

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

ACESSO À JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

FERNANDA HOLANDA DE VASCONCELOS BRANDÃO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso a justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-397-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Negócio Jurídico.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília - DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, contemplou, como tema central, “Desigualdade e Desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho “Acesso à Justiça”, coordenado pelas Profas. Dras. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília (UnB).

Com o propósito de garantir a construção dialógica de conceitos e estruturas do pensamento, pesquisadoras e pesquisadores associados ao CONPEDI debateram os resultados de suas investigações científicas no referido GT que desenvolveu suas atividades na tarde do dia 21 de julho de 2017.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho perpassou pela discussão proposta por 23 artigos. O Acesso à Justiça foi analisado e debatido sob o olhar da garantia do meio ambiente, da educação às pessoas com deficiência, das ações coletivas, da preocupação com a relativização da defesa processual, da mediação, da conciliação, da arbitragem, dos direitos fundamentais, da assistência judicial gratuita, da atuação da defensoria pública, da dialogia com a ciência política, dos negócios jurídicos processuais, dos precedentes judiciais, da desjudicialização e do espectro digital dos atos e medidas processuais.

As coordenadoras dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadoras e pesquisadores das mais diversas localidades e nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Brasília, julho de 2017.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Profa. Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Universidade Federal da Paraíba /UFPB

**ADVOCACIA NEGOCIAL X CULTURA DA LITIGÂNCIA: UM VALIOSO
MÉTODO DE DESJUDICIALIZAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS**
**BUSINESS ADVOCACY X CULTURE OF LITIGATION: A VALUABLE METHOD
OF DESJUDICIALIZATION DISPUTES**

Alex Taveira dos Santos
Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão

Resumo

É notório que o Poder Judiciário está abarrotado de processos e mostra-se ineficiente em resolver todas as demandas de maneira célere e eficaz. A partir deste contexto, cresce a busca por meios alternativos que promovam solução e garantam acesso à justiça. No entanto, os métodos já conhecidos, em que pese serem ótimos, estão imersos na cultura da litigância. Este estudo visa explorar o método da Advocacia Negocial como mecanismo de desjudicialização das controvérsias, em situações até mesmo anteriores a sua existência. Conclui-se que através da Advocacia Negocial é possível resolver interesses contrários sem processo, ganhando-se em celeridade e efetividade.

Palavras-chave: Advocacia negocial, Cultura da litigância, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

It is notorious that the judiciary is overflowing with processes and inefficient in resolving all demands quickly and effectively. From this context, the search for alternative means that promote the solution and guarantee access to justice grows. However, the already known methods, although good ones, are immersed in the culture of the litigation. This study aims at exploring the method of Business Advocacy as a mechanism for the desjudicialization of controversies in situations prior to its existence. It has concluded that through the Business Advocacy it is possible to resolve contrary interests without process, gaining in celerity and effectiveness.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business advocacy, Culture of litigation, Access to justice

INTRODUÇÃO

Com o avanço tecnológico, científico e cultural, bem como da facilitação do acesso a produtos e serviços por trocas comerciais eletrônicas crescem também o número de demandas judiciais questionando certos direitos e garantias violados, sejam no campo do direito do consumidor, do trabalho, no serviço público ou na esfera cível. Em todos os casos, a solução almejada pelos operadores do direito tem sido o judiciário. Além de toda essa profusão de ações, o atual contexto brasileiro está assoberbado de interferências judiciais no campo da política e na proteção de interesses difusos. Esse conjunto de fatores desembocou na atual situação de crise que se encontra o judiciário cujos principais problemas são: morosidade processual, falta de efetividade em suas decisões e precarização do serviço, abalando a confiança do cidadão na prestação jurisdicional.

Vê-se que o abarrotamento de processos não é o problema em si enfrentado pelo judiciário brasileiro, esta é apenas a ponta do *iceberg*, as consequências do problema, que é mais crônico e permeia todo o sistema jurídico, inclusive nos cursos jurídicos universitários. Trata-se, portanto, da cultura da litigância em que tudo se resolve com processos judiciais. As divergências de opiniões e interesses é algo natural na convivência humana, não pode ser visto apenas de modo negativo, cabendo análise de desenvolvimento e evolução através de uma situação de conflito ou não. O problema reside na forma em que a sociedade busca a solução desse conflito. E a forma mais usual de resolução de conflitos tem sido a prestação jurisdicional, estigmatizada inclusive pelo texto Constitucional que exige a inafastabilidade de apreciação de lesão ou ameaça a direito do poder judiciário.

