

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

PAULA PARAGUASSU DA SILVA

**O TRATAMENTO ADEQUADO DO CONFLITO EMPRESARIAL E O PAPEL DO
ADVOGADO**

VITÓRIA
2022

PAULA PARAGUASSU DA SILVA

**O TRATAMENTO ADEQUADO DO CONFLITO EMPRESARIAL E O PAPEL DO
ADVOGADO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

S586t Silva, Paula Paraguassu da, 1981-
O tratamento adequado do conflito empresarial e o papel do advogado / Paula Paraguassu da Silva. - 2022.
204 f.

Orientador: Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito processual. 2. Direito empresarial. 3. Tratamento adequado do conflito. 4. O papel do advogado. I. Mazzei, Rodrigo Reis. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

PAULA PARAGUASSU DA SILVA

**O TRATAMENTO ADEQUADO DO CONFLITO EMPRESARIAL E O PAPEL DO
ADVOGADO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Aprovada em 20 de abril de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Claudio Penedo Madureira
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Profa. Dra. Flavia Pereira Hill
Universidade
Membro Externo

Profa. Dra. Tricia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

VITÓRIA

2022

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

Aos meus pais, pelo amor e por serem exemplo de força e coragem. Em especial, agradeço à minha mãe, por ter sido presença na vida minhas filhas nos meus doloridos momentos de ausência.

À Helena e à Manuela, pela motivação diária para buscar o meu melhor, sempre.

Ao Tiago, pela serenidade ao ouvir minhas inquietações, pela sensatez ao me indicar a direção sempre que o caminho se tornava sinuoso e pelo carinho de me encorajar a ir além.

Às minhas amigas, mães trabalhadoras que trilharam este caminho antes de mim e, assim, provaram que era possível.

Ao Professor Rodrigo Mazzei, pela acolhida na vida profissional e acadêmica, pela orientação precisa e necessária e pelo exemplo inspirador de atuação como advogado.

Ao Des. Carlos Simões Fonseca, pelos ensinamentos diários sobre o verdadeiro exercício de cidadania e justiça.

À Betânia, que me ouviu atenciosamente e cujo apoio foi essencial nesta jornada.

EPÍGRAFE

“O mundo pede aos juristas ideias novas, mais do que sutis interpretações”

Tulio Ascarelli

RESUMO

O objeto deste trabalho é a análise do papel do advogado no tratamento do conflito empresarial. O advogado é o primeiro profissional da área jurídica a ter contato com a relação empresarial e, por tal motivo, é o primeiro profissional da área jurídica a ter contato com o conflito gerado neste âmbito. Deve portanto, estar preparado para conduzir o seu tratamento da forma mais eficiente possível, a fim de apresentar o melhor resultado para o seu cliente e para a sociedade em que está inserido. Para tanto, precisa conhecer profundamente as relações empresariais, suas características e peculiaridades e, também, todas as possibilidades colocadas à disposição pelo ordenamento pátrio para o tratamento dos conflitos nascidos nesta seara para, enfim, orientar adequadamente o seu cliente e, se necessário, executar a opção de tratamento escolhida, estando preparado para negar a atuação caso a opção eleita por seu cliente seja a mais adequada.

Palavras-chave: Relação empresarial. Conflito. Tratamento. Advogado.

ABSTRACT

The object of this work is the analysis of the role of the lawyer in the treatment of the business conflict. The lawyer is the first legal professional to have contact with the business relationship and, for this reason, is the first professional in the legal area to have contact with the conflict generated in this business land. Therefore, he must be prepared to conduct the conflict handling as efficiently as possible, in order to present the best result for your client and for the society in which you are inserted. To do so, the lawyer must have a deep understanding of business relationships, their characteristics and peculiarities, and also all the possibilities made available by the country's legal system for the conflict handling, in order to properly guide your client and, if necessary, execute the treatment option chosen, being prepared to deny the action if the option chosen by its client is not the most appropriate.

Keywords: Business relationship. Conflict handling. Lawyer.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO EMPRESARIAL	15
1.1 SITUANDO O DIREITO EMPRESARIAL NO BRASIL	16
1.2 A ESTRUTURA DA EMPRESA E SEUS ELEMENTOS.....	24
1.2.1 Atividade	26
1.2.2 Economicidade	28
1.2.3 Organização	30
1.2.4 Profissionalidade	30
1.2.5 Outros aspectos a serem considerados	31
1.2.6 O empresário e os sócios	34
1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA	37
1.3.1 Princípios constitucionais da atividade econômica	38
1.3.2 Outros princípios norteadores da atividade econômica	51
1.4 A EMPRESA COMO ATIVIDADE COMPLEXA E MULTIFACETADA E AS ALTERAÇÕES RECENTES DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS	62
1.5 O CONFLITO EMPRESARIAL	64
CAPÍTULO 2 – O SISTEMA MULTIPORTAS	69
2.1 SITUANDO O MODELO MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO BRASILEIRO	69
2.2 O MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS	99

2.2.1 Sistema de autotutela	100
2.2.2 Sistema de heterocomposição.....	103
2.2.2.1 Processo judicial	103
2.2.2.2 Processo arbitral	104
2.2.3 Sistema de autocomposição	113
2.2.3.1 Orientação.....	114
2.2.3.2 Negociação	114
2.2.3.3 Mediação.....	117
2.2.3.4 Conciliação.....	127
2.2.4 Serventias extrajudiciais como ambiente propício para a autocomposição....	129
2.3 DESIGN DE DISPUTAS E OUTRAS METODOLOGIAS E FERRAMENTAS DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS EMPRESARIAIS	132
2.4 O PROJETO DE LEI Nº 3.813/2020.....	135
CAPÍTULO 3 - O PAPEL DO ADVOGADO.....	139
3.1 SITUANDO A ADVOCACIA COMO PROFISSÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO	140
3.2 A ADVOCACIA COMO PROFISSÃO INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	146
3.3 A FORMAÇÃO JURÍDICA DO ADVOGADO.....	159
3.3.1 A evolução dos cursos jurídicos no Brasil e o perfil do egresso	159
3.3.2 As consequências da formação do advogado neste contexto e perspectivas para o presente e o futuro	170

3.4 UMA FORMA DE ATUAÇÃO A SER EXPLORADA.....	174
3.5 FERRAMENTAS JURÍDICAS DE ATUAÇÃO ADEQUADA DO ADVOGADO NA GESTÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS NO AMBIENTE MULTIPORTAS	176
3.5.1 Decisão informada	176
3.5.2 Responsabilização e ética	183
CONCLUSÃO	188
REFERÊNCIAS.....	192

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como objeto a análise do papel do advogado no tratamento dos conflitos empresariais.

Estamos diante de uma nova realidade na análise da atividade empresarial. A empresa, hodiernamente, é compreendida como atividade inserida dentro de um todo maior, que é o mercado e, por tal motivo, envolve relações complexas e multifacetadas, capazes de atingir e de serem atingidas por uma grande variedade de atores, como consumidores, fornecedores, colaboradores, pessoas jurídicas de direito público e demais *stakeholders*.

Uma única atividade ou uma única operação de uma sociedade empresária é capaz de alcançar não somente os atores diretamente envolvidos, mas também setores variados da sociedade, o que torna de grande relevância a necessidade de tratamento eficaz dos conflitos nascidos nesta seara¹.

Trata-se, pois, de conflitos diferenciados e que, portanto, merecem análise diferenciada, por meio da utilização da forma mais adequada de tratamento, dentre todas as disponibilizadas pelo ordenamento pátrio.

Entretanto, embora a especialidade dos conflitos empresariais exija tratamento diferenciado e embora haja variadas formas de tratamento autorizadas pelo ordenamento pátrio, ainda assim a utilização da via judicial para tratar os conflitos empresariais tem se mostrado prioritária e, por tal motivo, pouco eficaz.

Considerando que é o advogado o primeiro profissional da área jurídica a tomar conhecimento do conflito empresarial – já que a parte interessada não procura primeira e diretamente o juiz ou promotor para resolver seu problema, mas sim o advogado – esta pesquisa se dispõe a estudar o papel do advogado no tratamento dos conflitos empresariais.

Ressalte-se que os conflitos de interesses e as formas de tratamento destes conflitos permitidas pelo ordenamento pátrio constituem importantes temas de estudo do direito

¹ Vide a título de exemplo extremo, o caso do rompimento da barragem da mineradora Samarco em Mariana, Minas Gerais, em 2015, conflito nascido no âmbito empresarial e que envolveu incontáveis setores da sociedade.

processual civil², seja porque a legislação atualmente em vigor autoriza a utilização de numerosos meios de solução de conflitos para o alcance da pacificação social (um dos escopos sociais do processo³) dentro do espectro do Sistema Multiportas, seja porque a adequação dos meios de solução existentes depende do conhecimento do objeto do conflito a ser tratado e de todas as peculiaridades que o envolvem.

De grande relevância para o processo civil é, também, a atuação do advogado como condutor da gestão e do tratamento do conflito, pois se trata de um dos sujeitos que atuam na condução à justiça.

Com efeito, já foi identificada, doutrinariamente, uma prática comum de gestão inadequada de conflitos pelos profissionais do direito⁴ que, principalmente no âmbito empresarial, se transmuta em prejuízos sob vários aspectos.

Tal gestão inadequada se caracteriza por um conjunto de comportamentos adquiridos e reproduzidos por esses profissionais, os quais os levam ao uso aleatório e inadequado de métodos e técnicas de prevenção e resolução de conflitos que ignoram as particularidades do caso concreto⁵. Dentre esses comportamentos, cabe destacar a proeminente adoção do processo judicial adjudicatório como via primária para resolução dos conflitos.

² Segundo Kazuo Watanabe, “os chamados meios alternativos de resolução de conflitos constituem um capítulo importante do direito processual civil, e não um mero apêndice dele para ser estudado em disciplina coadjuvante, por exemplo, de práticas judiciárias”. O autor defende, ainda, que “os conflitos de interesses, e não apenas os mecanismos de sua solução, devem ser objeto de estudo da ciência processual, pois a adequação dos meios de solução depende do conhecimento de sua natureza e de suas peculiaridades quanto ao objeto, pessoas, motivos, tempo de duração, contexto social, e outros aspectos mais”. (WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 241-245).

³ De acordo com a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1).

⁴ Kazuo Watanabe há muito identificou tal conduta inadequada na atuação dos profissionais do direito (WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. 2005, p. 685). Ricardo Goretti aprofundou a análise das causas de tal atuação, bem como apresentou soluções para viabilizar a alteração desta realidade (GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 25).

⁵ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto**. 2019, p. 25.

Ricardo Goretti⁶, além de identificar a existência desta *cultura de gestão inadequada dos conflitos* e indicar uma necessária mudança de paradigma rumo à adoção de práticas que trabalhem a difusão da adoção de métodos adequados outros que não o processo jurisdicional, constata que a efetividade desta mudança de comportamento requer o desenvolvimento de três competências e habilidades essenciais a todo profissional do Direito do século XXI, quais sejam, (a) capacidade de “interpretar ou diagnosticar as particularidades de um quadro conflituoso”; (b) saber “escolher o método de prevenção e resolução de conflitos que melhor atenda às particularidades do caso concreto”; e (c) ter aptidão para “aplicar tecnicamente os diferentes métodos e técnicas de gestão de conflitos disponíveis”⁷.

Assim, seguindo a metodologia delineada pelo autor acima indicado, esta pesquisa parte do pressuposto de que o processo de gestão adequada de um conflito possui três etapas: (1) o diagnóstico do conflito; (2) a escolha do método adequado e (3) a execução do método adequado.

Para seguir o referido processo, deve-se proceder, inicialmente, ao diagnóstico do conflito, sendo que esta atividade compreende o exercício interpretativo que permitirá ao gestor identificar os elementos constitutivos do caso conflituoso, ou seja: aquilo que o caso concreto vela (os elementos ocultos do conflito, que devem ser trazidos à tona) e revela (as informações manifestadas espontaneamente pelas partes).

Em seguida, passa-se à escolha do método mais adequado ao tratamento do conflito devidamente identificado para, em seguida, proceder-se à execução do referido método.

Subjacente a esta premissa existe uma outra, que é também aqui adotada, de acordo com a qual, para se proceder ao diagnóstico do conflito é preciso, para além de conhecer os elementos constitutivos do caso conflituoso, conhecer as características da relação jurídica em que ele é desenvolvido, porque não se pode compreender o

⁶ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 25-26.

⁷ Essas habilidades podem ser identificadas como uma cadeia sequenciada marcada pelas fases de cognição, condução e da efetiva resolução. A não realização da etapa de diagnóstico inviabiliza a escolha do método adequado que, por sua vez, prejudica a possibilidade de efetiva pacificação do conflito (GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 25-26).

que o caso vela e revela se não se tem o devido conhecimento das razões pelas quais o caso é passível de velar e revelar determinadas circunstâncias e outras não.

Ademais, tratar o conflito compreende também uma série de atividades que precedem – ou até mesmo evitam – a sua própria deflagração. Neste contexto, embora esta questão não esteja dentro do escopo da pesquisa⁸, não se pode olvidar que quanto mais conhecimento se tem da relação material onde ele pode vir a eclodir, melhores elementos as partes possuem para preveni-lo ou evitá-lo.

Diante da necessidade de se conhecer o ambiente em que formados os conflitos empresariais e diante da clara especialidade desta seara, o primeiro capítulo desta pesquisa cuida de identificar as características e peculiaridades da relação empresarial, bem como dos conflitos que podem surgir especialmente na relação entre empresas⁹.

Pretende-se demonstrar a especialidade deste ambiente e suas características, bem como a necessidade de se conferir tratamento diferenciado aos conflitos nascidos nesta seara.

Ultrapassada a análise do ambiente empresarial, que reflete parte importante do processo de diagnóstico dos conflitos que ali se desenvolvem, o segundo capítulo desta pesquisa cuida de identificar os instrumentos disponibilizados pelo ordenamento pátrio tratar os conflitos gerados no ambiente empresarial, especialmente entre empresas.

A atividade de escolha do método adequado representa a fase de identificação da forma de tratamento de dado conflito, sendo considerada adequada aquela forma – ou método – que atenda às particularidades do conflito em análise, o que se torna possível a partir do momento em que traçado o panorama sobre o ambiente onde os choques de interesses se desenvolvem.

⁸ Não se tem dúvidas acerca da importância do tratamento prévio à instauração do conflito, como atividade de precaução e prevenção à própria configuração da contenda, o que pode se dar, por exemplo, por meio da autorregulamentação das partes, mas esta pesquisa se prestará à análise da possibilidade de tratamento dos conflitos já instaurados, a fim de evitar grandes incursões ao direito material e com o objetivo de guiar o foco para o direito processual.

⁹ Vale ressaltar que, embora não se ignorem as demais relações em que há a participação do empresário, não é a proposta da pesquisa analisar, especificamente, outras interações jurídicas que se formam no meio empresarial, como as trabalhistas ou consumeristas.

É a partir da ideia de que cada conflito deve ser encaminhado para a técnica ou meio mais adequado a tratá-lo, que se faz necessário o estudo de cada um dos métodos permitidos pelo ordenamento pátrio, todos, agora, observados pela ótica do empresário.

O sistema processual civil brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da Lei nº 13.105/2015 que instituiu o Código de Processo Civil de 2015, passou a seguir o modelo multiportas de acesso à justiça que reflete exatamente a premissa de que “cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução”¹⁰. A partir destes marcos, serão trabalhados, nesta pesquisa, os caminhos pelos quais se pode – e deve – conduzir o tratamento conflito empresarial.

Em seguida, a pesquisa cuidará de identificar o papel do advogado que atua no âmbito das relações empresariais e quais as ferramentas de que dispõe para atuar no tratamento dos conflitos gerados nesta seara.

Como o primeiro profissional da área jurídica a ter contato com as relações materiais em si e, por tal motivo, com os conflitos gerados neste âmbito, este deve estar preparado para conduzi-los da forma mais eficiente possível a fim de apresentar o melhor resultado para o seu cliente.

Entretanto, dado o crescente avanço da litigiosidade no Brasil e a dependência dos litigantes da resposta estatal – resposta esta que pode não ser a mais adequada -, entende-se que a grande dificuldade de se conferir o melhor tratamento aos conflitos empresariais pode estar localizada na forma como o advogado atua neste tratamento e de tal estudo cuidará o terceiro capítulo desta pesquisa.

¹⁰ LESSA NETO, João Luiz Lessa. O novo CPC e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 909.

CAPÍTULO 1 – A RELAÇÃO EMPRESARIAL

Tem-se como premissa, neste trabalho, a ideia de que para lidar com um conflito, o profissional advogado, para além de conhecer os elementos constitutivos da hipótese conflituosa, deve conhecer as características do ambiente em que ela é desenvolvida.

É preciso conhecer o ambiente em que o conflito se desenvolve para, a partir de então, conhecer o conflito em si.

Tratando-se, aqui, da atuação do advogado em conflitos desenvolvidos na relação empresarial, é indubitosa a necessidade de que se conheça, profundamente, todas as características e peculiaridades desta relação, pois quanto mais conhecimento se tem da relação material na qual o conflito pode vir a eclodir, melhores elementos o profissional possui para preveni-lo ou evitá-lo e, também, para tratá-lo em caso de inevitável deflagração.

O ambiente empresarial, como se verá, é por demais complexo e multifacetado e seu estudo, dada a sua especialidade, é essencial para o desenvolvimento de qualquer trabalho na área.

Com essas premissas em mente, este estudo limitar-se-á à análise das características e peculiaridades do ambiente empresarial dos conflitos que podem surgir especialmente na relação entre empresas¹¹.

Pretende-se, a partir de tal identificação, conferir substrato ao gestor para conhecer as propriedades do ambiente em que se formam os conflitos que ele deve prever, evitar ou encaminhar e, assim, ter condições de escolher o método mais adequado para tratá-los para, em seguida, efetivamente executar as medidas necessárias para o seu tratamento, caso seja necessário.

¹¹ Não se ignora a existência de variadas relações conflituosas que podem surgir nas interações internas (entre sócios ou entre colaboradores) e externas (trabalhistas, tributárias e consumeristas) das empresas e entre empresas e seus sócios e este trabalho delas cuidará de forma superficial. Abordar-se-á, com mais intenção e profundidade, as relações ente as empresas e entre as empresas e seus sócios.

1.1 SITUANDO O DIREITO EMPRESARIAL NO BRASIL

O direito comercial, hodiernamente também denominado de direito empresarial ou direito mercantil¹², surgiu como produto da necessidade de regulamentação de uma prática social de troca de bens e serviços¹³ derivada da tendente aglutinação de esforços humanos que, quando combinados, se mostravam capazes de multiplicar seus efeitos e de executar obras e/ou propósitos que individualmente seriam inatingíveis ou mais dificilmente alcançados. Nasceu, pois, da prática dos mercadores e da necessidade de compreensão da realidade ali operada¹⁴.

Além do conjunto de regras e princípios que disciplinam a atividade mercantil, diz-se que a expressão *direito comercial* também pode identificar a ciência que estuda a realidade mercantil¹⁵.

Embora recente, comparado à história do direito comercial europeu, o desenvolvimento do direito comercial brasileiro vem sendo edificado ao longo dos últimos 200 anos e merece, para os fins desta pesquisa, breve e importante análise.

Segundo Paula A. Forgioni¹⁶, a análise do direito comercial no Brasil – entendido como conjunto de normas ou como ciência - pode ser exposta em três períodos históricos distintos, o *primeiro* focado na atividade de intermediação, na regulamentação dos

¹² Para Edilson Eneidino das Chagas, a legislação brasileira sobre a matéria não se restringe mais apenas à atividade comercial propriamente dita, motivo pelo qual, embora as expressões direito comercial e direito empresarial sejam utilizadas como sinônimos, o direito comercial, ou do comerciante, *stricto sensu*, representa uma espécie da qual o direito empresarial seria gênero (CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019). Neste trabalho, entretanto, será seguida a opção adotada por Paula A. Forgioni, segundo a qual as expressões “direito comercial”, “direito empresarial” e direito mercantil” podem ser utilizadas como sinônimas, pois as três designam a atividade dos agentes econômicos encarregados da geração de riqueza, independentemente de como sejam chamados, de “comerciantes”, de “empresários” ou de “mercadores” (FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 13).

¹³ Tarcísio Teixeira aponta que “a ausência de normas específicas para o comércio foi determinante para a progressiva elaboração de um corpo de regras que mais tarde caracterizaria o Direito Comercial como ramo do Direito” (TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 50).

¹⁴ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2019, p. 13 e 24.

¹⁵ Segundo Paula A. Forgioni, a expressão direito mercantil comporta ao menos três sentidos: (1) direito comercial como ciência; (2) direito comercial como nível do todo social, dimensão da realidade e (3) conjunto de regras e princípios jurídicos que regem a organização das empresas e as relações entre empresas, no âmbito do mercado (FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2019, p. 15-16).

¹⁶ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2019, p. 29 e ss.

atos de comércio, o *segundo* focado na atividade de organizada de produção, em que a empresa se transforma no seu trilha e o *terceiro* focado no mercado¹⁷.

No primeiro período do desenvolvimento do direito comercial brasileiro, deu-se ênfase ao que se chama de “teoria dos atos de comércio”, surgida na França, com o *Code de Commerce* datado do início do século XIX (marco europeu para o estudo dos atos de comércio), reflexo do movimento das grandes codificações promovido por Napoleão Bonaparte a partir do Código Civil Francês de 1804¹⁸.

Nesta época, o direito empresarial tinha como escopo estabelecer regras sobre os atos de intermediação e, para tanto, definiu e tratou dos atos de comércio e das relações entre os comerciantes.

No Brasil, o Código Comercial de 1850 definiu como comerciante aquele que faz da “mercancia profissão habitual”¹⁹, ao passo que a definição de mercancia foi estabelecida no Regulamento 737, também de 1850²⁰, nos seguintes termos:

Art. 19. Considera-se mercancia:

§ 1º A compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso.

§ 2º As operações de cambio, banco e corretagem.

§ 3º As emprezas de fabricas; de com missões; de depositos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espectaculos publicos. (Vide Decreto nº 1.102, de 1903)

§ 4.º Os seguros, fretamentos, risco, e quaesquer contratos relativos ao commercio maritimo.

¹⁷ Na Europa, o direito comercial surgiu da necessidade de regramento jurídico mais célere, que atendesse às necessidades dos mercadores, em contraposição ao direito romano (que era então redescoberto). Dividiu-se em um direito comum e um direito especial, criado para a classe dos mercadores e era preciso definir (1) quem estava sujeito à jurisdição particular dos mercadores e (2) os casos em que poderiam ser aplicados os estatutos das corporações às pessoas não matriculadas. Chamado período subjetivo (a matéria é determinada a partir de um sujeito: o membro da corporação), o direito comercial nasce como um direito de classe, na Europa: a classe dos mercadores. No Brasil, a doutrina comercial surgiu após a ultrapassado esse período. (FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 30).

¹⁸ TEIXEIRA. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 2019, p. 52.

¹⁹ “Art. 3º Na prohibição do artigo antecedente [São prohibidos de commerciar] não se comprehende a faculdade de dar dinheiro a juro ou a premio, com tanto que as pessoas nelle mencionadas não fação do exercicio desta faculdade profissão habitual de commercio; nem a de ser accionista em qualquer companhia mercantil, huma vez que não tomem parte na gerencia administrativa da mesma companhia.” (BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: < [²⁰ Vale ressaltar que o conceito de mercancia estava disposto no Regulamento 737, de 1850 \(um diploma processual\) porque que tal definição era importante para fins de fixação da jurisdição, já que, segundo aquela regulamentação, aqueles que negociavam com comerciantes \(inclusive os consumidores\) sujeitavam-se ao direito e à jurisdição especiais.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm#:~:text=Art.,1%20%2D%20Podem%20comerciar%20no%20Brasil%3A&text=O%20filho%20maior%20de%2021,efeitos%20legais%20nas%20negocias%3%A7%3%B5es%20mercantis.>”. Acesso em: 14fev22).</p>
</div>
<div data-bbox=)

§ 5. ° A armação e expedição de navios.²¹

A partir de tais definições legais, resta nítido que o direito comercial brasileiro, neste primeiro momento, teve como principal foco a atividade de tráfego, ou seja, de intermediação²², com a disciplina praticamente exclusiva dos atos de comércio e das relações entre os comerciantes assim expressamente definidas na legislação²³.

No segundo período do desenvolvimento do direito comercial brasileiro, passou-se da ênfase ao ato de comércio à ênfase à atividade de produção, agora com influência do Codice Civile italiano, de 1942, que na Europa marcou o deslocamento do objeto do direito comercial do ato de comércio para a empresa.

A teoria da empresa foi considerada uma evolução da teoria dos atos de comércio e refletiu a era do desenvolvimento de atividades industriais complexas e o crescimento da prestação formal de serviços. Passou-se a protagonizar a pessoa do empresário, considerando-o a partir da exploração profissional de uma atividade econômica, não limitada aos atos de intermediação²⁴.

A teoria da empresa é mais ampla que a dos atos de comércio, “porque alcança qualquer atividade econômica organizada para a produção ou para a circulação de bens e serviços (exceto as atividades intelectuais)”²⁵, mas o grande diferenciador entre a abordagem das duas teorias apresentadas é que o gênero da atividade deixa de ser o acento de diferenciação, dando lugar à importância econômica da atividade²⁶.

²¹ BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²² Embora a indústria também integre o seu objeto, como se vê do §1º acima transcrito, a atividade de produção predominante no país, qual seja, a agricultura, foi excluída do conceito.

²³ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 42.

²⁴ TEIXEIRA. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 2019, p. 53. Embora não desconheça a importância das fases e teorias evolutivas para a compreensão do atual estágio em que se encontra o direito empresarial, o recorte metodológico dado ao tema nesta pesquisa dispensa uma análise profunda sobre esse ponto, motivo pela qual, o texto se atém a um panorama geral como forma de localizar o objeto da pesquisa no tempo e no espaço em que se aplica (presente). Para uma leitura mais profunda sobre a evolução dessas teorias, sugere-se a leitura do artigo “O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro”, de Clóvis do Couto e Silva, originalmente publicado em 1986 no volume 613 da Revista dos Tribunais e republicado em 2010 pela revista Doutrinas Essenciais do Direito Empresarial. (SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais do Direito Empresarial**, São Paulo, v. I., n. 106, p. 89, dez. 2010; SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 613, p. 89-106, nov. 1986), bem como das duas obras de Paula Forgioni (FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019; FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020), que se complementam na análise crítica do tema.

²⁵ TEIXEIRA. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 2019, p. 53-54.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1, p. 38.

Não interessa qual atividade é desenvolvida e, sim, como a atividade é desenvolvida. Com tal influência, a partir de meados da década de 50 no Brasil, a doutrina passou a se interessar pela atividade de organização de fatores de produção. Tal interesse se fortaleceu e se robusteceu na década de 1970 e o projeto que culminou no Código Civil de 2002, elaborado por Sylvio Marcondes na parte referente à atividade negocial (posteriormente denominada “Direito de Empresa” pela Câmara dos Deputados), adota e se baseia claramente na Teoria da Empresa tratando, expressamente, do Direito de Empresa em seu Livro II e revogando, por conseguinte, a primeira parte do Código Comercial Brasileiro de 1850.

A nova legislação abandonou a abordagem voltada ao comerciante e ao gênero da atividade por ele desenvolvida e direcionou seu foco à atividade intrinsecamente mercantil em todo o Livro II do Código Civil (arts. 966 a 1.195), consolidando a ideia da empresa como unidade do direito comercial.

A alteração legislativa significou um importante passo na normatização brasileira relativa à matéria²⁷ e não somente enriqueceu semanticamente a nomenclatura da atividade – discussão não muito relevante para o objeto proposto²⁸ -, mas também delineou, ainda que minimamente, as diretrizes básicas principiológicas que balizam o movimento de desenvolvimento da normatização empresarial²⁹. Por consequência, sofisticou as discussões sobre a matéria.

Entretanto, embora o Código Civil de 2002 tenha se preocupado em dar um grande primeiro passo para individualizar o direito empresarial como gênero, não se desincumbiu de definir, expressamente, o conceito de empresa.

²⁷ Antes de qualquer alteração legislativa, a empresa se fortaleceu como a grande protagonista do direito comercial e como o instituto que lhe dá unidade ante o acolhimento, pela jurisprudência, de sua identificação como fator determinante da comercialidade. Somente em seguida novos diplomas normativos passam a lhe fazer expressa referência (FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado.** 2019, p. 45).

²⁸ Ideia já explicitada na nota de rodapé nº 12.

²⁹ Até a promulgação do Código Civil de 2002, não havia na legislação brasileira nenhuma codificação específica ou norma que fizesse alusão à modalidade do “direito empresarial” ou direito de empresa” o que o torna uma inovação deste diploma legal. À época da tramitação do projeto de lei que o originou, o jurista Miguel Reale afirmou em seu sítio eletrônico que “em seguida ao Direito das Obrigações, passamos a contar com uma parte nova, que é o Direito de Empresa. Este diz respeito a situações em que as pessoas se associam e se organizam a fim de, em conjunto, dar eficácia e realidade ao que pactuam. O Direito de Empresa não figura, como tal, em nenhuma codificação contemporânea, constituindo, pois, uma inovação original” (REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil.** [1998?]. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2021).

O diploma civilista brasileiro, como o italiano³⁰, não formulou o conceito jurídico de empresa, mas tão somente o conceito de empresário, ao dispor, em seu art. 966, que “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (*caput*), bem como que “não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa” (parágrafo único)³¹.

Partindo da previsão constante do art. 966 CC/02, a doutrina passou a comportar definições diversas sobre o conceito de *empresa*. A exemplo disso, temos o conceito posto por Ricardo Negrão³², para quem “é empresarial a atividade econômica organizada para a produção de bens ou de serviços” e o de Bulgarelli³³, que afirma que empresa é “a atividade econômica organizada de produção e circulação de bens e serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”.

A posição adotada por esta pesquisa é a de que o art. 966 do Código Civil, ao caracterizar a pessoa do empresário como aquela que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços³⁴, leva à conclusão, de forma indireta, de que a empresa é caracterizada pela *atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços*.

Com interpretação convergente, os Projetos de Lei nº 1.572 de 2011, da Câmara dos Deputados e nº 487 de 2013, do Senado Federal, que propõem, simultaneamente, o novo Código Comercial Brasileiro³⁵, definem empresa, em seus artigos segundos,

³⁰ Segundo o art. 2.082 do Codice Civile, “É imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.” Em tradução livre: Empreendedor é aquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com o objetivo de produzir ou trocar bens ou serviços (ITÁLIA. **Codice civile**. Roma, 1942. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/27/del-lavoro-nell-impresa>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

³¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³² NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 33.

³³ BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 100.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 2002.

³⁵ Tais projetos de um novo Código Comercial denotam a intenção legislativa de criar um sistema jurídico mais previsível e seguro no âmbito das relações empresariais, postura aclamada pela doutrina pátria, em especial por Fábio Ulhoa Coelho, que afirma que a mudança legislativa, aliada à valorização, pela sociedade, da importância da empresa, refletirá positivamente na economia e reduzirá parte dos

como “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços”³⁶.

Vale ressaltar que, conquanto não desconsidere a existência de outras atividades econômicas, na redação do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, o legislador preferiu limitar o conceito de empresário e, por interpretação análoga, também o de empresa. Em outras palavras, ao excluir do conceito de empresário aqueles que exercem profissões intelectuais, de natureza científica, artística ou literária, o Código pareceu limitar, também, a abrangência das atividades econômicas que podem ser consideradas uma empresa.

Por tal motivo, Ricardo Negrão³⁷, em consonância com o que dispõe o Código Civil, define empresa como “toda e qualquer atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, excluídas as decorrentes de profissão de cunho intelectual, de natureza científica, literária ou artística”.

A evolução do direito comercial – agora já mais adequadamente denominado direito empresarial –, entretanto, não cessou.

Paula Forgioni³⁸, como ressaltado no início deste tópico, observa ainda um novo período de desenvolvimento do direito comercial brasileiro, em que se dá ênfase não ao comerciante ou à atividade empresarial, mas sim ao *mercado*.

Segundo a autora³⁹, a partir de meados dos anos 80, profundas transformações foram observadas na prática do direito comercial, de modo que, atualmente, autores italianos têm voltado sua atenção não à empresa como atividade estaticamente vista, mas sim

custos repassados aos consumidores. Confira-se em: COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações em torno do projeto de lei de Código Comercial. **O Comercialista – Revista de Direito Comercial e Econômico**, São Paulo, v. 6, 2012. Disponível em: <<https://issuu.com/ocomercialista/docs/ocomercialista4trimestre2012>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³⁶ “Art. 2º. Empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços” (BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 14 fev. 2022). “Art. 2º. Empresa é a atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.572**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

³⁷ NEGRÃO. **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 33.

³⁸ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019; FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020.

³⁹ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 72.

como ente que somente existe nas relações com outras empresas e com os adquirentes de seus produtos e serviços, encarando-a em sua visão dinâmica.

Em suas palavras “urge estudá-la [a empresa] a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado”⁴⁰.

Moema Augusta Soares de Castro e Fábio Marques Ferreira encampam este viés e afirmam que a “atividade empresarial e o mercado se completam, assim como o direito e a economia, e que a existência de qualquer um deles está intrinsecamente ligada à do outro”⁴¹.

Se a teoria da empresa se apresentou como um avanço em relação à teoria dos atos de comércio, estamos, agora, diante de mais uma evolução, em que se destacam a atividade desenvolvida pelo empresário enquanto interação com terceiros e a cristalização da empresa em sua atividade de interagir, atuando como agente econômico. A visão que se limita ao destaque da figura do empresário, hoje é considerada reducionista, pois não atribui o devido destaque ao indispensável *perfil contratual* do ente produtivo⁴².

Por este ângulo, não se descarta a análise da atividade desenvolvida, ou seja, a execução da atividade empresarial não perde importância, mas o ponto cardeal de análise acaba se voltando não somente para o ente que a pratica e como ele a pratica, e sim para as relações desta prática com terceiros.

A fixação desta visão da empresa como um ente dinâmico terá bastante importância no decorrer deste trabalho, porque o entendimento da empresa como entidade fechada, que se relaciona apenas internamente e, no máximo, com seus *stakeholders*⁴³ pode conferir elementos insuficientes para a prevenção e solução de conflitos que nascem em seu âmbito. A análise do ambiente empresarial impõe, atualmente, que sejam levados em consideração interesses de uma pluralidade de atores, que atingem ou são atingidos pelo sucesso ou insucesso da empresa, a fim de que os conflitos surgidos neste âmbito sejam efetivamente prevenidos ou adequadamente tratados.

⁴⁰ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 73.

⁴¹ CASTRO, Moema Augusta Soares de; FERREIRA, Fábio Marques. A atuação da empresa e sua organização no mercado. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 59, 72011, p. 277.

⁴² FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 25.

⁴³ Conceito a ser visto mais detalhadamente à frente, mas que significa, em uma tradução livre, “partes interessadas”.

Segundo Paula Forgioni,

Não se pode pensar a empresa de forma isolada. Essa visão confina o agente econômico nas próprias fronteiras, desliga-o do funcionamento do mercado, reduzindo inapropriadamente a análise. A perspectiva estreita não permite reconhecer o papel essencial desempenhado pelas *relações estabelecidas entre os entes que atuam no mercado*⁴⁴.

Chega-se a afirmar que só é possível a existência da empresa quando a atividade econômica de produção de bens ou serviços possui aptidão para a negociação no mercado, de modo que se é empreendida com a finalidade de garantir a subsistência do empreendedor, não há empresa⁴⁵.

De qualquer forma, em que pese a necessidade de um olhar mais atual para a empresa considerando-a como parte de um todo maior, que é o mercado, não se pode olvidar que a atividade empresarial, por si só, possui características definidas pela própria Teoria da Empresa que as distinguem e a especializam em relação às atividades de natureza econômica que não foram contempladas pelo legislador para compor esta categoria.

Cabe aqui ressaltar a crítica realizada por Paula Forgioni⁴⁶ acerca da ausência de desenvolvimento, no direito comercial, de uma teoria geral própria, dotada de princípios peculiares, adaptados e esculpidos conforme a lógica de funcionamento da empresa e do mercado, diferenciados em relação às demais interações privadas (como as civis e consumeristas)⁴⁷.

Os tratadistas clássicos de direito comercial, acompanhados pelos que desenvolveram seus estudos após o Código Civil de 2002 mantém seu foco na análise da prática para dela chegarem à disciplina jurídica (empregando um método indutivo de análise da realidade), sem maiores enfrentamentos da disciplina como um sistema na sua completude.

⁴⁴ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 23 – grifos do original.

⁴⁵ CASTRO; FERREIRA. A atuação da empresa e sua organização no mercado. 2011, p. 277.

⁴⁶ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 32.

⁴⁷ A mesma preocupação é compartilhada por Fábio Ulhoa Coelho, que afirma que uma das poucas áreas do direito que não se preocupa com a sistematização dos princípios que a informam é o direito comercial: “nenhum dos manuais e cursos de nossa disciplina, surgidos depois de 1988, confere a mesma importância dada aos princípios pelos autores da generalidade das áreas jurídicas. [...] A resistência que o direito comercial oferece ao paradigma dos princípios tem custado caro à segurança jurídica na nossa área. [...] As regras do direito comercial têm perdido a eficácia porque não estamos tendo competência para construir argumentos centrados nos princípios” (COELHO. Considerações em torno do projeto de lei de Código Comercial. 2012).

Atreiam o estudo do direito comercial ao estudo do direito civil comum e há doutrinadores⁴⁸, inclusive, que chegam a afirmar a inexistência de dois sistemas distintos, em especial dada a existência de uma teoria geral dos direitos das obrigações, o que não parece ser o mais adequado⁴⁹.

Um dos grandes problemas decorrentes da ausência de um sistema empresarial com princípios próprios é o tratamento que as relações empresariais vêm recebendo da jurisprudência após a evolução da teoria da empresa. Os tribunais pátrios acabam não aplicando, na prática, o direito empresarial e sim a normatização do direito civil em grande parte das contendas.

Tal circunstância parece estar tomando um rumo diferente por força da alteração de diplomas legislativos vista nos últimos tempos, como a publicação da Lei de Liberdade Econômica e da atualização da Lei de Recuperação de Empresas, além da retomada dos trabalhos tendentes à publicação de um novo Código Comercial, mas tal mudança ainda é bastante incipiente.

Certo é que, ainda que órfã de uma teoria geral própria, a doutrina conseguiu definir e caracterizar a atividade empresarial a partir de alguns elementos, quais sejam: atividade, economicidade, organização e profissionalidade.

Tais elementos serão abordados de forma individuada no tópico seguinte.

1.2 A ESTRUTURA DA EMPRESA E SEUS ELEMENTOS

A empresa⁵⁰ não se confunde com o empresário – sujeito que exerce atividade -, nem com o complexo de bens que a integra, pois esta, como figura distinta de suas estruturas constituintes, é uma “atividade econômica organizada de produção e

⁴⁸ É o caso de Fabio Konder Comparato e Waldemar Ferreira, citados por Paula Forgioni (FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 34).

⁴⁹ Como veremos mais adiante, as relações travadas no ambiente empresarial e, especialmente, entre empresas, possuem características bastante peculiares e, por tal motivo, merecem uma sistematização mais adequada. Este não é, entretanto, o objeto desta pesquisa, que se limita à análise da parametrização já possível de se extrair da doutrina pátria existente.

⁵⁰ Nesta pesquisa, a palavra *empresa* será utilizada em seu conceito técnico – aquele que a relaciona com a atividade – mas em alguns momentos será também utilizada em sua forma coloquial – que a relaciona como sinônimo de sociedade empresária ou de empresário.

circulação de bens e de serviços para o mercado, exercida pelo empresário, em caráter profissional, através de um complexo de bens”⁵¹.

Na visão de Fábio Konder Comparato⁵², a empresa é a instituição social que serve como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, haja vista sua influência, dinamismo e poder de transformação. A esses fatores, também se adiciona sua estreita ligação com a organização do trabalho nas sociedades capitalistas, a produção e circulação de bens essenciais à sobrevivência, como vestuário, alimentação e saúde, causas que reforçam seu papel, como instituto essencial e indissociável da sociedade que deve ser devidamente contemplada pelo Direito.

No cenário brasileiro, os estudos de Waldírio Bulgarelli⁵³ apontam para um posicionamento segundo o qual a construção jurídica da empresa deve ser pensada a partir da captação desse fenômeno no plano socioeconômico. Neste sentido, inclusive, ressalta-se que, conquanto no plano jurídico existam as mais variadas definições doutrinárias para conceituar a empresa, essas posições convergem sempre à essência desse fenômeno como unidade organizacional, ou seja: organização ligada a uma atividade.

Dentro deste espaço de convergência notavelmente econômico, podem ser subtraídos alguns elementos comuns característicos da atividade empresarial, ligados à organização dos fatores de produção, quais sejam, capital, trabalho e natureza, com vistas à realização de uma atividade econômica⁵⁴ com finalidade produtiva e obtenção de lucro.

Em síntese, como unidade produtora, sua tarefa cinge-se a combinar esses fatores de produção de forma profissional para oferecer ao mercado bens e serviços⁵⁵.

De uma leitura conjunta da abordagem socioeconômica de Bulgarelli⁵⁶ e do teor do art. 966 do Código Civil de 2002, podemos deduzir que a empresa, como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços para o

⁵¹ BULGARELLI, Waldírio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

⁵² COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 03.

⁵³ BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 316.

⁵⁴ TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1, p. 70.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 285.

⁵⁶ BULGARELLI. **Sociedades comerciais**. 1999.

mercado apresenta como elementos característicos: *atividade, economicidade, organização e profissionalidade*, que passam a ser abordados de forma individualizada a seguir.

1.2.1 Atividade

A atividade, compreendida como o conjunto de atos praticados pelo empresário destinados a uma finalidade específica e comum, é responsável por organizar os fatores de produção para a entrega de um produto final que circulará no mercado na forma de um bem ou serviço⁵⁷. Para a caracterização de uma atividade empresarial, é essencial que o ato seja praticado de forma sequencial e não isolada, devendo ser analisado em conjunto com o resultado final que entrega.

A figura do empresário desenvolve uma atividade econômica em função do lucro que, exercida em conjunto aos demais elementos essenciais, formam a empresa. Esta atividade poderá ser o meio (serviço) ou o fim (bens) de seu desenvolvimento⁵⁸ mediante o emprego dos fatores de produção, quais sejam, capital - todo recurso econômico a ser aplicado no desenvolvimento da atividade com vistas ao lucro -; insumos – recursos não monetários e meios aplicados em sua realização; tecnologia – ou conhecimento, caracteriza-se por toda a informação, científica ou não a ser aplicada; e mão de obra ou trabalho⁵⁹.

Para Ricardo Negrão⁶⁰, “com a adoção da Teoria da Empresa, grandemente desenvolvida pelo Jurista italiano Alberto Asquini, o Código Civil brasileiro optou por introduzir o sistema italiano para a caracterização de atos empresariais”, assim, ainda que existam outras atividades de cunho econômico que guardem as mesmas características, o legislador preferiu limitar o conceito de empresa, excluindo dela aquelas decorrentes de “profissões intelectuais, de natureza científica, literária ou artística”, como já adiantado em tópico anterior deste trabalho.

⁵⁷ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 72.

⁵⁸ COELHO. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 2012, p. 13.

⁵⁹ COELHO. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 2012, p. 14-15.

⁶⁰ NEGRÃO. **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 33.

O autor destaca que é perceptível que o legislador optou por excluir do conceito de “atividade empresarial” aquelas exercidas pessoalmente pelo “profissional intelectual, pelo cientista, pelo escritor ou artista”⁶¹.

Nesse sentido, Giuseppe Valeri⁶² defende que existe empresa quando a atividade não está ligada a um caráter exclusivamente pessoal e permite abarcar colaboradores para o exercício de uma atividade conjunta, ainda que esse recurso não seja utilizado, como ocorre com os pequenos empresários⁶³.

Em continuidade, a empresa deve transformar matéria prima ou intermediar a negociação de bens⁶⁴. Isso significa dizer que a atividade empresarial tem uma finalidade, ou seja, pressupõe a produção ou circulação de bens ou serviços.

Toda essa estrutura organizacional, produtiva e hierárquica deve ser dirigida ao mercado, ou seja, não pode ser exercida sob a exclusiva finalidade de uso pessoal; precisa, necessariamente, estar direcionada à satisfação de necessidades alheias. Nesse mesmo sentido, Tullio Ascarelli⁶⁵ aponta, ainda, que a destinação ao mercado requer que “o titular da atividade deve ser diverso do destinatário”.

Assim, entendida de forma complexa, a atividade é diferente de um ato realizado isoladamente: enquanto este, uma vez praticado, exaure sua finalidade, a atividade é caracterizada pela insuficiência na realização de único ato para sua perfectibilização, vez que depende do exercício de atos diversos de forma concatenada e constante para o alcance de seu objetivo⁶⁶.

Tal visão, como já adiantamos no tópico anterior, não mais pode se limitar a uma acepção estática da atividade empresarial ensimesmada e sim deve se expandir para a sua análise como ente que se relaciona com outras empresas, com consumidores, com o poder público e, muitas vezes, com uma coletividade de pessoas não vinculadas formalmente a ela.

⁶¹ NEGRÃO. **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 34.

⁶² VALERI, Giuseppe. 1950, p. 14 apud TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 73.

⁶³ Para Marlon Tomazette, um dos critérios para verificação a predominância do elemento organização é a padronização e objetivação da atividade. Leciona o autor que “quanto mais padronizada for a atividade, mais clara fica a condição secundária da atividade intelectual” (TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 73).

⁶⁴ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 74.

⁶⁵ ASCARELLI, Tullio. 1962, p. 163 apud TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 74.

⁶⁶ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 102.

Neste contexto, exsurge necessário que a gestão de conflitos no ambiente empresarial foque na manutenção da higidez dos processos, partindo da premissa de que eventual falha em um dos atos pode repercutir nos subsequentes e, conseqüentemente, atrasar, dificultar ou inviabilizar o alcance do resultado final a ser entregue, gerando efeitos em outras relações, das quais depende a empresa originalmente atingida.

Um conflito nascido nos processos iniciais da atividade empresarial, como, por exemplo, na contratação de fornecedor de matéria prima para a produção de uma confecção, pode causar danos em todos os demais processos daquela atividade empresarial, desde atrasos na produção e entrega da mercadoria, quanto no planejamento das próximas coleções, o que pode abalar a credibilidade daquela atividade perante o mercado e inviabilizar a sua atuação.

Veja-se, pois, que um único conflito nascido na relação da empresa com uma única outra empresa, é capaz de afetar numerosas outras relações daquela primeira, circunstância esta que deve ser, sempre, considerada por quem vai atuar nos conflitos nascidos no ambiente empresarial.

1.2.2 Economicidade

Pela própria natureza do instituto que constitui, essa sequência de atos não pode ser praticada por mero prazer - ainda que a existência desse sentimento não o descaracterize - devendo ser capaz de criar novas utilidades que, por consequência, gerarão novas riquezas⁶⁷. A não trivialidade da sequência de atos é o que atribui a economicidade para a atividade realizada.

Em sendo assim, a economicidade é traduzida pela finalidade de obtenção de lucro ou *animus lucrando*⁶⁸, a qual faz com que a atividade seja geradora de riquezas.

Paula Forgioni⁶⁹ elege o lucro como o principal escopo das interações interempresariais, afirmação que pode ser estendida a todas as relações travadas pelo empresário.

⁶⁷ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 72.

⁶⁸ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 102.

⁶⁹ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 39.

Segundo a autora, o diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, de modo que cada um condiciona seu comportamento pelo escopo de lucro peculiar à sua atividade, com a finalidade de atingir a vontade comum e a função econômica do negócio. “O fim imediato das contratações é a satisfação das necessidades econômicas das empresas, enquanto que o escopo máximo delas é sempre o lucro”⁷⁰.

Este seria o traço que diferencia as relações empresariais das relações civis ou consumeristas, já que, nas primeiras, embora possa haver o interesse econômico, este não é sua razão de ser e, nas segundas, a luta pelo lucro recai somente sobre uma das partes (a fornecedora).

O art. 6º, II do Projeto de Código Comercial do Senado e o art. 5º, II, do Projeto de Código Comercial da Câmara dos Deputados⁷¹ elegem o lucro (como produto da exploração regular e lícita da empresa) como principal fator de motivação da iniciativa privada.

Não é por outro motivo que a atividade de gestão de conflitos no ambiente empresarial deve ter sempre como mote as necessidades econômicas das empresas envolvidas - e, melhor ainda, a função econômica do negócio como um todo - e não as emoções ou os interesses dos empresários ou dos sócios das sociedades empresárias.

Neste contexto, embora seja certo que as emoções podem se consubstanciar em fator importante no momento da negociação de um conflito, não se pode perder de vista que, no âmbito das relações empresariais, a emoção dos empresários envolvidos deverá sempre ceder espaço para o escopo final das atividades enredadas, que é o lucro (ou, ao menos, a minoração dos prejuízos – enquanto estratégia para a preservação da atividade).

O papel daquele que atua no tratamento de conflitos, neste contexto, é informar ao empresário acerca da necessidade de abstrair, do processo de tratamento da relação conflituosa, a sua emoção e manter o foco na manutenção da função econômica do negócio.

⁷⁰ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 39.

⁷¹ “Decorre do princípio da liberdade de iniciativa empresarial o reconhecimento: [...] II – do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.572**).

1.2.3 Organização

A colaboração dos meios necessários, de maneira coordenada, para a realização de um determinado fim é o que atribui organização à empresa.

Não é qualquer organização que diferencia a empresa de outras atividades não empresariais, ainda que econômicas, mas sim a organização que assume um caráter relevante dentro da atividade. Tomazette⁷² explica que essa organização de fatores de produção é um dos pontos que diferencia a atividade empresarial de outras atividades, visto que o fim produtivo da empresa traz consigo a pressuposição da existência de atos coordenados e programados para atingir um objetivo comum.

Ainda sobre a organização, Edilson Enedino⁷³ aponta que esta pode ser compreendida como um processo de “organização dinâmica dos fatores de produção”, e esses fatores são, por sua vez, o capital, o trabalho, a natureza e, modernamente, a tecnologia aplicada. Por isso, a organização não se refere à presença de habilidades técnicas, mas sim à “qualidade de iniciativa, de decisão, capacidade de escolha de homens e bens, de intuição, entre outros dados”⁷⁴.

1.2.4 Profissionalidade

Edilson Chagas⁷⁵ ressalta ainda a profissionalidade como característica intrínseca à configuração da atividade empresarial. Segundo o autor, a atividade há de ser exercida de forma habitual e com intento lucrativo, de forma que o empresário assuma riscos e organize a exploração desejada de maneira técnica e econômica em períodos regulares de tempo⁷⁶.

O intuito de lucro constitui um dos elementos caracterizadores da atividade empresarial e revela a intenção de agir, habitualmente, com vista à obtenção

⁷² TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 73.

⁷³ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 102.

⁷⁴ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 103.

⁷⁵ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 103.

⁷⁶ Chagas salienta que a habitualidade de uma atividade econômica embora seja considerado um fator característico e imprescindível à sua configuração, não deve ser interpretado e tomado de forma absoluta. Um bom exemplo desta intersecção é a atividade hoteleira de temporada, muito embora as redes hoteleiras fiquem fechadas por boa parte do ano resta ali caracterizada a habitualidade, vez que, é identificável um período regular para seu funcionamento (CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 103).

de vantagem econômica. Essa habitualidade no agir econômico caracteriza a profissionalidade exigida pelo Código Civil de 2002⁷⁷.

