council of Justice. The mediator’s duty of impartiality is a fundamental prerequisite for the process to be guided by the principles of impersonality and isonomy, the solution obtained from the understanding of the mediated ones prevailing and not of any mediator’s suggestions / directions. The construction of consensual solutions along the lines proposed creates a favorable environment for establishing a culture of peace within an inclusive society, with effective institutions that ensure access to justice for the whole society.

Keywords: Impartiality. Judicial mediation. Mediator. ODS 16.

¹ Mariane Y. Shiohara Lübke é advogada, sócia de Shiohara Lübke sociedade de advogados e professora. Doutoranda e mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em direito econômico e socioambiental. Vice-presidente da Comissão de Gestão Pública e Transparência da OAB-PR, com endereço de e-mail: marishio@hotmail.com.

² Viviane Duarte Couto de Cristo é Mediadora com formação pelo NUPEMEC-ESEJE (TJPR). Advogada, sócia de Duarte, Cristo Advogados e Associados. Professora e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Nacional de Educação e Ensino Superior do Paraná - FANEESP. Mestre em Direito empresarial e cidadania pelo UNICURITIBA. Especialista em Administração Pública pelo UNIBRASIL, com endereço de e-mail: viviane@duartecristo.adv.br.

³ Mestre em Direito Penal e Política Criminal pela Université Paris Panthéon-Sorbonne. Professora da FESP, UNIP e EMAP.

⁴ Fernanda Schuhli Bourges é advogada, com formação em mediação judicial pela ESA-OAB/PR-NUPEMEC (TJPR). Professora. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e doutoranda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), com estágio de pesquisa na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, com endereço de e-mail: fernanda@bourges.adv.br

1 INTRODUÇÃO

Em um cenário que exigia uma estratégia para a redução da judicialização dos litígios, com vistas a atender o direito de acesso à justiça aliado à eficiência operacional do sistema de prestação jurisdicional brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), expediu a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, onde definiu uma Política Nacional de gestão adequada dos conflitos de interesse, reconhecendo a conciliação e a mediação como instrumentos para a pacificação social. Dessa iniciativa, seguiram a inclusão da obrigatoriedade de audiência de mediação e conciliação prévia na atualização do Código de Processo Civil (CPC) em 2015, assim como, no mesmo ano a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, estabeleceu regras e princípios aplicáveis à mediação judicial e extrajudicial.

O tema relativamente novo suscita e justifica produções acadêmicas que façam conexões com a realidade e busquem a solução de problemas enfrentados pelos operadores do direito. Neste sentido, o objetivo da presente pesquisa é de analisar em que medida a imparcialidade do mediador pode auxiliar no cumprimento do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 16 (ODS 16) da Organização das Nações Unidas (ONU), mediante revisão bibliográfica e análise normativa, pelo método dedutivo.

Na construção do trabalho, inicialmente será abordado o ODS 16, que propõe, dentre outros aspectos, aos países que aderiram à Agenda 2030 da ONU, “proporcionar o acesso à justiça para todos” a partir de instituições inclusivas em todos os níveis. Os métodos consensuais de resolução de conflitos, instituídos pela legislação brasileira antes mesmo da adesão do Brasil aos objetivos do desenvolvimento sustentável demonstram o alinhamento do país a uma interpretação multidisciplinar do termo “sustentabilidade”, que comporta uma dimensão ético-jurídica.

Em seguida, faz-se necessária uma breve incursão sobre a mediação como método adequado de solução de conflitos, em oposição ao sistema adversarial que regia o CPC de 1973. A partir do panorama geral traçado, adentra-se à análise da figura do mediador, seu papel na condução do processo de mediação, ressaltando-se, especificamente, o dever de imparcialidade na sua atuação, com vistas à identificação de possíveis pontos convergentes com o compromisso assumido no ODS 16.

2 A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONSECUÇÃO DO OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 16

Em breves palavras, a Agenda 2030 da ONU expressa o compromisso dos países aderentes, incluindo-se o Brasil, em cumprir 17 (dezessete) objetivos do desenvolvimento sustentável, divididos em 169 (cento e sessenta e nove) metas, consubstanciadas em ações tendentes a pôr o mundo em um caminho sustentável. Tais objetivos podem ser divididos em 4 (quatro) grandes áreas/dimensões: social, ambiental, econômica e institucional, em um esforço conjunto entre Estados, entidades públicas e privadas e a sociedade.

A base de uma agenda global como a Agenda 2030 e os respectivos objetivos do desenvolvimento sustentável é o direito fraterno, ou seja, que os povos assumam

compromissos uns com os outros, “no sentido de uma humanidade mais humana” (MARTINI e WALDMAN, 2018, p. 208), com respeito ao semelhante e a natureza. “Não deixar ninguém para trás” é o lema dos objetivos do desenvolvimento sustentável.

Muito embora, a primeira vista, o termo “desenvolvimento sustentável” traga à mente questões relativas ao meio ambiente, é oportuno analisá-lo a partir de uma visão multidimensional: jurídico-política, ética, social, econômica e ambiental (FREITAS, 2019, p. 51-59). Até porque o desenvolvimento não se encerra no crescimento econômico, pois extrapola a multiplicação da riqueza material e abrange a necessidade de se perseguir uma “vida melhor” (SACHS, 2008, p. 15-16). Em termos constitucionais, o desenvolvimento sustentável se traduz, exemplificativamente, na garantia de fruição da cidadania, dignidade da pessoa humana, na redução de desigualdades sociais, na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza e marginalização onde se promova o bem estar de todos (preâmbulo e arts. 1º e 3º da Constituição Federal de 1988), para além dos aspectos econômicos e ambientais.

Relativamente aos Estados, os objetivos do desenvolvimento sustentável tem o dever de orientar a formulação de políticas públicas, fazendo com que todos os países aderentes à Agenda 2030 possuam um alinhamento de condutas tendentes ao alcance da sustentabilidade a nível global, dentro de suas próprias realidades e capacidades de desenvolvimento. Interessante ressaltar que o Estado do Paraná, a partir da Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2019, tem incluído dispositivos que vinculam a aplicação de recursos públicos a áreas pertinentes aos objetivos do desenvolvimento sustentável (Leis estaduais n. 19.593, de 12 de julho de 2018; n. 19.883, de 09 de julho de 2019 e n. 20.431, de 13 de dezembro de 2020).

A partir dessa constatação, Freitas (2019, p. 111) chama a atenção para a necessidade de reconstrução do Direito Administrativo e do Direito Público em geral, a partir de “políticas do Estado sustentável, em lugar das pautas discricionárias soltas”.

Nessa linha de pensamento, justamente revelando a amplitude do conteúdo do desenvolvimento sustentável a ser efetivado pelos Estados, o ODS 16 – Paz, Justiça e Instituições Eficazes -, apregoa o compromisso de

“Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis” (ONU, 2015).

A meta 16.3 estabelece a necessidade de: “Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos” (ONU, 2015). Internalizando essa meta, o Brasil adaptou para o fim de “Fortalecer o Estado de Direito e garantir acesso à justiça a todos, especialmente aos que se encontram em situação de vulnerabilidade” (BRASIL, 2015).

Existem conceitos fundamentais para se fazer a correlação da meta 16.3 ao tema da mediação: o de “Estado

de Direito”, o de “acesso à justiça”, além do dever de “promover sociedades pacíficas” contido no ODS 16. O Estado de Direito nos remete à ideia de submissão à Lei (em sentido *lato*) emanada da autoridade competente (Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, órgãos públicos, etc) por todas as pessoas, instituições públicas e privadas e o próprio Estado; ao passo que a ideia de acesso à justiça, na lição clássica de Cappelletti (1988, p. 8), tem a dupla finalidade de que o sistema estatal de resolução de conflitos seja acessível a todos e que produzam resultados individual e socialmente justos, ambos voltados à pacificação social.

Desta forma, a meta 16.3 brasileira reconhece a grande assimetria existente nas questões relacionadas ao acesso à justiça *supra* mencionadas, ressaltando especialmente o dever do Estado brasileiro em garantir tal acesso aos que se encontram em situação de vulnerabilidade, denotando-se a dimensão ética e social da sustentabilidade apregoada pela Agenda 2030.

Assim, o instituto da mediação judicial, objeto do presente artigo, pode ser contemplado como um instrumento instituído pelo Estado a fim de assegurar alternativas consensuais de resolução de conflitos, de um modo cooperativo, a partir de uma solução construída entre as partes, contemplando, igualmente, a meta 16.7 do ODS 16, no tocante a necessidade de garantir a tomada de decisão inclusiva e participativa.

O instituto da mediação privilegia o diálogo tecnicamente orientado e imparcial conduzido pelo mediador ao invés de os tradicionais métodos adversariais, sujeitos ao duplo grau de jurisdição e ao longo *iter* processual até a resolução final do caso posto à apreciação do Poder Judiciário na via contenciosa. Ainda sob a perspectiva do acesso à justiça, a mediação se mostra eficaz na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988), na medida em que as soluções consensuais dificilmente serão objeto de recurso por uma das partes, e tendem a ser cumpridas com maior voluntariedade na medida em que foram produto da construção das próprias partes.

Na vanguarda da Agenda 2030 da ONU, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, que tem como um dos objetivos estabelecer uma política pública uniforme e contínua aplicável a todos os segmentos da Justiça, apta a incentivar e aperfeiçoar os mecanismos consensuais de resolução de conflitos, visando reduzir a judicialização dos mesmos e a sobrecarga dos tribunais.

Posteriormente, o CPC trouxe como diretriz fundamental processual a consensualidade, estabelecendo o dever do Estado promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos (art. 3º, §3º). O CPC previu, ainda, a criação, pelos Tribunais, de centros de solução consensual de conflitos cujo objetivo é a realização de audiências de conciliação e mediação (arts. 165 e 175). A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos foi, ainda, reforçada pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispôs sobre a mediação entre particulares e na administração pública.

Nota-se, portanto, que a mediação enquanto instrumento de solução consensual de conflitos não atende exclusivamente às exigências impostas pela legislação

nacional - Constituição Federal de 1988, que apregoa direitos e garantias atinentes à inafastabilidade da jurisdição, ao devido processo legal, à duração razoável do processo; leis infraconstitucionais como o CPC e a Lei n. 13.140/2015, e nos atos administrativos do CNJ – inserindo-se no contexto de ações globais uniformes adotadas por um conjunto de países liderados pela ONU, com vistas ao atingimento do desenvolvimento sustentável em termos multidimensionais, a partir dos 17 objetivos do desenvolvimento sustentável a serem alcançados até o ano de 2030.

3 A MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO MÉTODO ADEQUADO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante dos marcos legais definidos, a mediação passou a ocupar local de destaque nas discussões jurídicas. A efetivação de direitos e garantias constitucionais como o acesso à justiça (art. 5º, XXXV) e a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), traz em si a ideia de que o Poder Judiciário deve proporcionar a entrega de uma prestação jurisdicional efetiva não só pelos meios tradicionais de resolução de conflitos, mas também pela sistematização de alternativas consensuais. Destaca-se, também, a necessidade de uma abordagem mais humanizada na solução dos conflitos, seja judicial ou extrajudicialmente em face do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o CNJ privilegiou o desenvolvimento da mediação judicial na gestão dos conflitos por meio dos CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), seja em processos em andamento ou em fase pré-processual, com a possibilidade de atuação de membros do Ministério Público, defensores públicos, procuradores e/ou advogados (art. 11 da Resolução CNJ 125/2010), além das partes e mediadores.

No âmbito judicial, considera-se um avanço a obrigatoriedade de realização de audiência de mediação ou conciliação na fase inicial do processo cível, antes da contestação, oportunizando às partes a possibilidade de colocarem fim ao litígio recém nascido. A exigência, contida no Art. 334 do CPC, somente pode ser elidida se as duas partes a rejeitarem expressamente, ou quando o litígio não admitir autocomposição. Tal medida elenca, por via de consequência, as soluções consensuais como mais adequadas, pois passam a ser a primeira opção para a resolução da demanda levada ao Poder Judiciário.

Cabe destacar, porém, que tal obrigatoriedade não está em participar da sessão ou mesmo em realizar o acordo, mas no comparecimento, uma vez que a liberdade e autonomia das partes são pressupostos da mediação. Neste sentido ressaltava Lorencini (2019, p. 59):

“Esta obrigatoriedade nem sempre é bem compreendida, pois se confunde a tentativa obrigatória de mediação (ou conciliação com a obrigatoriedade de as partes se conciliarem. Por pressupor um ato livre de vontade das partes, conciliar ou obter êxito em uma mediação está fora do alcance de qualquer pessoa ou ente, se não das próprias partes do conflito. Coisa diversa é um programa ou tribunal prever obrigatoriamente a tentativa de conciliação ou

mediação, isto é, trabalhar na mudança da mentalidade difundindo a cultura da mediação.”

O modelo adotado pelo CPC de 2015 rompe com o “sistema adversarial” do CPC de 1973, ao estabelecer no procedimento comum, a mediação como fase inicial, à exceção de determinadas situações legalmente previstas (CAHALI, 2018, p. 81). Prima, portanto, a norma processualística vigente, pela cultura da desjudicialização, a ser internalizada não somente pelas partes envolvidas no litígio, mas também pelos próprios procuradores constituídos, cuja formação jurídica provavelmente foi impregnada pelos métodos adversariais.

Assim, mostra-se essencial a democratização e a expansão de informações sobre a mediação, igualmente quanto ao fato de não estar restrita ao âmbito judicial. Ao contrário, esse instituto ganha cada vez mais adesão no campo privado, desafogando o Poder Judiciário, na medida em que a apreciação dos conflitos que tratem de direitos disponíveis pode ser deferida a outras instâncias não jurisdicionais.

Destarte, para se fomentar a utilização de meios consensuais em disputas que versem sobre direitos disponíveis, o CNJ não exige prévio cadastramento das Câmaras Privadas que desenvolverem mediação pré-processual, no Tribunal respectivo, ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, mas somente quando realizarem sessões de mediação ou conciliação incidentes a processos judiciais (Art. 12- C e parágrafo único da Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010 do CNJ).

Apesar do recorte metodológico deste artigo estar adstrito à mediação judicial, é importante explicitar, ainda, que o instituto da mediação, em dimensão, é bem mais amplo, envolvendo a pacificação de conflitos ainda que “não tenham a perspectiva de chegar às portas do Judiciário, como por exemplo, quando se fala em justiça restaurativa ou mediação escolar” (CAHALI, 2018, p. 107).

Nesse sentido, o CNJ baixou a Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016 que “Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”, instituindo a figura do “facilitador restaurativo”, apto a desenvolver práticas restaurativas a partir da aplicação de técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos (art. 1º, II, da Resolução CNJ 225/2016). Cita-se, ainda, iniciativas em mediação comunitária como o programa “Pacificar é divino”, que é apoiado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, mas desenvolvido por entidades religiosas (PARANÁ, 2017).

3.1 O Mediador judicial

A mediação em si, como método para a solução de conflitos, é definida pela Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, como

“atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

O processo de mediação deve ser conduzido sob os princípios estabelecidos pelo art. 2º da Lei n. 13.140/2015

(imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé). O mediador, seja na qualidade de servidor público (art. 167, §6º do CPC) ou de agente honorífico - auxiliar da justiça (art. 167, §§ 1º e 2º do CPC), se sujeita à observância dos princípios da administração: legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade e eficiência.

Especificamente em relação ao princípio da impessoalidade, que guarda íntima relação com o dever de imparcialidade do mediador, verifica-se que se aproxima do princípio da igualdade ou isonomia, pois veda que a Administração dispense tratamento pessoal ou não isonômico aos particulares (OLIVEIRA, 2011, p. 95). Assim, o mediador, no exercício de seu mister, deve tratar as partes envolvidas no litígio de maneira isonômica, não atuando de maneira a privilegiar ou prejudicar nenhuma das partes.

O mediador deve obedecer ainda ao Código de Ética contido no Anexo III da Resolução CNJ 125/2010 que, além de detalhar sobre as responsabilidades e sanções a ele aplicáveis, elenca as regras que regem o procedimento de mediação (informação; autonomia da vontade; ausência de obrigação de resultado; desvinculação da profissão de origem; e compreensão quanto à conciliação e mediação). No mesmo Anexo, em seu art. 1º, estão ainda dispostos os princípios que devem nortear a atuação do mediador: a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a independência e autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação.