Conscientes da crise judiciária de acesso à justiça e dos esforços de seus órgãos em iniciativas, que buscam uma prestação jurisdicional justa e eficiente, vários métodos alternativos foram formatados e implementados na busca de desafogar o judiciário, quais sejam: a mediação, conciliação e arbitragem, métodos que tem se mostrado excelentes, mas que ainda estão imersos dentro da cultura da litigância da qual se tem falado e muitas vezes pelo seu alto custo inacessível a todos. Uma das várias consequências desse modelo padrão de litigância é que tem-se de um lado um vencedor e de outro um perdedor, que não raras vezes travam batalhas infundáveis apenas por não querer sair como sucumbente na demanda. Esse modelo não se volta para o reestabelecimento das relações entre as partes, e não fornece uma solução ampla. Gerando em diversos casos, novas demandas e recursos que ainda esbarram na morosidade do judiciário.

É dentro desse turbilhão de problemas de acesso à justiça pelos altos custos de alguma soluções alternativas, como é o caso da arbitragem, seja por outros métodos que se concretizam apenas quando já instaurado um conflito perante o judiciário, tais como a

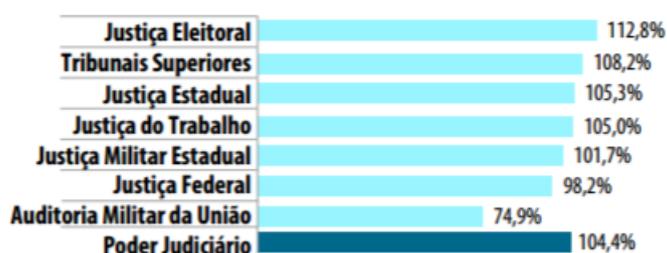
mediação e a conciliação, que abre-se espaço para uma forma de solução auto compositiva de controvérsias denominada de Advocacia Negocial. O papel do advogado litigante abre espaço para o papel do advogado negociador, cuja missão precípua não é a de promover demandas judiciais, mas atingir a ponderação de interesses em suposto conflito, apresentando de forma técnica as vantagens de uma composição anterior a formação da lide.

A negociação surge para ilidir a formação de mais e mais processos, possibilitando com que as possíveis controvérsias sejam dirimidas sem que haja um vencedor e um vencido, mas que ambos saiam como o sentimento de vencedores por terem solucionado a questão sem necessidade de judicialização. É partir dessa proposição que o presente artigo é desenvolvido. Busca-verificar a atual situação de crise enfrentada pelo judiciário brasileiro em termos numéricos e a partir daí discorrer, a primeiro momento sobre a cultura da litigância e como isso está enraizado no modelo jurídico do país, inclusive das universidades. Em seguida discorre-se sobre a advocacia negocial e seus pressupostos e funcionamento e, por fim, como através de valioso método pode-se obter resultados positivos na desjudicialização dos conflitos.

2 A CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

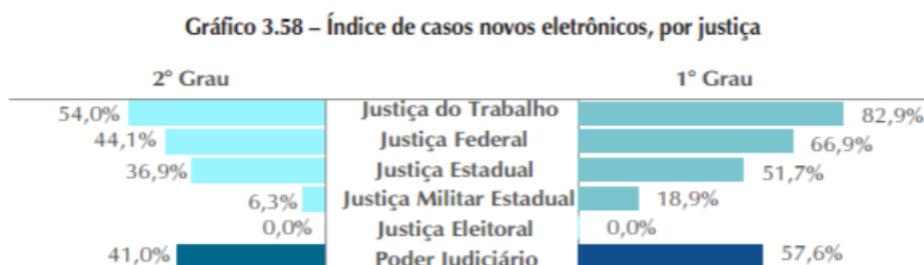
O Estado, historicamente compreendido como o único responsável pela tutela jurisdicional, busca garantir o acesso à justiça a todos os cidadãos. Ocorre que na atualidade, em decorrência do alto volume de demandas, o Poder Judiciário não consegue prestar um serviço eficaz e célere, configurando o atual cenário da crise desse Poder. A cultura do litígio desagua na superlotação dos tribunais com casos que poderiam ser resolvidos sem a intervenção do Estado, evidente que nas demandas em que se discute direitos disponíveis.

