

LAURA DE SOUZA SILVA

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS



São Paulo (SP)

2008

LAURA DE SOUZA SILVA

FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada ao Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Processual Civil.

Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG

Orientador: Prof. Laércio Machado Junior

São Paulo

2008

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, as Coordenações do Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Processual Civil, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca da monografia.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

São Paulo, 07 de agosto de 2008.

LAURA DE SOUZA SILVA

LAURA DE SOUZA SILVA
FORMAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

São Paulo, 07 de agosto de 2008.

Dedico este trabalho aos meus filhos e meu marido,
companheiros de todas as horas, de quem privei
momentos de lazer para dedicar-me ao curso.

Agradeço ao orientador Prof. Laércio Machado Júnior pelo incentivo, simpatia e presteza no auxílio às atividades e discussões sobre o andamento e normatização desta Monografia de Conclusão de Curso.

A todos os mestres pelo carinho, dedicação e entusiasmo demonstrados ao longo do curso.

Aos demais idealizadores, coordenadores e funcionários da Universidade do Sul de Santa Catarina.

*Se os fracos não têm a força das armas, que se
armem com a força do seu direito, com a
afirmação do seu direito, entregando-se por ele
a todos os sacrifícios necessários para que o
mundo não lhes desconheça o caráter de
entidades dignas de existência na comunhão
internacional.*

Rui Barbosa

SILVA, LS. **Formas alternativas para solução de conflitos.** São Paulo; 2008. [Monografia de Especialização – Universidade do Sul de Santa Catarina]

Objetivo: Analisar as principais alternativas para solução de conflitos, desde institutos mais antigos como autotutela, autodefesa e autocomposição até institutos modernos e de grande aplicabilidade atualmente, sendo inclusive disciplinados pelo nosso ordenamento jurídico, como a mediação e a arbitragem. **Metodologia:** O estudo desenvolveu-se segundo o enfoque de uma pesquisa descritiva, baseada em análise documental. Os textos e publicações referentes ao tema foram selecionados e submetidos à leitura e análise pela autora do trabalho, para inclusão de críticas e opiniões em alguns pontos. **Conclusões:** É consenso que o Poder Judiciário está sobrecarregado de demandas que, muitas vezes, poderiam ter sido resolvidas de forma mais célere e menos custosa às partes por meio de alternativas à jurisdição estatal. Diante desse quadro, medida que se impôs foi o desenvolvimento de outras formas para solução de litígios que, com a chancela do Estado, pudessem oferecer aos cidadãos formas menos dispendiosas e especialmente mais rápidas de dar cabo a pequenas divergências. Algumas destas alternativas já haviam sido criadas e postas em prática há algum tempo, contudo, a evolução da sociedade e do Estado como forma de organização social tornou-as obsoletas e impraticáveis. Após um período em que tais remédios foram postos de lado, há alguns anos esse tema vem recebendo maior atenção e institutos modernos como a mediação e a arbitragem são cada vez mais utilizados para solução de divergências. Em especial, a lei 9.307/96 que disciplinou o processo de arbitragem no Brasil representa marco importante nessa busca da prestação jurisdicional alternativa.

Palavras-chave: Solução de Conflitos, Mediação, Arbitragem

SILVA, LS. **Formas alternativas para solución de conflictos.** São Paulo; 2008.
[Monografía de Especialización – Universidad del Sur de Santa Catarina]