Todos os princípios são essenciais para que a mediação transcorra adequadamente. A confidencialidade, por exemplo, diz respeito ao conteúdo tratado na sessão. Possibilita que os presentes fiquem mais à vontade para conversarem abertamente (dentro da informalidade indicada tanto pelo CPC quanto pela Lei da Mediação como princípio), facilitando o diálogo. Este manto de sigilo envolve a impossibilidade das informações trazidas na mediação serem apresentadas a terceiros ou utilizadas como prova em processo, à exceção das hipóteses legais contidas no art. 30 da Lei de Mediação, sendo, portanto, incabível a realização de gravações (exceto da leitura da ata para colheita da concordância dos presentes quando se tratar de sessão virtual).

Por sua vez, o princípio da informalidade, insito aos meios consensuais de resolução de conflitos, denota a ausência de regras e procedimentos fixos como os previstos no CPC. Excepciona, por exemplo, a solenidade das audiências judiciais, onde as partes, por vezes, sentem-se “intimidadas” pelas formalidades prescritas para a realização do ato. A informalidade, ainda, caminha na contramão da burocracia (em seu sentido pejorativo), na medida em que é uma tentativa de imprimir celeridade na resolução dos conflitos judiciais por meio do estabelecimento de uma solução consensual entre as partes.

O mediador possui liberdade na forma de condução da sessão, limitado-se apenas por balizas legais, principiológicas e éticas, conforme explicitam Salles e Faza (2019, p. 88):

“Os mediadores devidamente capacitados e treinados devem ser livres para construir sua abordagem dependendo de cada caso concreto, e desde que respeitem a autonomia das partes, o código de ética, a ordem pública e as normas pertinentes. Há de haver estímulos à autocomposição com qualidade e tratamento humanizado das partes e do próprio conflito, sem estancar a prática a teorias e modelos inspirados em escolas estrangeiras.”

A habilitação e capacitação do mediador para desenvolver sua função se coaduna ao princípio da competência. O mediador, deve ser previamente capacitado para mediação judicial, com formação obrigatória composta de curso teórico de no mínimo 40 horas e estágio supervisionado de pelo menos 60 horas, além de aperfeiçoamento permanente. As Diretrizes curriculares para a formação e o aperfeiçoamento são de responsabilidade do CNJ (CNJ, 2010). Ademais, o mediador precisa ter formação em curso superior há pelo menos dois anos.

A capacidade do mediador envolve certa complexidade e conhecimento de diversas áreas, por isso, ao mediador cabe atuar se estiver com convicção das qualidades requeridas, sendo mister que decline desta posição se não se sentir apto (CAHALI, 2018, p. 100).

Contudo, o que se objetiva neste estudo é demonstrar que, ainda que devidamente capacitado e com as habilidades e competências necessárias, se o mediador não agir com imparcialidade não será possível a criação de ambiente adequado em que impere a confiança necessária para se desenrolar a mediação, prejudicando-se, assim, o acesso à justiça e a difusão da cultura da pacificação.

O dever de imparcialidade do mediador se relaciona, portanto, ao não julgamento, ao estabelecimento de confiança dos participantes e à efetivação da autonomia da vontade dos mediados na construção de suas próprias soluções, com relação direta ao acesso à justiça e ao próprio ODS 16.

4 O DEVER DE IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR JUDICIAL PARA O ALCANCE DO ODS 16

Embora exista pequena dissonância entre alguns princípios elencados para a mediação judicial na Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação), no CPC e na Resolução CNJ 125/2010, a imparcialidade é mencionada em todos esses dispositivos legais. Na Lei da Mediação, o princípio da “imparcialidade do mediador” está previsto no art. 2º, inciso I; na Resolução CNJ 125/2010 é especificado no art. 1º, IV do Anexo III como um princípio que rege a atuação dos mediadores e conciliadores; e no CPC (Art. 166) há referência a este princípio para a mediação e conciliação de forma genérica.

É, portanto um princípio aplicado ao mediador, ou seja, existindo elementos objetivos ou subjetivos que possam retirar sua imparcialidade na condução do processo de autocomposição entre as partes, ele deve ser afastado, sendo que a este aplicam-se as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz (art. 5º, *caput* da Lei n. 13.140/2015).

As causas de impedimento são relacionadas taxativamente no Art. 144 do CPC quando: tiver sido mandatário da parte, perito, atuado como representante do Ministério Público ou funcionado como testemunha (inciso I); tenha decidido em grau de jurisdição diverso (inciso II); postular como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e ainda seu cônjuge ou companheiro (inciso III); ele mesmo for parte no processo ou ainda for parte parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, ou seu cônjuge ou companheiro (inciso IV); for sócio ou integrante de administração ou de direção de pessoa jurídica que for parte no processo (inciso V); for herdeiro legal, favorecido em doação ou empregador de uma das partes (inciso VI); fizer parte instituição de ensino com vínculo empregatício ou mediante contrato de prestação de serviços (inciso VII); atuar como parte cliente do escritório de advocacia de parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, ou de seu cônjuge ou companheiro, ainda que patrocinado por advogado de outro escritório (inciso VIII); mover processo judicial em face da parte ou de seu advogado.

São motivos para a suspeição, expostas no Art. 145 do CPC: a amizade íntima ou inimizade com a parte ou advogado (inciso I); o recebimento de presentes daqueles com interesse na causa ainda que antes do processo começar, aconselhar uma das partes sobre o objeto em litígio ou garantir meios para as despesas da causa (inciso II); quando uma das partes for sua credora ou devedora, alcançando ainda seus parentes em linha reta até o terceiro grau, bem como seu cônjuge ou companheiro (inciso III); e por fim, se tiver interesse no julgamento do litígio (inciso IV).

As hipóteses de suspeição, tratadas no Art. 145 do CPC, não são únicas, uma vez que o próprio juiz, e por via de consequência o mediador, podem se declarar suspeitos por motivo de foro íntimo, sem esclarecer seus motivos (§1º). Esta medida pode ser aplicada mais fortemente ao mediador que, ao não se sentir confortável em atuar em determinado processo, pode pedir imediata substituição. Um exemplo seria quando os fatos trazidos para discussão remetem a assunto com conexão de experiências particulares que não permitem ao mediador agir com equilíbrio durante a sessão, e somente ele pode perceber e decidir a respeito, eis a necessidade de autoconhecimento.

Cabe destacar que os efeitos do impedimento ou suspeição do juiz para o mediador são diferentes, uma vez que o mediador não julga, não maculando a produção de provas ou a decisão final. Ele ainda atua de forma pontual em uma ou algumas sessões, e, em razão da voluntariedade, as partes tem liberdade de não participar da audiência, além de terem autonomia para firmar ou não a transação. Ademais, não parece que haveria prejuízo para as partes, a não ser a perda de uma oportunidade em colocar fim ao litígio, que continuaria possível (inclusive em segundo grau de jurisdição), com a realização de nova sessão, com outro mediador não suspeito ou impedido.

É, todavia, dever do mediador, antes de aceitar a função, informar as partes sobre qualquer fato ou circunstância que possa colocar em dúvida sua imparcialidade, cabendo aos mediados decidirem se aceitam ou recusam aquele que foi designado (art. 5º, parágrafo único

da Lei n. 13.140/2015). O mediador fica igualmente impedido de prestar qualquer serviço profissional aos envolvidos em processo de mediação sob sua condução (art. 7º do Anexo III da Resolução CNJ 152/2010).

O mediador, como não tem o papel de emitir decisão, não lhe cabe julgar ou se posicionar tal como o juiz ou a comissão de sindicância/processo administrativo tem o dever de atuar no processo judicial ou administrativo. Pelo contrário, o mediador deve atuar se não estiver impedido, suspeito, ou desconfortável, se manter imparcial e equidistante das partes, tratando-as de forma isonômica, razão pela qual sua atuação deve se pautar pela

“...ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente” (art. 1º, IV, da Resolução n. 125/2010 do CNJ).

Frise-se que o mediador, na condução do processo de mediação, deve se manter equidistante dos participantes, para que suas intervenções não sejam maculadas por expectativas, preconceitos ou outros elementos que caracterizem favorecimento ou parcialidade (BRAGA, 2019, p. 102-103). Neste sentido, a finalidade da mediação não pode ser o acordo a qualquer custo, como uma expectativa prévia do mediador a ser atendida, cabendo-lhe o papel de facilitar um processo de diálogo. É por esta razão que o art. 2º, inciso III do Código de Ética contido no Anexo III da Resolução CNJ 125/2010 indica como regra para a mediação a

“Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.”

A imparcialidade também impede que o mediador faça julgamentos ou aponte soluções que entenda cabíveis no seu modo de discernir ou baseadas na sua vivência e experiência (o que é possível na conciliação), uma vez que o protagonismo é dos mediados, que tem autodeterminação para a construção de suas soluções, quando possível. Neste sentido Braga (2019, p. 104) defende que

“No momento em que são identificados os temas, as mudanças ou não de cada mediando, deverão valer as referências pessoais de cada um dos participantes, e não as do mediador. O mediador, portanto, deve deixar de lado quesitos pessoais que possam direcionar os mediados para determinadas soluções, mantendo atenção permanente à sua isenção.”

Esta isenção a ser alcançada está relacionada à imparcialidade, mas não pode ser confundida com neutralidade. Para Zapparoli (2019, p. 109) é natural a ausência de neutralidade do mediador, todavia lhe são necessárias isenção e equidistância durante todo o tempo. Este essencial distanciamento se refere à necessidade do mediador em não se envolver emocionalmente com determinada pessoa ou situação narrada, o que traz natural e equivocado

direcionamento a uma solução que considere justa, no seu modo de entender.

Ou seja, a condução do processo de mediação não pode, por exemplo, tomar como pressuposto experiências pessoais e processos anteriores, pois cada conflito levado à tentativa de resolução consensual é único, razão pela qual a solução adequada só poderá ser obtida a partir de uma construção das próprias partes envolvidas.

Quando o mediador atua de forma imparcial, os participantes tendem a se sentir acolhidos e valorizados, e pode se estabelecer uma relação equilibrada com ampliação da possibilidade de empoderamento das partes (ou fortalecimento), que é também um dos objetivos trazidos pela Resolução CNJ 125/2010.

O empoderamento é o dever de “estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição”, conforme expresso no Código de Ética dos Conciliadores e mediadores Judiciais, Anexo III da Resolução CNJ 125/2010.

Trazido à discussão, o empoderamento é um elemento importante para a cultura da pacificação que se pretende formar. Para Meira e Rodrigues:

“o princípio do empoderamento estabelece que a mediação deve ser uma oportunidade do mediador demonstrar às partes a) que é possível resolver conflitos futuros de forma consensual, b) como é possível resolvê-los e, principalmente, c) que é possível resolvê-los sem o auxílio do judiciário”.

Em sentido contrário, não há possibilidade de empoderar ou fortalecer as pessoas em conflito se uma solução é imposta, ou mesmo indicada por terceiro, especialmente se um dos lados se sente enfraquecido diante do outro em razão da postura parcial do mediador.

A validação e confiança são competências que o mediador deve exercer a fim de demonstrar que os mediados podem resolver seus conflitos por si só, a partir da exposição de suas opiniões em um ambiente imparcial, livre de julgamentos, merecendo todo respeito e atenção no processo ao qual se submeteram. Para Warat (2004, p. 80) a opinião da pessoa está diretamente relacionada ao exercício da cidadania, e à possibilidade de ela ter voz, opinar e decidir por suas próprias escolhas.

Neste sentido o modelo de mediação transformativa muito bem se amolda a esse aspecto, uma vez que, para esta escola, o mediador busca incentivar um diálogo diferente, levando em consideração a capacidade dos participantes em modificar suas interações e reflexões, o que pode ensejar mudanças de percepção em relação ao conflito e até à própria relação (BRAGA, 2019, p. 89).

Portanto, ao agir verdadeiramente com imparcialidade, sem tender aos interesses individuais de nenhum dos envolvidos, o mediador oportuniza o ambiente ideal para que, sendo a vontade das partes, possam resolver seus conflitos e modificar sua relação futura. Por consequência, o sucesso da mediação valida toda uma política pública (Resolução CNJ 125/2010) que, em última análise, tem o objetivo de conferir sustentabilidade ao Poder Judiciário, especialmente na sua dimensão social.

Melhor explicando. O Poder Judiciário, ao obter êxito em executar sua política pública para tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário que contempla soluções consensuais como a mediação; ao garantir estrutura física, de pessoal, treinamento, orçamento necessário para execução dessa política pública; ao privilegiar os direitos humanos, proporcionando tratamento digno às partes durante o processo de mediação como processos céleres, menos burocráticos, construídos a partir de princípios não jurídicos como o empoderamento e validação, passa a construir uma nova forma para sua atuação, baseada na aproximação entre o cidadão e a Justiça, que não é mais administrada somente pelo juiz ao prolatar a sentença, mas pode ser construída pelos litigantes no processo de mediação judicial.

A cultura de pacificação social é potencialmente alcançada com a mediação, pois, uma vez regida pelo princípio da imparcialidade, pode inculcar nas relações cotidianas da sociedade ao socorro direto da implementação do ODS 16, promovendo progressivamente sociedades pacíficas e inclusivas. Pacíficas porque as pessoas tenderão a escolher os meios consensuais de resolução de conflito em substituição aos adversariais; preferirão o diálogo e o consenso em invés do litígio judicial. E, por consequência, inclusivas, pois as pessoas serão protagonistas da decisão e não meramente partes sujeitas à tutela jurisdicional, ressaltando-se o empoderamento. Todas essas situações apresentadas possibilitam a construção de um Poder Judiciário apto a entregar a tutela jurisdicional socialmente sustentável a todos que dele se socorrerem, possibilitada assim a pacificação e o acesso à justiça almejado pela ODS 16.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De maneira geral, os institutos que objetivam a pacificação da sociedade por meios consensuais de resolução de conflitos em substituição aos meios adversariais, constituem-se mecanismos que auxiliam o Estado no alcance do ODS 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes). Os meios consensuais, como a mediação, oferecem grandes vantagens: desmistificam o acesso à justiça como sinônimo de judicialização; prescindem da intervenção da figura do julgador, privilegiando a proatividade e o empoderamento das partes, que são encorajadas e conduzidas imparcialmente pelo mediador na construção de suas próprias soluções para o caso levado à resolução do Poder Judiciário; agilizam o tempo do processo, na medida em que a mediação retira a “liturgia” do processo ao não se submeter a qualquer rito ou regra que não sejam os princípios regentes do processo de mediação previsto na legislação; favorecem a autoresponsabilização gerada pelo processo de mediação com possibilidade de benefícios futuros com a evitação de processos na solução de conflitos pelas próprias partes empoderadas.

Por consequência, a utilização da mediação traz ao cidadão, que tem o direito a receber a tutela jurisdicional em tempo razoável, a certeza de que o Poder Judiciário é capaz de atender às demandas da sociedade. Consolidam-se, assim, instituições eficazes que, para além da inclusão do cidadão aos sistemas de justiça, promovem a efetivação do

princípio da dignidade da pessoa humana, ajudando o Estado na efetivação da Agenda 2030 e da sustentabilidade social.

Entretanto, para que a mediação judicial possa alcançar o objetivo geral de pacificação social, deve se nortear por princípios que garantam especialmente a imparcialidade do mediador, a fim de que este não influencie as partes na adoção de eventual solução consensual. O dever de imparcialidade do mediador se assemelha a esse mesmo dever do juiz, razão pela qual se lhe aplicam os casos de impedimento e suspeição previstos no CPC. Soluções consensuais tendenciosas ou influenciadas pelos interesses pessoais do mediador equiparam-se a uma sentença parcial, totalmente indesejável no Estado de Direito.

