

## **Métodos Alternativos de Solução de Conflitos- ADR**

### **1. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): "mediação sem mediador"**

---

#### **Direct negotiation or collaborative law: mediation without mediator**

**(Autores)**

**ANTONIO DO PASSO CABRAL**

*Livre-docente pela USP. Pós-doutorado na Universidade de Paris I. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Adjunto da UERJ, nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Procurador da República no Rio de Janeiro. antoniocabral@uerj.br*

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA**

*Pós-doutorado na Universidade de Lisboa. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UFPE. Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado. Procurador licenciado do Estado de Pernambuco. ljcarneirodacunha@uol.com.br*

#### **Sumário:**

- 1 Apresentação
- 2 Breves notas sobre mediação e a conciliação
- 3 A negociação direta ou resolução colaborativa de disputas: do common law ao Brasil
- 4 Vantagens da resolução colaborativa
- 5 Convenção de procedimento participativo francesa
- 6 Aplicabilidade da resolução colaborativa de conflitos ao direito processual brasileiro
- 7 Possibilidade de utilização da técnica por órgãos públicos: Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Ministério Público. Aplicabilidade pelos Escritórios-Modelo e Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito
- 8 Conclusão
- 9 Bibliografia

**Área do Direito:** Processual

## Resumo:

O presente texto pretende apresentar as características e vantagens de um novo meio de solução de controvérsias, conhecido como *collaborative law* ou resolução colaborativa de conflitos. Trata-se de um método de negociação direta, baseado no empoderamento das partes e advogados, que poderia ser descrito como uma “mediação sem mediador”.

## Abstract:

The essay intends to present to the Brazilian public a new means of dispute resolution, the so called *collaborative law* or cooperative dispute resolution, a method of direct negotiation based on the empowerment of parties and attorneys in what could be described as a “mediation without mediator”.

**Palavra Chave:** Collaborative law - Resolução colaborativa - Negociação direta.

**Keywords:** Collaborative law - Cooperative resolution of conflicts - Direct negotiation.

## 1. Apresentação

Costumam-se<sup>1</sup> chamar de “meios alternativos de resolução de conflitos” a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*). Também são denominadas de “meios alternativos de resolução de controvérsias” – MASCs ou “meios extrajudiciais de resolução de controvérsias” – MESCs.

Estudos mais recentes demonstram que tais meios não seriam “alternativos”, mas sim *adequados*, formando um modelo de sistema de justiça *multiportas*.<sup>2</sup> Para cada tipo de controvérsia, seria adequada uma forma de solução, de modo que há casos em que a melhor solução há de ser obtida pela mediação, enquanto outros, pela conciliação, outros, pela arbitragem e, finalmente, os que se resolveriam pela decisão do juiz estatal.

Há casos, então, em que o meio *alternativo* é que seria o da justiça estatal. A expressão *multiportas* decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.

Tais meios sempre foram examinados a partir do lugar de sua aplicação: toda a análise sempre levou em conta sua realização em ambiente judicial ou não. Sua adoção, ainda no início do século XX, era gerida pelo Poder Judiciário; havia um protagonismo do Judiciário na gestão e na condução da mediação, da conciliação e da arbitragem.<sup>3</sup> O juiz, muitas vezes, conduzia, ele mesmo, a sessão de mediação ou de conciliação ou encaminhava as partes à arbitragem.

O lugar de aplicação desses meios vem deixando de ocupar a centralidade de sua análise.<sup>4</sup> Daí a tendência de designá-los como meios de resolução *adequada* de disputas – RAD, ao lado da própria opção pelo Judiciário, adequado para inúmeros casos.<sup>5</sup>

Ao longo do tempo, a escolha entre os vários meios alternativos de solução de controvérsias deu-se por diversos motivos, alguns deles utilitaristas, como a economia de tempo, simplificação, redução de custos.<sup>6</sup>

Na realidade, a adoção dos *ADR's* não tem por finalidade reduzir a litigiosidade ou dar uma resposta racional ao forte crescimento de demandas judiciais; num primeiro momento, surgiu com essa finalidade, fortalecendo-se depois como uma resposta ao *hiperlegalismo* e, mais recentemente, como meios *adequados* a solução de determinadas disputas.<sup>7</sup>

O direito brasileiro, a partir da Res. CNJ 125/2010, da Lei 13.140/2015 (que dispõe sobre a mediação) e do Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça *multiportas*, com cada caso sendo indicado para o *método* ou *técnica* mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de *juízo* apenas para ser um local de *resolução* de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado, não basta que se

termine mais um processo; é preciso que seja conferida uma *solução* adequada que faça com que as partes saiam *satisfeitas* com o resultado.<sup>8</sup>

Enquanto a arbitragem e a justiça estatal são meios adjudicatórios de solução de disputas, realizando-se mediante heterocomposição, a mediação e a conciliação consistem em meios destinados à obtenção da autocomposição pelas partes em disputa.<sup>9</sup>

Ao lado da mediação e da conciliação, há também a negociação direta ou resolução colaborativa de litígios ou disputas, objeto do presente ensaio. Para que se possa tratar deste mecanismo, é preciso, antes, lembrar algumas normas aplicáveis à mediação e à conciliação.