Para evidenciar o estado de crise em que se encontra o judiciário, vejamos a taxa de congestionamento de demandas em curso fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça em seu relatório do ano de 2016:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2016)

Os dados fornecidos pelo gráfico remontam um quadro caótico no serviço jurisdicional. Levando-se em conta que estes números se referem apenas aos processos eletrônicos no período de 2009 à 2015. A situação se agrava ainda mais quando no mesmo relatório percebe-se que o número de demandas judiciais cresce exponencialmente, o que nos remonta a uma projeção ascendente. Vejamos o gráfico que retrata os casos novos no mesmo período:



Fonte: Conselho Nacional de Justiça (BRASIL,2016)

É inegável que o atual modelo de prestação jurisdicional encontra sérias dificuldades para dar repostas à sociedade. Esse quadro é uma projeção do atual modelo jurídico brasileiro, que se inicia com o modelo de ensino jurídico nos cursos de direito, perpassa pelo modelo de legislação vigente, que até 2015 vigora um código de processo civil que não estimulava a prática de soluções alternativa, pelo menos não como deveria.

Alguns passos já foram dados para buscar a saída da crise, mas tais medidas têm que ser tomadas em conjunto, de modo sistêmico. Caminhamos com várias reformas do Código de Processo Civil. Mas pouco ou nada adiantará a busca de um processo mais célere, com um crescente ajuizamento de ações, um número insuficiente de juízes e sem o necessário suporte ao desempenho de seu trabalho.

Com o advento do novo código de processo civil, incorporado ao ordenamento jurídico através da Lei ordinária de nº. 13.105/2015, buscou-se desafogar o judiciário através da redução do número de recursos, unificação dos prazos e de soluções alternativas de conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem. No entanto, em que pese serem mecanismos eficientes, essas ferramentas não têm conseguido mudar o quadro volumoso de demandas judiciais. Seja porque alguns destes métodos são demasiados caros, como é o caso da arbitragem. Seja porque a conciliação e a mediação estão imersas na cultura da litigância e não resolvem o problema antes da formação do processo, em tese ocorrem posterior a demanda.

Kiyoshi Harada sistematiza e tenta explicar a questão dizendo que a atual situação de crise é decorrente causas de várias espécies, e cita, tais como “a falta de democratização da Justiça”, “a crise de natureza estrutural”, “a crise decorrente de atuação inadequada dos operadores do direito”, “a crise decorrente do ensino jurídico” e “a crise de natureza financeira”, dentre outras (2003, p. 284).

Concorda-se com o citado autor quando retrata que em grande medida essa situação de crise está associada ao ensino jurídico também¹. Nas faculdades de direito a cultura da litigância impera, onde aluno deixa os bancos da universidade preparados para litígio. Não há uma preparação efetiva para solução pacífica de controvérsias. Ensina-se processo civil, processo do trabalho, processo penal, processo tributário e tantas outras como prática jurídica no processo. De forma tímida, após as alterações em algumas das legislações começam a aparecer as disciplinas de mediação e arbitragem. São mudanças como estas que podem fornecer subsídio social para saída dessa atual conjuntura de crise.

Tratar das mudanças que podem trazer a resolução do problema da crise no judiciário, no conduz a uma reflexão da sua amplitude e dos agentes que podem participar na solução do problema. Essa melhora na prestação judicial, não se limita, e não se resolve apenas com a estrutura do Poder Judiciário, ou na criação de instrumentos hábeis para tal, mas deve ser direcionada às partes para solução de possíveis litígios, sejam antes de chegar a tal ponto, seja quando já instaurados. É nesse momento que entre em pauta a prática da Advocacia Negocial como mecanismo apto a modificar o quadro atual.

Não se pretende aqui discutir todo esse sistema de resolução de conflitos, vamos apontar apenas alguns aspectos dos meios já existentes de solução alternativas dos conflitos e relacionar esses mecanismos à cultura da litigância. Em um segundo momento, passa-se a discorrer sobre os mecanismos de funcionamento da advocacia negocial e sua contribuição para a desjudicialização de possíveis controvérsias.

3 O PARADIGMA DA CULTURA DA LITIGÂNCIA

Entende-se por um paradigma neste contexto, a mesma ideia trazida por Thomas Kuhn, quando diz que os “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. (KUHN, 1991)

¹ Para se aprofundar mais neste eixo temático da crise do ensino jurídico ver o capítulo 1 do “Advocacia Negocial: Promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos. A União: João Pessoa, 2014.”

É justamente esse conjunto de realizações universalmente aceitas, que diante de uma lide, deve-se provocar o judiciário para solucionar o impasse que ousa-se chamar de paradigma da cultura da litigância. Dentre os elementos integrantes da cultura de um povo está sua capacidade e formas de lidar com o conflito. No Brasil, consagrou-se que a forma de lidar com o conflito é justamente leva-lo a apreciação do poder judiciário. Mas é imperioso se estabelecer logo de início a distinção entre cultura do conflito e cultura da litigância.