6 REFERÊNCIAS

1. Braga Neto A. Mediação: uma experiência brasileira. 2. ed. São Paulo (SP): CLA Editora, 2019.
2. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. [internet] 2010 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atosenormativos?documento=156>.
3. Brasil. Objetivo do Desenvolvimento Sustentável n. 16. Meta 16.3 adaptada ao Brasil. [internet] 2015 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/ods/ods16.html>.
4. Brasil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2015. [internet] 2015 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
5. Brasil. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, 2015. [internet] 2015 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.
6. Cahali FJ. Curso de arbitragem, mediação, conciliação e Tribunal multiportas. 7. ed. São Paulo (SP): Revista dos Tribunais, 2018.
7. Cappelletti M. Acesso à Justiça. Porto Alegre (RS): Fabris, 1988.
8. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.
9. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 225, de 31 de maio de 2016. “Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

10. Freitas J. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte (MG): Fórum, 2019.
11. Hartmann, RK. Curso completo do novo Processo Civil. 5. ed. Niterói (RJ): Editora Impetus; 2019.
12. Lorencini MAGL. Sistema Multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: Salles CA, Lorencini MAGL, Silva PEA. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2020. p. 41-69.
13. Martini, SR; Waldman, RL. Os objetivos do desenvolvimento sustentável analisados à luz da metateoria do direito fraterno e a concretização dos direitos humanos. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 2, p. 198-219, maio/ago. 2018. doi: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i2.19001.
14. Meira DCA, Rodrigues WR. O conteúdo normativo dos princípios orientadores da mediação. Rev Jur. UNI7. 2017;14(2):101-23.
15. Oliveira RCR. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro (RJ): Lumen Juris, 2011.
16. Organização das Nações Unidas. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. [internet] 2015 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.
17. Paraná. Lei n. 19.593, de 12 de julho de 2018. “Dispõe sobre as diretrizes para a Elaboração e Execução da Lei Orçamentária do exercício financeiro de 2019”. [internet] 2017 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: www.alep.pr.leg.br.
18. Paraná. Lei n. 19.883, de 09 de julho de 2019. “Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária do exercício financeiro de 2020”. [internet] 2019 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: www.alep.pr.leg.br.
19. Paraná. Lei n. 20.431, de 13 de dezembro de 2020. “Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária do exercício financeiro de 2021”. [internet] 2020 [acesso em 2021 jan 15]. Disponível em: www.alep.pr.leg.br.
20. Paraná. Tribunal de Justiça. Programa Pacificar é divino. Curitiba; 2017 [acesso em 2021 jan. 15]. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/pacificaredivino>.
21. Sachs, I. Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado. Rio de Janeiro (RJ): Garamond, 2008. Desenvolvimento e ética – para onde ir na América Latina? Estratégias de desenvolvimento nacional na era da globalização; p. 9-23.
22. Salles S, Faza G. Conciliação ou mediação? O facilitador diante da complexidade dos conflitos. Conhecimento & Diversidade. 2019;11(25): 81-108.
23. Warat LA. Surfando na pororoca: o ofício do mediador, Buenos Aires: Alamed, 2004.
24. Zapparolli, CR. Procurando entender as partes. In: Salles CA, Lorencini MAGL, Silva PEA. Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense; 2020. p. 91-124.

EMENDAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS

UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

Arlei Costa Junior¹, Luiz Alberto Blanchet²

A constituição representa a lei suprema do Estado, onde os valores fundamentais daquela sociedade ficam consolidados e resguardados da volatilidade política através das cláusulas pétreas, objetivando sua inalterabilidade, para que as gerações futuras também desfrutem das conquistas alcançadas. O contraponto dessa inalterabilidade seria a dificuldade que as futuras gerações terão para modificar essas disposições quando esses valores que não mais refletirem suas expectativas. Assim, a própria constituição dispõe de procedimentos criteriosos para realizar emendas constitucionais através do poder constituinte secundário, bem como normalmente determina um tribunal para realizar a revisão judicial dessas emendas. O poder da autoridade competente para emendar a constituição é compatível com o da autoridade que faz a revisão judicial, devendo ambas serem realizadas criteriosamente, em equilíbrio de poder, observando principalmente a correspondência com os valores da sociedade, de forma inclusiva e democrática.

Palavras-Chave: Cláusulas Pétreas; Emendas Constitucionais; Limites ao Poder de Emendas; Emendas Constitucionais Inconstitucionais; Revisão Judicial de Emendas Constitucionais.

The constitution represents the supreme law of the State, where the fundamental values of that society are consolidated and protected from political volatility through the unamendable provisions, aiming at their inalterability, so that future generations also enjoy the achievements achieved. The counterpoint of this inalterability would be the difficulty future generations will have in modifying these provisions when those values no longer reflect their expectations. Thus, the constitution itself has careful procedures for making constitutional amendments through the secondary constitutional power, as well as usually determines a court to carry out the judicial review of these amendments. The power of the competent authority to amend the constitution is compatible with that of the authority that makes the judicial review, and both should be carefully done, in balance of power, observing mainly the correspondence with the values of society, in an inclusive and democratic manner.

Keywords: Unamendable Provisions; Constitutional Amendments; Limits on the Power of Amendments; Unconstitutional Constitutional Amendments; Judicial Review of Constitutional Amendments.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabela de Notas em Paranaguá-PR.

² Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Professor do Programa de Pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR) em Curitiba e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

1 INTRODUÇÃO

A ideia essencial de uma constituição, embora sujeito à controvérsias e à mutações adaptativas às transformações da sociedade, é ser visualizada como a lei primeira, suprema e fundamental, disciplinando a vida estatal e da comunidade, estabelecendo os direitos e responsabilidades dos indivíduos e grupos sociais nos campos civil, político, econômico, social e cultural.¹

Nobre Junior relata que a convicção em torno da ideia de uma constituição teve origem na antiguidade e na idade média e foi se consolidando. Ele aponta cinco fases marcantes de sua evolução, “princiando pelas constituições liberais censitárias, passando-se pelas ditas outorgadas ou pactuadas, por aquelas tendentes ao fortalecimento da democracia parlamentar, e ao surgimento de novos direitos, até aportar, cessado o segundo conflito mundial, nas constituições da democracia político-social”.²

Assim, os valores fundamentais de uma sociedade estariam consolidados e resguardados no documento máximo da ordem jurídica daquele Estado de Direito, onde toda ela se insere e também o constitui. Natural assim, que essa sociedade deseja que as conquistas duramente alcançadas, sejam consolidadas para sua existência e para a de seus descendentes, acreditando que essas disposições jurídicas tragam garantias e direitos melhores do que os anteriormente existentes. Daí a ideia de que esse documento máximo, a constituição, não possa ser modificada com facilidade, de forma a evitar um retrocesso nas conquistas e valores dessa sociedade.

Contudo, a evolução dessa sociedade traz a necessidade de ajustes e adaptações na constituição, incluindo novas conquistas, direitos e garantias, por vezes flexibilizando direitos e garantias anteriormente existentes, ou modificando a forma de organização e gestão do Estado. Assim, a constituição precisa de um mecanismo de ajuste às demandas públicas e aos anseios da sociedade que lhe dá sustentação política, que são as denominadas emendas constitucionais.

Nesse sentido, Lima explica que “as normas constitucionais formam o documento político-jurídico fundador da uma nova sociedade política e estabelecem a estrutura, os princípios e os direitos fundamentais regentes da vida coletiva futura daquela comunidade”. Contudo, ele argumenta que “diante da pretensão de durabilidade temporal, uma constituição não pode ser considerada

acabada a partir de sua promulgação. Pelo contrário, ela precisa estar sempre aberta dentro do seu tempo, conectada com os desígnios daqueles submetidos aos seus ditames”.³

A existência de um mecanismo de modificação da constituição, as emendas constitucionais, tem por escopo a melhoria da constituição com base nos princípios e valores já consolidados no texto constitucional e nos valores da sociedade. Assim, não deve se prestar a criar um retrocesso jurídico ou social.

Dessa forma, os constitucionalismos pelo mundo têm, de forma crescente, adotado a tese de que certas emendas constitucionais podem ser consideradas inconstitucionais, estabelecendo limites ao poder constituinte secundário, através das “cláusulas pétreas” e de teorias que mesmo sem previsão expressa defendem a constituição de emendas que extrapolam o poder de emendar.⁴

2 OS LIMITES AO PODER DE REALIZAR EMENDAS

Ao longo dos anos, constituições ao redor do mundo passaram a, explicitamente, estabelecer limites ao poder constituinte secundário, o que normalmente chamamos de “cláusulas pétreas”.⁵ Nesse sentido, nas últimas décadas essas disposições inalteráveis se expandiram tanto em termos de número, quanto em seus detalhes, cobrindo atualmente uma ampla gama de tópicos.⁶

Roznai explica que “as disposições inalteráveis funcionam como uma “barreira de mudança”. Elas refletem a ideia de que certos assuntos constitucionais devem ser protegidos contra alterações. Diferentes motivos para a criação de disposições inalteráveis podem ser sugeridos. Em primeiro lugar, cada política quer preservar sua própria existência e identidade”.⁷ Ele presume que os constitucionalistas consideraram o conteúdo de certas disposições específicas como sendo tão fundamentais para a essência da constituição ou à existência e identidade do Estado, que devem perdurar por gerações, de forma que a identidade e a narrativa constitutiva de uma nação não devem ser subjugadas aos caprichos da maioria.

Os limites materiais impostos ao poder constituinte secundário ou derivado, vem de encontro à “garantia da pretensão duradoura do projeto constitucional vitorioso. Ainda que haja a possibilidade de emendas constitucionais, os constituintes assumem a ideia de

¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 141.

² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 141.

³ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 1.

⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/6017>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

⁵ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/6017>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 23.

⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24. (tradução do autor)

perfeição do momento fundacional por meio das cláusulas não emendáveis”.⁸

Roznai argumenta que muitas das disposições inalteráveis modernas refletem uma ideia paternalista dos constituintes e legisladores, que acreditam saber o que é melhor para o povo e consagram aqueles princípios ou instituições que valorizam. Nesse sentido, ele coloca que “o ambiente em que as constituições emergem influencia profundamente o caráter e a composição de qualquer cláusula pétrea incluída no seu texto”⁹, mas também que existem muitas semelhanças no conteúdo, objetivos e características entre elas pelo mundo.

A perspectiva de Roznai é de que a existência das disposições inalteráveis reflete a desconfiança em relação àqueles que detêm o poder de emenda, que poderiam ser motivados por seus desejos e crenças pessoais, bem como pelos interesses individuais e institucionais em ver seu poder protegido.¹⁰

Para Lima, “essas disposições servem para afastar as ameaças de “alterações que aniquilem seu núcleo essencial, ou causem ruptura ou eliminação do próprio ordenamento constitucional”. Representam, portanto, um obstáculo à emergência de um novo poder constituinte originário”.¹¹

Contudo, ao mesmo passo que há um crescimento da adoção dessas disposições inalteráveis nos diversos constitucionalismos mundiais, “há também uma ampliação da adoção de teorias que buscam defender a constituição mesmo sem a previsão, no texto constitucional, de cláusulas pétreas”.¹²

Ou seja, em muitas constituições pelo mundo não há previsão expressa de disposições inalteráveis, o que chamamos de cláusulas pétreas no Brasil, nomenclatura que será utilizada daqui por diante. Essa nomenclatura inclusive é elogiada por Roznai que argumenta que “a terminologia brasileira - que se refere a essas disposições como “cláusulas pétreas” para expressar sua rigidez - é mais precisa nesse aspecto, uma vez que nem mesmo as rochas

podem suportar a explosão vulcânica do poder constituinte primário”.¹³ Ele, para descrever a situação legal com mais precisão, refere-se a estas disposições em tese como “inalteráveis”.

Nesse sentido, as constituições que não fazem disposição expressa sobre as cláusulas pétreas, poderiam ser modificadas irrestritamente pelo poder constituinte secundário, também chamado de poder constituinte derivado, ou este deveria ser limitado por algum “critério normativo implícito ou, ao menos, não exatamente configurável de acordo com o que chamamos de cláusulas pétreas em diferentes desenhos constitucionais?”.¹⁴

Para Roznai, a inexistência de cláusulas pétreas não significa a possibilidade de uma modificação irrestrita da constituição, pois entende que ela não é apenas explícita, pois tem um núcleo implícito inalterável, que não pode ser emendado através do poder delegado de emenda, mas exige apelação ao poder constituinte primário.¹⁵

O tipo de proibição criado pelas cláusulas pétreas varia entre as diferentes constituições. Roznai observa que enquanto a maioria das constituições simplesmente proíbe “alterar” ou “revisar” certos assuntos constitucionais, “algumas afirmam que as alterações devem “respeitar” ou “salvaguardar” certos assuntos constitucionais. Muitas vezes, o ato proibido não é “emendar” certos assuntos, mas sim a mera “proposta” de emendas”. Ele explica que os resultados finais dessas duas limitações parecem semelhantes, “mas presumivelmente a última limitação posiciona a barreira à mudança proibida em uma fase anterior ao ato de emenda propriamente dito, ou seja, no início do processo político, de modo que a mudança proposta não pode sequer ser debatida”.¹⁶

A proibição de emendar consiste num instrumento constitucional complexo e controverso, que deve ser aplicado com cuidado e reservado apenas aos princípios básicos da ordem democrática. Valendo-se do provérbio “um plano que é incapaz de se adequar é um plano ruim”, Roznai considera que enquanto para alguns estados as cláusulas

⁸ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 133.

⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 25. (tradução do autor)

¹⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24.

¹¹ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 133.

¹² BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

¹³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 24. (tradução do autor)

¹⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 350.

¹⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 192.

¹⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 31. (tradução do autor)

pétreas “poderiam formar um escudo protetor para que o núcleo da constituição permanecesse essencial, para outros, a inalterabilidade poderia levar a meios extraconstitucionais perigosos a fim de forçar uma mudança”.¹⁷

Observa-se assim a existência de limitações explícitas ao poder de emenda constitucional, sob a forma de cláusulas pétreas, e também a existência de limitações implícitas ao poder de emenda, independentemente da existência ou não de quaisquer disposições inalteráveis, sendo esta mais controversa. Roznai considera que “a existência de disposições constitucionais claras pode facilitar e simplificar o exercício dos tribunais na aplicação de tais limitações através de uma revisão substancial das emendas constitucionais”, pois quando existem limites explícitos, “a revisão judicial das emendas constitucionais geralmente goza de maior legitimidade e sofre menos de dificuldades institucionais do que quando a constituição é omissa com relação a quaisquer limitações”.¹⁸

Para construir essa diferença, Roznai traz uma citação de Roger Sherman, que participou do primeiro Congresso americano, onde este argumenta que “há uma diferença entre a autoridade sobre a qual a constituição repousa e a autoridade sobre a qual as emendas se baseiam: A Constituição é o ato do povo, e deve permanecer inteira. Mas as emendas serão os atos dos governos”. Assim, não seria compatível que a constituição autorizasse via emendas, a remoção dos valores que ela visa proteger.¹⁹

3 A NATUREZA DOS PODERES DE EMENDA

Roznai argumenta que para poder compreender as limitações ao poder de realizar emendas, é preciso entender a existência de uma distinção entre poder constituinte e poder constituído. Ele propõe que “o poder emendador deve ser considerado como *sui generis*, um poder único situado em uma área cinzenta entre os dois poderes. Distingue-se do poder constituinte na medida em que deve ser compreendido em termos de delegação, mas é também uma forma distinta de um poder constituído”.²⁰ Assim, a compreensão da natureza excepcional do poder de emenda como um poder

secundário caracteriza sua natureza e alcance limitados.

Para Roznai, a relação conceitual entre poder constituinte e poder constituído é a de subordinação. Ele argumenta que “os poderes constituintes são poderes legais (competência) derivados da constituição (e são limitados por ela). Eles devem sua existência ao poder constituinte e dependem dele; portanto, o poder constituinte é superior a eles”.²¹ Por outro lado, ele entende que o poder constituinte manifesta um poder ilimitado, no sentido de que não está vinculado à regras e procedimentos constitucionais anteriores, e assim tem um significado diferente quanto ao seu alcance. O poder constituinte tem um objetivo legal - a criação de uma ordem constitucional legal, de natureza jurídica e coercitiva.