## 2. Breves notas sobre mediação e a conciliação

A mediação e a conciliação não devem ser encaradas como medidas destinadas a desafogar o Poder Judiciário, mas como o melhor e mais adequado meio de resolução de disputas. Há disputas que são melhor e mais adequadamente resolvidas pela mediação, enquanto há outras que se resolvem mais apropriadamente pela conciliação, sendo certo que há outras ainda que só se resolvem mais adequadamente pelo julgamento realizado por um juiz.

A mediação e a conciliação também não devem ser vistas como alternativas a quem não foi bafejado com as melhores condições de aguardar um desfecho demorado de um processo judicial. Constituem, na realidade, medidas aptas e adequadas a resolver conflitos em determinados casos. Há, efetivamente, casos que serão melhor resolvidos por esses meios.

A conciliação e a mediação constituem técnicas que se destinam a viabilizar a autocomposição de disputas ou litígios. Nelas, um terceiro intervém, contribuindo para que as partes componham por si mesmas a disputa que há entre elas.

A conciliação e a mediação não se confundem com a arbitragem. Esta é um meio de heterocomposição. O árbitro, assim como o juiz, decide a causa que lhe é submetida. Na conciliação e na mediação, o terceiro é convocado, não para decidir, mas para contribuir com as partes, a fim de que estas, por si, cheguem a uma solução, mediante autocomposição. Tanto na mediação como na conciliação, o terceiro, diferentemente do juiz ou do árbitro, não julga, não colhe provas e não precisa formar convencimento; não se discute direito na mediação ou conciliação. O que se busca é o entendimento para que se obtenha o consenso, a fim de se realizar a autocomposição.

O Código de Processo Civil prevê, em seu art. 166, que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Merece destaque a confidencialidade, que, aliás, está relacionada na Lei 13.140/2015 como um dos princípios da mediação (art. 2.º, VII). As partes precisam estar à vontade para expor todos seus dramas, objetivos, expectativas, confiando no conciliador ou no mediador a condução segura, discreta e serena dos trabalhos destinados à obtenção de uma autocomposição. A confidencialidade, nos termos do § 1.º do art. [166](#) do [CPC](#), “estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes”.

O que for narrado, conversado, discutido mantém-se em sigilo, não podendo ser divulgado pelo conciliador ou mediador, nem utilizado por qualquer das partes como argumento ou defesa em eventual disputa judicial posterior, caso frustradas as tentativas de autocomposição pelas partes. O conciliador e o mediador têm dever de sigilo, não podendo, inclusive, divulgar ou depor em juízo, seja como parte, seja como testemunha, sobre o que lhe foi confidenciado nas sessões realizadas com as partes. O dever de sigilo estende-se aos membros das equipes do conciliador ou mediador.

O conciliador ou mediador deve ser imparcial diante dos envolvidos, não podendo ter interesse no resultado

em favor de qualquer deles. A aplicação de técnicas negociais pelo conciliador ou mediador, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição, não ofende o dever de imparcialidade.

O mediador ou conciliador deve atuar com independência, para bem desempenhar suas funções, respeitando a autonomia da vontade das partes, inclusive no que respeita à definição das regras procedimentais.

A autonomia da vontade deve ser respeitada, reservando-se um espaço destinado para que os interessados possam decidir assuntos de seu interesse e construir a solução do seu conflito, sob a coordenação do conciliador ou mediador, cuja intervenção deve facilitar o restabelecimento da comunicação entre eles.

Os interessados devem receber informações quantitativas e qualitativas sobre a composição que podem realizar, sendo advertidas das possíveis implicações e dos riscos a serem assumidos. É necessário, enfim, que os interessados sejam bem informados para que não sejam surpreendidos por qualquer consequência inesperada da solução pela qual venham a optar.