A doutrina interliga a profissionalidade com o exercício profissional de certa atividade, de modo que tal característica pode ser associada e interpretada a partir de três pilares: habitualidade, pessoalidade e monopólio das informações⁷⁸.

Nesse sentido, não se considera atividade empresarial a atividade realizada de maneira esporádica, mesmo que a atividade exercida esteja destinada à produção de bem que será posto a serviço do mercado. A exemplo disto, se está “apenas fazendo um teste, com o objetivo de verificar se tem apreço ou desapeço pela vida empresarial ou para socorrer situação emergencial em suas finanças, e não se torna habitual o exercício da atividade, então ele não é empresário” e a atividade, por consequência, também não⁷⁹.

Um outro aspecto destacado pelo autor para a configuração da profissionalidade é a pessoalidade:

[...] o empresário, no exercício da atividade empresarial, deve contratar empregados. São estes que, materialmente falando, produzem ou fazem circular bens ou serviços. o requisito da pessoalidade explica por que não é o empregado considerado empresário. Enquanto este último, na condição de profissional, exerce a atividade empresarial pessoalmente, os empregados, quando produzem ou circulam bens ou serviços, fazem-no em nome do empregador⁸⁰.

Mais um motivo, pois, para considerar, no tratamento de qualquer conflito no ambiente empresarial, a necessidade da manutenção do caráter profissional do negócio eventualmente posto em risco pelo conflito, evitando que interesses pessoais se sobressaíam aos interesses da empresa.

1.2.5 Outros aspectos a serem considerados

Há ainda alguns aspectos sobre a empresa os quais, muito embora não sejam listados como características intrínsecas à configuração da atividade empresarial, são

⁷⁷ GUIMARÃES, Márcio Souza. **Teoria geral da empresa**. São Paulo: FGV, 2014.

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 1. ed. em e-book baseada na 28. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 15.

⁷⁹ COELHO. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 2016, p. 15.

⁸⁰ COELHO. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 2016, p. 16.

elementares para compreensão abrangente quanto à sua constituição e, pois, necessários ao tratamento dos conflitos no âmbito empresarial.

Ricardo Negrão⁸¹ destaca o *estabelecimento* como um aspecto patrimonial objetivo digno de ser citado.

O Código Civil, nos artigos 1.142 a 1.149, define o estabelecimento comercial como “todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”⁸². Para o mencionado autor, uma interpretação amparada pelo Código Civil leva a crer que “não é possível compreender a existência de empresário (sujeito de direito) e de empresa (exercício de atividade) sem estabelecimento (objeto de direito)”⁸³.

O estabelecimento comporta direito sobre propriedades imateriais – marca, uso de nome, proteção de patente e não concorrência – além dos objetos corpóreos – prédios, salas, galpões, veículos, máquina, etc.

Considerando que o patrimônio de uma empresa está entre seus componentes que podem ser primeiramente atingidos por conflitos que afetam a sua estrutura econômica, o estabelecimento deve estar sempre no foco da atenção do gestor dos conflitos nascidos nesta seara.

A empresa constituída na forma de sociedade apresenta ainda algumas outras características específicas à sua formação. Ricardo Negrão⁸⁴ destaca como elementos indispensáveis à constituição de sociedades: a pluralidade de sócios, a constituição de capital social, a existência de *affectio societatis* e a coparticipação nos lucros e perdas a ela associadas.

Sobre o primeiro aspecto, a legislação brasileira impõe a necessidade de reunião de pessoas para a constituição de uma sociedade. Assim “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou

⁸¹ NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁸² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Nos projetos de Código Comercial da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o estabelecimento empresarial recebe regulamentação própria, nos arts. 8688 e 101/103, respectivamente.

⁸³ NEGRÃO. **Curso de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. 2020, p. 85.

⁸⁴ NEGRÃO. **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 44.

serviços, para o exercício da atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”, conforme disposição do artigo 981 do Código Civil⁸⁵.

Vale ressaltar que, embora a doutrina defenda que não se admite a existência de sociedades unipessoais⁸⁶, o ordenamento jurídico pátrio admite o exercício da atividade empresarial de forma unipessoal, como se dá nas hipóteses de Microempreendedor Individual (MEI), Empresário Individual (EI), Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e, mais modernamente, na hipótese do art. 1.052, §1º do Código Civil, que possibilitou o exercício da atividade econômica por uma única pessoa, sob a forma de responsabilidade limitada.

Caso se opte pela formação de uma sociedade – e não pelo exercício da atividade de forma unipessoal -, ao ingressarem no quadro social os sócios se obrigam a destinar recursos para compor o patrimônio da sociedade, podendo esse capital ser representado por moeda, transmissão de domínio de bens, cessão de crédito, imóveis, entre outros. Esses recursos formarão o capital social.

A *affectio societatis* ou *animus contrahendi societatis*, por sua vez, é a “disposição de o contraente participar de sociedade, contribuindo ativamente à consecução de objetivo comum, com vistas à partilha de lucros”⁸⁷ que se apresenta por meio de uma colaboração ativa, consciente e igualitária dos contraentes para a obtenção de lucro partilhável.

Assim, a coparticipação nos lucros e perdas é, ao mesmo tempo, parte de um dever cooperativo do sócio e um direito a ele previsto, pois, conforme disposição do artigo 1.088 do Código Civil, é nula a cláusula social que exclua o sócio de participar dos lucros e das perdas, tudo na proporção dos recursos que destinou para compor o patrimônio da sociedade e que representa sua cota⁸⁸.

Na empresa que não é constituída por um conglomerado de sócios ainda assim cabe ao empresário suportar os mesmos ônus e bônus da atividade que exerce. Por tal razão, dado o nível de comprometimento e de responsabilidade atribuída a essa figura dentro do contexto econômico, e considerando, especialmente, que as grandes

⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

⁸⁶ Acerca da polêmica da caracterização do novel art. 1.052, §1º do Código Civil como sociedade unipessoal ou não, confira-se: NEGRÃO, **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 44.

⁸⁷ NEGRÃO. **Manual de direito empresarial**. 2020, p. 48.

⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

decisões de uma sociedade empresária, a gestão do risco e os elementos que serão utilizados para geri-lo, perpassam a pessoa do empresário, cabem ainda alguns apontamentos sobre seu papel enquanto ente que exerce a empresa.

1.2.6 O empresário e os sócios

A empresa é uma atividade e, como tal, necessita de um ente que a exerça, um titular.

Para o Código Civil, expressamente em seu artigo 966, esse ente é o empresário.

O empresário pode ser uma pessoa física – empresário individual – ou uma pessoa jurídica – sociedade empresária⁸⁹ (figura da qual trataremos com mais ênfase nesta pesquisa) –, cuja configuração pressupõe uma série de requisitos cumulativos⁹⁰.

Enquanto sujeito de direitos, o empresário desenvolve sempre atividades econômicas voltadas para a produção de novas riquezas,⁹¹ e, dentro deste ciclo, é o responsável por manter o funcionamento do aparato disponível de forma suficiente a alcançar o lucro.

É uma condição do empresário manter a economicidade da empresa para que consiga cobrir seus custos e não gerar prejuízos, ainda que sobre algumas circunstâncias o lucro não seja alcançado. A atividade do empresário deve ser voltada para a satisfação de necessidades alheias, para o mercado, e não para si próprio⁹².

É sua responsabilidade zelar ainda pela organização dos fatores de produção para o melhor proveito dos bens disponíveis, o que inclui a mão de obra humana, a distribuição⁹³ de responsabilidades e a alocação de recursos, tudo para o bom

⁸⁹ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 79. Destaco que “o empresário é o sujeito de direito, ele possui personalidade. Pode ele tanto ser uma pessoa física, na condição de empresário individual, quanto uma pessoa jurídica, na condição de sociedade empresária, de modo que as sociedades empresárias não são empresas, como firmado na linguagem corrente, mas empresários” (TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 79).

⁹⁰ Os Projetos de Código Comercial da Câmara dos Deputados e do Senado Federal conferem regulamentação detalhada ao empresário, em seus arts. 9º a 36 e 49 a 53, respectivamente.

⁹¹ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 80.

⁹² TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 82.

⁹³ Na condição de empresário, este pode ser aquele que escolhe quem tomara todas essas decisões importantes, “a organização a cargo do empresário pode significar simplesmente a escolha de pessoas para efetivamente organizar os fatores de produção. Ainda assim, temos uma organização essencial da atividade, para diferenciar o empresário dos trabalhadores autônomos e das sociedades simples” (TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 2017, p. 81).

exercício da atividade. É a organização que assume um papel primordial, ainda que a pessoa do empresário desempenhe um papel importante⁹⁴. Dessa forma, só é empresário quem exerce de modo profissional a atividade da empresa de forma organizada.

A esta altura, já resta claro que ao conceituar como empresário “aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, o Código Civil adotou um conceito econômico em seu artigo 966, mas “com o predicado de empresário”⁹⁵:

De acordo com Idevan César Rauen Lopes⁹⁶, para se estabelecer um conceito de empresa – e diga-se, também de empresário - é necessário vislumbrar a sua relação com a figura da sociedade – e, diga-se, também do sócio.

Destaca, ainda, ser preciso partir da premissa de que “a empresa é uma organização, uma abstração”⁹⁷. Sob a teoria da empresa, consagrada pelo Código Civil de 2002, a empresa passa a ser gênero e a sociedade uma de suas espécies – ao contrário da visão consagrada pelo Código Comercial de 1850 onde a sociedade era gênero, e a empresa, espécie. A sociedade se constitui sobre um conjunto de regras e mecanismos que estão destinadas a propiciar organização jurídica e vida para a empresa.

Assim, é preciso ter em mente que a empresa é uma atividade que pode ser desenvolvida pelo empresário unipessoal (pessoa física) ou pela sociedade empresária (pessoa jurídica) e, neste contexto, deve-se logo acentuar que “os sócios da sociedade empresária não são empresários” e, dentre eles, há que se diferenciar os controladores dos investidores⁹⁸:

Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa

⁹⁴ TOMAZETTE. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 2017, p. 81.

⁹⁵ LOPES, Idevan César Rauen. **Empresa e exclusão do sócio de acordo com o novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 48.

⁹⁶ LOPES. **Empresa e exclusão do sócio de acordo com o novo código civil**. 2003, p. 54.

⁹⁷ LOPES. **Empresa e exclusão do sócio de acordo com o novo código civil**. 2003, p. 54. Esse apontamento é justificado pelo fato de que “somente assim será possível afastar a visão míope que se tem com frequência desses institutos, seja em razão de uma linguagem confusa que se adota, na qual se utilizam indistintamente ambas as expressões para se referir ao mesmo instituto, seja porque a empresa é vista no sentido objetivo de sua materialização” (LOPES. **Empresa e exclusão do sócio de acordo com o novo código civil**. 2003, p. 54).

⁹⁸ COELHO. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 2012, p. 38.

jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores, de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além de capital, costumam devotar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária⁹⁹.

Assim, enquanto o empresário é “a pessoa que toma a iniciativa de organizar uma atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços”¹⁰⁰, os sócios são as pessoas físicas que se unem para a formação do contrato de sociedade, ou seja, aqueles que detêm uma fração ideal de determinada sociedade empresária (o que não faz dele, por si só, um empresário).

Posta esta premissa, interessa para esta pesquisa a fixação da ideia de que a gestão de um conflito empresarial deve afastar a visão centrada exclusivamente no interesse dos sócios¹⁰¹, para focar no interesse do empresário e, mais especificamente, da atividade empresarial inserida, de forma dinâmica, no mercado.

O interesse do empresário é o interesse de toda uma coletividade que une esforços para o desenvolvimento da atividade empresária e, conseqüentemente, da obtenção do lucro. Tal interesse pode até convergir com os de seus sócios, mas os interesses destes, individualmente considerados, não podem ser o mote das decisões tomadas na execução da atividade.

Neste contexto, o interesse individual do sócio não pode, quando colidente com o do empresário, a ele sobressair e, se toda a atividade empresarial é voltada ao lucro, não se pode admitir que decisões sejam tomadas pelos sócios, administradores ou não, com base na emoção.

Deste modo, no tratamento do conflito do empresário com terceiros, deve prevalecer o interesse do empresário e do mercado que o envolve - e não dos sócios individualmente considerados, sejam eles controladores ou apenas investidores.

É dentro deste conglomerado de relações entre capital, interesses e pretensões, potencialmente conflituosas, que atua o direito empresarial. Ao explorar a configuração estrutural e as responsabilidades desenvolvidas por aquelas que a

⁹⁹ COELHO. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 2012, p. 38.

¹⁰⁰ COELHO. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 2012, p. 39.

¹⁰¹ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 68-69.

representam, fica muito mais fácil vislumbrar não somente o objeto, mas o campo de atuação dessa área especializada do conhecimento jurídico destinada a estruturar relações econômicas e a ditar preceitos e regras aptos a obstar, ou, quando necessário, superar os conflitos dele derivados.

Aquele que lida com este ramo do direito deve não somente dominar conceitos básicos de áreas diversas como administração, economia e finanças, como deve estar ciente e capacitado para compreender as necessidades do empresário e da natureza da atividade desenvolvida¹⁰² que devem sobressair, sempre, aos interesses dos sócios isoladamente considerados.

1.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Uma completa capacitação do empresário e, principalmente, do profissional jurídico que assiste à condução dos conflitos nascidos na empresa, passa pela compreensão de uma série de normas vigentes que ditam o comportamento do mercado nas mais diversas situações, todas elas considerando os elementos intrínsecos da atividade, bem como os direitos e deveres inerentes aos envolvidos.

O mercado não existe sem o Direito, e seu desenvolvimento se dá nos espaços deixados pelas regras jurídicas, limitados estes espaços pela fôrma delineada pelos princípios constitucionais. Os limites e a função do mercado esboçam-se a partir do reflexo dos princípios constitucionais¹⁰³.

A função indispensável dos princípios constitucionais norteadores da atividade econômica é a de informar o operador do direito e os envolvidos na atividade empresarial sobre as diretrizes básicas que enriquecem sua atuação e, ao mesmo passo, orientar a atividade econômica dentro das liberdades econômicas do mercado, ainda que longe da esfera judiciária.

¹⁰² Para o jurista Fábio Ulhoa Coelho “quem escolhe o direito comercial como sua área de estudo ou trabalho deve estar disposto a contribuir para que o empresário alcance o objetivo fundamental que o motiva na empresa: o lucro. Sem tal disposição, será melhor – para o estudioso e profissional do direito, para os empresários e para a sociedade – que ele dedique seus esforços a outra das muitas e ricas áreas jurídicas” (COELHO. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 2012, p. 51).

¹⁰³ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro: da mercancia ao mercado**. 2019, p. 146; FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 285.

As normas disciplinadoras do mercado, dada sua especialidade, devem estar assentadas em princípios próprios, que destaquem o papel da empresa como instrumento para o desenvolvimento econômico e social, tendo sempre em conta que “as bases do capitalismo – livre-iniciativa, propriedade privada, autonomia da vontade e valorização do trabalho humano – já estão enraizadas e solidificadas como valores inegociáveis para a construção e manutenção de uma sociedade livre”¹⁰⁴.

Conquanto, conforme já assinalado em tópico anterior, seja criticável a inexistência, na doutrina pátria, de uma teoria geral informada por princípios próprios relacionados ao direito empresarial capazes de distingui-lo do direito civil e do direito do consumidor¹⁰⁵, pode-se observar, ainda na atualidade, a prevalência de algumas diretrizes bastante específicas.

Estes princípios básicos existentes no ordenamento jurídico vigente, que permitem aos envolvidos na atividade empresarial balizar a construção de posicionamentos e de estratégias eficientes, apontando-lhes, a partir das especificidades desta atividade, a direção a ser tomada na gestão de conflitos dentro desta esfera, serão objeto de análise nos itens subsequentes.

1.3.1 Princípios constitucionais da atividade econômica

O legislador constituinte inseriu, no texto da Constituição de 1988, disposições que, em conjunto, institucionalizam a ordem econômica, cujo objeto engloba as matérias alusivas à propriedade e à empresa¹⁰⁶ e que devem orientar a atuação do Estado e

¹⁰⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2016, p. 49.

¹⁰⁵ Tal configuração deve ser alterada quando finalmente entrar em vigor o novo Código Comercial, já que, em especial o Projeto de Lei em vigor no Senado Federal possui um viés principiológico muito forte – tal qual o Código de Defesa do Consumidor, como leciona Marcelo Barbaresco. Segundo o autor, o projeto de lei que analisa estabelece, além de princípios informadores básicos e outros que dos primeiros decorrem, “uma outra norma princípio através da qual se afasta a aplicação de qualquer outro que tenha por finalidade elidir a aplicação de qualquer norma jurídica prevista no sistema codificado comercialista”, criando um sistema fechado, quase inviolável e praticamente impenetrável por quaisquer outros ramos da ciência jurídica (BARBARESCO, Marcelo. O projeto de código comercial e o princípio enquanto norma jurídica na teoria pura do direito: a (in)segurança jurídica. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, p. 245-268, 2017).

¹⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 85 e 172.

dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas do país¹⁰⁷.

Tais delimitações principiológicas marcam a ordem brasileira como uma economia de mercado¹⁰⁸, assentada na propriedade, na iniciativa econômica privada, na livre concorrência e na liberdade de contratar, sempre limitada pela legalidade¹⁰⁹, como veremos.

Eros Roberto Grau¹¹⁰ aponta como princípios que informam a ordem econômica, além dos previstos no art. 170 da Constituição, aqueles inscritos nos arts. 1º, 3º, 7º a 11, 201, 202 e 218 e 219, acrescidos daqueles previstos nos arts. 5º, LXXI, 24, I, 37, XIX e XX, 103, §2º, 149 e 225, quais sejam: dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, liberdade de associação profissional ou sindical, garantia do direito de greve, a integração do mercado interno ao patrimônio nacional e o princípio da ordenação normativa através do Direito Econômico.

Porque suficientes para indicar a especialidade do tratamento das relações empresariais e os atributos que nortearão a escolha do tratamento mais adequado aos conflitos nascidos em seu bojo, esta pesquisa se aterá à análise dos princípios constitucionais elencados no art. 170¹¹¹, quais sejam: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente mediante tratamento diferenciado; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 55-76, jan. 2002, p. 4.

¹⁰⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na Constituição de 1988. In: NUSDEO, Fabio (Coord). **A ordem econômica constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰⁹ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 286.

¹¹⁰ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2015, p. 191.

¹¹¹ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente mediante tratamento diferenciado; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; e IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras” (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022).

pleno empresário; e IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

O parágrafo único do mesmo dispositivo assegura ainda que todos têm direito ao “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”¹¹².

Para Silvano Alves Alcantara¹¹³, o princípio da soberania, como baluarte para a existência do Estado Brasileiro, aparece sob nova roupagem no artigo 170 e, em sede econômica, sua previsão estabelece que há para o Estado o poder de interferir e dirigir o cenário econômico de acordo com os interesses do bem comum. Na linha de seus ensinamentos, o objetivo maior desse dispositivo é evidenciar e garantir que toda atividade econômica exercida no território nacional obedeça aos ditames da lei vigente no ordenamento pátrio em detrimento da lei de qualquer outro país.

Eros Roberto Grau¹¹⁴ anota que a afirmação da soberania nacional econômica supõe a modernização da economia e a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas.

Seguindo esta premissa, a Constituição Federal confere à iniciativa privada nacional o lugar de protagonista na produção e circulação de bens, em regime de livre iniciativa.

Inicialmente a Carta Magna enuncia, em seu art. 1º, IV¹¹⁵, o valor social da livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. De outra parte, no art. 170, *caput*, prescreve dever estar a ordem econômica fundada na livre iniciativa, e mais, neste mesmo art. 170, IV, refere-se à livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, que encontra necessária complementação na ponderação com a livre iniciativa¹¹⁶.

Este princípio – da livre iniciativa -, de conceito extremamente amplo, embora esteja relacionado ao expoente da liberdade de exercício das atividades econômicas, nunca,

¹¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

¹¹³ ALCANTARA, Silvano Alves. **Direito empresarial e direito do consumidor**. Curitiba: InterSaber, 2017. E-book, p. 26.

¹¹⁴ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2015, p. 226.

¹¹⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;” (BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988).

¹¹⁶ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 2015, p. 198.

desde a origem de sua concepção¹¹⁷, foi consignado em termos absolutos¹¹⁸ e “duas limitações de caráter geral sempre a confinaram: a ordem pública e os bons costumes”¹¹⁹.

Na Constituição de 1988 encontra-se limitado pela função social, tendo sido inserida no ordenamento para contrabalancear os possíveis efeitos negativos de um liberalismo extremado¹²⁰.

A livre iniciativa, expressa no *caput* do artigo 170 da CF/88, também identificada como “liberdade de comércio e de indústria”, “liberdade econômica”, ou liberdade de iniciativa econômica, cujo titular é a empresa”¹²¹, direciona-se a garantir aos agentes econômicos o acesso ao mercado e sua permanência nele, de modo que se ata à liberdade de iniciativa econômica e à liberdade de empresa.

Costuma-se, em doutrina, decompor a livre iniciativa em alguns elementos. Para Luis Roberto Barroso, a livre iniciativa pressupõe a existência de (1) propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5.º, XXII, e 170, II); de (2) liberdade de empresa, “conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei”; de (3) livre concorrência, “lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV)” e, (4), por fim, “é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5.º, II)”¹²².

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, tal princípio fundamental do direito empresarial também se desdobra em quatro pilares, quais sejam, (1) imprescindibilidade da empresa

¹¹⁷ O princípio da liberdade de iniciativa econômica foi originalmente postulado no édito de Turgot, de 09 de fevereiro de 1776, na França, que a condicionava ao pagamento de impostos e taxas e a se sujeitar aos regulamentos de polícia aplicáveis (GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 201).

¹¹⁸ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 199.

¹¹⁹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 24.

¹²⁰ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 77.

¹²¹ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 203.

¹²² BARROSO. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. 2002, p. 56.

privada para que a sociedade tenha acesso aos bens e serviços de que necessita; (2) busca do lucro como principal motivação dos empresários; (3) necessidade jurídica de proteção do investimento privado; e (4) reconhecimento da empresa privada como polo gerador de empregos e de riquezas para a sociedade¹²³.

Tais específicos pilares citados por Fabio Ulhoa Coelho constam, inclusive, dos Projetos de Código Comercial em curso na Câmara dos Deputados e no Senado Federal¹²⁴.

Dentro desta possibilidade do exercício livre da atividade empresarial, a Constituição Federal também garante que aquele que exerce a atividade econômica de forma profissional e organizada tem o direito de empregar sua propriedade em prol de seu crescimento e, por isso, pode fazer uso desses bens sem interferência de terceiros ou do Poder Público, desde que a produção ou o serviço explorado não prescindam de autorizações especiais para tanto.

Isto é o que se depreende da norma principiológica insculpida nos artigos 5º, XXII e 170, II, da Constituição Federal (princípio da propriedade privada), garantia essa que decorre de forma orgânica do regime econômico nacional essencialmente capitalista, como o nosso¹²⁵.

Entretanto, a própria Constituição também prevê a função social como parâmetro de fruição desse bem, conforme inciso III do artigo 170.

¹²³ COELHO. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 2012, p. 82.

¹²⁴ Cumpre assinalar que tais projetos, em seus arts. 5º e 6º, respectivamente, veiculam o seguinte e praticamente idêntico texto: “Art. 6º. Decorre do princípio da liberdade de iniciativa empresarial o reconhecimento: I – da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada um e de todos; II – do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; III – da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país; e IV – da empresa privada como importante pólo gerador de postos de trabalho e tributos, bem como fomentadora de riqueza local, regional, nacional e global” (BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. 2013.).

¹²⁵ Segundo Eros Roberto Grau, o entendimento que se extrai da doutrina constitucionalista nacional é de que “a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Junior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva)” (GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 187).

A função social da empresa decorre da aplicação, à atividade econômica empresarial, do princípio da função social da propriedade¹²⁶ e indica que a atividade empresarial não deve atender apenas aos interesses econômicos de seus sócios, mas a toda a coletividade¹²⁷, condicionando, assim, o lucro que poderá ser obtido por meio dessa livre exploração da propriedade privada¹²⁸.

O conceito jurídico de empresa já surgiu condicionado ao cumprimento de uma função social, porque é produto da ideia da intervenção do Estado na economia, ao fazer com que a atividade empresarial atenda não apenas ao interesse individual, mas também a interesses metaindividuais, atuando também em prol da coletividade¹²⁹.

Entende-se que a função social da propriedade empresarial é cumprida quando, ao gerar lucro, a atividade passa a ser considerada produtiva e, por consequência – e por obrigação – recolhe aos cofres públicos os tributos incidentes sobre aquela exploração, gera empregos, fomenta o segmento em que atua e ajuda o Estado a crescer economicamente e socialmente, mesmo que de forma indireta através da reversão dos tributos em serviços a toda a sociedade¹³⁰.

Parte-se da ideia de que a adoção da economia de mercado, atrelada à crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais, é dizer, qualidade dos bens e serviços e preço justo.

¹²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 732, p. 38-46, 1996, p. 38.

¹²⁷ Comparato informa que função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, ou seja, é sempre uma atividade no interesse alheio (e não do próprio titular). Prossegue afirmando que a função desempenhada em benefício de pessoas indeterminadas (e não de pessoas determinadas, como o pátrio poder, a tutela ou a curatela) é adjetivada de coletiva ou social (COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, p. 57-74, 1983, p. 61-62).

¹²⁸ Em visão crítica à visão da sociedade capitalista, de que basta que a empresa apresente lucratividade para produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial, Comparato afirma que é “uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos: em suma, promoverá a justiça social” (COMPARATO. Estado, empresa e função social. 1996, p. 45).

¹²⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 129-156, 2014, p. 130.

¹³⁰ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 28.

Dentro da função social da empresa também se inclui a utilização dos bens de produção a partir de uma responsabilidade social e a solidariedade no campo empresarial – solidariedade social¹³¹.

A solidariedade social pode ser exercida através da geração de emprego, obtenção de resultados positivos para si e para a sociedade, respeito ao meio ambiente, valorização da integridade de seus colaboradores, entre outros, ainda que em detrimento de um lucro expressivamente maior.

A função social da empresa, relevante o registro, foi encampada pelos Projetos de Código Comercial em curso na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, que em seus arts. 7º e 8º, preveem, respectivamente, o seguinte:

Art. 8º. A empresa cumpre sua função econômica e social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, ao adotar práticas empresariais com observância de toda legislação aplicável à sua atividade, em especial aquela voltada à proteção do meio ambiente, dos direitos dos consumidores e da livre competição¹³².

Justamente porque a empresa é considerada ente gerador de riquezas e fator de progresso social, e não mera propriedade dos sócios ou sujeita aos egoísticos interesses dos credores¹³³, que sua preservação deve ser buscada, a fim de atender a sua função social, de modo que, sempre que possível, na tomada de qualquer decisão relativa à empresa, seja prévia ou posteriormente à instauração de um conflito interno ou externo, deve-se buscar a manutenção da atividade empresarial e, com ela, o atendimento aos interesses internos e externos ligados à atividade¹³⁴.

A necessidade de atuar também no interesse da coletividade, aliada ao retorno positivo naturalmente conferido pelo mercado a tal conduta, é o que impõe ao empresário grande responsabilidade em relação a todos os *stakeholders* envolvidos com a prática desenvolvida, colocando a atividade empresária no seu devido lugar na cadeia que alimenta toda a comunidade que gira no seu entorno.

¹³¹ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 74.

¹³² BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. 2013.

¹³³ FORGIONI. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 2019, p. 71.

¹³⁴ “No exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da ‘comunidade’ em que ela atua (COMPARATO. Estado, empresa e função social. 1996, p. 44).

Aqui, importante uma incursão breve sobre a relação do empresário com seus *stakeholders*, já que esta imbricação relacional importará sobremaneira na forma como deverão ser tratados os conflitos nascidos em uma atividade empresarial, a depender do seu maior ou menor envolvimento com as demais partes interessadas.

Com efeito, a visão tradicional da empresa entendia como principal obrigação da organização a entrega de resultados aos seus “donos”, ou seja, aos seus sócios/acionistas, ignorando alguns dos atores que com ela se relacionavam, marginalizando outros ou negociando os interesses de uns em face de outros¹³⁵. Entretanto, Edward Freeman e John Mcvea¹³⁶ afirmam que existem outras partes interessadas na empresa que exercem igual – ou maior – impacto sobre as organizações e, portanto, também devem ser levadas em consideração.

Por meio da criação da chamada *Stakeholders Theory* ou, em tradução livre para o português, Teoria das Partes Interessadas, Freeman e Mcvea defendem que uma das preocupações da abordagem que envolve os chamados *stakeholders* é a própria sobrevivência da empresa, porque para atuar com sucesso a empresa deve ter o suporte daqueles que podem afetá-la, e entender como irá afetar os outros (já que, no longo prazo, eles podem dar uma resposta reativa). Assim, a gestão da empresa que realiza a abordagem das partes interessadas (ou dos *stakeholders*) tende a garantir o futuro da organização a longo prazo, atendendo à finalidade de preservação da empresa e, ao fim e ao cabo, à sua função social.

E quem são os *stakeholders*, ou as partes interessadas?

A *Stakeholders Theory* propõe uma estratégia de somar a visão econômica dos recursos à visão de mercado e a uma visão sociológica da sociedade, levando em consideração os participantes do ambiente em que a empresa está situada e, neste contexto, as organizações governamentais, os grupos políticos, as organizações não governamentais, as associações de empresas, os sindicatos de trabalhadores, os consumidores, os empregados, os potenciais clientes, as comunidades em que elas

¹³⁵ Tal abordagem pode parecer apropriada para ambientes estáveis, em um mundo de turbulência e mudança acelerada, mostra-se cada vez mais evidentes as limitações de abordagens tradicionais de gestão estratégica.

¹³⁶ Filósofo norte-americano e professor de administração de empresas na Darden School da Universidade da Virgínia - EUA, autor da obra *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, de 1984 (FREEMAN, R. Edward; MCVEA, John. *A stakeholder approach to strategic management*. **The Blackwell handbook of strategic management**. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=263511>. Acesso em: 14 fev. 2022).

existem, as empresas concorrentes, a sociedade como um todo, estão entre os componentes denominados como *stakeholders*.

Uma sociedade empresária que explora determinado comércio em um bairro, ao exercer sua atividade, pode empregar trabalhadores locais, vai afetar e ser afetada pelos consumidores locais, vai gerar movimento no comércio do seu entorno, vai gerar impostos para a Fazenda local, pode influenciar, positiva e/ou negativamente a segurança de seus arredores, criando a necessidade de novas rotinas do Poder Público e da comunidade do entorno e vai necessitar de fornecedores adequados ao atendimento de seus objetivos.

Uma sociedade com estrutura estadual, nacional ou multinacional, por outro lado, exercerá mais influência e será ainda mais influenciada por todos os atores acima mencionados, podendo alimentar uma cadeia ainda maior, quanto maior for sua dimensão. Não raro, poderá envolver grupos políticos e sociais mais estruturados.

A empresa que aplica a abordagem da gestão dos *stakeholders* cumpre a sua função social ao se preocupar em criar e executar processos que satisfaçam todos que têm uma participação no negócio e, neste contexto, sua tarefa central passa a ser a de gerenciar e integrar as relações e os interesses dos acionistas, empregados, clientes, fornecedores, comunidades e outros grupos de uma forma que garanta o sucesso a longo prazo da empresa e, via de consequência, dos indivíduos e coletividade ao seu redor.

Não se pode olvidar que, além da organização empresarial dever atender à função social, todos os sócios devem exercer seus direitos de propriedade, também, em obediência à função social:

Compete ao controlador e aos administradores fazerem com que a organização empresarial atenda à função social, sem embargo de que em razão da funcionalidade da propriedade de participações do capital social (propriedade empresária) todos os sócios exerçam seus direitos de propriedade, também, em obediência à função social. Reafirma-se que esta é a utilidade de identificar a noção de propriedade empresária e distingui-la da função social da empresa¹³⁷.

A atuação responsável do sócio em relação ao exercício de seu direito de propriedade da participação no capital social pode contribuir positiva ou negativamente para a

¹³⁷ MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 87.

conservação e preservação da sociedade empresária e, assim, atender ou não à função social de sua propriedade.

O princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da CF, está intrinsecamente ligado ao princípio da livre iniciativa e, por isso, complementam-se. Entretanto, assevera a doutrina que “enquanto a livre-iniciativa aponta para a liberdade política, que lhe serve de fundamento, a livre-concorrência significa a possibilidade de os agentes econômicos poderem atuar sem embaraços juridicamente justificáveis, em determinado mercado”¹³⁸.

Em sendo assim, a livre concorrência prevista constitucionalmente garante a todos que desejam explorar alguma atividade econômica liberdade plena para gestão direta de seus negócios, desde que observados os parâmetros legais¹³⁹. Todos podem aplicar sua criatividade ao mercado para praticar uma concorrência legal e honesta, por meio de uma boa gestão e planejamento e podem aproveitar os subsídios a eles concedidos para fomentar e incentivar a economia no seu segmento.

O princípio da livre concorrência dispõe que “todos podem livremente concorrer, com lealdade, no mercado, visando à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços”¹⁴⁰, e se opõe à formação de oligopólios, monopólios e uma conseqüente concorrência desleal, abuso do poder econômico e dominação do mercado que pode influenciar negativamente o preço do produto ou serviço que chegará ao consumidor final.

Silvana Alves Alcantara lembra que os empresários, “por meio de um planejamento empresarial bem elaborado, podem aproveitar os subsídios que eventualmente possam ser oferecidos pelo Estado, sobretudo na esfera fiscal”, ao fundamento de que um dos papéis do Estado é o de fomentar e incentivar a economia, para que, assim, as atividades empresariais possam se firmar em seu segmento de mercado¹⁴¹.

¹³⁸ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 78.

¹³⁹ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 29.

¹⁴⁰ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 78.

¹⁴¹ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 29. Sobre o tema, imprescindível a leitura de ANDRADE, José Maria Arruda de; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre-iniciativa na Constituição Federal de 1988. In: NUSDEO, Fabio (Coord.). **A ordem econômica Constitucional: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p91-110.

Eis a dicção dos Projetos de Código Comercial em curso na Câmara dos Deputados e no Senado Federal (arts. 6º e 7º, respectivamente) acerca da livre concorrência: “Art. 7º. No âmbito deste Código, a liberdade de iniciativa empresarial e de competição é protegida mediante a coibição da concorrência desleal e de condutas parasitárias”¹⁴².

Na prática legal da livre concorrência, a empresa e o empresário devem, ainda, levar em consideração a inserção de seu cliente na cadeia produtiva. Por meio do art. 170, V, CF/88, o princípio da proteção ao consumidor deixa claro que o empresário deve transmitir ao cliente as regras do negócio de forma clara e transparente, além de especificar as obrigações e deveres dos envolvidos naquela transação¹⁴³, deixando sempre claras as informações relativas ao produto, fabricação, prazo de entrega, condições de uso e preço.

É cediço que a proteção aos direitos do consumidor foi consagrada de forma mais abrangente pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, denominado Código de Defesa do Consumidor, entretanto, a Constituição Federal como precípua garantidora, não se eximiu de dispor sobre essa responsabilidade do empresário frente àquele que adquire seus bens ou serviços, antes mesmo da existência de legislação específica sobre a matéria¹⁴⁴.

O meio ambiente também é protegido nessa relação. De acordo com a previsão do art. 170, VI CF/88, a ordem econômica deve observar a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”¹⁴⁵.

O princípio constitucional de proteção ao meio ambiente decorre da preocupação com a preservação dos bens naturais para as próximas gerações que está relacionado, mesmo que indiretamente, com a ideia de continuidade da atividade produtiva que depende da exploração de bens naturais.

¹⁴² BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. 2013.

¹⁴³ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 30.

¹⁴⁴ Vale ressaltar, por oportuno, que a relação consumerista – travada entre o empresário e o consumidor – possui natureza diversa da relação empresarial (firmada entre empresários) e dela não se tratará nesta pesquisa, como adiantou-se na introdução do trabalho.

¹⁴⁵ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988.

Tal preocupação deve ser o mote de toda atividade empresarial, para que, não existindo uma forma de poluição menos danosa ao ser humano e ao meio em que ele vive, possa proteger o meio ambiente - que é o maior patrimônio dos seres vivos - de toda e qualquer possibilidade de dano¹⁴⁶.

Eros Grau¹⁴⁷ assevera que este princípio conforma o mundo do ser representado pela ordem econômica, ao indicar a defesa do meio ambiente como uma maneira indispensável de assegurar a todos uma existência digna e socialmente justa sem que seja necessária a demonização da exploração econômica.

Os meios de produção devem se adequar à proteção ambiental, de forma que o princípio constitucional em análise abre a “possibilidade de tratamento diferenciado da empresa conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”¹⁴⁸.

Nas sociedades contemporâneas não é socialmente responsável exercer qualquer exploração econômica sem que se pense a respeito das consequências e dos efeitos das escolhas empregadas no processo produtivo. A capacidade de antever o risco se encontra diretamente relacionada a proteções, como a destinada ao meio ambiente pelo inciso VI do art. 170 da CF/88, que passam a servir de parâmetro para repensar e planejar toda a cadeia produtiva com base em uma educação de preservação.

Ainda no contexto social, o constituinte preocupou-se em relacionar a atividade empresarial com a redução das desigualdades regionais e sociais, de forma que este objetivo deve ser partilhado também por aqueles que junto ao Estado impulsionam a geração e a circulação de riquezas no território nacional.

Este dever aparece como princípio na letra do art. 170, VII, CF/88 – princípio da redução das desigualdades regionais e sociais -, e decorre de um dever obrigacional atribuído ao empresário de atuar como colaborador do Estado para a promoção do bem estar social e da repartição das riquezas de forma a construir um país mais igualitário.

¹⁴⁶ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 32.

¹⁴⁷ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 250.

¹⁴⁸ NUSDEO. Ana Maria de Oliveira. A interpretação do princípio da defesa do meio ambiente na ordem econômica e a extensão do direito ao meio ambiente. In: NUSDEO, Fabio (Coord.). **A ordem econômica Constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 331-345.

É importante pontuar que, ao proporcionar uma melhor distribuição das riquezas e, por consequência, distribuir de forma mais abrangente o poder aquisitivo de toda a sociedade, o empresário reverte em crescimento de mercado e expansão do lucro esse “ônus” de colaboração em prol do bem comum. Uma das formas de se promover essa distribuição se encontra presente na forma de outro princípio constitucional aplicável à ordem econômica, presente no inciso VIII do art. 170 da CF/88.

Denominado como princípio da busca do pleno emprego, este dispositivo atua como norma programática a ser perseguida. Para Alcantara, “a existência do pleno emprego está condicionada ao equilíbrio entre oferta e demanda no mercado de trabalho, contexto em que os salários oferecidos são aceitos por serem condizentes com a necessidade do trabalhador”¹⁴⁹.

Essa norma é de difícil materialização, pois seu alcance está condicionado à correta aplicação dos fatores de produção, tais como o capital e a tecnologia, além de que se encontra relacionada à estabilização de setores que muito embora influenciem o cenário econômico, não são diretamente geridos por meio de suas escolhas exercidas pelos empresários.

Pensando nisto, a doutrina apresenta algumas práticas que podem ser aplicadas aos fatores de produção que, em certa medida, se encontram sob o poder do empresário.

Primeiramente, em relação ao **capital** a ser utilizado em sua atividade, este deve ser pensado de forma que seja **proveitado de maneira racional**. O empresário deve se valer da tecnologia e da automação colocada ao seu dispor, para que sua produtividade possa sempre crescer, sem esquecer-se do fator humano, **investindo** em sua **capacitação** e automático **crescimento** profissional. Isso lhe proporcionará, em outros termos, o **aumento de seu lucro**, pois verá uma utilização coerente dos insumos necessários à exploração de sua atividade, ao mesmo tempo que terá o auxílio de profissionais mais gabaritados para ajudá-lo em seu dia a dia empresarial, como colaboradores¹⁵⁰.

Para Eros Roberto Grau¹⁵¹, em uma sociedade capitalista moderna, o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional, pretendendo a conciliação de interesses até então vistos como distintos (entre os titulares do capital e do trabalho).

¹⁴⁹ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 34.

¹⁵⁰ ALCANTARA. **Direito empresarial e direito do consumidor**. 2017, p. 33.

¹⁵¹ GRAU. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2015, p. 196 – grifos do original.

Por fim, o último inciso do artigo 170 prevê o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país (inciso IX). Esta previsão deu origem ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 123 de 2006) e garante alguns benefícios a essa modalidade empresarial a fim de que as mesmas se consolidem no mercado nacional e aqueçam a economia. A proteção do Estado às microempresas e às empresas de pequeno porte é essencial para que elas possam competir no mercado e resistir a longo prazo.

A esses princípios constitucionais, que representam o corpo dos preceitos jurídicos empresariais e balizam a atividade econômica nacional, são acrescentados ainda pela doutrina outros que precisam ser destacados.

1.3.2 Outros princípios norteadores da atividade econômica

Além dos princípios expressamente elencados pelo art. 170 da Constituição Federal e além, também, de outros princípios constitucionais que orientam a atividade econômica espalhados pela Carta Magna¹⁵², apontam-se, em doutrina, como princípios norteadores da atividade empresarial: da boa-fé objetiva; da preservação da empresa; da autonomia da vontade; da proteção ao contratante mais fraco; da eficácia dos usos e costumes; da inerência do risco e do impacto social da crise da empresa¹⁵³.

Vale destacar sucintamente a essência de cada um deles, para e no que interessa ao objeto desta pesquisa.

A boa-fé objetiva, segundo Edilson Chagas¹⁵⁴, impõe ao empresário e à sociedade empresária o dever de “buscar a realização de seus interesses na exploração da atividade empresarial cumprindo rigorosamente a lei e adotando constante postura proba, leal, conciliatória e colaborativa”. Na aplicação da boa-fé objetiva ao direito

¹⁵² Vide nota de rodapé nº 110.

¹⁵³ Importante salientar que esses princípios não esgotam o extenso rol apresentado pela doutrina jurídica nacional, ou mesmo os previstos em lei. Entretanto, a escolha dos indicados explicitamente neste tópico foi feita com base no corte metodológico desta pesquisa e na sua importância para o desenvolvimento dos demais capítulos, porque, muito embora não se excluam os outros princípios – que podem ser gotejados caso se mostrem necessários -, os escolhidos mostraram mais afinidade com os pontos de discussão a serem abordados ao longo da pesquisa.

¹⁵⁴ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 78.

empresarial há uma intenção de que os empresários construam um padrão de colaboração e eticidade em suas relações, independente da fase em que se encontre ou com quem a relação esteja se desenvolvendo, facilitando os negócios e estimulando o fluxo de relações econômicas¹⁵⁵.

Esse princípio fomenta uma expectativa de que os empresários construam e pratiquem um padrão de conduta ética entre si e com seus consumidores¹⁵⁶.

Uma conduta proba entre os empresários possibilita um maior cumprimento dos objetivos nos negócios que praticam diariamente em todas as fases de seu desenvolvimento e, para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa “adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos ‘comerciantes cordatos’, dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado [ou ‘em certo ambiente institucional’], sempre de acordo com o direito”, conceito que se atrela, à toda evidência, ao da boa-fé objetiva¹⁵⁷.

Para Nelson Rosenvald, este princípio atua como um enquadramento constitucional do direito das obrigações e entrelaça os negócios privados à dignidade da pessoa humana, pois é a partir de uma atividade pautada em boa-fé objetiva que se opera financeiramente com eticidade, sociabilidade e operabilidade. Afirma, o autor, que “o neologismo eticidade se relaciona de forma mais próxima com uma noção de moralidade, que pode ser conceituada como uma forma de comportamento suportável, aceitável em determinado tempo e lugar”, de modo que “a boa-fé servirá como um parâmetro objetivo para orientar o julgador na eleição das condutas que guardam adequação com o acordado pelas partes, com correção objetiva entre meios e fins”¹⁵⁸.

O princípio da boa-fé objetiva é uma cláusula geral sempre implícita na interpretação e execução dos contratos empresariais incidentes sobre suas obrigações principais e acessórias e, por isso, orienta que as consequências conflituosas deles derivadas sejam sempre geridas considerando a busca de uma solução que mais se aproxime da expectativa dos sujeitos envolvidos.

¹⁵⁵ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 127.

¹⁵⁶ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 79.

¹⁵⁷ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 127-128.

¹⁵⁸ ROSENVALD, Nelson. Código Civil comentado. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013, p. 477.

No Projeto de Código Comercial em curso no Senado Federal, a ética e a boa-fé são agrupadas em um princípio comum do direito comercial aplicável a todas as suas divisões.

Vale ressaltar, por oportuno, que a incidência da boa-fé objetiva deve ocorrer de modo diverso conforme a específica relação travada: quanto maior a paridade entre os interessados¹⁵⁹, menos protetiva deve ser a análise da incidência do princípio, ao passo que em relações em que as partes atuam em desequilíbrio, autoriza-se a maior função protetiva ou reequilibradora do controle exercido pela boa-fé¹⁶⁰.

Tal constatação é de extrema importância no estudo das relações empresariais e no estudo das formas de tratamento dos conflitos nela formados, pois a depender da paridade entre os interessados, haverá necessidade de maior ou menor interferência estatal, haverá maior ou menor responsabilização de uma das partes e certamente haverá técnicas mais ou menos adequadas para tratar a contenda. Trata-se de importante variável a ser considerada.

Tarefa árdua, entretanto, é a de definir, seja na negociação para a formação de um contrato, seja na negociação para a solução de um conflito no seio empresarial paritário, o liame que divide o comportamento lícito daquele que viola a boa-fé objetiva.

A moderna doutrina italiana defende que a boa-fé obriga as partes a comportarem-se de modo a não prejudicarem – ou salvaguardarem o razoável interesse da contraparte -, quando isto não importe, para si, nenhum sacrifício considerável e injusto. Ou seja, ao cumprir com o dever de boa-fé, o empresário deve, sem se sacrificar considerável e injustamente, salvaguardar o interesse do outro¹⁶¹.

Anderson Schreiber¹⁶² coloca a utilidade do negócio como limite para o sacrifício da parte. Afirma que não se espera que o mundo dos negócios se torne um “ambiente romântico”, em que uma das partes abandona sua vantagem em benefício do outro,

¹⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003.

¹⁶⁰ SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019, p. 56.

¹⁶¹ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 127-128.

¹⁶² SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 295.

mas deve ser o ambiente em que nenhuma das partes busque seu interesse pagando, como preço, a inutilidade do negócio.

Em suas palavras, “não se tolera, à luz da boa-fé objetiva, que um contratante esvazie a utilidade do contrato, ou permaneça inerte quando sua atuação se faz necessária para que tal utilidade seja atingida”. Às partes é imposto o “agir responsável, tomando em consideração os interesses do outro contratante, respeitando suas legítimas expectativas, tudo em prol da realização efetiva do fim contratual¹⁶³.”

Uma postura que pode ser considerada – e tem sido pela jurisprudência pátria – como violadora da boa-fé objetiva é a ruptura abrupta e injustificada das negociações entre empresas.

Desistir das negociações é uma faculdade da empresa, porquanto desdobramento do princípio da liberdade de iniciativa econômica¹⁶⁴, e, neste contexto, a imposição, pelo Judiciário, de uma penalidade não prevista contratualmente entre as partes (de indenização por ruptura das negociações) pode colocar em risco, inclusive, a segurança e a confiança das empresas e, conseqüentemente, desestimular a celebração de contrato e o tráfego mercantil.

A correção posterior, pelo julgador, da ausência de cláusula expressa de penalização pelo corte das tratativas pode mostrar-se inadequada do ponto de vista sistêmico. Certa malícia nas negociações é inerente ao tráfico mercantil. ‘O *dolus bonus* é aceito e admitido pelo direito contratual’, lembra o TJSP. Cabe ao agente econômico contra ele acautelá-lo, se entender necessário e conveniente¹⁶⁵.

É que não se pode olvidar, ademais, da liberdade de não contratar (ou de não permanecer vinculado contra a sua vontade), a fim de preservar, também, a máxima da *pacta sunt servanda* e de proteger não somente uma ou outra parte, mas a segurança do fluxo das relações econômicas¹⁶⁶. “A faculdade de não se vincular ou de se desvincular, na ausência de regra contratual ou legal impeditiva, também é fundamental para o funcionamento do mercado”.

Helio Antunes Carlos¹⁶⁷ frisa que mesmo após o ajuizamento da demanda perante o Poder Judiciário, hipótese em que a submissão das partes à audiência de conciliação

¹⁶³ SCHREIBER. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 2018, p. 295.

¹⁶⁴ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 79.

¹⁶⁵ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 80.

¹⁶⁶ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 306.

¹⁶⁷ CARLOS, Helio Antunes. **O microssistema da autocomposição**. Rio de Janeiro: Processo, 2021, p. 337.

ou sessão de mediação é obrigatória (art. 334 do CPC), não há obrigatoriedade de que tal encontro resulte em uma celebração de acordo, sob pena de violação do direito de autodeterminação, dignidade e liberdade dos mediandos:

A obrigatoriedade de participação da sessão (font-end) não se distingue da submissão a qualquer outra espécie de rito procedimental. Por outro lado, a exigência de celebração de acordo (back-end) poderia colocar em risco os valores acima referidos [autodeterminação, dignidade e liberdade dos mediandos]¹⁶⁸.

Deve-se levar em consideração, portanto, na análise da conduta do empresário, a fim de identificar se houve violação à boa-fé objetiva, se seu ato de romper, abruptamente, com a negociação, foge ao padrão negocial que até então estava sendo praticado, ou se se está diante de um algum percalço naturalmente inerente às tratativas empresariais.

Definir ilicitude ou não da atitude do empresário, nestas hipóteses, é tarefa árdua ao terceiro designado para a solução do conflito que aí se origina.

Fabio Ulhoa Coelho¹⁶⁹ aponta, ainda, outra situação que ilustra bem tal dificuldade, qual seja, negociação de compra e venda de sociedades empresárias, a partir do critério de preservação da competitividade empresarial.

Nesta hipótese especialmente por ele analisada, o autor afirma que existe um conflito intrínseco à atuação do administrador responsável pela entidade a ser vendida, que deve apresentar as informações necessárias ao potencial comprador sem, entretanto, deixar de defender a competitividade de sua empresa. Tal desafio é direcionado, em especial, a quem confere a solução de conflitos nascidos neste âmbito, motivo pelo qual assim conclui:

Este é um dos desafios que se apresentam aos árbitros, na arbitragem societária, quando suscitada a questão do cumprimento do dever de boa-fé: identificar e ponderar os riscos à competitividade da empresa surgidos no bojo da negociação, para aferir se o potencial vendedor atuou como administrador diligente na proteção do negócio sob sua responsabilidade ou como pessoa sem consideração pelos direitos do potencial comprador¹⁷⁰.

¹⁶⁸ CARLOS. **O microsistema da autocomposição**. 2021, p. 337.

¹⁶⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Pequena reflexão sobre a boa-fé em arbitragens de direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 38, p. 21-23, 2013.

¹⁷⁰ COELHO. Pequena reflexão sobre a boa-fé em arbitragens de direito societário. 2013.

Tal preocupação não deve sair da mente daquele envolvido no conflito empresarial porque nesta seara há que se destacar, também, o princípio da conservação ou preservação da empresa.