Como bem descreve Marc Ross (ROSS, 1995), a cultura do conflito é o conjunto de normas, práticas, institutos e instituições específicas de uma sociedade acerca da conflituosidade. Em contrapartida a cultura da litigância reflete uma anormalidade funcional do conflito, de forma que a ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor. (SALLES, 2006)

Vê-se que a conflituosidade é inerente a qualquer sociedade, mas o modo como lidamos com ela é que se diferencia. É dentro da cultura da litigância, portanto, que se encontra a resistência em se implementar uma prática de resoluções que independam da atuação do Estado. Tendo como força motriz não apenas a cultura do cidadão, mas também na profusão da necessidade de imposição de uma decisão judicial por parte dos agentes estatais.

A aplicação prática destes postulados se resumem em informar que a opção pelas tendências judicializadoras de conflitos não é apenas resultado de uma internalização do conceito de cidadania, baseado em uma interpretação do conceito de acesso à justiça destoadada do espírito e valor constitucional acerca do tratamento dos litígios. Influência também a contribuição clamor propagado por aqueles que são titulares do poder jurisdicional de ver diminuída sua capacidade de construir decisões com o auxílio de uma desconfiança semi-institucional nos métodos extrajudiciais ou ainda em decisões de cunho consensual como motrizes de um modelo de paz. (LUCENA, 2007)

Dessa forma, neste mesmo contexto também é possível identificar valorização exacerbada dos métodos oficiais distribuidores de justiça, fato este que se concretiza com o depósito de esperanças individuais e coletivas no Poder Judiciário, visto como um verdadeiro herói capaz de resolver todas as diferenças existentes entre os indivíduos. Fazendo crescer na linha deste raciocínio o que se convencionou chamar de Ativismo Judicial, que não é objeto deste estudo.

No descrito contexto edifica-se a crise do sistema judicial brasileiro, especialmente

pela sua incapacidade em atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira. Essa problemática, como já mencionado alhures, não se evidencia apenas na prática, mas também no modelo de ensino jurídico brasileiro. Corrobora este entendimento Daniela Emmerick de Souza Mossini quando comenta:

No que se refere ao ensino jurídico oficial, há entre os estudiosos um consenso no sentido de que o atual modelo se encontra em crise, atribuída à falta de identidade do bacharel em direito; a perda do seu papel político; a perda de legitimidade dos operadores jurídicos, bem como a descaracterização dos paradigmas científicos e políticos da ciência do direito e de muitas outras distorções políticas, culturais e epistemológicas que envolvem a produção e a reprodução do saber jurídico. Defendemos, nesta tese, que a crise do ensino jurídico é um processo cíclico e histórico que exibe várias faces, desde sua origem em Portugal (1288/90) até sua introdução no Brasil (1827). Além da crise estrutural, pode-se falar em de uma crise operacional e educacional, englobando as questões curriculares, didático-pedagógicas e administrativas das faculdades de direito; e de uma crise funcional, econômica e social, que se manifesta na saturação do mercado de trabalho e na perda da identidade do bacharel em direito, atirado em massa a esse mercado para compor uma espécie de exército de bacharéis de segunda classe. O ensino jurídico vive a crise da criatividade e da identidade. Não sabe para que serve, de onde veio e para onde vai, na sua visão maniqueísta do homem e da sociedade. (MOSSONI, 2010)

O estudante de direito, influenciado por este modelo da cultura da litigância, é preparado para o embate, para exercer a profissão quando do término do curso é submetido a prestar um exame de verificação de suficiência, chamado de Exame de Ordem, onde é cobrado conhecer as normas, institutos, jurisprudências e produzir uma peça prático-profissional em modelo de litigância. Em nada é formado para evitar ou solucionar pacificamente o conflito.

Eis o resumo dos problemas apresentados pela cultura da litigância: todos os atores envolvidos no conflito não compreendem que estão imersos nessa sina complexa de demandas judiciais. Com a modificação recente da legislação processual, alguns poucos profissionais tentam ingressar nas possibilidades apresentadas tais como a conciliação e a mediação, ambas ainda dentro da zona da litigância. A arbitragem é um método que tem se mostrado bastante eficaz para a solução de litígios, mas a sua utilização está restrita àqueles que dispõem de condições financeiras para o custeio de um árbitro, que não é nada barato.

Razão, portanto, da carência de um método que possa garantir acesso a todos, resolva o pretense conflito, dentro da conjuntura da cultura do conflito, de forma a evitar que tal pendenga chegue ao judiciário seja mais um processo a amontoar-se nas prateleiras dos fóruns ou mesmo nos sistemas eletrônicos no judiciário. De igual modo, é imperioso que haja o

fortalecimento do papel dos advogados e das partes da resolução de controvérsias. Esse método capaz de realizar o que se tem falado é justamente a Advocacia Negocial.