A compreensão dessa distinção entre poderes constituintes e constituídos proposta por Roznai é imperativa para a análise das possíveis limitações ao poder de emenda, pois se este poder for considerado como poder constituinte, então seria considerado ilimitado, pois não estaria vinculado às regras constitucionais anteriores. Por outro lado, se for considerado como um poder constituído, estaria subordinado à constituição.²²

Roznai sintetiza que “o poder constituinte estabelece a constituição, que por sua vez regula os poderes constituídos ordinariamente, tais como o executivo, o legislativo e o judiciário, que governam a vida política diária. Uma vez que o poder constituinte tenha cumprido sua extraordinária tarefa constituinte, ele “torna-se adormecido” e a partir desse momento a autoridade pública é exercida sob a constituição”.²³ Contudo, a constituição também estabelece um mecanismo para sua própria emenda. Qual é a natureza deste mecanismo? Ele expressa o poder constituinte ou um poder ordinário constituído com a tarefa de emendar a constituição?

Roznai concorda com Carl Schmitt no sentido de que o poder de emenda é uma autoridade extraordinária, *sui generis* e não totalmente compreensível em termos do modelo hierárquico da pirâmide legal, pois o poder de emenda possui características tanto do poder constituinte quanto do poder constituído, daí sua natureza enigmática.²⁴

Breslin argumenta que se “o povo” controla o

¹⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 46. (tradução do autor)

¹⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 48. (tradução do autor)

¹⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 49. (tradução do autor)

²⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 81. (tradução do autor)

²¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 90. (tradução do autor)

²² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91.

²³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91. (tradução do autor)

²⁴ SCHMITT, Carl, Constitutional Theory, 2008, p. 150 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the

governo através da constituição, então, “o controle sobre a autoridade para emendar o texto representa o poder mais alto na vida política da nação. Visto a esse respeito, o processo de emenda serve como um mecanismo para que os formuladores da constituição compartilhem parte de sua autoridade com as gerações futuras, de modo que cada geração detenha uma parte deste poder constituinte”.²⁵

Na medida em que o poder de emenda é uma competência legal estabelecida na constituição e regulada por ela, ele seria um poder constituído com uma capacidade especial, mas definido e limitado. Nesse sentido, Ulrich Preuss observa que “se dentro de uma política constitucional todos os poderes derivam da constituição, então o poder de emenda deve ser um poder constituído, assim como os poderes legislativo, judicial ou executivo. Pela razão de ser um poder legalmente definido, originado na constituição, não pode de fato ser um verdadeiro poder constituinte”.²⁶

Por outro lado, citando Grégoire Webber, para quem: “As fórmulas de emenda são, por definição, meios segundo os quais uma autoridade constituída pode assumir o status de autoridade constituinte”, Roznai lembra que o poder de emenda é multifacetado, com características duplas tanto do poder constituinte como do poder constituído. Assim, ele conclui que “como este poder não se encaixa confortavelmente em nenhuma destas categorias, ele não deve ser considerado como outra forma de poder constituído nem equiparado ao poder constituinte; ele é um poder *sui generis*”.²⁷

4 AS ESPÉCIES DE PODERES DE EMENDA

Em busca de uma teoria sobre os poderes de emenda, Roznai traz três argumentações relevantes, a primeira “que o povo é livre para mudar até mesmo os elementos fundamentais inalteráveis da constituição; contudo, este poder não reside no poder de emenda, mas no

exercício do poder constituinte primário”; a segunda é sua divergência sobre a tendência atual de se prescrever um processo constitucional para o exercício do poder constituinte primário; e a terceira é o questionamento se o poder de emenda “é igualmente limitado em jurisdições onde o processo de emenda tenta imitar a reemergência do poder constituinte primário, incorporando elementos como referendos, convenções constitucionais, como em jurisdições onde é mais semelhante ao poder legislativo regular”, e nesse sentido, quanto mais as características do poder constituinte secundário forem semelhantes às de um poder constituinte primário democrático, menos limitações ele deve sofrer.²⁸

Roznai, no tocante à primeira das suas argumentações, considera que o poder constituinte primário “não deve ser entendido meramente como uma revolução popular, mas como um meio para realizar uma mudança bem deliberada e pensativa”²⁹, devendo ser inclusivo, participativo e deliberativo. É importante a constituição incluir garantias como a liberdade de expressão, eleição livre e justa, proibição de prisão arbitrária e liberdade de reunião e associação. Nesse sentido, ele explica que “em vez de permitir o abuso do poder constituinte por atores que afirmam representar o povo e agir em seu nome, devemos enfatizar a natureza democrática do poder constituinte primário: *se existe um poder que deve ser democrático, então ele é, em primeiro lugar, o poder constituinte*”.³⁰

No que se refere à sua segunda argumentação, ele observa que mesmo após o estabelecimento de uma constituição, o poder constituinte primário poderia reemergir e “mudar até mesmo princípios constitucionais inalteráveis. Sendo externo à ordem constitucional pré-existente, este poder não pode estar vinculado às regras constitucionais anteriores e existentes, sendo inviável ela regular seu surgimento, e, portanto, inócuas as tentativas de a constituição vigente disciplinar um procedimento para o exercício do poder constituinte primário”.³¹

Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 91-92.

²⁵ BRESLIN, Beau, From Words to Worlds – Exploring Constitutional Functionality, 2009, p. 106 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 92. (tradução do autor)

²⁶ PREUSS, Ulrich, The Implications of “Eternity Clauses”: The German Experience, 2011, p. 430 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 94. (tradução do autor)

²⁷ WEBBER, Grégoire C.N., The Negotiable Constitution – On the Limitation of Rights, 2009, p. 49, apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 94. (tradução do autor)

²⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 132. (tradução do autor)

²⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 148. (tradução do autor)

³⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 148-149. (tradução do autor)

³¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 149.

E finalizando com sua terceira argumentação, Roznai considera que não se deve considerar os poderes de emenda constitucional de forma binária, limitada no poder constituinte secundário ou ilimitada no poder constituinte primário, mas sim como um espectro de abrangência, um espectro de poderes de emenda. Isto exige um exame da ligação entre as limitações que devem ser impostas aos poderes de emenda e aos procedimentos de emenda.³²

Na visão de Roznai, as espécies de poderes de emenda não são apenas um modelo teórico, mas tem um aspecto funcional, primeiramente direcionando os constitucionalistas a projetarem regras de emendas constitucionais escalonadas proporcionalmente ao valor atribuído a cada um dos princípios constitucionais a ser emendado. Ao fazer isso, os princípios constitucionais mais fundamentais seriam emendáveis em um processo mais participativo, demorado, deliberativo e inclusivo, em contraste com as disposições menos fundacionais da constituição, que poderiam ser alteradas com relativa facilidade. O segundo ponto se refere à revisão judicial das emendas constitucionais, onde este órgão deve ser mais formalista com as emendas oriundas do poder constituinte secundário e mais voluntarioso em aceitar as emendas elaboradas num amplo processo de participação popular e com a participação dos diversos poderes e órgão interessados.³³

5 REVISÃO JUDICIAL DAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS

A revisão judicial das emendas constitucionais, pode à primeira vista parecer uma violação do princípio da separação de poderes, mas Roznai explica que um olhar mais profundo revela o contrário, na medida em que o poder de emenda é limitado em escopo por sua natureza como poder delegado, e a revisão judicial das emendas serve como um mecanismo para fazer cumprir essas limitações.³⁴

A própria constituição confere poderes para a autoridade competente realizar as emendas, observando o procedimento e suas possíveis limitações explícitas, com independência dentro dessas margens. Assim, esse processo comporta um sistema de *accountability* para determinar se a autoridade emendadora ultrapassou seus limites, a ser realizado por um órgão imparcial e com o

compromisso de defesa da constituição, justificando a revisão judicial das emendas constitucionais.³⁵ Nesse sentido, "a instituição mais adequada para verificar uma emenda constitucional inconstitucional seria o tribunal constitucional, que tem autoridade para rever a constitucionalidade dos atos legislativos".³⁶

Com relação ao procedimento previsto na constituição para as emendas constitucionais, Lima argumenta que há um limite lógico na dinâmica entre os poderes com hierarquias diferentes, assim, o poder constituinte derivado não tem competência para modificar os dispositivos constitucionais que limitam as emendas constitucionais, pois a reforma desses limites significaria a "insurgência do outorgado contra o outorgante e, com isso, se desfaria a dicotomia entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado".³⁷ Caso isso fosse possível, a constituição seria passível de reforma permanente, e não haveria limites a serem observados.

Nesse sentido, muitas constituições preveem, como parte do procedimento de elaboração da emenda, uma análise prévia da constitucionalidade da emenda proposta, de forma que a própria autoridade política com o poder de emenda realizasse essa autocontenção necessária, para evitar a posterior ocorrência da declaração de inconstitucionalidade da emenda através da revisão judicial. Contudo, se observa que a autocontenção nem sempre é suficiente, e há um conflito lógico em confiar o papel de guardião da constituição ao mesmo órgão que possa violá-la. A revisão judicial das emendas constitucionais se mostra um "poderoso mecanismo de proteção à regra da constituição, tanto no sentido formal quanto no substantivo. No sentido formal, ela mantém os limites constitucionais, que vinculam o poder constituinte secundário. No sentido substantivo, visa a proteger os fundamentos básicos da constituição, para preservar o constitucional em sua totalidade".³⁸

Nesse sentido, a ideia é que a constituição tenha supremacia em manter sua integridade fundacional, de forma que nenhum dos poderes por ela instituídos, seja o executivo, legislativo ou judiciário, tenha poderes para sozinho possa violar o texto constitucional.

Lima e Beçak argumentam que a "interação institucional entre cortes e parlamentos em torno do

³² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 158.

³³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 169.

³⁴ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 173- 174.

³⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment

Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 174.

³⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 175.

³⁷ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 169.

³⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 176.

significado das normas constitucionais envolve diversos caminhos e não depende exclusivamente da previsão normativa do processo de emenda constitucional. Isso porque a maneira pela qual os atores políticos irão agir envolve cálculos políticos não mensuráveis pelas regras constitucionais.³⁹ Nesse sentido, eles sugerem que poderia ser positivo uma cooperação prévia entre o parlamento e os tribunais, reduzindo os riscos do desgaste político de uma revisão judicial da emenda.

A intervenção judicial deve ser limitada às falhas do processo político, de forma a evitar o autointeresse político e a discriminação das garantias constitucionais às minorias, impedindo assim a tirania da maioria. Nesse sentido, "os tribunais são a instituição adequada para exercer o papel contra majoritário, pois, ao contrário dos parlamentos, não dependem direta e imediatamente da aprovação ou apoio da maioria da população para suas decisões".⁴⁰

Contudo, Roznai lembra que o poder de declarar inconstitucional uma emenda constitucional não é menos notável do que o próprio poder da emenda. Assim, ele defende que, ao avaliar a legitimidade jurídica de tal exercício judicial, há uma escala dessa legitimidade conforme três variáveis principais a serem consideradas: a previsão constitucional da autoridade dos tribunais para rever emendas constitucionais; a existência ou não de cláusulas pétreas; e a observância do procedimento de emenda constitucional.⁴¹

No exercício da revisão judicial das emendas constitucionais, a primeira questão é identificar quais são os princípios ou regras que não podem ser alterados. As cláusulas pétreas normalmente são explícitas e com temática fundacional ou fazem referência específica a certos dispositivos constitucionais, proibindo qualquer emenda a eles. No caso de limitações implícitas, esse exame do que é o limite para as emendas é ainda mais complexo, e o preâmbulo da constituição tem grande importância nessa análise, pois comumente estabelece os objetivos mais importantes da constituição, refletindo as "decisões políticas fundamentais" da sociedade, e assim, os princípios basilares da constituição não podem ser removidos, mas apenas ampliados.⁴²

Essa análise das cláusulas pétreas na revisão judicial é algo complexo, pois mesmo princípios basilares como democracia ou Estado de direito comportam interpretações mais amplas ou mais restritas, permitindo uma faixa de discricionariedade variável para a autoridade com poder de emenda, dentro da qual poderia atuar, sendo o mesmo válido para a revisão judicial.⁴³

Assim, há uma zona cinzenta sobre o que seria uma emenda inadmissível, variando do menor desvio ou violação sobre os princípios basilares, até somente aquelas mais severas. Roznai estabelece três níveis de violação das cláusulas pétreas, sendo eles:⁴⁴

- a) Padrão de efeito mínimo: É o mais rigoroso, onde qualquer violação ou infração a um princípio inalterável é proibida, não importando quão grave seja a intensidade da infração.
- b) Padrão de Violação Desproporcional: É o nível intermediário, onde se considera a proporcionalidade da violação, considerando o equilíbrio de interesses conflitantes. Ela pondera a desvantagem causada aos direitos de um indivíduo ou de um grupo contra os meios empregados para alcançar um determinado interesse público ou um direito conflitante, e se o dano causado por tais meios é proporcional.
- c) Padrão Fundamental de Abandono: É o nível mais tolerante, onde apenas uma violação extraordinária das cláusulas pétreas, que as altera e as "abandona fundamentalmente", permitiria a anulação judicial das emendas constitucionais.

Assim, se verifica que a estrutura positivista formal da revisão judicial é que a constituição é simultaneamente a fonte de autoridade concedida aos tribunais para revisar a legislação, e a fonte de critérios e mecanismos pelos quais os tribunais realizam essa revisão. Tal estrutura por vezes é insuficiente para abranger a complexa relação entre conceitos básicos como democracia, constitucionalismo e revisão judicial.⁴⁵

³⁹ LIMA, Jairo; BEÇAK, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3665/0>> acesso em: 14 ago. 2020. p. 294.

⁴⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 176.

⁴¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 181.

⁴² ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em:

<<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 196-199.

⁴³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 199-211.

⁴⁴ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 202-210.

⁴⁵ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 210.

6 OBJEÇÕES À INALTERABILIDADE DA CONSTITUIÇÃO

Roznai entende que essa forma de controle judicial não pode ser absoluta, questionando como poderia a “mão morta” do passado, defender não terem as presentes e futuras gerações o direito de mudar também os princípios básicos da Constituição, caso assim o desejem; e, mais diretamente, ofensa ao exercício ao autogoverno democrático, um direito que o povo possui, de forma direta ou indireta por meio de seus representantes, mudar o texto constitucional.⁴⁶

A inalterabilidade das cláusulas pétreas não poderia restringir totalmente as gerações futuras de exercerem o seu poder constituinte primário, e alterar mesmo as disposições inalteráveis. Assim, “o povo pode mudar toda e qualquer disposição da sua Constituição, mas nem todas as mudanças podem ser realizadas através de uma emenda constitucional”. A inalterabilidade por emendas constitucionais limita apenas o poder constituinte secundário, e é compatível com a soberania do povo através do poder constituinte primário, através do qual pode-se constituir uma nova ordem constitucional.⁴⁷

A existência de um processo de emenda possibilita atualizar o texto constitucional, adequando-o às necessidades e demandas da geração presente, de forma a evitar, na medida do possível, convulsões revolucionárias. “Contudo, a inalterabilidade rigorosa bloqueia qualquer forma constitucional de emendar certos princípios, criando riscos de os cidadãos acharem que a inalterabilidade é um obstáculo intolerável à mudança política e social, recorrendo assim a meios extraconstitucionais, tais como uma revolução forçada, para mudá-la”. Assim, ao invalidar emendas inconstitucionais, os tribunais podem “invalidar a última via institucional que a vontade da maioria tem de se fazer ouvir”, e após sua palavra final sobre uma cláusula pétrea, uma revisão dessa decisão só poderá ser feita por meios revolucionários forçados.⁴⁸

Esse risco à estabilidade social, uma vez que a

mudança constitucional pode ser alcançada por meios violentos, levanta a questão inevitável: não seria melhor permitir que a mudança aconteça por meios constitucionais pacíficos, do que uma revisão judicial levar a uma convulsão social? Nesse sentido, “em um conflito entre lei e poder”, escreveu Arendt, “raramente é a lei que surgirá como vitoriosa”.⁴⁹ Nesse sentido, a inalterabilidade pode ser contraproducente, pois ao impedir uma modificação com apoio popular, pode levar a substituição de toda a constituição, pois a capacidade do poder físico de forçar mudanças constitucionalmente proibidas é inquestionável.⁵⁰

Nesse sentido, “a capacidade de alterar a constituição parece ser um elemento essencial de qualquer sociedade democrática, uma vez que um povo autônomo deve ser capaz de desafiar, rever ou reformar os seus compromissos básicos”.⁵¹ Para Carlos Bernal, uma vez que o povo deveria ter autoridade para decidir sobre os elementos essenciais da sua constituição, é a revisão judicial das emendas constitucionais que representa um grave desafio democrático, pois “se o próprio povo, diretamente ou através dos seus representantes, concordou em aprovar uma emenda constitucional, é porque decidiu que o elemento emendado não é um elemento essencial. Esta decisão deve ser definitiva”.⁵²

Dotar os tribunais de autoridade para declarar inconstitucionais as emendas constitucionais aumentam a “dificuldade contramajoritária encarnada na situação de um tribunal não eleito invalidando legislação promulgada por uma legislatura. Como pode um pequeno, muitas vezes dividido, conjunto de juízes substituir o julgamento democrático do povo e de seus representantes?”⁵³

Oliveira lembra que a interpretação, por ser um o direito não escrito, “não pode guardar distância do próprio texto constitucional escrito, de forma a afirmar aquilo que não consta da literalidade do dispositivo”, e que qualquer interpretação “somente pode ser fruto de uma construção lógica e motivada, sem a qual ganharia contornos arbitrários

⁴⁶ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 199-211.

