

# DIREITO PREVENTIVO: A NOVA ERA NO BRASIL EMPRESARIAL

Wilson Míccoli\*

Melissa Oliveira Diaz\*\*

## RESUMO

O presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar as vantagens do Direito Preventivo em comparação ao tradicional Direito Contencioso no âmbito das operações empresariais. O Direito Preventivo é uma abordagem legal, relativamente recente no Brasil, na qual o advogado está envolvido de forma proativa na administração de assuntos legais de seus clientes, uma vez que há a maximização de estruturas para alcançar objetivos e se estabelecem estratégias para reduzir os riscos legais, assim advogados e clientes trabalham em conjunto para delinear as contramedidas necessárias. Este artigo sugere uma abertura da sistemática jurídica tradicional de forma a permitir o avanço do Direito partindo de uma perspectiva preventiva de conflitos em contraposição à solucionadora de litígios. A tendência que se apresenta é a ressignificação do papel do Direito, uma vez que em razão das mudanças impostas pelo mundo globalizado, a ideia de judicialização dos conflitos tende a ser substituída por abordagens voltadas ao desenvolvimento de soluções jurídicas eficientes do ponto de vista negocial, social e político.

Palavras-chaves: Direito Preventivo. Direito Proativo. Riscos. Contramedidas. Brasil

## 1. INTRODUÇÃO

O direito preventivo, no momento muito falado, contudo ainda pouco publicado academicamente e da mesma forma fortuitamente praticado, é uma técnica moderna, uma ferramenta de reconhecida eficácia, tanto para evitar o litígio, quanto impedir a tramitação pelos órgãos afins, onde a justiça ainda é bastante morosa.

O objetivo geral desse trabalho é o de poder analisar e se aprofundar conceitualmente no Direito Preventivo e suas vertentes, demonstrando suas vantagens e

\*Coordenador do Curso de Administração da Faculdade Inspirar. Doutor em Gerenciamento de Projetos, Mestre em Engenharia Mecânica, MBA Executivo Gerenciamento de Projetos e Bacharel em Administração. E-mail: [miccoliw@hotmail.com](mailto:miccoliw@hotmail.com)

\*\* Coordenadora Adjunta do Curso de Administração da Faculdade Inspirar. Mestre em Educação, Especialista em Políticas Públicas e Bacharel em Direito. E-mail: [melissaoliveiradiaz@hotmail.com](mailto:melissaoliveiradiaz@hotmail.com)

eventuais desvantagens em detrimento às práticas majoritárias empregadas atualmente no Brasil, que tradicionalmente contenciosas, alimentam os litígios, provocando sucessivos prejuízos nas organizações.

O Direito Preventivo iniciou-se nos Estados Unidos na década de 50 do século passado, logo após a segunda grande guerra (BROWN, 1950). Foi introduzido no meio empresarial com o objetivo de atender aos coordenadores e suas respectivas multifuncionalidades periciais, tais como Engenharia, Administração e Contabilidade, sendo que a participação dos advogados era apenas com o intuito de implementação e fiscalização para cumprimento das leis nas atividades respectivas, reduzindo os potenciais prejuízos.

Posteriormente, no fim dos anos 90, descreve Haapio (2010), como objeto do aperfeiçoamento do Direito Preventivo, surgiu nos países escandinavos, especificamente na *Nordic School of Proactive*, o Direito Proativo, que ainda não é muito divulgado fora dessas regiões.

O Direito Proativo, com variação semelhante, objetiva a atuação preventiva dos advogados e clientes em trabalho em conjunto, disseminando o conhecimento jurídico e as respectivas consequências aos colaboradores, no sentido de cuidar para que a empresa e os negócios dela derivados em sua completa cadeia de suprimentos - desde os fornecedores da matéria prima básica até o suporte pós-venda aos clientes, se conscientizem das exigências legais de forma robusta, evitando responsabilidades cíveis e criminais, a exemplo da aplicação do instrumento *Compliance*.

Com a utilização do Direito Proativo, faz-se uso de maior profundidade e consciência, motivando comportamentos positivos, promovendo o chamado “bem-estar jurídico”, criando valor nas cadeias produtivas, implementando e executando o correto, a fim de instituir uma fundação sólida para as atividades empresariais, demovendo assim a conhecida e velha imagem de que os advogados só servem para criar obstáculos e que só mostram o lado negativo das leis. Entende-se assim, que o Direito Preventivo está contido no Direito Proativo, então desenvolvido *a posteriori*.

Uma explicação plausível sobre a origem destas duas diferentes abordagens é feita pela Berlinger-Walliser e Østergaard (2012), que argumenta que o Direito Preventivo é oriundo dos Estados Unidos pós-guerra, em resposta ao combativo sistema

o “*Common Law*”<sup>1</sup>, baseado em precedentes judiciais, enquanto que o Direito Proativo, é proveniente da Europa, menos voltado ao litígio, levando a entender que é por que estaria inserido no contexto da “*Civil Law*”<sup>2</sup>, baseado em Códigos e leis.

## 2. A CULTURA DA LITIGÂNCIA NO BRASIL

No Brasil, o ensino jurídico sempre foi voltado para o enfrentamento do litígio e não para o consenso. Foi desenvolvido para o embate, para que um ganhe e outro perca.

Os dados estatísticos adiante apresentados demonstram a ineficácia do Direito Contencioso e sua ação para o futuro da justiça no Brasil. Embora haja inúmeros e visíveis esforços em prol de maior bem-estar da população, os números mostram que a justiça brasileira ainda dista sobremaneira de um posicionamento que possa ser comparável positivamente a nações mais eficazes nesse aspecto.