Conserva-se ou preserva-se a empresa ao se dar cumprimento aos objetivos que levaram à sua criação, o que só é possível por meio da não interrupção das atividades de produção¹⁷¹.

A continuidade e a preservação da empresa são de importância incontestável para o desenvolvimento da sociedade em geral, pois a atividade mercantil gera empregos, tecnologia e auxilia o Estado na implantação das normas programáticas estabelecidas na Constituição, atingindo toda uma cadeia de *stakeholders*, como já visto no tópico anterior.

Dada a importância da empresa para o desenvolvimento social e econômico da sociedade como um todo, sua extinção traz consigo efeitos negativos não só aos sócios empreendedores, investidores e empregados, mas a toda a sociedade, já que os impactos econômicos e sociais diretos e indiretos podem alcançar uma cadeia indefinida de sujeitos e o próprio sistema do mercado. Seu desenvolvimento e existência não interessam somente ao empresário ou aos sócios, mas a um conjunto bem maior de sujeitos¹⁷².

Vale ressaltar que a “empresa” que se busca preservar é a própria atividade que, como visto, não pode ser confundida com seus sócios ou com o local onde ocorre a materialização da exploração econômica.

A importância da preservação da empresa perante o mercado torna especial o tratamento dos conflitos a ela relacionados e, por tal motivo, o Projeto de Código Comercial em curso no Senado Federal dispõe que a preservação da empresa economicamente viável deve ser o norte da aplicação da legislação comercial. Confira-se:

Art. 13. Na solução de conflitos entre os sócios, ou entre os sucessores do sócio falecido e os sobreviventes, na interpretação de contrato social, estatuto, acordo de acionista ou de quotista, na responsabilização de administrador ou do sócio ou acionista controlador, no exercício de direitos societários e, em geral, na aplicação das normas deste Código ou da lei

¹⁷¹ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 76.

¹⁷² COELHO. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 2012, p. 91.

comercial, é assegurada a preservação da empresa economicamente viável¹⁷³.

O art. 13 supracitado parece se referir, mais especificamente, à aplicação do princípio da preservação da empresa enquanto entidade internamente considerada, pois se refere a disputas decorrentes do exercício de direitos societários (ou seja, entre sócios ou entre sócios e sociedade) para, somente ao final do dispositivo, definir que a preservação da empresa economicamente viável deve ser assegurada “em geral, na aplicação das normas deste Código ou da lei comercial”¹⁷⁴.

Entretanto, deve-se conferir à parte final do referido dispositivo interpretação que autorize a busca da preservação da empresa também em hipóteses de conflitos exteriores à entidade.

Uma disputa locatícia, por exemplo, deve levar em consideração, sempre que possível (desde que viável), a possibilidade de manutenção e desenvolvimento da atividade empresarial que depende de tal contratação, assim como uma disputa entre a empresa franqueadora e a franqueada deve também levar em consideração a possibilidade de manutenção da atividade empresarial desenvolvida, sempre que haja viabilidade do desenvolvimento da atividade empresária, ainda que não seja a solução mais vantajosa para uma ou outra.

Ademais, conforme será tratado no capítulo seguinte, a depender da relação já travada entre as partes (se anterior ao conflito, se duradoura, se envolvendo sócios que possuem alguma proximidade ou conexão), poderá haver uma forma de tratar eventual conflito entre duas empresas que auxilie o exercício da criatividade e a possibilidade de transformar a disputa inicial em parceria para novas relações permitindo, assim, a manutenção das atividades que, com o conflito, corriam o risco de ruir.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não se trata de um princípio absoluto, já que ao recorrente princípio da preservação da empresa contrapõe-se, frontalmente, o princípio da “retirada do mercado da empresa inviável”, de modo que Gabriel Garibotti afirma que agentes empresários que não conseguem abandonar seu status de ineficiência econômica devem, por lógica sistemática, ser retirados do mercado o mais

¹⁷³ BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. 2013.

¹⁷⁴ BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. 2013.

rápido possível, para o bem da economia como um todo, de modo que, nesses cenários, a falência mostra-se como o melhor remédio¹⁷⁵.

Outro princípio de extrema relevância para compreender o papel da empresa e principalmente a forma como se desenvolvem suas atividades, suas interações com outras empresas e *stakeholders* e como devem ser tratados os conflitos em seu âmbito é o princípio da autonomia da vontade.

Igor Raatz¹⁷⁶ afirma ser extremamente difícil precisar as origens históricas do que ele denomina de “autonomia privada” e, segundo o autor, até mesmo o referido termo é controvertido na doutrina, havendo quem o trate como sinônimo de “autonomia da vontade” e até mesmo de “autorregulação” (este último termo utilizado por Pontes de Miranda). Há, porém, os que preferem diferenciá-los, enxergando a autonomia da vontade com uma concepção mais principiológica e, também, mais ampla do que a de autonomia privada¹⁷⁷.

A par da origem histórica do princípio ou de sua nomenclatura¹⁷⁸, pode-se afirmar, atualmente, que a autonomia “decorre do direito à dignidade da pessoa humana e do princípio democrático, os quais dão sustentação à noção negativa e positiva de liberdade”¹⁷⁹. Possui, pois, sólido fundamento constitucional, que assume maior intensidade e rigidez conforme enfocada em perspectiva puramente existencial ou meramente econômica e, no âmbito empresarial articula-se também com os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Uma das faces do princípio constitucional da livre iniciativa, como visto no tópico anterior, é a garantia ao agente econômico de que sua vontade importará¹⁸⁰ e, por tal motivo, uma de suas facetas é a da liberdade contratual.

¹⁷⁵ GARIBOTTI, Gabriel. Preservação da empresa ou preservação dos sócios? Um contraste entre o *cram down* norte-americano e o brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 104, p. 101-120, 2020, p. 4.

¹⁷⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 152-153, 161.

¹⁷⁷ Neste trabalho, será utilizado o termo “autonomia da vontade”, por melhor se adequar ao contexto histórico atual e, também, por exprimir uma ideia mais ampla do que a de autonomia privada.

¹⁷⁸ De grande importância para o estudo do tema, mas cujo desenvolvimento não cabe nas limitações deste trabalho. Confira-se, a respeito desenvolvimento mais profundo apresentado por Raatz: RAATZ. **Autonomia privada e processo civil: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2019; CARLOS. **O microssistema da autocomposição**. 2021.

¹⁷⁹ RAATZ. **Autonomia privada e processo civil: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2019, p. 163.

¹⁸⁰ FORGIONI. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2020, p. 291.

A autonomia contempla a ideia de que o homem é dotado de vontade livre, capaz de criar direitos e obrigações, determinando seu conteúdo, efeitos e duração¹⁸¹, ou seja, de se autorregular¹⁸²:

O conceito de autonomia privada, assim, compreenderia, além do poder de determinar o conteúdo do contrato, também o poder de escolher livremente contratar ou não contratar, o de escolher com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas, bem como o poder de decidir em que tipo contratual enquadrar a operação que se pretende¹⁸³

Tal liberdade, sem sombra de dúvidas, possui maior ou menor amplitude a depender da maior ou menor paridade dos sujeitos do negócio.

Com efeito, Raquel Bellini Salles¹⁸⁴ expõe que a autonomia se conjuga, necessariamente, no plural, de modo que a subjetividade, no campo contratual, é sempre intersubjetividade, já que a relação contratual exprime uma bipolaridade de interesses, dando corpo a uma estrutura bilateral de declarações.

Ademais, a liberdade sujeita-se aos limites da igualdade.

Neste contexto, a ideia de intersubjetividade, associada à de igualdade, conforma uma outra ideia, a de que a liberdade, em seu grau máximo, pressupõe uma situação jurídica e fática aproximada dos interessados, de modo que, quanto menor a paridade entre os interessados, menor o equilíbrio da autonomia da vontade de cada um¹⁸⁵.

Apesar de inegável que, de todas as áreas do direito, o direito empresarial se apresenta como a arena mais fértil para as manifestações de liberdade¹⁸⁶, não se tem dúvidas de que, mesmo nas relações interempresariais (o que desconta, por certo, as relações entre a empresa e seus consumidores, a empresa e o Fisco e a empresa e

¹⁸¹ RAATZ. **Autonomia privada e processo civil**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2019, p. 165.

¹⁸² Para Raquel Bellini Salles, a autonomia da vontade possibilita o particular não somente a possibilidade de regular, mas também à possibilidade “de reagir, independentemente de intervenção judicial, contra lesões a interesses mercedores de tutela”, por meio da autotutela negocial. É o que defende em sua obra Autotutela nas relações contratuais (SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019).

¹⁸³ RAATZ. **Autonomia privada e processo civil**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2019, p. 165.

¹⁸⁴ SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 46.

¹⁸⁵ Aqui reside a grande diferença entre o significado atual da autonomia em relação ao do século XIX: este se apresentava como uma liberdade apenas formal, porque pressupunha uma igualdade formal entre as partes, que somente parcialmente correspondia à realidade social (SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 47).

¹⁸⁶ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 292.

seus colaboradores), haverá graus maiores e menores de manifestação de autonomia.

Em sequência, que quanto menor o grau de autonomia de uma das partes, maior a necessidade de controle estatal, seja por meio de ações materiais, seja por meio do controle judicial.

É que a intervenção estatal por meio do controle judicial deve ser mais incisiva nas relações contratuais não paritárias “no intuito de compensar a desigualdade e assegurar a liberdade contratual”, e menos contundente nas relações paritárias “pois se há liberdade e igualdade, ainda que uma das partes sofra prejuízos, a intervenção do Estado deve ser mínima”¹⁸⁷.

Tal circunstância possui bastante relevo para o tratamento dos conflitos nascidos no âmbito empresarial, pois quanto maior a autonomia das partes, maior a possibilidade de autocomposição ou de tratamento extrajudicial das contendas e, quanto menor o equilíbrio entre as autonomias, maior a necessidade de intervenção do controle estatal pela via judicial.

Ademais, o direito empresarial também guarda uma particularidade que é a grande eficácia atribuída aos usos e costumes para definir a existência e o alcance de obrigações entre empresários. Por meio do princípio da eficácia dos usos e costumes, a esfera empresarial valora positivamente cláusulas contratuais em que as partes contraem obrigações de acordo com práticas de costumes da região ou daquele mercado em específico, o que sempre deve ser levado em consideração na gestão do conflito nascido neste âmbito.

A racionalidade necessária à condução do tratamento do conflito deve se valer de instrumentos de informação variados e o conhecimento acerca dos usos e costumes aplicados à relação empresarial tratada é essencial para o melhor entendimento dos interesses das partes interessadas e conseqüentemente, do desenvolvimento da negociação.

Por fim, destaca-se o princípio da inerência do risco e o princípio do impacto social da crise.

¹⁸⁷ SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 55.

O risco, como cediço, é parte inerente a qualquer atividade empresarial pois seu sucesso ou seu fracasso, muito embora dependam parcialmente dos esforços empreendidos pelas pessoas envolvidas, também carregam alto grau de aleatoriedade e imprevisibilidade. Sendo assim, pelo princípio da inerência do risco, o direito busca informar a interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto para que sanções incidentes considerem o risco do negócio nos limites daquilo que não toca à responsabilização por atos cometidos ou ignorados por aqueles a quem cabia¹⁸⁸.

Esse princípio não serve de escusa para eximir o empresário de responsabilidade, mas atua para uma correta interpretação do problema inerente ao risco imprevisível.

Correlato a tal princípio, destaca-se, ainda, o princípio do impacto social da crise.

Os mecanismos jurídicos de prevenção e solução aplicáveis ao conflito não se destinam somente à proteção dos interesses dos empresários, mas também aos interesses metaindividuais relacionados à continuidade da atividade empresarial¹⁸⁹. A Lei nº 11.101 de 2005 (Lei de Recuperação e Falência), neste sentido, dispõe em seu artigo 47 que o objetivo da recuperação judicial é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, “a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”¹⁹⁰.

Esses dois últimos princípios consideram a gestão de uma crise como um fator de extrema relevância para o desenvolvimento social, através da busca pela continuidade da atividade empresarial com a aplicação de métodos de gestão e tratamento que sejam capazes de minimizar os danos a todos os envolvidos na cadeia de produção de forma direta ou indireta, ou seja, pessoas que gravitam em torno do desenvolvimento da empresa (*stakeholders*).

¹⁸⁸ COELHO. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 2012, p. 114.

¹⁸⁹ COELHO. **Curso de direito empresarial**: direito de empresa. 2012, p. 115.

¹⁹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

1.4 A EMPRESA COMO ATIVIDADE COMPLEXA E MULTIFACETADA E AS ALTERAÇÕES RECENTES DA LEI DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Como já visto no decorrer do trabalho, a atuação da empresa pode ser adjetivada de complexa e multifacetada, pois envolve uma numerosa quantidade de fatores, variáveis ou não, que a distinguem das demais relações jurídicas.

O desenvolvimento da atividade empresarial leva em conta não somente a sua prática em si (ex.: venda de roupas), mas o gerenciamento diversos fatores que impactam e são impactados pela prática, como a relação da empresa com as demais empresas parceiras (objeto deste trabalho), com seus colaboradores - que são, em muitos casos, outras pessoas jurídicas, também empresárias ou não¹⁹¹ -, com o Estado; além de todas as limitações impostas constitucionalmente (proteção ao consumidor e ao meio ambiente, atendimento à função social da propriedade e da empresa, busca pela redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego), sem olvidar da observância da boa fé, entre tantos outros aspectos considerados no decorrer deste capítulo.

Ademais, e justamente por ser tão complexa e multifacetada, a empresa, dentro desta lógica atual, passa a ter um papel e importância não só para sua própria estrutura, mas para uma coletividade que transcende as pessoas (físicas ou jurídicas) dos sócios, que é diretamente afetada pela condução da atividade produtiva.

A atividade econômica de que cuida o direito de empresa está presente no cotidiano das pessoas, “uma vez que, se todos somos consumidores, conforme discurso célebre do então presidente norte-americano John Kennedy, inegável que existem outros que se lançam à produção, à distribuição e à comercialização do que consumimos”¹⁹². Existe uma interdependência entre consumidores e fornecedores, mas não só entre eles.

Em torno de tal atividade, como fato jurídico relevante, atividade dinâmica, perene e necessária, pais e mães de família se sustentam, tributos são auferidos, a livre-concorrência se estabelece, os negócios entre empresários incrementam-se, os produtos tornam-se cada vez mais eficientes e duráveis, a oferta aproxima-se da demanda, reduzindo a escassez, e negócios jurídicos

¹⁹¹ Remete-se a respeito à leitura da obra de Rodrigo de Lacerda Carelli que trata, com acentuada ênfase, dos processos de terceirização de mão de obra, mais conhecidos, hodiernamente, como pejetização da mão de obra nacional (CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Formas atípicas de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010).

¹⁹² CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 55.

se concluem no mundo real e virtual, propiciando, por meio de uma rede de interesses sobrepostos, trabalho, emprego, renda e cidadania¹⁹³.

A empresa é, por excelência, um instrumento jurídico de coordenação de múltiplos e diversos interesses,¹⁹⁴ e é essa visão interdependente entre a atividade empresarial e a coletividade, observados todos os princípios norteadores da matéria, que deve permear os estudos sobre as relações empresariais e os conflitos nascidos nesta seara.

Não é mais possível examinar as relações empresariais senão segundo os paradigmas da modernidade econômica. O inconformismo com antigos institutos que, em face das mudanças ocorridas em nosso mundo, não são mais suficientes para explicar os fenômenos que nos cercam, não permite mais que a empresa seja considerada em si mesma¹⁹⁵.

O olhar do operador do direito sobre as relações comerciais tem o dever de alinhar o ordenamento à realidade e ver a empresa como modelo racional de uma nova economia, “apta à representação harmônica com as transformações das atividades econômicas em uma sociedade mais exigente em organização, eficiência e resultados”¹⁹⁶.

Um exemplo de que o ordenamento pátrio está seguindo a evolução fática observada no mundo é – além da existência dos projetos de lei de novo código comercial aqui multicitados¹⁹⁷ –, a edição de novéis diplomas legislativos atualizadores do tratamento das matérias atinentes ao mercado, sendo o que mais chama a atenção, pela correlação com o objeto deste trabalho, o da atualização da Lei de Recuperação de Empresas, introduzida pela Lei 14.112/2020.

¹⁹³ CHAGAS. **Direito empresarial esquematizado**. 2019, p. 55.

¹⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; EID, Elie Pierre; ARAUJO, Leandro Santos de. Recuperação judicial, execução fiscal, stay period, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do Art. 6º da Lei 11.101/2005 = “Reorganization bankruptcy”, tax foreclosure action, automatic stay, cooperation between courts and rehabilitation of the business entity: the meaning of § 7º-B of Article 6º of Brazilian Bankruptcy Law n. 11.101/2005. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 323, p. 277-303, jan. 2022.

¹⁹⁵ CASTRO; FERREIRA. A atuação da empresa e sua organização no mercado. 2011, p. 25.

¹⁹⁶ CASTRO; FERREIRA. A atuação da empresa e sua organização no mercado. 2011, p. 25.

¹⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.572**; BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**.

Com efeito, a Lei nº 11.101/95 já reconhecia a função social da empresa, ao prever, em seu art. 47¹⁹⁸, que o objetivo da recuperação é “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor”, com a finalidade de “permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Já a Lei 14.112/20, em vigor desde 23 de janeiro de 2021, promoveu importante alteração no sistema de insolvência empresarial brasileiro, ao aprimorar algumas ferramentas e criar outras, com o fim de possibilitar, efetivamente, a execução do objetivo da legislação (previsto no citado art. 47) por meio de mecanismos para o tratamento mais eficaz da crise da empresa que observam uma gradação, de acordo com o nível da crise por que passa a atividade empresarial.

Veja-se, pois, a necessidade, cada vez maior, de se conferir tratamento diferenciado ao conflito empresarial, nascido nesta realidade tão complexa e multifacetada.

1.5 O CONFLITO EMPRESARIAL

Como em todo conglomerado de relações interpessoais, uma empresa guarda em si um potencial gerador de conflitos. Para uma empresa, o conflito entre sócios, entre estes e a sociedade¹⁹⁹, ou mesmo entre empresas sem relação societária, pode levar ao desgaste do denominador comum de interesses administrados de forma cooperativa que, na origem, motivou a reunião de capitais em prol de um objetivo comum²⁰⁰.

¹⁹⁸ “Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 2005).

¹⁹⁹ A matéria que trata da regulação específica para disputas existentes entre sócios, ou entre sócios e a sociedade é denominada pela doutrina como “processo societário”, que foi parametrizada na obra de Francisco de Mesquita Laux, para quem “a utilização da expressão ‘processo empresarial’ poderia ensejar interpretações ampliadas do âmbito de aplicação dos princípios e regras”, como abarcar disputas entre empresas sem relações societárias (LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 19-20, nota de rodapé 2).

²⁰⁰ LAUX. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. 2018, p. 20-21.

Um conflito que possa conduzir a empresa à quebra da vontade ativa de colaboração é um risco a ser considerado dentro dessa virada de perspectiva da consciência prévia, pois “na colaboração está a ideia visceral de toda a sociedade”²⁰¹. Ademais, ao se precaver e impedir a existência de um conflito futuro ou o seu prolongamento desnecessário, evita-se a repercussão negativa de sua existência na sociedade, a publicidade danosa em seu desfavor, a incerteza, a perda de capital, e, por fim, atende-se ao princípio da preservação da empresa.

Nesse contexto, o conflito empresarial, seja ele entre sócios, entre sócios e empresa e entre empresas – principal foco desta pesquisa -, pode ser analisado em dois momentos: como um risco iminente, que pela via da consciência prévia comporta adequada gestão com o emprego de métodos preventivos; e pela via de fato, representada pelo conflito atual e existente que pugna por uma solução remediativa capaz de gerenciá-lo através de mecanismos que atenuem não apenas os potenciais impactos danosos à continuidade da atividade econômica como, também, aqueles que podem se espalhar em torno da indeterminável rede de pessoas e instituições sobre as quais uma atividade empresarial repercute de forma direta e indireta.

Saber identificar os fatores conflituosos e administrá-los corretamente é uma parte importante da vida da empresa e pode significar seu sucesso ou seu fracasso, sua longevidade ou sua efemeridade no mercado²⁰². Por esse motivo, ao menos em um primeiro momento, cabe aos sócios, acionistas, gestores, administradores ou conselheiros, gerir de forma hábil esse risco através da eleição de ferramentas e mecanismos compatíveis com os diversos interesses envolvidos, as características intrínsecas à atividade desenvolvida e às particularidades de cada caso, ou, de outro modo, saber delegar essa tarefa a quem tenha conhecimento técnico hábil para tanto. É preciso ter em mente que as controvérsias advindas das relações interpessoais não têm como pressuposto uma solução condicionada ao método adjudicatório judicial²⁰³ e, por óbvio, o mesmo pressuposto se aplica às relações empresariais.

²⁰¹ MENDONÇA, 1933 apud LAUX. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. 2018, p. 20, nota de rodapé 3.

²⁰² FREIRE, José Nantala Bádue; NETO, Adolfo Braga. Os desafios da mediação empresarial no Brasil. In: NETO, José Braga (Org.). **Mediação empresarial**: experiências brasileiras. São Paulo: CLA Editora, 2019, p. 12.

²⁰³ LAUX. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. 2018, p. 19.

Fabiana Marion Spengler ressalta que, uma vez instaurado o conflito, cabe escolher o melhor método para sua solução, administração ou resolução²⁰⁴.

A fim de buscar sua solução, entende-se que o que se pretende é a extinção do conflito, independentemente da forma como o processo se dará, tal qual ocorre quando “a mãe conclama a decidir com quem fica o controle remoto da televisão ao designá-lo para um dos filhos ou retirá-lo de circulação”²⁰⁵, ou quando a sentença judicial determina o ganhador ou perdedor da lide. O que se pretende não é o alcance de um resultado positivo decorrente do processo, mas sim o fim do conflito. Aqui não se tem, via de regra, pacificação.

A administração do conflito tem como objetivo neutralizar os embates e minimizar os danos que a situação pode provocar e, por tal motivo, demanda uma atitude que permita a manutenção do relacionamento se interferir no litígio. É o que faz o administrador de uma empresa ao protelar o pagamento de seus credores mediante o estabelecimento de novos compromissos ou alguma compensação pelos atrasos.²⁰⁶

Já a resolução do conflito objetiva restaurar as relações conflituosas em âmbito de legitimidade e reestruturar o momento litigioso em bases próprias²⁰⁷. A resolução não se limita a aliviar tensões e temporizar problemas (como a administração) ou a simplesmente dissolver o litígio (como a solução). A tendência da resolução será, por certo, a pacificação do conflito. Ainda que tal atuação não seja sempre possível, será, sempre que possível, mais salutar à atividade empresarial e, por diversos motivos que serão abordados no capítulo seguinte, nem sempre será alcançada no seio do processo judicial.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas²⁰⁸ defendem que, sendo o conflito um elemento estrutural da vida social e que representa enorme relevância para movimentar as relações sociais (retirá-las da inércia), o direito não deve buscar o seu

²⁰⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016, p. 159.

²⁰⁵ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 159.

²⁰⁶ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 159.

²⁰⁷ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 160.

²⁰⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna (Org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. v. 1, p. 113-128.

fim, mas sim extrair o que há de positivo nos confrontos, tratando-os de forma a deles retirar o máximo de positividade para a sociedade.

Exatamente por isso a doutrina jurídica especializada, no quem vem sendo seguida pelo legislador, vem adotando, no que toca à resolução de conflitos advindos das relações empresariais, postura tendente a impulsionar a utilização de métodos e técnicas judiciais e extrajudiciais adequados ao tratamento do caso concreto, preferindo, sempre que possível, a resolução consensual extrajudicial à solução heterônoma judicializada.

Os Projetos de Código Comercial que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, inclusive, estão perdendo grande oportunidade de prever, em suas disposições, comandos diretos relativos à autocomposição e à solução extrajudicial de controvérsias.

A constante e enraizada demora do processamento da demanda no Judiciário brasileiro; a quebra do sigilo quanto aos negócios; a exposição desnecessária de suas finanças e estratégias; a postergação da harmonia entre os sócios; a possível repercussão danosa à imagem da companhia perante o mercado e a sociedade, e, especialmente, a incerteza quanto aos possíveis resultados da demanda que será solucionada sem que muitas questões complexas e específicas do mundo empresarial sejam evidenciados e considerados²⁰⁹ são alguns dos fatores que tornam a via judicial desaconselhada e, muitas vezes, inadequada à dinâmica empresarial.

Considerando que pelo processo, ao menos em sua perspectiva tradicional, não se tem qualquer preocupação quanto às relações futuras das partes, seja no que toca à sua preservação, seja no que toca à contemporização de suas externalidades negativas, Marcelo Bertoldi²¹⁰ transporta a crítica ao direito empresarial para desaconselhar a via judicial como regra para a solução de tais litígios, o que, considerando a relevância de se preservar a continuidade da atividade empresarial, é o posicionamento endossado por esta pesquisa.

Referindo-se à técnica específica de resolução consensual de conflitos, José Nantala e Adolfo Braga Neto²¹¹ indicam algumas características elementares que circunscrevem uma boa aplicação da técnica da mediação às relações empresariais,

²⁰⁹ BERTOLDI, Marcelo M. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 110.

²¹⁰ BERTOLDI. **Acordo de acionistas**. 2006, p. 110.

²¹¹ FREIRE; NETO. **Mediação empresarial: experiências brasileiras**. 2019, p. 14.

que são elas: possibilitar às partes “enxergar os pontos de contato entre suas posições, enquanto tentam conceber mais profundamente as controvérsias que discutem”; fomentar um “maior controle sobre si mesmas (visto que traz à luz detalhes antes obscuros à ‘consciência’ empresarial de cada uma)”; possibilitar que as partes reconheçam entre si “traços que as identifiquem e que possam conduzi-las não apenas à recomposição das relações que mantém, mas também a importantes melhorias e aperfeiçoamentos em suas estruturas”.

Conquanto tenham sido traçados com vistas à mediação, considera-se que os mesmos objetivos servem como baliza para perseguir a técnica que traduz o melhor instrumento a ser aplicado ao conflito empresarial que se busca dirimir, o que deve ser feito considerando o contexto, os envolvidos e, especialmente as consequências que podem dele advir.

O próximo capítulo desta pesquisa cuidará de aprofundar tal análise.

CAPÍTULO 2 – O SISTEMA MULTIPORTAS

Visto que o ambiente empresarial é complexo e multifacetado e que o conflito nele nascido pode ser submetido a várias formas de tratamento – tendentes à sua solução, administração ou resolução – tem-se que a utilização de apenas um método, o heterocompositivo é, mais do que contraproducente, uma conduta nociva ao desenvolvimento da atividade empresarial e do mercado.

Assim é que, seguindo a linha de raciocínio adotada por essa pesquisa e, considerando que o capítulo antecedente desta dissertação se debruçou sobre as características, princípios e particularidades próprias do ambiente empresarial que, por consequência, refletem parte importante no processo de diagnóstico dos conflitos que ali se desenvolvem, esse segundo capítulo será voltado à análise da escolha do método adequado para o seu tratamento.

Em suma, a atividade de escolha do método adequado representa a fase de identificação da forma de tratamento de dado conflito, sendo considerada adequada aquela forma que atenda às particularidades do conflito em análise, o que é possível agora que traçamos um panorama sobre o ambiente onde os conflitos em questão se desenvolvem.

2.1 SITUANDO O MODELO MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO CONTEXTO BRASILEIRO

A positivação da Constituição de 1988, bem como a cultura jurídica existente à época, abriram sobremaneira o espectro do acesso à justiça e impuseram a ideia da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário como um dogma com raros limites, o que se espalhou pela legislação infraconstitucional e fez com o que sistema judicial tomasse para si o monopólio de dizer o direito e solucionar o conflito²¹².

Com efeito, a tônica doutrinária em torno da garantia do acesso à justiça começou a

²¹² O tema aqui tratado foi mais profundamente analisado em artigo publicado em coautoria com Tiago Figueiredo Gonçalves (GONÇALVES, Tiago Figueiredo; SILVA, Paula Paraguassu da. O acesso à justiça, a pacificação e o tratamento adequado dos conflitos. **Revista Vox - FADILESTE**, Reduto, v. 11, p. 38-57, 2020) e tem como ponto de partida, em especial, as ideias expressas nas obras de Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020).

se desenvolver de forma embrionária no segundo pós-guerra, momento histórico em que o Estado, dedicado a garantir o bem-estar social (denominado *Welfare State*), chama para si as responsabilidades sociais, aumentando o intervencionismo nas liberdades individuais, em prol da defesa dos interesses dos menos favorecidos nas relações sociais^{213,214}.

O acesso à justiça ganhou *status* constitucional e foi positivado, especialmente, nos incisos XXXV e LXXIV do art. 5º da Constituição de 1988²¹⁵, que veiculam o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. De acordo com Susana Henriques da Costa²¹⁶, a temática do acesso à justiça, na Constituição de 1988, avançou por meio da positivação de direitos sociais e pelo reconhecimento de que um mecanismo de solução de controvérsias é um direito fundamental²¹⁷.

Pertinente, aqui, a observação de Kazuo Watanabe²¹⁸, que afirma ter a Constituição

²¹³ Sobre a análise dos direitos fundamentais – dentre os quais se insere o de acesso à justiça – na evolução do paradigma liberal para o paradigma social e a instauração do *Welfare State*, remetemos à leitura de Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 17 e ss.)

²¹⁴ No paradigma anterior, vigente desde a afirmação dos ideais burgueses nos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para a solução dos litígios cíveis refletiam a filosofia essencialmente liberal e individualista dos direitos, e o acesso à proteção individual significava, puramente, o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Embora entendido como um direito natural, considerava-se que o acesso à justiça não dependia de uma atividade positiva do Estado e estava inserido no que se denominou – utilizando-se a sistematização criada por Karel Vassak (autor responsável pela sistematização das chamadas “gerações dos direitos” por meio de texto publicado em 1977, bem como por uma palestra proferida em 1979) - de direitos de primeira geração. Tal concepção, entretanto, se mostrou insuficiente muito especialmente em vista da evolução da sociedade e dos novos conflitos que surgiam na realidade, e diante da necessidade de atendimento da igualdade efetiva entre os sujeitos e não mais apenas uma igualdade meramente formal.

²¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **XXXV** - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] **LXXIV** - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988).

²¹⁶ COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: COSTA, Susana Henriques da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 450.

²¹⁷ Vê-se que o incremento do acesso à justiça na Constituição de 1988 não foi apenas explícito, mas também implícito, justamente em razão da afirmação do conceito de força normativa da Constituição, ou seja, da ideia difundida por Konrad Hesse (HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991) de que a Carta Constitucional não era uma mera carta de intenções e sim veículo do qual emanam diretamente normas garantidoras dos direitos ali previstos.

²¹⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 837.

consagrado um elenco enorme de direitos fundamentais, sociais, econômicos e culturais, como os direitos à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à proteção, à maternidade e à infância, e outros mais, sendo que a afirmação de tais direitos no ordenamento jurídico pátrio seria inócua se não fosse possível assegurar o acesso do jurisdicionado à solução dos conflitos decorrentes de seu descumprimento.

Firmou-se, pois, a ideia de que os direitos sociais previstos na Constituição – e também na legislação infraconstitucional (como o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo), que regulamentou e também incorporou ao ordenamento vários direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais – deveriam ser assegurados (por conta da força normativa da Constituição), de modo que todo descumprimento de qualquer deles não poderia passar ao largo do controle jurisdicional (por conta da inafastabilidade do controle jurisdicional).

Da promulgação da Constituição de 1988 em diante, observou-se – além da ampliação de direitos individuais e sociais pela legislação infraconstitucional - o desenvolvimento de diversas tecnologias tendentes a superar os entraves do acesso à justiça, em especial os que foram tratados por Cappelletti e Garth²¹⁹ nas denominadas primeira e segunda ondas de acesso à justiça, como a ampliação dos Juizados Especiais – que acolheu uma demanda reprimida de solução de conflitos entendidos como de baixa complexidade e que poderiam ser resolvidos com maior informalidade, oralidade e equidade -, assim como a estruturação das Defensorias Públicas estaduais e da União. Tratou-se, assim, de se afastar, ao máximo, os impedimentos de acesso do jurisdicionado à solução estatal de conflitos.

Assim é que se afirma²²⁰ que o texto constitucional, por si, e enquanto fundamento de validade das normas infraconstitucionais, acabou por ampliar a potencialidade de litigância que retroalimenta o sistema, pois mais direitos e técnicas processuais passaram a servir de causa e a assegurar o acesso à justiça, o que gerou maior demanda de utilização do aparato judicial e provocou, conseqüentemente, a necessidade de expansão do sistema (e assim por diante).

Foi neste contexto que a expressão acesso à justiça foi impregnada, como afirma

²¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 31.

²²⁰ Em especial: MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 364.

Rodolfo de Camargo Mancuso²²¹, de qualificativos exagerados e ufanistas, senão utópicos, “representado por vocábulos grandiloquentes, verdadeiras palavras de ordem, como ‘universalidade’, ‘indeclinabilidade’ e ‘ubiquidade’”.

Interessante, a fim de ilustrar este ponto, a leitura do que afirmou Cândido Rangel Dinamarco²²² ao identificar a progressiva redução do rol dos conflitos não jurisdicionáveis e das pessoas sem acesso ao Judiciário e a identificação da universalidade do processo e da jurisdição:

A garantia de ingresso em juízo (ou do chamado ‘direito de demandar’) consiste em assegurar às pessoas o acesso ao Poder Judiciário, com suas pretensões e defesas a serem apreciadas, só lhes podendo ser negado a exame em casos perfeitamente definidos em lei (universalização do processo e da jurisdição). Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário; legitimam-se pessoas e entidades à postulação judicial [...]; e o Poder Judiciário, pouco a pouco, vai chegando mais perto do exame do mérito dos atos administrativos, superando a ideia fascista da discricionariedade e a sutil distinção entre direitos subjetivos e interesses legítimos, usadas como escudo para assegurar a imunidade deles à censura jurisdicional²²³.

A referida passagem doutrinária indica que a cultura jurídica, estimulada pela supervalorização do acesso à justiça sob um enfoque contencioso, desenvolveu, progressivamente, o encurtamento dos obstáculos do acesso ao Poder Judiciário e os adjetivos “universal” e “inevitável” passaram a qualificar a jurisdição.

Tal circunstância provocou a formação de uma cultura demandista porque, considerando a abertura do Poder Judiciário à solução de praticamente todo e qualquer conflito a ele direcionado, formou-se a convicção de que a sentença é a forma mais ativa e apropriada de se fazer a justiça, o que tornava os até então chamados meios alternativos de solução de conflitos²²⁴ formas atrasadas e próprias de povos pouco civilizados²²⁵.

A ilustrar a ideia, colaciona-se a seguinte afirmação de Ada Pellegrini Grinover, em texto publicado logo após a edição da Lei nº 7.244/1984, que criou os primeiros

²²¹ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 364.

²²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 304.

²²³ DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 1999, p. 304.

²²⁴ No decorrer deste trabalho, será demonstrado que há várias nomenclaturas para as diversas formas possíveis de se tratar um conflito e, à época da promulgação da Constituição de 1988, a nomenclatura mais utilizada era “meios alternativos de solução de conflitos”, uma tradução da sigla ADR “*alternative dispute resolution*”.

²²⁵ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 63 e ss.

juizados especiais:

Do conjunto de estudos sobre a conciliação, pode-se concluir que, durante um longo período, os métodos informais de solução dos conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representou insuperável conquista da civilização²²⁶.

Segundo Kazuo Watanabe²²⁷, existia até mesmo um certo preconceito contra os chamados meios alternativos, especialmente por parte dos juízes, que sentiam “que seu poder poderá ficar comprometido se pessoas não pertencentes ao Poder Judiciário puderem solucionar os conflitos de interesses” e por conta da “falsa percepção de que a função de conciliar é atividade menos nobre, sendo a função de sentenciar a atribuição mais importante do juiz”.

Neste modelo essencialmente adjudicatório de entrega da prestação jurisdicional, a fórmula geral empregada nos processos judiciais é sintetizada por Cláudio Madureira²²⁸: parte-se das razões apresentadas pelos litigantes (tese e antítese), com base nas quais o julgador (terceiro imparcial) construirá a síntese, veiculada pelo provimento jurisdicional (sentença, acórdão, decisão monocrática, e, até, para alguns, decisão interlocutória de mérito) por meio do qual será criada a norma jurídica individual aplicada ao caso concreto, de modo que a solução do conflito é adjudicada aos litigantes, primordialmente, por meio da autoridade da sentença imposta.

Após definida a norma jurídica individual, a sentença autoritariamente imposta ainda depende de efetiva concretização no mundo dos fatos, o que se dá por meio das tutelas executivas, também autoritárias, até então existentes no ordenamento pátrio.

Tal modelo adjudicatório e autoritário de entrega da prestação jurisdicional, todavia, não tem se mostrado suficientemente adequado para a solução de todos os conflitos postos sob apreciação, por diversos motivos que exemplificaremos a seguir²²⁹.

Inicialmente, tem-se que nem sempre a sentença é capaz de solucionar a disputa levada ao conhecimento do Poder Judiciário – ou, ainda que seja capaz de resolver a

²²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizados de pequenas causas. In: KAZUO, Watanabe (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 59.

²²⁷ WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 689.

²²⁸ MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73.

²²⁹ Embora numerosas sejam as críticas à ineficiência do modelo judicial de entrega da prestação jurisdicional, esta pesquisa limitar-se-á à indicação de apenas algumas, que se mostram mais explícitas e que mais interessam para o desenvolvimento do tema proposto.

disputa, nem sempre é capaz de resolver o conflito que está a ela subjacente - e, por tal motivo, nem sempre é capaz de atender ao escopo da jurisdição que, ao fim e ao cabo, é a pacificação social.

Com efeito, é importante que se entenda que conflito e disputa (ou lide, se usarmos a nomenclatura de Carnelutti, que no contexto do Código de Processo de 2015 não vem sendo utilizada) são conceitos diversos, já que o conflito pode ser caracterizado como uma posição antagônica entre dois grupos e duas pessoas que pode ou não gerar uma disputa (ou lide), sendo que muitas vezes existe um grande conflito subjacente a uma pequena disputa judicial e esta se mostra apenas como uma ponta do *iceberg* que, mesmo solucionada pela sentença judicial, não leva à pacificação do conflito.

Como afirma Bárbara Seccato Ruis Chagas²³⁰, a resposta adjudicada é capaz de solucionar apenas a parcela do conflito declarada pelas partes e não o conflito como um todo, justamente porque o processo judicial pode ser um recorte muito menor do que o real conflito social – em verdade, o recorte do recorte e, assim, a finalidade do contencioso acaba se limitando a fazer cessar a contenda e não necessariamente o conflito²³¹.

Não cessado o conflito, não se atinge a pacificação social.

Ademais, Rodolfo de Camargo Mancuso chama atenção para a circunstância de que as sucessivas reduções de complexidade pelas quais vai passando o processo²³², desde a formulação do pedido inicial até a concretização da norma individual criada pela sentença²³³, fazem com que a lide judicializada acabe por representar apenas a

²³⁰ CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **O tratamento adequado de conflitos no Processo Civil brasileiro**. 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 39.

²³¹ Igualmente, ver: CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org). **Justiça multipostas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 515.

²³² O autor cita algumas reduções, além de outras facilmente observadas: na fase de conhecimento do procedimento comum deparamo-nos com “restrição à cumulação de pedidos; preclusões diversas, descarte de certos meios de prova em face de determinados fatos, adstrição da cognição ao fulcro do objeto litigioso”. Em sede recursal, as restrições podem ser mais evidentes, como a preclusão de pontos não controvertidos e, portanto, não incluídos na devolutividade recursal; a proibição de discussão de pontos que não foram objeto de análise anteriormente (inovação recursal) e proibição de análise de matéria de fato nos recursos excepcionais. Por fim, em sede de execução, apontam-se novas limitações: “a prescrição intercorrente; as restrições ao âmbito da impugnação, na ação de embargos do devedor; exclusão dos bens de família à incidência da penhora” (MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018).

²³³ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 57.

questão central, ao passo que as complexidades que foram sendo reduzidas no decorrer do iter processual, ou seja, os conflitos periféricos não resolvidos – que, aliados à questão central, se apresentavam, no plano pré-processual como a integral controvérsia –, acabam podendo retornar futuramente à Justiça em forma de novas lides.

Por outro lado, Rodrigo Mazzei²³⁴ defende que para atingir a pretendida estabilidade, o tradicional modelo judiciário de resolução de conflitos, marcado pelo tecnicismo e pela rigidez, não raramente faz uso abusivo da coerção, gerando um contexto altamente opressivo e ocasionando uma onda de insatisfação, diante da sobrecarga de procedimentos muitas vezes incapazes de abranger toda a complexidade dos mais variados conflitos sociais.

Marcelo Abelha Rodrigues²³⁵ também nos rememora que, de fato, não é a coisa julgada que traz a paz social, porque o resultado de justiça almejado pelas partes depende do assentamento da decisão final do Judiciário em elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juiz, o que nem sempre é possível se alcançar, já que, como dito acima, o recorte inicial do conflito e a posterior redução de complexidades provocada pelo processo judicial – especialmente em matéria probatória –, aliados ao tempo do processo, acabam afastando o pronunciamento judicial do que efetivamente se observa no mundo dos fatos e de sua dinâmica.

Ada Pellegrini Grinover²³⁶ repisa a ideia de que a imposição da sentença sempre deixa uma das partes (ou mesmo as duas) insatisfeita e recalcitrante quanto ao seu cumprimento e, ainda, indica o tempo como inimigo da função pacificadora. Ao lado da duração do processo, aponta ainda que o seu custo constitui mais um óbice à plenitude da função de pacificação do conflito de interesses.

²³⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de René Girard. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, p. 13-26, jul./set. 2013.

²³⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil). In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins**. São Paulo: Lex, 2005.

Sem contar na externalidade negativa que a cultura demandista promove, por representar um falacioso exercício de cidadania. Falacioso porque na verdade promove o afastamento entre as partes, acirra os ânimos e estende demasiadamente a solução do conflito para um momento incerto do futuro (quando se formará a coisa julgada), em que seu cumprimento poderá não ser garantido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal²³⁷.

Ao fim e ao cabo, a exaltação da máquina judiciária como reflexo dessa cultura demandista citada no início deste tópico retroalimenta o sistema e contribui, sobremaneira, para a crise numérica de processos no Poder Judiciário²³⁸.

É que enquanto o Poder Judiciário se avolumava dos processos e o Estado-juiz assumia todos os conflitos instaurados e não auto ou heterocompostos entre os interessados, a política judiciária desenvolvida se calcava na oferta de mais do mesmo (ou seja, diante do aumento do número de processos, aumenta-se o número de juízes,

²³⁷ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 73.

²³⁸ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 71. Sobre a crise, remete-se a trabalho anterior, em que se afirmou que “o Conselho Nacional de Justiça publicou o Relatório Justiça em Números 2018”, no qual é trazida a informação de que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário nacional (que mede o percentual de processos em tramitação que não baixou no ano anterior ao do relatório, portanto, no caso, durante o ano de 2017) permanece alta, com percentual de 72%, o que significa dizer que foram solucionados apenas 28% de todos os processos em curso no Brasil no ano de 2017. De acordo com o referido relatório, a produtividade dos juízes e servidores do Poder Judiciário aumentou em relação ao ano anterior, já que em 2017 cada juiz brasileiro solucionou em média 1.819 mil processos, vale dizer, 7,2 por dia, registrando a mais alta variação da série histórica. Ainda, conforme os dados fornecidos, no último ano o número de sentenças e de decisões cresceu e, em 2017, magistrados e servidores conseguiram a marca de 31 milhões de casos julgados (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 18 mai. 2019). Os números são expressivos. O esforço de juízes e de servidores foi capaz de impedir o aumento dos casos pendentes, e o índice de atendimento à demanda (indicador que verifica se o tribunal foi capaz de baixar processos pelo menos em número equivalente ao quantitativo de casos novos) ficou em 106,5%, mas a taxa de contingenciamento indica que tal esforço não foi capaz de diminuir, efetivamente, a quantidade de processos em curso. Segundo José Renato Nalini, a continuar nesta escala, o esgotamento do sistema é um passo irreversível, pois neste momento de PIB negativo, recessão econômica, estagnação, queda na arrecadação e contingenciamento, não há espaço para a ampliação da estrutura do Poder Judiciário com vistas ao atendimento da demanda dilatada” (GONÇALVES; SILVA. O acesso à justiça, a pacificação e o tratamento adequado dos conflitos. 2020). Os números indicados no Relatório Justiça em Números 2021, mais atualizados, não alteram as conclusões analíticas acima alcançadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022). Não é por outro motivo que a morosidade processual no Poder Judiciário sempre apareceu como o item mais reclamado, com uma dianteira frequentemente quilométrica sobre o segundo item (SOUSA, José Augusto Garcia de. A tempestividade da justiça no processo civil brasileiro: repercussão no sistema, desenho constitucional e dimensão conflituosa. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 46).

serventuários, processos eletrônicos).

A supervalorização da solução adjudicada estatal não foi acompanhada de proporcional empenho na promoção de uma boa gestão da massa dos processos que passou a se avolumar no acervo judiciário, impedindo que fosse prestado um resultado final de boa qualidade, ou seja,

uma resposta jurisdicional dotada de seis atributos: justa (equânime); jurídica (tecnicamente consistente e fundamentada); econômica (equilíbrio entre custo e benefício); tempestiva (a razoável duração do processo – CF, art. 5º, LXXVIII: EC 45/2004); razoavelmente previsível (o antônimo da loteria judiciária, a que se referia o Min. Victor Nunes Leal, nos anos sessenta no século passado, ao propugnar pela Súmula do STF); idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado²³⁹.

No que tange em especial ao conflito empresarial, o modelo adjudicatório pode se mostrar ainda mais inadequado e ineficiente para fins de pacificação do conflito.

Como se viu no capítulo anterior, as relações empresariais, complexas e multifacetadas, possuem características próprias e os conflitos nascidos em seu seio, justamente porque vêm impregnados de tais características, geram necessidades específicas de tratamento, que muitas vezes passam ao largo da solução judicial²⁴⁰.

O dinamismo das relações de mercado não combina com a ineficiência processual.

Ao analisar especificamente os efeitos da ineficiência da justiça adjudicada sobre as relações de direito societário, João Paulo Hecker²⁴¹ afirma que diante do dinamismo e da celeridade das relações materiais tratadas pelo direito societário - características inerentes à relações travadas entre empresas -, a lentidão é deveras perniciosa, porque nos negócios jurídicos empresariais é comum haver influência na esfera de direitos subjetivos de uma série de pessoas e é comum, ainda, que determinados atos jurídicos atuem como fundamento de validade de outros e assim sucessivamente, de modo que o desenvolvimento de tais feixes de relação se dá em uma velocidade acima das demais relações de direito privado e a demora na solução da controvérsia judicial

²³⁹ MANCUSO. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2020, p. 70-71.

²⁴⁰ Essa ideia é defendida, na perspectiva do conflito e do processo societário, por Francisco de Mesquita Laux (LAUX. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. 2018).

²⁴¹ SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 21.

pode gerar reflexos perante terceiros em grande escala²⁴².

É que como visto no primeiro capítulo desta pesquisa, a empresa tem sua razão de ser enquanto interação com terceiros dentro de um sistema de mercado e, a fim de viabilizar a existência e a estabilidade de tais interações, considerando a velocidade em que ocorrem, demandam-se respostas imediatas do Poder Judiciário que o processo judicial, entretanto, não tem condições de prover.

Arnold Wald²⁴³, ao analisar a ineficiência do processo judicial para tratar, especificamente, dos conflitos envolvendo acionistas ou responsabilidade dos controladores ou dos administradores, indica dois obstáculos para a utilização do Poder Judiciário: um seria a ausência de formação técnica dos magistrados para julgar discussões bastantes específicas, que envolvam conhecimento especializado dentro do próprio direito societário (que, por sua vez, é uma das vertentes do direito comercial) e outro seria a demora na obtenção de uma solução definitiva, capaz de tratar, em tempo hábil, conflitos complexos que exigem soluções rápidas e definitivas.

A tais obstáculos, acresce que

[...] a simples propositura de uma ação judicial pode afetar a cotação das ações da empresa na Bolsa e, durante todo o período no qual corre o processo, pode ocorrer repercussões negativas nos balanços da companhia, fazendo com que, algumas vezes, os seus títulos percam parte substancial do seu valor²⁴⁴.

Tais obstáculos, por certo, existem também nas demandas que envolvem conflitos entre empresas.

Com efeito, ainda que os processos judiciais que tratam de questões empresariais sejam analisados com urgência e neles sejam naturalmente utilizadas as tutelas de

²⁴² O autor cita interessante exemplo: “veja uma deliberação social no âmbito de uma sociedade anônima que, por meio do voto do controlador, aprova as contas do exercício. A mesma deliberação tem o condão de aprovar a distribuição de dividendos no mínimo legal, determinar investimentos internos dentro da companhia e a contratação de terceiros para prestação de alguns serviços. Caso essa deliberação seja anulada, p. ex., pelo fundamento da proibição do controlador aprovar as suas próprias contas ou por qualquer outra irregularidade, efeitos nefastos não só à sociedade advirão, mas também aos acionistas e a terceiros” (SILVA. **Processo societário: tutelas de urgência e da evidência**. 2018, p. 24).

²⁴³ WALD, Arnold. A arbitrabilidade dos conflitos societários: contexto e prática. In: WALD, Arnold; GONCALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de (Coord.). **Sociedades anônimas e mercado de capitais: homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 95.

²⁴⁴ WALD. A arbitrabilidade dos conflitos societários: contexto e prática. 2015, p. 95.

urgência e evidência previstas no CPC/15, tem-se que a vulgarização da urgência²⁴⁵ e o assentamento da questão litigiosa em discussão com base em critérios de verossimilhança (e não de tutela exauriente) provocam o não julgamento do mérito de tais causas a tempo e modo ou, o julgamento, quando ocorrido, acaba perdendo a relevância diante, as mais das vezes, da própria perda de objeto da demanda²⁴⁶.

O tempo do processo judicial é, hoje, pois, um grande elemento de inadequação da sua utilização para a solução ou o tratamento das contendas empresariais.

Ora, uma característica inerente a toda relação empresarial é o chamado *animus lucrandi*, o qual este trabalho já fez referência no capítulo anterior, ao ponto de o lucro ser erigido ao principal escopo das interações interempresariais²⁴⁷, afirmação que pode ser estendida a todas as relações travadas pelo empresário.

Neste contexto, não se tem dúvidas de que, se o tempo é inimigo da função pacificadora nos conflitos em geral, mais inimigo ainda se torna da função pacificadora dos conflitos empresariais, em que o escopo da atividade é o lucro.

A carência de segurança e previsibilidade quanto ao resultado da demanda judicial também pode ser altamente prejudicial ao andamento da atividade empresarial, bem como à relação entre a empresa e a comunidade a qual se relaciona (seus *stakeholders*).

É que um ambiente de insegurança e imprevisibilidade – assim como de ineficiência na efetivação dos direitos – pode impactar demasiadamente os chamados custos de transação – estudados pela vertente de análise das relações entre direito e economia mais conhecida atualmente, denominada *Law and Economics*, da Escola de Chicago.

A teoria dos custos de transação²⁴⁸ sustenta que as relações entre agentes econômicos estão sujeitas a custos, que podem ser significativos e não relacionados ao processo produtivo, mas determinantes para a fixação do preço do produto/serviço.