⁴⁷ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 212-214.

⁴⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 215. (tradução do autor)

⁴⁹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 216. (tradução do autor)

⁵⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment

Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 216-217. (tradução do autor)

⁵¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 226. (tradução do autor)

⁵² BERNAL, Carlos, ‘Unconstitutional Constitutional Amendments in the case Study of Colombia: An analysis of the Justification and Meaning of the Constitutional Replacement Doctrine’, 2013, p.349 apud ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 226. (tradução do autor)

⁵³ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 228. (tradução do autor)

imediatos”.⁵⁴ Existe ainda os riscos do ativismo judicial nessa interpretação, nos moldes da dicotomia entre Hart e Dworkin, variando de “sonho nobre” a pesadelo, e nesse sentido Kozicki e Sanches sintetizam essa temática explicando que só poderia se “afastar o emprego da discricionariedade judicial se houvesse estabelecido no direito uma ordem hierarquizada dos princípios cabendo ao juiz apenas aplicá-los”.⁵⁵

Nesse sentido, Lima argumenta em favor de critérios de uma maioria qualificada, ou supermaioria, para a revisão judicial das emendas constitucionais. Isso porque houve a superação de todas as formalidades procedimentais para se alcançar uma emenda constitucional pela autoridade com poder de emenda, que demonstra a força popular e política da emenda realizada, e não entende ser proporcional nem razoável, uma votação pelo método majoritário, por maioria simples, no tribunal competente para a revisão judicial da emenda, prevalecer sobre todas as forças que criaram a emenda.⁵⁶

Contudo, nessa questão da eventual exigência de uma supermaioria para o tribunal aprovar a revisão judicial da emenda constitucional, haveria de ser realizada por uma emenda constitucional, de forma que esta alterasse a regra procedimental para a revisão judicial pelo tribunal revisor. Essa emenda que criar critérios de supermaioria, haveria ainda de ser analisada pelo tribunal revisor valendo-se dos critérios então vigentes, majoritário ou maioria simples.⁵⁷

O uso irrestrito da revisão judicial transfere o *locus* da mudança constitucional das autoridades encarregadas do poder de emenda para os tribunais, que poderiam utilizá-lo como um trunfo estratégico, aplicando-a de forma seletiva e elevando seus poderes em relação aos demais, pois passaria a ter a última palavra sobre a interpretação das leis e também da constituição.⁵⁸ Nesse sentido é importante para se manter um equilíbrio adequado entre os poderes, que os tribunais sejam autocontidos no tocante à revisão judicial das emendas constitucionais.

Nesse sentido, Lima entende que a revisão judicial das emendas constitucionais “deve ser diverso do controle de constitucionalidade exercido sobre a legislação infraconstitucional. Principalmente porque são normas jurídicas com diferentes fontes produtoras (poder constituinte derivado e poder constituído) e diversos níveis de engajamento deliberativo, do ponto de vista normativo”.⁵⁹

No caso de anulação da emenda constitucional, a autoridade de emenda pode reconstituir a emenda de acordo com a decisão do tribunal ou modificá-la de forma a evitar o

vício constitucional. No caso de interpretação conforme a constituição, se a autoridade da emenda não estiver satisfeita com o novo significado da emenda, ela teria que anular a emenda através do processo de emenda.⁶⁰

Nesse sentido, Roznai entende que a inalterabilidade é um “instrumento constitucional complexo e potencialmente controverso, que deve ser aplicado com cuidado e reservado apenas para os princípios básicos da ordem democrática”, e, como regra geral, a vontade democrática deve ser observada, em harmonia com os demais poderes do Estado, e assim os tribunais não devem intervir e anular as opções políticas da autoridade da emenda, devendo realizar um esforço jurídico para interpretar as emendas constitucionais em conformidade com a constituição, de forma a apenas os casos mais claros de transgressão justificarem a revisão judicial.

7 CONCLUSÕES

A existência de uma constituição representa a consolidação jurídica de princípios e garantias fundamentais de uma sociedade, de um povo, que por força do poder constituinte originário, institui um norte ao ordenamento jurídico do Estado. A constituição é a lei suprema do Estado, estabelecendo direitos e deveres ao povo que a promulgou. Assim, seus valores fundamentais estariam consolidados e resguardados, de forma que as conquistas alcançadas restem protegidas, presumindo que as novas disposições jurídicas tragam garantias e direitos melhores do que os anteriormente existentes, e objetivando também que as gerações futuras desfrutem dessas conquistas, estipulando-se assim cláusulas pétreas, que não possam ser modificadas pelo poder constituinte derivado, evitando-se um retrocesso nessas conquistas.

Há um contrassenso nessa argumentação, tendo em vista que a emergência de um poder constituinte originário supõe um ato de força, em função do descontentamento da sociedade com o sistema jurídico até então vigente, quiçá regido por uma constituição ora revogada. Assim, ao impor cláusulas pétreas na nova constituição, dificultando excessivamente ou inviabilizando as gerações futuras de realizarem ajustes no texto constitucional às demandas que surgirão, os anseios dessa nova sociedade podem levar à reemergência do poder constituinte originário, num ciclo de renovação completa da constituição, e não via conquistas incrementais objetivadas originalmente pelos vitoriosos no projeto político da

⁵⁴ OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 121, jun./set. 2018, p. 468-494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>> acesso em: 12 ago. 2020. p. 485.

⁵⁵ KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de hart e o necessário diálogo com Dworkin. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/QJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/778/472>> acesso em: 12 ago. 2020. p. 106.

⁵⁶ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 191.

⁵⁷ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 208.

⁵⁸ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 230-231.

⁵⁹ LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018. p. 170.

⁶⁰ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 06 ago. 2020. p. 232.

constituição.

A pretensão de perfectibilidade da nova constituição pelos seus idealizadores, reflete uma ideia paternalista, que acredita conhecer o que é melhor para o povo, consagrando os princípios ou instituições que valorizam. Assim, Roznai observa que “o ambiente em que as constituições emergem influencia profundamente o caráter e a composição de qualquer cláusula pétrea incluída no seu texto”⁶¹, e que a existência das disposições inalteráveis reflete a desconfiança em relação àqueles que irão deter o poder de emenda.

Nesse sentido, observa-se um crescimento dessas disposições inalteráveis nas constituições pelo mundo, contudo, também há uma ampliação das teorias que defendem a constituição mesmo sem a previsão expressa de cláusulas pétreas, pois haveria um núcleo fundacional e principiológico implícito e inalterável, que somente poderia ser modificado apelando-se ao poder constituinte originário. A importância da existência de limitações explícitas ao poder de emenda, revela-se especialmente na sua revisão judicial, conferindo maior legitimidade à mesma e menor impacto institucional.

As limitações ao poder de emenda, decorre que ele é derivado das disposições do poder constituinte primário, que o criou para exercer o papel reformador, sem dispor das cláusulas pétreas. Contudo, por vezes sua força o torna um poder *sui generis*, extrapolando os modelos de hierarquias de normas infraconstitucionais.

Nesse sentido, o poder de emenda comporta uma ampla faixa de legitimidade, direcionando os constitucionalistas a projetarem regras de emendas constitucionais escalonadas proporcionalmente ao valor atribuído a cada um dos princípios constitucionais a ser emendado, sendo para os mais fundamentais exigido um processo mais participativo, demorado, deliberativo e inclusivo, em contraste com as disposições menos fundacionais, que poderiam ser alteradas pela classe política.

A revisão judicial das emendas constitucionais normalmente cabe ao tribunal constitucional, ou suprema corte, que deve verificar se foram observados o devido processo e os limites para a emenda, não modificando nenhuma disposição inalterável ou cláusula pétrea. A intervenção judicial deve ser limitada às falhas do processo político, de forma a evitar o autointeresse político e a discriminação das garantias constitucionais às minorias, impedindo assim a tirania da maioria.

O poder de declarar inconstitucional uma emenda constitucional não é menos notável do que o próprio poder de realizar a emenda. A revisão da emenda pelos juízes comporta critérios interpretativos que levam a uma zona cinzenta sobre o que seria uma emenda inadmissível, variando do menor desvio ou violação sobre os princípios basilares, até somente aquelas mais severos. Considerando que a emenda alcançou êxito em todo o processo previsto constitucionalmente, demonstrando força popular e política, não seria proporcional que uma votação por critério majoritário, com os juízes divididos, prevalecesse. Nesse

sentido há preferência por um critério de supermaioria para o tribunal aprovar a revisão judicial da emenda constitucional, mantendo-se um equilíbrio entre os poderes.

Como a inalterabilidade das cláusulas pétreas não poderia restringir as gerações futuras de exercerem o seu poder constituinte primário, e alterar mesmo as disposições inalteráveis, a inalterabilidade por emendas constitucionais limita apenas o poder constituinte secundário. Nesse sentido, a existência de um processo de emenda possibilita atualizar o texto constitucional, adequando-o às demandas da atual geração, evitando convulsões revolucionárias.

Um rigor extremo sobre a inalterabilidade na revisão judicial, inviabilizando qualquer possibilidade de emenda, pode se tornar um obstáculo intolerável à mudança política e social, forçando a reemergência do poder constituinte originário. Assim, a inalterabilidade rigorosa pode ser contraproducente, pois ao impedir uma modificação com apoio popular, pode levar à substituição de toda a constituição.

Assim, chega-se que a inalterabilidade é um conceito complexo e controverso, que exige cuidado em sua utilização, reservado apenas aos princípios fundacionais da constituição. Nesse sentido, a declaração de inconstitucionalidade de uma emenda constitucional é medida de força extrema, que deve guardar harmonia com a vontade democrática e com os demais poderes do Estado.

Como regra geral, os tribunais não devem intervir e anular as opções políticas da autoridade da emenda, sendo preferível realizar um esforço jurídico para uma interpretação em conformidade com a constituição, de tal modo que apenas os casos mais explícitos de transgressão justifiquem a revisão judicial.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BENVINDO, Juliano Zaiden. Resenha: “Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment power”, de Yaniv Roznai. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 3, p. 349-356, set./dez. 2018. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/60171>> acesso em: 05 ago. 2020.
- KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de hart e o necessário diálogo com Dworkin. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/QJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/778/472>> acesso em: 12 ago. 2020.
- LIMA, Jairo; BEÇAK, Rubens. Emenda constitucional e constitucionalismo político: a potencial moderação das críticas ao controle judicial de constitucionalidade. Disponível em: <<https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3665/0>> acesso em: 14 ago. 2020.
- LIMA, Jairo. Emendas constitucionais inconstitucionais: democracia e supermaioria. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2018.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 1,

⁶¹ ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School

of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020. p. 25. (tradução do autor)

p. 111-145, jan./abr. 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rinc/v1n1/2359-5639-rinc-01-01-0111.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020.

OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges. Jurisdição Constitucional: entre a guarda da Constituição e o ativismo judicial. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 20, n. 121, jun./set. 2018, p. 468-494. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1512/1251>> acesso em: 12 ago. 2020.

ROZNAI, Yaniv. Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers. 2014. 363 f. Tese (Doutorado em Direito). The London School of Economics and Political Science, London, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46517697.pdf>> acesso em: 05 ago. 2020.

TEXTOS DE OPINIÃO

A MESA DE DIÁLOGO INFORMAL COMO MEDIDA INSTITUCIONAL DE PREVENÇÃO DOS CONFLITOS CONSUMEIRISTAS NO ÂMBITO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

THE INFORMAL DIALOGUE TABLE AS INSTITUTIONAL MEASURE FOR THE PREVENTION OF CONSUMER CONFLICTS IN THE FRAMEWORK OF THE SPECIAL CIVIL COURT

Eduardo Estanislau Tobera Filho¹

O instituto da Mesa de Diálogo Informal é meio preventivo de mediação pré-processual alinhado ao Decreto nº 8.243/2014 e Resolução 125/2010 do CNJ. As experiências demonstram que as políticas públicas sociais voltadas à adoção desta sistemática na prevenção e redução dos litígios não só impactam positivamente o número de demandas individuais ajuizadas como proporcionam a resolução adequada dos conflitos, o que torna essencial a parceria institucional para desenvolvimento de projetos de fomento quanto ao seu uso, em particular, diante da crise da justiça. Judiciário, OAB, Ministério Público, Poder Executivo, Poder Legislativo, Autoridades, Lideranças locais e de grandes empresas, todos devem se unir para tornar factível à adoção da Mesa de Diálogo enquanto medida institucional mais adequada e eficiente à resolução dos conflitos.

Palavras-Chave: Institucionalização. Mesa de Diálogo Informal. Medida adequada.

The Informal Dialogue Table institute is a preventive means of pre-procedural mediation in line with Decree nº. 8.243/2014 and CNJ Resolution 125/2010. Experiences show that social public policies aimed at adopting this system in the prevention and reduction of litigation not only positively impact the number of individual demands filed, but also provide for the appropriate resolution of conflicts, which makes the institutional partnership essential for the development of development projects. Regarding its use, in particular, in the face of the crisis of justice. Judiciary, OAB, Public Prosecutor's Office, Executive Power, Legislative Power, Authorities, Local leaders and large companies, all must unite to make it feasible to adopt the Dialogue Table as the most appropriate and efficient institutional measure for resolving conflicts.

Keywords: Institutionalization. Informal Dialogue Table. Appropriate Measure.

¹ Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Palmas/Paraná.

Os dados levantados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no relatório Justiça em Números, referente ao ano-base de 2017, apontam para um crescimento desenfreado de demandas consumeristas junto aos juizados especiais cíveis. Isto, porque, na atualidade, estes deixaram de ser a última ratio para representar a porta de entrada para a resolução dos litígios (BRASIL, 2018).

Desde sua criação, o procedimento simplificado e desburocratizado dos juizados não só corroborou com a materialização do acesso à justiça como facilitou a judicialização em larga escala das demandas individuais menos complexas.

No entanto, como resultado, o que se teve foi o abarrotamento da justiça. Os dados do CNJ apontam que só no ano de 2017 haviam 80,1 milhões de processos em trâmite na justiça brasileira (BRASIL, 2018), o reflexo de uma justiça “empresarial” que deixou de entregar uma prestação eficiente, com tutela adequada dos direitos.

De outro vértice, não é de hoje que a Mesa de Diálogo é incentivada. Há muito a legislação e as resoluções, dos Tribunais e CNJ, incentivam a criação de políticas públicas sociais que melhorem a qualidade de vida e relações sociais.

Historicamente, os métodos adequados remontam às primeiras civilizações, até que chegou um momento em que o Estado alcançou certo aparato bélico e econômico, conseguindo trazer para si a obrigação de resolver os conflitos de interesse, surgindo a Jurisdição.

De acordo com André Gomm Azevedo (2012, p. 21), “(...) um fator que significativamente influenciou esse movimento foi a busca por formas de solução de disputas que auxiliassem na melhoria das relações sociais envolvidas na disputa (...)”.

O Código de Processo Civil de 2015, por seu turno, prevê de forma explícita a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a auto composição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Também, impõe a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Resolução 125/2010 do CNJ definiu, ainda, que aos órgãos judiciários compete, além da solução alcançada por meio de sentença, fomentar o uso dos métodos adequados de resolução de controvérsia, como a mediação e a conciliação, bem como, atender e orientar a população, neste sentido.