Tudo deve realizar-se em ambiente informal, leve, com linguagem simples e de fácil compreensão, sem roupas solenes ou símbolos que inibam os interessados, transmitindo-lhes conforto e confiança, com respeito à oralidade e ao diálogo entre todos. É nesse ambiente que cabe ao conciliar ou mediador tranquilizar os envolvidos, demonstrando que é normal haver um conflito, devendo ser igualmente normal resolvê-lo da melhor forma possível.

A mediação ou conciliação não serão, como regra, conduzidas pelo magistrado. Evidentemente que as partes podem transigir durante a fase de instrução do processo e o magistrado, em uma atuação cooperativa, deve estimular o diálogo e facilitar a conciliação; mas haverá um profissional específico e devidamente qualificado para atuar no desenvolvimento da resolução consensual da disputa. Isso é salutar, pois, na presença do magistrado, que julgará impositivamente o conflito, as partes não podem falar abertamente, sob pena de, em alguma medida, minar a sua estratégia jurídica para a fase do contencioso.<sup>10</sup>

O juiz *deve* sempre estimular a conciliação ou a mediação (inclusive na audiência de instrução -  [CPC](#), art.  [359](#)), embora essa atividade deva ser, por excelência, desenvolvida por um conciliador ou mediador habilitado. A preocupação do Código de Processo Civil é assegurar a imparcialidade do juiz e permitir um diálogo mais franco e flexível das partes nos esforços de autocomposição, já que o juiz que conduzir ativamente uma mediação ou conciliação pode, em alguma medida, acabar influenciado em seu julgamento pelas tratativas frustradas e pelo que for dito pelas partes no esforço de resolução amigável.<sup>11</sup>

Sempre será possível, também, que as partes escolham qualquer terceiro (advogado, inclusive) para atuar como mediador ou conciliador em seu caso, independentemente de qualquer cadastro ou formalidade junto ao tribunal. Aqui vige plenamente a autonomia da vontade das partes e a flexibilidade, que são inerentes aos mecanismos consensuais de resolução de disputas.

Deve haver uma preferência pela flexibilidade e informalidade, para a construção do diálogo. A conciliação ou mediação não precisa sequer ocorrer no ambiente judiciário, podendo, se as partes preferirem ou caso se sentirem mais à vontade, ser realizada no escritório de um dos advogados ou em outro ambiente. O próprio Código de Processo Civil admite que as partes procurem câmaras privadas para esta finalidade. Deve sempre ser permitida a realização da audiência (encontro) fora do ambiente judiciário. Como o foco está na superação do dissenso, há o “empoderamento” das partes sobre o conflito: de meros expectadores do litígio conduzido pelos advogados e pelo magistrado, as partes passam a atores importantes de sua própria solução.

Todo o processo de mediação e conciliação será sigiloso, como já ocorre nas mediações e conciliações privadas. Nenhuma das alegações das partes, o teor das conversas e dos documentos eventualmente produzidos no esforço para a composição poderão ser disponibilizados a terceiros ou utilizados para fins de instrução em processo judicial. O objetivo é criar um ambiente de franqueza nas negociações e discussões; não pode haver debate franco e accertamento de interesse caso o julgamento puder basear-se no que for dito. De outro modo, a discussão seria falseada pela estratégia jurídica traçada para a vitória na fase litigiosa, impedindo a negociação, não se estabelecendo um mínimo de franqueza entre as partes.

O objetivo de uma solução consensual não é *aplicar a lei* ao caso, mas compor interesses, acomodando as intenções das partes. Daí a importância da confidencialidade nesse momento.

### 3. A negociação direta ou resolução colaborativa de disputas: do common law ao Brasil

Todas as pessoas são negociadoras. Diariamente, todos negociam. Segundo lembram María Cristina Cavalli e Liliana Graciela Quinteros Avellaneda, negociar é uma conduta própria da natureza humana, sendo uma realidade da vida.<sup>12</sup> Assim, quando um casal escolhe um restaurante para jantar ou decide a hora em que os filhos devem deitar-se para dormir, quando um empregado discute um aumento com o chefe, há negociação, como há também em várias outras situações diárias. A negociação, em todos esses casos, destina-se a uma decisão consensual, a uma solução conjunta.