²⁴⁵ Tema já digno de nota na obra de Calmos de Passos da década de 90, no qual qualificou as tutelas de urgência como “catástrofe nacional”, dada sua banalização (PASSOS, J. J. Calmon de. Até quando abusarás, ó Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 227, jul./set. 1993).

²⁴⁶ SILVA. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. 2014, p. 62.

²⁴⁷ FORGIONI. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 2020, p. 39.

²⁴⁸ Elaborada por Ronald Harry Coase em seu artigo intitulado The nature of the firm. (COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

Podem englobar, de acordo com a natureza de cada transação, os relacionados à obtenção de informações acerca de preços, qualidade e demais condições de concorrentes no mercado, assim como custos relativos à negociação, ao estabelecimento de um acordo entre as partes envolvidas, ao faturamento, à contabilidade e mais, os custos para garantir o cumprimento das obrigações assumidas.

Se os custos para garantir o cumprimento das obrigações assumidas devem ser considerados no preço do negócio firmado pela empresa, não há dúvidas de que dentre eles está o ônus financeiro do processo e, neste contexto, um processo minimamente previsível – além de célere – pode facilitar a redução dos custos de transação.

Infelizmente, tais características (previsibilidade e celeridade) não são inerentes ao processo judicial, em que pesem todos os esforços expendidos pelos processualistas pátrios na remodelação do sistema de processo civil brasileiro para a implementação da teoria dos precedentes judiciais, baseada na especial intenção de conferir celeridade e segurança jurídica à solução de conflitos no país²⁴⁹.

Há que se considerar, ainda, que a preservação da empresa é de extrema necessidade para o funcionamento do mercado, sendo que tal princípio acaba por ser, muitas vezes, rechaçado pelo processo judicial.

É que no processo judicial o que interessa é conceder a tutela a uma das partes litigantes, o que leva a uma solução em que necessariamente um ganha e outro perde, denominada solução ganha-perde.

Ao solucionar uma disputa acerca de cumprimento de determinado contrato, por exemplo, um dos contratantes necessariamente ou vai ter que cumprir a obrigação conforme pleiteado pela parte contrária ou, então, não vai cumpri-la (ou vai cumpri-la ao seu modo). Não existe uma terceira via, diversa da formulada na petição inicial ou na defesa do réu, até porque o juiz está adstrito aos limites da demanda (art. 141 do

²⁴⁹ Sobre o tema, imprescindível a leitura de MADUREIRA, Claudio. (**Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 124), para quem o precedente é uma tecnologia quem possui o propósito de tornar mais objetiva a aplicação do Direito e, assim, “mitigar os efeitos do caráter problemático da aplicação do Direito de nosso tempo”, porque tem a potencialidade de induzir o convencimento do jurisdicionado sobre a juridicidade das razões apresentadas pela parte contrária e, ainda, de orientar a motivação da decisão do Poder Judiciário, o que, por certo, torna tal atividade mais previsível e célere.

CPC²⁵⁰) e deles não pode se distanciar.

Assim, sem poder alcançar uma solução em que todas as partes podem se beneficiar²⁵¹ e limitando-se a uma metodologia em que há apenas uma solução a ser alcançada, esta solução pode implicar prejuízo tamanho à empresa que ela pode se tornar inviável e, assim, ser extinta.

Ainda que a disputa judicial não seja capaz de levar à extinção da empresa, ela é capaz de, por si só, acirrar os ânimos dos litigantes de tal maneira a tornar extremamente difícil manter relações a partir de então.

Ora, se um dos litigantes, ao iniciar um processo judicial ou ao contestar o pedido de quem o iniciou, coloca o outro em uma das pontas da solução ganha-perde, certamente um dos atributos da relação negocial prévia que se rompe é a confiança entre os contratantes e, uma vez perdida a confiança, dificilmente novos negócios poderão ser travados e, assim, prejudica-se todo o mercado.

Um outro aspecto de grande importância para o desenvolvimento das relações empresariais é a necessidade de se respeitar o sigilo das negociações.

A segurança das informações e o sigilo empresarial são premissas de grandes corporações e o “segredo de empresa”, sinônimo de “segredo de negócio” ou “informação confidencial”, se refere tanto aos segredos industriais, que abrangem os processos de fabricação, as fórmulas de produtos, dentre outros, quanto aos segredos comerciais, como os projetos de lançamento de novos produtos ou serviços, os estudos de marketing, os resultados de pesquisas de mercado, as listas de clientes ou fornecedores, os métodos internos de trabalho e os estudos financeiros, tais como previsões de lucros e precificação²⁵².

²⁵⁰ “Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

²⁵¹ Como defende o método Harvard de negociação, desenvolvido por William Ury e Roger Fisher, cujas ideias principais quanto ao tema relativo à possibilidade de ganhos mútuos são tratadas em sua obra (URY, William; FISHER, Roger. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 79).

²⁵² Confira-se a respeito: FEKETE, Elisabeth Kaszner. Segredo de empresa. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Comercial. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/248/edicao-1/segredo-de-empresa>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

A preservação de tais informações, nos diversos níveis de negociação entre empresas, é por deveras relevante e o vazamento de algum dos dados indicados pode levar ao insucesso do negócio em tratamento ou mesmo ao insucesso da empresa, já que tais dados são, por vezes, o que diferencia as empresas de suas concorrentes. O sigilo das informações empresariais, pois, deve ser buscado tanto na fase pré-contratual, quanto na execução do contrato e no tratamento de eventual conflito nascido nesta seara.

Entretanto, no processo judicial, por imposição normativa constitucional, a restrição da publicidade dos atos processuais somente se autoriza de forma excepcional, “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”, nos termos do art. 5º, LV, da Carta Magna²⁵³.

Neste contexto, ajuizada uma demanda judicial, as partes estão sujeitas à exposição de suas negociações e dificilmente lhes será autorizada a atribuição de sigilo à referida disputa.

Assim, pelos motivos indicados e por outros que não são aqui listados por respeito aos limites da pesquisa, tem-se claro que a sentença adjudicada pelo Poder Judiciário nem sempre pacifica (resolve) ou trata adequadamente o conflito empresarial. Ao contrário, muitas vezes a sentença nem sequer toca o conflito, apenas tangenciando-o, enquanto em outras é capaz de acirrá-lo, não atendendo, pois, ao escopo social da jurisdição, qual seja, a pacificação social²⁵⁴.

Como a sentença judicial não é capaz, em certas circunstâncias, de alcançar a pacificação do conflito – em especial do conflito empresarial - foi preciso buscar outras formas de se atingir tal finalidade.

Segundo afirmou Cappelletti²⁵⁵, na abertura de simpósio realizado em Londres em 1992 para discussão justamente do que se denominava à época de “métodos alternativos de solução de conflitos”²⁵⁶ no quadro do movimento universal de acesso

²⁵³ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988.

²⁵⁴ Vale ressaltar, entretanto, em algumas circunstâncias, a via judicial é a mais adequada a solucionar o conflito, como, por exemplo, nas hipóteses em que se faz necessário o alcance de uma medida de urgência ou com atributos de coercitividade, que somente são garantidos pela atuação judicial.

²⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994, p. 87-88.

²⁵⁶ Atualmente já não se fala mais em métodos alternativos e sim em métodos adequados de tratamento dos conflitos. O termo “alternativo”, carrega a ideia de que a resolução de conflitos via jurisdição estatal será sempre a ordinariamente preferida e os demais métodos apenas uma forma de aliviar a carga de

à justiça²⁵⁷, o clássico processo litigioso poderia não ser o meio mais adequado de resolução de conflitos, conforme se infere da seguinte passagem de sua fala:

Por ‘obstáculo processual’ entendo o fato de que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal – o tradicional processo litigioso em Juízo – pode não ser o melhor caminho para ensejar a vindicação efetiva de direitos. Aqui, a busca há de visar reais alternativas (*stricto sensu*) aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais²⁵⁸.

demandas do Estado, o que não se mostra adequado no contexto em que se busca o ideal de um Tribunal Multiportas, em que a ideia é pôr em pé de igualdade as formas heterocompositivas e as autocompositivas de solução de conflitos. Mesmo antes da adoção de tal posicionamento pela legislação processual civil nacional, parte da doutrina já defendia e sinalizava a utilização do termo “adequado” em detrimento do termo “alternativo”, sob a afirmativa de que “os demais métodos de resolução de conflitos, não configuram, propriamente, uma via alternativa ou oposta à jurisdição, senão um instrumento complementar do poder judiciário” (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 60; SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 157). Alexandre Freitas Câmara chega a afirmar que o processo judicial é o verdadeiro meio alternativo (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no projeto de Código de Processo Civil*. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual—homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 39-45). Por todos, remete-se à leitura, dada a completude da análise, do texto de Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Rui Chagas (MAZZEI; CHAGAS. *Métodos ou tratamento adequado de conflitos?* 2017).

²⁵⁷ Sobre o movimento em prol da remodelação do *acesso à justiça*, cujo marco histórico é o Projeto Florença, conduzido por Mauro Cappelletti, remete-se a trabalho anterior, em que se afirmou que “o projeto Florença é considerado o marco histórico desse movimento de remodelação da garantia de acesso à justiça, tendo sido capitaneado, nos anos 70, pelos estudos de Mauro Cappelletti, que, juntamente com Bryant Garth, consolidou ideia mais ampla de acesso à justiça em relação ao que até então se discorria a respeito do tema, firmada, pois, para além da garantia de simples ingresso no Poder Judiciário, em sistema acessível a todos e capaz de produzir resultados socialmente justos”. A partir desta concepção amplificada, os referidos juristas também sistematizaram os obstáculos encontrados ao acesso efetivo do jurisdicionado à justiça e apresentaram as soluções práticas para transpô-los, que denominaram de “ondas de acesso à justiça”. De acordo com os estudos em comento, a primeira onda deste novo movimento, denominada “assistência judiciária para os pobres”, explicitava a preocupação de facilitar o acesso à justiça pelas classes menos favorecidas. Os juristas indicaram que as dificuldades encontradas pelas pessoas economicamente hipossuficientes não se relacionavam apenas com os custos de um processo judicial, mas também com a tarefa de reconhecer a violação do direito e procurar auxílio. A segunda onda, por sua vez, denominada “representação dos interesses difusos”, apontava como entrave ao acesso à justiça a ausência de um aparato procedimental para a garantia dos direitos difusos. A terceira onda, que mais nos interessa, denominada “ênfase de acesso à justiça” possuía uma visão para além das duas primeiras e indicava como fator principal de entrave ao acesso à justiça a cultura do operador do direito diante da análise do litígio, bem como apontava, como caminho cogente à solução do entrave, a necessidade de correlacionar e adaptar o processo ao tipo de litígio, de modo que, conforme o caso, “diferentes barreiras de acesso podem ser mais evidentes e, diferentes soluções, eficientes”. Em outras palavras, defendeu-se que as muitas características que podem distinguir um litígio do outro (ex.: complexidade, partes envolvidas, natureza do relacionamento entre as partes, se prolongado ou apenas eventual, entre outros) devem ser levadas em consideração para a adequação das técnicas processuais e instituições às dificuldades apresentadas por cada tipo de litígio (GONÇALVES; SILVA. *O acesso à justiça, a pacificação e o tratamento adequado dos conflitos*. 2020).

²⁵⁸ CAPPELLETTI. *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça*. 1994, p. 87-88.

Vê-se, pois, que já no final do século XX²⁵⁹ Cappelletti trazia à discussão a necessidade de valorização das também denominadas ADR's (Alternative Dispute Resolution) já utilizadas na tradição oriental e africana que ganhavam cada vez mais força em países como Canadá, Estados Unidos e França²⁶⁰, em oposição à tradição ocidental do litígio, que via o processo judicial como única porta para o indivíduo adentrar à ordem jurisdicional.

Desenvolve-se, então, a preocupação de se expandir os limites do acesso à justiça para além dos limites do Poder Judiciário, a fim de buscar a aplicação, também, de outros meios – que não o modelo do processo judicial – para tratar os conflitos entre os indivíduos ou grupos (e obter, via de consequência, a pacificação social), nos moldes de um sistema de *multiportas*²⁶¹ em que o jurisdicionado pode optar por uma ou mais entre diversas opções colocadas ao seu dispor pelo ordenamento pátrio a fim de buscar a tutela de seus interesses.

Ada Pellegrini Grinover²⁶², em obra jurídica que trouxe novos fundamentos para uma teoria geral do processo, afirmou, expressamente, que “o efetivo acesso à justiça é aquele que gera acesso à ordem jurídica justa, por intermédio de uma tutela adequada que solucione os conflitos e leve à pacificação social”, acrescentando que essa atuação vai além do acesso ao Judiciário e este tema não pode ser estudado “nos acanhados limites de acesso aos órgãos judiciários existentes no país”.

Atualmente, para Rodolfo de Camargo Mancuso, o conceito de “Justiça estatal monopolizada” vem gradualmente cedendo espaço para a chamada “jurisdição

²⁵⁹ Como dito, o Projeto Florença remonta à década de 1970 e trata-se de uma pesquisa que reuniu uma grande equipe multidisciplinar de advogados, sociólogos, antropólogos, economistas e formuladores de políticas, originários de quase trinta países diferentes. O resultado final dessa pesquisa comparativa foi condensado em um tratado de cinco volumes intitulado “*Access to Justice*” (1978-81). Atualmente, está em curso uma nova pesquisa, denominada *Global Access to Justice Project*, que tem a intenção de estudar os avanços e retrocessos verificados (novas ondas e, também, contra ondas) nos últimos quarenta anos, a fim de alcançar soluções promissoras que possam estimular discussões e contribuir para futuras reformas. Trata-se de uma pesquisa oportuna e eclética, que adota “uma abordagem técnica e geográfica abrangente no mapeamento e estudo do diversificado movimento mundial de acesso à justiça na África, Ásia, Oriente Médio, América Latina, América do Norte, Europa e Oceania”, capitaneada por Briant Garth, Alan Peterson, Cleber Francisco Alves, Diogo Esteves e Earl Johnson Jr. As informações da pesquisa podem ser acessadas no sítio eletrônico do projeto. Disponível em www.globalacesstojustice.com. Acesso em 14 fev. 2022.

²⁶⁰ CAPPELLETTI. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. 1994, p. 92-95.

²⁶¹ A nomenclatura “sistema multiportas” será tratada em breve, neste mesmo tópico.

²⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 61-62.

compartilhada” – o que enseja a releitura de temas fundantes do processo civil, como a jurisdição, o processo e o acesso à justiça²⁶³ – e passa-se a entender que o que interessa é que a justiça (seja ela desenvolvida no meio estatal ou não) seja capaz de resolver as controvérsias de modo justo, convincente e tempestivo, sem deixar resíduos conflitivos²⁶⁴.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.²⁶⁵, manifestando entendimento próximo, defendem que estamos passando de uma justiça estatal impositiva para uma justiça coexistencial, formada por um conjunto integrado de soluções disponíveis ao jurisdicionado e que prefere às soluções autocompositivas cooperativamente construídas, onde cada tipo de conflito será direcionado para a “porta” que lhe confira maior efetividade.

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como uma única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *meaning justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos²⁶⁶.

Já tivemos a oportunidade de defender, em outro momento²⁶⁷, a evolução semântica do conceito de acesso à justiça, seguindo linha de pensamento já desenvolvida por Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini Grinover e Rodolfo de Camargo Mancuso, ocasião

²⁶³ Os institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo (jurisdição, ação, defesa e processo) são objeto de constante análise pela doutrina processual civil, valendo, a respeito, a preocupação de Heitor Vitor Mendonça Sica em texto intitulado Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil, em que afirma que tais institutos possuem conteúdo semântico cuja atualização é medida que se impõe de tempos em tempos, muito especialmente com vista a adequá-los às alterações sócio-político-cultural-econômicas pelas quais a sociedade passa. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013). Acrescente-se que não é dissímil o que sucede com os princípios e garantias constitucionais do processo civil, que acompanham a evolução da delimitação dos institutos fundamentais da ciência do processo e também a evolução das ideias políticas e sociais, as quais repercutem na leitura que se deve dar ao conteúdo semântico dos princípios em cada época.

anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013).

²⁶⁴ MANCUSO. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2020, p. 71.

²⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 38.

²⁶⁶ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. 2018, p. 38.

²⁶⁷ GONÇALVES; SILVA. O acesso à justiça, a pacificação e o tratamento adequado dos conflitos. 2020.

em que se fixou o entendimento de que o acesso à justiça não deve estar, necessariamente, vinculado à ideia de acesso ao Poder Judiciário, mas sim à de garantia acerca da existência de meios e instrumentos aptos a propiciar a solução pacífica de um conflito de interesses.

O processo justo que se busca, pelo acesso à justiça, é o processo que culmina numa solução materialmente justa, como defendeu Humberto Theodoro Jr.²⁶⁸:

O processo justo, portanto, não se resume nem mesmo à pura observância das garantias procedimentais traçadas na Constituição. Vai além e reclama, principalmente, um compromisso do órgão judicante com um resultado materialmente justo.

A jurisdição é também um dos institutos do Direito Processual Civil que mais vem sendo repensado pela doutrina pátria e está sendo cada vez mais vinculada à ideia de pacificação, a ponto de Humberto Dalla Bernardina de Pinho²⁶⁹ defender, atualmente, que a pacificação deve ser erigida a um dos elementos da jurisdição, de modo que seja possível falar que o jurisdicionado tem direito a uma tutela acessível, instrumental, efetiva, adequada e pacificadora e que o processo civil brasileiro chegou a uma nova fase metodológica, a da etapa pacificadora, em que o uso dos instrumentos jurisdicionais se dá de forma racional, a partir de uma ideia de intervenção mínima ou secundária.

A ideia da pacificação como escopo da jurisdição é de autoria de Cândido Rangel Dinamarco, que, desde o início da defesa do instrumentalismo como nova fase do Processo Civil²⁷⁰, já advogava a ideia de que o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social de sua utilidade para os membros da sociedade, é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação dos conflitos em que estejam envolvidos. Já na terceira edição de sua obra mais difundida, passou a afirmar que tal propósito estaria presente também no que ele denominou de

²⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais: rumos adotados pelo projeto de novo código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimento do 'processo justo'. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual—homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 173-200.

²⁶⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

²⁷⁰ No terceiro capítulo desta pesquisa, será enfrentada, brevemente, a evolução histórica das fases metodológicas do processo civil.

“meios alternativos” de solução de conflitos (arbitragem, mediação e conciliação)²⁷¹.

Ada Pellegrini Grinover também já entendia, ao final do século XX, que as técnicas de revitalização das vias alternativas como a conciliação e a arbitragem se inserem na ideia de universalidade da proteção jurisdicional, como “poderosos instrumentos de desafogo da litigiosidade contida, na feliz expressão cunhada por Kazuo Watanabe, e cujo principal fundamento é a pacificação social”²⁷².

Em sua obra *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, a autora afirma, expressamente, que a pacificação social é a meta do acesso à justiça, que deve se materializar por meio da aplicação dos princípios da universalidade e da adequação, na busca da remoção dos obstáculos que se antepõem e, também, na conformação dos meios de tratamento às necessidades dos conflitos²⁷³.

Não se tem dúvidas, pois, da necessidade de que o foco do jurisdicionado e dos operadores do direito se afaste da busca pela tutela jurisdicional imposta pela sentença adjudicada e se direcione para a busca da pacificação de seu conflito – e via, de consequência, da pacificação da sociedade –, tendo em mente que existem diversos meios para alcançar tal mister incitados pelo ordenamento infraconstitucional atualmente em vigor, e não só a via do processo judicial.

Busca-se, pois, a tutela mais adequada para a defesa do direito material em jogo, em aplicação do que Diogo Rezende de Almeida nominou de princípio da adequação, princípio este que não informa a atividade jurisdicional, mas o momento anterior, de eleição, pelo legislador e pelo interessado, do método que representa o mais adequado instrumento para a solução do conflito surgido²⁷⁴.

O ordenamento pátrio infraconstitucional já vinha estimulando, ainda que timidamente, a abertura de novas portas ao jurisdicionado, tais quais, por exemplo, a arbitragem, a desjudicialização por via da utilização dos serviços de cartórios extrajudiciais ou

²⁷¹ DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**. 2003, p. 122.

²⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 10.

²⁷³ GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo**. 2016, p. 61-62.

²⁷⁴ ALMEIDA, Diogo Rezende. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multipostas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 925-951.

mesmo bancários²⁷⁵, a mediação, a negociação, entre outros.

Trícia Navarro Xavier Cabral²⁷⁶ chama a atenção para a circunstância de que já havia no ordenamento pátrio um caminho iniciado pela Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95), que criou os Juizados Especiais e instituiu uma audiência de conciliação obrigatória no início do procedimento para permitir o diálogo entre as partes em momento precoce do processo, passando por reformas no Código de Processo Civil de 1973 que incrementaram procedimentos de conciliação. Também o Poder Judiciário já começava a se movimentar, com a criação, pelo CNJ, em 2006, do “Movimento pela Conciliação”.

Mas o movimento de valorização de meios de solução de conflitos que não o processo judicial ganhou corpo no Brasil somente no século XXI e tem como marco a publicação da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de novembro de 2010, que criou uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e elevou, sobremaneira, a importância dos meios autocompositivos de solução.

Seu artigo 1º é claro ao impor a necessidade de ampliação do espectro de meios judiciais e extrajudiciais de solução do conflito postos à disposição de todos, que deverão ser selecionados adequadamente à natureza e peculiaridade da contenda²⁷⁷.

Referida norma colocou o Poder Judiciário na função de gestor do sistema multiportas neste início e, assim, em que pese a já timidamente iniciada abertura de outras portas ao jurisdicionado, foi somente com a edição da Resolução nº 125 do Conselho

²⁷⁵ Vide o caso da consignação extrajudicial ou administrativa, realizada perante instituição financeira, inserida no CPC/73 por reforma ocorrida em 1994, e agora regulada nos §§ 1º a 4º do CPC/15.

²⁷⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIAGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista Eletrônica CNJ**, Brasília, v. 4, p. 199-211, 2020.

²⁷⁷ “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29/11/2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

Nacional de Justiça²⁷⁸, que os tribunais passaram a implementar as mudanças necessárias para que a autocomposição pudesse, efetivamente, ganhar espaço²⁷⁹.

Segundo Trícia Navarro Xavier Cabral²⁸⁰, não sealaria em sistema multiportas no Brasil se não fosse tal resolução normativa, porque depois de sua implementação foram surgindo alterações normativas mais importantes em relação ao tema, em especial o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação.

Assim, a Resolução nº 125 do CNJ não somente permitiu a incorporação de outros métodos e técnicas de resolução de conflitos ao sistema do Poder Judiciário, como ainda influenciou importantes legislações posteriores.

E, mais adiante, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 50, no ano de 2014²⁸¹, a fim de estimular os tribunais à realização de ações voltadas ao fomento da política, por meio de orientações aos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015) incorporou esta política²⁸² e, em conjunto com a Lei de Mediação e as alterações da Lei de Arbitragem, instaurou-

²⁷⁸ Posteriormente alterada pela Emenda nº 2, de 2016, para se adequar à legislação que veio em sequência.

²⁷⁹ De acordo com Trícia Navarro Xavier Cabral, “houve três relevantes inserções na estrutura do Poder Judiciário para fomentar a política de solução de conflitos: a) a criação de Núcleos responsáveis pela gestão local da política; b) a regulamentação de atuação de mediadores e conciliadores; e c) a instauração de um espaço específico aberto aos jurisdicionados para solução dos conflitos (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCS), seja para a realização de sessões de mediação ou conciliação, a depender da natureza da causa, seja para a simples homologação de acordos firmados extrajudicialmente” (CABRAL; SANTIAGO. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. 2020, p. 203).

²⁸⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CURY, Cesar Felipe. **Dez anos de Resolução 125/2010 do CNJ**. EMERJ Youtube, 2020.

²⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº 7, de 16 de março de 2011**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1241>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁸² Mas não só. O Código de Processo de 2015 também abriu o espectro da atuação mais ativa das partes dentro do processo judicial, por meio da adoção, agora legal e formal, de novas ferramentas e princípios que representam mudanças radicais (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. 2018, p. 38) no corpo da nova metódica processualística civil brasileira, o que se deu, a título de exemplo, pela consagração infraconstitucional da constitucionalização do processo (artigo 1); pela obrigatoriedade da audiência inaugural de Mediação ou Conciliação do procedimento comum (artigo 334); pela previsão da prática dos chamados negócios processuais (artigo 190); pela instituição de um regime único para as tutelas provisórias (artigo 294 a 299); pela unificação dos prazos processuais (artigo 994). Tais ferramentas não esgotam, mas exemplificam com precisão os pilares sobre os quais o legislador consagrou a essência processual pautada por celeridade, cooperação e efetividade como regentes da atividade jurisdicional nacional.

se um verdadeiro cenário de Justiça Multiportas no país²⁸³, que foi se desenvolvendo a partir de então.

A importância do tratamento adequado do conflito com vistas à pacificação social foi enfatizada na exposição de motivos do Código de Processo Civil numa expressa preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional e com a satisfação dos jurisdicionados, como se pode inferir do seguinte trecho:

2) Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz²⁸⁴.

O corpo do texto legal da codificação também estimula, desde o capítulo inaugural das normas fundamentais, a solução consensual das controvérsias, o que pode se inferir do art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º, que prescrevem que “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão de direito” (caput); que “É permitida a arbitragem, na forma da lei” (§1º); que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (§2º); bem como 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” (§3º).²⁸⁵

Vale reforçar, mais uma vez, que os métodos autocompositivos, em especial a mediação e a conciliação, não são uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015²⁸⁶. O que a metódica do Código traz de inovador é o tratamento conferido

²⁸³ CABRAL; SANTIAGO. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. 2020, p. 203.

²⁸⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015.

²⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015.

²⁸⁶ “[...] historicamente, na tradição luso-brasileira, há diversos exemplos legislativos que tratam da mediação e conciliação, as vezes como fase prévia à admissibilidade do processo judicial. A lei dos Juizados Especiais cuida do tema, como, aliás, fazem outros diplomas legais, incluindo o próprio Código de Processo Civil de 1973. A novidade não está em conhecer a existência da mediação e conciliação ou mesmo de que podem as partes transacionar. O que é novo é o impulso decisivo pela implementação dessas técnicas, desenvolvidas por pessoal próprio e profissionais habilitados (mediadores e conciliadores), como parte da justiça civil e a preocupação com o direcionamento das disputas para o meio mais adequado à solução. A novidade está na preocupação em efetivamente resolver os conflitos.” (NETO. O novo CPC e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. 2018, p. 910). Para maiores informações acerca da mediação e conciliação na história brasileira, confira-se: CAMPOS, Adriana Pereira. Magistratura eleita: administração política e judicial no Brasil (1826-1841). **Almanack**, São Paulo, n. 18, p. 97-138, 2018; CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 271-298, 2016.

a esses mecanismos de resolução que, antes, eram classificados como alternativos e, agora, passam a posição de maior relevância. A alteração notável está na superação da percepção da solução judicial impositiva como a meio único e todos os demais como mera alternativa.

Por meio da previsão de outros meios de tratamento/solução/resolução de conflitos entre artigos inaugurais do Código de Processo Civil, o legislador reforçou a adoção brasileira de uma tendência internacional com vistas a dar nova roupagem à definição clássica de acesso à justiça como acesso ao órgão judicial²⁸⁷, para passar a enxergá-la como acesso adequado ao direito, preferencialmente pela via da autocomposição.

Sob o novo enfoque, tornou-se inconcebível a ideia de que a sistemática processual correlacione o acesso à tutela jurídica justa ao resultado obtido tão somente por meio da relação triangular firmada entre autor, juiz e réu, já que a concepção de justiça atual está estabelecida sobre a ideia de que a justiça não-estatal não é uma mera alternativa ao jurisdicionado, mas, ao contrário, a justiça verdadeiramente adequada a determinados casos, o que deve ser medido com base no princípio da adequação.

O que se busca evitar - com o enfoque responsável e consciente na aplicação das formas de tratamento de conflitos – são a prática e a normalização de uma leitura superficial do que se entende como garantia de acesso à Justiça, também alegadamente fundamentado no princípio da universalidade da jurisdição²⁸⁸ que, constitucionalmente consagrado pelo art. 5º, inciso XXXV da CF/88²⁸⁹, pode levar à errônea conclusão de que todo e qualquer conflito pode e deve ser desde logo submetido a um órgão judicial, sem nenhuma condição ou exigências prévias.

Retomando tema já tratado por esta pesquisa – dada sua importância para o desenvolvimento do trabalho – tem-se que, sob esta perspectiva, o acesso à justiça resultaria na concepção do Judiciário como um “guichê geral de reclamações”²⁹⁰ que,

²⁸⁷ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. 2018, p. 38

²⁸⁸ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 296-297.

²⁸⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988).

²⁹⁰ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2018, p. 297.

sem qualquer filtro, promoveria um franqueamento de respostas judiciais a qualquer tipo de interesses contrariados ou insatisfeitos.

Esse franqueamento de respostas a todos conflitos revela, ainda, uma outra característica proeminente entre pessoas envolvidas em situações de conflito, qual seja, a ausência de autonomia individual, ou, em outras palavras, a prática instintiva e desenfreada de atribuir ao outro a responsabilidade pelas desordens que atingem nossa esfera social²⁹¹, revelando que

[...] a assunção de responsabilidades é um atributo em extinção, que alimenta o já analisado processo de afirmação do Judiciário como superego da sociedade órfã do seu poder de tutela, justificando a necessidade de se pensar em medidas que proporcionem a valorização dos processos de gestão autônoma e não violenta de conflitos²⁹².

Ricardo Goretti soma a este aspecto a percepção de que as relações humanas são estabelecidas e logo dissolvidas com velocidade impressionante, consequência da carência de diálogo que alimenta o individualismo e enfraquece os relacionamentos, que passam a ser marcados pela fluidez, o que leva à normalização da violência (sedimentada pelo enfraquecimento da autonomia e do diálogo e crescimento do individualismo e da desconsideração do outro) como prática cultural racionalmente justificada e tolerada²⁹³.

O que se deduz é que, na contramão das práticas que têm sido majoritariamente desenvolvidas no âmbito do tratamento de conflitos, a proposta de um modelo multipartas vai ao encontro dessa estrutura de sociedade com evidente déficit de autonomia e carente de um terceiro que tenha um leque de respostas disponíveis a todo e qualquer conflito. Trata-se de uma alteração de grande envergadura, que abarca o funcionamento de toda a justiça e reclama por uma mudança estrutural, funcional, física, de formação e cultura não apenas dos operadores do direito, como da própria sociedade²⁹⁴.

O encaminhamento de cada disputa para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução²⁹⁵ garante não só o acesso à justiça, mas o empoderamento, a

²⁹¹ GORETTI, Gustavo. **Mediação e acesso à justiça**. 1. ed. 2. tir. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 125

²⁹² GORETTI. **Mediação e acesso à justiça**. 2017, p. 125-126.

²⁹³ GORETTI. **Mediação e acesso à justiça**. 2017, p. 125-126.

²⁹⁴ NETO. O novo CPC e o modelo multipartas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. 2018.

²⁹⁵ NETO. O novo CPC e o modelo multipartas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. 2018, p. 909.

aproximação das partes e a construção de indivíduos capazes de direcionar soluções sábias aos conflitos passíveis de solução fora da estrutura estatal.

Voltando à análise dos instrumentos legislativos criados a partir da Resolução nº 125/2010 do CNJ e do Código de Processo Civil de 2015, passa-se a uma breve apresentação de alguns diplomas legais que criam/organizam/regulamentam a busca pela resolução consensuada aplicáveis às relações empresariais.

A promulgação da Lei de Mediação, nº 13.140/2015, fez inserir no ordenamento pátrio um regramento “efetivamente completo e capaz de alcançar diferentes formas de conflitos e contemplar no campo processual e material as questões essenciais para a aplicação da mediação no Brasil”²⁹⁶.

Em seguida, a Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996) foi atualizada pela Lei nº 13.129/2015 e sedimentou a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, confirmando o movimento que já vinha sendo experienciado em leis esparsas, como, por exemplo a das Parcerias Público-Privadas e já vinha sendo aceito majoritariamente pela doutrina e pela jurisprudência. Ademais, regulamentou a interação entre árbitro e Poder Judiciário no que concerne às medidas de urgência e ao cumprimento de determinações arbitrais que dependam do poder de coerção do Poder Judiciário e, assim, avançou sobremaneira na adequação do instituto ao panorama jurídico atual, ao solucionar lacunas que anteriormente originavam amplos debates no meio jurídico.

Em 2019, foi editada a Lei nº 13.867/19, que autoriza expressamente a utilização de procedimentos de arbitragem e mediação nas contendas relacionadas à indenização por desapropriação de bens particulares pelo Poder Público.

Em 2020, a Lei de Recuperação Judicial foi alterada pela Lei nº 14.112/2020, que além de ter aprimorado os mecanismos já existentes e além de determinar que a conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição no curso do processo judicial²⁹⁷, criou o sistema de pré insolvência, permitindo que a

²⁹⁶ CABRAL. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15. 2018, p. 476.

²⁹⁷ “Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial” (BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 2005).

empresa trate sua crise antes mesmo de evitar danos à sua imagem – o que dificultaria novos negócios e atrapalharia a recuperação – por meio de utilização de procedimentos mais baratos, desburocratizados e extrajudiciais. Criou, ainda, a recuperação extrajudicial, por meio da qual, sem a necessidade de participação de um terceiro (juízo, árbitro, mediador ou conciliador), o empresário pode conseguir a aprovação de um plano de recuperação por 50% (cinquenta por cento) de seus credores e, assim, dispensar o processo judicial clássico de recuperação.

Tais alterações legislativas revolucionaram o sistema de tratamento da crise da empresa no Brasil criando mecanismos que viabilizam a negociação entre credores e devedores sem a utilização da via jurisdicional ou com a sua utilização reduzida a procedimentos de “toque leve”, nas palavras de Daniel Carnio Costa²⁹⁸. A título de exemplo dos chamados procedimentos de toque leve, pode ser citado o *stay*, previsto no art. 20, B, §1º da Lei de Recuperação de Empresas²⁹⁹, que autoriza à empresa, antes mesmo de iniciado o procedimento de recuperação, formular, em juízo, pedido de suspensão de todas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, “para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada”. Com as execuções individuais paralisadas, facilita-se o diálogo entre a devedora e a coletividade de credores.

A fim de subsidiar a execução deste procedimento e de outros procedimentos de autocomposição autorizados pela referida legislação, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da recomendação nº 71/2020, preconizou, expressamente, aos tribunais

²⁹⁸ MOREIRA, Alberto Camiña et al. **O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

²⁹⁹ “Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) § 1º Na hipótese prevista no inciso IV do **caput** deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. (incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)” (BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. 2005).

brasileiros, a implementação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais (Cejusc Empresarial),

para o tratamento adequado de conflitos envolvendo matérias empresariais de qualquer natureza e valor, inclusive aquelas decorrentes da crise da pandemia de Covid-19, na fase pré-processual ou em demandas já ajuizadas, bem como no procedimento previsto no art. 20-B, § 1º da Lei n. 11.101/2005. (redação dada pela Recomendação n. 112, de 20.10.2021)³⁰⁰.

Há, ainda, em trâmite no Congresso Nacional, dois projetos de lei que se voltam à desjudicialização da execução, tanto fiscal quanto civil, quais sejam, os PLs nº 4257/2019 e 6204/2019, ambos com a intenção de retirar do plano do processo judicial, em especial, os procedimentos de investigação de bens do devedor e, quando possível, a sua entrega ao credor.

Nas palavras de Flavia Pereira Hill, “tendo a desjudicialização avançado, até o momento, adotando como foco primordial a *função cognitiva*”, “é chegado o momento de avançarmos no segmento da *função executiva*”³⁰¹.

O Projeto de Lei nº 6204/2019 prevê que a via extrajudicial será obrigatória para as execuções civis instauradas a partir da entrada em vigor da lei; prevê, ainda, a obrigatoriedade de que o exequente seja assistido por advogado e cria a figura de um agente de execução, que nada mais é do que um terceiro habilitado a praticar os principais atos processuais inerentes à execução. Há a possibilidade de impugnação pelo executado e de deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Já o Projeto de Lei nº 4.257/2019 avança no tratamento dos créditos tributários, desjudicializando a execução fiscal e acelerando/simplificando os procedimentos de satisfação dos referidos créditos. Prevê a possibilidade da arbitragem tributária e da execução administrativa da dívida ativa, mas limitando seu campo de abrangência em relação a alguns tributos (contribuição de melhoria decorrente de obras públicas, ITR - imposto territorial rural, IPVA - imposto sobre propriedade de veículos automotores e IPTU - imposto sobre propriedade territorial urbana), além taxas devidas em função da propriedade, do usufruto ou da posse de bem imóvel passível de alienação ou em razão da propriedade de veículo.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, do pontapé inicial para um processo gradual de

³⁰⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 71, de 05 de agosto de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

³⁰¹ HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: reflexos sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, 2020, p. 7.

desjudicialização da execução fiscal, já que abarca apenas créditos originários de tributos que não possuem grande expressão tanto quantitativa quanto qualitativa em tramitação no país (diversamente do ICMS e do ISS, que em geral possuem valores mais elevados do que os relativos ao IPVA, IPTU e ITR), mas que já significa um grande avanço para a utilização de mais essa via para a solução da crise de créditos tributários no Brasil.

Infelizmente, como adiantou-se no capítulo anterior, os Projetos de Código Comercial que tramitam na Câmara dos Deputados e no Senado Federal estão perdendo grande oportunidade de prever, em suas disposições, comandos diretos relativos à autocomposição e à solução extrajudicial de controvérsias³⁰². Tal circunstância, entretanto, não impede a utilização dos diversos métodos, técnicas e ferramentas à disposição de quem contende na esfera empresarial para tratar seus conflitos, até porque a autonomia da vontade está fortemente protegida pela redação de ambos os projetos, manifestada na ampliação do princípio dispositivo, em diversos contextos.

Não se tem dúvidas, pois, de que a legislação infraconstitucional brasileira, à medida que forma um microssistema de autocomposição, tem estimulado sobremaneira a utilização, pelo jurisdicionado e em especial pelo jurisdicionado do ramo empresarial, de outros meios para a solução, a administração, a resolução ou o tratamento de seus conflitos.

Tal direcionamento vai ao encontro do sistema que atualmente se convencionou denominar de *multiportas*, nomenclatura sugerida por em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da *Harvard Law School*, que identificou a *Multi-door Courthouse* como a imagem de um tribunal contendo várias portas que o jurisdicionado pode optar por entrar a fim de buscar a tutela de seus interesses, para quem esse sistema é uma instituição inovadora³⁰³, que ao direcionar os processos para o método mais adequado

³⁰² Flavio Luiz Yarshell vê, no Projeto de Código que tramita perante o Congresso Nacional, a possibilidade de permuta de documentos entre as partes como medida preparatória ou incidental ao ajuizamento (art. 656, caput e §1º) uma tentativa de inserção, no sistema brasileiro, do procedimento que nos países de *common law* é chamado de *Discovery*, mas adverte que a utilização da produção antecipada de provas, procedimento já inserto em nosso ordenamento, pode ser mais efetiva (YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: "Discovery" brasileira. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). **Processo Societário**. São Paulo: Quartir Latin, 2012. v. 1).

³⁰³ Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. ressaltam que a origem do discurso norte americano sobre os meios alternativos para solução dos problemas judiciários já se encontrava em Roscoe Pound no artigo intitulado "The causes of popular dissatisfaction with the administration of Justice", apresentado na Annual Convention of the American Bar Association, em 1906 (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR.

ao seu tratamento, além de maximizar os resultados positivos que podem ser extraídos, representa uma economia de tempo e dinheiro para todos os envolvidos³⁰⁴, o que já aponta um fator de impacto no que concerne à resolução de conflitos no âmbito empresarial.

Ao introduzir a ideia da existência de mecanismos múltiplos de tratamento de conflitos a serem aproveitados antes e durante o curso processual, Frank Sander liderou o movimento contrário à predominância de uma fórmula única para o tratamento dos conflitos, de forma que o método adequado seria aquele que melhor atendesse a três critérios, quais sejam, a relação entre os disputantes, o montante em disputa e a sua natureza, o custo e a velocidade do método³⁰⁵. O método que melhor atendesse a esses critérios estaria potencialmente apto a oferecer uma solução efetiva processualmente, socialmente e economicamente sem desconsiderar as peculiaridades da demanda.

Vale ressaltar, como já vem sendo reiteradamente consignado por outras pesquisas desenvolvidas neste Programa de Pós Graduação em Direito Processual (PPGDIR-UFES) sobre orientação do Prof. Rodrigo Mazzei, que é imprescindível ter em mente que o *Multidoor Courthouse System* “mais do que uma gama de opções de ingresso no Poder Judiciário, [...] objetiva viabilizar várias portas para se sair dele”³⁰⁶.

Este trabalho, seguindo tal raciocínio, interpreta o sistema multiportas não apenas como uma gama de opções de ingresso no Poder Judiciário, mas como um gama de opções de acesso à justiça, entendido aqui, como reiteradamente mencionado neste tópico, como acesso a uma solução justa do conflito.

Trabalha-se, na verdade, com um conceito, novo, de modelo multiportas de justiça, desapegado da ideia tradicional de jurisdição como modelo preponderante de solução de conflitos, que trata como portas à disposição do interessado não apenas aquelas

Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e dos direitos coletivos. 2018, p. 38).

³⁰⁴ ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

³⁰⁵ SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011, p. 208.

³⁰⁶ CARLOS, Helio Antunes. **O microssistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019. 348 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019, p. 83.

disponibilizadas pelo Poder Judiciário, mas também aquelas que, permitidas pelo ordenamento pátrio, caminham paralelamente às estruturas do Poder Judiciário³⁰⁷.

A escolha da porta mais adequada para a entrada – e para a saída - do interessado deve levar em conta a análise efetiva do conflito e tal diretriz é imposta tanto pelo órgão de controle do Poder Judiciário (Conselho Nacional de Justiça) quanto pelo Código de Processo Civil em vigor, ambos direcionados pela atual concepção de acesso à justiça, albergada pela Constituição de 1988.

A constitucionalidade da pactuação de formas extrajudiciais de solução de conflitos atuais e futuros já foi, inclusive, confirmada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgRg na SE 52067 realizado no ano de 2004, capitaneado pelo voto proferido pelo então Min. Nelson Jobim, com base na defesa da facultatividade – e não da imposição - de o indivíduo buscar a solução do seu conflito no Poder Judiciário ou fora dele, de acordo com a sua liberdade de opção, sem que tal circunstância caracterizasse violação ao princípio da inafastabilidade da apreciação do conflito pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Vale ressaltar, mais uma vez, que encontrar o meio mais adequado não significa sempre desjudicializar, já que existem demandas em que não é somente necessário (por previsão legal), mas também adequado que se mantenha o conflito judicializado e, neste caso, ainda se pode optar por um procedimento diferenciado e mais informado pelos princípios da liberdade processual e da cooperação, com a utilização de técnicas de negociação processual e material³⁰⁸.

Encontrar o meio mais adequado significa identificar, no conflito, as características que se amoldam a cada método, técnica e ferramenta de tratamento³⁰⁹ e, para tanto, faz-se necessário conhecer não somente a relação material e suas implicações

³⁰⁷ Que, sobre elas pode, claramente, exercer seu controle, mas não a governam direta e constantemente.

³⁰⁸ De acordo com Trícia Navarro Xavier Cabral, o princípio da liberdade constitui um direito fundamental e pode ser externado de diversas formas e em diversos graus, tendo direcionado o estabelecimento, pelo Código de Processo Civil, de um “verdadeiro microsistema legal de disponibilidade processual”, conferindo às partes maior participação na conformação do modo de desenvolvimento do processo (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 23)

³⁰⁹ Tal ideia é exposta por Ada Pellegrini Grinover, para quem é a partir da análise do conflito que o processo e os procedimentos necessários à sua solução devem ser construídos (GRINOVER. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. 2016, p. 61-62). Diogo parte, também, desta ideia, para construir o que nominou de princípio da adequação.

jurídicas, mas também os meios de tratamento dos conflitos nela nascidos que são disponibilizados pelo ordenamento pátrio.

2.2 O MACROSSISTEMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

Não se trata, pois, de afastar *in totum* a utilização do processo judicial, mas de permitir a existência de um sistema que integre todos os meios de tratamento de conflitos de forma complementar, em atendimento à determinação principiológica do art. 3º do Código de Processo Civil de 2015.

É o que defende Helio Antunes Carlos, ao propor a existência de um macrossistema de tratamento de conflitos, que engloba tanto a autotutela, quanto os métodos heterocompositivos e os autocompositivos³¹⁰, estrutura esta que serve de base para o desenvolvimento deste trabalho e será melhor analisada no tópico seguinte.

Assim, retomando a lição de Ricardo Goretti³¹¹, para quem a verdadeira mudança de paradigma só será possível por meio do desenvolvimento de competências e habilidades essenciais, sendo a segunda delas a capacidade de saber “escolher o método de prevenção e resolução de conflitos que melhor atenda às particularidades do caso concreto”, passo a analisar os métodos e técnicas de tratamento disponíveis no arcabouço nacional, constantes do Macrossistema de Tratamento Adequado de Conflitos³¹² a que alude Helio Carlos Antunes, porém com o olhar voltado especificamente à solução dos conflitos empresariais.

³¹⁰ CARLOS, Helio Antunes. **O microssistema de autocomposição**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

³¹¹ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto**. 2019, p. 25.

³¹² Neste trabalho, parte-se da definição de Macrossistema de Tratamento Adequado de Conflitos criada por Helio Antunes Carlos, segundo o qual o “o Macrossistema de Tratamento Adequado de Conflitos admite qualquer técnica de tratamento de conflito voltada a assegurar o ‘acesso à justiça’ compatível com o ordenamento jurídico – notadamente em consonância com a Constituição Federal” e que comporta, dentro de si, três sistemas diferentes, quais sejam, o de autotutela, o de heterocomposição e o de autocomposição (CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 157-160).

2.2.1 Sistema de autotutela

A definição de autotutela ligada ao senso comum é relacionada à possibilidade de se “fazer justiça por si”; de reagir, sem intervenção estatal, em defesa de um interesse juridicamente protegido.

Trata-se da tutela do interesse operada diretamente pelo próprio interessado³¹³. Segundo Lina Bigliuzzi Geri,

A atividade de autotutela constitui o resultado do exercício de certos direitos potestativos, fundados na própria lei ou em uma previsão pactícia, graças ao qual é consentido ao interessado realizar *ex re* e imediatamente pela via extrajudicial um determinado efeito na esfera jurídica do autor do fato lesivo³¹⁴.

Raquel Bellini Salles³¹⁵ salienta que o termo *tutela* deve ser entendido como uma *reação* autorizada pelo ordenamento e tal reação pode se dar no plano processual (por meio do exercício do direito potestativo de ação) ou no plano substancial, extraprocessual. Por este motivo, afirma que a tutela processual não exaure o sistema de meios que o ordenamento jurídico, em sua completude, oferece aos sujeitos para a defesa de seu próprio interesse e, dentre eles, há os instrumentos de *autotutela*.

Tradicionalmente, nosso ordenamento pátrio considera a autotutela, regra geral, proibida³¹⁶. Tal proibição está fundada na reprovação do que se considera como formas primitivas de justiça privada, baseadas no uso da força moral ou física³¹⁷ e porque sua aplicação vai de encontro à toda a missão e estrutura central do poder sancionador, pois permite que o próprio ofendido aplique a penalidade correspondente ao ilícito³¹⁸.

No Estado Democrático de Direito, sujeito à principiologia constitucional, é admitida de forma limitada e controlada. Seu uso é autorizado excepcionalmente, em hipóteses expressamente previstas no ordenamento pátrio, em especial quando a proteção e o auxílio estatal não estão imediatamente disponíveis e, se bem utilizada, não

³¹³ GERI, 1971 apud SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 63.

³¹⁴ SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 63.

³¹⁵ SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 63.

³¹⁶ Diversamente do que ocorre no ordenamento jurídico alemão, por exemplo, em que o § 229 do BGB a admite quando não é possível o recurso tempestivo ao poder público.

³¹⁷ Hélio Antunes Carlos explica que se faz referência à força e não à violência, pois esta se traduz no exercício irregular ou ilegítimo do poder, enquanto a força, na autotutela, é exercida com a autorização do ordenamento jurídico (CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 170).

³¹⁸ LYS, Vivien. A autotutela e o código civil de 2002. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Questões processuais do novo código civil**. Barueri: Minha Editora, 2006, p. 133.

caracteriza ato atentatório da ordem pública e da paz social, mas sim um instrumento para alcançá-las.

Vivien Lys³¹⁹ reconhece na autotutela papel de fator social, que, “ao ser exercida nos seus limites, reveste-se de plena legitimidade, pois supre a ausência da aplicabilidade da sanção pelo poder competente, quando este não se apresenta imediatamente frente ao conflito surgido devido às razões acima identificadas.

Raquel Bellini Salles chega a afirmar que a autotutela deve ser reconhecida como um poder geral e não excepcional, “porque fundado na autonomia, revela-se útil para justificar uma vocação expansiva dos respectivos instrumentos, para além das formatações que lhes são tradicionalmente atribuídas”³²⁰.

Assim, além dos instrumentos de autotutela previstos diretamente na legislação, abre-se espaço para a expansão da utilização de tal ferramenta por meio de instrumentos contratuais, desde que não proibidos pelo ordenamento pátrio.

Na resolução dos conflitos empresariais, dotadas as partes da devida responsabilidade e eticidade na condução do seu tratamento, a utilização da autotutela pode ser bastante produtiva.

É que a autotutela conduz as partes à solução iminente do conflito “evitando o propósito protelatório do agressor na aplicação da sanção correspondente, que, diante da reação do ofendido, fica obrigado a cessar o ato ilícito e, conforme as circunstâncias, realiza de imediato o ressarcimento pleiteado”³²¹.

Seguindo a ideia de Raquel Bellini Salles já citada, quanto à possibilidade de expansão da utilização da autotutela com base na autonomia, tem-se que as relações empresariais podem se valer dos instrumentos de autotutela legalmente previstos e podem, ainda, se pautar em negócios jurídicos válidos que também são fontes de instrumentos de autotutela e, portanto, são capazes de se autorregular e de reagir, adequadamente, à lesão ou ameaça de lesão de uma das partes.

O Código Civil de 2002 reproduziu algumas hipóteses de autotutela previstas na codificação de 1916 e aumentou o rol já existente e, no que interessa especialmente ao direito empresarial, pode-se citar, a título de exemplo: a exceção do contrato não cumprido (art. 476), o exercício do direito de retenção (arts. 571, 578, 644, 681, 708, 742 e 1.219), penhor legal exercido pelos donos de hospedagens (art. 1.467, I),

³¹⁹ LYS. A autotutela e o código civil de 2002. 2006, p. 135.

³²⁰ SALLES. **Autotutela nas relações contratuais**. 2019, p. 93.

³²¹ LYS. A autotutela e o código civil de 2002. 2006, p. 136.

desforço necessário exercido na posse (art. 1.210), execução privada nas obrigações de fazer e não fazer (arts. 249 e 251).

Por meio dos dois primeiros instrumentos legais acima indicados, por exemplo, o credor pode se furtar ao cumprimento de sua obrigação ou mesmo recusar a restituição do bem ao devedor inadimplente, até que o conflito gerado pelo inadimplemento se resolva.

