SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

ADVOCACIA COLABORATIVA: UMA NOVA FORMA DE PENSAR E APLICAR O DIREITO

DERECHO COLABORATIVO: UNA NUEVA FORMA DE PENSAR Y APLICAR EL DERECHO

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Alderico Kleber De Borba

Resumo

O Judiciário não é mais a melhor alternativa para quem precisa resolver um conflito. O Novo Código de Processo Civil (CPC/15) traz um modelo multiportas de solução de conflitos, integrando à tutela jurisdicional e meios alternativos de resolução de conflitos. A advocacia colaborativa representa um novo método alternativo de busca de consenso em contraponto ao modelo adversarial/contencioso. Utilizou-se vertente metodológica jurídico-teórica e dedutiva, baseando-se no estudo de normas e fontes bibliográficas. No desenvolvimento, analisou-se as ondas renovatórias do acesso à justiça e as práticas colaborativas na solução de conflitos, pelo marco teórico do processo constitucional participativo democrático.

Palavras-chave: Jurisdição, Advocacia colaborativa, Modelo adversarial

Abstract/Resumen/Résumé

El poder judicial no es mejor alternativa para aquellos que necesitan para resolver un conflicto. El nuevo Código de Procedimiento Civil (CPC / 15) aporta modelo multipuerto resolución de conflictos, integración de protección legal y medios alternativos de resolución de conflictos. La ley de colaboración es un nuevo método alternativo de búsqueda consenso en contraposición modelo acusatorio / litigios. Solía legal y teórica aspectos metodológicos y deductivo, basado en el estudio de normas y fuentes bibliográficas. Desarrollo, renovaciones olas analizaron acceso la justicia y prácticas de colaboración en la resolución de conflictos, marco teórico del proceso constitucional de participación democrática.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jurisdicción, Derecho colaborativo, Modelo acusatorio

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil – CPC/15 ou NCPC abre o caminho para a solução pacífica dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, na medida em que traz dispositivos atinentes à conciliação, mediação e arbitragem.

Objetivou-se nesta pesquisa, mostrar uma nova forma de solução pacífica de conflitos que vem ganhando força no Brasil, a advocacia colaborativa, que representa o mais novo método para se buscar o consenso entre as partes sem se valer do modelo adversarial de processo que é praticado no dia-a-dia forense.

No desenvolvimento da temática, analisou-se a quinta onda renovatória do processo, que trata da fuga da jurisdição. Estabeleceu-se as premissas básicas das práticas colaborativas.

O Estado é o detentor do monopólio da jurisdição, no entanto, levar a causa para solução no Poder Judiciário pode não ser o melhor caminho para a parte que pretende ver resolvido um conflito ou vise reivindicar algum direito.

Os métodos para a captação e processamento de informações com o objetivo de resolver os problemas investigados consistiram em analisar a realidade de maneira crítica, à luz de concepções teóricas, com a finalidade de desenvolver a capacidade de observar, selecionar e organizar cientificamente os fatos da realidade.

Para a consecução de tal fim utilizou-se vertente metodológica jurídico-teórica e dedutiva, baseando-se no estudo de normas e fontes bibliográficas. No desenvolvimento, analisou-se as ondas renovatórias do acesso à justiça e as práticas colaborativas na solução de conflitos, pelo marco teórico do processo constitucional participativo democrático.

2 A QUINTA ONDA RENOVATÓRIA DO PROCESSO – A FUGA DO PODER JUDICIÁRIO

A atividade jurisdicional é exclusivamente estatal e é exercida pelo Poder Judiciário. A tutela jurisdicional é vista como meio de garantir aos cidadãos o acesso à jurisdição. Neste ponto é importante frisar duas questões. Primeiro, ao Estado é garantido a exclusividade da jurisdição. Segundo, o acesso à jurisdição não se confunde com a possibilidade de ingresso em juízo, já que acesso à justiça é mais abrangente do que o acesso ao Poder Judiciário, ainda que, muitas vezes, possa se materializar dessa forma.

O acesso ao Judiciário está previsto no art. 5º, XXXIV, *'a'*, da Constituição da República - CR/88 ("são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o

direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder"), e no princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88 – "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"), relacionando-se com o direito de ação.

Para Marinoni, acesso à justiça, significa acesso a um processo justo com garantia de justiça imparcial que permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídica e a todos os meios alternativos de composição de conflitos. (MARINONI, 1999, p. 28).

Deste modo, é possível afirmar que o acesso à justiça é mais amplo que o acesso à jurisdição, englobando as formas extrajudiciais de resolução de conflitos que podem se dar sem a intervenção estatal.