4 ADVOCACIA NEGOCIONAL

A atividade do advogado é um dos ofícios mais antigos que se tem conhecimento. A relevância dos seus serviços diante dos problemas sociais é inquestionável. No entanto, em que pese ser considerado atividade essencial à justiça, conforme descreve a nossa Carta Magna, o advogado vem se tornando um mero defensor de seu cliente em juízo, realizador de audiências e diligências para clientes. O advogado exerce um papel muito maior do que esse e diante desse contexto caótico do judiciário já descrito acima, espera-se ainda mais desse profissional do direito, espera-se um advogado com capacidade de negociação e solução de controvérsias antes mesmo, algumas vezes, que elas se formem.

Advocacia negocial é antes de mais nada um método autocompositivo de controvérsias. As partes antes mesmo de instaurado um conflito, possuindo alguma pretensão resistida ou interesses em choque, nomeiam seus causídicos que os representaram em uma mesa de negociações em data e hora previamente agendados. As partes não serão conhecidas nesta fase como autor e réu, mas sim como negociantes. Neste encontro previamente agendado os causídicos e seus clientes formularão suas intenções para solucionar quaisquer interesses que estão ou venham a colidir com o do outro. Nesta fase, percebe-se que o mérito da questão não é encontrar um vencedor e um perdedor, mas sim encontrar a melhor solução para ambos.

A postulação, que é ato de pedir ou exigir a prestação jurisdicional do Estado, por parte do advogado em nome de seu cliente, função tradicional da advocacia, abre espaço para a atividade de negociador. (LOBO, 2009) Fundamenta este pensamento as palavras de Miguel Arcanjo Costa da Rocha, quando diz que a função do advogado é mais do que a simples postulação, vejamos:

Pode-se dizer que, assim como o médico dedica-se à preservação da vida de seu paciente, o advogado dedica-se a manutenção dos direitos de seu cliente. Mas não é só na esfera privada que o advogado é importante: ele exerce papel fundamental na formação da sociedade quando busca a preservação do direito à liberdade de expressão, do direito à propriedade; liberdade na forma de construção das relações familiares, no modo de atuação do mercado econômico e até mesmo na atuação do Estado. (ROCHA, 2009)

Portanto, a função do advogado na sociedade é maior do que apenas a de litigar em favor do seu cliente. Há previsão do advogado negociador no Código de Ética e Disciplina da

Ordem dos Advogados do Brasil em seu art. 2º, parágrafo único, inciso VI, quando estabelece que um dos deveres do advogado é estimular a conciliação entre as partes que estão litigando, sempre que possível, prevenir a instauração do litígio judicial. É justamente na parte final do dispositivo que encontramos a legitimação para a atividade do advogado negociador. Corroborar este entendimento Carlos Eduardo de Vasconcelos quando retrata:

Assim, para que possamos trocar o *chip* do litígio pelo *chip* da colaboração em busca de uma solução de ganha-ganha, precisamos estar seguros de que o novo processo colaborativo será justo e bem conduzido. Precisamos de um acolhimento, que nos deixe tranquilos quanto às nossas responsabilidades e à dignidade de nosso papel. Precisamos estar convencidos de que o nosso cliente tomou a decisão de participar da mediação, conscientemente. E precisamos estar bem informados do papel que deveremos desempenhar no espaço da mediação. (VASCONCELOS, 2012)

Em que pese o autor supracitado trabalhar com a ideia de mediação, entendemos que a advocacia negocial se encaixa melhor neste aspecto de encontrar uma solução do tipo ganha-ganha. A mediação necessariamente terá alguém que cedeu em favor do outro porque entendeu que o litígio levaria mais tempo para resolver. Enquanto que na advocacia negocial as duas partes saem ganhando na medida em que as propostas veem vantagens para ambos. Nesta mesma linha, em virtude da eficácia comprovada das técnicas e negociação em lidar com os conflitos, a doutrina jurídica mundial (sobretudo a alemã e a norte-americana) estão incluindo essas teorias de negociação dentro dos cursos jurídicos.