Como exemplos de instrumento de autotutela pactuados – ou seja, previstos pelas próprias partes nos instrumentos contratuais que regem a relação posta -, podem ser citadas previsões contratuais de cláusula resolutiva expressa ou de cláusula de retenção pecuniária em caso de inadimplemento, por meio das quais as partes, de comum acordo, no momento da formação do contrato e, portanto, antes da existência de qualquer conflito, já firmam, consensualmente, a forma de resolução da negociação ou de satisfação do crédito também em caso de inadimplemento.

Ou seja, as partes já definem, previamente, a reação que será por elas adotada em caso de descumprimento contratual.

Com efeito, optar-se-á por algum dos instrumentos de autotutela exemplificados – ou por outros pactados pelas partes de acordo com as características e necessidade de cada negócio – naquelas hipóteses em que o aguardo da atuação judicial pode ser mais custoso, mais demorada e, pior, ineficaz.

A utilização da autotutela nas relações empresariais, pois, pode ser bastante adequada naquelas hipóteses em que a própria atuação da tutela civil pelo interessado é capaz de evitar a contenda.

A autotutela, ao fim e ao cabo, funciona como uma tutela preventiva típica, na medida em que previne a utilização de outros instrumentos de tratamento do conflito e é autorizada pelo ordenamento jurídico.

Não se tem dúvidas que tal autonomia conferida ao particular exige maior responsabilidade por parte deste na condução de sua atuação, de modo que a força exercida na aplicação da autotutela deve corresponder exatamente ao grau de agressão sofrida pelo ofendido³²².

Sempre salutar a lição de Ada Pellegrini Grinover, segundo a qual “a utilização da autotutela corre por risco e conta do credor”³²³.

³²² LYS. A autotutela e o código civil de 2002. 2006, p. 145.

³²³ GRINOVER. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). 2007.

Assim, sob pena de sua responsabilização e, conseqüentemente, prolongamento do conflito, deve o credor não se distanciar dos pressupostos implícitos da autotutela, que impregnam todo o sistema do Código Civil, quais sejam, o princípio da *boa-fé*, da *eticidade*, da fustigação do *abuso do direito*³²⁴.

Tal instituto, entretanto, é afeto ao direito material e, por tal motivo, não será objeto de maior incursão por esta pesquisa.

2.2.2 Sistema de heterocomposição

De acordo com a classificação de Helio Antunes Carlos, seguida por esta pesquisa, o sistema de heterocomposição se subdivide em processo judicial e processo arbitral, ambos subsistemas que operam pela substituição da vontade das partes envolvidas no conflito³²⁵.

Serão analisadas, em seguida, as características de cada um, que podem torná-los adequados ao tratamento dos conflitos empresariais.

2.2.2.1 Processo judicial

Por meio do processo judicial, busca-se solução heterônoma judicializada, via tradicional da jurisdição estatal.

Trata-se de técnica de resolução de conflito heterocompositiva que “incluiu o juiz togado (vetor da solução adjudicada), porque ele está no vértice do triângulo processual (*actum trium personarum*), como órgão estatal isento, imparcial, destinatário da prova”³²⁶. Essa figura estatal que, naquele local, é o próprio Estado se manifestando, tem o dever de prolatar a sentença.

Somente pela via do processo judicial tem-se acesso a tutelas de urgência e à atuação estatal coercitiva, de modo que, nas hipóteses em que tais atributos se fazem necessários à solução do conflito, não haverá outra alternativa senão a utilização desta via.

³²⁴ GRINOVER. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). 2007.

³²⁵ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 339.

³²⁶ MANCUSO. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 2020, p. 299.

A ela esta pesquisa não irá se ater, bastando a fixação da ideia de que, em determinadas hipóteses, como as indicadas acima, a via judicial poderá ser a mais adequada à solução do conflito empresarial.

2.2.2.2 Processo arbitral

A arbitragem, tal qual se apresenta modernamente, é uma forma para a solução de conflitos por meio da qual os interessados convencionam³²⁷ a concessão de poderes a uma ou mais pessoas (denominadas árbitros) para decidir suas controvérsias com base nesta convenção e sem intervenção do Estado. A decisão alcançada assume eficácia de sentença judicial.

Para que possam recorrer a este meio de solução de controvérsias, os interessados devem ser capazes de contratar (ou seja, devem possuir capacidade civil) e o litígio deverá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 já faziam referência à arbitragem³²⁸, mas, durante muito tempo, a referida técnica de solução de conflitos parecia “não ter vingado no Brasil” e Carlos Alberto Carmona³²⁹ chegou a apresentar alguns dos motivos pelos quais a comunidade jurídica não apresentava muito entusiasmo quanto ao tema, dentre eles o fato de tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil vigentes à época terem ignorado a cláusula compromissória – inclusive e especialmente o seu efeito vinculante sobre as partes – e, ainda, a codificação processual exigir homologação judicial do laudo arbitral³³⁰, o que acabava desdobrando o procedimento em dois: um perante o juízo arbitral e outro perante o juízo estatal.

³²⁷ “A consensualidade é requisito essencial para a correta formação do negócio jurídico e a sua falta é causa de anulabilidade do negócio nos termos do art. 171 do Código Civil (erro, dolo, coação ou estado de perigo)” (ROCHA, Pedro Cavalcanti de Almeida. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 46).

³²⁸ Arts. 1.031 a 1.046 do CPC/39 e art. 1.072 a 1.102 do CPC/73.

³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 72, p. 53-74, out./dez. 1993.

³³⁰ “Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; contento condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (artigo 584, número III)” (BRASIL, **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022). A mesma ideia é apresentada por Humberto Theodoro Júnior (THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001, p. 111).

Tal panorama foi sendo modificado com o tempo e, após um maior movimento da doutrina em prol da difusão e do fortalecimento da arbitragem, entrou em vigor a Lei de Arbitragem (nº 9.307/96), que estruturou e regulamentou o processo arbitral, acabou com a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral e equiparou o árbitro ao juiz togado no desempenho da arbitragem (art. 18³³¹), esclarecendo que a sua decisão é sentença e, como tal, constitui título executivo judicial, fazendo coisa julgada material ao decidir o mérito do conflito. Ademais, conferiu força obrigatória à cláusula compromissória, que não estava mais sujeita à frustração unilateral pela resistência de uma das partes³³² (art. 7º³³³).

Vale ressaltar, ainda, que a Lei de Arbitragem firmou a competência absoluta do árbitro, inclusive para decidir sobre eventual nulidade do contrato que contenha a cláusula arbitral e a nulidade da própria convenção de arbitragem (arts. 8º e 20³³⁴ – princípio competência-competência), circunstâncias que fortaleceram o instituto e permitiram seu desenvolvimento como importante mecanismo para a consecução do objetivo maior do direito: a paz social pelo fim dos conflitos³³⁵.

Outro importante marco para o processo arbitral no Brasil foi a declaração de constitucionalidade da referida legislação pelo Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do AgRg na SE 52067³³⁶ – já citado no tópico anterior –, finalizado no ano

³³¹ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022).

³³² ROCHA. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. 2020, p. 29.

³³³ “Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.” (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. 1996).

³³⁴ “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória” (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. 1996). “Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem” (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. 1996).

³³⁵ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³³⁶ “EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá

de 2001, capitaneado pelo voto proferido pelo Min. Nelson Jobim, que defendeu a faculdade – e não a imposição - de o indivíduo buscar a solução do seu conflito no Poder Judiciário ou fora dele, de acordo com a sua liberdade de opção, sem que tal circunstância caracterizasse violação ao princípio da inafastabilidade da apreciação do conflito pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88).

A partir de então, o movimento floresceu e os brasileiros e estrangeiros passaram a confiar na utilização da arbitragem dentro e fora do país como meio eficiente para a solução de suas contendas.

Flávia Pereira Hill afirma que a arbitragem, no Brasil, tem o inegável mérito de ter desbravado o terreno para a expansão da desjudicialização nas décadas seguintes, após enfrentar bravamente a tradição de centralidade do Poder Judiciário na década

provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SE 5206 AgR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004).

de 1990, quando a Lei Federal n. 9.307/1996 foi editada, deparar-se com inicial resistência do Judiciário e lograr, em seguida, sua consolidação³³⁷.

Atualmente, o Código de Processo Civil de 2015, além de estimular expressamente a utilização de mecanismos extrajudiciais como a arbitragem (art. 3º), prevê a extinção do processo sem resolução do mérito pela existência de convenção de arbitragem entre as partes, desde que alegada em preliminar à contestação (CPC, arts. 485, VII, e 337, X³³⁸); confere força de título executivo judicial à sentença arbitral (art. 515, VII³³⁹); cria a carta arbitral (art. 69, §1º³⁴⁰), um importante meio de comunicação entre os juízos arbitral e judicial para que se comuniquem formalmente para viabilizar as diligências que o árbitro não consegue efetivar, por não possuir o poder coercitivo e define que os assuntos relacionados aos procedimentos arbitrais devem ser processados, em regra, em segredo de justiça (art. 189, IV³⁴¹).

[...] fato é que o CPC de 2015 cria o diálogo entre o procedimento arbitral e estatal, não mais se discutindo a força executiva das sentenças arbitrais. Os tribunais brasileiros têm sido bastante cooperativos com a arbitragem neste ponto, fazendo com que cada vez mais o instituto ganhe força no país. O crescimento das companhias brasileiras e a assinatura de tratados internacionais também ajudaram neste movimento³⁴².

Em 2015 a Lei de Arbitragem foi atualizada (pela Lei nº 13.129) para incluir, expressamente, a possibilidade de participação da Administração Pública como *player* do processo arbitral³⁴³, a possibilidade de interação com o Poder Judiciário para fins

³³⁷ HILL, Flávia Pereira. Desencastelando a arbitragem: a arbitragem expedita e o acesso à justiça multiportas. In: MAIA, Benigna Araújo Teixeira et al. **Acesso à justiça: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015**. Londrina: Thoth, 2021. E-book.

³³⁸ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015). “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: [...] X - convenção de arbitragem” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015).

³³⁹ “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral;” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015).

³⁴⁰ “Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como: [...] § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015).

³⁴¹ “Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015).

³⁴² ROCHA. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. 2020, p. 33.

³⁴³ O que as legislações específicas, como a que regulamenta as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004), já vinham fazendo.

de concessão de tutela de urgência e emergência, além de regulamentar a carta arbitral.

Tais alterações legislativas foram ainda mais significativas para o fortalecimento da arbitragem no Brasil, que sempre teve grande vocação para a resolução de conflitos empresariais³⁴⁴, porque tal técnica de resolução de conflitos é dotada de características que se amoldam perfeitamente às necessidades dos empresários.

De plano, a confidencialidade, que é uma das características principais do processo arbitral, atende à necessidade de se manter o sigilo das relações empresariais, como já foi tratado por esta pesquisa no tópico anterior, ao qual remetemos o leitor.

Com efeito, um dos deveres dos árbitros, de acordo com o art. 13, § 6º, da Lei nº 9.307/1996, é a discricção, o que significa que tal profissional deve manter sigilo daquilo que tem conhecimento em razão da arbitragem, “de tal sorte que as partes podem incluir na cláusula ou no compromisso arbitral [...] a obrigação de não fazer, ou seja, de não divulgar aquilo que o árbitro tem conhecimento em razão do seu mister”³⁴⁵ e o descumprimento da obrigação de manter a confidencialidade do procedimento pode gerar responsabilização por perdas e danos (arts. 189 e 389 do CC).

Com a alteração promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, o sigilo do processo arbitral não mais perde sua efetividade nem na hipótese de a contenda ter que ser levada ao Poder Judiciário (art. 189, IV), o que garante, sobremaneira, a confiança das partes no processo arbitral.

³⁴⁴ Selma Lemes, uma das autoras do projeto de lei que culminou na Lei de Arbitragem e importante defensora de sua constitucionalidade, quando tal tema foi discutido perante o Supremo Tribunal Federal, coordena uma pesquisa sobre os números da arbitragem no Brasil e alcançou, segundo sua última publicação, a conclusão de que, das matérias submetidas à arbitragem em 2018 (maior volume nas Câmaras), “as matérias societárias lideram a quantidade de arbitragens no CAM-CCBC com 42,57%. As matérias referentes à construção civil e energia representam 53,45% das arbitragens na CCI. Na Câmara CIESP/FIESP 53,85% referem-se a litígios resultantes de contratos empresariais. Na AMCHAM 47,37% dos casos referem-se a controvérsias em contratos de fornecimentos de bens e serviços. Na CAM/BOVESPA 84% dos litígios referem-se a questões societárias. Na CAM/FGV e na CAMARB as arbitragens de engenharia e energia, respondem, com 54,17% e 30,86%, respectivamente. No CBMA as arbitragens referentes a contratos de fornecimento de bens e serviços respondem com 31% do volume de arbitragens processadas”. Em seguida, formou um ranking de áreas em número de demandas e em valores e concluiu que “a liderança em matérias tratadas em arbitragens é societária (CAM/CCBC). Em segundo 4 lugar estariam questões referentes à construção civil e energia (CCI) e contratos empresariais em geral (CAM-CIESP/FIESP)” (LEMES, Selma. **Pesquisa 2019 – arbitragem em números e valores**: oito câmaras. 2 anos. Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.). Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

³⁴⁵ SCAVONE JÚNIOR. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 2018.

Tal característica da arbitragem é que a torna muito mais interessante para a solução de conflitos societários em que, por exemplo, a solução da contenda é de extrema importância para a preservação da empresa, mas a exposição de qualquer dado sigiloso (como ocorreria, naturalmente, em um processo judicial) ao acesso da concorrência poderia caracterizar um prejuízo maior do que a própria manutenção do conflito.

Recomenda-se, pois, que o contrato social ou o estatuto da sociedade empresária preveja que as controvérsias – especialmente as internas, entre sócios e entre sócios e a sociedade - sejam dirimidas pela arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996, com autorização expressa da Lei nº 10.303/2001, que alterou a redação do art. 109 da Lei nº 6.404/1976³⁴⁶.

Para Scavone³⁴⁷, “como às limitadas poderá ser aplicada, subsidiariamente, a Lei das Sociedades Anônimas (art. 1.053 do CC), nada obsta que o contrato social de uma sociedade limitada preveja a mesma possibilidade”.

Outra característica importante da arbitragem que atende à necessidade de que o conflito seja resolvido por quem possui efetivo conhecimento técnico para a solução da contenda é a possibilidade de os interessados, ao escolher o árbitro ou os árbitros, levarem em consideração a capacidade técnica de tal profissional.

É certo que o que determina a escolha do árbitro pode não ser seus conhecimentos jurídicos, psicológicos e tecnológicos, mas sim a confiança que desperta nas partes³⁴⁸, mas, evidentemente, em se tratando de litígio que envolva conhecimentos técnicos especializados (por exemplo: engenharia civil, engenharia ambiental, contabilidade, medicina), as partes interessadas terão muitos benefícios se escolherem para ser o juiz de sua causa a pessoa na qual confia em termos de conhecimento técnico e de estrutura ética³⁴⁹.

³⁴⁶ “Art. 109. Nem o estatuto social nem a assembléia-geral poderão privar o acionista dos direitos de: [...] § 3o O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.” (BRASIL. **Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996**. 1996).

³⁴⁷ SCAVONE JÚNIOR. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 2018, p. 61.

³⁴⁸ PINHEIRO, José Rodrigues. **Tratado de arbitragem**. São Paulo: Scoteccei, 2010, p. 158.

³⁴⁹ PINHEIRO. **Tratado de arbitragem**. 2010, p. 158.

Por outro lado, como a disponibilização de câmaras de arbitragem ainda é maior do que a procura de interessados e como o procedimento arbitral pode ser altamente flexibilizado pelas partes, a resposta arbitral “é abissalmente mais célere que o procedimento judicial”³⁵⁰, o que atende à necessidade das relações empresariais de resolver seus conflitos da forma mais rápida possível, sem violar o dinamismo da atividade desenvolvida.

Enquanto um processo judicial de conhecimento leva, em média, cinco anos para percorrer o procedimento entre o seu ajuizamento e o trânsito em julgado³⁵¹, o processo arbitral leva cerca de um ano e meio da sua instauração ao seu encerramento³⁵².

Ademais, “a pedra de toque da arbitragem é a autonomia da vontade das partes”³⁵³ que podem escolher, além do árbitro (ou dos árbitros), a sede da arbitragem, a lei material que será aplicada (ou a equidade), as normas de procedimento, o idioma utilizado nas manifestações escritas ou orais, bem como qualquer dilema surgido durante o procedimento, desde que respeitado o núcleo rígido dos princípios e conceitos regulamentados pela Lei de Arbitragem, em especiais os limites do devido processo legal.

A possibilidade de desenho, consensual, de toda a estrutura do processo arbitral pelos interessados e a ampla flexibilidade procedimental permitem que as partes possam adequar o processo aos seus interesses, rechaçando práticas que não se adequam às suas relações e criando outras, tendentes a conferir mais efetividade e legitimidade ao processo e à resolução de seu conflito.

É mais simples aplicar, na arbitragem, a eficácia dos usos e costumes incidentes sobre a específica relação comercial analisada do que o é no processo judicial.

³⁵⁰ SCAVONE JÚNIOR. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 2018.

³⁵¹ É o que informa o Relatório Justiça em Números 2021 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**: ano-base 2020. Brasília: CNJ, 2021).

³⁵² Informação prestada por Daniel F. Jacob Nogueira em palestra ministrada no Curso de arbitragem da CPA (CPA Curso Prático de Arbitragem. **Curso introdutório de Arbitragem**: aula 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MzFHxULALVI>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

³⁵³ ROCHA. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. 2020, p. 42.

Os atributos listados acima, que fazem da arbitragem uma boa forma de resolução de conflitos, são os mesmos elencados por Neil Andrews para justificar a opção das empresas inglesas pela referida técnica:

As empresas optam pela arbitragem principalmente para obter o seguinte: (i) a confidencialidade, (ii) a seleção pelas partes dos árbitros, das normas aplicáveis, e do procedimento de arbitragem (especialmente a escolha de um Tribunal 'neutro' para a arbitragem sobre litígios que são oriundos de diferentes países), (iii) rapidez e eficiência e (iv) coisa julgada³⁵⁴.

A via do processo arbitral não será, entretanto, interessante, nas hipóteses em que (1) o preço cobrado pelas câmaras de arbitragem para a administração do conflito for desproporcional ao valor em discussão na contenda e, neste caso, considerando os valores mais baixos das custas judiciais, é preciso avaliar os custos esta transação e se as benesses da utilização da arbitragem podem superar os valores a serem despendidos para a sua utilização³⁵⁵; (2) pretende-se a análise da controvérsia por dupla instância, já que no processo arbitral existe uma instância única de julgamento; (3) a intenção do interessado é provocar a criação de um precedente, o que depende de pronunciamento judicial e (4) mais importante do que a certificação do direito (conferida pela sentença arbitral) é a sua efetivação por meio de atos de coerção, já que ao árbitro não foi conferido qualquer poder coercitivo.

Vale lembrar, ademais, que Lei de Arbitragem está centrada numa pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade e, quanto maior a autonomia, maior a responsabilidade que, por sua vez, tem seu preço:

Em termos vulgares, quem disser: 'quero arbitragem', não se livra mais dela, a não ser que os dois contratantes resolvam, consensualmente, abandonar a via arbitral em prol da solução negociada ou da solução judicial. Em termos mais técnicos, importa reconhecer que a Lei 9.307/1996 supervalorizou a cláusula compromissória, a ponto de reconhecer sua eficácia - como fator de afastamento do juiz togado - mesmo quando tal cláusula for 'vazia', ou seja, quando as partes não tiverem sequer mencionado a forma de nomear árbitro³⁵⁶.

Deve-se ressaltar também que, considerando que a Lei de Arbitragem utilizou a estrutura já adotada em diversos países, o que facilita a participação de empresas

³⁵⁴ ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 211, p. 281-316, set. 2012, p. 281.

³⁵⁵ Sobre o valor que podem alcançar as custas para a instauração de um processo arbitral, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá dispõe de importante ferramenta de cálculo, acessível em <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/tabela-despesas-calculadora-2019/>>.

³⁵⁶ CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

estrangeiras em arbitragens brasileiras e de empresas brasileiras em arbitragens internacionais, esta técnica de solução de conflitos se mostra mais eficiente

[...] diante dos litígios institucionais, em que as empresas com representatividade em vários países optam por esse meio alternativo de solução das controvérsias desde muito tempo, tendo se tornando tradição entre as sociedades empresárias internacionais que mantêm um eficiente quadro de árbitros tecnicamente preparados para facilitar a resolução das diversas demandas³⁵⁷.

Ademais, na atualidade, cada vez mais tem se buscado expandir a aplicação da arbitragem não somente para conflitos de maior envergadura, mas também para conflitos de médio porte.

Flavia Pereira Hill defende a necessidade do que denominou de desencastelamento da arbitragem, para o fim de retirar a arbitragem “do castelo onde estão apenas os litígios envolvendo grandes contratos internacionais, sem que, com isso, ela perca o seu reinado de técnica voltada à resolução de conflitos que envolvam especificidades e valores consideráveis”³⁵⁸, como um meio termo entre a arbitragem tradicional e os juizados especiais.

Afirma, a autora, que a arbitragem se mostra “o método adequado para a resolução de conflitos que envolvam a seguinte dualidade: (a) especificidade técnica e (b) conteúdo econômico significativo”, mas que o que se convencionou denominar de arbitragem expedita - e possui regulamentação em diversas câmaras de arbitragem, tais como a Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMARB), o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) e a Câmara de Comércio Internacional (CCI) -, pode ser aplicada ao homem médio, para solucionar conflitos que envolvam especificidades e conteúdo econômico expressivo, embora não de tamanha envergadura quanto aqueles que soem ser dirigidos à arbitragem tradicional, desde que promovidas algumas modificações que em nada a desnaturariam³⁵⁹.

Há, portanto, um importante espaço para a utilização da arbitragem como forma de tratamento de conflitos empresariais – desde os que contemplam quantias mais vultuosas e questões transnacionais, quanto os mais próximos da realidade das empresas de médio porte nacionais.

³⁵⁷ MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Arbitragem, conciliação e mediação no novo código de processo civil de 2015 à luz da filosofia contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 439-467, out. 2016.

³⁵⁸ HILL. Desencastelando a arbitragem: a arbitragem expedita e o acesso à justiça multiportas. 2021.

³⁵⁹ HILL. Desencastelando a arbitragem: a arbitragem expedita e o acesso à justiça multiportas. 2021.

A sintetizar a diferença entre o processo arbitral e o processo judicial, de que trataremos em seguida, Rui Barbosa, o águia de Haia, afirmou, em Haia, nos trabalhos de instituição da Corte Permanente de Arbitragem em 1907, que “a arbitragem vive da confiança, o judiciário da obediência”.

2.2.3 Sistema de autocomposição

O método autocompositivo pode ser definido como aquele em que as partes negociam até alcançar o consenso, o que significa dizer que independe da presença – e da participação – de um terceiro imparcial que imponha uma determinada resolução ao conflito.

Todavia, é salutar destacar que no bloco de técnicas deste método também estão incluídas a *mediação* e a *conciliação* pois, muito embora em ambos os casos haja a participação de um terceiro, este atuará tão somente como um facilitador, sendo este o elemento que difere sua atuação da atuação de um juiz, haja vista que a essência da função deste lhe impõe o poder e a obrigação de decidir de forma vinculada³⁶⁰.

Helio Antunes Carlos³⁶¹ bem sintetiza a autocomposição como “uma forma de tratamento de conflitos que se opera através da prevalência da vontade dos litigantes, sem que haja a intervenção vinculativa e substitutiva da vontade de um terceiro”.

Embora a doutrina inclua, dentre as técnicas autocompositivas, aquelas que se prendem ao conceito de lide e se vinculam à ideia de heterocomposição estatal como principal meio de solução de conflitos (tais como a renúncia ou desistência, a submissão ou reconhecimento e a transação)³⁶² - afirmação a que este trabalho não se contrapõe -, nesta pesquisa delas não cuidaremos, pois listaremos e analisaremos apenas aquelas que se ligam à atual ideia de tratamento de conflito para além do processo judicial.

Dentre as várias possibilidades de técnicas autocompositivas que se pode listar, esta pesquisa se limitará à indicação de alguns daqueles apontados por Ricardo Goretti³⁶³, sem prejuízo de se fazer referências a outras técnicas no decorrer do desenvolvimento deste e dos demais capítulos do trabalho.

³⁶⁰ CHAGAS. **O tratamento adequado de conflitos no Processo Civil brasileiro**. 2017, p. 106.

³⁶¹ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 184.

³⁶² CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 187.

³⁶³ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto**. 2019, p. 25.

Iniciar-se-á por aquelas que demandam menor participação de um terceiro, evoluindo de acordo com o incremento da participação do terceiro imparcial.

2.2.3.1 Orientação

Um conflito empresarial pode ser solucionado com uma mera orientação das partes por um profissional que lhes esclarecerá a questão jurídica posta.

Basta pensar em um contrato de franquia, por exemplo, que muitas vezes é caracterizado como um contrato de adesão, no contexto do qual surge uma dúvida por parte do franqueado quanto à forma de cumprimento de determinada cláusula contratual. Diante o impasse firmado com o franqueador, o franqueado pode buscar a orientação jurídica necessária ao esclarecimento dos contornos do cumprimento da referida cláusula e, assim, resolver a controvérsia antes mesmo que se torne um conflito propriamente dito.

Ademais, ainda que o conflito já esteja instaurado, a orientação profissional adequada pode indicar a solução jurídica para o caso e evitar disputas fadadas ao fracasso.

Não é demais ressaltar que o profissional apto a prestar a orientação jurídica adequada é advogado que, com seu conhecimento das consequências jurídicas dos atos praticados na relação empresarial, poderá racionalizar a atuação do empresário.

2.2.3.2 Negociação

Negociação é o meio de tratamento de conflito por meio do qual os interessados buscam a resolução da contenda sem a necessidade da intervenção de um terceiro. Nas palavras de Fernanda Tartuce, a negociação é a comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo; “trata-se do mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias, e também o menos custoso”³⁶⁴.

Já nas lições de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Tatiana Machado Alves, a negociação, em uma acepção estrita, é um processo bilateral de resolução de impasses ou de controvérsias, “no qual existe o objetivo de alcançar um acordo

³⁶⁴ TARTUCE. **Mediação nos conflitos civis**. 2015, p. 42.

conjunto, através de concessões mútuas” e “envolve a comunicação entre as partes envolvidas, o processo de tomada de decisão (sob pressão), e o alcance de uma solução”³⁶⁵.

A negociação é, talvez, o mecanismo de tratamento de conflitos mais conhecido, no sentido vulgar, pois, em linhas gerais, aproxima-se do conceito em que é empregado cotidianamente³⁶⁶, ou seja, basicamente, as partes conversam entre si na busca de uma resolução para o conflito posto.

Para a sua utilização, é mister que não tenha havido interrupção na comunicação entre os interessados e que seja possível o pleno diálogo.

A negociação carrega, tradicionalmente, a ideia da solução perde-ganha, de modo que ambas as partes sempre buscarão vencer, o que torna o ambiente por vezes hostil para a possibilidade de acordo.

Foi sob este prisma que os professores Roger Fisher e William Ury desenvolveram o método de negociação por princípios que, desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, consiste, basicamente, em “deliberar sobre as questões em pauta levando em conta os seus méritos e não promovendo o regateio focado naquilo que cada lado afirma que fará ou deixará de fazer”³⁶⁷.

Segundo os autores, esse método, baseado em méritos das questões, sugere que as partes busquem ganhos mútuos e que, subsistindo o conflito de interesses, “se insista que o resultado tenha por base padrões justos, independentes das vontades de cada lado”³⁶⁸:

O método de negociação baseada em princípios é duro em relação aos métodos, afável em relação às pessoas. Não emprega truques e nem assume posturas. A negociação baseada em princípios mostra como obter o que lhe é de direito sem ser indigno. Permite a você ser justo e, ao mesmo tempo, ficar protegido daqueles que desejam tirar vantagem de sua correção³⁶⁹.

³⁶⁵ ALVES, Tatiana Machado; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258. p. 123-152, 2016, p. 123.

³⁶⁶ CHAGAS. **O tratamento adequado de conflitos no Processo Civil brasileiro**. 2017, p. 107.

³⁶⁷ URY, William; FISHER, Roger. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 22.

³⁶⁸ URY; FISHER. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 2018, p. 22.

³⁶⁹ URY; FISHER. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 2018, p. 22.

Assim, conforme Bárbara Seccato Ruis Chagas, foi a partir dos conceitos trazidos pelas pesquisas dos professores Fisher e Ury que a negociação passou a ser vista e compreendida a partir de um ponto de vista colaborativo e profissionalizado, o que, conseqüentemente, fez com passasse a ser adotada também no transcorrer de outras técnicas de tratamento de conflitos³⁷⁰.

É que as ferramentas de negociação são amplamente utilizadas nas demais técnicas autocompositivas de tratamento de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem ou como atuação prévia à utilização das demais técnicas.

Há quem defenda, inclusive, que a negociação seria apenas um componente dos meios de resolução de litígios, destinados à obtenção de autocomposição, mas esta pesquisa parte da premissa de que, embora a negociação possa – e deva - de fato, ser utilizada no âmbito de outro mecanismo de solução de disputas, ela é um meio autônomo de resolução de conflito.

A negociação também pode ocorrer tanto pela via extrajudicial quanto pela via judicial, sendo que nesta será indispensável a homologação do acordo pactuado entre as partes pelo juízo.

Pode, ainda, ser realizada diretamente entre as partes ou por meio da assistência de advogados e será interessante para o tratamento dos conflitos empresariais sempre que houver pleno diálogo entre as partes que não demande a participação de um terceiro imparcial.

Deve-se ressaltar, por oportuno, que no processo de negociação, os advogados – que aqui não são imparciais, mas também não são totalmente parciais, pois atuam na condução adequada e legalmente permitida do procedimento, sem compromisso com o interesse material do seu contratante - têm como função apenas negociar e obter a autocomposição, sendo que, não havendo consenso e sendo o caso de judicializar a questão, eles não podem atuar no processo judicial.

Antônio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha afirmam que 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

³⁷⁰ CHAGAS. **O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro**. 2017, p. 109.

finalidade de obter a autocomposição³⁷¹. Ademais, tal compromisso pressiona os advogados a atuarem nos interesses de seus mandantes e não nos seus próprios, valorizando a *negociação cooperativa*, evitando que se valha da *negociação competitiva*.

Vale ressaltar, quanto ao ponto e sem grandes digressões sobre o método desenvolvido pelos professores Roger Fisher e William Ury – até porque existem outros modelos de negociação também difundidos academicamente e no mercado – que há um consenso de que “a negociação competitiva ou distributiva é ineficiente, pois os interessados estão mais preocupados em reclamar valor que criá-lo”, sendo que 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”³⁷².

É neste contexto que se insere a resolução colaborativa de conflitos, conhecida também como *collaborative law*, como um dos mais promissores campos de estudo do tratamento adequado de conflitos na atualidade.

2.2.3.3 Mediação

Por meio da mediação, busca-se a participação de um terceiro imparcial, (escolhido ou aceito pelos interessados), que atuará auxiliando e estimulando os envolvidos a reestabelecer a comunicação saudável e dialógica, para que, por si próprios e autonomamente, sejam capazes de identificar e desenvolver soluções consensuais que tragam benefícios mútuos aos envolvidos e, por vezes, à sociedade³⁷³.

Na mediação, o terceiro imparcial não carrega em si a carga do poder decisório, atuando apenas como facilitador na condução dos trabalhos pelas partes.

Não estranhamente, com o estímulo à busca de soluções por meios de métodos outros que não a decisão impositiva, a mediação tem se apresentado como uma forma

³⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 471-489, set. 2016.

³⁷² CABRAL; CUNHA. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. 2016.

³⁷³ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019, p. 166.

cada vez mais apropriada para se aplicar a litígios oriundos de relações continuadas³⁷⁴ – ou, ao menos, de relações mais estáveis e duradouras³⁷⁵. Nesse contexto, aquele que atua como facilitador, conduz as partes ao reestabelecimento da comunicação de maneira que estas possam resolver o conflito por suas próprias proposições.

A Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015, popularmente conhecida como “Lei da Mediação”, ao dispor em seu art. 1º sobre a definição legal do conceito de mediação, prescreve que “considera-se mediação atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”³⁷⁶.

Desse modo, o instituto da mediação está inserido no contexto dos mecanismos consensuais de resolução e tratamento de conflitos, ao lado da negociação e da conciliação, embora com elas não se confunda³⁷⁷. Importante salientar, ainda, que não existe apenas um modelo de mediação e esta pesquisa vai diferenciar pelo menos dois deles: a mediação linear e a mediação transformativa.

O modelo linear, desenvolvido pela Escola Linear de Havard, possui o objetivo de resolver o conflito mediante a realização de acordo entre as partes, de maneira que, não havendo acordo, considera-se frustrada a mediação. Trata-se de um instrumento de diminuição de litígios pendentes de julgamento perante o Judiciário, porquanto ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de interesses que já estava nascido e que resultaria, certamente, em uma demanda judicial³⁷⁸.

Por outro lado, há ainda a denominada mediação transformativa, desenvolvida pelos professores Joseph Folger e Robert Bush, cuja prática carrega como objetivo principal o intento de reestabelecer os laços e o diálogo entre as partes³⁷⁹. Assim, este modelo possui também um viés preventivo, na medida em que, por meio da busca pelo reestabelecimento dos laços entre as partes, é possível evitar o surgimento de litígios

³⁷⁴ CABRAL, Trício Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016, p. 39.

³⁷⁵ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 2018.

³⁷⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015.

³⁷⁷ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 41.

³⁷⁸ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 42.

³⁷⁹ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 42.

da mesma natureza, envolvendo aquele mesmo objeto que foi adequadamente tratado.

No Brasil, o legislador optou, por meio da Lei de Mediação, pela adoção do modelo linear, atribuindo ao procedimento de mediação a finalidade de obtenção de acordo entre as partes.

Ao expressar que ‘considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia’, o legislador deixou clara a sua escolha pelo escopo precípua de resolução de conflitos, embora não se deva perder de vista os objetivos de restauração do diálogo e de enfrentamento das causas originadoras do litígio³⁸⁰.

Importa destacar, ainda, que nada impede que o mediador aplique as técnicas da mediação transformativa ou de outros tipos de mediação a qualquer procedimento por ele conduzido, desde que haja anuência das partes envolvidas.

Nada impede, ademais, que, embora na tentativa de trazer uma resolução ao conflito, os participantes não alcancem tal mister, mas galguem outros tipos de ganhos, como a manutenção do vínculo entre as partes e a retomada da comunicação, por exemplo. Ricardo Goretti³⁸¹ afirma que, na verdade, o acordo é o objetivo secundário da mediação e que, mais importante do que alcançá-lo, é alcançar os primários, quais sejam:

a) a exploração aprofundada dos interesses em jogo; b) o fortalecimento do diálogo; c) o restabelecimento da relação entre as partes; d) a transformação dos indivíduos, que devem ser levados a compreender o conflito em sua totalidade, considerando os interesses, necessidades, possibilidades e sentimentos da outra parte com a qual se relaciona; e) o empoderamento dos indivíduos, de modo que se tornem capazes de encarar, compreender e solucionar o próprio conflito, prevenindo, ainda, o surgimento de conflitos futuros.

A mediação é comumente vista como alternativa que se aprofunda nas questões emocionais³⁸², mas pode ser muito útil no tratamento dos conflitos empresariais, porque tal técnica de resolução de conflitos é dotada de características que se amoldam às muitas das necessidades dos empresários indicadas no capítulo anterior desta pesquisa.

³⁸⁰ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 45-46.

³⁸¹ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 100.

³⁸² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, 2017.

Assim como na arbitragem, na mediação os interessados encontram a segurança do sigilo dos procedimentos e, ademais, contam com uma maior celeridade no alcance do objetivo buscado, em relação ao processo judicial.

A confidencialidade, na mediação, é garantida pela Resolução nº 125/2010, que a consagrou como o dever do mediador de “manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese”; pelo art. 166, §§ 1º e 2º³⁸³ do CPC e pelo art. 2º, VII da Lei de Mediação.

Veja-se que o sigilo não se aplica apenas ao procedimento em si, mas a todas as informações que nele sejam produzidas, vinculando-se tal situação não só aos contratantes, mas a todo aquele que participar da mediação³⁸⁴.

A confidencialidade³⁸⁵ como característica da mediação é fundamental nas relações empresariais, até porque a disseminação das informações acerca de determinada renegociação comercial pontual, caso não ocorra o sigilo, pode contaminar o rumo de outros procedimentos de realinhamento dos contratos. Basta pensar no franqueador que possui diversos contratos com franqueados pelo Brasil, pois se a renegociação de cada contrato não estiver protegida pela confidencialidade há o risco de que uma concessão especial feita a determinado franqueado, justificada por situação peculiar (por exemplo, diminuição da margem de lucro para a manutenção no mercado local

³⁸³ “Art. 166. 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. § 1º A confidencialidade 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. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015).

³⁸⁴ Sobre confidencialidade na mediação, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos arts. 139-187 (dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz; impedimentos e suspeição; auxiliares da justiça; conciliação e mediação; Ministério Público; Advocacia Pública e Defensoria Pública). In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord). **Novo CPC anotado e comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 206-207.

³⁸⁵ A confidencialidade é um atributo do procedimento da mediação que importa não só para a solução de conflitos entre sociedade empresárias, mas também dentro da própria corporação, segundo advertem Andrea Maia, João Afonso de Assis e Mariana Freitas de Souza (MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso de; SOUZA, Mariana Freitas de Souza. A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. In: ALMEIDA, Tania (Coord.) **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p 396.

em que há presença de concorrência), seja posta em mesa para que seja aplicada a todos os franqueados³⁸⁶.

É com base no princípio da confidencialidade, inclusive, que o art. 30, §2º da Lei de Mediação³⁸⁷ trata as informações oriundas de procedimento de mediação como provas ilícitas e a doutrina sustenta a impossibilidade de o juiz da causa presidir, pessoalmente, as sessões de mediação quando esta é realizada no bojo do processo judicial³⁸⁸.

A celeridade do procedimento de mediação, por sua vez, pode ser vista por dois ângulos.

O primeiro é relativo à própria rapidez – em relação ao processo judicial, especialmente – com que a determinada controvérsia levada ao âmbito do procedimento de mediação pode ser resolvida, especialmente por causa da possibilidade de customização e flexibilização do procedimento pelos interessados, o que provoca a desburocratização e a adequação do procedimento às necessidades dos interessados.

O segundo ângulo é o relativo à efetividade conferida à solução do conflito que a submissão de determinada controvérsia ao procedimento de mediação pode causar pois, ainda que o procedimento de mediação, em si, possa se estender no tempo, como a intenção da mediação é a busca da solução permanente do conflito, por meio do atendimento aos interesses de ambas as partes, no sistema ganha-ganha, o alcance de tal pretensão acaba por gerar a desnecessidade de posteriores retornos dos interessados à discussão daquele mesmo conflito – ou de outras nuances daquele mesmo conflito –, no futuro, o que se mostra suficiente para carimbar o procedimento como efetivamente célere.

Imagine-se um determinado empresário que de tempos em tempos encontra dificuldades atinentes à pontualidade das entregas realizadas por um importante

³⁸⁶ Este pensamento já foi exposto em texto escrito em coautoria com o Rodrigo Mazzei (MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Paula Paraguassu da. Breve ensaio sobre os impactos da COVID-19 nos contratos entre empresas e a mediação como mecanismo adequado para o exercício do "dever de renegociar". In: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (Org.). **Questões jurídicas decorrentes da Covid-19: processo, tribunais e tratamento de conflitos**. Curitiba: Juruá Editora, 2020, v. 1, p. 173-194).

³⁸⁷ “Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação. [...] § 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial” (BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. 2015).

³⁸⁸ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 372.

fornecedor e que, dada à alta vultuosidade de determinado contrato e o envolvimento de terceiros, buscou-se, no caso específico deste contrato, a mediação para solucionar o problema e identificar o responsável pela indenização do terceiro envolvido. Caso a intenção fosse somente solucionar a controvérsia criada especificamente relacionada ao contrato que levou as partes à mediação, nada impediria que o problema da impontualidade se manifestasse novamente e as partes fossem direcionadas, mais uma vez, à presença de um terceiro para solucionar o impasse. No entanto, considerando que o procedimento de mediação estimula as partes a buscar seus verdadeiros interesses (e não somente defender suas posições), existe a possibilidade de que a real causa da impontualidade seja identificada (que pode ser uma deficiência na comunicação dos prepostos ou no planejamento do próprio comprador) dentro do procedimento de mediação e, a partir de então, o problema pode ser resolvido de forma permanente, o que evitará o retorno daquelas partes novamente à presença de um terceiro para solucionar eventuais contendas. Não se tem dúvidas, pois, de que, embora o procedimento de mediação necessite ser estendido, neste caso, para a profunda investigação do problema, ao final, a decisão alcançada pelas partes será definitiva, efetiva e, portanto, célere.

Tal confidencialidade e celeridade influem no cálculo dos custos de transação (a que esta pesquisa alude no capítulo anterior), o que confere à opção pela referida técnica um custo-benefício que merece ser avaliado.

Por outro lado, a intenção dos interessados, na mediação, não é somente a busca de uma resposta consensuada para o litígio, mas também uma tentativa de desarmar a contenda e produzir, conseqüentemente, uma cultura de compromisso e participação³⁸⁹. Neste sentido, a mediação proporciona às partes a reapropriação do problema, por meio da organização do tempo e das práticas do seu tratamento, o que as leva a se responsabilizarem por tais escolhas e a jusrisconstruir os caminhos possíveis³⁹⁰.

Neste processo de reconstrução do problema e de busca, conjunta, pela solução, os interessados, em vez de se afastarem – como acontece no processo judicial – precisam se aproximar e entender os contextos um do outro, em um processo

³⁸⁹ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 162.

³⁹⁰ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 175

cooperativo que, mais do simplesmente aproximá-los para o fim específico de solucionar o conflito, cria laços importantes para a manutenção das relações firmadas, manutenção esta tão necessária ao meio empresarial, como já indicado no capítulo anterior desta pesquisa.

Se comparada a decisão judicial, à composição consensuada entre as partes, percebe-se que a primeira tem por base uma linguagem terceira normativamente regulada. Ao contrário, a mediação desmancha a lide, decompõe-na nos seus conteúdos conflituosos, avizinhando os conflitantes que, portanto, perdem as suas identidades construídas antagonicamente³⁹¹.

Durante o procedimento de mediação, as divergências entre os litigantes passam a ser vistas como oportunidades, em um sistema em que se busca a solução ganha-ganha³⁹², ou seja, em que todos os interessados se satisfaçam³⁹³.

Com efeito, muitas vezes a parte envolvida no conflito não tem clareza da inteireza dos interesses em jogo, já que o foco em um interesse específico pode fazê-la perder a noção do todo e, no processo não adversarial, é possível o mapeamento dos interesses de todos os indivíduos envolvidos na controvérsia. Diante de tal mapeamento e utilizando-se as partes e o mediador das técnicas adequadas, é possível a identificação de soluções possíveis e palatáveis, de parte a parte, para que todos consigam suprir suas necessidades sem que qualquer dos envolvidos necessite dispor de seu direito³⁹⁴ ou possa ser considerado sucumbente ou injustiçado.

Diante do exposto e considerando que uma forte característica das relações de natureza empresarial é o encontro de indivíduos ou grupos com a finalidade de consecução de um fim comum e que, seja no que concerne ao direito societário ou aos negócios em geral entre empresas, todos os envolvidos estão se relacionando para o alcance de uma finalidade coincidente, não se tem dúvidas de que a

³⁹¹ SPENGLER. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2016, p. 181.

³⁹² URY; FISHER. **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. 2018.

³⁹³ Quanto ao ponto, precisa a lição de Rodrigo Mazzei: “Em contraponto ao decisionismo estatal, que imputa forçosamente a derrota a uma das partes e a vitória à outra parte, correndo-se o risco de o conflito manter-se ou prolongar-se, a mediação abre oportunidade para a verdadeira negociação entre as partes, fugindo-se do confronto ‘vencedor x perdedor’ e tornando o sacrifício experimentado em uma demanda judicial menor, logo, mais passível de satisfazer ambos os lados. [...] O que difere a mediação das práticas judiciais ortodoxas é que enquanto estas visam apenas tratar o conflito, dando uma resposta à questão colocada em juízo, a mediação pretende por um fim definitivo à contenda. Compreendendo-se que determinados conflitos carregam uma complexidade que transborda as definições e conceituações jurídicas, fica claro o quão vantajoso é a mediação nesses casos, frente ao processo contencioso tradicional.” (MAZZEI. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de René Girard. 2013).

³⁹⁴ CARLOS. **O microsistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019, p. 303.

cooperação deve ser a marca adotada na condução das relações travadas neste meio³⁹⁵, o que torna a mediação uma técnica bastante condizente com as necessidades do tratamento dos conflitos empresariais.

Ademais, nas relações empresariais, em verdade, além da finalidade coincidente da atuação das partes, verifica-se, em geral, que a relação travada entre elas é permanente e tende a ser estável. A título de exemplo, pode-se citar a situação de uma empresa de confecção de roupas que necessitará, para o cumprimento do seu mister, sempre e inevitavelmente, de fornecedores de tecidos, ao passo que fornecedores de tecidos precisarão, a fim de também cumprir seu mister, de compradores e parceiros comerciais que consigam absorver sua produção e, neste contexto, não se tem dúvidas de que se mostra sempre favorável, para ambos, que, ainda que não se mantenha em execução determinado contrato, sejam mantidas abertas as portas das parcerias comerciais.

A manutenção da movimentação da cadeia produtiva, neste contexto, é essencial para a circulação de riquezas e a fluidez do mercado e, por tal motivo, sobreleva-se a importância da manutenção dos contratos ou, na impossibilidade desta, da manutenção das relações e parcerias comerciais, situação passível de se alcançar, após instaurado algum conflito, no seio da mediação.

Uma outra característica da mediação de extrema importância para o tratamento dos conflitos nascidos nas relações empresariais é a autonomia conferida aos interessados para fins de customização tanto do procedimento quanto da decisão.

Na mediação, até mesmo para facilitar a condução dos trabalhos e o diálogo entre as partes, não existe um procedimento rígido. Seguindo os princípios da oralidade e da informalidade (art. 166 do CPC e art. 2º, III, da Lei de Mediação), o mediador e os interessados vão adaptando, de forma autônoma, o procedimento à medida em que este vai se desenvolvendo.

A liberdade na conformação da solução final – ou das soluções parciais que vão sendo alcançadas no curso do procedimento – também é um ponto alto na mediação.

³⁹⁵ Sabe-se que há interesses individuais de cada contratante que tentarão ser por eles preservados ao máximo, mas não se pode afastar da ideia de que, para a realização do escopo comum, faz-se necessário entender e avaliar a dificuldade do outro também.

Tratando a autonomia da vontade como princípio e não como regra³⁹⁶, como fez a Resolução nº 125 do CNJ³⁹⁷, o art. 166 do CPC³⁹⁸ e o art. 2º da Lei de Mediação³⁹⁹ dispuseram que a mediação é orientada pelo princípio da autonomia da vontade, entendido como “dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento”.

Na mediação, pois, há ampla possibilidade de customização do procedimento e da decisão final.

Tal nível elevado de exercício da autonomia se amolda perfeitamente ao alto nível de autonomia que se encontra nas relações empresariais e não é demais afirmar, mais uma vez, neste trabalho, que quanto maior a autonomia verificada na relação material, mais legitimado será o exercício da mediação.

E quanto maior a autonomia que legitima o procedimento e a decisão alcançada, maior a segurança jurídica, já que a customização do procedimento e da decisão pelas próprias partes as torna responsável pelo seu cumprimento, o que adiciona também maior confiabilidade à relação.

Assim como na arbitragem é possível a escolha de mais de um árbitro (que formará o tribunal arbitral), na mediação também é possível a escolha de mais de um mediador, hipótese em que o procedimento será denominado de co-mediação.

³⁹⁶ Segundo Helio, a diferenciação do tratamento da autonomia da vontade na Resolução nº 125 do CNJ (como regra) e no CPC/Lei de Mediação (como princípio) é clara. O autor ainda afirma que “verifica-se que a autonomia da vontade deve ser interpretada como regra – tal qual disposto na resolução nº 125/2010 – quando se referir à liberdade de contratar ou não. Todavia, deve ser tratada como princípio quando disser respeito à liberdade de escolher o conteúdo do acordo, pois em relação a esse, a liberdade pode ser mais ou menos ampla, a depender do regime jurídico a que se submete o conflito entre os sujeitos processuais” (CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 339).

³⁹⁷ “Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: [...] II - Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29/11/2010**. 2010).

³⁹⁸ “Art. 166. 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. [...] § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015).

³⁹⁹ “Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] V - autonomia da vontade das partes” (BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. 2015).

Ademais, a mediação pode ser utilizada no âmbito extrajudicial e no âmbito judicial também, de modo que, ainda que iniciado o conflito judicial, as partes podem optar pela resolução consensual da demanda pela via da mediação judicial, sendo que neste caso será indispensável a homologação do acordo pactuado entre as partes pelo juízo.

A via da mediação não será, entretanto, interessante, nas hipóteses em que (1) não se está diante de uma relação continuada – ou, ao menos estável – ou (2) não há possibilidade de diálogo entre as partes.

O custo de uma mediação extrajudicial também deve ser avaliado, sempre levando em consideração que as externalidades positivas do procedimento podem suplantar, a médio e longo prazo, os custos cobrados pelas câmaras de mediação pela administração do procedimento.

Ademais, há casos que necessitam de criação de precedentes ou justificação pública, e casos com patente desequilíbrio de poder e, em tais hipóteses, a mediação pode não ser adequada⁴⁰⁰.

De qualquer forma, segundo Diego Faleck, pesquisas revelam que a adoção do processo de mediação por empresas tem gerado alta satisfação e as reações ao litígio ou arbitragem raramente provocam o mesmo grau de satisfação⁴⁰¹, provavelmente porque, ainda que não resolva a contenda, ajuda as partes a delinearem e compreenderem melhor a disputa e permite a estas caminharem com mais lucidez e objetividade para um método contencioso, após identificados os pontos reais da controvérsia e por vezes, afinado o escopo do litígio.

Vale ressaltar, por oportuno, que em 04 de junho de 2021 o Brasil se tornou o 54º país signatário da Convenção sobre Acordos de Liquidação Internacional Resultantes de Mediação das Nações Unidas, também conhecida como Convenção de Singapura sobre Mediação, tratado internacional que facilita o comércio internacional e promove a mediação como alternativa e método efetivo para resolver disputas comerciais.

Trata-se de veículo que representa o reconhecimento internacional da força executiva dos acordos resultantes de procedimento de mediação comercial internacional e sua assinatura

⁴⁰⁰ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, p. 263-278, jul./set. 2014.

⁴⁰¹ FALECK. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. 2014.

realça a importância que o Brasil destaca à mediação como forma eficiente de tratamento de conflitos.

2.2.3.4 Conciliação

Segundo Fernanda Tartuce, a conciliação é a técnica autocompositiva na qual

[...] um profissional imparcial intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto⁴⁰².

A conciliação em muito se assemelha à mediação, haja vista que em ambos os casos as partes contam com o auxílio de um terceiro imparcial e tecnicamente apto, que atuará auxiliando e facilitando a comunicação, aproximando os interesses e ajudando a pôr fim à controvérsia existente ao mesmo tempo em que contribuirá, mesmo que indiretamente, para o alcance da tão almejada pacificação social⁴⁰³.