Mauro Cappelletti e Garth (1988, p. 31), destacam às três ondas do acesso à justiça. A primeira onda teve foco na assistência judiciária para os pobres, a segunda na tutela dos interesses difusos e coletivos e a terceira no aspecto processual.

Kim Economides traz a quarta onda renovatória do processo, com enfoque nos operadores do direito (inclusive dos que trabalham no sistema judicial) e no ensino jurídico, enfatizando o papel e as responsabilidades das faculdades de direito na formação dos profissionais. "Nossa 'quarta onda' expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico" (ECONOMIDES, 2009, p. 72).

Com o aumento significativo das demandas, o Poder Judiciário passou a enfrentar dificuldades, como a morosidade, falta de infra-estruta operacional e organizacional, excesso de formalismo processual. Estas questões impactaram sobremaneira a confiança dos jurisdicionados em relação à judicialização das lesões ou ameaças de lesão de seus direitos.

Neste cenário, em face da existência de um grande número de processos litigiosos, Roberto Portugal Bacellar fala de uma quinta onda do acesso à justiça, que é caracterizada pela fuga do Judiciário. "Abriram-se as portas da Justiça. Esqueceram, entretanto, de ampliar os instrumentos de `saída da justiça`" (BACELLAR, 2009, p. 122). Trata-se da onda de saída da justiça tendo como desafio eliminar o estoque de casos antigos e criar um sistema de múltiplas portas colocadas à disposição do cidadão para solucionar seus conflitos, o que o autor tem denominado de Acesso à Justiça como acesso à resolução adequada do conflito.

> No Brasil da pós-modernidade, em face do grande número de processos litigiosos existentes e do surpreendente índice de congestionamento dos

> tribunais, surge o que qualificamos como uma quinta onda (nossa posição) voltada ao desenvolvimento de ações em dois aspectos:
> a) de saída da justiça (em relação aos conflitos judicializados);
> b) de oferta de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, no contexto do que denominamos (nossa posição) acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito.
> É importante, como componente dessa quinta onda, perceber a complexidade das relações entre as pessoas e ampliar o conhecimento de forma interdisciplinar agregando algumas técnicas, ferramentas, mecanismos e instrumentos para enfrentar, tecnicamente (não intuitivamente), o problema social presente em qualquer conflito. (BACELLAR, 2012, p.21).

Muitos problemas seriam facilmente resolvidos se as partes simplesmente evitassem optar pelo litígio judicial, uma vez que elas podem ter um relacionamento prolongado em virtude um vínculo preexistente e complexo ou apenas contatos eventuais.

3 ADVOCACIA COLABORATIVA COMO UMA ALTERNATIVA

Um grande desafio que se apresenta é a mudança do modelo mental adversarial que é praticado no dia-a-dia. Como os operadores do direito vão construir o consenso dentro do processo? “Os próprios advogados e magistrados, em sua maioria, valorizam mais a atuação adversarial do que a atuação consensual. Por seus pares também são mais valorizados quando atuam de forma contenciosa” (BACELLAR, 2012, p.67).

No Brasil, atualmente, existe um alto índice de judicialização dos conflitos. Os processos se multiplicam cada vez mais. Estes processos são típicos da dinâmica tradicional (adversarial - autor x réu: pretensão, contestação, produção probatória e sentença). Necessariamente tem-se conflituosidade. “É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual – ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existente entre elas” (BACELLAR, 1999, p.128).

No modelo consensual, tem-se a característica do ganha/ganha. Essa dinâmica do ganha-perde, do certo e do errado, do justo e do injusto, praticado com o método tradicional, não existe na advocacia colaborativa.

O método tradicional não auxilia na construção do consenso. A prática forense executada a anos no Brasil denota isto. É cada vez mais crescente a quinta onda renovatória do processo que trata da “fuga da Justiça”. O Judiciário não é mais a melhor alternativa para quem precisa resolver um conflito. Este modelo adversarial traz consequências psicológicas para as partes envolvidas no litígio. Há um desgaste emocional e financeiro que perdura por

anos, enquanto durar o processo. Isto acaba trazendo consequências para a saúde dos envolvidos (doenças psicossomáticas), principalmente nos conflitos familiares.