Pode-se definir a negociação como um processo de resolução de conflitos mediante o qual uma ou ambas as partes modificam suas exigências até alcançarem compromisso aceitável para ambas.<sup>13</sup>

A definição de negociação, sua realização e suas técnicas aplicam-se a qualquer meio de autocomposição. Tanto na mediação como na conciliação há negociação: chega-se ao consenso final pelo diálogo. A diferença entre a negociação e a mediação está apenas na presença de um terceiro imparcial nesta última. A negociação é, na realidade, uma “mediação sem mediador”. Realmente, “[e]nquanto na mediação é essencial a existência de um mediador, terceiro imparcial que conduz as partes no caminho do consenso, na negociação as partes podem estar sozinhas a negociar. As próprias partes em conflito podem utilizar as técnicas da negociação, sem intervenção exterior”.<sup>14</sup>

Por isso, há quem diga que a negociação seria apenas um componente dos meios de resolução de litígios, destinados à obtenção de autocomposição, não sendo um meio autônomo de solução de disputas.<sup>15</sup>

A negociação é, de fato, utilizada no âmbito de outro mecanismo de solução de disputas, mas pode ser um meio autônomo de resolução de conflito.

Segundo esclarece Mariana França Gouveia, a negociação pode seguir modelos diversos. Há, nesse sentido, a negociação competitiva e a negociação cooperativa.<sup>16</sup> A diferença entre tais modelos está no resultado pretendido e na atitude assumida para o alcançar. Efetivamente, “[e]nquanto no modelo competitivo o negociador pretende ganhar a discussão, no modelo cooperativo o foco está na resolução do problema”.<sup>17</sup>

A negociação competitiva ou “distributiva”<sup>18</sup> é ineficiente, pois os interessados estão mais preocupados em reclamar valor que criá-lo; nesse caso, a negociação é conduzida para que um ganhe e o outro perca, com estratégias encaradas como armas para enfrentar o problema. Já na negociação cooperativa, a estratégia tem por base não a posição de cada interessado, mas os interesses envolvidos; busca-se criar valor, que pode beneficiar ambas as partes, separando-as do problema.<sup>19</sup>

A tendência atual é a de tentar conciliar ambas as perspectivas, com momentos, durante o processo negocial, de cooperação e momentos de competição.<sup>20</sup>

Nesse cenário, a negociação direta ou resolução colaborativa de conflitos, conhecida também como *collaborative law*, tem sido nos últimos anos debatida no exterior como um dos mais promissores campos de estudo dos MASC's ou ADR's.<sup>21</sup>

O termo *collaborative law* representa, do ponto de vista estrutural, uma “mediação sem mediador”.<sup>22</sup> O mecanismo pretende também suprir uma lacuna de meios de solução de conflitos e permitir uma alternativa de um procedimento pré-processual para a solução amistosa de conflitos sem a presidência ou ajuda de uma figura central.<sup>23</sup>

A negociação direta ou resolução colaborativa desponta como uma forma comum de solução de disputas, sendo realizada de modo informal entre os próprios interessados ou envolvidos ou entre seus advogados ou representantes.<sup>24</sup>

A resolução colaborativa de conflitos ou *collaborative law* funciona com o que se convencionou chamar de “four-way settlement meetings”, contando com a presença de advogados e mandantes de parte a parte. Os advogados comprometem-se, caso se verifique o fracasso do procedimento, a renunciar ao mandato e não representar as partes judicialmente.<sup>25</sup> Em outras palavras, os advogados têm como função apenas negociar e obter a autocomposição. Não havendo consenso e sendo o caso de judicializar a questão, eles não podem atuar no processo judicial.

Esse compromisso de não atuar no eventual processo judicial reforça a necessidade de a negociação ser sigilosa, não podendo ser levados ao conhecimento do juiz, em posterior processo judicial, elementos que foram apresentados apenas com a finalidade de obter a autocomposição.

Assim como ocorre com a mediação, a negociação ou o *collaborative law* deve ser conduzida sob a regra da confidencialidade.

Da mesma forma que os advogados comprometem-se a não atuar no eventual processo judicial que venha a ser instaurado, as partes comprometem-se por uma “cláusula de desqualificação” a não contratar os mesmos advogados caso o litígio siga o rumo de um processo judicial. Conforme salienta a doutrina, trata-se de uma forma de pressionar os advogados a pensarem no resultado na perspectiva de seus mandantes, e não no seus próprios interesses.<sup>26</sup> Essa é uma regra que valoriza a *negociação cooperativa*, evitando que se valha da *negociação competitiva*, pois se foca no resultado, separando as pessoas do problema a ser solucionado.