A principal diferença entre a conciliação e a mediação é tradicionalmente relacionada à forma de atuação do terceiro imparcial.

Segundo esta visão tradicional, enquanto o mediador direciona seus esforços ao aprimoramento da comunicação dos mediandos de forma a possibilitar que as partes resolvam o conflito por si, sendo vedado a ele oferecer opções de acordo⁴⁰⁴, em contrapartida, ao conciliador cabe o auxílio as partes na elaboração do acordo, sendo possível a este oferecer opções aos envolvidos, demonstrando a elas as vantagens e desvantagens de cada tipo de solução que apresentar⁴⁰⁵.

A doutrina nacional tradicional distingue, pois, as técnicas desses dois mecanismos autocompositivos pela postura passiva (mediador) ou ativa (conciliador) do terceiro.

Entretanto, a visão mais atual e também adotada pelo Código de Processo Civil (art. 165, §§2º e 3º⁴⁰⁶), diferencia a conciliação da mediação de acordo com a existência

⁴⁰² TARTUCE. **Mediação nos conflitos civis**. 2015, p. 48.

⁴⁰³ GALLO, Ronaldo G. Mediação não é conciliação: a importância da técnica no desenvolvimento dos processos autocompositivos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 54, p. 337-356, jul./set. 2017.

⁴⁰⁴ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 38.

⁴⁰⁵ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 38.

⁴⁰⁶ "Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. [...] § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir

ou não de vínculo anterior entre as partes. Trata-se da utilização do critério da adequação⁴⁰⁷.

Frank Sander, Stephen B. Goldberg; Nancy H. Rogers e Sarah Cole⁴⁰⁸ esclarecem sobre este ponto que quando a doutrina faz a diferenciação usando o critério da adequação, o faz com base na natureza do conflito e o método eleito. A partir desses critérios (natureza do conflito e método eleito), os autores lecionam que a mediação se apresenta mais apropriada para litígios “oriundos de relações continuadas – relações de parentesco, de vizinhança, de sociedade – art. 165, §3º do CPC/15”⁴⁰⁹, enquanto a conciliação, também denominada como *avaliação neutra de terceiro*, “serviria melhor aos conflitos originados em relações descartáveis como relações de consumo, acidentes automobilísticos, etc.”⁴¹⁰.

Assim, a conciliação faz referência a uma das técnicas inseridas no método autocompositivo de resolução de conflitos pautada pela atuação de um terceiro imparcial que, embora careça de qualquer poder decisório, fornecerá informação suficiente a auxiliar as partes por meio da proposição de soluções para ao conflito oriundo de relações não continuadas, objetivando a resolução deste mediante acordo.

Tal técnica é bastante adequada ao tratamento de conflitos empresariais em que, ainda que o fluxo comunicacional entre as partes esteja interrompido (o que exige a participação de um terceiro imparcial para intervir), estejam inseridos no contexto de uma relação circunstancial ou seja, de uma relação “desprovida de perspectivas futuras de manutenção de vínculo entre as partes, limitadas ao reconhecimento de direitos em relações jurídicas findas, nas quais a continuidade do vínculo entre os conflitantes não seja levada em consideração”⁴¹¹.

soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015).

⁴⁰⁷ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 39.

⁴⁰⁸ GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. **Dispute Resolution**: negotiation, mediation and other processes. 4. ed. New York: Aspen, 2003, p. 383.

⁴⁰⁹ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 39.

⁴¹⁰ CABRAL; HALE; PINHO. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. 2016, p. 39.

⁴¹¹ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 98.

Assim, sempre que o empresário se depara com um conflito em uma relação em que a ausência de vínculos torna desnecessária a realização de um trabalho de manutenção do diálogo e dos vínculos (típico da mediação), mas em que não é possível a solução direta da contenda (o que tornaria adequada a negociação), a conciliação poderá se mostrar um procedimento informal e rápido, poderá levar à solução do conflito.

A título de exemplo, pode-se pensar em uma contenda relacionada a um contrato de compra e venda de um bem em que há uma pequena divergência na execução (ex.: quanto à forma de pagamento), cuja relação vai se extinguir assim que solucionada. Neste caso, basta a atuação pontual para solucionar a questão da forma de pagamento e as partes interessadas não terão mais qualquer tipo de relação.

Ademais, assim como a mediação, a conciliação pode ser utilizada no âmbito extrajudicial e no âmbito judicial também, de modo que, ainda que iniciado o conflito judicial, as partes podem optar pela resolução consensual da demanda pela via da conciliação judicial, sendo que neste caso será indispensável a homologação do acordo pactuado entre as partes pelo juízo.

2.2.4 Serventias extrajudiciais como ambiente propício para a autocomposição

Existem vários ambientes em que a autocomposição pode ocorrer: desde o ambiente natural dos interessados, como a própria empresa em que desenvolvida a relação em conflito, passando pelos escritórios de advocacia, pelas câmaras de conciliação e mediação, pelos CEJUSCs⁴¹² e pelo ambiente jurisdicional.

Entretanto, há um ambiente específico ao qual esta pesquisa pretende dar ênfase, qual seja, o ambiente das serventias extrajudiciais.

A utilização da via administrativa dos cartórios judiciais está autorizada pela legislação pátria nas hipóteses de habilitação de casamento sem intervenção judicial (artigo 1526, CC/02), além de realização de inventário, partilha e divórcio consensual, nos termos da Lei nº 11.441/2004, e também em todas as outras hipóteses em que o

⁴¹² Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs -, unidades do Poder Judiciário criadas pela Emenda nº 2 à Resolução nº 125 do CNJ, “responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão”. Resolução nº 125 do CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**).

processamento cartorário se mostra necessário para conferir maior segurança jurídica às partes, sem que haja a necessidade de participação de um juiz, como, por exemplo, nos procedimentos de retificação de registro, averbação ou anotação (Lei nº 13.484/2017, que alterou o art. 110 da Lei nº 6.015/73), de extinção da união estável (art. 733 do CPC/15) e de usucapião extrajudicial (art. 1.071 do CPC/15).

Flávia Pereira Hill chama a atenção para o fato de que “os registradores e tabeliães já vinham sendo chamados a atuar no relevante movimento da desjudicialização”⁴¹³ e rememora que, além dos procedimentos já citados, os registradores e tabeliães também realizam registros tardios de nascimento sem intervenção judicial (Lei Federal nº 11.790/08), divisão e demarcação de terras particulares (artigo 570, CPC/2015), homologação do penhor legal (artigo 703, §§2º, 3º e 4º, CPC/2015), averbação direta de sentença estrangeira de divórcio puro no registro civil, com a dispensa da ação de homologação pelo STJ (artigo 961, §5º, CPC/2015)¹⁹, reconhecimento espontâneo de paternidade/maternidade biológica (Provimento nº 16/2012 do CNJ) e socioafetiva (Provimento nº 63/2017 do CNJ), retificação administrativa de registro (artigo 110, Lei Federal nº 6.015/73), averbação de alteração de prenome e gênero no registro civil em decorrência de transexualidade (Provimento nº 73/2018 do CNJ), dentre outros. A autora ressalta, ainda, que além da realização de atividades tradicionalmente qualificadas como de jurisdição voluntária, “o legislador vem conclamando registradores e tabeliães para auxiliar nessa nova fase do Direito Processual Civil Brasileiro, para que prestem a sua contribuição para uma Justiça mais célere, desformalizada e, tanto quanto possível, fora da órbita do Poder Judiciário”⁴¹⁴ – ou seja, inserida no modelo multiportas estudado por esta pesquisa -, também na busca da solução consensual por meio de sua atuação como mediadores e conciliadores. O art. 42 da Lei de Mediação já contemplou os registradores e tabeliães como mediadores e a legislação vem atribuindo às serventias extrajudiciais práticas mediatórias e conciliatórias específicas, como é o caso da Lei nº 13.465/17, que dispôs sobre a regularização fundiária, autorizando que o oficial imobiliário poderá utilizar instrumentos de mediação pautados na Lei de Mediação para solucionar eventuais conflitos entre a área demarcada e a área a ser regularizada (art. 21).

⁴¹³ HILL, Flavia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 3, p. 296-323, 2018, p. 303.

⁴¹⁴ HILL. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. 2018, p. 303.

A prática de procedimentos de mediação e conciliação nos serviços notariais e de registro do Brasil foi regulamentada, inclusive, pelo Provimento nº 67 do CNJ⁴¹⁵, dando mais relevância ainda a tal atuação.

Para Martha El Debs, Renata El Debs e Thiago Silveira⁴¹⁶, além do mais óbvio benefício de prevenção de litígios, a atuação do tabelião e do registrador na solução de conflitos confere ainda outro benefício: de ordem econômica, já que a confiabilidade que as partes encontram na atividade cartorária, aliada à celeridade, imparcialidade e técnica utilizada na condução dos procedimentos, acabam por diminuir os custos do negócio.

Afirmam, ainda, que outra vantagem da atuação dos delegatários é a sua capilaridade extraordinária em todo o território nacional, já que estão presentes em mais de 15 mil postos em todos os municípios do país.

Flávia Hill, além da acessibilidade e capilaridade da atuação dos delegatários, sublinha que “algumas características inerentes à atividade extrajudicial coincidem com as da mediação – tais como a imparcialidade e o sigilo – e outras podem ser empregadas em favor de uma mediação o mais proveitosa possível – como é o caso do conhecimento técnico-jurídico”⁴¹⁷.

Diante do exposto, conclui-se que, para o empresário, a utilização das serventias extrajudiciais será sempre favorável em razão dos benefícios citados, que atendem às necessidades exigidas pelo conflito empresarial e, em especial, diminuem os custos de transação dos negócios, motivo pelo qual, poderá e deverá ser utilizada nas hipóteses em que autorizadas ou determinadas pela legislação pátria.

⁴¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 67 de 26/03/2018**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴¹⁶ EL DEBS, Martha; EL DEBS, Renata; SILVEIRA, Thiago. **Sistema Multiportas – a mediação e a conciliação nos cartórios**: como instrumento de pacificação social e dignidade humana. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 202.

⁴¹⁷ HILL. **Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas**. 2018, p. 317.

2.3 DESIGN DE DISPUTAS E OUTRAS METODOLOGIAS E FERRAMENTAS DE TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS EMPRESARIAIS

Por certo, o conteúdo do macrossistema de tratamento adequado de conflitos é dinâmico e flexível e “vários métodos e sistemas podem se relacionar, dando origem a novos sistemas criados pelas próprias partes interessadas”⁴¹⁸.

Uma possibilidade de criação desses novos sistemas se convencionou chamar de “Design de Sistemas de Disputas – DSD”, metodologia de trabalho que permite a construção de “sistemas de resolução de disputas, que envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes”⁴¹⁹.

Trata-se de metodologia de expressão máxima do princípio da adequação, que transcende a escolha da forma mais adequada de tratamento de um conflito e alcança a possibilidade de criação, para cada caso específico, de um sistema próprio de resolução do conflito.

Segundo Diego Faleck, o *design* de um sistema almeja, ao máximo, o controle do processo de resolução de disputas pelas partes, por meio de procedimentos mais facilitadores, com o intuito de garantir maior autonomia possível para os envolvidos⁴²⁰.

A criação de um sistema desenhado por tal metodologia perpassa por cinco etapas principais. Inicia-se (1) pela identificação do conflito em si, por meio da detecção de quem são as partes interessadas e afetadas (*stakeholders*), de quais são os temas sobre os quais versam as disputas; e de como as disputas são resolvidas e por quê (sistema existente); em seguida (2) definem-se os objetivos e prioridades do sistema. Para que ele serve e qual resultado pretende alcançar; a partir de então, (3) busca-se a criação de consenso e desenvolvimento do sistema para, em seguida, passar-se (4) à efetiva implementação do sistema, disseminação e treinamento. Não se pode olvidar, ademais, (5) da avaliação constante do sistema, para o fim de adaptá-lo de forma a permitir o aprendizado com a experiência.

Veja-se que o processo de criação do sistema de disputas específico para o caso concreto leva em consideração, primordialmente, a análise do ambiente em que

⁴¹⁸ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**. 2021, p. 161.

⁴¹⁹ FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: câmara de indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 23, p. 7-32, 2009.

⁴²⁰ FALECK. Introdução ao design de sistemas de disputas: câmara de indenização 3054. 2009.

desenvolvido e dos atores envolvidos – e, por tal motivo, reforça-se a importância da necessidade de se conhecer as peculiaridades da relação em que ele nasce -, dos reais interesses de cada e, não menos importante, dos objetivos do sistema. É preciso saber onde se quer chegar para possibilitar traçar o caminho adequado até lá, caminho este que não pode estar inadequado às necessidades do sistema.

Tal possibilidade de arranjo de um sistema completo e inovador para a solução de um conflito é por demais caro às relações empresariais, multifacetadas e complexas que são.

Haverá hipóteses – como já houve, no Brasil, no caso do acidente aéreo ocorrido com uma aeronave da TAM no ano de 2007 e no rompimento da barragem de Mariana (MG) em 2015 – em que os conflitos nascidos no ambiente empresarial envolvem tantos setores e tantas circunstâncias interrelacionadas, que somente a criação de um sistema completamente novo e criativo poderia dar conta das especificidades encontradas.

Entretanto, não somente em conflitos vultuosos como os acima indicados é cabível a construção de um método diferenciado para a resolução de um conflito empresarial. Relações de médio – e até de pequeno - porte também comportam desenhos específicos de tratamento de conflitos e cada vez mais se busca, do profissional gestor de conflitos, a capacidade de adequar e criar os diferentes métodos e técnicas existentes para cada hipótese específica posta sob sua apreciação.

Outra metodologia que utiliza a criatividade e a flexibilidade das partes objetivando ampliar o universo de opções de mútuo consentimento disponíveis é a denominada “Dispute Boards – DB”, que consiste na formação de um conselho, comitê ou junta de revisão ou de resolução de controvérsias, compostos por um, três ou mais (sempre em número ímpar) profissionais experientes e fluentes no idioma contratual, que agem objetivamente e concomitante à execução contratual, fornecendo campo neutro para solução de divergências assim que elas vão surgindo⁴²¹.

A metodologia pode ser utilizada em três modalidades: o *dispute review board* (DRB), que aconselha as partes com sugestões apenas; o *dispute adjudication board* (DAB),

⁴²¹ WALD, Arnaldo. Dispute resolution boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, 2011.

no qual o comitê desempenha função decisória, impondo as soluções; e o *combined dispute board* (CDB), que pode tanto emitir recomendações não vinculantes quanto proferir decisões vinculantes⁴²².

Suas funções devem estar identificadas no contrato, podendo ser submetidas ao painel não somente as questões técnicas, mas quaisquer questões relacionadas à execução contratual ou dela oriunda, quer sejam técnicas, jurídicas ou econômicas.

Trata-se de excelente instrumento de solução de controvérsias do dia a dia da execução contratual, que contribui para a aceleração dos processos e pode estimular, por exemplo, maiores investimentos em infraestrutura a custos mais competitivos, não constituindo impeditivo, ademais, para que conflitos de maior envergadura ou mais complexos sejam direcionados às técnicas de solução de conflitos já conhecidas, como a conciliação, a mediação, a arbitragem ou mesmo a atuação judicial.

Com aplicação histórica maior em contratos de construção civil, tem como exemplo clássico de utilização a construção do Eurotúnel, no Canal da Mancha, mas a adoção do painel de disputas é, também, aconselhável e tem sido utilizada em relações oriundas de contratos de franquias, questões pertinentes à propriedade intelectual e casos de recuperação judicial de empresas ⁴²³.

A Lei nº 14.133, de 04 de abril de 2021 – a Nova Lei de Licitações – prevê, expressamente, em seu art. 151, que nas contratações por ela regidas poderá ser utilizado o comitê de resolução de disputas (ou seja, o *dispute board*), além da conciliação, da mediação e da arbitragem, o que denota que este instrumento de solução de controvérsias foi oficialmente recepcionado.

Ainda há mais possibilidades.

O ordenamento pátrio ainda permite a utilização de técnicas e ferramentas processuais e pré-processuais que auxiliam no tratamento adequado dos conflitos, seguindo o que denominam de modelo de processo civil multiportas, em que o próprio

⁴²² COMITÊ de Prevenção e Solução de Disputas. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴²³ COMITÊ de Prevenção e Solução de Disputas.

processo é conduzido sempre tendo em vista a possibilidade de uma solução autocompositiva e adequada para o caso⁴²⁴.

Uma técnica a ser citada é a produção autônoma de provas, ferramenta posta à disposição das partes e que permite a coleta de elementos que facilitam uma solução negociada (art. 381, II e III do CPC⁴²⁵), ao permitir a avaliação de provas, para fins de definição dos fatos e compreensão das percepções diferentes e subjetivas sobre eventos ocorridos e, assim, definir com mais clareza, os interesses em jogo.

Numerosas outras ferramentas como esta podem ser citadas e deverão ser de conhecimento do advogado, mas este trabalho delas não tratará, porque o aprofundamento nas referidas técnicas, neste momento, foge aos limites do corte metodológico realizado.

2.4 O PROJETO DE LEI Nº 3.813/2020

Está em curso, perante a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3.813/2020 que, segundo seu preâmbulo, “dispõe sobre a obrigatoriedade, nos litígios entre particulares que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, de realização de sessão extrajudicial de autocomposição prévia à propositura de ação judicial, estabelecendo normas para tanto”⁴²⁶.

A referida proposta legislativa prevê a obrigatoriedade de submissão das partes a uma sessão de autocomposição preliminar para as causas de competência dos Juizados Especiais Cíveis, disciplinadas pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, desde que os interessados não tenham optado pela arbitragem ou pela mediação.

Embora a Lei nº 9.099/95 não preveja a possibilidade de litígios entre empresas – o que tornaria irrelevante o estudo do Projeto de Lei em referência para este trabalho -, tem-se que a ideia posta pelo referido processo legislativo merece algumas breves

⁴²⁴ LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado**: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Thoth, 2021, p. 272

⁴²⁵ “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015).

⁴²⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.813/2020**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020201210002190000.PDF#page=420>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

considerações, dada a sua importância como possível ponto de partida para a edição de outras leis seguindo este caminho.

As justificativas da proposição partem da alegação de que os reflexos sociais, econômicos e políticos da pandemia do novo coronavírus fazem prever “um iminente e descomunal aumento da litigiosidade e respectiva judicialização, com demandas cíveis, consumeristas, empresariais e trabalhistas a serem necessária e urgentemente solucionadas” e que a sessão de autocomposição, tal como proposta, se enquadra como verdadeira e legítima condição da ação, na modalidade interesse de agir.

Tal conduta legislativa não se distancia de uma postura que muito tem sido observada na doutrina pátria: a constatação da ineficiência do Poder Judiciário para assumir toda a demanda que lhe é posta – questão já tratada no primeiro tópico deste capítulo – e a defesa da necessidade de utilização, como consequência de tal ineficiência, do que denominam de meios alternativos de solução de conflitos.

Entretanto, uma das conclusões alcançadas por esta pesquisa é a de que é o princípio da adequação que define a utilização de todas as portas que estão disponíveis ao jurisdicionado no modelo multiportas de justiça. Cada porta deve ser utilizada porque é adequada para tanto e não para o único fim de desafogar o Poder Judiciário⁴²⁷.

O desafogamento pode até vir a se estabelecer, a médio e longo prazo, como consequência da utilização adequada de todos os métodos de solução de conflitos disponíveis, mas não pode ser o mote desta atuação, sob pena de se transformar em mais um entrave burocrático para a promoção do acesso à justiça.

Neste contexto é que se afirma que a autocomposição, como visto neste trabalho, não é uma simples alternativa à via judicial. Em certas circunstâncias, ela sequer pode ser utilizada (como nas hipóteses, como visto, em que necessário o acesso a uma tutela de urgência ou a uma tutela coercitiva). A autocomposição é uma via que pode se mostrar adequada a uma grande gama de conflitos, mas não a todos e deve ser priorizada segundo a aplicação do princípio da adequação.

⁴²⁷ Em 2009, Diogo Rezende de Almeida já defendia esta ideia (ALMEIDA, Diogo Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 195, p. 185-208, 2011) e, mais à frente, ao revisitar o referido trabalho, fez a seguinte relação: “Seria como se os hospitais empregassem reformas e tratamentos a fim de atender aos anseios dos médicos, e não às necessidades dos pacientes” (ALMEIDA. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. 2018, p. 925-951).

O projeto de lei em referência peca quanto ao ponto, pois não leva em consideração o princípio da adequação e obriga o comparecimento a uma sessão prévia de autocomposição para todo o e qualquer conflito.

Ademais, embora coadune do entendimento de que o princípio da adequação pode vir a ser, no futuro, interpretado como uma das facetas do interesse de agir, esta pesquisa parte da premissa de que a cultura jurídica posta ainda não comporta a atuação obrigatória dos interessados e partes em prol de outras soluções que não o processo judicial.

Sabe-se que a legislação pode servir de incentivo, ao obrigar, antes ou incidentalmente ao processo judicial, a submissão das partes à arbitragem ou a técnicas inseridas no método autocompositivo, mas a primeira opção nos parece, neste momento, mais prejudicial do que benéfica.

Com efeito, na Argentina, a Lei nº 24.573/96 introduziu a mediação obrigatória como requisito de admissibilidade da ação e obrigou as partes ao comparecimento de uma sessão de pré-mediação, sendo que, na hipótese de recusa por qualquer das partes, a mediação não seria realizada. Alterações posteriores referida legislação incluíram, ainda, a obrigação de reinício do procedimento em caso de ausência injustificada do requerente.

Segundo Diogo Rezende de Almeida, a criação desse sistema, na Argentina, teve o manifesto propósito de combater a crise pela qual passada a Justiça local e as estatísticas mostram que surtiu o efeito pretendido⁴²⁸, situação que, no entendimento do autor, poderia ser observada também em solo brasileiro.

Entretanto, nos conflitos envolvendo empresas, eventual legislação que venha a obrigar a submissão das partes interessadas a sessões de autocomposição como condição para o ajuizamento de ação posterior sem o filtro prévio do princípio da adequação, pode, em vez de servir como mais um elemento para a criação da cultura da autocomposição, servir, na verdade, como um entrave burocrático para o exercício do acesso à justiça naquelas situações em que a via judicial, por suas características e peculiaridades, for o caminho mais adequado para a empresa.

⁴²⁸ ALMEIDA. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. 2018, p. 935.

A ideia do novo modelo multiportas de acesso à justiça, em especial no que se aplica às relações empresariais, deve estar o mais distanciado possível de entraves burocráticos, porque estes em nada se coadunam com as características tão peculiares das relações empresariais, impregnadas e comandadas pelos ditames da liberdade.

A escolha da forma mais adequada de tratar o conflito deve partir da análise da relação e dos meios postos à disposição (e não à obrigação) pelo ordenamento pátrio.

O próximo capítulo desta pesquisa cuidará do profissional apto a realizar tal análise.

CAPÍTULO 3 - O PAPEL DO ADVOGADO

Já se viu que a relação empresarial é complexa e multifacetada e que o ordenamento pátrio coloca à disposição do empresário várias formas de tratar seu conflito, formas estas capazes de se adequar às peculiaridades do conflito em si, a fim de tratá-lo da maneira mais eficiente possível.

Assim, no primeiro capítulo analisou-se o ambiente em que se desenvolvem os conflitos que interessam para o trabalho, ou seja, o “onde”; no segundo capítulo, analisaram-se os meios disponíveis para o adequado tratamento dos conflitos, ou seja, o “como”; por fim, neste terceiro capítulo será identificado o profissional apto a operar a gestão dos conflitos no ambiente estudado no primeiro capítulo e que tem à sua disposição os meios estudados no segundo capítulo, qual seja, o advogado.

Como o primeiro profissional da área jurídica a ter contato com as relações materiais em si e, por tal motivo, com os conflitos gerados neste âmbito – pois a parte, leiga, não procura diretamente o juiz, o promotor ou outro jurista que não o advogado para resolver seu problema – este deve estar preparado para conduzi-los da forma mais eficiente possível a fim de apresentar o melhor resultado para o seu cliente.

Dado, entretanto, o crescente avanço da litigiosidade no Brasil e a dependência dos litigantes da resposta estatal – resposta esta que, como se viu no capítulo anterior, pode não ser a mais adequada -, é forçoso concluir que a grande dificuldade de se conferir o melhor tratamento aos conflitos empresariais pode estar localizada na forma como o advogado opera a gestão do conflito do seu cliente.

Dada esta circunstância, este capítulo tem como objetivo específico analisar como se deu a construção das bases da atividade advocatícia tal como esta está proposta nos dias atuais e se há possibilidade de modificação positiva de tal cenário, bem como deve se dar a atuação de tal profissional neste contexto.

3.1 SITUANDO A ADVOCACIA COMO PROFISSÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO⁴²⁹

O termo advogado deriva do latim *advocatus*, particípio passado de *advocare* – formado por *ad*, que exprime a ideia de aproximação, perto, junto, *mais vocare*, que exprime a ideia de chamar, apelar para. Segundo o vernáculo⁴³⁰, o termo advogado significa patrono, defensor, padroeiro, intercessor, medianeiro, mediador.

Outra definição presente no vernáculo aponta o advogado como o “bacharel em direito legalmente habilitado a advogar, i.e., a prestar assistência profissional a terceiros, em assunto jurídico, defendendo-lhes os interesses, ou como consultor, ou como procurador em juízo”⁴³¹.

Ao aliar as duas acepções do termo em estudo, é possível concluir que o advogado é, em sua essência, aquele a quem se chama ao apoio da defesa de alegado direito e que possui as qualificações necessárias que o possibilitam e autorizam defender, profissionalmente, os indivíduos contra as agressões de seus direitos⁴³².

Carnelutti e Millan⁴³³ afirmam que o próprio nome advogado soa como um grito de ajuda, já que significa *chamado a socorrer*, tal qual o médico é chamado a socorrer. Entretanto, segundo os juristas, só ao advogado se dá esse nome e aquilo que se pede ao profissional da advocacia é, antes de qualquer coisa, a dádiva da amizade:

Advogado é aquele, ao qual se pede, em primeiro plano, a forma essencial de ajuda, que é propriamente a amizade.

E da mesma forma a outra palavra "cliente", a qual serve a denominar aquele que pede ajuda, reforça esta interpretação: o cliente, na sociedade romana, pedia proteção ao patrono; também o advogado se chama patrono. E a derivação de patrono, de "pater", projeta sobre a correlação a luz do amor.

⁴²⁹ O tema tratado neste tópico foi também analisado em artigo apresentado no I Colóquio sobre conceitos e desafios na pesquisa da História das Justiças, em co-autoria com os mestrandos Caio de Sá Dal'Col e Daniel Ferreira de Melo Belchior (DAL'COL, Caio de Sá; BELCHIOR, Daniel Ferreira de Melo; SILVA, Paula Paraguassu da. Origem da advocacia como profissão e sua influência no tratamento dos conflitos. In: COLÓQUIO SOBRE CONCEITOS E DESAFIOS NA PESQUISA DA HISTÓRIA DAS JUSTIÇAS, 1, 2020, Vitória. **Anais...** Vitória, UFES, Programa de Pós-Graduação em História, 2020. Disponível em: <https://opiniodoctorum.ufes.br/sites/opiniodoctorum.ufes.br/files/field/anexo/anais_coloquio_full.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022).

⁴³⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2019.

⁴³¹ FERREIRA. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 2019.

⁴³² Interessante observar que a ideia tradicional atrelada ao termo advogado compreende principalmente a atuação combativa do advogado. Não abrange a atuação preventiva deste profissional, voltada à inibição do conflito. Tal constatação é de grande importância e se aliará a ideias que serão desenvolvidas no curso deste capítulo.

⁴³³ CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 1995, p. 15.

Aquilo que atormenta o cliente e o impele a pedir ajuda é a inimizade. As causas civis e, sobretudo, as causas penais são fenômenos de inimizade. A inimizade ocasiona um sofrimento ou, pelo menos, um dano como certos males, os quais, tanto mais quando não são descobertos pela dor, minam o organismo; por isso da inimizade surge a necessidade da amizade; a dialética da vida é assim. A forma elementar da ajuda, que se procura na guerra, é a aliança. O conceito de aliança é a raiz da advocacia⁴³⁴.

Tem-se, pois, que a parte, leiga, para resolver seu problema, procura o advogado e, em especial, aquele advogado com o qual possa estabelecer uma relação de alta confiança, como se amigo fosse.

Importante, neste ponto, um breve esboço sobre as origens da advocacia e como tal profissão se desenvolveu com o passar do tempo, até alcançar seus delineamentos atuais, para que se possa compreender, com mais facilidade, como e com quais características se firmou o papel do advogado no tratamento dos conflitos.

Paulo Luiz Netto Lôbo⁴³⁵ afirma que se formos considerar apenas os dados históricos conhecidos e comprovados, a advocacia, entendida como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria. Afirma, o autor, que desde o Código de Manu, passando pelo Antigo Testamento, pelo Egito e pela Grécia, registra-se a possibilidade de sábios e oradores apresentarem argumentos e fundamentos para quem precisasse se defender perante autoridades e tribunais.

Ruy de Azevedo Sodré⁴³⁶ aduz que, segundo os historiadores, nos primeiros tempos, a defesa era feita por um parente ou amigo que “emprestava à ignorância ou à fraqueza o apoio de sua coragem ou de seu saber”. Não se tratava, pois, do exercício de uma profissão, de uma atividade profissional permanente e reconhecida.

Posteriormente, os imperativos de justiça fizeram com que fosse necessária a presença de homens especializados ao lado dos litigantes, versados no conhecimento das leis, para assisti-los na reivindicação de seus direitos, sendo esta a origem da profissão do advogado.

⁴³⁴ CARNELUTTI; MILLAN. **As misérias do processo penal**. 1995, p. 15.

⁴³⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

⁴³⁶ SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975, p. 267.

Afirma ainda Sodré⁴³⁷ que, se de início, embora ainda leigo, o advogado estava a serviço de interesses privados – uma vez que a demanda era um duelo entre as partes, em que o triunfo era alcançado pelo mais forte, pelo mais astuto, pelo mais esperto e o Estado era um mero expectador passivo –, quando o Estado assumiu a função de julgar, dado o interesse público que passou a ter na aplicação das leis, a participação do advogado passou de necessária para obrigatória, pois este se tornou figura indispensavelmente posicionada entre a parte e o juiz.

Indica o autor⁴³⁸ que são várias as razões que tornaram obrigatória a presença do advogado entre as partes e o juiz e que uma delas foi a capacidade deste profissional de racionalizar a disputa, oferecendo mais segurança à defesa do indivíduo e, conseqüentemente, à solução do conflito. Confira-se:

A parte lesada em seu direito apresenta-se sempre, diante da pessoa incumbida de repará-lo – o juiz, chefe ou rei – com forte dose de paixão; a defesa de seus interesses torna-os maus juizes de seus próprios direitos, confundindo estes com aqueles; a falta de conhecimento da lei, da doutrina e da jurisprudência torna-lhe difícil e complexa a adequação dos fatos à norma a ser aplicada.

Só o advogado, com sua cultura, com a técnica jurídica, pode extrair das circunstâncias que envolvem o caso, o que interessa ao julgamento, apresentando a defesa com mais segurança. Ele transforma os fatos em lógica e o juiz transforma a lógica em justiça⁴³⁹.

Vê-se, pois, que a atuação desinteressada, prestativa e informal do advogado se tornou necessária e, com o passar do tempo, obrigatória, no tratamento dos conflitos – o que levou à profissionalização da atividade⁴⁴⁰ – justamente pela capacidade de tal indivíduo, como um terceiro em contato com o impasse existente entre outros indivíduos, de racionalizar os interesses em colisão e facilitar a adequada composição dos litigantes.

⁴³⁷ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 268.

⁴³⁸ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 268

⁴³⁹ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 268

⁴⁴⁰ Interessante notar, voltando ao contexto histórico, que há divergência doutrinária, entre os historiadores, acerca da origem da advocacia como profissão organizada no mundo. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, há quem afirme que tal se deu quando o Imperador Justinino, antecessor de Justiniano, constituiu, no século CI, a primeira Ordem de Advogados no Império Romano do Oriente, obrigando o registro a quantos fossem advogar no foro e exigindo requisitos rigorosos, como “ter aprovação em exame de jurisprudência, ter boa reputação, não ter mancha de infâmia, comprometer-se a defender quem o pretor em caso de necessidade designasse, advogar sem falsidade”, etc. Há, entretanto, quem defenda que o marco legal da regulamentação da advocacia é a Ordenança francesa do Rei São Luiz, que no século XIII indicava requisitos para o exercício da profissão e há quem defenda que a primeira menção que se tem dos advogados foi em um capitular de Carlos Magno, em 802, mas que os gregos e romanos ignoraram a profissão (LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 20).

No Brasil, o regime aplicado inicialmente (no Brasil Colônia) ao profissional advogado era aquele definido pelo colonizador, Portugal, que delineou a organização da advocacia, pela primeira vez, nas ordenações Afonsinas culminando, nas ordenações Filipinas (em 1600), com a edição de regras mais completas e que restringiram a prática da profissão àqueles que haviam cursado Direito Civil ou Direito Canônico na Universidade de Coimbra.

Interessante ilustrar esta narrativa com o que se infere do Livro I, Título XLVIII das Ordenações Filipinas, a seguir transcrito:

Mandamos que todos os Letrados, que houverem de advogar e procurar em nossos Reinos, tenham oito annos de estudo cursados na Universidade de Coimbra em Direito Canonico, ou Civil, ou em ambos. E o que procurar, ou advogar, sem ter o dito tempo, pagará pola primeira vez cincoenta cruzado, ametade para quem o accusar, e a outra para a area da Universidade. E pola segunda incorrerá na mesma pena. E postoque acabe de estudar os oito annos, não usará o dito Officio, até passarem dois annos⁴⁴¹.

As Ordenações, portanto, impunham aos brasileiros, a fim de exercerem a profissão de advogado no Brasil, entre outras exigências relacionadas ao efetivo exercício de sua função⁴⁴², que recorressem aos estudos em Portugal e, por óbvio, tal exigência limitava o acesso à formação jurídica a poucos que tinham condições para tanto.

A imposição da formação em terras lusitanas durou até o advento do Alvará Régio de 24 de julho de 1713, que declarou que, fora da Corte, poderia ser advogado “qualquer pessoa idônea, ainda que não seja formado, tirando Provisão”⁴⁴³. A Provisão era conferida pelo presidente da Relação – autoridade judicial da época -, tinha a validade de dois anos, renováveis mediante exames teóricos e práticos e o poder postulatório

⁴⁴¹ PORTUGAL. **Codigo Philipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Phillipe I. Livro I, Título XLVIII Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴⁴² Era exigido de tal profissional atuação seguramente proba, de modo que as Ordenações determinavam que os advogados falassem a verdade e emitsem com franqueza a sua opinião, impunham-lhes o dever de guardar o sigilo profissional para o que dispensavam-lhes de ser testemunhas; responsabilizavam-lhes pelos danos causados ao constituinte por culpa, desleixo ou ignorância; proibiam-lhes de demorar o feito, bem como abandonar a causa sem justo motivo ou licença do juiz; alterar, diminuir ou acrescentar qualquer coisa nos libelos, artigos ou razões sem licença do juiz e audiência da parte contrária, sob pena de degredo por dois anos e privação do ofício; proibiam-lhes, ainda, de procurar os juizes em suas casas ou aconselhar ou alegar contra as Ordenações, conforme relato de Mário Guimarães de Souza, citado por Sodré (**A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 270). Em contraponto, gozavam os advogados de diversos privilégios, tais como os foros de nobreza e todas as homenagens estabelecidas pelo uso do foro e, ademais, não eram obrigados a jurar fora de casa e possuíam também privilégios militares.

⁴⁴³ LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 22.

estava restrito à primeira instância e, predominantemente, a causas criminais, analisadas por um tribunal do júri⁴⁴⁴.

Proclamada a independência, foi mantida, no Brasil Império, a vigência das Ordenações – com as alterações promovidas pelo Alvará Régio de 1713 – até a edição do Decreto nº 763, de 1890, que ampliou a aplicação do Regulamento 737/1850 para o âmbito do processo civil⁴⁴⁵, tornando tal diploma a regulamentação oficial em matéria de processo civil.

Entretanto, bem antes disso, em 1827 (no dia 11 de agosto, data em que hodiernamente se comemora o Dia do Advogado) foi dado, no Brasil, o ponto de partida que identifica a advocacia como profissão reconhecida, qual seja, criação de dois cursos de Ciências Jurídicas e Sociais no país – que poderiam conferir os graus de bacharel e doutor –, um em São Paulo e outro em Olinda.

Em agosto de 1843 o Imperador D. Pedro II aprovou os Estatutos do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros⁴⁴⁶, associação civil com a finalidade de congregar os profissionais da advocacia e criada para facilitar, quando fosse oportuno, o advento

⁴⁴⁴ Criou-se, no Brasil, com a referida legislação, o que se denominou de *rábulas* ou *provisionados*, pessoas não formadas na academia, que aprendiam o mister da advocacia em manuais, ementários e na observação dos colegas, dentre os quais, por sua atuação marcante, podem-se citar Antonio Evaristo de Moraes, Luis Gama (ex-escravo), Floro Bartolomeu e Cosme de Farias. É importante ressaltar que a atuação dos rábulas ou provisionados estava sujeita apenas ao juiz da causa, único competente para puni-los quando em falta – já que não havia uma instituição imbuída do controle do exercício da profissão - e, mesmo assim, somente em certas hipóteses e com certas penas, o que colaborava para a impunidade dos maus profissionais (SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 241). Embora grande a crítica dos bacharéis contra os rábulas, a autorização do exercício da profissão pelos provisionados foi mantida no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil de 1963 para proteger aqueles que já exerciam a profissão, **ao tornar a provisão perene**. Esta somente foi extirpada do ordenamento pelo atual Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, datado de 1994.

⁴⁴⁵ Sobre o tema, necessária a leitura de Mazzei (MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a decorada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Doutrina selecionada**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1).

⁴⁴⁶ Segundo informações colhidas no sítio eletrônico do Conselho Federal da OAB, “a iniciativa da fundação do Instituto dos Advogados foi inspirada pelas entidades congêneres existentes na França e em Portugal e tinha por finalidade reunir os “cultores” e “agitadores” do Direito, que viriam constituir a Ordem dos Advogados, regularizar o serviço de administração da justiça e completar a organização do Poder Judiciário. A maioria de seus fundadores era composta de graduados das primeiras turmas dos cursos de Olinda e São Paulo, e além da advocacia, alguns serviam à magistratura, atuavam no Legislativo, no Executivo em Ministérios, ou no Conselho de Estado. Quase todos os integrantes eram membros do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro” (ANTECEDENTES. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm#iab>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

da Ordem dos Advogados “em proveito geral da ciência e da jurisprudência”, conforme art. 2º do referido diploma legal⁴⁴⁷.

A efetiva institucionalização da Ordem dos Advogados, entretanto, somente se deu em 1930 e a entidade primeva, então, desdobrou-se em duas: a Ordem dos Advogados do Brasil e o Instituto dos Advogados Brasileiros, este (e seus filiados) com finalidade de promoção da cultura e ciência do direito entre os advogados⁴⁴⁸.

A resistência contra a criação da Ordem dos Advogados do Brasil, durante o Império e a República, foi grande, diante da existência de uma importante corrente de profissionais que defendia a ampla liberdade do exercício da profissão⁴⁴⁹, impeditiva de correção aos excessos que imperavam nos diversos setores da advocacia⁴⁵⁰.

Após a criação da entidade, em 1930, foi aprovado o Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil.

Investiu-se a classe dos advogados, pois, no poder de se autorregular, determinar as regras de seleção de seus membros e, muito importante, de se autodisciplinar, visando não somente à defesa dos interesses de seus membros, mas também à preservação dos caracteres essenciais da profissão.

⁴⁴⁷ BRASIL. **Estatuto do Instituto dos Advogados Brasileiros**. Rio de Janeiro, 1843. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23116/aviso-de-7-de-agosto-de-1843-e-estatutos-do-instituto-dos-advogados-brasileiros>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴⁴⁸ Levy carneiro, em seu parecer por meio do qual submeteu ao Ministro da Justiça o decreto que, mais à frente, aprovou o Regulamento da OAB, acentuou que “os Institutos dos Advogados existentes entre nós prepararam a criação da Ordem, realizaram-na em certo sentido limitadamente, voluntariamente, sem sanção legal; constituíram-se órgãos de verdadeira seleções, do ponto de vista intelectual e moral. Por tudo isso, ainda agora há de caber, na organização prática da Ordem, missão de maior relevância” (SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 248).

⁴⁴⁹ Como dito alhures, desde o advento do Alvará régio, de 24 de julho de 1713, poderia ser advogado, no Brasil, “qualquer pessoa idônea, ainda que não formado, desde que tenha tirado a Provisão” e, com base em tal regramento, alguns Códigos de Processo Civil estaduais, como o do Rio Grande do Sul, facultavam a qualquer pessoa, no uso do mandato, requerer e alegar perante os tribunais, sem dependência de alguma prova de habilitação, o que tornava – como já afirmado anteriormente – a fiscalização da atuação do profissional uma atividade exclusiva do juiz da causa, circunstância que dificultava – ou até mesmo impedia – o controle de desmandos e excessos, favorecendo, assim, alguns setores da advocacia.

⁴⁵⁰ Para Ruy de Azevedo Sodré, a criação da Ordem, durante um governo discricionário – que, porque castrador das liberdades individuais, tinha o advogado como seu pior inimigo – foi uma surpresa e se deu graças à oportuna e eficiente intervenção do Desembargador André de Faria Pereira, que convenceu o então Ministro da Justiça do Governo Provisório a encaixar no Decreto n 19.948, de 18/11/1930, que reorganizou a Corte de Apelação do Distrito Federal, um artigo que declarou criada a Ordem dos Advogados do Brasil, a caracterizou como um órgão de disciplina e seleção de seus membros e delegou à classe a faculdade de elaborar seus próprios estatutos (SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 237).

A Ordem dos Advogados do Brasil organizou-se numa forma federativa nacionalmente abrangente e com divisões em seções e subseções regionais e locais que passaram a exercer seu poder autorregulador que permanece com tais características até os tempos atuais.

Vale ressaltar que somente com a Ordem dos Advogados do Brasil passou-se a exigir formação universitária (salvo nas regiões onde ainda se fazia necessária a figura do rábula ou provisionado, em que os códigos de processo civil estaduais ainda permitiam a atuação de tal profissional) e até 1994 os estatutos da advocacia somente trataram o advogado como o profissional liberal, autônomo, sem contemplar a advocacia extrajudicial e o advogado assalariado⁴⁵¹.

Tem-se, pois, que a atividade da advocacia, que no Brasil Colônia e no Brasil Império ainda era bastante direcionada pelas influências lusitanas, foi sendo modelada em âmbito estritamente nacional e os advogados profissionais brasileiros – influenciados pelo pensamento liberal dominante à época - passaram a ser regulados por suas próprias normas e passaram a definir, por si sós, o alcance e o sentido de sua atuação.

Entretanto, foi somente a Constituição de 1988 que passou a qualificar o advogado, em seu art. 133, como indispensável à administração da justiça e a protegê-lo com o manto da inviolabilidade de seus atos e manifestações no exercício da profissão, elevando a nível supralegal o princípio que já constava do Estatuto de 1994, como veremos a seguir.

3.2 A ADVOCACIA COMO PROFISSÃO INDISPENSÁVEL À ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Inovou, a Constituição de 1988, ao reconhecer, constitucionalmente, o advogado como indispensável à administração da justiça.

A letra do texto inserido no Capítulo IV (Das Funções Essenciais à Justiça) do Título IV (Da Organização dos Poderes) da Constituição 1988 é clara: “o advogado é

⁴⁵¹ Antes da vigência do atual Estatuto, a Ordem dos Advogados do Brasil teve outras regulamentações. O primeiro Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil, consolidado pelo Decreto nº 22.478/33, passou por várias reformas, mas vigeu até a entrada em vigor da Lei nº 4.215/63, o primeiro Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Paralelamente, em 1934, o Conselho Federal da Ordem aprovou o Código de Ética Profissional.

indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”⁴⁵².

O período (gramatical) composto do texto em referência expressa que o profissional a que o dispositivo se refere é indispensável à administração da justiça, sendo que o termo justiça, neste caso, vem escrito em letra minúscula, ou seja, refere-se ao direito como justo e não ao poder estatal a que alude o texto constitucional no Capítulo III (Do Poder Judiciário) do Título IV (Da Organização dos Poderes). A este poder estatal, o Constituinte se refere de modo respeitoso, adotando a regra de linguagem (substantivo próprio) ao aludir à Justiça enquanto Poder Judiciário, gravando-a em caracteres maiúsculos⁴⁵³, tal qual nos artigos 106, 111 e 118⁴⁵⁴.

É possível distinguir-se, pois, a administração da Justiça da administração da justiça e, enquanto aquela se circunscreve ao gerenciamento de órgãos do Poder Judiciário, o sentido desta é bem mais abrangente e atinge todas as manifestações do Direito, entendido este como sinônimo de justo, de justiça.

Direito e justiça são conceitos que se entrelaçam, a tal ponto de serem considerados uma só coisa pela consciência social. Fala-se no Direito como sentido de justiça e vice-versa, embora nem sempre caminhem juntos⁴⁵⁵.

Neste contexto, entende-se que a Constituição de 1988 identificou o advogado como o profissional indispensável à administração do justo, do Direito ou da justiça, onde quer que ele esteja sendo discutido, ou seja, dentro da estrutura judiciária ou não.

Ao tratar do acoplamento, determinado pela Constituição, de duas noções aparentemente antitéticas conferidas ao advogado (ministério privado e serviço público) como necessário à realização da justiça, bem sintetizou Fabio Konder Comparato:

[...] torna-se impertinente indagar se a advocacia é apenas o exercício de uma profissão privada, ou tão-só o desempenho de um serviço público. Ela é

⁴⁵² BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988.

⁴⁵³ PUGLIESE, Roberto J. A Constituição, a advocacia e o advogado. **Revista dos Tribunais**, n. 713, p. 293-304, 1995.

⁴⁵⁴ Art. 106. São órgãos da Justiça Federal: I - os Tribunais Regionais Federais; II - os Juízes Federais. [...] Art. 111. São órgãos da Justiça do Trabalho: I - o Tribunal Superior do Trabalho; II - os Tribunais Regionais do Trabalho; III - Juizes do Trabalho. [...] Art. 118. São órgãos da Justiça Eleitoral: I - o Tribunal Superior Eleitoral; II - os Tribunais Regionais Eleitorais; III - os Juízes Eleitorais; IV - as Juntas Eleitorais. (BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988).

⁴⁵⁵ CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002, p. 58.

ambas as coisas, sem confusões nem contradições. O múnus público da advocacia - já reconhecido entre nós no Império, desde o Aviso Ministerial 326, de 15.11.1870 - marcado pelo monopólio do *jus postulandi* privado em todas as instâncias, com raras exceções, bem demonstra que a atividade judicial do advogado não visa - apenas ou primariamente - à satisfação de interesses privados, mas à realização da justiça, finalidade última de todo processo litigioso. Esse objetivo supremo, num Estado de Direito, traduz-se sempre na adequada aplicação da Constituição e das leis, o que supõe, de parte dos litigantes, suficiente conhecimento teórico e habilidade técnica, qualidades que se pressupõem no advogado⁴⁵⁶.

A função do profissional advogado que passou, com a promulgação da Constituição de 1988, a ser caracterizado como elemento insubstituível e indeclinável à administração da justiça, é a de propiciar ao interessado a garantia fundamental de acesso à justiça e à ordem jurídica justa, o que se pode manifestar em juízo ou fora dele.

Como já foi visto no capítulo anterior, hodiernamente, o princípio constitucional do acesso à justiça⁴⁵⁷ não está limitado ao conceito formal de jurisdição enquanto atuação privativa do Estado⁴⁵⁸ e a inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário⁴⁵⁹ (inscrita no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), atualmente,

⁴⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A função do advogado na administração da justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 694, p. 43-49, ago. 1993.

⁴⁵⁷ Adota-se, neste trabalho, o entendimento de que o acesso à justiça é um princípio constitucional, embora colha-se, da doutrina, as mais variadas conceituações e denominações. Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, a expressão *acesso à Justiça* ora é associada a um “direito”, ora a um “princípio”, ou ainda a uma “garantia”, não havendo, pois, uma aceção de consenso, tendo Flávio Galdino detectado na doutrina nada menos de quatorze sentidos daquela expressão: (1) princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou judicial); (2) princípio da universalidade da jurisdição; (3) princípio da indeclinabilidade da jurisdição; (4) princípio da ubiquidade da jurisdição; (5) princípio do acesso à justiça; (6) princípio da acessibilidade ampla (ou do amplo acesso à justiça); (7) princípio do livre acesso à jurisdição estatal (ou ao Poder Judiciário); (8) regra da plenitude do acesso à jurisdição; (9) direito constitucional à jurisdição; (10) princípio da proteção judiciária; (11) princípio da irrecusabilidade da jurisdição; (12) princípio da irrecusabilidade da função jurisdicional; (13) princípio da plenitude da função judicante do Estado; e (14) princípio da utilidade da jurisdição” (GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. **Revista Autônoma de Processo**, Curitiba, n. 3, p. 61-94, abr./jun. 2007, p. 65-67).

⁴⁵⁸ MANCUSO. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2019, p. 369.

⁴⁵⁹ Embora ainda haja quem atrele o princípio do acesso à justiça ao que denomina de “princípio do direito de ação”, como Nelson Nery Jr., que claramente vincula a garantia constitucional ao direito de postulação de uma tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado, ao afirmar que “isto quer dizer que todos tem acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. [...] Nisso reside a essência do princípio: o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação” (NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 209-210).

considerada, não assegura o acesso formal apenas aos órgãos judiciários⁴⁶⁰.

Há muito já defende Kazuo Watanabe que a inafastabilidade do controle jurisdicional assegura o acesso formal aos órgãos judiciários e mais, o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa⁴⁶¹, entendimento este que, como já se viu, foi legitimado pela Resolução nº 125 do CNJ que, dispondo sobre a Política Judiciária Nacional dentre seus *consideranda* estabeleceu que “o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa”.

Tal entendimento foi também legitimado pelo art. 3º do CPC que, ao prescrever que “não se excluirá da apreciação *jurisdicional* ameaça ou lesão a direito” – diferentemente do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” – ampliou o conceito de jurisdição para além dos limites do Poder Judiciário.

Vale lembrar que, como visto nas páginas iniciais deste capítulo, o advogado é, em sua essência, aquele que se chama para o auxílio da defesa de um direito ou interesse do indivíduo⁴⁶², o que leva à conclusão de que, onde quer que este direito ou interesse esteja sendo posto em discussão e onde quer que haja necessidade de acesso a uma ordem jurídica justa, haverá a necessidade de sua presença.

A necessidade da presença do advogado se dá porque é ele quem racionaliza a disputa de interesses, maneja, defende e forma o direito, ao esclarecer o debate e preparar a decisão⁴⁶³ (que pode ser emanada tanto das próprias partes, na autotutela e na autocomposição, quanto de um terceiro, na heterocomposição, como visto no capítulo 2 deste trabalho).

O entendimento de que o advogado possui campo de atuação dentro e fora do Poder

⁴⁶⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. **RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, p. 791-830, 2019.

⁴⁶¹ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

⁴⁶² Aqui utilizamos o termo *indivíduo* por uma questão de respeito ao conceito histórico posto no início do trabalho, mas é certo que o serviço advocatício, privado ou não, pode ser prestado não somente ao indivíduo, mas à coletividade, dependendo da abrangência dos interesses em discussão.