Neste estudo, são analisadas algumas políticas nacionais de incentivo às vias alternativas conciliatórias e mediatárias. Conforme Calmon (2013), todas as formas de solução de conflitos devem ser amplamente difundidas e a sua divulgação deve ser realizada em linguagem acessível a todos, de forma não tecnicista.

Aborda-se com esse intuito, a necessária mudança de paradigmas, de hábitos, de mentalidades, no sentido de aprimorar e promover uma justiça de forma não adversarial e sim consensual, onde ambos lados ganhem, que aproxime as partes e delas obtenha os fundamentos da resolução do conflito.

Destacam-se algumas predisposições culturais também da administração pública que causam óbices à promoção de uma Justiça que tenha bases no consenso, como é o caso da recalcitrância da Fazenda Pública na realização de acordos.

Muitas das teorias de conflitos têm como objetivo propor explicações sociológicas, culturais e psicológicas para os litígios. Definem, explicam, justificam, contudo, poucas delas dedicam-se a estudar delineamentos mais intrínsecos do litígio como elemento básico para sua resolução, suas causas e respectivas contramedidas. O

---

<sup>1</sup> *Common Law* - é uma estrutura mais utilizada por países de origem anglo-saxônica tais como os Estados Unidos e Grã-Bretanha. O Direito nesses países se baseia na maioria na Jurisprudência que no texto da lei.

<sup>2</sup> *Civil Law* - é a estrutura jurídica oficialmente adotada no Brasil. O que basicamente significa que as principais fontes do Direito adotadas aqui são a Lei e os respectivos textos.

litígio emerge pela combinação de vários fatores ou pelo surgimento de alguns deles de maneiras isoladas.

Fiorelli, Malhadas e Malhadas Júnior (2008) interpretam as causas-raiz dos conflitos às “mudanças, reais ou apenas percebidas ou às expectativas de que ela venha a ocorrer”. Desta forma, aos referidos autores, é na transformação de uma realidade, na mudança não corretamente interpretada, onde reside a causa de todos os conflitos. Alguns exemplos:

- a) o colaborador da empresa sente que o superior passou a ignorá-lo,
- b) a esposa percebe o marido menos atencioso, menos carinhoso;
- c) o aluno acredita que o professor está perseguindo-o com perguntas mais complexas, portanto muito mais difíceis de contextualizar.

Tais percepções podem não corresponder à realidade completa, porém, produzem conflitos tais que, para alguns dos envolvidos são reais e constituem o que se denomina realidade psíquica. Onde faltam informações, a imaginação as completa.

Souza Neto (2000) *apud* Lucena Filho (2012) apresenta uma classificação bastante coerente e lógica, sobre os tipos de litigantes em quatro grupos:

- a) litigantes de boa-fé,
- b) litigantes por necessidade financeira;
- c) litigante de má-fé;
- d) litigante amante do litígio;

O primeiro perfil diz respeito aqueles que defendem uma solução lógica para o conflito, ainda que não seja a adjudicada e somente acionou o aparato estatal por crer no seu íntimo que seu pleito possa ser justo. Apresenta a verdade a respeito daquilo que se crê, embora esteja passível a erro. É um tipo de oponente que está sujeito a considerar argumentos que sejam razoáveis e lógicos. É uma pessoa em predisposição a eliminar definitivamente o “problema”, desde que, não seja ao custo de soçobrar seus propósitos.

O litigante de boa-fé percebe o processo litigioso como um instrumento embora legítimo de reparação de uma situação gerada pela instauração de um conflito.

Os que litigam pela necessidade financeira, em regra, se apresentam na posição de passividade da demanda e assim se disponham por não poderem, na maioria dos casos, adimplir com suas obrigações por razões financeiras.

Já o contendor de má-fé, é consciencioso da morosidade e inefetividade que aflige o processo judicial e disso se utiliza para postergar seu status de devedor, por exemplo. Sua expectativa, reside na possibilidade de obter uma decisão favorável ao considerar as dificuldades impostas pelo andamento judicial, com a incerteza da sentença, pelas manobras processuais que possa realizar, pela inabilidade do advogado da outra parte ou instigação a erro do magistrado ou ainda, qualquer outra estratégia desleal que possa adotar no curso do processo.

Finalmente, o litigante que tem “amor” ao litígio é movido pela pressurosa necessidade de se manter ligado ao adversário, ainda que por intermédio de um processo judicial. Trata-se de um elo emocional, relação afetiva existente previamente ou de mera vaidade que foi violada, gerando ciúmes, angústia e até frustração. A deliberação deste tipo de autor é procrastinar ao máximo o processo para que o vínculo se perpetue, como, à laia de estampa, na labuta que tenham como objeto o Direito de Família.

O conflito de interesses é instalado diante do Poder Judiciário, para que este solucione a questão. O objetivo é saber quem será o contendor vencedor dessa disputa, quem terá seu direito efetivado pela execução jurisdicional. Constrói-se e incentiva-se dessa forma, a cultura da litigância.

Diante desse cenário, os meios consensuais de resolução de conflitos, a Conciliação e a Mediação se apresentam como alternativas de pacificação social, por proporcionarem também o acesso à Justiça, na resultante do “ganha-ganha” jurídico.