É realmente uma forma de atuação curiosa porque os advogados não atuam como “terceiro neutro”, como na mediação, nem totalmente “parciais” (no sentido de comprometimento com o interesse material do mandante), mas como “condutores do procedimento” para cada uma das partes, e seus deveres restringem-se à condução adequada e legalmente permitida do procedimento, sem compromisso direto com o êxito da parte que o contratou.<sup>27</sup> A cláusula de desqualificação, portanto, funciona também para evitar o conflito de interesses que poderia ser imaginado entre a função que o advogado tem no procedimento e a origem de sua remuneração.<sup>28</sup> A cláusula tem efeito a contar do momento em que o procedimento termina sem acordo dos litigantes.<sup>29</sup>

Portanto, este método de solução de conflitos da justiça colaborativa permite que o consultor jurídico funcione ao mesmo tempo como advogado e condutor do processo de resolução da controvérsia.<sup>30</sup> O advogado não atua apenas no interesse material do cliente, mas sobretudo com um recomendador ou defensor da eficiência do procedimento de solução de controvérsias escolhido, a fim de que chegue a termo rapidamente e com êxito.<sup>31</sup> Os advogados atuam não como representantes do interesse do mandante. A reputação dos advogados, quando atuam nesta função, é um fator considerável a pressioná-los a uma atuação orientada para o sucesso do procedimento.<sup>32</sup>

As partes também convencionam que devem estar obrigadas a contribuir de maneira exclusivamente construtiva para a solução, em apresentar abertamente as informações solicitadas pela contraparte<sup>33</sup> e não ameaçar os demais envolvidos acenando com um possível acesso ao Judiciário.<sup>34</sup> As ameaças afastam uma negociação orientada à colaboração e à solução amistosa, além de custar tempo e energia aos participantes. Sem contar que a ameaça poderia levar a uma escalada do conflito, por vezes até irracional, que pudesse levar à impossibilidade da solução.<sup>35</sup> É difícil verificar o que seria efetivamente uma ameaça, mas se entende que as partes devem deixar claro quais são as opções e alternativas que as levariam ao ajuizamento de uma demanda judicial.

Nada do que vem a lume no procedimento de *collaborative law* poderá ser usado num processo judicial.<sup>36</sup> Este é um efeito da convenção, mas normalmente consta expressamente do instrumento de acordo.

O procedimento de *collaborative law* tem sido usado em algumas áreas com maior frequência, como nas questões de direito societário, direito de família (conflitos matrimoniais, alimentos), sucessões, bem assim em relações trabalhistas e nas de direito econômico. Também tem ganhado força nos procedimentos de solução de controvérsias internos de empresas (*inhouse collaborative law*).

Qualquer que seja a área do direito material em que tenha aplicação, a adesão consentida ao procedimento é fruto de vontade convencional que produz efeito no processo e, portanto, é um acordo processual, vinculativo para as partes que o firmaram e também para o juiz que deve aplicar as normas jurídicas válidas.<sup>37</sup> Nesta convenção, chamada nos EUA de *four-way agreement* ou *collaborative law participation agreement*, assim como ocorre às vezes na mediação, as partes podem acordar a respeito de um conjunto de princípios e regras aplicáveis ao procedimento.<sup>38</sup>

#### 4. Vantagens da resolução colaborativa

A negociação direta, resolução colaborativa de disputas ou *collaborative law* apresenta vantagens em relação a outros meios de solução de conflitos.

Há, em primeiro lugar, economia do pagamento de honorários a um terceiro (o mediador). Numa mediação, além de as partes terem de arcar com os honorários de seus respectivos advogados, devem pagar a remuneração do mediador, a não ser nos casos em que o mediador é voluntário.

Na negociação cooperativa, permite-se interação direta, atos praticados entre as partes sem intermediação, poupando tempo e evitando mal-entendidos.<sup>39</sup>

A resolução colaborativa orienta-se não apenas aos interesses das partes diretamente engajadas no procedimento, mas também aos interesses materiais de terceiros (mesmo não participantes); é o caso dos procedimentos em matéria familiar (quando se levam em conta interesses dos filhos).

Por outro lado, o *collaborative law* reforça e empodera os indivíduos e também os advogados, que ganham nova função. Isso fala a favor da eficiência do procedimento, mas pode, é verdade, atuar em prejuízo do interesse do constituinte (mandante).<sup>40</sup> Na verdade, essa é uma vantagem comum à mediação, pois nela também há empoderamento das partes e reforço à sua vontade na condução e solução do problema.<sup>41</sup>

A resolução colaborativa de conflitos tem, ainda, a vantagem de unir flexibilidade (própria da dinâmica informal) e segurança, porque permite adaptação dentro de uma moldura de expectativa de atitude colaborativa.<sup>42</sup> Daí a importância da adoção da negociação cooperativa no lugar da competitiva.