Neste contexto, tem-se três espécies de resolução de conflitos, quais sejam: (1) resolução estatal, através das decisões judiciais; (2) resolução estatal negociada com as partes, ou autocomposição; e (3) a resolução e prevenção no âmbito extrajudicial através das Instituições arquitetando as Mesas de Diálogo voltadas às Políticas Públicas Sociais e de Prevenção de Conflitos.

A Mesa de Diálogo, formal, ou informal, entre sociedade e instituições consiste em forma deliberativa, aberta e participativa de diálogo que permite obtenção de respostas criativas através da análise dos argumentos e desafios (MENDES, 2011, p. 210).

Trata-se de “um esforço em todos os níveis para gerar um efetivo acesso à justiça, um novo mecanismo que pode ser considerado um esforço de mediação” (DELDUQUE; ALVES; DALLARI, 2015, p. 30).

Conforme asseveram SALES e ANDRADE (2011, p. 47), “Tal procedimento (...) demonstra que o acesso à justiça pode se dar mesmo sem ingerência direta do Poder Judiciário, e quando, por meio do Poder Judiciário, pode ser um caminho esclarecedor e participativo da solução dos conflitos”.

Em verdade, trata-se da melhor forma de não só desafogar o judiciário, mas, principalmente, solucionar os litígios consumeristas com efetividade.

Destarte, primeiro deve se fazer uso das mesas de diálogo para prevenção e resolução da lide para, na sequência, recorrer-se aos meios institucionais alternativos, como a multa com fim desestimulador para o caso em que, havendo dano e falha na prestação de serviços, os diálogos institucionais e medidas administrativas não se mostrem suficientes a resolução do conflito, mantendo-se o fornecedor inerte mesmo após colaboração incessante das autoridades na Mesa de Diálogo.

Por seu turno, a resolução e/ou prevenção dos litígios, por meio das Mesas de Diálogo institucionais, pode se dar de forma mais adequada, segura e menos onerosa quando todas as autoridades locais realizarem o mapeamento das contingências, problemas locais que possam vim a gerar conflitos, demandas já existentes e continuas discutindo os melhores meios administrativos, formais e informais, para a solução e prevenção.

Ato contínuo, a teoria da parceria nas mesas de diálogo institucionais traz que o Judiciário e demais ramos da ordem constitucional são participantes equivalentes na tomada de decisão que, “dialogicamente, pode tanto contribuir para a busca de melhores respostas, como resultados de suas exclusivas perspectivas institucionais”, aprendendo mutuamente (BATEUP, 2006, p. 70).

Dito isto, verifica-se que os Métodos Institucionais Adequados de Resolução de Contingências, Prevenção e Redução de Conflitos através da Mesa de diálogo representam, hoje, a adesão à cultura da pacificação e efetiva resolução dos problemas coletivos e individuais dos consumidores, o que não impede o exercício do direito de ação junto ao Judiciário, o qual, se buscado, deverá entregar prestação jurisdicional adequada.

Chegou-se a um momento social em que a sociedade, através de suas instituições, deve se emancipar e antecipar para solucionar os conflitos coletivos, evitando a morosidade dos conflitos individuais.

Não obstante, o fomento à adoção das Mesas de Diálogo deve ocupar o centro do debate de todas as instituições. Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público, OAB e líderes da sociedade, devem contribuir para construir uma nova mentalidade pacificadora no meio social.

Mapeadas previamente, pelo CNJ e TJPR, às demandas mais recorrentes de cada localidade, a Mesas de Diálogo deve ser utilizada pelas Instituições e municípios de cada localidade como mecanismo adequado.

Aliás, conforme advertiu Anderson Fogaça, magistrado auxiliar da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em palestra proferida no FONAJE (2019), a nova percepção de solução de contingências coletivas foi muito bem incorporada no Decreto nº 8.243/2014, que regulamentou a Política Nacional de Participação Social e em que são mencionadas as Mesas de Diálogo entre a sociedade e as instituições.

Para além, Toaldo e Berghahn (apud COSTA; RODRIGUES, 2014), com base no fundamento de Georges Gurvitch, que acredita que a evolução do direito deve ser buscada na própria sociedade e não na lei ou na jurisprudência, aludem à concepção de um movimento pró-desjudicialização pautado na alteração das condutas de analogias interpessoais. A alteração das condutas institucionais, por seu turno, abre caminho à priorização, na sociedade, da solução pacífica das controvérsias, especialmente, às oriundas das relações de consumo, recorrentes e que afetam toda coletividade.

Neste contexto, tem-se a Mesa de Diálogo como a forma institucional de resolução, prevenção e redução de conflitos menos onerosa e mais célere.

Nos casos envolvendo falha na prestação de serviços, por exemplo, a reunião das instituições (Poder Judiciário, OAB, Ministério Público, Poderes Legislativo e Executivo) e lideranças locais com a própria sociedade podem restaurar e/ou iniciar a comunicação direta com os causadores das contingências e possíveis danos coletivos, permitindo a criação de propostas e projetos para resolução dos problemas, evitando centenas de demandas individuais e assegurando a efetiva reparação dos danos.

Conforme adverte Carlini (2015), o uso do diálogo preventivo como mediação permite adentrar no contexto do outro para, pronunciado com os adequados motivos, desconstruir a demanda e estabelecer soluções mais adequadas.

Ainda, Ronald Coase (apud KLEIN, 2011, p. 71) prevê que o cultivo de uma determinada atividade pode ser concretizado tanto pela própria coordenação designada como de maneira descentralizada, por outros agentes econômicos.

No caso da sistemática apresentada, a descentralização se dará antes mesmo do ajuizamento de quaisquer demandas individuais e que as falhas ocasionem danos à população, quando as próprias partes que `coordenam` os processos judiciais busquem medidas alternativas administrativas para solucionar seus conflitos. Também, a partir de ideias coletivas oriundas do procedimento de prévio mapeamento e, posterior, reunião em mesa de diálogo interinstitucional.

Na prática, no entanto, a realidade de interação dos diálogos sofre influência de dois componentes, quais sejam, “ (i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e (ii) a cultura política que o anima (...). Além disso, para além da arquitetura institucional, a legitimidade do diálogo submete-se “ (...) a interação no tempo (...) e (...) as concepções variadas de legitimidade que informam a respectiva cultura política” (MENDES, 2011, p. 175).

Assim, imperioso o fomento da cultura do diálogo interinstitucional por intermédio da adoção de políticas públicas sociais e com a iniciativa do Judiciário local em criar as mesas para dialogar, encontrar e efetivar a resolução dos problemas locais.

A iniciativa interinstitucional já vem, inclusive, sendo adotadas em alguns municípios satisfatoriamente.

No Estado do Paraná, por uma iniciativa da Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça, as câmaras de prevenção e resolução de conflitos já se utilizam das Mesas de Diálogo para solucionar demandas de forma coletiva e

institucional, dentre as quais, às oriundas de falha na prestação de serviços.

Também no Paraná, o Ministério Público realizou Mesa de Diálogo que contou com a participação de representantes de diferentes comunidades indígenas, de organizações da sociedade civil e poder público. Na reunião, foram discutidas questões relativas aos direitos constitucionais dos povos indígenas, tendo sido apresentadas as principais demandas relativas à salvaguarda de seus direitos (MPPR, 2019).

Outra importante iniciativa, foi a Mesa de Diálogo envolvendo a “Estratégia de SAN para o enfrentamento do impacto dos agrotóxicos na saúde e meio ambiente no Paraná” (CONSEA, 2017).

Em Rondônia, por seu turno, à mesa foi instituída em maio de 2016 e foi responsável por um desfecho positivo, com reintegrações pacíficas e sem violência, a partir do acesso dos envolvidos ao governo.

Rondônia possui 104 (cento e quatro) áreas de conflito em 28 (vinte e oito) municípios. Atualmente, são 45 (quarenta e cinco) reintegrações a cumprir, as Mesas de Diálogo, à exemplo do desenrolar pacífico da reintegração na Fazenda Santa Aline, em J-Paraná, tem contribuído em muito para acabar com o histórico de violência, bem como, fazer funcionar a política pública preventiva de invasões no campo, conflitos agrários e de terras (SECOM, 2017).

Ato contínuo, tem-se a Mesa de Diálogo efetivada entre o Procon e a Universidade Estadual do Maranhão (UEMA) para debater a temática da educação, transparência e Direito do Consumidor (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL, 2017). Bem como, a realizada em Juiz de Fora com a participação de representantes da empresa MRS Logística, da secretária de Governo, Secretário de Planejamento e Gestão e moradores do bairro Poço Rico para dialogar sobre a construção de um viaduto que passa pelo bairro e que iria obstruir a passagem de nível do trem (JUÍZ DE FORA, 2021).

À vista disso, tem-se que as Mesas de Diálogo Institucionais têm impactado significativamente o desempenho na realização de acordos coletivos de modo muito mais célere e eficaz em se comparando com um possível litígio individual, ou coletivo, especialmente, nas demandas consumeristas motivadas pelo vício do produto, ou por falhas na prestação de serviço. Por isso, a relevância da união de esforços entre instituições para fomento de uma cultura pacificadora.

Não obstante, o cenário que se coloca impõe o repensar do acesso à justiça pela via da desjudicialização, com mudança do paradigma cultural. A Mesa de Diálogo Institucional, por sua vez, configura-se meio socialmente adequado de resolução dos conflitos, conferindo protagonismo coletivo e restaurando a importância do diálogo na vida social.

REFERÊNCIAS

1. ANDREUCCI, Álvaro Gonçalves Antunes; LOUBACK, Cristian Lima dos Santos. A desjudicialização pelos cartórios extrajudiciais e o acesso à justiça na modernidade líquida. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, n. 112, p. 55-71, nov /dez. 2018.

2. ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO INSTITUCIONAL. Mesa de diálogos debate sobre “Educação, Transparência e Direito do Consumidor”. Maranhão: Universidade Estadual do Maranhão, 2017. Disponível em: <https://www.uema.br/2017/11/mesa-de-dialogos-debate-sobre-educacao-transparencia-edireito-do-consumidor/>. Acesso em: 16 jan. 2021.
3. ASSIS, Gilmar de. Medição sanitária. Cad. IberAmer. Direito. Sanit., Brasília, v. 2, n. 2, jul./dez. 2013. Anais dos III Congresso Iberoamericano de Direito Sanitário. II Congresso Brasileiro de Direito Sanitário. Disponível em: <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/download/98/14>. Acesso em: 30 ago. 2019.
4. AZEVEDO, André Gomma. et al. Manual de Mediação Judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012.
5. BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
6. BATEUP, Christine. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. Brooklin Law Review. v. 71, p. 1109-1180, 2006.
7. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2018: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 2 set. 2019.
8. CARLINI, Angélica. Judicialização da Saúde Pública e Privada. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2014.
9. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.
10. CONJUR. Política pública deve ser discutida em ação coletiva. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-04/politicapublica-discutida-acao-coletiva-ada-grinover>. Acesso em: 3 set. 2019.
11. DELDUQUE, Maria Célia; ALVES, Sandra Mara Campos; DALLARI, Sueli Gandolfi. Decreto que institui a Política Nacional de Participação Social: impactos na saúde. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 30, n. 9, p. 30, 2015.
12. DELDUQUE, Maria Célia; CASTRO, Eduardo Vazquez. A mediação sanitária como alternativa viável à judicialização das políticas de saúde no Brasil. Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 39, n. 105, p. 506-513, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sdeb/v39n105/0103-1104sdeb-39-105-00506.pdf>. <http://dx.doi.org/10.1590/0103110420151050002017>. Acesso em: 2 set. 2019.
13. FRASER N. Unruly practices: power, discourse, and gender in contemporary social theory. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.
14. FELTEN, Márcia Silvana. O exaurimento do modelo jurisdicional: ponderações sobre um diagnóstico possível. In: O sistema de justiça e suas instituições: ensaios à luz dos direitos humanos e democracia. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014.
15. FOGAÇA, Anderson Ricardo. 46º FONAJE- Paineis. Yout ube, 4 dez. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=FVpKvgfyvhk>. Acesso em: 15 jan. 2021.
15. FOGAÇA, Anderson Ricardo; GARCEL, Adriane; SOUZA NETTO, José Laurindo. As Audiências De Conciliação E Mediação Nos Conflitos Envolvendo a Fazenda Pública. Revista Digital De Direito Administrativo, v. 7, n. 2, p. 252- 268. ISSN- L: 2319- 0558 – Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – USP. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v7i2p252-268>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/166599>.
16. FOGAÇA, Anderson Ricardo; NETTO, José Laurindo de Souza. GARCEL, Adriane. Mecanismos Extrajudiciais do Direito à Saúde sob a Perspectiva do Teorema de Coase. Revista Internacional CONSINTER de Direito. Publicação Oficial do Conselho Internaional de Estudos Contemporâneos em Pós- Graduação, Ano VI, n. XI, 2º sem. 2020. Curitiba: Juruá. ISSN: 2183-6396 DOI: 10.19135/revista.consinter.00011.18. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/revistas/ano-vi-numero-xi/capitulo-02-direito-publico/mecanismos-extrajudiciais-do-direito-a-saude-sob-a-perspectiva-do-teorema-de-coase/>
17. GIDDENS, Anthony. As consequências da modernidade. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA. Com um ano de atividade, Mesa de Diálogo e Negociação Permanente contribui para reduzir tensão no campo em Rondônia. rondonia.ro.gov.br, Rondônia, 7 jul. 2017. Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/com-um-ano-de-atividade-mesa-de-dialogo-e-negociacao-permanente-contribui-para-reduzir-tensao-no-campo-em-rondonia/>. Acesso em: 16 jan. 2020.
18. GRINOVER, Ada Pellegrini, O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- JUIZ DE FORA PREFEITURA. Mesa de Diálogo e Mediação de Conflitos se reúne com moradores do bairro Poço Rico. pjf.mg.gov.br, Minas Gerais, 7 jan. 2021, 18:26. Disponível em: <https://www.pjf.mg.gov.br/noticias/view.php?modo=link2&idnoticia2=69797>. Acesso em: 16 jan. 2020.
19. KLEIN, Vinicius; PEREIRA RIBEIRO, Marcia Clara. Teorema de Coase (Coord.). O que é análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
20. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. Introdução à economia. 3.ed. São Paulo: Elsevier, 2015.
21. MARCATO, Antonio Carlos. O processo monitorio brasileiro. 2.ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2001.
22. MAGGIO, Marcelo Paulo. Saúde pública e sua tutela pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá, 2018.
23. MENDES, Conrado Hubner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011
24. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Mesa de diálogo sobre direitos dos povos indígenas reúne comunidades de diversas etnias do estado em mobilização nacional sobre o tema. mppr.mp.br, Paraná, 1 fev. 2019. Disponível em: <http://mppr.mp.br/2019/02/21215,11/Mesa-de-dialogosobre-direitos-dos-povos-indigenas-reunecomunidades-de-diversas-etnias-do-estado-em-mobilizacao-nacional-sobre-o-tema.html>. Acesso em: 16 jan. 2020.

25. PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? *Revista de Processo*. São Paulo, v. 40, n. 239, p. 301, jan. 2015 apud ALÔ, Bernard dos Reis. Desjudicializando o direito à saúde – O papel da Defensoria Pública nesse processo. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 101- 112, set/dez. 2016.
26. SALES, Lilia Maia de Moraes; ANDRADE, Mariana Dionísio de. Meios Consensuais de Solução de Conflitos: Instrumentos de democracia. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, 48, n. 192, out/dez. 2009. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>. Acesso em 28 de maio de 2016.
27. SCHULMAN, Gabriel; SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017.
28. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Evolução legislativa da fase de saneamento e organização do processo. *Revista de Processo*. v. 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 435- 460.
29. SILVA, Alexandre Barbosa da. A intervenção do judiciário nas políticas públicas de saúde: elementos de (não) justificação constitucional. In: MEZZAROBBA O et al. (Org.). *Direitos sociais e políticas públicas I*. Curitiba: Clássica, 2014, v. 25, p. 465- 494.
30. SOUZA NETTO, José Laurindo de; GARCEL, Adriane. FOGAÇA, Anderson Ricardo. Métodos Autocompositivos e as novas tecnologias em tempos de Covid-19: online dispute resolution –ODR. *Revista Relações Internacionais no Mundo Atual*, v.1, n.26 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v2i27.3989>. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3989>. Acesso em: 27 abr. 2020.
31. SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos – Da teoria à prática*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
32. RINGEISEN, Adriana Torquato da Silva. *Mediação de conflito no Sistema Único de Saúde: visões e práticas de um a experiência no município de Natal/RN*. Natal, RN, 2016.
33. TOALDO, Adriane Medianeira; BERGHANN, Márcia Muhlbaier. Desjudicialização do Direito à Saúde: a integração entre a sociedade e o estado como alternativa de enfrentamento. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; RODRIGUES, Hugo Thamir (org.). *Direito & Políticas Públicas IX*. Curitiba: Multideia, 2014

A RESSURREIÇÃO DA CONCILIAÇÃO NO CONTEXTO DAS MÚLTIPLAS PORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Roberto Portugal Bacellar¹

Como magistrado sempre fui um bom conciliador e além de me preparar, também preparava o ambiente para bem receber as partes. Muitas vezes intuitivamente ao destacar os riscos e consequências do litígio para as partes, permitia que conversassem com seus advogados em particular, suspendia a audiência para que as partes pudessem buscar esclarecimentos sobre os pontos – questões que estavam impedindo o avanço da conversa e sempre prestigiava um atendimento de qualidade às partes e aos advogados.

Nunca tive pressa de esclarecer, informar, ouvir os problemas e permitir a livre manifestação da palavra pelas partes e seus advogados. Com isso, deixei de matar processos e resolvi muitos conflitos chegando a um ponto em que os índices de solução por conciliação, nos juizados especiais, de todos os casos em que atuei no ano de 1998, chegaram a 90%.

Por isso a provocação no sentido da ressurreição da conciliação. Não é tarefa fácil, mas é possível. Na época utilizava muitas estratégias para qualificar o meu tempo e propiciar um melhor atendimento para as partes e seus advogados. Alguns instrumentos, ferramentas e técnicas não eram muito comuns: mesas redondas, música, aromas, balas, biscoitos, café, sucos e um atendimento de excelência para as partes.

Entre várias matérias jornalísticas rememoro o Globo, Rio de Janeiro, o País, que publicava em destaque a manchete “**Tribunal em ritmo zen** – Música aromas e cromoterapia em audiências de conciliação no Paraná. Curitiba. Um clima de cordialidade marca as audiências do juiz de direito Roberto Portugal Bacellar, no Juizado Especial de Curitiba (PR). Ele integra um grupo de dez juízes que usam aromas, música e cromoterapia como aliadas em audiências de conciliação. A ideia é atenuar a rivalidade entre as partes e diminuir a distância entre juiz e julgados. Bacellar, de 37 anos, aboliu o uso da toga e da linguagem rebuscada e planejou meticulosamente seu gabinete... sobre a mesa, repousam potes e sprays de aromas – de rosas, flor de laranjeira, jasmim e flores do campo – e uma coleção de CD’s. O juiz tem que se sentar no mesmo nível e de frente para as pessoas. Deve conversar de lado a lado para melhorar a comunicação – afirma Bacellar... que mantém em sua agenda os elogios que recebe ao final de cada audiência... Agora o caso se transformou em objeto de estudo de um grupo de alunos de direito da PUC/PR e deve virar tese” (O GLOBO, Rio de Janeiro, Domingo, 20 de agosto de 2000, O PAÍS, p.13).

Mais de 20 anos se passaram e hoje ainda atuo como voluntário no Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cejus) em segundo grau, utilizo mediação, práticas restaurativas, conciliação, estímulo a negociação direta entre as partes e tenho refletido muito sobre a ideia da ressurreição da conciliação.

Há múltiplas portas de acesso à justiça e Serpa indica haver mais de quarenta formas que se apresentam com características variadas e possíveis modos de aplicação em diversas situações. Para cada disputa, em particular, existe um método mais apropriado e que atende às necessidades e especificidades do caso (SERPA, 1999).

Entre essas tantas técnicas, como a negociação, a mediação, a avaliação técnica (neutra por terceiro), o aconselhamento, ombudsman, a arbitragem e med-arb (combinação de mediação e arbitragem) está nossa velha conhecida a Conciliação que com o novo Código de Processo Civil recebe nova roupagem.

Deixa a conciliação de ser um apêndice ao processo pelo método adversarial para seguir as características dos métodos consensuais: a confidencialidade, a independência, a livre manifestação de vontade das partes, boa-fé, a informalidade, a autonomia de vontade e a necessidade de cooperação.

¹ Desembargador do TJPR, formador e professor do Corpo Permanente do Mestrado Profissional da Enfam; mestre em direito social e econômico PUCPR, MBA em Gestão Empresarial UFPR, professor PUCPR, rede FGV-LLM, membro do Conselho Gestor da Conciliação do CNJe IBDP.

OS PERCENTUAIS DE CONCILIAÇÃO NO BRASIL

Os índices de conciliação no Brasil têm um percentual significativamente menor do que aquele encontrado em outros Países, ainda que denominações possam variar como ocorre nos Estados Unidos, Canadá, Austrália locais em que é mais utilizada a mediação e não se distingue como aqui os processos de conciliação e mediação.

No levantamento do Conselho Nacional de Justiça sobre os percentuais de conciliação e mediação no âmbito dos tribunais brasileiro (Justiça em Números) o índice médio de conciliação ficou em 11%, sendo o maior percentual da Justiça do Trabalho, com 25,3%. A justiça estadual que abarca mais da metade das unidades judiciárias, no ano de 2015, teve 9,4% de sentenças homologatórias de acordo, em universo de 27,2 milhões de decisões. Nos Juizados Especiais, que historicamente tem como pedra de toque a conciliação o índice encontrado foi de 19% na Justiça Estadual e de 6% na Justiça Federal (CNJ, Justiça em números 2016 - ano base 2015).

Em síntese as médias brasileiras, no contexto geral de todos os segmentos da justiça no período pesquisado, variaram de 9,4% (2015) a 12,1% (2017) e os números do Conselho Nacional de Justiça demonstram que entre 2015 e 2018, o percentual de conciliação na fase de conhecimento manteve-se estável durante três anos e registrou ligeira redução de 0,4 ponto percentual no último ano (CNJ, Justiça em Números 2019 - ano-base 2018).

A Justiça do Trabalho no Brasil sempre se destacou nos relatórios com maiores percentuais do que os encontrados na justiça comum, ainda assim a média geral continuou baixa em comparação com outros países. Vejamos.

Nos Estados Unidos da América, há muitos anos os percentuais encontrados ficam entre 85% e 95% de casos resolvidos por acordo e segundo Toni Fine, seria muito difícil, se não impossível, para o funcionamento do sistema jurídico norte-americano se um grande percentual de disputas não fosse resolvido antes de um julgamento formal (FINE, 2011, p.88).

A multiplicidade de mecanismos e depois as próprias características dessas portas, mais interventivas ou menos interventivas, na nossa posição, auxiliam que os percentuais de solução consensual nesses Países sejam maiores. Lá esses mecanismos trabalham com esclarecimento e expectativa de resultados e fazem com que as partes a percebam o conflito mediante prismas diferenciados visualizando os dois lados da moeda e as chances reais de obterem um resultado favorável. No *fact-finding*, por exemplo, o prévio levantamento dos fatos da realidade induz o acordo na medida em que é uma ferramenta que trabalha de maneira a prevenir uma causa que não seja viável do ponto de vista dos fatos e das provas.

Em outras palavras há de se refletir sobre o fato de que as partes, em alguma medida, precisam tomam conhecimento dos fatos como eles são, dos pontos fracos de cada um de seus argumentos e isso é importante para que demandas aventureiras não abarquem nossos tribunais. Outro exemplo que podemos mencionar que também funciona bem em outros países, que contemplam múltiplas portas de acesso à justiça. é a avaliação neutra por terceiros.

Por meio dela (de maneira pré-processual) há maior informação sobre os fatos, maior clareza nas expectativas e embora na avaliação neutra, o que também ocorre no *fact-finding* as conclusões não sejam vinculantes para as partes, isso facilita a elas, uma a melhor compreensão do caso conforme a realidade e abrem opções concretas e viáveis para a realização de acordos. No sistema norte americano, como um todo, mais de 95% dos casos são solucionados de forma consensual de forma prévia com a opção de uma das múltiplas portas de acesso à justiça diversas na sentença judicial por métodos adversariais (forma adjudicada).

A proposta do texto é que aproveitemos melhor aquilo que nos é de maior familiaridade. Nossa cultura brasileira já sabe bem o que é a conciliação, sabe que ela permite, a partir dos fatos, que o conciliador apresente propostas de soluções para o litígio. Isso também ocorre em outros países com as denominadas mediações avaliadoras que também apresentam às partes de forma direta e sem rodeios os riscos e consequências do litígio, inclusive a possibilidade de litigar e perder a causa. Por experiência própria, assistindo uma dessas mediações avaliadoras, ouvi o mediador dizer com todas as letras para uma das partes: “faça acordo! Não há juiz nos Estados Unidos que possa te dar ganho de causa”. Em seguida as partes formalizaram um acordo.

Não precisamos chegar a tanto, mas em algum momento é necessária a ressurreição da conciliação. Ela existe no Brasil desde as ordenações e depois na nossa primeira Constituição do Império de 1824 e preciso resgatar de forma técnica e adequada a sua melhor utilização. Lembro sempre que ela foi muito mal explorada no Brasil e até há pouco tempo era comum o juiz iniciar e terminar a audiência – sem ouvir as partes e apenas formulando a pergunta: “tem acordo?” A partir da resposta negativa dava por encerrada a tentativa de conciliação e seguia para a instrução e julgamento. Não se dava oportunidade de fala para as partes, não se esclareciam as expectativas, não se identificavam as necessidades muito menos os interesses. Por essa e outras muitas razões práticas é preciso mudar a postura dos operadores do direito a fim de que a conciliação seja um espaço dialógico de respeito, onde sejam ouvidas as partes, onde se permitam levantar todas as questões a fim de que possa renascer uma a conciliação adequada e efetiva no Brasil, motivos pelos quais proponha a sua ressurreição.

A ressurreição da conciliação poderá inverter a atual explosão de demandas judicializadas. A judicialização aqui no Brasil é a regra e em outros países (que estimulam outras portas de soluções extrajudiciais, pré-processuais) tem sido a exceção.

Arbitragem e a mediação são comuns aos países que adotam o sistema denominado *common law*. No Brasil, que adota o sistema da *civil law*, a cultura adversarial e a solução dita adjudicada sempre foi a preferida e a população, por seus advogados, procura o Poder Judiciário para tudo (BACELLAR, 2020, p.209).

O sistema judiciário, como um todo, não tem conseguido diminuir significativamente o crescente volume de causas em estoque, a despeito da grande produtividade dos juízos brasileiros e das metas anuais do CNJ a estabelecer a prioridade de julgar maior número de processos do que os ingressados. O estoque acumulado no Brasil foi de 92,2 milhões (2012), 95,1 milhões (2013) e há

informações de que posteriormente esse número teria alcançado 106 milhões (LAGRASTA, 2019, p.143), o que evidencia que as soluções precisam também ser buscadas de forma prévia, antes da judicialização. Certamente um percentual significativo desses casos poderia encontrar soluções, até mais adequadas, fora do ambiente do Poder Judiciário (BACELLAR, 2020, p.210).

Essa judicialização excessiva criou graves problemas quantitativos e qualitativos na forma de se atender ao jurisdicionado, de modo que somente a adoção de um novo modelo de justiça – o que inclui a participação do setor privado -, com diferentes possibilidades de resolução dos conflitos, será capaz de equilibrar os papéis das instituições no alcance da pacificação social (ÁVILA, 2019, p.180).

As soluções extrajudiciais com a participação do setor privado e mais do que isso a atuação mais conciliatória por parte dos advogados é uma condição necessária para reequilibrar a própria judicialização e diminuir a explosão de demandas.

O estímulo a uma postura cooperativa, no ambiente do Poder Judiciário e a percepção de que deve prevalecer um juízo de adequação, pode auxiliar o sistema brasileiro na melhora quantitativa dos índices de acordo. Nota-se que no Brasil é quase insignificante (se compararmos com outros países) o percentual de soluções pacíficas extrajudiciais, pré-processuais, nos escritórios de advocacia, ou encontradas por meio de câmaras privadas de solução de conflitos. Transparece, na cultura brasileira, que as câmaras privadas estão sempre concorrendo com o sistema oficial e as partes e os advogados preferem litigar. Aqui, nem mesmo os entes públicos e as Agências Reguladoras têm promovido a solução extrajudicial de seus conflitos, resultando em uma explosão de ações judiciais que poderiam ser evitadas com uma atuação mais preventiva dos advogados e gestores (BACELLAR, 2020, p.210).

É fato que as soluções extrajudiciais, por advogados, por entes públicos, por Câmaras Privadas e outros setores de forma preventiva (antes da judicialização), são comuns na *ADR*. Nos países que adotam a *common law*, a judicialização é sempre desestimulada e ocorre um incentivo permanente para as soluções extrajudiciais, administrativas e preventivas, como a *Discovery* pelos advogados (investigação, pesquisa dos fatos e busca de provas antes do ajuizamento da ação) que só demandam se isso for imprescindível e adequado (BACELLAR, 2020, p.211).

Os advogados com a reformulação do Código de Processo Civil podem agora conseguir soluções prévias. Há a ampliação das possibilidades de produção antecipada de provas (ação autônoma que permite a produção antecipada de quaisquer provas) e autoriza a *Discovery* que muitas vezes vemos nos filmes norte-americanos com os advogados produzindo provas em seus escritórios, além de permitir a exibição de documentos não mais como ação cautelar, o que facilita o pedido porque independe agora de perigo/urgência.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, ensinam além disso, que “a gestão do processo e as estratégias a serem utilizadas processualmente dependem do conhecimento dos fatos. O inc. III, art. 381, CPC, valoriza a *Discovery* (pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da demanda), resultando em uma espécie de fase pré-processual (*pre-trial*),

permitindo o conhecimento dos fatos relevantes antes do ajuizamento da demanda” (DIDIER e ZANETI, 2017, p.47).

Note-se que ao enfatizarmos que nos Estados Unidos há um percentual grande de casos que são solucionados extrajudicialmente, temos de lembrar que muitos acordos ocorrem após a realização de algumas investigações dos fatos, um dos benefícios do modelo (*discovery*). É a descoberta de fatos (*discovery*) antes de um julgamento que incentiva acordos inteligentes e eficientes (FINE, 2011, p.88)

Cada vez mais os sistemas se aproximam e estamos seguindo a linha de estímulo às soluções prévias e isso se deve ao planejamento pelo CNJ de uma política judiciária de solução adequada de conflitos, o que motivou inclusive as atuais alterações legislativas do CPC e a edição da Lei de Mediação.

A Resolução 125 do CNJ e as novas leis editadas passaram a discorrer sobre esses métodos e estimular a criação de um sistema multiportas de acesso à justiça junto aos próprios tribunais. Aproveita-se a cultura de procurar os Tribunais e quando as pessoas chegam, a elas são oferecidas múltiplas possibilidades, inclusive a de não demandar utilizando um centro judiciário de solução de conflitos e cidadania (Cejusc) unidade judiciária do próprio tribunal. Além da solução pré-processual, no próprio Cejusc, é possível também o redirecionamento e orientação, no setor de cidadania, para encaminhamento da situação para fora do “tribunal” se isso for mais adequado. Neste ponto, no Brasil, é preciso evoluir a fim de que os operadores do direito percebam ser imprescindível a cooperação para que todos ganhem, principalmente o cidadão que necessita da solução mais adequada às peculiaridades do seu caso (BACELLAR, 2020, p.212).

Os advogados em geral começam a perceber a importância que protagonizam em um sistema multiportas e o espaço que se abre para o nascimento de nova postura.