⁴⁶³ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 271.

Judiciário, entretanto, não foi uma constante na história da advocacia.

Antes da promulgação da Constituição Federal, distinguia-se, no Brasil – trazendo para cá a distinção existente entre os romanos – o advogado do jurisconsulto. Este último exercia sua profissão por meio do aconselhamento à parte enquanto o advogado atuava no processo com vistas à defesa de seu cliente⁴⁶⁴, sendo que somente era atividade privativa do advogado a postulação em juízo⁴⁶⁵, o que levava à predominância do entendimento, entre os juristas, de que o aconselhamento era atividade livre e permitida a qualquer profissional.

Desde aquela época, entretanto, Ruy de Azevedo Sodré defendia a imposição da ampliação, tanto quanto possível, da natureza da advocacia e da conceituação dos atos inerentes ao seu exercício, entendendo que os trabalhos extrajudiciais, de orientação do cliente na condução de seus negócios, praticando atos preventivos da disputa judicial ou mesmo atos preparatórios, pré-judiciários, seriam, também, funções advocatícias⁴⁶⁶.

Tal era a firmeza do entendimento manifestado, que o referido autor indicava dois fundamentos nos quais se alicerçava a função social do advogado: um relacionado à atuação do profissional na prática da justiça em si – o que ocorre, por óbvio, em qualquer ambiente e não somente no judicial - e outro à atuação do profissional que coloca a Justiça em funcionamento.

São suas palavras:

O advogado *exerce função social*, pois ele atende a uma exigência da sociedade. Basta que se considere o seguinte: *sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça*, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a justiça. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce

⁴⁶⁴ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 273.

⁴⁶⁵ Para o Estatuto da OAB vigente até a Constituição de 1988 (Lei nº 4.215/63), somente era ato privativo do advogado o postular em juízo, como se infere de seu art. 71, *caput* e, em especial, §3º: “Art. 71 A advocacia compreende, da representação em qualquer juízo ou tribunal mesmo administrativo o procuratório extrajudicial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica [...] § 3º Compete privativamente aos advogados elaborar e subscrever petições iniciais, contestações, réplicas, memoriais, razões minutas e contraminutas nos processos judiciais bem como a defesa em qualquer foro ou instância.” (BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963**. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022). Para melhor entendimento da discussão que movimentava a doutrina especializada à época, vale conferir SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 273.

⁴⁶⁶ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 275.

função social. [...]

Social ainda e, com mais caracterizada função, é a atividade do advogado quando, como órgão da Justiça, põe esta em funcionamento⁴⁶⁷.

De acordo com o autor em referência, a atividade da advocacia é privada, mas o interesse é social, porque embora remunerada por quem dela se utiliza, está sempre revestida de invólucro social, pois visa, ao fim e ao cabo, a realização a justiça e não há vida social em equilíbrio sem ordem jurídica justa, dentro ou fora dos limites do Poder Judiciário⁴⁶⁸.

Hodiernamente, não se tem dúvidas de que a atuação extrajudicial do advogado também é inerente ao exercício da advocacia e que é atividade privativa de tal profissional, pois, como veremos adiante, embora toda a regulamentação da atividade leve em consideração, preponderantemente, a atuação dos advogados – assim como dos demais atores jurídicos – inseridas no Poder Judiciário, a ordem jurídica a ela aplicável reconhece, expressamente, a atuação extrajudicial do profissional advogado⁴⁶⁹.

Ademais, a Constituição de 1988 não somente elevou à categoria constitucional a qualidade da atuação do advogado como indispensável à administração da justiça como conferiu fundamento de validade à sua regulamentação infraconstitucional⁴⁷⁰.

O art. 5º, XIII do texto constitucional positivou o princípio da liberdade profissional, ao prescrever que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, o que, interpretado em conjunto com o art. 22, XVI, que atribui à União a competência para estabelecer as “condições para o exercício das profissões”⁴⁷¹, constitui o fundamento de validade da Lei nº 8.906/1994, o atual Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é a lei geral da advocacia que estabelece as qualificações profissionais exigidas para o exercício da profissão – o que abrange não somente as qualificações de escolarização, mas as de

⁴⁶⁷ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 282.

⁴⁶⁸ SODRÉ. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. 1975, p. 282.

⁴⁶⁹ O tema será melhor desenvolvido mais à frente, após a colocação de algumas breves premissas.

⁴⁷⁰ Veja-se que o texto da Constituição focou na atuação jurisdicional – e, poder-se-ia dizer, não somente jurisdicional, mas judicial - do advogado e, embora notável tal limitação (ponto negativo), não se pode fugir da constatação de que se tratou de um grande avanço quanto ao tratamento da atividade advocatícia para aquele momento histórico em que o país ainda estava bem próximo de um momento ditatorial ceifador de garantias individuais e, portanto, não propício para o pleno exercício da atividade advocatícia (ponto positivo).

⁴⁷¹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988.

caráter técnico, ético, de fiscalização, de seleção etc.

Efetivamente, o atual Estatuto, a fim de atender ao comando constitucional que lhe conferia o fundamento de validade, além de disciplinar (1) o sentido e o alcance da atividade da advocacia – ao identificar quem é o profissional que exerce a referida atividade -, disciplinou, ainda, (2) o *sentido* e o *alcance* da indispensabilidade da atividade.

Tal diploma normativo, ao disciplinar o sentido e o alcance da atividade da advocacia, identificou o advogado como o bacharel em direito, inscrito nos quadros da OAB, responsável pela postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e, também, pelas atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas, sem, por óbvio, limitar a atividade da advocacia a tais hipóteses⁴⁷².

A caracterização da atividade advocatícia foi, pois, a mais ampla possível, como já sugeria Ruy de Azevedo Sodré desde antes do advento da Constituição de 1988 e, se o os primeiros Estatutos voltaram seu foco para o advogado forense, a fim de promover uma ruptura com o paradigma existente no Império e nos primeiros anos de curso jurídico no Brasil, que aceitavam a atuação de rúbulas e provisionados, o Estatuto de 1994, considerando a realidade profundamente transformada já à época, tratou, além do advogado forense, de outras formas – porém não em *numerus clausulus* – de exercício da advocacia, englobando o advogado empregado, o advogado público e o advogado atuante na esfera extrajudicial, “compondo um paradigma complexo e multifacetado, que se abrigou sob a tutela jurídica comum”, nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁷³.

O art. 1º do Estatuto prevê, expressamente, que são atividades privativas da advocacia “a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”⁴⁷⁴ (inciso I) e “as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas” (inciso II), sendo que trata, nos seus artigos 18 a 21, do advogado empregado e no art. 3º, §1º, do exercício da atividade advocatícia pelos integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das

⁴⁷² LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 26.

⁴⁷³ LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 31.

⁴⁷⁴ No julgamento da ADI nº 1.127, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do dispositivo, mas excluiu sua aplicação aos Juizados de Pequenas Causas, à Justiça do Trabalho e à Justiça de Paz, perante os quais a parte poderia postular diretamente (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1.127. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ricardo Lewandowski, 17 de maio 2006. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 10 jun. 2010).

Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos demais entes federados, incluindo suas entidades de administração indireta e fundacional.

Vale ressaltar que apesar de se ter assentado, definitivamente, que a atividade advocatícia não estava limitada à atuação forense, não se tem dúvidas, da leitura de todo o diploma normativo em epígrafe, que a grande preocupação, em termos de efetiva regulamentação da atuação, da remuneração e da punição da atividade profissional se voltou somente à atuação do advogado na esfera judicial, o que se explica pelo momento histórico em que instituído o Estatuto⁴⁷⁵, assim como a Constituição de 1988.

Não houve uma preocupação específica quanto ao tratamento da atuação do advogado na esfera extrajudicial. Não há regulamentação expressa acerca da remuneração de tal atividade ou das responsabilidades inerentes a tal atividade, o que poderia levar à conclusão de que a atuação extrajudicial do advogado estaria limitada ou à margem do ordenamento.

Entretanto, entende-se que, a par da parca regulamentação da atividade, o profissional advogado, quando atuante na esfera extrajudicial, é submetido às regras gerais aplicadas à atuação forense, feitas as devidas adaptações à atuação extrajudicial para fins de adequação dos institutos à referida prática advocatícia, o que será mais bem delineado no decorrer deste capítulo.

Quanto à indispensabilidade do advogado à administração da justiça (repetida no art. 2º do Estatuto⁴⁷⁶), o diploma em referência assentou a ideia de que tal não se destina a alguma reserva de mercado profissional – como poder-se-ia imaginar –, mas sim à ordem pública e ao interesse social, já que referida garantia serve à parte e não ao profissional⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Remete-se à passagem deste capítulo em que se explica o contexto histórico da evolução do processo civil no Brasil no século XX e o que Kazuo Watanabe denominou de cultura da sentença, arraigada na valorização jurisdição como solução adjudicada pelo Poder Judiciário, dentro de um processo judicial, cultura esta que permeou tanto a regulamentação da atividade advocatícia quanto a estruturação dos cursos jurídicos no Brasil (WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 689).

⁴⁷⁶ “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” (BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022).

⁴⁷⁷ LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 29, 37.

Deve-se lembrar que, como já afirmado neste capítulo deste trabalho, a grande dificuldade de instituição da Ordem dos Advogados do Brasil vinha justamente dos profissionais que não aceitavam qualquer forma de limitação, regulamentação ou exigência para o exercício de tal *munus*. Neste contexto, a atuação técnica e ética do advogado não poderia ser controlada por outro se não o juiz da causa e, ainda assim, eram limitadas as hipóteses e possibilidades de punição, de modo que a parte por ele assistida, se mal representada, não tinha a quem recorrer.

Com a devida regulamentação da atividade, com normas específicas de seleção e controle, foi possível reduzir a possibilidade de excessos e abusos por parte dos profissionais e, assim, conferir mais segurança aos indivíduos por ele assistidos.

A garantia da indispensabilidade do advogado serve, pois, ao indivíduo por ele patrocinado – e à própria sociedade, haja vista a função social da atividade advocatícia – e não à referida categoria profissional.

Seguindo a análise do sentido conferido pelo Estatuto à indispensabilidade do advogado à administração da justiça, deve-se aferir a disposição dos §1º e 2º do art. 2º do diploma em referência, que prescrevem que “no seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social” e que “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*”⁴⁷⁸.

O texto do Estatuto positivou o que, como já dito, defendeu o Ruy de Azevedo Sodré quanto à caracterização da advocacia como uma atividade privada, exercida no interesse social.

Acrescente-se, a partir de uma análise que deriva de uma interpretação sistematizada da Constituição, a ideia de que no exercício de seu *múnus público*, de interesse social, o advogado não possui compromisso apenas com os interesses de seu cliente, mas também com a pacificação do conflito posto em discussão.

Isto porque se, como visto, a atuação do advogado se tornou necessária no decorrer da evolução histórica das sociedades, dados os resultados apresentados por este ator - terceiro estranho ao conflito inicialmente inaugurado entre as partes – na facilitação da solução da contenda, por meio da racionalização da disputa e, assim, do

⁴⁷⁸ BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. 1994.

oferecimento do melhor ambiente para a sua solução, não se tem dúvidas de que o seu compromisso é, ao fim e ao cabo, com a pacificação social.

Com efeito, a solução pacífica das controvérsias é um dos valores supremos da sociedade brasileira, como previsto no preâmbulo da Constituição Federal – que embora não contenha força normativa direta, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 2.076⁴⁷⁹ –, traz os valores ideológicos que permearam a construção do texto normativo –, a seguir transcrito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte⁴⁸⁰

Ressalte-se, como já visto no capítulo 2, que este valor “solução pacífica das controvérsias” foi trazido ao campo do processo civil por Cândido Rangel Dinamarco como um dos escopos da jurisdição (mais especificamente, um dos escopos sociais), ou seja, como um dos nortes do operador do direito na condução do processo e que legitima, para a doutrina do referido processualista, a adoção de outros métodos de solução de controvérsias que não o adjudicado pelo poder estatal⁴⁸¹.

É neste contexto que se põe em discussão a indispensabilidade do advogado em procedimentos que visam ao tratamento não contencioso dos conflitos.

Embora a Constituição de 1988 e o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil tenham trazido para o ordenamento jurídico pátrio uma importante positivação da importância da advocacia como atividade profissional, bem como tenham legitimado não só a advocacia forense, como os demais ramos da prática da atividade profissional, não se tem dúvidas de que, a par de tal evolução legislativa, o

⁴⁷⁹ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2076. Relator: Ministro Carlos Velloso, 15 ago. 2002. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 8 ago. 2003).

⁴⁸⁰ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 1988.

⁴⁸¹ DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**. 2003, p. 127.

ordenamento positivo permaneceu tratando, preponderantemente, do advogado forense, descendo a minúcias a regulamentação de tal atividade, ao passo que a atuação extrajudicial do advogado ficou à margem de maior atenção do legislador.

A tal respeito, é importante notar que se encontra em tramite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5511/2016, tornando obrigatória a presença de advogados em todos os casos de solução alternativa de conflitos⁴⁸², ao passo que o plenário do Conselho Nacional de Justiça já se manifestou pela não obrigatoriedade da participação de tal profissional nas mediações e conciliações conduzidas nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs), com fundamento na necessidade de desburocratização da resolução dos conflitos⁴⁸³.

A existência do projeto de lei em referência, em contraponto com a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, leva à indagação acerca da necessidade da criação de uma norma jurídica cogente que torne obrigatória a atuação do advogado nos procedimentos extrajudiciais de solução de conflitos.

Ora, a necessidade da participação do advogado deveria advir da própria indispensabilidade, na prática (e não somente na teoria) de sua atuação, de modo que as partes e os auxiliares da Justiça deveriam ter mais confiança no procedimento justamente em razão da presença do advogado.

Tal necessidade, há de se convir, já vem sendo reconhecida pela comunidade jurídica,

⁴⁸² Como já se viu no decorrer deste trabalho, entende-se como equivocada qualquer nomenclatura que qualifique os métodos de solução de conflitos diversos do processo judicial como alternativos, mas neste momento, procurou-se manter fidelidade com a nomenclatura utilizada pelo projeto de lei em referência.

⁴⁸³ Confira-se a seguinte ementa de julgamento: "RECURSO EM SEDE DE PEDIDOS DE PROVIDÊNCIAS. RESOLUÇÃO CNJ Nº 125/2010. PARTICIPAÇÃO FACULTATIVA DE ADVOGADOS NOS CEJUSCS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FATO NOVO. NÃO PROVIMENTO. I. Recurso contra decisão monocrática que julgou improcedente o pedido constante da inicial, por considerar que o artigo 11 da Resolução CNJ nº 125/2010 está em conformidade com a legislação regente sobre o tema. II. A pretensão recursal cinge-se à intervenção do Conselho Nacional de Justiça para determinar a obrigatoriedade da participação dos advogados nos atos praticados nos CEJUSCS. III. Não há de cogitar-se exorbitância, desconformidade, tampouco incongruência do quanto disciplinado na Resolução relativamente às disposições processuais que preveem a necessária participação de advogado ou de defensor público no processo judicial, bem como a possibilidade de participação desses atores na fase pré-processual (assegurada quando apenas uma das partes está assistida, reparando-se, dessa forma, o equilíbrio jurídico da negociação. IV. Inexistindo, nas razões recursais, qualquer elemento novo capaz de alterar o entendimento adotado, a decisão monocrática combatida deve ser mantida. V. Recurso conhecido, uma vez que tempestivo, mas que, no mérito, nega-se provimento" (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 281ª Sessão Ordinária. Recurso Administrativo em PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0004837-35.2017.2.00.0000. Relatora: Iracema do Vale. Brasília, 6 nov. 2018).

tanto que o Conselho da Justiça Federal, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, fez publicar o enunciado nº 177, segundo o qual “recomenda-se a manutenção de plantões da Defensoria Pública nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSCs, diretamente ou em parceria com a OAB ou outras instituições”⁴⁸⁴, sob a justificativa que se tem observado “a ausência de informação jurídica para balizar os pactos pela população beneficiária da assistência judiciária gratuita, assim como a retomada de conflitos e/ou a judicialização (inclusive no crime e violência doméstica) em razão de acordos já pactuados em conciliações e mediações sem a presença de advogados/defensores”.

O que se conclui da leitura do dispositivo do referido enunciado e de sua justificativa é que as tentativas de autocomposição realizadas sem a participação de advogados ou defensores públicos acaba causando a judicialização dos conflitos, ainda que já firmados acordos a respeito deles. Trata-se de evidente indício de que, mesmo em relação a conflitos menos complexos e multifacetados como os gerados nas relações empresariais – ou seja, que talvez demandem muito menos informação jurídica do que os conflitos empresariais -, a participação de um profissional da área jurídica preparado para prestar as devidas informações à parte por ele assistida tem mais chances de tornar a atividade bem-sucedida.

Veja-se que, como tratado no início deste Capítulo, a obrigatoriedade da atuação do advogado, na história, veio como consequência da demonstração de sua necessidade. O advogado passou a ser obrigatório porque era necessário – e não o contrário.

Não se tem dúvidas de que, sendo a negociação uma atividade inerente à vida em sociedade, se a discussão travada para a solução do conflito depende apenas de ferramentas negociais, a presença do advogado pode até ser dispensada.

Já se defendeu, no decorrer deste trabalho, que o profissional advogado é capaz de racionalizar a disputa, separar os interesses das partes de suas posições e conduzir os trabalhos para a melhor solução possível – ainda que, por carência de sua formação, não tenha plenos conhecimentos de ferramentas negociais e ainda que não possa desenvolvê-las com método – o que torna desejada a sua participação nas

⁴⁸⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 177**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

tratativas de solução de conflitos, especialmente no que concerne ao tratamento dos conflitos empresariais, em que as consequências adotadas por qualquer solução negocial geram impactos sobre toda uma cadeia de *stakeholders*. Entretanto, embora desejada, sua participação, nestas hipóteses, pode ser dispensada.

Outra conclusão alcança-se nas hipóteses em que o tratamento do conflito envolve discussão sobre questões jurídicas, tais quais qual o regramento aplicável à relação posta e quais as responsabilidades a seres definidas, por exemplo. Nestes casos, por certo, a atuação do advogado não pode ser dispensada e, além de extremamente necessária, deve ser entendida como obrigatória.

Neste contexto, tem-se que tornar obrigatória a atuação do profissional sem a demonstração ou o reconhecimento, inequívoco, de sua necessidade – tal qual pretende o projeto de lei em referência -, não parece o melhor caminho.

Tal conduta gera reações como a do Conselho Nacional de Justiça, que foi além e, mais do que afirmar a desnecessidade de atuação do advogado, fundamentou a indispensabilidade de tal profissional no entendimento de que a atuação do advogado tornaria mais burocráticos os procedimentos autocompositivos, o que leva a uma conclusão que deve ser objeto de análise cuidadosa pela advocacia: o advogado, hodiernamente, além de não ser indispensável nos procedimentos que levam à autocomposição, é considerado como um elemento que atrapalha a solução extrajudicial do conflito.

Surge, pois, a necessidade de se investigar como o advogado – cuja atuação, nos primórdios, tornou-se necessária na defesa de direitos e de justiça, dada sua característica de solucionadora de problemas –, passou a ser considerado um elemento obstaculizador da solução do conflito, ao tornar mais burocráticos os procedimentos autocompositivos.

Um dos caminhos possíveis para tal investigação parte da ideia de que o contexto normativo estudado neste tópico influenciou – ou foi influenciado, eis a dúvida - a formação jurídica no Brasil, que prepara o profissional, basicamente, para a lida forense, o que será mais bem analisado no tópico seguinte.

3.3 A FORMAÇÃO JURÍDICA DO ADVOGADO

Kazuo Watanabe⁴⁸⁵ afirmou que um grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e da mediação é a formação acadêmica dos operadores de direito, voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesse, ou seja, formada por um processo judicial, em que é constituída uma solução imperativa dada pelo representante do Estado, sem qualquer adequação, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso.

Segundo o autor, além da cultura da sentença arraigada em nosso país, era preciso tratar a formação jurídica do advogado e dos demais operadores do direito, a fim de aumentar o espectro da atuação dos modelos extrajudiciais de solução de conflitos.

Com efeito, Eduardo Couture afirma que “estuda” é o primeiro dos “mandamentos do advogado”⁴⁸⁶ e que, se o direito está em constante transformação, quem não o acompanha será cada dia menos advogado. O autor dá conta de que, para o advogado, o ato de estudar somente tem fim quando também acaba sua própria vida e levando a crer que a formação deste profissional é incessante:

Como todas as artes, a advocacia só se aprende com sacrifício, e, como em todas as artes, também se vive em constante aprendizagem. O artista, mínimo corpúsculo, encerrado no imenso cárcere de ar, vive esquadrinhando sem cessar suas próprias grades, e seu estudo só termina com sua própria vida⁴⁸⁷.

Tudo se inicia, entretanto, via de regra, no curso de graduação em Direito.

3.3.1 A evolução dos cursos jurídicos no Brasil e o perfil do egresso

No Brasil, os cursos jurídicos não formam advogados, assim como não formam magistrados, promotores de justiça, procuradores, delegados de polícia, defensores públicos e etc. Os cursos jurídicos formam bacharéis e estes se submetem a seleções para o exercício de cada profissão jurídica que decidirem exercer.

O exame de seleção imposto pela Ordem dos Advogados do Brasil visa a avaliar se o bacharel em Direito possui todos os predicados técnicos exigidos para atuar

⁴⁸⁵ WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 689.

⁴⁸⁶ COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1979, p. 21.

⁴⁸⁷ COUTURE. **Os mandamentos do advogado**. 1979, p. 21.

profissionalmente como advogado e o Superior Tribunal de Justiça, com muito acerto, reconheceu a importância da submissão dos bacharéis a tal certame, afirmando que a inscrição na entidade “não constitui mero título honorífico, necessariamente agregado ao diploma de bacharel”, bem como que a seleção por ela realizada “deve ser tão rigorosa como o procedimento de escolha de magistrados e agentes do Ministério Público”, não sendo de bom alvitre liberalizá-la, como de quando em vez sugerem alguns movimentos contrários à atividade de seleção e controle da atividade⁴⁸⁸.

A formação jurídica recebida pelos bacharéis brasileiros, entretanto, merece ser brevemente considerada, porque por meio da análise do desenvolvimento dos cursos jurídicos é possível compreender a construção do perfil do egresso que deverá estar apto a integrar a carreira da advocacia (e demais carreiras jurídicas).

Ademais, é por meio da compreensão da formação jurídica do egresso que se compreende a formação da cultura jurídica brasileira, pois segundo Aneline dos Santos Ziemann⁴⁸⁹ quando utilizada a expressão “cultura jurídica”, faz-se referência a um conjunto de atitudes e hábitos compreendidos pela forma como os cursos jurídicos impactam a sociedade e, ao mesmo tempo, absorvem o contexto de seu entorno:

o que se busca expressar é o conjunto de atitudes e hábitos revelados não apenas pelos profissionais da área, mas também pelos cidadãos em geral e, neste contexto, a cultura jurídica diz respeito não somente aos mecanismos de formação dos profissionais que operam no mercado, mas também ao funcionamento de todo o aparato jurídico disponível. Entretanto, é preciso compreender a forma mediante a qual o curso vem impactando a sociedade, ao mesmo tempo em que incorpora em si o contexto do seu entorno⁴⁹⁰.

Para entendermos como alcançamos o estágio atual de desenvolvimento dos cursos jurídicos no Brasil, merece relevo um breve esboço histórico baseado nos

⁴⁸⁸ Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). REsp 214.671/RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 23 mai. 2000. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 1 ago. 2000, p. 197.

⁴⁸⁹ ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter-privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro**: proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. 2018. 234f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.

⁴⁹⁰ ZIEMANN. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter-privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro**: proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. 2018.

apontamentos de Sérgio Rodrigo Martinez⁴⁹¹, que estuda a evolução do ensino jurídico brasileiro acompanhando a compartimentação dos três momentos básicos destacados na teoria política: os modelos de Estado Liberal, Social e Neoliberal.

Já se adiantou, em tópico anterior, que os dois primeiros cursos de Direito no Brasil foram criados no ano de 1827. O movimento que culminou na criação das Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda se iniciou na Faculdade de Direito de Coimbra, onde circulavam, em atendimento às determinações das Ordenações, os estudantes de direito que pretendiam atuar no foro no Brasil. De Coimbra foi trazida, para os cursos de Direito do Brasil, a cultura jurídica vigente à época, que absorveu a ideologia iluminista liberal e a influência do liberalismo que permeou a independência.

Tal cultura jurídica iluminista liberal, aplicada aos cursos jurídicos brasileiros, não estava relacionada somente à modificação do poder sobre o Estado (fim do absolutismo), mas também a um novo modelo científico, que culminou no fortalecimento de uma ciência cuja produção era geométrica, linear e racional, a fim de sepultar, de vez, o período absolutista que ficava para trás.

A regulação liberal das relações sociais era o mecanismo impulsionador dos estudos jurídicos à época e o universo do Direito que se discutia se resumia à norma jurídica codificada, por influência do “Normativismo Positivista” ou “Positivismo Codificador”⁴⁹², de forma isolada de outros conhecimentos⁴⁹³.

A Proclamação da República, o sucesso da cafeicultura e a “industrialização tardia” do Brasil, que geraram uma pressão maior da sociedade civil sobre o Estado ao clamar pela expansão de liberdade (de mercado) para a área do ensino, induziram a primeira reforma educacional no ensino jurídico e, então, foi permitida a criação de

⁴⁹¹ MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Rodrigo-Martinez/publication/266185959_A_EVOLUCAO_DO_ENSINO_JURIDICO_NO_BRASIL/links/54dbfa2a0cf2a7769d948080.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁴⁹² O pensamento filosófico positivista teve grande influência na construção de um pensamento positivista no Direito, em especial no Brasil, que absorveu tal ideologia nos círculos de pensamento em geral e a aplicou até mesmo em sua bandeira, por meio da utilização da frase “ordem e progresso”. Vale ressaltar que dentro da própria teoria do direito (Karl Larenz), o pensamento prevalecente era da jurisprudência dos conceitos e só depois surge a jurisprudência dos interesses, o que mostra uma constante evolução da teoria do direito que, entretanto, não foi acompanhada pelos cursos de direito, que continuaram presos à dogmática, vinculada ao positivismo.

⁴⁹³ É desta época – o que confirma esse estágio positivista da cultura jurídica brasileira – o surgimento dos projetos de elaboração de um Código Civil para o Brasil, nos moldes do estatuto provado editado por Napoleão Bonaparte, na França liberal da segunda metade do século XIX.

novas faculdades de Direito pelo país.

A necessidade de suprimento da demanda de profissionais da área jurídica não suportada pelas duas Faculdades existentes à época, aliada à crença do poder da educação nesta sociedade em construção, fizeram eclodir numerosos outros cursos de Direito no Brasil, sem que houvesse, entretanto, uma grande preocupação com o aspecto qualitativo da formação oferecida, já que o que prevalecia era a liberdade de mercado (bem típica da ideologia liberal).

Tal circunstância limitou a formação dos juristas à época, que repetiam um ciclo de reprodução da ideologia liberal e do direcionamento das grades curriculares preponderantemente para as disciplinas de Direito Privado.

Em 1927, cem anos após a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil, já haviam sido criadas mais doze faculdades espalhados pelo país - que concentravam cerca de 3.200 alunos – todas arraigadas no paradigma liberal e codicista vigente à época, formador do que se chamou de “fábrica de bacharéis”, bem como o modelo fordista.

Vale colacionar, a respeito, as palavras de Sérgio Rodrigo Martinez

É perceptível que essas conjunções sociais da primeira fase do Ensino Jurídico Brasileiro o mantiveram atrelado às bases ideológicas do momento, estritamente voltadas para o plano dos conteúdos curriculares da livre economia. O chamamento científico do momento histórico vivido era de afirmação do Estado Liberal e a academia necessitava reproduzir a regulação socialmente requerida⁴⁹⁴.

Assim, pode-se afirmar que a formação jurídica no Brasil nos primeiros cem anos de história desde o nascimento dos dois primeiros cursos de Direito produzia bacharéis cujas qualificações os limitavam ao estudo da norma codificada sob uma metodologia alienante em relação outras áreas do conhecimento. Era a valorização do tecnicismo.

Em seguida, a crise econômica mundial que se viu estabelecer a partir de 1930 foi o ambiente ideal para o nascimento do *Welfare State* ou Estado Social, cujo mote – ao revés do Estado Liberal – era o dirigismo estatal.

Os tempos de mudança social geraram a necessidade de criação e estudo de novos direitos e nesta época foram criados novos estatutos jurídicos: Código de Processo Civil, Código Penal, Código de Processo Penal, uma nova Lei de Introdução ao Código Civil e, mais para frente, proliferaram os microssistemas jurídicos, operando a

⁴⁹⁴ MARTINEZ. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. p. 4.

chamada “publicização do direito privado”, material normativo este que foi incorporado ao conteúdo dos cursos de Direito.

No campo do ensino jurídico, entretanto, mantinha-se a tendência de reprodução do modelo liberal vigente, o que se depreende, inclusive, da reforma promovida por Francisco Campos em 1931, que institucionalizou a “Universidade” – demonstrando a intenção de superação da ideologia da República Velha – mas manteve uma proposta curricular claramente direcionada às demandas mercadológicas⁴⁹⁵.

Em 1961 o Conselho Federal de Educação criou o “currículo mínimo” e em 1972 atribuiu-se aos cursos de Direito certa flexibilidade para que estes pudessem adaptar suas grades às realidades regionais nas quais estavam inseridos. Entretanto, a técnica, aliada ao controle do pensamento crítico – especialmente durante os governos autoritários – era ainda o referencial a ser seguido, porquanto atendia às leis de mercado e mantinha a ordem perante o aparato estatal autoritário⁴⁹⁶.

Na década de 90 havia 186 cursos de Direito no país, que mantinham a mesma base curricular desde 1973.

Considerando que as alterações no contexto social e político durante a vigência deste que se pode chamar de Estado Social – e até mesmo na vigência do Neoliberalismo - não promoveram grandes influências no ensino jurídico nacional, já que as reformas operaram mais no plano externo dos cursos do que propriamente em seu substrato material, conclui-se que o paradigma liberal acabou sendo o pano de fundo de todo o desenvolvimento do ensino jurídico brasileiro.

Nas palavras de Sérgio Rodrigo Martinez:

O Estado Social Brasileiro só se olvidou em estabelecer uma regulação qualitativa dos cursos de Direito, aos quais foi mantida a modelagem livre, com base na pedagogia tradicional. A única resposta efetiva do Estado Brasileiro foi permitir o aumento do estudo dos novos estatutos legislativos, a partir da criação de mais cursos de Direito⁴⁹⁷.

Horácio Wanderlei Rodrigues⁴⁹⁸, por sua vez, afirmou, em 1993, que, desde sempre

⁴⁹⁵ ZIEMANN. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter-privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro:** proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. 2018, p 148.

⁴⁹⁶ MARTINEZ. **A evolução do ensino jurídico no Brasil.** p. 7.

⁴⁹⁷ MARTINEZ. **A evolução do ensino jurídico no Brasil.** p. 6.

⁴⁹⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 14.

quem percorre os programas de ensino e, sobretudo, quem ouve as aulas que nelas se proferem, sob a forma elegante e indiferente da velha aula-douta coimbrã, vê que “o objetivo atual do ensino jurídico é proporcionar aos estudantes o conhecimento descritivo e sistemática das instituições e normas jurídicas”, o que transforma o curso jurídico em um curso de institutos jurídicos, apresentados sob a forma expositiva de tratado teórico-prático.

Foi, entretanto, com a Portaria nº 1.886/94 do Ministério da Educação e Cultura, com o apoio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96), que se instituiu um intervencionismo estatal nos cursos de Direito que repercutiu positivamente no cenário educacional⁴⁹⁹.

A formação puramente tecnicista foi afastada do mote da referida norma, como se infere de seu art. 3º, que dispõe expressamente sobre a necessidade de se produzir uma formação técnico-jurídica, mas também sociopolítica e prática, ao dispor que:

Art. 3º O curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão interligadas e obrigatórias, segundo programação e distribuição aprovadas pela própria Instituição de Ensino Superior, de forma a atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em direito⁵⁰⁰.

Ainda assim, mantinha-se o arquétipo liberal no ensino jurídico, pois era a sala de aula o local onde os estudantes continuavam a permanecer durante grande parte de seus cinco anos de curso de Direito, ou seja, na maioria das 3.300 horas de atividades exigidas⁵⁰¹.

Novas e importantes alterações na base curricular do curso de Direito foram implementadas em seguida e serão analisadas adiante neste trabalho, mas a premissa que se pretende fixar é a de que, desde a criação dos primeiros cursos de Direito no Brasil, nos idos de 1827, em pleno Brasil Império, até o início do século XXI, o ensino jurídico no Brasil – que forma os bacharéis que devem estar aptos a prestar o exame da Ordem dos Advogados do Brasil para enfim exercerem as atividades da advocacia –, foi comandado pelo ideário liberal, submetido às limitações do tecnicismo

⁴⁹⁹ Passou-se a operar avaliações de desempenho periódicas e incluíram-se no currículo mínimo atividades nunca antes exigidas, como monografia final, atividades complementares e estágio de prática jurídica, além de exigências de acervo mínimo de obras jurídicas e da criação de um “Núcleo de Prática Jurídica” (MARTINEZ. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. p. 9).

⁵⁰⁰ CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Brasília, 1994. Disponível em: < <https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

⁵⁰¹ MARTINEZ. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. p. 9.

puro, acostumado ao estudo frio da letra da lei.

Paralelamente, enquanto a metodologia do ensino jurídico brasileiro se arraigava no tecnicismo do estudo do direito positivo, os séculos XIX e XX vivenciaram o maior aprofundamento do estudo do direito processual.

Com efeito, embora com as Ordenações o processo pareça ter tomado fisionomia legislativa própria, continuava sendo tratado como apêndice do direito material, sem preocupação com a ordem científica, limitando-se o seu conteúdo ao aspecto externo, com proliferação das práticas e das praxes⁵⁰². Tal sincretismo jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal passou a ser questionado a partir da segunda metade do século XIX, até que se alcançou a plena consciência da autonomia entre os planos⁵⁰³.

Assim, em meados do século XIX, enquanto aqui vivia-se o Brasil Império e iniciava-se a operação dos primeiros cursos de Direito, na Europa desenvolvia-se o estudo do processo como ciência autônoma, inaugurando a segunda fase metodológica da história do processo, denominada autonomista⁵⁰⁴.

A partir de tal alcance, foi proposta a renovação dos estudos do direito processual, que surgiu, afirmam alguns, como ciência em si mesma, dotada de objeto e métodos próprios, na obra inovadora de Oscar Von Bullow *Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen – A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais* -, de 1868, que destacou dos planos do ordenamento jurídico duas realidades distintas: a relação jurídica processual e a relação de direito privado⁵⁰⁵.

Esta fase, leciona Dinamarco, permitiu a exploração de um campo fertilíssimo e pouco conhecido até então, que era dos fatos e das relações jurídicas do processo, em que surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece.

⁵⁰² SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 36.

⁵⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19.

⁵⁰⁴ Cândido Rangel Dinamarco divide a história do processo em três fases metodológicas: sincrética, autonomista e instrumentalista e esta será a divisão e a nomenclatura utilizada neste trabalho (DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013, p. 26).

⁵⁰⁵ DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013, p. 19.

Afirma o doutrinador que “foram os tempos da grande escalada da técnica processual, em que gradualmente mas em breve tempo os institutos do processo foram se revelando e foram sendo descobertas as relações entre eles”⁵⁰⁶.

Em outro estudo, Dinamarco⁵⁰⁷ chega a afirmar que o desenvolvimento foi tanto que, na necessidade de se firmar a consistência metodológica do processo como ciência, passou-se à dominação de exagerado conceitualismo, que levou o processualista

a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa⁵⁰⁸.

Da Alemanha, a doutrina autonomista aportou na Itália e moldou-se de forma científica na pesquisa de Giuseppe Chiovenda, fundador da Escola Italiana de Processo e autor da primeira obra verdadeiramente sistemática de direito processual civil e se desenvolveu nos estudos de Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Tulio Liebman⁵⁰⁹, todos de grande influência sobre os estudos do processo civil em solo brasileiro⁵¹⁰.

A fim de justificar o direito processual civil como próprio e autônomo, os processualistas – agora também no Brasil - se empenharam na tarefa de construção do processo como um instrumento puramente técnico, alheio a valores e qualquer resíduo de direito material, a favor de uma racionalidade jurídica e técnica⁵¹¹.

A adoração da técnica⁵¹² levou ao grande desenvolvimento do direito processual também em solo brasileiro⁵¹³, como ilustra Cleanto Guimarães Siqueira:

Desde então, o direito processual civil brasileiro orgulha-se de haver arrebanhado o mais proficiente elenco de juristas jamais reunido em torno de uma disciplina, desde o vestuso Código Civil de 1916. Não mais falamos,

⁵⁰⁶ DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013, p. 20.

⁵⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

⁵⁰⁸ DINAMARCO. **Nova era do processo civil**. 2003, p. 11.

⁵⁰⁹ SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 29.

⁵¹⁰ Segundo Dinamarco, estruturado e sistematizado como ciência, o direito processual atingiu um grau de maturidade (caracterizado pelo encontro de todos em torno de certas ideias comuns, como a própria autonomia do direito processual e seus institutos) que permitiu a sua universalização (DINAMARCO. **A instrumentalidade do processo**. 2013, p. 20-21).

⁵¹¹ Sobre o tema, conferir didática explanação de Claudio Madureira (MADUREIRA. **Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo**. 2017, p. 73).

⁵¹² TORNAGHI, Helio apud SIQUEIRA. **A defesa no processo civil: as exceções substanciais no processo de conhecimento**. 1995, p. 34.

⁵¹³ Confira-se, a respeito: GRINOVER. **O processo em evolução**. 1996, p. 5-6, que cita importantes trabalhos desenvolvidos no Brasil à época.

agora, em Escola Processual de São Paulo; temos, sim, *Escola Brasileira de Direito Processual*, posto que, não só em São Paulo ou no Rio de Janeiro, como também em Minas Gerais, na Bahia, no Rio Grande do Sul, enfim, em quase todos os Estados da Federação floresceram escolas, estudiosos e mestres do direito processual, tanto civil quanto penal e trabalhista. Motivados por um moderno Código de Processo, cujos elogios são ouvidos em toda Europa Continental, os processualistas empenharam-se em edificar uma sólida construção científica, estruturada no preciosismo técnico, no apuro do vocabulário e no constante debate acerca dos seus institutos fundamentais⁵¹⁴.

Tal circunstância é de fácil verificação quando se analisa o CPC/73. Assim como esse diploma processual era notoriamente conhecido como muito técnico, também se mostrava um instrumento despreocupado com os seus resultados, seguindo a tendência autonomista, uma vez que cuidou mais de disciplinar o processo como uma ciência própria, do que estabelecê-lo como um meio para se atingir determinado fim⁵¹⁵.

Então, conquistadas as bases científicas do direito processual, consolidadas conceitualmente suas características e seus institutos, estabelecida a autonomia do processo em relação ao direito material, passou-se ao despertar de uma nova onda renovatória nos estudos da processualística⁵¹⁶ e, ou de uma nova fase metodológica, em que se fazia necessário pensar o processo de forma crítica, na busca da real eficácia do sistema.

Assim, a partir dos anos 1970 e o desenvolvimento do Projeto Florença, comandado por Bryant Gart e Mauro Capalletti, que inspiraram os estudos, no Brasil, de Cândido Rangel Dinamarco e a publicação da obra *A Instrumentalidade do Processo* (1987), iniciou-se uma nova fase metodológica do direito processual, o instrumentalismo⁵¹⁷.

Para o desencadeamento deste novo método, crítico por excelência, foi de muita relevância o florescer do estudo das grades matrizes constitucionais do processo e, mais uma vez, multiplicaram-se os estudos sobre o tema, agora com o viés

⁵¹⁴ SIQUEIRA. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 1995, p. 34.

⁵¹⁵ MAZZEI. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. 2014, p. 195.

⁵¹⁶ SIQUEIRA. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. 1995, p. 35.

⁵¹⁷ Interessante destacar que embora no Brasil ainda predominasse a preocupação do processo pelo processo (tanto que o CPC/73 é tecnicamente muito bem construído mas sem preocupação com a efetividade, o que somente veio a se desenvolver com as reformas, a partir dos anos 90), na Europa já havia movimento voltado a dotar este instrumental de uma maior efetividade.

constitucional e desenvolvidos dentro de uma Teoria Geral do Processo. Afirma Ada Pellegrini Grinover:

Outros fatores deram renovado impulso aos estudos constitucionais do processo: na Universidade de São Paulo, criada a disciplina de pós-graduação Processo Constitucional, muitas dissertações e teses de mestrado/doutorado são apresentadas e defendidas; e, com os trabalhos preparatórios e a sucessiva promulgação da Constituição de 1988, rica em garantias processuais, os trabalhos multiplicaram-se⁵¹⁸

O pensamento crítico acerca do processo incentivou, naturalmente, uma fase reformista do Código de Processo Civil de 1973, iniciada pela chama *Reforma*, representada por doze leis editadas nos anos de 1994 e 1995 que promoveram alterações em pontos vitais do sistema processual civil brasileiro⁵¹⁹, acrescida de uma segunda fase – a *Reforma da Reforma* – em que mais duas leis foram aprovadas em 2001 para fins de aperfeiçoamento das alterações já introduzidas e implantação de outras novas, tornando necessário, mais uma vez, o incremento da doutrina de direito processual. Paralelamente, foram criados diplomas especiais, voltados à consecução da tutela coletiva, bem como dos juizados especiais, por exemplo.

Em 2015, foi instituído o atual Código de Processo Civil, que representou mais uma ressystematização do direito processual civil brasileiro, pois determinou a releitura integral de vários institutos jurídicos, a partir da visão constitucional do processo e colocando o processo como centro da Teoria do Processo, motivo pelo qual defende-se que tal diploma normativo inaugurou, no Brasil, uma quarta fase metodológica da ciência processual, qual seja, o formalismo valorativo e, por óbvio, fomentou ainda mais a doutrina processual civil no Brasil⁵²⁰.

Vê-se, assim, que, a partir do desenvolvimento da segunda fase metodológica do processo, o estudo deste tomou tão especial relevância que foi separado do estudo do direito material e fortemente verticalizado, a ponto de ter fixado suas bases científicas e, em seguida, sido parcial e integralmente remodelado não só uma, mas algumas vezes, demandando incessantes estudos e re-estudos acerca de seus conceitos, características e método.

Para acompanhar esse fomento crescente do estudo do processo civil, os currículos

⁵¹⁸ GRINOVER. **O processo em evolução**. 1996, p. 7.

⁵¹⁹ DINAMARCO. **Instituições de direito processual civil**. 2003, p. 295.

⁵²⁰ MADUREIRA. **Fundamentos do Novo Processo Civil Brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017, p. 64.

dos cursos de Direito brasileiros foram ganhando cada vez mais disciplinas específicas de processo – em especial de processo civil – espalhadas por praticamente todos os períodos curso, situação que não sofreu alteração mesmo quando, já na fase da instrumentalidade, passou-se a aproximar o estudo do direito processual do direito substancial.

Assim é que se pode afirmar que a prioridade dos estudantes do curso de direito, desde o final do século XIX e especialmente durante todo o século XX até o início do século XXI, era debruçar-se sobre os códigos – dada a prevalência do ideário liberal já estudado – e sobre o processo, em especial sobre o processo civil – dada a evolução do direito processual no Brasil.

E é dentro deste contexto que deve ser analisada a grade curricular vigente até o início do século XXI, em que se verifica que são previstas disciplinas que envolvem cada ramo de direito material privado e disciplinas – por vezes em número maior do que as relativas a cada direito material – relativas a um direito processual teoricamente aplicável a todas as espécies de direito material privado.

No curso de graduação da Universidade Federal do Espírito Santo⁵²¹, por exemplo, até o ano de 2021 a grade curricular do curso de Direito era composta de 07 disciplinas obrigatórias de direito processual civil, quais sejam: Teoria Geral do Processo (esta relativa ao processo civil, mas também aos demais ramos do processo, como o penal, o trabalhista, o eleitoral etc.), Processo Civil I, Processo Civil II, Processo Civil III, Processo Civil IV, Processo Civil V e, Processo Civil VI, além de três disciplinas optativas, quais sejam, Direito Processual Empresarial, Processo Tributário e o novo CPC e Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos, ao passo que contava com apenas oito disciplinas obrigatórias, por exemplo, de direito Civil (Teoria Geral do Direito Civil, Direito das Obrigações I, Direito das Obrigações II, Responsabilidade Civil, Direito de Empresa, Direito das Coisas, Direito de Família e Direito de Sucessão), além de suas optativas (Direito de Empresa II e Direitos Reais em Espécie).

Levando em consideração todo este contexto dos cursos de Direito no Brasil, não é

⁵²¹ Informações colhidas no sítio eletrônico da Universidade Federal do Espírito Santo. (https://direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/oferta_2021_-2.pdf). Acesso em: 14 fev. 2022).

difícil chegar à conclusão de que a formação jurídica no Brasil⁵²² vem preparando os bacharéis, futuros advogados, para a vida, de forma bastante fechada, com o processo, ou seja, com o litígio, pois a cumulação da visão liberal aplicada à grade curricular dos cursos de Direito do Brasil, aliada ao desenvolvimento dos estudos do processo civil tendo o processo como centro da Teoria não poderia levar a outra consequência se não a preparação do profissional jurista para a contenda judicial.

Poder-se-ia afirmar que o problema instaurado na advocacia não advém da formação profissional do operador do direito e sim da cultura jurídica vigente no país.

Entretanto, como visto neste trabalho, a cultura se forma a partir de atitudes e hábitos compreendidos pela forma como os cursos jurídicos impactam a sociedade (ao direcionar a atuação profissional conforme os ensinamentos de como fazê-lo, passados de acordo com o currículo escolar) e, ao mesmo tempo, pela forma como os cursos são impactados pela atuação profissional (cuja experiência, de sucesso ou não, é repassada aos alunos por meio dos professores).

A formação jurídica alimenta a atuação profissional e é, também, por ela alimentada, de modo que não há como separar a cultura jurídica da formação jurídica do profissional nela inserido.

Diante de todo o exposto, não é difícil alcançar o motivo pelo qual todo o regramento da atividade advocatícia já vista em tópicos anteriores, embora não descarte a possibilidade de o advogado atuar na seara extrajudicial, prioriza o tratamento e a regulação da sua atuação dentro do processo judicial.

Entendida, pois, a causa – ou uma das causas - do problema, torna-se mais fácil buscar a forma mais adequada para solucioná-lo.

3.3.2 As consequências da formação do advogado neste contexto e perspectivas para o presente e o futuro

O bacharel que se formou até o início do século XXI saiu do curso de Direito com competências bastante tecnicistas e sabendo, a fundo, atuar no processo judicial.

⁵²² Com naturais exceções, reveladas, em especial, não pelo currículo universitário, mas sim e mais importante, pelo esforço dos profissionais professores em atualizar as disciplinas ministradas dentro deste currículo fechado.

Não é difícil concluir que este bacharel, ao ser aprovado no exame de seleção da Ordem dos Advogados do Brasil, está fortemente preparado para levar seus clientes ao combate judicial e ao se deparar com o conflito apresentado pela parte por ele patrocinada, não hesitará em buscar este caminho que, talvez unicamente em razão da sua expertise, se mostrará o mais adequado.

É por tal motivo que a formação do jurista brasileiro foi, certamente, um dos aspectos que durante muito tempo impediu a utilização de outros meios de solução de conflitos e contribuiu para a formação de uma cultura da sentença, como denominou Kazuo Watanabe em obra datada de 2005⁵²³.

Nas palavras do referido autor, “além do aspecto cultural indicado, o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a formação acadêmica dos nossos operadores do direito, que é voltada, fundamentalmente, para a formação contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses”, de modo que “toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, em que é proferida uma *sentença*, que constitui a solução imperativa dada pelo representante do Estado”. Sua constatação é de que “o que se privilegia é a solução pelo critério do “certo ou errado”, do “preto ou branco”, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso”⁵²⁴. E mais:

É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de direito do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradoras públicas. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não-contenciosa dos conflitos. Apenas alguns cursos de pós-graduação oferecem disciplinas nessa área, mas sem nenhuma ênfase especial⁵²⁵.

Tal circunstância, por certo, foi também a responsável pela formação de uma legião de advogados combativos, que viam e vêm na sugestão de autocomposição do conflito um indicativo de fraqueza ou de má técnica, contribuindo para a sua conformação com o estado de coisas posto até então.

Ricardo Goretti afirma que a *cultura da gestão inadequada dos conflitos* – entendida como o “conjunto de comportamentos adquiridos e reproduzidos por profissionais do Direito, que os levam a fazer uso aleatório de métodos e técnicas de prevenção e

⁵²³ WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 685.

⁵²⁴ WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 685.

⁵²⁵ WATANABE. Cultura da sentença e cultura da pacificação. 2005, p. 685.

resolução de conflitos, sem maiores preocupações com as particularidades do caso concreto” – é um dos traços característicos do estado de crise no qual se encontra o ensino jurídico brasileiro, mas que pode ser superada. O autor afirma que é “cada vez mais comum observar, no mundo jurídico, que dogmas e mitos historicamente cultivados como verdades e virtudes perdem força, passando a ser questionados, revisados e superados por novas concepções, lançadas com a mesma pretensão de perenidade”. Tal inclinação para o uso desmedido do processo judicial é uma forma de agir do profissional do Direito que pode ser superada com a popularização de métodos alternativos ao processo judicial (como mediação, negociação, arbitragem, serventias extrajudiciais, dentre outros).⁵²⁶

Para que seja efetivada tal superação, mister a adaptação da advocacia às mudanças ocorridas na prática jurídica⁵²⁷ e, logicamente, a adaptação dos cursos de Direito para que formem profissionais aptos a enfrentar tais mudanças, mediante a realização de ações de valorização de três atividades essenciais: (1) constante atualização do conhecimento; (2) valorização de outros conhecimentos ou saberes, que possibilitarão uma melhor compreensão da complexidade inerente aos fenômenos que nos cercam; e (3) o desenvolvimento de competências e habilidades capazes de possibilitar ao estudante a adaptação aos desafios de um futuro profissional que não se pode dimensionar.⁵²⁸

Para Gorette⁵²⁹, a primeira medida a ser adotada pelos cursos de Direito é a superação do arquétipo da judicialização, ou seja, a superação da ideia da utilização do processo como via primária de gestão de conflitos e a superação do senso comum teórico do

⁵²⁶ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 38.

⁵²⁷ São as listadas pelo autor: “a) utilização da inteligência artificial e de outras tecnologias na prática jurídica; b) as constantes mudanças legislativas; c) o desenvolvimento de mecanismos mais complexos de interpretação normativa, fundados na lógica de uma maior aproximação do direito e da justiça com questões de ordem moral; d) o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, desenvolvida a partir de uma visão reconfigurada da Constituição, vista como sistema aberto de regras e princípios; e) o acúmulo de processos nos tribunais e a consequente incapacidade de processamento das lides pela via tradicional do processo; e f) a tendência de difusão de métodos alternativos (ao processo judicial) de gestão de conflitos, como a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação” (GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 40-41).

⁵²⁸ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 42.

⁵²⁹ GORETTI. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. 2019, p. 44.

jurista, que o distancia da realidade e o aprisiona aos autos do processo.