Neste campo de negociação, não há técnicas pré-definidas, pode-se adotar estratégias negociais das mais diversas, adequadas ao momento e à situação, que levam em conta, principalmente, o fator psicológico das partes e o custo do conflito. Como leciona Stephen Kozicki, “a negociação é um procedimento bem simples.” Basta que as duas partes estejam representadas e lancem propostas que possam beneficiar as duas partes a saírem do possível conflito com o mínimo de danos para ambos. (KOSICK, 1999)

A diferença entre a atividade jurisdicional e a atividade de negociação realizada pelo advogado possui diferenças abissais, na primeira o papel do advogado é basicamente convencer o julgador de que a sua tese é a que está de acordo com a legislação e deve ser a que vai prevalecer. Enquanto que na negociação, o advogado oferta uma proposta pensando em evitar o litígio, ou seja, ele oferta uma solução prática para o problema apresentado que beneficie as duas partes e bem assim o advogado da outra parte agirá até que seja encontrada uma solução que beneficie a todos.

Note-se que esse papel em que ser simples, como assevera Kosick, requer do

advogado negociador que esteja não apenas familiarizado com os temas jurídicos, mas que tenha um amplo conhecimento do negócio ou matéria em que a controvérsia está imersa. Para que possa adequadamente propor soluções de ganhos mútuos, estabelecer alternativas e caminhos para contrapropostas viáveis e assim por diante.

Para que essa preparação seja efetiva, é necessário que os cursos jurídicos também passem a contemplar a atividade da advocacia negocial em seus currículos acadêmicos. Não apenas as soluções alternativas já conhecidas como a mediação, conciliação e arbitragem. Outrossim, veja-se que o resultado obtido com o sucesso da negociação é de satisfação mútua e mais que isso, além de saírem satisfeitos saírem integrados com a pacificação do conflito.

Para além desse contexto de ensino, na prática Luís Fernando Rabelo Chacon menciona que os advogados negociadores precisam estar familiarizados com as práticas ensinadas na *Harvard University* compreendendo-se em sete elementos de aproximação entre os negociadores: comunicação, relacionamento; alternativas; interesses; legitimidade; opções e compromissos. Em seguida, propõe cinco passos que devem ser seguidos para a construção de uma negociação: preparar; criar; negociar; fechar e reconstruir. (CHACON, 2012)

Seguindo-se esses passos os advogados estarão capacitados para solucionar os possíveis conflitos em negociação, evitando-se as lides e desafogando o judiciário. Há também que se pontuar que do ponto de vista do acesso a este meio de controvérsia, para os mais desfavorecidos, é necessário a capacitação dos defensores públicos para atuarem em fases de negociações no exercício na advocacia. Não nenhum prejuízo do ponto de vista do acesso ao meio de solução de conflitos, ao contrário da arbitragem em que não se tem a previsão de árbitros públicos.

Por fim, é mister consignar o pensamento de Thiago Nóbrega Tavares sobre a questão do benefício da negociação no que diz respeito ao tempo e custo/benefício:

Nessa era em que as transações mercantis são efetivadas com incrível velocidade, e as relações empresariais tentam compatibilizar ao binômio “custo *versus* tempo”, até para que se possa sobreviver em um ambiente altamente dinâmico, a edificação das propostas de negociação extrajudicial, como forma de agilizar os processos decisórios de contendas, num lapso temporal desejável, passa a ser assunto basilar à modernidade legal, sobretudo como meio recomendável para a melhoria da prestação jurisdicional do Estado.

É inegável que através da advocacia negocial as partes ganhem tempo e o resultado útil de suas decisões serão mais efetivas. Além do que as partes saem em conjunto vitoriosas com a aceitação mútua das propostas. Sem contar dos benefícios da desjudicialização deste

método que passa-se a discorrer a seguir.

5 DESJUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS POR MEIO DA ADVOCACIA NEGOCIONAL

O método proposto neste artigo tem como objetivo justamente fomentar a desjudicialização das controvérsias, oferecendo maior celeridade nas soluções dos conflitos. Como se pode notar a Advocacia Negocial tira das mãos do judiciário, em primeiro momento, a função de resolver os conflitos. O que não significa dizer que se constitui a uma clara violação do Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, uma vez que não se concretizando a negociação a possibilidade de questionar e instaurar o conflito no judiciário persiste.

Para João Pedrozo, a desjudicialização dos conflitos é, na verdade, uma resposta à incapacidade do judiciário de resolver os conflitos, ao excesso de formalismo, ao custo, a irrazoável duração do processo e ao difícil acesso à justiça. (BRANDÃO, 2014) Consiste em enviar a competência para solução de controvérsias de uma instância judicial para outras não judiciais. Várias tentativas de desjudicialização já foram tentadas, a exemplo do que se menciona temos a Lei de nº. 11.441/2007, que lança para os tabeliões de notas a incumbência de registrar os acordos das partes em questões de inventário, partilha e divórcio de forma extrajudicial.