#### 5. Convenção de procedimento participativo francesa

No sistema francês, existe previsão da “convenção de procedimento participativo”, que consiste no acordo das partes num processo em que ainda não tenha sido designado juiz ou árbitro, pelo qual se comprometem a atuar conjuntamente e negociar de boa-fé para chegar a uma solução para seu litígio.<sup>43</sup>

Introduzida no Código Civil francês em 2010,<sup>44</sup> também disciplinada no *Code de Procédure Civile* (art. 1.545), foi declaradamente inspirada no direito québécois e nas práticas norte-americanas de justiça colaborativa.<sup>45</sup>

São convenções processuais intimamente relacionadas com os deveres de boa-fé não só de natureza contratual, mas também de natureza processual.<sup>46</sup>

O acordo deve ser firmado antes do processo judicial. Não é possível haver convenção de procedimento participativo incidental. A convenção deve ser celebrada por escrito, fixando precisamente o objeto da controvérsia, documentos necessários à discussão e sua forma de intercâmbio.<sup>47</sup> Deve haver presença de advogados, que asseguram o respeito à forma e conduzem o procedimento.<sup>48</sup> As partes, querendo, podem também se valer de técnicos.<sup>49</sup>

A convenção de procedimento participativo, no sistema francês, não pode ser celebrada quando a questão disser respeito a direitos indisponíveis. Além disso, a convenção é formal e o procedimento tem um tempo de duração fixo. Por isso, já foi chamada de um “pacto de não agressão por prazo determinado”.<sup>50</sup>

Enquanto durar o prazo definido na convenção, as partes ficam vinculadas e não podem acessar o Judiciário. Assim, o principal efeito da convenção de processo participativo é a inadmissibilidade de demandas judiciais

para deliberar sobre o litígio. Trata-se de uma inadmissibilidade temporária, que deve ser pronunciada durante o prazo de negociação estabelecido na convenção.<sup>51</sup>

Porém, a lei permite o acesso ao Judiciário no caso de medidas de urgência ou se não houver adimplemento do acordo.<sup>52</sup> Entende-se que, se uma das partes recusa-se a cumprir a cláusula, esta inexecução permite ao outro contratante de ir ao Judiciário buscar a solução do litígio também porque o ajuizamento da demanda não poderia ser compreendido como uma conduta logicamente incompatível com a convenção.<sup>53</sup> É possível, ainda, pela autonomia convencional, que as partes redijam o acordo de forma a prever etapas de negociação, entre as quais seja facultado, até mesmo unilateralmente, deixar o procedimento de negociação e ajuizar a demanda judicial. Isso é importante sobretudo nas negociações mais complexas, que podem demorar muito tempo.<sup>54</sup>

Outro efeito da celebração da convenção é a suspensão da prescrição desde o momento em que firmado o acordo.<sup>55</sup>

As partes podem convencionar a forma e as hipóteses de intervenção de terceiros no procedimento participativo.<sup>56</sup>

Em caso de haver transação, as partes podem optar por homologá-la judicialmente. Se houver transação apenas parcial, as partes devem direcionar a demanda ao Judiciário mediante requerimento conjunto (art. <sup>RTD</sup> 57 do <sup>RTD</sup> CPC francês), que deverá ser acompanhado do termo em que firmada a convenção por escrito, bem assim os documentos e peças dos autos do procedimento participativo, o que é um pouco diferente do *collaborative law* de base norte-americana porque não há confidencialidade de todos os atos.<sup>57</sup>

Uma grande diferença da convenção de procedimento participativo para os métodos estadunidenses do *collaborative law* diz respeito à natureza e deveres dos advogados. Embora sua obrigação também seja apenas de meio,<sup>58</sup> de maneira similar ao que acontece no método do *collaborative law*, aqui os advogados podem continuar a representar a parte no caso de fracasso da resolução colaborativa.<sup>59</sup> Não há, portanto, obrigação de deixar a atividade no caso judicializado.<sup>60</sup> Por outro lado, em compensação, são maiores os deveres de confidencialidade deles exigidos, especialmente sobre as informações obtidas durante o procedimento de negociação participativa.<sup>61</sup>

Efeito interessante, que pode ser transposto para o direito brasileiro, é aquele em virtude do qual, se as partes se submetem a essa técnica, mesmo não havendo sucesso ao final do procedimento, e o litígio desaguar no Judiciário, deve ser dispensada a audiência de mediação.<sup>62</sup>

## 6. Aplicabilidade da resolução colaborativa de conflitos ao direito processual brasileiro

As técnicas de resolução colaborativa de conflitos podem ser aplicadas no direito processual brasileiro.