Objetivo: Analizar las principales alternativas para solución de conflictos, desde institutos añejos como la autotela, autodefensa y autocomposición, hasta institutos modernos y de grande aplicación actualmente, inclusive siendo disciplinado por nuestro ordenamiento jurídico, como la mediación y el arbitraje. **Metodología:** El estudio fue desarrollado según el enfoque de una investigación descriptiva, basada en análisis documental. Los textos y publicaciones referentes al tema fueron elegidos y sometidos a la lectura y análisis por la autora del trabajo, para inserción de críticas y opiniones en algunos puntos. **Conclusiones:** Es consenso que el Poder Judiciário está sobrecargado de litígios que, muchas veces, podrían haber sido resueltos de maneras más rápidas y menos costosas para las partes por medio de alternativas a la jurisdicción estatal. Delante de esse cuadro, medida que se impuso fue el desarrollo de otras formas para solución de litígios que, con el amparo del Estado, pudieran ofrecer a los ciudadanos formas menos dispendiosas y, en especial, más rápidas de dar fin a pequeñas divergencias. Algunas de estas alternativas ya habían sido creadas y puestas en práctica hace algún tiempo, todavía la evolución de la sociedad y del Estado como forma de organización social, las dejó anticuadas e impracticables.. Trás un período en que tales remedios fueron puestos al lado, hace algunos años el tema ha recibido más atención y institutos modernos como la mediación y el arbitraje son cada vez más utilizados para la solución de divergências. En especial, la Ley 9.307/96 que disciplinó el proceso de arbitraje en Brasil representa un marco importante en esa busca por la prestación jurisdiccional alternativa.

Palabras-clave: Solución de Conflictos, Mediación, Arbitraje

SUMÁRIO

1. *INTRODUÇÃO, 8*
2. *AUTOTUTELA – AUTODEFESA. CONCEITO E CONTROLE JURISDICIONAL, 11*
3. *AUTOCOMPOSIÇÃO. CONCEITO, FORMAS, CONTROLE JURISDICIONAL, 13*
4. *ARBITRAGEM, 15*
 - 4.1 *Breve histórico, 15*
 - 4.2 *Conceito, 16*
 - 4.3 *Partes e árbitro, 20*
 - 4.4 *Compromisso arbitral, 22*
 - 4.5 *Princípios constitucionais aplicáveis à arbitragem, 24*
 - 4.6 *Constitucionalidade da Lei 9.307/96, 26*
5. *MEDIAÇÃO, 28*
 - 5.1 *Conceito, 28*
 - 5.2 *Princípios, 29*
 - 5.3 *Características, 31*
 - 5.4 *Mediador, 33*
 - 5.5 *Processo de mediação, 34*
6. *CONCLUSÃO, 37*
7. *REFERÊNCIAS, 40*

1. Introdução

A partir do momento em que os Estados se estabeleceram e passaram a ganhar força na forma de sociedades modernas, a solução dos conflitos de interesses foi por eles assumida. Desde então é de sua competência a formulação de regras abstratas e gerais de conduta e sua respectiva aplicação a casos concretos, inclusive quando o próprio Estado é um dos envolvidos no litígio.

Contudo, o desenvolvimento do Direito e das formas de administração da justiça fez surgir outras formas de solução de conflitos, além da própria jurisdição estatal, como a chamada jurisdição administrativa. Assim, as formas de jurisdição adotadas em cada país podem variar em função de cada modelo, em que a jurisdição administrativa pode ou não ser reconhecida. Nos países que se filiaram ao modelo francês é reconhecida a possibilidade da dualidade de jurisdições, caso em que os chamados tribunais administrativos também exercem a jurisdição através do que se conhece por *contencioso administrativo*. Este sistema teve origem na França como forma de reação ao poder extremo que o juiz exercia no absolutismo da época.

Por outro lado, devemos reconhecer também a existência do modelo inglês, adotado nos EUA, nos países latino americanos e em outros que sofreram a influência cultural da Grã Bretanha. Segundo este modelo, apenas o Poder Judiciário é quem detém o poder de resolver de forma definitiva e imparcial os conflitos que lhe são apresentados, como uma espécie de monopólio da justiça. E é exatamente a este sistema de jurisdição única que o Brasil se filiou, como preceitua o artigo 5º, XXV da Carta Magna: *“A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito.”*

Em outras palavras, em países como o Brasil que adotaram o modelo de unicidade da jurisdição, ela é reconhecida como função estritamente estatal e exercida somente através de um *processo*.