Trate-se, portanto, na visão de Onaldo Queiroga, de uma forma legal, que determinadas querelas, mediante o preenchimento de certos requisitos legais, serem resolvidas fora do âmbito judicial. (QUEIROGA, 2012) Várias outras modificações legislativas foram efetivas com o fito de obter a desjudicialização, a exemplo da aprovação da Lei 8.951/1994 que estabeleceu a possibilidade de o devedor consignar o débito devido diretamente em instituição financeira na conta bancário do credor.

Tivemos um pouco a frente a lei que inseriu no sistema jurídico o mecanismo da arbitragem, com a Lei 9.307/96, em seguida a lei da alienação fiduciária de coisa móvel com a Lei 9.514 de 1997. A partir daí desjudicializar ganhou mais força ainda, sobretudo com o agravamento da crise do judiciário. (BRANDÃO, 2014) Tivemos em 2015, a mudança do Código de Processo Civil com o advento da Lei 13.105 de 2015 que reforçou ainda mais o compromisso de resolução dos conflitos de forma amigável. Estabelecendo a conciliação, a mediação e arbitragem com papéis de especial destaque.

Na visão de Rogério Portugal Bacellar, o processo de desjudicialização traz benefícios para todas as partes envolvidas.

É fenômeno recente o processo de transferência para os cartórios extrajudiciais de serviços que antes só poderiam ser feitos pela justiça. O objetivo é agilizar as ações que não envolvem litígio e os benefícios são de mão dupla. Além de eliminar demorados processos judiciais para a população, a desjudicialização contribui para reduzir a crescente pressão sobre os tribunais. Com isso, processos como os de inventário e divórcio, sem envolvimento de menores e testamentos, que antes demoravam meses e até anos para serem concluídos, hoje podem ser solucionados em poucos dias. Isso só é possível graças a Emenda Constitucional nº. 66/2010, conhecida como PEC do divórcio, que completou três anos de sua promulgação no dia 13 de julho de 2013, além da Lei de nº. 11.441/2007, que permite a realização de inventários, partilhas e divórcios consensuais nos cartórios. (BACELLAR, 2013)

Com efeito, a chamada desjudicialização dos litígios pode contribuir imensamente para a desobstrução do aparelho judiciário, sobretudo nessa atual fase em que a situação é mais crônica. Em que pese estes avanços na promoção de meios alternativos de resolução de conflitos, é mister que se faça uma distinção entre os meios previstos da arbitragem, da mediação e da conciliação confrontando-os com o mecanismo da advocacia negocial.

A arbitragem trata-se de um método heterocompositivo de litígios, uma vez que as partes nomeiam um árbitro que substituirá o juiz e proferirá a sentença arbitral que tem força de sentença judicial e só poderá ser alterado por vícios de legalidades, mas não quanto ao conteúdo decisório que tem carga vinculante das partes. Esse método de solução alternativa em que pese ser bem interessante é sobremaneira custoso. Dificultando o acesso das pessoas mais carentes na contratação dos serviços de um árbitro. Tem o condão de desjudicializar, mas se opera muito pouco no atual contexto.

A mediação é o meio de solução de controvérsia que guarda semelhanças com a advocacia negocial, sobretudo porque poderá ser utilizado antes da instauração de um conflito propriamente dito. No entanto, o mediador é um terceiro que irá auxiliar as partes a chegarem ao acordo. Na advocacia negocial cada parte possui o seu advogado e ficará responsável por realizar propostas e contrapropostas, abrir caminhos para as soluções que beneficiem ambas as partes.

A conciliação é o meio compositivo com auxílio de terceiro, assim como a mediação, mas esse meio de composição alternativo é mais comum quando as demandas já estão em curso, não reduzindo muito o número de judicializações de imediato. Enquanto que a advocacia negocial é prévia ao litígio judicial. Não há que se falar em advocacia negocial

após a instauração de uma demanda judicial.

Logo, a advocacia negocial se propões, como já fora dito em outros momentos, a resolver o aparente conflito antes que se instaure um processo. Isso ocorre através de advogados negociadores e os negociantes que são as partes. As propostas e contrapropostas são lançadas e devidamente conduzidas pelos advogados. A solução encontrada não resvala no binômio vencedor/perdedor e sim na negociação e vitória de ambos. Tudo na tentativa de manter o diálogo e o relacionamento dos negociantes. É evidente que a negociação só poderá se dar em matéria de direitos disponíveis e a não aceitação das propostas acarretará naturalmente na busca do judiciário em seguida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que uma forte crise assola o judiciário brasileiro. De tal sorte que os números das estatísticas elaboradas pelo próprio poder judiciário confirmam que as demandas judiciais levam mais tempo para serem julgadas do que o normal, burocratização excessiva, estrutura defasada, ausência de pessoal, dentre outros problemas. Isso em grande medida se dá em razão da cultura da litigância. O brasileiro quer, a preço de hoje, resolver todos os seus problemas no judiciário e isso tem acarretado a tal crise que tanto se tem falado no presente trabalho. Desjudicializar é preciso.