A necessidade de superação desta cultura da sentença (ou da judicialização) foi objeto de preocupação do Ministério da Educação e Cultura, que positivou a modificação do currículo básico do curso de Direito, por meio da Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, dando especial ênfase à formação de competências no aluno para a gestão do conflito por meio da utilização não só do processo judicial, mas também do que ele denominou de “formas consensuais de composição de conflitos”.

Sobre a mudança de postura dos profissionais do direito, Santiago Cabral destaca-se que houve uma relevante contribuição do Ministério da Educação, ao incluir a conciliação, a mediação e a arbitragem como disciplinas obrigatórias nos cursos de direito de todo o país⁵³⁰, o que permite aos futuros estudantes de Direito conhecer novos métodos, técnicas e ferramentas de solução de conflitos e, conseqüentemente, ter novas perspectivas profissionais e de mercado.⁵³¹

O art. 3º da referida norma é claro ao dispor que ao graduando do Curso de Direito deverá ser assegurada “sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais”. Ademais, a ele deve, também, ser assegurado o “domínio das formas consensuais de composição de conflitos”, necessariamente aliada “a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomenta a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, a prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania”.

O art. 4º vai mais além e dita que uma das capacidades do graduando deve ser a de “desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos”, sendo que tal preocupação não se limita à atividade teórica, mas também à prática, já que o art. 5º, §6º determina a inclusão de práticas de resolução consensual de conflitos na regulamentação e no planejamento das atividades de prática jurídica que deverão integrar, necessariamente, o currículo do graduando.

⁵³⁰ Conforme Resolução CNE/CES 5/18, oriunda do Parecer 635/18, homologado pela Portaria 1.351/18 do MEC (BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

⁵³¹ CABRAL; SANTIGO. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. 2020.

As mudanças de perspectiva capitaneadas, em ambiente acadêmico, pela Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018, do Ministério de Educação e Cultura estão acontecendo aos poucos, de forma mais acelerada nas instituições particulares de ensino (dada a maior facilidade e desburocratização exigidas para alteração de grade curricular) e não se tem dúvidas de que se trata de um movimento que já não mais admite retorno.

A partir dos próximos anos, então, crê-se que os futuros bacharéis, que estão vivenciando a oportunidade de se formarem com uma mentalidade bem diferente daqueles que ingressaram no Curso de Direito até então, poderão atuar na tão esperada mudança de cultura jurídica – abandonando, de vez, a cultura da sentença a qualquer custo – e, ainda aproveitar o mercado de trabalho receptivo a uma forma de advogar ainda pouco explorada no Brasil.

3.4 UMA FORMA DE ATUAÇÃO A SER EXPLORADA

Não se desconhece o crescimento, em todo o mundo, do interesse na advocacia preventiva e extrajudicial, em que, nas palavras de Paulo Lôbo⁵³², ao contrário da advocacia curativa, ou de postulação em juízo, em que seus argumentos são *ad probandum*, o advogado, ao emitir conselhos, vale-se de argumentos essencialmente *ad necessitatem*.

Michele Taruffo reconhece a existência de movimento forte em muitos ordenamentos de recurso massivo aos chamados – por ele – de métodos alternativos de resolução de controvérsias. Segundo o autor, “discute-se muito, escreve-se muito, e também vários legisladores dedicam um número crescente de normas diretas, para incentivar, de algum modo, o recurso a estes métodos”⁵³³.

O autor, entretanto, afirma que, se pudesse conjecturar, no plano da realização prática, a utilização dos métodos que ele denomina de alternativos talvez seja muito menos frequente do que possa aparecer na literatura do argumento, “mas esta é uma dúvida que somente poderia ser resolvida com base em dados estatísticos que não

⁵³² LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 31.

⁵³³ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 28.

dispomos”⁵³⁴ e que a intensificação da atuação legislativa em prol das ADR teria como intenção maior desafogar o Poder Judiciário.

De qualquer forma – e independentemente da amplitude da utilização prática de métodos que não o processo judicial -, o próprio autor reconhece o crescimento da discussão no mundo:

Permanece, porém o fato de que, neste decênio, mas como uma forte aceleração nos últimos 5-10 anos, a ADR tornou-se um centro de atenção entre os mais relevantes na área da administração da justiça cível. Em escala internacional, são milhares de normas que se ocupam delas (parece que somente nos Estados Unidos são mais de 2.50 as leis que falam de *mediation*) e sobre isso se formou uma literatura vastíssima, cujo elenco ocuparia dúzias de páginas.

A possibilidade de utilização de outros métodos que não o processo judicial para a solução de contendas já é uma realidade e que tende a crescer, dada o panorama posto (até mesmo por aqueles não reconhecem em tais métodos verdadeira atuação do direito, como o autor citado acima), em especial o advogado que atua nas relações empresariais, que como visto, podem ter seus conflitos tratados, de forma mais adequada, grande parte das vezes, fora do ambiente judicial.

O advogado – que, como premissa, já deve ter abandonado a postura adversarial e beligerante⁵³⁵ -, precisa estar preparado para esta nova realidade.

Para tanto, mister que conheça, a fundo, dois aspectos importantes para a sua atuação: (1) o ambiente conflituoso em que exercerá sua profissão, ou seja, a relação material em que nascerão os conflitos que ele tratará e (2) todos os métodos, técnicas e ferramentas postos à disposição do ordenamento pátrio para a gestão do conflito posta sob sua apreciação.

⁵³⁴ TARUFFO. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. 2017, p. 28.

⁵³⁵ O Enunciado 171 da II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Conflitos do CJF recomendada aos advogados a adoção de práticas colaborativas que consistam no processo de negociação estruturado, com enfoque não adversarial e interdisciplinar na gestão de conflitos, por meio do qual as partes e os profissionais assinam um termo de participação, comprometendo-se com a transparência no procedimento e a não litigância. Na justificativa apresentada, afirmou-se a necessidade de que os advogados repensem sua forma de atuar diante dos conflitos, visto que são atores fundamentais quando se fala em acesso à justiça. Afirmou-se, ainda, a necessidade de que os juristas abandonem “a postura combativa, beligerante e adotem práticas cooperativas, primando sempre que possível por resolver as demandas conflitivas de forma extrajudicial, por meio de sessões de conciliação, mediação, do procedimento de advocacia colaborativa e até mesmo utilizando-se de mecanismos disponíveis em serventias extrajudiciais [...]. Para que aconteça uma mudança de paradigma e principalmente um acesso mais célere e humanizado à justiça, é preciso que todos os atores do direito atuem de forma colaborativa” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 41**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022).

Somente conhecendo o ambiente em que desenvolvido o conflito, suas nuances e particularidades e, ainda, todas as possibilidades postas pelo ordenamento pátrio para a prevenção e o tratamento dos conflitos, poderá o profissional advogado orientar adequadamente o seu cliente e, efetivamente, promover a gestão adequada dos conflitos postos sob sua apreciação, servindo como verdadeiro instrumento de justiça civil.

3.5 FERRAMENTAS JURÍDICAS DE ATUAÇÃO ADEQUADA DO ADVOGADO NA GESTÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS NO AMBIENTE MULTIPORTAS

O advogado, como visto, é o primeiro profissional jurídico a ter acesso ao conflito empresarial e, portanto, o mais adequado para conduzir o seu tratamento.

Conhecendo a fundo o ambiente em que desenvolvida a relação empresarial e o conflito nela produzido e posto à sua apreciação, o profissional advogado, conhecedor também das normas prescritivas aplicadas à espécie e dos métodos, técnicas e ferramentas aptos a tratar a relação e o conflito em análise, está apto a atuar e sua atuação deverá estar calcada em dois pilares essenciais que serão analisados em seguida: a decisão informada e sua responsabilidade ética.

3.5.1 Decisão informada

A Resolução n 125/2010 do CNJ traz, em seu anexo III, o Código de Ética dos Mediadores e Conciliadores Judiciais, oportunidade em que prescreve, em seu art. 1º, que um dos princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais é o da decisão informada, conceituado pelo referido ato normativo como o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”⁵³⁶.

⁵³⁶ Não se deve confundir o princípio da decisão informada com a regra do dever de informação. Esta se encontra presente no art. 2º, inciso I, do Anexo III, da Resolução nº 125/2010 do CNJ e consiste no dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas do processo.

O Código de Processo Civil também traz, no art. 166, *caput*, a consagração do princípio da decisão informada, ao dispor 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.

Apesar de não estar expressamente previsto na Lei de Mediação como princípio aplicável a essa técnica, é inquestionável a importância que exerce também neste contexto⁵³⁷, tendo em vista que “ele nada mais é do que mero desdobramento dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva”⁵³⁸ e, por certo, da cooperação.

Nesse contexto, o terceiro imparcial, seja o mediador ou o conciliador, deve deixar o jurisdicionado ciente de todas as regras, métodos de trabalho e princípios que irão nortear o ato de mediação ou conciliação, sendo que, não havendo esta observância, o procedimento pode ser considerado inválido⁵³⁹.

Certamente o princípio da decisão informada, justamente por se tratar de desdobramento dos princípios da autonomia da vontade, da boa-fé e da cooperação, deve ser observado na condução de qualquer forma de solução de conflito que permita a participação de um terceiro e não somente na mediação e na conciliação.

O terceiro deve ser imparcial, mas não pode deixar nenhuma das partes interessadas carente de qualquer informação acerca dos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido, além de todas as regras, métodos de trabalho e princípios que irão nortear o ato de mediação ou conciliação.

Devem ser prestadas informações quantitativas e qualitativas sobre o procedimento e composição que pode vir a acontecer, para que os interessados não sejam surpreendidos por qualquer consequência inesperada da solução pela qual venham a optar.

⁵³⁷ O Enunciado nº 41 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal dispõe que “além dos princípios já elencados no art. 2º da Lei 13.140/2015, a mediação também deverá ser orientada pelo Princípio da Decisão Informada” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 41**. 2016).

⁵³⁸ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019, p. 253.

⁵³⁹ CARLOS. **O microssistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019, p. 253.

Sobre a aplicação do princípio da decisão informada na mediação e o dever do mediador informar às partes acerca de seus direitos, por exemplo, Fernanda Tartuce afirma que, em relação ao mérito da disputa, a função do terceiro imparcial é limitada e cabe a ele apenas “checar se os envolvidos conhecem dados suficientes para que as soluções construídas consensualmente possam ser acolhidas como fruto genuíno e esclarecido consentimento, sem atuar como seu advogado ou assessor técnico”⁵⁴⁰.

Não é por outro motivo (atuação limitada no mediador quanto à prestação de informação sobre o direito das partes) que o Conselho da Justiça Federal, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, fez publicar o enunciado nº 215, segundo o qual “é permitido às partes mediadas nomear um ou mais advogados ou técnicos sobre a matéria discutida para prestar-lhes consultoria conjunta durante sessões de mediação”⁵⁴¹, sob a justificativa de que o mediador, no exercício de sua função, não pode manifestar suas percepções jurídicas ou técnicas sobre a questão que os mediados lhe apresentam “e esse fato, por vezes, leva a uma interrupção da sessão de mediação para que as partes se informem sobre as dúvidas ou possíveis soluções possíveis de serem empregadas no caso” e tais interrupções, além de atrasar o procedimento, podem levar à desistência de um mediado (ou ambos) pela via voluntária de solução de conflitos”.

É que a função de verdadeiramente informar a parte acerca de todas as peculiaridades do caminho por ela traçado é, sem sombra de dúvidas, do advogado que a acompanha.

Como vimos neste capítulo, o advogado é o profissional que é chamado a auxiliar a parte a solucionar um conflito. Já sabemos como se dá este auxílio no âmbito do processo judicial, mas o questionamento que se faz nesta pesquisa é como se dá esse auxílio, especialmente no modelo multiportas de justiça.

Esse auxílio se dá por meio da prestação da mais completa informação possível, a fim de auxiliar que a parte interessada tome, com base na autonomia da vontade, a decisão mais indicada para tratar o conflito, sendo esta, na verdade, a mais importante

⁵⁴⁰ TARTUCE. **Mediação nos conflitos civis**. 2015, p. 193.

⁵⁴¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 215**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

das atribuições conferidas ao referido profissional durante todo o processo de tratamento do conflito.

É dever do advogado, por aplicação dos princípios da autonomia da vontade (já estudado no primeiro capítulo desta pesquisa), da boa-fé (art. 5º do CPC) e da cooperação (art. 6º do CPC), prestar todas as informações necessárias ao seu cliente desde, se possível, o início da relação empresarial por ele travada.

É o que o conhecimento técnico do advogado, além de auxiliar na prevenção de conflitos⁵⁴², é imprescindível quando já instaurado o conflito.

Tal profissional, conhecedor, como deve ser, do ambiente em que se desenvolve o conflito, é capaz de compreender e estabelecer os reais contornos fáticos da disputa posta sob sua análise. Além de estabelecer os contornos fáticos, o advogado é o profissional apto a identificar e interpretar os enunciados prescritivos aplicáveis e aliando tal conhecimento à adequada compreensão dos métodos, técnicas e ferramentas postos à disposição pelo ordenamento pátrio, para o devido tratamento do conflito, é capaz de estabelecer o melhor caminho a ser traçado para, enfim, tratar a contenda.

Seu papel, especialmente fora do ambiente judicial, não é atuar em nome do seu cliente, mas sim fornecer a ele toda a informação possível para que este, sim, ciente de toda a conformação do conflito, suas causas e consequências, possa atuar, em nome próprio e em favor da decisão que, com base na autonomia da vontade, for de sua escolha.

Trata-se, efetivamente, de uma atuação de assessoria e/ou consultoria jurídica, nos termos do art. 1º, II do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB⁵⁴³.

Com efeito, Paulo Lôbo diferencia a atuação de consultoria, assessoria e direção jurídica. Para o autor, a assessoria e a direção jurídica são atividades autônomas, de exercício exclusivo por advogado, que não se realizam mediante pareceres. Em sua conceituação, a assessoria jurídica é espécie de advocacia “que se perfaz auxiliando

⁵⁴² Como ressalta Paulo Lôbo, “os atos e contratos e laborados por mãos técnicas pode m afastar prejuízos futuros” e “a tomada de decisões que consulte previamente os requisitos e condições legais reduz os riscos de erros e danos” (LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 32).

⁵⁴³ “Art. 1º. São atividades privativas de advocacia: (...) II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas” (BRASIL. **Estatuto do Instituto dos Advogados Brasileiros**. 1843).

quem deva tomar decisões, realizar atos ou participar de situações com efeitos jurídicos, sem exercício formal de consultoria”. Se o assessor jurídico proferir pareceres, conjuga a atividade de assessoria em sentido estrito com a atividade de consultoria. Já a direção jurídica tem o significado de administrar, gerir, coordenar, definir diretrizes de serviços jurídicos, que somente podem ser dirigidos por advogados⁵⁴⁴.

Assim, o advogado, ao exercer o seu mister e prestar ao seu cliente toda a informação possível, para que a decisão daquele seja, efetivamente, uma decisão informada, atua como assessor jurídico – o que não o impede, caso profira pareceres, de caracterizar sua atuação como consultoria jurídica.

Neste contexto, o papel do advogado que presta serviços de assessoria e/ou consultoria a empresas após a formação do conflito é (1) de conhecer a fundo a relação empresarial travada, bem como suas peculiaridades e as peculiaridades do conflito em análise, de todos os sujeitos envolvidos direta e indiretamente, as consequências da manutenção do conflito e as possibilidades existentes: tratamento, solução ou resolução; (2) conhecer todos os métodos, técnicas e ferramentas postos à disposição do ordenamento pátrio para o tratamento, solução ou resolução do conflito, suas peculiaridades, seus aspectos positivos e negativos em relação ao conflito em análise e sua adequação para atender à pretensão da empresa e, por fim (3) prestar todas estas informações ao seu cliente para que ele, dotado de vontade autônoma, tome a decisão – mais informada possível – que entender pertinente.

Arnold Wald e André Gomma de Azevedo defendem que os escritórios de advocacia precisam exercer o que se denomina de advocacia resolutiva, desenvolvida num ambiente totalmente racional, como deve ser:

“baseada em análises objetivas, de probabilidade de êxito, identificação apropriada de interesses reais das partes, criação de valor em razão de abordagens integrativas, auxílio com a escolha procedimental adequada baseada em critérios objetivos referentes aos diversos processos de resolução de disputas, e apoio às partes no desenvolvimento de competências emocionais que permitam o distanciamento de escolhas baseadas em paixões ou posições irracionais”⁵⁴⁵

⁵⁴⁴ LÔBO. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 2017, p. 32.

⁵⁴⁵ WALD, Arnold; AZEVEDO, André Gomma de. A advocacia resolutiva. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 85-89, jul./set. 2018.

Seu papel, é portanto, informar seu cliente sobre todas as possibilidades existente para tratar seu conflito, apontando, de forma racional, os aspectos positivos e negativos de cada possibilidade apresentada e indicar, ao final, aquela mais adequada.

É certo que o advogado pode, também, após informar todas as possibilidades ao seu cliente, atuar executando a alternativa escolhida, oportunidade em que continuará prestando assessoria jurídica.

Poderá, pois, acompanhar seu cliente nas sessões de mediação, nas audiências de conciliação e nos encontros para fins de negociação assistida e em todas as outras formas possíveis de construção de processos de tratamento de conflitos.

Sugere-se, entretanto, como se faz nas resoluções colaborativas de conflitos (chamadas de *collaborative law*), que os advogados que atuam na esfera extrajudicial de negociação (em qualquer seara) comprometam-se, caso verifique-se o fracasso do procedimento, a renunciar ao mandato e não representar as partes judicialmente. “Em outras palavras, os advogados têm como função apenas negociar e obter a autocomposição” e, “não havendo consenso e sendo o caso de judicializar a questão, eles não podem atuar no processo judicial”⁵⁴⁶.

A regra da confidencialidade estudada no capítulo anterior, pois, se aplica também aos advogados que, após participarem das tratativas de negociação, não podem usar as informações ali colhidas para nenhum fim mais, especialmente em sede de processo judicial.

As partes também podem se comprometer a não contratar os mesmos advogados caso as tratativas sigam para a instauração de um processo judicial, por meio de uma “cláusula de desqualificação”, tendente a forçar o advogado a pensar no resultado na perspectiva de seus mandantes e não na perspectiva de seus próprios interesses⁵⁴⁷.

Na modalidade de atuação denominada *collaborative law*, inclusive, diz-se que os advogados não atuam como terceiros neutros, mas também não atuam de forma

⁵⁴⁶ CABRAL; CUNHA. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. 2016.

⁵⁴⁷ CABRAL; CUNHA. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. 2016.

totalmente parcial, pois sua atividade é estrita à condução do procedimento para cada um dos interessados, sem compromisso direto com o êxito da parte que o contratou.

Ao justificar a publicação do enunciado nº 215 do CJF, já transcrito alhures, afirmou-se a possibilidade de mediados nomearem um ou mais advogados – quando a dúvida ou insegurança na elaboração do acordo tiver origem jurídica – ou técnicos – engenheiros, contadores, autuaristas, dentre outros, quando a insegurança for relacionada a questões técnicas –, para receber orientação na elaboração do acordo ou vislumbrar cenários possíveis, pode dar mais efetividade à mediação, com a ressalva de que “o profissional ou profissionais escolhidos pelos mediados não atuarão no interesse de uma das partes em detrimento de outra, mas como consultor desinteressado que tão somente busca trazer mais alternativas e segurança à negociação”⁵⁴⁸.

Tal entendimento vai ao encontro do que propõe a *collaborative law* e apresenta-se como o mais juridicamente adequado, como veremos no tópico seguinte.

Ante o exposto, tem-se que a atuação do advogado que lida com relações empresariais é a de, como assessor/consultor, prestar toda a informação possível ao seu cliente para que ele possa escolher a forma de tratamento mais adequada ao seu conflito e, caso assim estabeleça com seu cliente, pode efetivamente assessorar a execução da forma de tratamento escolhida, mas neste caso não poderá atuar e eventual processo judicial futuro.

Afasta-se, pois, a atuação do advogado, aqui proposta, da imagem da advocacia como uma prática beligerante e competitiva e a aproxima da efetivação dos princípios da boa-fé e da cooperação que, como normas fundamentais do processo civil (art. 5º e 6º⁵⁴⁹), ordenam e disciplinam a atuação de todos os atores envolvidos no tratamento dos conflitos.

⁵⁴⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 215**. 2021.

⁵⁴⁹ “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participar do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar ente si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. 2015).

3.5.2 Responsabilização e ética

Partindo da premissa de que o papel e o dever do advogado, no modelo multiportas de justiça em estudo nesta pesquisa, é de informar adequadamente o seu cliente, resta definir quais as consequências jurídicas que decorrem do descumprimento de tal dever.

A Constituição de 1988 identificou o advogado como o profissional indispensável à administração do justo, do Direito ou da justiça, onde quer que ele esteja sendo discutido e, justamente por causa na indispensabilidade de tal atividade e para que pudesse ser adequadamente exercida, foi necessária a sua regulamentação, a fim de permitir a correção de eventuais excessos da prática ordinária.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil é o principal diploma regulamentador da atividade, que disciplina (1) o sentido e o alcance da atividade da advocacia – ao identificar quem é o profissional que exerce a referida atividade -, e disciplina, ainda, (2) o *sentido* e o *alcance* da indispensabilidade da atividade, conferindo os contornos necessários a esta atividade, entendida como exercício de uma função social.

Ademais, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, no uso das atribuições que lhe foram conferidas pelos arts. 33 e 54, V, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, instituiu o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil que prescreve, dentre outras, as regras deontológicas do exercício da profissão.

Os três diplomas indicados – Constituição Federal, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – são o arcabouço normativo mínimo a ser observado pelo advogado em sua prática.

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil tipifica algumas infrações disciplinares e a que mais nos interessa, quanto ao ponto em estudo, é a prevista no art. 34, VI: “advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou e pronunciamento judicial anterior”⁵⁵⁰.

Se o termo advogar se refere também à atividade de assessoria/consultoria jurídica, como já vimos, resta claro, da leitura da norma em comento, que não é dado ao advogado prestar ao seu cliente informações que, porque desvinculadas do

⁵⁵⁰ BRASIL. **Estatuto do Instituto dos Advogados Brasileiros**. 1843.

arcabouço fático ou normativo aplicável, se distanciam dos enunciados prescritivos que envolvem a disputa sob sua análise.

Em outras palavras, deve o advogado, ao prestar o dever de informação ao seu cliente, seguir a legislação aplicável e, se esta permite a utilização de formas de tratamento de conflitos mais adequadas ao caso do que o processo judicial, esta informação não pode ser negligenciada à parte assistida, pois tal atitude configura advocacia contra disposição de lei e pode ser tipificada como infração administrativa disciplinar.

O Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, já em seu art. 2º, prescreve que são deveres do advogado: atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (inciso II); estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios (inciso VI) e aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial (inciso VII)⁵⁵¹.

Tais prescrições, ao determinarem a atuação do advogado com independência, veracidade e boa-fé já impedem o profissional de prestar informações e indicar uma atuação contrária ao ordenamento, ainda que esta seja a vontade manifestada por seu contratante – e a este ponto voltaremos a seguir.

Os demais incisos acima citados são literais ao determinar que o advogado deve buscar – sempre que possível e adequado – a autocomposição das partes interessadas, bem como desviar a disputa da via judicial sempre que viável a adoção de outras formas de tratamento de conflitos.

Atuar sem considerar todas as possibilidades postas pelo ordenamento para levar o tratamento do conflito para o ambiente mais adequado configura, pois, além de infração disciplinar típica prevista no Estatuto da OAB, violação a dever funcional previsto no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

O art. 8º do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil complementa o exposto, ao determinar que o advogado deve “informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das

⁵⁵¹ CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, 1995. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

consequências que poderão advir da demanda”. Dada a literalidade da norma, não é necessário tecer qualquer argumento adicional no sentido de que o advogado, conhecedor da relação material em disputa, das formas de tratamento postas à disposição da parte e dos aspectos positivos e negativos de cada caminho possível de se seguir, deve informar ao seu cliente todas as possibilidades de atuação e, mais, deve informar ao seu cliente, principalmente, riscos e as consequências de cada possibilidade de escolha.

É com base em tal fundamento que o advogado, ao identificar que seu cliente pretende seguir um caminho menos adequado ao tratamento do conflito posto, dever ser ainda mais claro e incisivo ao executar seu dever de informação.

O advogado que, por exemplo, indica ao seu cliente que a melhor forma de tratar um conflito com seu fornecedor é a submissão das partes a um processo de mediação, que vai permitir o restabelecimento da comunicação adequada entre as partes, a solução de impasses pontuais e possibilitar a exposição de ambos a uma negociação em que os dois podem alcançar soluções positivas (no resultado ganha-ganha) e que, acima de tudo, é sigilosa e identifica em seu cliente uma atitude beligerante de levar a contenda ao Judiciário a qualquer custo, deve esclarecê-lo que tal conduta poderá romper, permanentemente a comunicação entre as partes, submeterá ambos a uma solução demorada e não sigilosa e que, ao final, sua pretensão pode não ser atendida (já que o resultado, na demanda judicial, reside na dicotomia perde-ganha).

Caso, ainda assim, a decisão do seu cliente seja a de ajuizar a demanda judicial, o advogado deve encerrar sua atuação.

Veja-se que o advogado prestou toda a informação possível, indicou a atuação mais adequada e, ainda assim, o cliente optou pela via inadequada. Nesta hipótese, se o advogado opta por dar prosseguimento ao que restou decidido pela parte interessada – em direção oposta ao que o profissional indicou como adequado -, estará atuando em descompasso com as normas do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e, via reflexa, com a Constituição Federal.

Trata-se da aplicação, na seara extrajudicial, do que Cláudio Penedo Madureira defende ao afirmar que não é dado ao advogado sustentar no processo, no corpo da petição inicial, da peça de defesa ou em recursos interpostos, posições jurídicas que,

de antemão, são contrárias ao direito pátrio⁵⁵².

Confira-se, porque completa e suficiente para abordar a questão, as palavras do autor:

[...] os advogados, quando contratados por um dos contendores para formular pretensão jurídica, ou para veicular argumentos de defesa capazes de sustentar a resistência de seu cliente à pretensão deduzida pela parte adversária, ou, ainda, para interpor recursos contra decisão proferida pelo Poder Judiciário, deve verificar, em atenção aos precitados dispositivos da lei processual (art. 77, II), da Carta de 1988 (art. 133) e do Estatuto da Advocacia (art. 34, VI, XIV e XVII), se a pretensão/contestação/recurso que lhe foi solicitado pode ser sustentada sob a ótica do Direito. Se depreenderem, sem qualquer margem a dúvidas, que o Direito não confere razão à parte que os procurou, não lhes resta outra alternativa que não dar a ela pleno conhecimento dessa circunstância (exercendo, assim, atividade consultiva) e informar-lhe de que o ordenamento jurídico lhes veda (ao advogado e ao cliente) conduzir ao Poder Judiciário a pretensão/contestação/recurso objeto da contratação.

Veja-se que Claudio Penedo Madureira encerra sua ideia na impossibilidade de o advogado, em nome da parte, sustentar tese jurídica ou veicular argumentos de defesa dentro do processo que não podem ser sustentados sob a ótica do Direito. Nesta pesquisa damos um passo adiante para afirmar a ideia de que também fora do processo o advogado não está autorizado a atuar contrariamente ao ordenamento, o que estendemos para a compreensão de que o advogado não deve atuar na esfera extrajudicial quando ciente de que a via escolhida por seu cliente não é a mais adequada.

Segue-se o raciocínio de que, sabedor o advogado de que a via judicial, por exemplo, pode colocar em risco a estabilidade da relação empresarial subjacente, pode causar prejuízo financeiro à empresa e prejuízos também de outras montas a seus *stakeholders* e pode levar à extinção daquela atividade empresarial, não deverá ajuizar a demanda, ainda que esta via tenha sido a escolhida por seu cliente. Neste caso, a conduta mais consentânea com as normas do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, com o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e, via reflexa, com a Constituição Federal, seria abrir mão de sua atuação na execução da via escolhida por seu cliente.

Pior ainda a situação do advogado que, desconhecedor das peculiaridades da relação material e das variadas possibilidades de atuação para tratar o conflito por ele analisado, informa ao seu cliente, como única opção, a via judicial.

⁵⁵² MADUREIRA. **Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. 2017, p. 220.

Tal atuação, após todos os estudos desenvolvidos nesta pesquisa, não possui mais aplicabilidade aceitável.

Ante o exposto, não se tem dúvidas de que deve do advogado, no desenvolver de sua atuação, prestar o dever de informação ao seu cliente considerando todas as formas de tratamento de conflitos postas à disposição pelo ordenamento pátrio, negando-se a executar a forma escolhida por seu cliente caso apontada para direção oposta ao que o profissional indicou como adequado, sob pena de violação aos deveres éticos que norteiam sua atuação.

CONCLUSÃO

Nesta pesquisa, buscou-se perquirir o papel do advogado no tratamento dos conflitos empresariais.

Inicialmente, foram apresentados o histórico e o novo panorama para o entendimento da configuração atual da relação empresarial, complexa e multifacetada como se encerra hodiernamente.

Observou-se que houve uma evolução no entendimento da atividade empresarial, que agora possui sua razão de ser no mercado e que, portanto, define e é definida por uma série de relações a ela subjacentes, o que torna qualquer conflito – que é inerente à atividade – merecedor de tratamento especializado.

Em que pese o reconhecimento da inexistência de uma teoria geral própria das relações empresariais, verificou-se que a doutrina conseguiu definir e caracterizar a atividade empresarial a partir de elementos próprios e peculiares, cuja análise individual se fez necessária para que se pudesse compreender as especificidades do ambiente empresarial e sua diferenciação em relação a outras relações jurídicas.

Foi necessária, ainda, a análise dos princípios informadores da atividade empresarial, a fim de fixar as diretrizes básicas do desempenho do profissional que pretende atuar no tratamento dos conflitos nascidos nesta seara e observou-se que a empresa, dentro da lógica atual, passa a ter um papel e importância não só para a sua estrutura, mas para uma coletividade que transcende a pessoa dos sócios e que suas necessidades devem ser atendidas a fim de que a atividade produtiva – e viável – não cesse e não comprometa o mercado e a sociedade em si.

Neste contexto, saber identificar os fatores conflituosos e tratá-los corretamente – seja na busca de sua solução, resolução ou mesmo de sua administração -, levando em consideração as necessidades da empresa, é uma carência importante da vida da empresa e pode implicar seu sucesso ou seu fracasso.

Ocorre que a via judicial nem sempre – ou quase nunca – será adequada para o tratamento dos conflitos empresariais já que, entre outras razões (1) o processo é lento e as relações empresariais são dinâmicas; (2) o processo não entrega segurança e previsibilidade, necessárias à manutenção das relações entre a empresa e a comunidade com a qual se comunica; (3) o processo encerra uma solução de

descontinuidade, de resultado perde-ganha, nocivo para a relação empresarial, que tende a ser estável e busca a preservação da empresa e (4) o processo é, via de regra, público e o sigilo das negociações é uma necessidade inerente à atividade empresarial.

A boa notícia é que o ordenamento pátrio coloca à disposição do empresário várias possibilidades de tratamento de conflitos, que poderão ser utilizadas a depender da sua adequação ao conflito considerado *in concreto*, todas inseridas no macrossistema de tratamento de conflitos, que engloba a autotutela e os métodos heterocompositivos e autocompositivos.

Cada forma de tratamento de conflito foi individualmente analisada e suas características foram relacionadas às necessidades da relação e do conflito empresarial, a fim de demonstrar que, para cada necessidade da relação ou do conflito, existe uma forma adequada posta à disposição pelo ordenamento pátrio para tratá-la. Viu-se, ademais, que há a possibilidade de criação e customização de formas próprias de tratamento para conflitos específicos, utilizando-se, a título de exemplo, das metodologias “design de disputas” e “dispute boards”, além da possibilidade de customização da própria solução judicial, dentro das liberdades processuais autorizadas pelo Código de Processo Civil.

Definiu-se, ademais, inoportuna a pretensão de tornar obrigatória, pela via legislativa, a submissão das partes interessadas a tentativas de autocomposição prévias sem o filtro prévio do princípio da adequação, ou seja, sem a verificação da adequação da via autocompositiva para o tratamento do conflito, situação que pode servir como um entrave burocrático para o exercício do acesso à justiça.

Visto que a relação empresarial é complexa e multifacetada e que o ordenamento pátrio coloca à disposição do empresário várias formas de tratar seu conflito, formas estas capazes de se adequar às peculiaridades do conflito em si, a fim de tratá-lo da maneira mais eficiente possível, passou-se à análise dos motivos pelos quais o processo judicial ainda permanece sendo a via principal para o tratamento dos conflitos empresariais.

Considerando que o advogado é o primeiro profissional da área jurídica a tomar conhecimento do conflito empresarial – já que a parte interessada não procura

primeira e diretamente o juiz ou promotor para resolver seu problema, mas sim o advogado – o estudo da atuação deste profissional foi o mote da pesquisa.

Verificou-se, a partir da análise da evolução histórica do exercício da advocacia no mundo e no Brasil, que o advogado é atualmente considerado, por norma constitucional, indispensável à administração da justiça e que sua atuação é necessária no âmbito judicial e fora dele, mas que, por conta da formação jurídica desenvolvida no Brasil, que alimenta e é alimentada pela cultura jurídica posta, os bacharéis em Direito, que posteriormente se submetem à prova de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, acabam saindo das faculdades plenamente treinados para o embate judicial, mas não para a execução de outras formas de tratamento de conflitos.

Tal panorama tende a se alterar, com a mudança gradual dos currículos dos cursos de Direito e também por força da necessidade de desenvolvimento de uma nova forma de exercício da advocacia, capaz de utilizar, em especial na área empresarial, outros métodos de tratamento de conflitos que não o processo judicial.

Em pleno século XXI, a dimensão da justiça multiportas e a nova atuação da atividade empresarial no mercado e na sociedade exigem do advogado uma atuação também diferenciada, criativa e independente, não limitada ao processo judicial.

Seu papel, neste contexto é, primordialmente, como assessor/consultor, prestar toda a informação possível ao seu cliente para que ele possa escolher a forma de tratamento mais adequada ao seu conflito. Nada impede, ademais, que atue assessorando, efetivamente, a execução da forma de tratamento escolhida, sempre tendo em mente que sua atuação não pode se descurar dos contornos éticos inerentes à atuação profissional, de modo que deverá se negar a executar a forma escolhida por seu cliente caso apontada para direção oposta à sua indicação como adequada.

Ante o exposto, o advogado, já tendo abandonado a postura adversarial e beligerante, estará preparado para atuar nos conflitos nascidos na relação empresarial se (1) conhecer, a fundo, o ambiente conflituoso em que exercerá sua profissão, ou seja, a relação material em que nascerão os conflitos que ele tratará, (2) conhecer, a fundo, todos os métodos, técnicas e ferramentas postos à disposição do ordenamento pátrio para a gestão do conflito posta sob sua apreciação e (3) for capaz de prestar toda a informação possível acerca destes dois aspectos ao seu cliente e, se for o caso,

executar a opção de tratamento escolhida, estando preparado para negar a atuação caso a opção eleita por seu cliente não for a mais adequada.

REFERÊNCIAS

ACESSO à justiça. Disponível em: < <https://globalaccesstojustice.com/global-access-to-justice/?lang=pt-br> >. Acesso em: 14 fev. 2022.

ALCANTARA, Silvana Alves. **Direito empresarial e direito do consumidor**. Curitiba: InterSaberes, 2017. E-book.

ALMEIDA, Diogo Rezende. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 195, p. 185-208, 2011.

ALMEIDA, Diogo Rezende. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multipartas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal multipartas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALVES, Tatiana Machado; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 258. p. 123-152, 2016.

ANDRADE, José Maria Arruda de; PINTO, Alexandre Evaristo. Da livre-iniciativa na Constituição Federal de 1988. In: NUSDEO, Fabio (Coord.). **A ordem econômica Constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p91-110.

ANDREWS, Neil. Mediação e arbitragem na Inglaterra. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 211, p. 281-316, set. 2012, p. 281.

ANTECEDENTES. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/historiaoab/antecedentes.htm#iab>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BARBARESCO, Marcelo. O projeto de código comercial e o princípio enquanto norma jurídica na teoria pura do direito: a (in)segurança jurídica. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, Franca, v. 12, p. 245-268, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 795, p. 55-76, jan. 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. **Acordo de acionistas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BRASIL. **Estatuto do Instituto dos Advogados Brasileiros**. Rio de Janeiro, 1843. Disponível em: <<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23116/aviso-de-7-de>>

agosto-de-1843-e-estatutos-do-instituto-dos-advogados-brasileiros>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-556-25-junho-1850-501245-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850**. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963**. Brasília, 1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4215.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Brasília, 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.037, de 23 de setembro de 1996**. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/507525>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.572**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.813/2020**. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD0020201210002190000.PDF#page=420>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução nº 5, de 17 de dezembro de 2018**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Senado. **Projeto de Lei do Senado nº 487, de 2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115437>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). REsp 214.671/RS. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 23 mai. 2000. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 1 ago. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 2076. Relator: Ministro Carlos Velloso, 15 ago. 2002. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 8 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). SE 5206 AgR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, 12 dez. 2001. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). ADI 1.127. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator para Acórdão: Ricardo Lewandowski, 17 de maio 2006. **Diário eletrônico da Justiça**, Brasília, 10 jun. 2010.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 1995.

BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de direito empresarial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **Sociedades comerciais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 259, p. 471-489, set. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/15. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. **Revista FONAMEC**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 354-369, 2017.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual**. Indaiatuba: Foco, 2021.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O marco legal da mediação no Brasil**: comentários à lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. São Paulo: Atlas, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CURY, Cesar Felipe. **Dez anos de Resolução 125/2010 do CNJ**. EMERJ Youtube, 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier; SANTIGO, Hiasmine. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. **Revista do CNJ**, Brasília, v. 4, n. 2, jul./dez. 2020, p. 199-211.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Mediação e Conciliação na Res. 125 do CNJ e no projeto de Código de Processo Civil. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual—homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMPOS, Adriana Pereira. Magistratura eleita: administração política e judicial no Brasil (1826-1841). **Almanack**, São Paulo, n. 18, p. 97-138, 2018.

CAMPOS, Adriana Pereira; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A conciliação e os meios alternativos de solução de conflitos no Império brasileiro. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 1, p. 271-298, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 74, p. 82-97, abr./jun. 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Formas atípicas de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CARLOS, Hélio Antunes. **O microssistema de autocomposição**: possibilidades de um sistema mais participativo. 2019. 348 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2019.

CARLOS, Hélio Antunes. **O microssistema da autocomposição**. Rio de Janeiro: Processo, 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil: em busca de uma nova lei. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 72, p. 53-74, out./dez. 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. O processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, p. 21-31, jan./abr. 2004.

CARNELUTTI, Francesco; MILLAN, Carlos Eduardo Trevelin. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Editora Pillares, 1995.

CASTRO, Moema Augusta Soares de; FERREIRA, Fábio Marques. A atuação da empresa e sua organização no mercado. **Revista da Faculdade de Direito**, Belo Horizonte, n. 59, 72011, p. 277.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Direito, Justiça e Sociedade. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 58-65, 2002.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro**. 2017. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. **Economica**, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito empresarial: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Considerações em torno do projeto de lei de Código Comercial. **O Comercialista – Revista de Direito Comercial e Econômico**, São Paulo, v. 6, 2012. Disponível em: <<https://issuu.com/ocomercialista/docs/ocomercialista4trimestre2012>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. Pequena reflexão sobre a boa-fé em arbitragens de direito societário. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 38, p. 21-23, 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 1. ed. em e-book baseada na 28. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMITÊ de Prevenção e Solução de Disputas. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. A reforma da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 50, p. 57-74, 1983.

COMPARATO, Fábio Konder. A função do advogado na administração da justiça. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 694, p. 43-49, ago. 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 732, p. 38-46, 1996.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 41**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 177**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 215**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO FEDERAL DA OAB. **Portaria nº 1.886, de 30 de dezembro de 1994**. Brasília, 1994. Disponível em: <<https://www.oabrn.org.br/arquivos/LegislacaosobreEnsinoJuridico.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, 1995. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 281ª Sessão Ordinária. Recurso Administrativo em PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0004837-35.2017.2.00.0000. Relatora: Iracema do Vale. Brasília, 6 nov. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Portaria nº 7, de 16 de março de 2011**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1241>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 67 de 26/03/2018**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2532>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021: ano-base 2020**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 71, de 05 de agosto de 2020**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

COSTA, Susana Henriques da. Acesso à Justiça: promessa ou realidade? Uma análise do litígio sobre creche e pré-escola no Município de São Paulo. In: COSTA, Susana Henriques da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O processo para a solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1979.

CPA Curso Prático de Arbitragem. **Curso introdutório de Arbitragem**: aula 2. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=MzFHXuLALVI>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2018.

DAL'COL, Caio de Sá; BELCHIOR, Daniel Ferreira de Melo; SILVA, Paula Paraguassu da. Origem da advocacia como profissão e sua influência no tratamento dos conflitos. In: COLÓQUIO SOBRE CONCEITOS E DESAFIOS NA PESQUISA DA HISTÓRIA DAS JUSTIÇAS, 1, 2020, Vitória. **Anais...** Vitória, UFES, Programa de Pós-Graduação em História, 2020. Disponível em: <https://opiniodoctorum.ufes.br/sites/opiniodoctorum.ufes.br/files/field/anexo/anais_coloquio_full.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; EID, Elie Pierre; ARAUJO, Leandro Santos de. Recuperação judicial, execução fiscal, stay period, cooperação judiciária e preservação da empresa: compreendendo o § 7º-B do Art. 6º da Lei 11.101/2005 = “Reorganization bankruptcy”, tax foreclosure action, automatic stay, cooperation between courts and rehabilitation of the business entity: the meaning of § 7º-B of Article 6º of Brazilian Bankruptcy Law n. 11.101/2005. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 323, p. 277-303, jan. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Justiça multiportas e tutela jurisdicional adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

EL DEBS, Martha; EL DEBS, Renata; SILVEIRA, Thiago. **Sistema Multiportas – a mediação e a conciliação nos cartórios**: como instrumento de pacificação social e dignidade humana. Salvador: Juspodivm, 2020.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistemas de disputas: câmara de indenização 3054. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 23, p. 7-32, 2009.

FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, p. 263-278, jul./set. 2014.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. Segredo de empresa. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo: Direito Comercial. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/248/edicao-1/segredo-de-empresa>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2019.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do Direito Comercial brasileiro**: da mercancia ao mercado. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FREEMAN, R. Edward; MCVEA, John. A stakeholder approach to strategic management. **The Blackwell handbook of strategic management**. 2001. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=263511>. Acesso em: 14 fev. 2022.

FREIRE, José Nantala Bádue; NETO, Adolfo Braga. Os desafios da mediação empresarial no Brasil. In: NETO, José Braga (Org.). **Mediação empresarial**: experiências brasileiras. São Paulo: CLA Editora, 2019.

GALDINO, Flávio. A evolução das ideias de acesso à justiça. **Revista Autônoma de Processo**, Curitiba, n. 3, p. 61-94, abr./jun. 2007.

GALLO, Ronaldo G. Mediação não é conciliação: a importância da técnica no desenvolvimento dos processos autocompositivos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 54, p. 337-356, jul./set. 2017.

GARIBOTTI, Gabriel. Preservação da empresa ou preservação dos sócios? Um contraste entre o cram down norte-americano e o brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 104, p. 101-120, 2020.

GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. **Dispute Resolution**: negotiation, mediation and other processes. 4. ed. New York: Aspen, 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Tiago Figueiredo; SILVA, Paula Paraguassu da. O acesso à justiça, a pacificação e o tratamento adequado dos conflitos. **Revista Vox – FADILESTE**, Reduto, v. 11, p. 38-57, 2020.

GORETTI, Gustavo. **Mediação e acesso à justiça**. 1. ed. 2. tir. Salvador: Juspodivm, 2017.

GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**: do diagnóstico à escolha do método para cada caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e juizados de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Coord.). **Juizado especial de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts. 249 e 251 do Código Civil). In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Princípios constitucionais fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Lex, 2005.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Teoria geral da empresa**. São Paulo: FGV, 2014.

HESE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1991.

HILL, Flávia Pereira. Desjudicialização da execução civil: reflexos sobre o Projeto de Lei nº 6.204/2019. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 21, n. 3, 2020

HILL, Flavia Pereira. Mediação nos cartórios extrajudiciais: desafios e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 3, p. 296-323, 2018, p. 303.

HILL, Flávia Pereira. Desencastelando a arbitragem: a arbitragem expedita e o acesso à justiça multiportas. MAIA, Benigna Araújo Teixeira et al. **Acesso à justiça**: um novo olhar a partir do Código de Processo Civil de 2015. Londrina: Thoth, 2021. E-book.

ITÁLIA. **Codice civile**. Roma, 1942. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/11/27/del-lavoro-nell-impresa>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LEMES, Selma. **Pesquisa 2019 – arbitragem em números e valores**: oito câmaras. 2 anos. Período de 2017 (jan./dez.) a 2018 (jan./dez.). Disponível em:

<<http://selmalemes.adv.br/artigos/PesquisaArbitragens2019.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

LESSA NETO, João Luiz. **Produção autônoma de provas e processo comparado**: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Thoth, 2021.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LYS, Vivien. A autotutela e o código civil de 2002. In: MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Questões processuais do novo código civil**. Barueri: Minha Editora, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Idevan César Rauen. **Empresa e exclusão do sócio de acordo com o novo código civil**. Curitiba: Juruá, 2003.

MADUREIRA, Claudio. **Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro**: o processo civil do formalismo-valorativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MAIA, Andrea; ASSIS, João Afonso de; SOUZA, Mariana Freitas de Souza. A mediação como ferramenta de pacificação nas empresas. In: ALMEIDA, Tania (Coord.) **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MALAQUIAS, Roberto Antônio Darós. Arbitragem, conciliação e mediação no novo código de processo civil de 2015 à luz da filosofia contemporânea. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 260, p. 439-467, out. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Sergio_Rodrigo-Martinez/publication/266185959_A_EVOLUCAO_DO_ENSINO_JURIDICO_NO_BRASIL/links/54dbfa2a0cf2a7769d948080.pdf> Acesso em: 14 fev. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito econômico na Constituição de 1988. In: NUSDEO, Fabio (Coord). **A ordem econômica constitucional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martono Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve olhar sobre temas de processo civil a partir das linhas mestras de René Girard. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 21, n. 83, p. 13-26, jul./set. 2013.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a decorada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Doutrina selecionada**: parte geral. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo Reis; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequado de conflitos? In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato; FIGUEIREDO, Helena Lanna (Org.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil**: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017. v. 1.

MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. Comentários aos arts. 139-187 (dos poderes, dos deveres e da responsabilidade do juiz; impedimentos e suspeição; auxiliares da justiça; conciliação e mediação; Ministério Público; Advocacia Pública e Defensoria Pública). In: FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord). **Novo CPC anotado e comparado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; SILVA, Paula Paraguassu da. Breve ensaio sobre os impactos da COVID-19 nos contratos entre empresas e a mediação como mecanismo adequado para o exercício do "dever de renegociar". In: CAMPOS, Adriana Pereira; MAZZEI, Rodrigo (Org.). **Questões jurídicas decorrentes da Covid-19**: processo, tribunais e tratamento de conflitos. Curitiba: Juruá Editora, 2020, v. 1, p. 173-194.

MOREIRA, Alberto Camiña et al. **O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia**. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**: teoria geral da empresa e direito societário. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. A interpretação do princípio da defesa do meio ambiente na ordem econômica e a extensão do direito ao meio ambiente. In: NUSDEO, Fabio (Coord.). **A ordem econômica Constitucional**: estudos em celebração ao 1º centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p331-345.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OFERTA de disciplinas 2020/02-EARTE. 2020. Disponível em: <<https://direito.ufes.br/pt-br/20202-earte-0>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PASSOS, J. J. Calmon de. Até quando abusarás, ó Catilina? Cautelares e liminares – catástrofe nacional. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 227, jul./set. 1993.

PINHEIRO, José Rodrigues. **Tratado de arbitragem**. São Paulo: Scoteccei, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Jurisdição e pacificação**: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A releitura do princípio do acesso à justiça e o necessário redimensionamento da intervenção judicial na resolução dos conflitos na contemporaneidade. **RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, v. 3, p. 791-830, 2019.

PORTUGAL. **Código Philipino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Phillippe I. Livro I, Título XLVIII Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/562747>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

PUGLIESE, Roberto J. A Constituição, a advocacia e o advogado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 713, p. 293-304, 1995.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 6 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2016.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de código civil**. [1998?]. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpc.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2022.

ROCHA, Pedro Cavalcanti de Almeida. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. 2019. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

ROCHA, Pedro Cavalcanti de Almeida. **Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos**. Salvador: Juspodivm, 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSEVALD, Nelson. Código Civil comentado. In: PELUSO, Cezar (Coord.). **Código Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2013.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida de. O sistema de múltiplas portas e o judiciário brasileiro. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 5, n. 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALLES, Raquel Bellini. **Autotutela nas relações contratuais**. Rio de Janeiro: Processo, 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**: mediação e conciliação. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 613, p. 89-106, nov. 1986.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de empresa no direito brasileiro. **Doutrinas Essenciais do Direito Empresarial**, São Paulo, v. I, n. 106, p. 89, dez. 2010.

SILVA, João Paulo Hecker da. **Processo societário**: tutelas de urgência e da evidência. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIQUEIRA, Cleanto Guimarães. **A defesa no processo civil**: as exceções substanciais no processo de conhecimento. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975.

SOUSA, José Augusto Garcia de. **A tempestividade da justiça no processo civil brasileiro**: repercussão no sistema, desenho constitucional e dimensão conflituosa. Salvador: Juspodivm, 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2. ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

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

TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula de boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O processo civil brasileiro contemporâneo iluminado pelos princípios constitucionais: rumos adotados pelo projeto de novo código em tramitação no Congresso Nacional, em busca do estabelecimento do 'processo justo'. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva**: jornadas brasileiras de direito processual—homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 173-200.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Empreendedorismo e função social da empresa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 129-156, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. v. 1.

URY, William; FISCHER, Roger. **Como chegar ao sim**: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

WALD, Arnoldo. Dispute resolution boards: evolução recente. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 139-151, 2011.

WALD, Arnold. A arbitrabilidade dos conflitos societários: contexto e prática. In: WALD, Arnold; GONCALVES, Fernando; CASTRO, Moema Augusta Soares de (Coord.). **Sociedades anônimas e mercado de capitais**: homenagem ao Prof. Osmar Brina Corrêa-Lima. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

WALD, Arnold; AZEVEDO, André Gomma de. A advocacia resolutiva. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 58, p. 85-89, jul./set. 2018.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Reforma do Código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). **O processo em perspectiva: jornadas brasileiras de direito processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e solução pacífica dos conflitos de interesses. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2018.

YARSHELL, Flávio Luiz. O projeto de novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: "Discovery" brasileira. YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). **Processo Societário**. São Paulo: Quartir Latin, 2012. v. 1.

ZIEMANN, Aneline dos Santos. **A concepção solidarista de solução de conflitos nas relações inter-privadas frente à relativização da dicotomia público/privado e as adequações no ensino jurídico brasileiro**: proposta de novo perfil de egresso em superação à lógica do litígio e em direção à lógica da solidariedade. 2018. 234f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.