Contudo, a tutela jurisdicional tradicional, tal como é conhecida em nosso país, não é o único caminho a uma ordem jurídica que elimine conflitos e satisfaça

pretensões. Assim, mesmo diante de tal sistema, a solução dos conflitos de interesses, entendida como objeto da própria jurisdição, pode ser alcançada de outras formas, com a remoção dos obstáculos apresentados à realização do direito prometido na tutela jurídica. A estas alternativas Carneluti¹ chamou de *equivalentes jurisdicionais*.

A diferença entre esses equivalentes e a jurisdição enquanto atividade própria do Estado é que esta tem conotações próprias, de imperatividade e inevitabilidade, não presentes nas outras formas de solução de conflitos que adiante serão abordadas.

No que se refere ao caso brasileiro, é forçoso reconhecer que a prestação estatal vem se tornando cada vez mais deficiente em várias áreas de atuação, especialmente na prestação jurisdicional. Como é exclusivamente o Estado quem se encarrega da função de promover a paz social através da solução de conflitos, uma série de fatores faz com que a resposta estatal seja lenta e muitas vezes ineficiente.

E não raramente a incapacidade do Estado em solucionar todos os conflitos que lhe são apresentados acaba provocando prejuízos à sociedade, inclusive de ordem econômica, além do aumento da descrença da população na justiça, causada tanto pelo alto custo do processo como pela burocracia do judiciário, que por sua vez faz crescer o sentimento de insegurança jurídica.

Diante dessa problemática de congestionamento da justiça, surge a necessidade de resgatar formas alternativas de solução de determinados tipos de conflito, como relativos a direito do consumidor, composição de pequenos danos e todos os pequenos litígios que se refiram a direitos disponíveis, como forma rápida, barata e eficiente de solucionar conflitos.

Assim, estas formas alternativas de solução de conflitos são acolhidas e desenvolvidas pelo Direito de diversos países, pois constituem uma forma eficaz de pacificação social com as vantagens da rapidez, baixo custo e eficiência, além de

¹ *Apud* Francisco Wildo Lacerda Dantas, Teoria Geral do Processo 2ª edição, Editora Método, p. 145.

colaborar para aliviar o exercício da função jurisdicional pelo Estado e ajudar a diminuir o número de pendências judiciais.

Por fim, vale dizer que historicamente os países latinos, onde se inclui o Brasil, resistiram à aplicação de formas alternativas para solução de conflitos. Este quadro vem sendo alterado há alguns anos, com a inclusão nos respectivos ordenamentos jurídicos de cada país de regras relativas a estas formas alternativas para resolver litígios.

Como exemplo desta afirmação, podemos mencionar a decisão 1/94 (de 05/08/1994) do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual que incluiu o procedimento arbitral como forma alternativa para solução de conflitos surgidos nos contratos internacionais relativos a questões civis ou comerciais, quando o acordo não seja obtido de forma abusiva. Em outras palavras, a decisão retro mencionada abre a possibilidade de que as partes, com base na autonomia de suas vontades, possam submeter suas disputas para decisão de tribunais estatais ou arbitrais.

Este trabalho buscará comentar as principais formas alternativas para a solução de conflitos, desde institutos seculares como a autotutela, autodefesa e autocomposição, como outros mais modernos e já recepcionados pelo direito brasileiro, como a arbitragem e a mediação, além de quando necessário, analisar suas respectivas posições dentro do ordenamento jurídico pátrio.

2. Autotutela / Autodefesa – controle jurisdicional

A primeira das alternativas analisadas é a chamada autotutela ou autodefesa. Constitui o meio pelo qual um litígio ou conflito é resolvido pelos próprios litigantes – pessoa física ou jurídica – e através da ação direta, resultando na imposição coercitiva da posição sustentada pelo lado mais forte. Esta é a forma através da qual os conflitos de interesse eram resolvidos antigamente, através de uma solução parcial, já que era dada por uma das partes do litígio que se valia da força para impor sua posição.