> As pessoas, em suas relações diárias, encontram obstáculos, de diversos fatores, para a solução tradicional de seus conflitos, dentre eles a morosidade, o formalismo acentuado, o grande dispêndio com custas e honorários para a contratação de um advogado. Mas a par dessas questões já conhecidas, o modelo tradicional, em parcela significativa dos casos, não resolve a lide processual. O modelo tradicional não satisfaz o interesse da população. Em outras palavras, podemos dizer que somente a resolução integral do litígio conduz à pacificação social: não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelas partes no processo -, se o verdadeiro interesse que motivou as partes a litigar não for identificado e resolvido. (BACELLAR, 1999, p.128).

As pessoas pensam de forma diferente, têm reações diferentes, têm sensibilidades diferentes. Como exemplo, imagine-se uma colisão corriqueira no trânsito, sem vítima ou grandes estragos nos veículos. Em uma hipótese, uma pessoa pedirá desculpas pelo ocorrido e certamente dirá que não tem problema, que tem seguro, ou que arcará com os custos dos reparos, dentre outros. Em uma segunda hipótese, pode acontecer de uma pessoa já descer do veículo e partir para agressão[1]. Dependendo da sensibilidade da pessoa, a pequena colisão pode ser uma situação extremamente estressante.

Como o profissional do direito encara e percebe as situações do dia-a-dia? Situações da vida de maneira tão diferente de outras pessoas? Na atuação profissional, os advogados e profissionais do direito têm que pensar nessa complexidade. Isto tem que ser levado em conta. No modelo tradicional de resolução de conflitos, essa complexidade é deixada de lado.

Tradicionalmente só se tem um único método (adversarial/contencioso) para solucionar o conflito, seja ele decorrente de questões envolvendo contrato, família, dívida não paga, briga de vizinho, posse, propriedade, consumidor, meio ambiente, conflitos agrários, bens, negócio jurídico, dentre outros. Um único modelo é aplicado em todos os litígios como uma receita.

Na maioria das vezes, um conflito gera dois, três ou a até mais processos. Isto se dá porque, embora tenha havido uma sentença que resolve o mérito da questão, não houve a superação da questão na mente das pessoas. Como exemplo, em uma ação de divórcio, a briga judicial por alimentos ao cônjuge ou aos filhos menores perdurará por anos, mesmo após o fim da ação judicial que decretar o divórcio do casal. Em uma demarcação ou divisão de

[1] Veja-se a reportagem no link seguinte onde um homem tenta agredir uma mulher em briga de trânsito. O caso aconteceu em Santa Catarina e dois policiais à paisana prenderam o homem. Disponível em: <http://www.redetv.uol.com.br/jornalismo/leituradinamica/videos/flagras/homem-tenta-agredir-mulher-em-briga-de-transito>. Acesso em: 29 jul. 2016.

terras, ou em uma reintegração de posse, questões envolvendo indenização por frutos e benfeitorias gerarão diversos outros processos.

Além disso, se os litigantes forem confrontantes de fazenda, certamente haverá outros processos (esbulho, servidão de passagem, nascentes d'água) lastreados em uma fogosa inimizade sem fim. "Só as técnicas de um modelo consensual como as da mediação possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada do 'conflito processado' e do 'conflito real'". (BACELLAR, 1999, p.129).

O conflito precisa ser resolvido de forma integral (material e socialmente) de modo a preservar o relacionamento entre os litigantes e evitar uma que única questão gere novos processos.

Diante disso, novas formas e métodos alternativos de solucionar conflitos têm que ser repensados e aplicados pelos operadores do direito.

A advocacia colaborativa representa uma nova forma de pensar o direito, um grande avanço.

> Os psicólogos, há alguns anos, trabalham no estudo de técnicas que, segundo suas concepções, definem o que seja o conflito e indicam quais as formas de melhor adequá-lo.
> Por parte dos profissionais do direito, parece imprescindível a assimilação de novas ideias aplicáveis à solução de conflitos.
> A controvérsia, a lide, a disputa, o conflito de interesses, o dissenso, o litígio, entre outras desavenças, fazem parte do dia a dia do juiz, do advogado, do promotor de justiça, do defensor, do procurador, do delegado de polícia, enfim.
> Observa-se que esses profissionais do direito, por vezes, carecem de conhecimentos específicos sobre os conflitos e suas motivações, sobre mecanismos autocompositivos e formas consensuais.
> O direito existe para harmonizar os interesses e alcançar a paz social. Isso não pode ser esquecido pelos operadores jurídicos – que, na prática, algumas vezes, por desconhecimento dessa realidade, têm estimulado a adversariedade. (BACELLAR, 2012, p.54).