Cláudio Lamachia, Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (2016-2018), destaca o dever do advogado (público e privado) de sempre tentar dissuadir seus representados do ajuizamento de ações infundadas, de prestar informações claras sobre as possíveis consequências da demanda e sobre as melhores alternativas disponíveis. Enfatiza ainda o papel determinante a advocacia a cumprir para a substituição de uma cultura de litigiosidade em favor de uma cultura de direitos (LAMACHIA, 2019, p.134).

Um dos princípios que orientam o processo de múltiplas portas é o princípio da adaptabilidade que informa que o procedimento há de se afeiçoar às peculiaridades de cada litígio. Uma questão extremamente técnica como a qualidade de uma turbina de avião, poderá ser encaminhada para um árbitro especialista em engenharia aeronáutica (BARBOSA, 2003).

Diversamente de uma postura antiga de litigiosidade a todo custo, arraigada, que muitas vezes imobilizava o conflito e as partes, por uma vivência do litígio que não levava em conta premissas básicas como: o real interesse dos indivíduos envolvidos; custo da judicialização do litígio - econômico sim, mas muito mais do que isto, custo emocional; o tempo do processo; a quantidade de recursos materiais e humanos mobilizados, tudo isso e muito mais formava um verdadeiro e embarçoso “novelo” que desaguava na única e estreita porta existente, a da solução

adjudicada, imposta pelo Poder Judiciário. (BACELLAR, 2020, p.213).

Nós os operadores do direito precisamos repensar nossa postura e mais do que isto, a acompanhar as mudanças que aí estão, com o surgimento do já mencionado sistema de múltiplas portas no contexto da ideia de mobilidade e de acesso à justiça como acesso à resolução adequada dos conflitos (BACELLAR, 2016, p.54).

A RESOLUÇÃO 125/CNJ QUE INSPIROU AS NOVAS LEIS, CRIOU OS (CEJUSCS) E ADOTOU O SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), enfatizou que o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CR) implica em acesso à ordem jurídica justa e definiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse. Constou na Resolução 125 do CNJ os objetivos que embasam essa política, consistentes em reduzir o congestionamento dos tribunais e a excessiva judicialização de conflitos; reduzir a quantidade de recursos e a excessiva execução de sentenças; ofertar outros instrumentos de pacificação social para solução e prevenção de litígios como a conciliação e a mediação; estimular e apoiar a difusão, a sistematização das práticas de resolução de conflitos já existentes nos tribunais e buscar ainda seu aprimoramento; uniformizar a linguagem dos tribunais e os próprios serviços de conciliação, mediação. Tudo isso para efetivamente disseminar no Brasil a cultura de pacificação, como importante contraponto da tendência brasileira de litigar perante os órgãos do Poder Judiciário (BACELLAR, 2016, p.69-70).

A oferta de múltiplas portas de acesso à justiça no Brasil poderá antecipar uma mudança de mentalidade dos profissionais do direito e consolidar uma real facilitação de acesso à solução adequada dos conflitos, estimulando a cultura da paz em contraposição à cultura da sentença.

Os atuais e futuros profissionais do direito já estão recebendo, na graduação, ensinamentos sobre outros métodos de administrar, transformar e resolver conflitos além do adversarial e já percebem a necessidade de focar a escolha por soluções alternativas diversas das soluções adjudicadas pelo Poder Judiciário.

Kazuo Watanabe nesse sentido destaca que “o ponto de partida para a **mudança de mentalidade** dos operadores do Direito (juízes, promotores, advogados, procuradores, defensores públicos), transformando a atual “**cultura da sentença**” em “**cultura da pacificação**”, está na adequada formação dos futuros profissionais do Direito, preparando-os não somente para a solução contenciosa dos conflitos de interesses, como também para a solução negociada e amigável, com o uso dos chamados meios consensuais de solução de controvérsias (Negociação, conciliação e mediação). Mais do que isso, o importante é a mudança do método de ensino do Direito, em especial do Direito Processual Civil, nele incluindo não somente o estudo dos conceitos, categorias e institutos processuais aplicáveis à solução contenciosa dos conflitos, mas também, de forma aprofundada, o estudo dos conflitos de interesse e dos métodos adequados de sua prevenção e solução” (WATANABE, 2019, p. 30).

Uma formação interdisciplinar e mais ampla se apresenta como imprescindível à consolidação dessa

mudança de mentalidade. Em um contexto de adaptabilidade aos novos ventos de adequação e efetividade, emergem pelo menos 05 (cinco) caminhos ou portas de acesso à resolução adequada dos conflitos, além da tradicional que é adversarial e adjudicada pelo Poder Judiciário. São elas: (a) a da arbitragem: endoprocessual dos juizados especiais da Lei 9.099/1995 e a da arbitragem Geral da Lei 9.307/1996; (b) a da conciliação; (c) a da mediação; (d) a de estímulo à negociação direta e preventiva entre as partes – e se judicializada a questão com a suspensão do processo; (e) da justiça restaurativa (Resolução 225 CNJ).

Apenas o conhecimento de cada uma dessas portas é que permitirá avaliar em quais situações é recomendável a utilização de uma ou de outra, ainda assim, nossa posição é a de prestigiar, em um primeiro momento, a conciliação.

Nos métodos consensuais, onde se insere a conciliação, a partir das questões levantadas pelos interessados, as soluções advêm da vontade dos próprios interessados – solução autocompositiva, independentemente de qualquer produção probatória ou de decisão de terceiro, por isso, esses métodos, priorizam-se as formas autocompositivas.

O Código de Processo Civil de 2015 indica priorizar as soluções consensuais por meios autocompositivos e ainda que na conciliação, o conciliador possa apresentar algumas sugestões de mérito ao conflito, continuam caracterizadas pela preponderância da decisão das partes – que aceitam ou encontram por elas mesmas as soluções para o caso.

A priorização da conciliação (e outros métodos consensuais como a mediação), materializa o caminho no sentido de desafogar o Poder Judiciário de causas que não precisariam ser judicializadas e ofertar outros caminhos para a adequada solução de conflitos diversos do julgamento por uma sentença judicial (BACELLAR, 2020, p.217).

Já ressaltai em outras oportunidades a importância da triagem dos casos que são apresentados nos Cejuscs, a fim de que, após uma análise prévia eles possam encontrar o correto encaminhamento e encontrem uma solução que seja a mais adequada.

Tenho criticado a praxe muito comum nos juízos brasileiros de designar audiência de mediação ou conciliação. Após uma triagem preliminar, estudo inicial do relato das pretensões, o juiz já deve indicar o caminho adequado. Percebendo tratar-se de questão de vários vínculos, com componentes emocionais deveria desde logo designar uma audiência de mediação. Na dúvida e não há rigidez nessa escolha, nossa posição é a de que os casos devam ser encaminhados para a conciliação que pode alcançar resultados de forma mais rápida e efetiva. Nada impede, porém que em face do que se denomina princípio da adaptabilidade, o conciliador, com contato real e mais próximo do caso, possa redirecionar a causa para algumas outras das portas que entenda mais adequada.

Aqui surge mais um indicativo importante, neste contexto, qual seja o de investir mais atenção ou priorizar o modo que seja comum, investir naquele modo mais conhecido e aperfeiçoá-lo para que possa obter melhores resultados. Chamo isso de ressuscitar a conciliação, que pode gerar atuação franca do conciliador com as partes, sem imposição, e ao mesmo tempo trabalhar a explicação técnica

dos riscos, consequências do litígio e com clareza das expectativas a fim de orientar um acordo conscientemente aceito e adequado para as partes – nas circunstâncias em que ele se apresenta. A nossa posição é no sentido de que em todas as unidades judiciárias, principalmente nos Cejuscs, se trabalhe preferencialmente com a conciliação. Dar foco e trabalhar pela ressurreição da conciliação, que é a forma mais comum e conhecida na cultura brasileira, pode ser um dos caminhos neste importante momento, inclusive para aumentar, com qualidade, os índices de acordo em todos os segmentos da justiça brasileira. Não se desconhece a importância da mediação e de outras formas – mas há de se priorizar a conciliação e só depois pensar nas demais portas (BACELLAR, 2020, p.217).

Informa a doutrina ser preciso saber indicar qual o método mais adequado e apropriado para a resolução de cada conflito, de acordo com suas características, considerando-se o tipo de conflito, as necessidades das partes em face de um eixo – o equilíbrio do homem no tempo e lugar onde vive (KEPPEN & MARTINS, 2009).

Nos últimos anos, no Brasil, muito se falou em mediação e pouca importância se deu para a conciliação – quase como se ela devesse ser esquecida. Poucos são os requisitos para ser conciliador e nem mais são oferecidos cursos de conciliação. É certo que os cursos de mediação, ao ofertarem uma gama de características interdisciplinares mais abrangentes e próprias da mediação com suas ferramentas e técnicas, contribuíram muito para a melhora na qualidade da conciliação. Porém, hoje, a explosiva litigiosidade brasileira exige agilidade, exige efetividade prática que a mediação não tem (BACELLAR, 2020, p.218) e a conciliação pode e deve fazer cumprir.

Ada Pellegrini Grinover, em escrito que remonta a implantação dos juizados de pequenas causas, lembrando Galeno Lacerda, destaca: “Do conjunto de estudos sobre a conciliação, pode-se concluir que, durante um longo período, os métodos informais de solução de conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização. Mas como escreveu um sensível processualista brasileiro, *quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos a nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se, acaso, com mais humildade, dentro de nossas forças e limites, não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente.* (GRINOVER, 1985, p.159).

Proponho que a conciliação, ressignificada, renascida, ressuscitada possa nos ensinar a vencer os desafios do presente.

Ela não é melhor, nem é pior do que outros processos. Ela a conciliação é como sempre digo a nossa velha conhecida e a ela se deve dar a chance de demonstrar a que veio. As críticas que se fazem à Conciliação por facultar ao conciliador sugerir soluções para o litígio, podem também ser sua principal vantagem, até porque antes de ofertar sugestões o conciliador deve deixar claras para as partes as expectativas relativas ao conflito nas condições em que ele se apresenta.

Para essa ressurreição da conciliação, destaquei em outros escritos as significativas reflexões de Cândido Rangel Dinamarco, ao comentar o art. 21 da Lei dos Juizados Especiais (da sessão de conciliação) e enfatizar o foco que

deve se dar na questão dos riscos e consequências do litígio (BACELLAR, 2020, p.219): “a experiência ensina que a intransigência é muitas vezes fruto de uma desmesurada confiança nas próprias razões, sem perceber que o adversário também pode ter as suas, nem sentir que há o risco de, a final, amargar uma derrota inesperada” (DINAMARCO, 2001, p.131).

A proposta que apresento do ponto de vista prático é de auxiliar as partes a perceber o conflito mediante prismas diferenciados fazendo-as tomar conhecimento de fatos da realidade que possam indicar o ganho ou a perda da causa e de forma ética e transparente demonstrar clareza nas expectativas.

Ressuscitar a Conciliação é investir na formação de conciliadores que inseridos no espaço-tempo-cultural local das partes possa esclarecer, envolver e deixar muito claras as expectativas, com real indicação de riscos e consequências do litígio a fim de que bem informadas as partes possam, bem informadas e com autonomia de vontade optar por uma solução aceitável, mesmo que para isso escolham fazer concessões mútuas.

A conciliação bem trabalhada, por auxiliares da justiça capacitados, fará aumentar os índices de acordo para percentuais condizentes com os tantos investimentos que a política pública de solução adequada dos conflitos tem feito no Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALTAVILLA, Enrico. Psicologia judiciária. Coimbra, Armênio Amado – Editor, Sucessor, 1981.
- ÁVILA, Henrique. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Gestão judicial e solução adequada de conflitos: um diálogo necessário. Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg.166- 181.
- BACELLAR, Roberto Portugal. As lições da ADR para aumentar os índices de acordo e a ressurreição da conciliação, p. 205/224. POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES – 10 ANOS DA RESOLUÇÃO CNJ Nº125/2010. LAGRASTA, Valéria Ferioli. ÁVILA, Henrique de Almeida. Instituto Paulista de Magistrados – IPAM – 2020, São Paulo.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valéria Ferioli. *Conciliação e Mediação – ensino em construção*. 1. ed. São Paulo: IPAM – Instituto Paulista de Magistrados e ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, 2016c.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Coleção Saberes do Direito, 53.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Administração Judiciária – com justiça*. Curitiba: Editora InterSaberes, 2016a.
- BACELLAR, Roberto Portugal. Seção V - Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais. In: *Código de processo civil comentado*. Coordenação José Sebastião Fagundes Cunha (coordenador geral), Antonio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2016b. p. 365 – 385.
- BARBOSA, Ivan Machado. *Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual*. 2003.

- <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/forum-de-multiplas-portas-uma-proposta-de-aprimoramento-processual/>. Acesso em 06 mar.2020.
- BAUMAN, Zygmunt, 1925-2017. *Modernidade líquida* / Zygmunt Bauman; tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- DIDIER JR, Fredie. ZANETI JR, Hermes. *Justiça multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em direitos coletivos*. Justiça Multiportas : mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos / Hermes Zaneti Jr e Trícia Navarro Xavier Cabral – coordenação geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodvm, 2016, pg. 35- 63.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano* / Toni M. Fine; tradução Eduardo Saldanha; revisão técnica Eduardo Appio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRs, mediação e conciliação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Conciliação e juizados de pequenas causas*. Juizado especial de pequenas causas: Lei n.7.244 de 7 de novembro de 1984 / Kazuo Watanabe...[et al.] – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985, pg. 147- 157
- Justiça em números. 2013: ano-base 2012 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2013.
- Justiça em números. 2015: ano-base 2014 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2015.
- Justiça em números. 2016: ano-base 2015 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2016.
- Justiça em números. 2018: ano-base 2017 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2018.
- Justiça em números. 2019: ano-base 2018 / Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019.
- Juizado especial de pequenas causas: Lei n.7.244 de 7 de novembro de 1984 / Kazuo Watanabe...[et al.] – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- Justiça Multiportas : mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos / Hermes Zaneti Jr e Trícia Navarro Xavier Cabral – coordenação geral, Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodvm, 2016.
- KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. Nadia Bevilaqua Martins. *Introdução à resolução alternativa de Conflitos: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente*. Curitiba : JM Livraria Jurídica, 2009.
- LAGRASTA, Valeria Ferioli. AVILA, Henrique de Almeida (Coords.) *POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES – 10 ANOS DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 125/2010*.
- LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.) *Guia prático de funcionamento do Cejusc: centro judiciário de solução de conflitos*. 2ªed. Revisto e atualizado de acordo com o Novo CPC (Lei n.13.105/2016) e a Lei de Mediação (Lei. N. 13.140/2015). São Paulo: IMPAM, 2016.
- LAGRASTA, Valeria Ferioli. *Reflexões sobre o conflito e seu enfrentamento*. Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 141- 161.
- LAMACHIA, Cláudio. *Por uma cultura de direitos, não de litigiosidade*. Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg.113- 135.
- Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- O GLOBO, *Tribunal em ritmo zen: música, aromas e cromoterapia em audiências de conciliação no Paraná*. Rio de Janeiro, Domingo, 20 de agosto de 2000, O PAÍS, p.13.
- POLÍTICA JUDICIÁRIA NACIONAL DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES – 10 ANOS DA RESOLUÇÃO CNJ Nº 125/2010. LAGRASTA, Valéria Ferioli. ÁVILA, Henrique de Almeida. Instituto Paulista de Magistrados – IPAM – 2020, São Paulo.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Guerra e paz: as conexões entre jurisdição estatal e os métodos adequados de resolução de conflitos*. Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 43- 102
- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 1999.
- TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2.e. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.
- Tribunal em ritmo zen: música, aromas e cromoterapia em audiências de conciliação no Paraná*. O GLOBO, Rio de Janeiro, Domingo, 20 de agosto de 2000, O PAÍS, p.13.
- Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- WATANABE, Kazuo. *Estratégias para a solução pacífica dos conflitos de interesses*. Soluções Pacíficas de Conflitos: para um Brasil Moderno / organização Augusto Cury – Rio de Janeiro: Forense, 2019, pg. 27- 37.
- WATANABE, Kazuo. *Juizado especial de pequenas causas: Lei n.7.244 de 7 de novembro de 1984 / Kazuo Watanabe...[et al.] – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.*



@2vicetjpr



2ª Vice-Presidência TJPR



2ª Vice-Presidência do TJPR