A obtenção da justiça e da paz dos conflitos não pode estar estritamente associada a prestação jurisdicional e ao Estado-Juiz. Principalmente pelo motivo de ele não estar atendendo com celeridade e eficiências todas as demandas que lhe são postas. Em razão destes e de outros problemas. Surgiram os meios alternativos de resolução de litígios, os quais vem demonstrando timidamente um avanço no combate a ineficiência do Estado e da inércia do mesmo, muitas das vezes.

Nesse novo contexto, ganharam destaque a mediação a conciliação e a arbitragem, que são meios alternativos que produzem resultados benéficos, no entanto em relação à arbitragem os altos custos de sua implementação fazem com que, por vezes, se torne desvantajoso a utilização de tais meios e são poucos que podem pagar pelos altos valores que cobram os árbitros para solução de litígios. Já em relação a mediação e a conciliação, na maioria das vezes estes meios já são instaurados quando se está diante de um conflito em que um terceiro auxiliará as partes a chegarem a uma composição amigável.

Viu-se que a advocacia negocial, se parece em termos com alguns dos métodos já apontados, no entanto trata-se de um mecanismo genuíno de evitar o conflito e pacificá-lo antes que se torne uma demanda judicial. As partes deixem de ser autor e réu e passam a ser

negociadores com o auxílio de seus advogados. Concluiu-se que o modelo de ensino jurídico deverá atender as necessidades desse mercado e apresentar aos alunos do curso de direito formas alternativas de solução de conflitos e capacitá-los para serem negociadores.

Com base nos levantamentos feitos, há fortes razões para crer que a utilização da advocacia negocial pode reduzir o número de novas demandas no judiciário e trazer benefícios surpreendentes na restauração das relações sociais e comerciais. É preciso que o profissional do direito se capacite para atuar neste seguimento e faça a diferença na sua atuação como profissional. Cumprindo assim o objetivo fundamental que a Constituição Federal lhe outorga como indispensável a administração da justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR, Rogério Portugal. Desjudicialização traz benefícios para todos os envolvidos. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2013-jul-28/rogerio-barcellar-desjudicializacao-servico-traz-beneficios-todos-envolvidos> > Acessado em 21 de maio de 2017 às 08:34

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

BRASIL. **Constituição Federal da República do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acessado em 21 de maio de 2017 às 07:32.

_____. Conselho Nacional de Justiça: **Justiça em números 2016**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf> >, Acessado em 20 de maio de 2017 às 08:10h.

_____. **Lei Ordinária de nº. 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 > Acessado em 21 de maio de 2017 às 08:43

_____. **Lei Ordinária de nº. 8.951 de 13 de dezembro de 2014**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8951.html > Acessado em 21 de maio de 2017 às 08:32.

_____. **Lei Ordinária de nº. 9.514 de 20 de novembro de 1997**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm > Acessado em 21 de maio de 2017 às 13:10.

CHACON, Luiz Fernando Rabelo. **Todo Advogado é negociador?** Disponível em <http://advocaciahoje.blogspot.com.br/2012/06/t0d0-advogado-e-negociador-.html> Acessado em 20 de maio de 2017 às 17:30h.

HARADA, Kiyoshi. Poder judiciário em crise. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, RT v.12, jul. 2003.

KOZICK, Stephen. **Negociação criativa**. São Paulo: Editora Futura, 1999.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUCENA, Humberto Lima, Filho. **A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira**. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5> > Acessado em 20 de maio de 2017 às 13:40.

QUEIROGA, Onaldo da Rocha de. **Desjudicialização dos litígios**. Rio de Janeiro: Renova,

2012.

ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. **O papel do advogado na sociedade atual**. Disponível em <<http://www.pucrs.br/provas/red031b6.htm>>. Acessado em 20 de maio de 2017 às 20:00h.

ROSS, Marc Howard. **La cultura del conflicto: las diferencias interculturales em la práctica de la violência**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1995.

SALLES, Carlos Alberto. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUZ, Luiz et al. (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Moreira**. São Paulo: 2006.

VASCONELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.