Na advocacia colaborativa, supera-se a abordagem monodisciplinar, para se chegar às práticas colaborativas, onde a gestão de conflitos se opera em uma abordagem interdisciplinar. Tem-se assessoria de uma equipe formada por profissionais de áreas distintas, trabalhando, em conjunto, sempre por meio de diálogos pautados na colaboração, boa-fé, respeito, sigilo, transparência e honestidade. Busca-se chegar a um consenso que atenda a todos os envolvidos. Desta forma, evita-se os desgastes e custos longos de um processo judicializado.

Os advogados atuam um com o outro e não um contra o outro, representando os interesses e a individualidade de seu cliente. Trata-se de uma advocacia não litigante, invertendo a lógica do processo. Já os psicólogos, terapeutas, psiquiatras, *coaches*, consultores financeiros, dentre outros, têm uma atuação neutra.

O Objetivo é proporcionar às partes o máximo de informações e suporte (emocional e jurídico) para que tome a melhor decisão, pensando no seu bem-estar futuro.

> As Práticas Colaborativas são um método multidisciplinar e não adversarial de gestão de conflitos. Nesta proposta, com a assessoria de uma equipe formada por advogados, psicólogos, consultores financeiros e especialistas em crianças e adolescentes, as pessoas se mantêm no controle de suas vidas ou negócios e trabalham em conjunto para chegar a um entendimento customizado que atenda a todos os envolvidos, sempre por meio de diálogos pautados na colaboração, respeitando o tempo e a individualidade de cada um, e sem os desgastes e custos de processos judiciais.
> Benefícios:
> - celeridade;
> - redução de custos;
> - preservação da autonomia;
> - consideração da individualidade de cada envolvido;
> - soluções de benefício mútuo;
> - foco na saúde e funcionalidade do sistema familiar;
> - amparo e desenvolvimento emocional de todos os envolvidos;
> - soluções customizadas e construídas em conjunto. (BASTOS, 2016, s.p.).

O caminho processual só vai existir para as situações em que não seja possível o entendimento direto entre os envolvidos na questão. O processo judicial somente ocorrerá diante da impossibilidade de autocomposição, ou seja, as partes tem a sua disposição um modelo consensual capaz de solucionar a lide de forma pacífica e não adversarial.

Na advocacia colaborativa os advogados assinam um contrato de participação, com cláusulas impeditivas de atuar judicialmente representando uma ou outra parte, caso não se chegue a um consenso. Se as partes optarem por ingressar com uma ação judicial deverão contratar novos advogados. Este é o grande diferencial para se atuar como advogado colaborativo.

Os profissionais do direito não são formados para aprender a ganhar dinheiro sem um processo judicial. A grande maioria dos milhares de bacharéis despejados no mercado todos os anos, saem com a mentalidade do litígio.

4 CONCLUSÃO

O art.3º § 3º do NCPC estatui que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O Estado é o detentor do monopólio da atividade jurisdicional, contudo, a pacificação de conflitos não é exclusiva do Estado. O jurisdicionado tem à sua disposição diferentes vias de acesso à justiça.

Tradicionalmente se tem um único modelo de resolução de conflito. Há necessidade de mudança deste modelo mental adversarial que é praticado no dia-a-dia forense. O Judiciário não é mais a melhor alternativa para quem precisa resolver um conflito.

Neste caminho, a advocacia colaborativa representa uma nova forma de encarar e resolver os conflitos, visando sempre o bem estar emocional, psicológico e financeiro dos envolvidos.

A advocacia colaborativa busca resolver o conflito da melhor maneira possível, por meio de diálogos pautados na colaboração, boa-fé, respeito, sigilo, transparência e honestidade. Busca-se chegar a um consenso que atenda a todos os envolvidos evitando os desgastes e custos de um processo judicializado, desgastes psicológicos, financeiros e temporais a que as pessoas são submetidas em uma lide.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção saberes do direito ; 53)

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos**. Revista de Processo**, São Paulo (95): 122-34, jul./set. 1999

BASTOS, Andrei. **Práticas Colaborativas**. Disponível em: <http://andreibastos-orebate.blogspot.com.br/2013/11/praticas-colaborativas.html> Acesso em: 29 jul. 2016.

BRASIL. Planalto. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. . Acesso em: 20 jan. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ECONOMIDES, Kim. **Lendo as Ondas do Movimento de Acesso à Justiça**: Epistemologia versus Metodologia. In: Cidadania, Justiça e Violência. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. Disponível em <http://gajop.org.br/justicacidada/wp-content/uploads/Lendo-as-Ondas-do-Movimento-de-Acesso-aa-Justica.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio. **Novo CPC**: Fundamentos e Sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.