O ensino jurídico no Brasil foi, ao longo dos tempos, conforme Silva (2016), “moldado pelo sistema da contradição (dialética), forma então guerreiros, profissionais combativos e treinados para a guerra. Quando um ganha, o outro perde, não importando as consequências para a parte vencedora ou para a vencida. A tradição brasileira da academia jurídica prepara os alunos dos cursos de Direito para o conflito e não para o consenso.

“Vou processar você” é uma expressão muito utilizada no mundo brasileiro litigante popular conforme Lucena Filho (2012) e, recorrente no vocabulário daqueles que estão envolvidos em algum tipo de conflito, seja familiar, consumerista, trabalhista

ou oriundo de uma relação de direito contratual. É utilizada algumas vezes de forma mais eufemística com o disfarce de uma busca de direitos, outras muitas em tom mais ameaçador, outras apenas como blefe. A verdade é que no íntimo desse comportamento eufemístico reside uma forma sistemática de pensar e agir estimulada pela dificuldade de se lidar com os problemas de forma racional, propositiva, equilibrada e consensual. A demasia da litigância no país contrapõe seus limites, muitas vezes até com o poder público assumindo um indesejável papel de protagonista. Urge a necessidade de instrumentos que retirem o Estado do papel singular de protagonista da justiça.

### **3. ALGUNS NÚMEROS DO JUDICIÁRIO**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente desde 2004, o Relatório Justiça em Números, figurando atualmente como a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, posto que desvela a realidade dos tribunais brasileiros com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a gestão judiciária brasileira.

Em sua 13ª edição o relatório publicado em dezembro de 2017, ano base 2016, traz elementos constantes das estatísticas judiciárias oficiais, abrangendo aspectos relativos à estrutura judiciária, aos recursos humanos e financeiros e à movimentação processual.

#### **3.1. Movimentação Processual**

Conforme estatísticas do anuário do CNJ - Justiça Em Números - Destaques (2017), no ano de 2016 foi atingido o escore de 70,9 milhões de processos pendentes. Mantendo a mesma proporção, deverá fechar 2017 acima de 84 milhões de processos pendentes. Contudo, considerando-se que 70% dos novos processos fluem por meio eletrônico, muito mais rápido que os canais tradicionais, estima-se que 2017 poderá passar de 90 milhões de processos pendentes, conforme se verifica na figura 01:

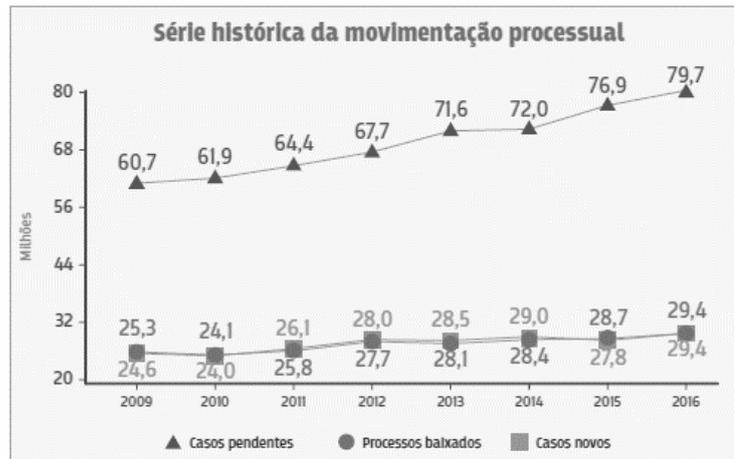


Figura 01 – Série Histórica da Movimentação Processual

Fonte: CNJ (2017)

### 3.2. Casos Novos

A Justiça do Trabalho aparece em destaque, uma vez que é o segmento com maior índice de virtualização, contando com 100% dos casos novos na forma eletrônica junto ao TST e com 99% dos processos em 1º grau e com apenas cinco tribunais abaixo do índice de 100%. Em seguida, vem questões de Direito Civil, de Direito Processual Civil e de Direito Processual do Trabalho, seguido por Direito do Consumidor, Direito Penal, Direito Tributário, Direito Previdenciário, Administrativo e outros, seguindo outros ramos específicos conforme figura 02:

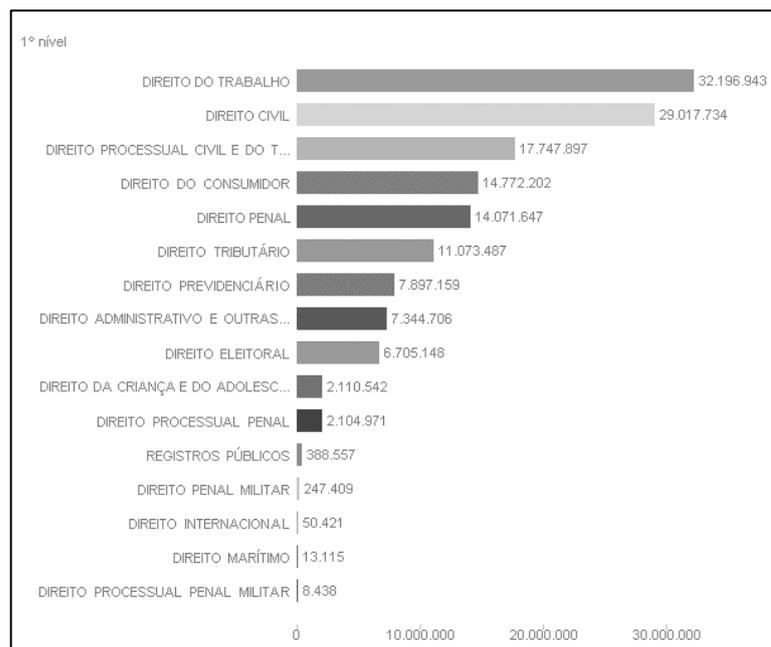


Figura 02 – Série Histórica da Movimentação Processual - Fonte: CNJ (2017)

### 3.3. Força de Trabalho da Justiça Brasileira

Para a análise da força de trabalho devem ser considerados os resultados da produtividade da justiça no contexto atual. De forma imediata e inequívoca pode-se concluir que a força de trabalho atual não tem suficiente capacidade para atender as atuais demandas da sociedade. Veja figura 03.