Niceto Alcará-Zamora y Castillo² defende o uso do termo *autotutela* em detrimento de *autodefesa*, definindo-a como a prática da defesa própria ou por si mesmo. A preferência pelo primeiro termo justifica-se no fato de *autodefesa* considerar todas as formas de defesas pessoais que não se encaixam neste conceito.

O nobre jurista Francisco Wildo Lacerda Dantas³, por sua vez, define autotutela como:

(...) modalidade de solução de conflitos de interesses – ou de retirada de obstáculo humano à realização do direito – em que se busca superá-lo por meio da ação direta de um ou de ambos envolvidos no conflito, em lugar de recorrer-se à ação dirigida ao Estado-juiz por intermédio do processo, em que, pela força, uma delas impõe a decisão, de forma coercitiva à outra.

No campo do Direito Penal, a infinita possibilidade de condutas humanas tipificáveis provocou uma situação inusitada sobre este tema dentro do respectivo Código pátrio.

O artigo 345 do diploma legal supra citado tipifica o delito de *exercício arbitrário das próprias razões*, definindo-o como o ato de fazer justiça com as

² *Apud* Francisco Wildo Lacerda Dantas, Teoria Geral do Processo 2ª edição, Editora Método, p. 145/146.

³ *Op. cit.*, p. 146

próprias mãos para satisfazer pretensão, mesmo que legítima, salvo quando a lei o permite. O uso desta última expressão (*salvo quando a lei o permite*) nos leva a entender que há situações em que a autotutela é reconhecida como lícita, como nos casos do direito de retenção (Código Civil, arts. 578, 644, 1219 e 1433), desforço imediato (Código Civil art. 1210, parágrafo 1º), direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (Código Civil art. 1283), a auto-executoriedade das decisões administrativas, o poder estatal de realizar prisões em flagrante (Código de Processo Penal art. 301) e atos que, apesar de serem tipificados como crime, são realizados em legítima defesa ou em estado de necessidade (Código Penal, arts. 24 e 25).

Como já dito, o exercício da autotutela não se confunde com o exercício da jurisdição, mas de um meio que a ela se equivale. Por tal motivo, a autotutela é passível de controle jurisdicional. Desta forma, ainda que posteriormente, a autotutela pode ser submetida à análise do Poder Judiciário a fim de se verificar se o seu exercício se manteve dentro dos limites da Lei ou se, ultrapassando qualquer limite legal, provocou lesão a algum direito individual.

No que se refere à hipótese de autotutela, especialmente à auto-executoriedade de decisões administrativas, aquele que sentir receio de eventual lesão a direito subjetivo pode socorrer-se do Judiciário preventivamente, ou seja, antes da execução da decisão, para proteger seus direitos de alguma lesão pelo poder público.

3. Autocomposição – conceito, formas e controle jurisdicional

Como o próprio vocábulo supõe, a autocomposição é a forma de solução de conflitos de interesses a partir dos próprios envolvidos no conflito. Diferentemente da jurisdição estatal em que o poder judiciário apresenta uma solução total ao litígio, a autocomposição – em qualquer das suas formas, constitui uma forma parcial de solução da disputa, já que para que ser concretizada sempre haverá sacrifício de parte do interesse em prol da composição final.

De forma diversa da jurisdição estatal que busca dar o direito a quem realmente o tenha, na autocomposição a justiça é distribuída inclusive àqueles que não tenham o direito, em nome do princípio da solidariedade.

Havendo sacrifício maior de um dos envolvidos a autocomposição será unilateral ou, no caso de ambas as partes terem colaborado de formas proporcionalmente iguais ou semelhantes, a autocomposição será bilateral. O primeiro tipo, autocomposição unilateral, apresenta-se sob duas formas ou modalidades – submissão e renúncia – enquanto a bilateral opera na forma da transação.