Por um lado, o Código de Processo Civil fomenta e estimula soluções autocompositivas dos conflitos (art. 3.º, § 2.º) e admite convenções processuais (arts. 190 e 200). Há um claro empoderamento das partes na solução da disputa. Além disso, o Código de Processo Civil consagra os princípios da cooperação e da boa-fé (arts. 5.º e 6.º). Ora, todas essas regras demonstram uma clara diretriz<sup>63</sup> favorável à aplicação da resolução colaborativa de conflitos.

Nesse quadro, não seria razoável inadmitir a negociação ou a resolução colaborativa apenas por falta de expressa previsão legal, como se o sistema de meios adequados de solução de controvérsias fosse *numerus clausus*. Ao revés, devem-se admitir outros instrumentos e técnicas de resolução de controvérsias que possam levar ao resultado consensual, sobretudo se forem protagonizados pelas partes e estas fizerem-no com menos custos para todos.

Na verdade, resolução colaborativa, como já afirmado, é uma “mediação sem mediador”. Ora, se o sistema brasileiro incentiva a mediação, a ponto de haver, a partir da Res. CNJ 125/2010, a instauração de uma política pública para estímulo, aperfeiçoamento e aparelhamento da mediação e da conciliação, é evidente que a

resolução colaborativa insere-se nesse contexto, despontando como mais uma técnica adequada para a solução de disputas no Brasil.

## **7. Possibilidade de utilização da técnica por órgãos públicos: Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Ministério Público. Aplicabilidade pelos Escritórios-Modelo e Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito**

A resolução colaborativa de conflitos não é uma técnica a ser utilizada exclusivamente por litigantes abastados e somente operada pela advocacia privada. É possível também, com as devidas adaptações, estar à disposição dos órgãos públicos e das classes menos favorecidas economicamente.

Note-se que o próprio Código de Processo Civil e a lei de mediação são previdentes de regras para a mediação e conciliação pela Administração Pública. A Res. CNMP 118/2014 dispõe sobre mecanismos consensuais de solução de controvérsias aplicados pelo Ministério Público, prevendo expressamente a possibilidade de inserção de convenções processuais em termo de ajustamento de conduta.

Outros órgãos públicos também são naturalmente afetos ao uso do *collaborative law*, como as Defensorias Públicas e os Procons, que já têm inúmeras práticas bem sucedidas de utilização de técnicas autocompositivas.

Nessas hipóteses, se a autocomposição não for obtida e a questão vier a ser judicializada, é recomendável que o membro do Ministério Público, da Advocacia Pública ou da Defensoria Pública que tenha participado ou conduzido as negociações não atue no processo judicial, a fim de não comprometer a defesa da parte contrária, nem violar a regra de confidencialidade que deve marcar a resolução colaborativa.

Na linha de universalização dos instrumentos adequados de solução de conflitos para todos, inclusive para as camadas mais pobres da população, além da Defensoria Pública, a técnica pode ser mais um instrumento à disposição dos Escritórios-Modelo e Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito, muitos dos quais já desenvolvendo importantes programas de fomento à autocomposição.

## **8. Conclusão**

Objetivo do presente texto foi apresentar a técnica da resolução colaborativa de conflitos e mostrar suas potencialidades no sistema multiportas fomentado pelo Código de Processo Civil brasileiro.

Nos últimos anos, no Brasil, não se vê uma diversificação dos meios de solução de controvérsias. Constantemente, tem-se a impressão de que se ficou apenas na defesa e no estímulo à arbitragem, conciliação e mediação. Essa carência de variedade, de se admitirem outros tipos de mecanismos e técnicas, talvez seja derivada, de um lado, do ainda incipiente ambiente para a incorporação no cotidiano dos métodos mais conhecidos, como a mediação. Ou talvez, pelo menos em parte, pela inércia da comunidade jurídica em procurar, com criatividade, extrair das experiências estrangeiras novas técnicas que possam ser úteis ao processo brasileiro.<sup>64</sup>

Dentro do modelo multifacetário dos meios de solução de disputas do Código de Processo Civil, que admite uma abertura para outros instrumentos que não aqueles explicitamente positivados, a negociação colaborativa apresenta-se como mais uma possibilidade de obtenção da autocomposição, cujas vantagens, expostas no texto, recomendam maior atenção dos juristas para este mecanismo para a solução de conflitos.