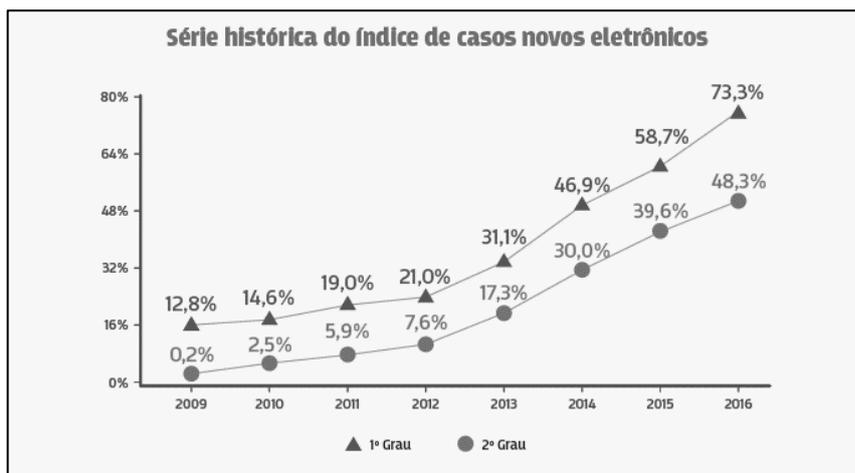


Figura 03 – Série Histórica o índice de Casos Novos Eletrônicos

Fonte: CNJ (2017)

Para análise da força de trabalho são consideradas três categorias distintas (CNJ, 2017):

- a) magistrados, que abrange os juízes, os desembargadores e os ministros,
- b) servidores, incluindo o quadro efetivo, os requisitados e os cedidos de outros órgãos, pertencentes ou não à estrutura do Poder Judiciário, além dos comissionados sem vínculo efetivo, excluindo-se os servidores do quadro efetivo que estão requisitados ou cedidos para outros órgãos;
- c) trabalhadores auxiliares, que compreendem os terceirizados, os estagiários, os juízes leigos, os conciliadores e os colaboradores voluntários.

Conforme estatísticas do CNJ (2017) a força de trabalho total do judiciário em 2016 foi de 442.354 colaboradores no total, 5% menor que a de 2015. O trabalho aumentou de acordo com o exposto no item anterior, mas a força de trabalho reduziu.

### 3.4. Tempo de Tramitação

A maior parte dos tribunais apresenta diferenças significativas de tempos de tramitação. Até o momento em que a sentença é proferida até a fase de execução, o processo pode levar desde o início, cerca de 4 anos e 6 meses, sendo que só na fase de conhecimento computa-se cerca de 1 ano e 4 meses. Veja figura 04:

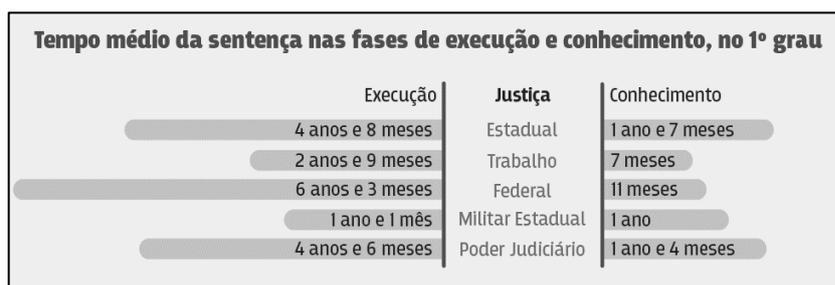


Figura 04 – Série Histórica do Tempo Médio da Sentença nas Fases de Execução e Conhecimento, no 1. Grau - Fonte: CNJ (2017)

### 3.5. Tempos Médios de Processos Baixados

Conforme o CNJ (2017), a média de todos os segmentos de Justiça com competência criminal é de 3 anos e 1 mês, estimativa de duração na fase de conhecimento, sem contar o tempo transcorrido em sede de recursos.

### 3.6. Taxa de Congestionamento

No mesmo relatório, o Conselho Nacional de Justiça, quando trata da taxa de congestionamento e ao monitorar o percentual de processos em tramitação que não baixaram durante 2016, indica que referida taxa permanece ainda muito alta, com percentual de 73%. Isso significa que foram solucionados apenas 27% de todos os processos.

A taxa de congestionamento líquida, que não considera casos suspensos ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura especial, também se mantém bastante alta, na ordem de 69,3%. Veja figura 05:

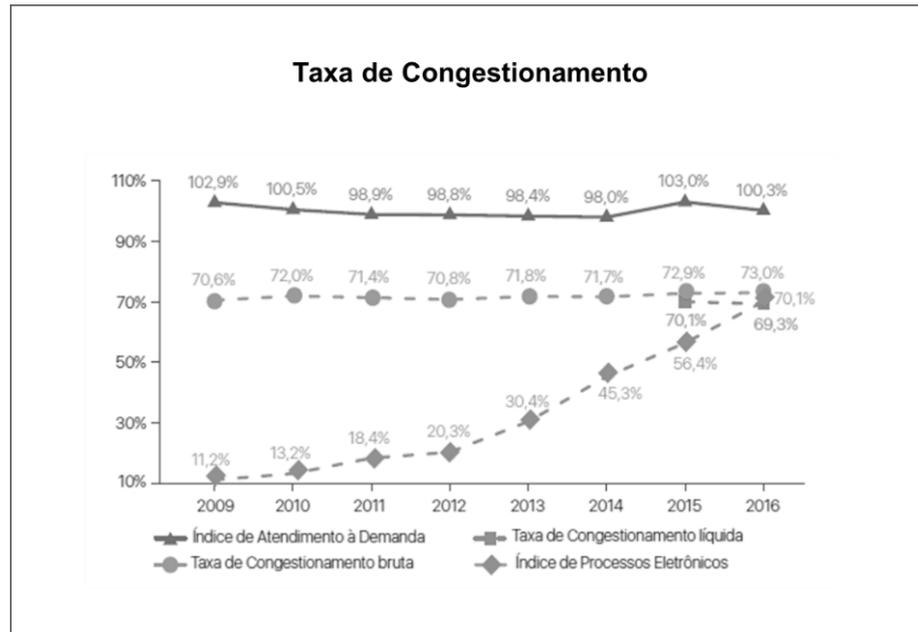


Figura 05 –Taxa de Congestionamento (Base 2016)

Fonte: CNJ (2017)

### 3.7. Índice de Conciliação

O índice de Conciliação compreende o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões concludentes proferidas, (CNJ, 2017). Um percentual no valor de 11,9% das sentenças e decisões proferidas no Poder Judiciário em 2016 foram homologatórias de acordo nesse sentido.

### 3.8. Conclusões sobre a situação atual da Justiça Brasileira referente a Conciliações e Mediações

Com base em uma cultura predominantemente litigante, que mantém o paradigma e a mentalidade ultrapassados, observa-se pelas informações aqui colocadas, um enorme potencial para crescimento dos eventos de Conciliação e Mediação, que podem descarregar e agilizar as questões jurídicas brasileiras.

#### 4. O DIREITO PREVENTIVO

O Direito Preventivo traz uma abordagem em que o advogado está proativamente envolvido na gestão dos assuntos legais do cliente. Esse já era o pensamento de Louis Morris Brown, advogado americano, tido como pioneiro no campo do direito preventivo.

Brown foi o autor do livro "Direito Preventivo", publicado em 1950. Sua filosofia de direito é resumida por sua afirmação: "O tempo para ver um advogado é quando você é legalmente saudável - certamente antes do advento do litígio e antes do tempo que o problema legal ocorre". Clássico da literatura jurídica escrito no pós-guerra, Brown, até hoje é considerado um *best-seller* do direito americano, argumenta que clientes e advogados se beneficiam das habilidades práticas do Direito Preventivo.

Com o Direito Preventivo, clientes e advogados ganham: os clientes se beneficiam porque maximizam suas estruturas para alcançar suas metas e estabelecer estratégias para evitar os custos legais e os advogados se beneficiam porque seus clientes trabalham junto para identificar os futuros e/ou potenciais riscos legais.

Sabe-se que uma das principais e mais óbvias vantagens de se evitar um litígio é a eliminação dos custos produzidos por ele. (CATANI, 2017). Como o verbete "custo" pode se desdobrar em vários outros componentes principais tais como custo financeiro do litígio em si, custo em perda de imagem e confiabilidade perante o mercado e por fim o custo e respectivos desgastes emocionais do conflito - de grandeza não tangível, referente ao malogro da não solução - que como qualquer um que já passou por um conflito bem sabe, trata-se de um ponto que deve sim ser considerado, apesar de não ser financeiro. (SPIES, 2008 *apud* CATINI, 2017)

Em relação aos custos de uma prevenção adequada, estes são incrivelmente inferiores, isso quando a análise cuidadosa do caso por advogados especializados poderia ter previsto que despesas adicionais ocorreriam eventualmente e definido antecipadamente qual a parte e em que proporção estas despesas seriam rateadas.

Nessa esteira, o CNJ publicou uma Resolução nº 125/2010, que é um marco histórico na política de solução consensual de controvérsias. Esse provimento administrativo provocou um grande estímulo à resolução de conflitos de maneira negocial.

Esses métodos de solução consensual de controvérsias e litígios são o objetivo, pois pacificam com a devida justiça, é econômico na medida em que reduz muito o

tempo e os recursos financeiros dispendidos e amplia a base da cidadania, permitindo que as partes envolvidas possam contribuir de forma ativa na elaboração da regra que disciplinará as respectivas relações (DIDIER JR., 2015, *apud* VAZ, 2016).

Por sua vez, o Estado na jurisdição de seu conflito, é poupado da atribuição dos litigantes, vez que a autocomposição não é uma decisão de cunho judicial, proveniente de um magistrado. É uma forma de resolver litígios onde as partes adversárias estabelecem um acordo, sem que haja a interferência de órgãos judiciais.