## **9. Bibliografia**

BLAKE, Susan; BROWNE, Julie; SIME, Stuart. *The Jackson ADR Handbook*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BONNET, Éric. La convention de procédure participative. *Procédures*. n. 3. p. 11. 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 8. ed. Paris: Lexis Nexis, 2013.
- CAVALLI, María Cristina; AVELLANEDA, Liliana Graciela Quinteros. *Introducción a la gestión no adversarial de conflictos*. Madrid: Editorial Reus, 2010.
- CHANEN, Jill Schachner. Collaborative counselors: newest ADR option wins converts, while suffering some growing pains. *American Bar Association Journal*. n. 92. p. 52-57. 2006.
- CHASE, Oscar G. *Derecho, cultura y ritual: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- CUNHA, Pedro. *Conflicto e negociação*. Porto: Edições Asa, 2001.
- ENGEL, Martin. *Collaborative law: mediation ohne mediator*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- FAIRMAN, Christopher M. A proposed model rule for collaborative law. *Ohio State Journal of Dispute Resolution*. n. 21. p. 73-122. 2005.
- GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering, and indigenous law. *Journal of Legal Pluralism*. vol. 19. p. 1-2. 1981.
- GOUVEIA, Mariana França. *Curso de resolução alternativa de litígios*. Coimbra: Almedina, 2011.
- GREGER, Reinhard. Gerichtsinterne Mediation auf dem Prüfstand. *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2013.
- \_\_\_\_\_. Mediation und Schlichtung – Anwaltssache? in *Festschrift für Karl Eichele*. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- KRIESBERG, Louis. *Constructive conflicts: from escalation to resolution*. 3. ed. Lanham: Rowman & Littlefield, 2007.
- KUPFER SCHNEIDER, Andrea. *Building a pedagogy of problem-solving: learning to choose among ADR processes*. *Harvard Negotiation Law Review*. n. 5. p. 119 e ss. 2000.
- LANDE, John. Possibilities for collaborative law: ethics and practice of lawyer disqualification and process control in a new model of lawyering. *Ohio State Law Journal*. n. 64. p. 1352-1353 e 1375. 2003.
- LAWRENCE, James K.L. Collaborative lawyering: a new development in conflict resolution. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. n. 17. p. 434. 2002.
- LESSA NETO, João Luiz. O novo  [CPC](#) adotou o modelo multiportas!!! E agora?!. *Revista de Processo*. vol. 244. p. 427-441. São Paulo: Ed. RT, jun. 2015.
- MACFARLANE, Julie. *The emerging phenomenon of collaborative family law (CFL): a qualitative study of CFL cases*. Ottawa: Department of Justice.
- MATTOS, Olivier de. Une nouveauté: la convention de procédure participative. *Cahiers de Droit de L'entreprise*. n. 1. p. 10. jan. 2011.
- MAXWELL JR., Lawrence. The development of collaborative law. Disponível em: [www.collaborativelaw.us/articles/The\_Development\_of\_Collaborative\_Law.pdf]. Acesso em: 28.03.2016.
- PEULVÉ, Catherine. La dimension processuelle de la procédure participative. *Petites Affiches*. n. 76. p. 7. abr. 2012.
- POIVEY-LECLERCQ, Hélène. La convention de procédure participative: “un pacte de non agression à durée déterminée”. *JCPLa Semaine Juridique. édition générale*. n. 4. p. 154. jan. 2011.
- SANDER, Frank. Varieties of dispute processing. *Federal Rules Decisions*. n. 70. p. 131. 1976.

\_\_\_\_\_. Varieties of dispute processing. In: LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. *The pound conference: perspectives on justice in the future*. Saint Paul: West Publishing Co., 1979.

SAUPHANOR, Samuel. La convention de procédure participative: aspects pratiques. *Gazzete du Palais*. n. 1. p. 23. jan.-fev. 2011.

SCHWAB, William H. Collaborative law: a closer look at an emerging practice. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. n. 4. p. 358. 2004.

SILVA, Paula Costa e. *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*. Lisboa: Coimbra Ed., 2009.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

TESLER, Pauline H. *Collaborative law: achieving effective resolution in divorce without litigation*. 2. ed. Chicago: American Bar Association, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

VON BARGEN, Jan Malte. *Gerichtsinterne Mediation: Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

WINICK, Bruce. Therapeutic jurisprudence and the role of counsel in litigation. *California Western Law Review*. n. 37. p. 105 e ss.

#### **Pesquisas do Editorial**

- TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS? , de Elton Venturi - RePro 251/2016/391
- MEDIAÇÃO PRIVADA: ASPECTOS RELEVANTES DA LEI 13.140/2015, de Najla Lopes Cintra - RT 967/2016/68
- A “AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU DE MEDIAÇÃO” NO NOVO CPC: SEIS (BREVES) QUESTÕES PARA DEBATE, de Gustavo Osna - RePro 256/2016/349