Os meios autocompositivos, além da agilidade e economicidade, consequências de suas práticas, incrementam a atuação cidadã dos envolvidos na negociação, conforme se verifica na figura 06:

| Processos autocompositivos   | Processos heterocompositivos   |
|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>• Prospectivos</li> <li>• Foco em soluções</li> <li>• Disputa deve ser resolvida</li> <li>• Enfoque pluralista</li> <li>• Uso pragmático do Direito</li> <li>• Formalismo definido pelo usuário</li> <li>• Linguagem e regras simplificadas</li> <li>• Participação ativa das partes</li> <li>• Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas</li> <li>• Foco em interesses</li> <li>• Processo humanizado</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Retrospectivos</li> <li>• Foco em culpa</li> <li>• Disputa deve ser vencida</li> <li>• Enfoque monista</li> <li>• Uso dogmático do Direito</li> <li>• Formalismo definido pelo prestador</li> <li>• Linguagem e regras tradicionais</li> <li>• Participação ativa dos operadores do direito</li> <li>• Advogados direcionados a atuar no processo para vencer</li> <li>• Foco em direitos e fatos</li> <li>• Processo positivado</li> </ul> |

Figura 06 – Diferenças entre Processos Autocompositivos e Heterocompositivos

Fonte: CNJ (2016)

Trata-se, porém, de exercício direto do poder de cidadania, confirmando e corroborando o dispositivo constitucional contido parágrafo único, do artigo 1º da Constituição Federal/88 - “Todo o poder emana do povo”.

Convergindo nessa direção, os parágrafos 2º e 3º, do artigo 3º, do novo Código de Processo Civil, determinam que o Estado deve incentivar a solução autocompositiva do conflito (CPC, 2015). Os primeiros dispositivos do novo CPC, demonstram com clareza, o intuito de transferir parte do poder decisório do Estado para o cidadão, com o intento de desenvolvimento da cidadania brasileira.

Assim, pode-se até mesmo deduzir a existência de um princípio de estímulo da solução por autocomposição (Didier JR., 2015, *apud* Vaz, 2016), diante da necessidade do Estado de promover condições para que as próprias partes tenham capacidade de solucionar seus conflitos, contudo ressalte-se que a classe dos defensores não foi preparada ou doutrinada para esse fim.

A autocomposição pode ser inserida como gênero, que possui quatro espécies: a Negociação, a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem.

Apesar de semelhantes, os três gêneros (com a exceção da Negociação) convivem com situações divergentes e antagônicas, cabendo ao terceiro que orienta as partes o enquadramento e adequação necessários de acordo com características e alcances peculiares.

#### **4.1. Negociação**

Pode-se definir a Negociação, como uma comunicação voltada à persuasão. Em uma Negociação simples e direta as partes têm como regra, total controle sobre o processo e seu resultado. Assim, em linhas gerais, as partes, pode-se definir negociação (CNJ, 2016):

Uma comunicação voltada à persuasão. Em uma negociação simples e direta, as partes têm, como regra, total controle sobre o processo e seu resultado. Assim, em linhas gerais, as partes:

- a) escolhem o momento e o local da negociação;
- b) determinam como se dará a negociação, inclusive quanto à ordem e ocasião de discussão de questões que se seguirão e o instante de discussão das propostas;
- c) podem continuar, suspender, abandonar ou recomeçar as negociações;
- d) estabelecem os protocolos dos trabalhos na negociação;
- e) podem ou não chegar a um acordo e têm o total controle do resultado.

#### **4.2. Conciliação**

A Conciliação pode ainda ser definida como um processo autocompositivo, breve CNJ (2016), no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito ou por uma comissão de pessoas sem interesse na causa, disponíveis

para assisti-las por meio de técnicas e métodos multidisciplinares adequados a chegar a uma solução ou a um acordo.

As distinções acima apresentadas são imprescindíveis em razão da carência de uma abertura, por parte de órgãos públicos, para as críticas à forma com que se conduziam as conciliações até o início do século XXI.

Com assentamento do Movimento pela Conciliação, pelo Conselho Nacional de Justiça, partiu-se da proposição de que um Poder Judiciário moderno não poderia permitir a condução de trabalhos sem a utilização de técnicas e métodos.

Nos dias de hoje, com base na política pública recomendada pelo Conselho Nacional de Justiça, e, consolidada em resoluções e publicações diversas, pode-se afirmar que a Conciliação no Poder Judiciário busca (CNJ, 2016):

- a) estabelecer além do acordo, uma efetiva harmonização social das partes;
- b) restaurar, dentro dos limites possíveis, a relação social das partes;
- c) utilizar técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcançarem soluções;
- d) demorar suficientemente para que os interessados compreendam que o conciliador se importa com o caso e a solução encontrada;
- e) humanizar o processo de resolução de disputas;
- f) preservar a intimidade dos interessados sempre que possível;
- g) visar a uma solução construtiva para o conflito, com enfoque prospectivo para a relação dos envolvidos;
- h) permitir que as partes sintam-se ouvidas; e
- i) utilizar-se de técnicas multidisciplinares para permitir que se encontrem soluções satisfatórias no menor prazo possível.

Pode-se afirmar de forma categórica, que a Conciliação no século XX, na perspectiva do Poder Judiciário, possuía características de grande distinção comparadas às existentes em muitos tribunais brasileiros no século XXI e pretendidas em alguns outros que ainda não modernizaram suas práticas de capacitação e supervisão de conciliadores.

Assim, pode-se caucionar também que ainda existe distinção em relação à Mediação, todavia, a Conciliação atualmente é um processo consensual breve, envolvendo contextos conflituosos menos complexos, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro à disputa, ou como já mencionado, por uma

comissão de pessoas sem interesse na causa para ajudá-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou acordo.

Merece proeminência ainda que o novo Código de Processo Civil (CPC, 2015), estabelece em seu art. 165 § 2º não uma definição de Conciliação, mas uma orientação de encaminhamento. De igual forma o § 3º do mesmo artigo não define Mediação, mas apenas orienta o encaminhamento de casos.

A utilização de técnicas e métodos adequados à Conciliação, como as ferramentas da Mediação, pressupõe na essência que os profissionais não se afastem dos princípios orientadores dos métodos mediativos, dispostos na Resolução 125 de 29/11/2010, ressaltando-se especialmente:

- a) Confidencialidade: tudo o que for trazido, gerado, conversado entre as partes durante a Conciliação ou Mediação fica adstrito ao processo;
- b) Imparcialidade: o conciliador/Mediador não toma partido de nenhuma das partes;
- c) Voluntariedade: as partes permanecem no processo mediativo se assim desejarem;
- d) Autonomia da vontade das partes: a decisão final, qualquer que seja ela, cabe tão somente às partes, sendo vedado ao conciliador e ao Mediador qualquer imposição.

Dessa forma, a Conciliação é a técnica mais recomendada para situações em que não há vínculo intrínseco entre as partes, enquanto que a Mediação deve ser utilizada quando existe algum vínculo anterior e duradouro entre os litigantes.

Inclusivamente, “o conciliador tem uma participação mais ativa no processo de Negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio” (DIDIER JR., 2015, *apud* VAZ, 2016). Entretanto, o Mediador, como segundo gênero, se apresenta primordialmente como facilitador ou moderador do diálogo, não sendo usual a proposição de soluções.

Essas distinções são aduzidas nos parágrafos 2º e 3º, do artigo 165 do Código de Processo Civil. Esse entendimento é corroborado pela disposição do parágrafo 1º, do artigo 4º, da Lei nº 13.140/2015, que disciplina a Mediação entre particulares. Esse dispositivo respectivo, sublinha a índole de condução de diálogo e adesão de comunicação entre as partes, objetivos que devem ser perseguidos pelo agente Mediador.

### 4.3. Mediação

A Mediação pode ser definida como uma Negociação facilitada ou estimulada por um terceiro. Pode ainda ser entendida como um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao litígio ou por uma comissão de pessoas sem interesse na causa, com o objetivo de se chegar a uma composição final. É um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais, pelos quais os terceiros imparciais facilitam a Negociação entre as partes em conflito, capacitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam com seus interesses e necessidades.

Os assim chamados “processos autocompositivos” compreendem tanto os processos que se conduzem diretamente ao acordo, como é de forma influente a Conciliação quanto às soluções facilitadas ou estimuladas por um terceiro, e normalmente, mas nem sempre, denominado “Mediador”. Em ambos os casos, existe a presença de um terceiro imparcial e a introdução deste, significa que os interessados delegaram a ele parte do controle sobre a condução da resolução da disputa.

Além disso, em todos os processos autocompositivos devem (CNJ, 2016):

- As partes podem continuar, suspender, abandonar e/ou retomar as negociações;
- Como os interessados não são obrigados a participarem da Mediação, permite-se encerrar o processo a qualquer momento;
- Apesar de o Mediador exercer influência sobre a maneira com que se devam ser conduzidas as comunicações ou da forma de se negociar, as partes têm a oportunidade de se comunicar diretamente, durante a Mediação, da forma estimulada pelo Mediador;
- Assim como na Negociação, nenhuma questão ou solução deve deixar de ser considerada. O Mediador pode e deve contribuir para a criação de opções que superam a questão monetária ou discutir assuntos que não estão diretamente ligados à disputa, mas que afetam a dinâmica dos envolvidos;
- Por fim, tanto na Mediação, quanto na Conciliação, como na Negociação, as partes não precisam necessariamente chegar a um acordo.

Os interessados/envolvidos têm ainda a liberdade de encerrar a Mediação a qualquer hora sem sofrerem maiores prejuízos, pois este é um processo não vinculante. Um processo é vinculante pode ser definido quando os interessados possuem o ônus de participar dos atos procedimentais, nos quais a desistência de participação no processo gera uma perda processual e uma potencial perda material.

Para melhor compreensão dos termos vinculantes e não vinculantes, se, em uma arbitragem ou em um processo judicial, a parte ré opta por não mais participar do procedimento, presumir-se-ão verdadeiros, alguns dos fatos alegados pela outra parte e, como consequência, há uma maior probabilidade de condenação daquela que não participou do processo.

Já em processos não vinculantes, não existem maiores perdas consequentes da abdicação de participação no processo. Obviamente, isto não significa que a parte não sofrerá perdas em razão do não atingimento dos objetivos que possivelmente seriam alcançados se ela não tivesse desistido do processo. A característica dos processos não vinculantes consiste na falta do encargo de participar do processo.

A Mediação e a Conciliação são métodos não vinculantes e se caracterizam pela redução ou delegação do encaminhamento e do controle do procedimento a um terceiro, mas pela manutenção do controle sobre o resultado pelas partes.

### **4.3. Arbitragem**

A arbitragem pode ser definida como um processo completamente privado, isto porque existem arbitragens internacionais públicas, nas quais as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de uma comissão de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, proferir uma decisão (comumente denominada sentença arbitral) visando encerrar definitivamente a disputa.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se de forma simples e objetiva a necessidade de o direito brasileiro ingressar em uma nova rota que traga uma real representação do Estado de Direito à sociedade brasileira.

Neste breve estudo, foram evidenciadas a situação atual da justiça brasileira, os motivos que levam ao congestionamento considerando a cultura da litigância, as dificuldades do Direito Contencioso, e os ensejos do Direito Preventivo, inclusive com a introdução do Direito Proativo, considerado por muitos autores contemporâneos como o arcabouço dos processos autocompositivos.

Nesse trabalho, não foram consideradas, porém, as causas eventuais de baixa produtividade de instâncias várias da justiça, pois entende-se não ser esse a maior causa do congestionamento atual, que tenderá a se agravar nos próximos anos, se uma mudança radical da mentalidade não puder ser atingida.

Pelos números divulgados pelos relatórios do Conselho Nacional de Justiça, pode-se perfazer grandes esforços na Justiça, evidências essas completamente desconhecidas na sociedade brasileira, essa ainda aspirante a cidadania sob pressões políticas partidárias.

O Direito Preventivo e o Proativo, acompanhando tendências de outros países, os quais em muitas ocasiões são referenciados, são uma enorme oportunidade para solucionar os problemas da justiça brasileira.

## **PREVENTIVE LAW: THE NEW ERA IN BUSINESS BRAZIL**

### **ABSTRACT**

The main objective of this paper is to demonstrate the advantages of Preventive Law in comparison with traditional Litigation Law in the scope of business operations. Preventive Law is a recent legal approach in Brazil in which the lawyer is proactively involved in the administration of his clients' legal affairs, since there is a maximization of structures to achieve objectives and strategies to reduce legal risks, so advocates and clients work together to outline the necessary countermeasures. This article suggests an opening of the traditional legal system to allow the advancement of the law starting from a preventive perspective of conflicts in conflict with the litigator. The tendency is to re-signify the role of law, given that due to the changes imposed by the globalized world, the idea of judicialization of conflicts tends to be replaced by approaches aimed at developing efficient legal solutions from the point of view negotiation, social and political.

Key-words: Preventive Law. Proactive Law. Risks. Countermeasures. Brazil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei Federal nº 7.347/85, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 25/7/1985, Página 10649 (Publicação Original). Brasília, DF, 25/7/1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347Compilada.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.html)> Acesso em 26/12/2017.

BRASIL, Lei Federal nº 9.009/95, de 26 de setembro de 1985. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 26/9/1985. Brasília, DF, 25/7/1985. Brasília, DF, 26/9/1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em 26/12/2017.

BRASIL, Lei Federal nº 8.078/93, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 26/9/1985. Brasília, DF, 10/1/2007 (Retificação). Brasília, DF, 12/9/1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em 26/12/2017

BRASIL, Lei Federal nº 10.406/02, de 11 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União** - 11/1/2002. Brasília, DF. Brasília, DF, 11/1/2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)> Acesso em 28/12/2017

BROWN, L. M. **Preventive law**. New York, NY: Prentice Hall, 1950.

CALMON, P. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2.ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **100 maiores litigantes**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em 26 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2017 – Ano Base 2016. Relatório Analítico.** CNJ, DF: 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça em Números 2017 – Ano Base 2016. Relatório Resumo.** CNJ, DF: 2017.

\_\_\_\_\_. **Manual de Mediação Judicial.** CNJ, DF: 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução .** CNJ, DF: 2016.

CATANI, G. Vantagens do direito preventivo nas operações societárias. **Âmbito Jurídico.com.br.** Rio Grande, nº 165, Ano XX, outubro de 2017, ISSN 1518-0360. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8625](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8625)>. Acesso em 22/12/2017.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 19. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2017.

FIORELLI, J. O., FIORELLI, M. R., MALHADAS JUNIOR, M. J. O. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática.** São Paulo: Atlas, 2008.

HAAPIO, H. **Introduction to Proactive Law: A Business Lawyer's View.** Scandinavian Studies in Law Volume 49: A Proactive Approach. Peter Wahlgren, 2010. Disponível em: <<http://www.scandinavianlaw.se/pdf/49-2.pdf>>. Acesso em 22/12/2017.

LUCENA FILHO, H. L. **CONPEDI – Conselho Nacional de Pós-graduação em Direito. XXI Congresso Nacional do CONPEDI/UFF.** A Cultura da Litigância e o Poder Judiciário: Noções Sobre as Práticas Demandistas a Partir da Justiça Brasileira. Universidade Federal Fluminense – UFF, Niterói, 2012.

SILVA, C. R. da. Os óbices para a difusão de uma cultura não adversarial de resolução de conflitos: a necessária mudança de hábitos. **Revista Eletrônica Direito e Política,**

**Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.11, n.3, 3º quadrimestre de 2016. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791

SOUZA NETO, J. B. de M. **Mediação em Juízo: abordagem prática para a obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Atlas, 2000.

SPIES, W. **Conflict Prevention in Project Management: Strategies, Methods, Checklists**. Springer-Verlag: Berlin, 2008.

VAZ, J. S.; PINTO, R. E. A. **Revista FIDES**. Auto composição de Conflitos: da Cultura de Litigância à Solução Consensual. Natal, v.8, n. 1, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.revistafides.com/ojs/index.php/br/article/viewFile/541/865>>. Acesso em 22/12/2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus PODIVM, 2017.