No primeiro caso de autocomposição unilateral, a submissão, uma das partes envolvidas no conflito, aquela contra quem a pretensão é exercida, entende, de acordo com sua convicção íntima, ser melhor submeter-se à pretensão alheia em detrimento da instituição definitiva do conflito. A outra forma de autocomposição unilateral, a renúncia, é bem semelhante à submissão, com a diferença fundamental de que é o autor da pretensão que decide não levar o conflito adiante, resignando-se com a situação atual e desistindo do exercício ou realização do direito que entende possuir ou renunciando a ele. Essas formas de autocomposição unilateral constituem verdadeiros atos altruístas e resolvem o conflito através de atos de disposição de direitos ou interesses. Por fim, na transação – forma de autocomposição bilateral – as partes encontram uma forma para solução de seus conflitos através de concessões mútuas. Ou seja, possui ao mesmo tempo a natureza da submissão e da renúncia, já que os envolvidos devem dispor de parte de seus interesses para um consenso.

Por fim, necessário registrar que as modalidades de autocomposição supra mencionadas ainda podem ser classificadas como espontânea ou induzida. Será espontânea quando a solução for encontrada pelas próprias partes envolvidas sem intervenção de terceiros e será induzida quando um terceiro, árbitro, mediador ou conciliador intervém auxiliando as partes na busca da solução do conflito, impondo ou não uma decisão para o litígio. Esse último caso, onde podemos incluir a mediação e a arbitragem, será analisado em tópicos seguintes.

No Código Processual Civil encontramos os tipos de autocomposição como resultado da normatização e da legalização dessas formas de solução de conflitos dentro de um processo judicial, ou seja, sob a tutela da jurisdição estatal. Assim, considerando que o processo judicial dentro do nosso ordenamento jurídico é realizado na forma do artigo 125 do diploma legal retro mencionado, é certo que as hipóteses previstas em lei de desistência, renúncia e transação devem ocorrer no curso do processo.

Essas hipóteses estão previstas nos artigos 267, VIII; 269, II e III do CPC, respectivamente, desistência, renúncia e transação. Por fim, vale lembrar que essas formas de autocomposição somente são aceitas quando envolvem direitos disponíveis e, por força do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, tais atos estarão sujeitos ao pronunciamento do Poder Judiciário (leia-se controle jurisdicional) para verificar se a autocomposição, operada em qualquer das suas formas, foi realizada dentro dos limites legais.

4. Arbitragem

4.1 Breve histórico

De início, necessário registrar que a solução de conflitos por meio da intervenção de terceiros não se trata de um instituto novo. Na verdade, a arbitragem é anterior à instituição de jurisdição estatal, desde os povos primitivos e passando pela Lei de Talião, que estabelecia que o ofensor sofreria o mesmo dano sofrido pela parte ofendida. Outro exemplo do uso da arbitragem em tempos antigos, mesmo que não da mesma forma como hoje a conhecemos, são as diversas decisões da Idade Média relativas a questões econômicas.

No que se refere ao Brasil, o Regulamento 737 de 1850, em seus artigos 411 a 475, foi o primeiro diploma legal que tentou disciplinar a arbitragem no país. Citados dispositivos mencionavam hipóteses em que conflitos deveriam ser resolvidos através da intervenção da iniciativa privada, sendo que em algum desses casos o uso da arbitragem era obrigatório. Contemporâneo ao Regulamento 737, o Código Comercial, em seu artigo 245 determinava a sujeição à arbitragem de toda questão relativa a contratos de locação mercantis, além de causas que envolvessem membros de sociedades comerciais durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia (artigos 294 e 348).

Ocorre, contudo, que a imposição do uso da arbitragem em determinados casos constituía grave ofensa ao princípio da autonomia da vontade, que será mais bem analisado adiante, razão pela qual a arbitragem obrigatória foi revogada pela Lei 1350, de 14/09/1866.

Mais recentemente o Código Civil Brasileiro de 1916 previa em seus artigos 1037 a 1048 a criação do compromisso arbitral que, para ser considerado válido, deveria preencher determinados requisitos. Este compromisso arbitral também mereceu atenção do atual Código de Processo Civil, que nos artigos 1078 a 1102 a ele se referiu como condição para validade da arbitragem.

Em nível constitucional, a primeira Constituição do Brasil de 25 de março de 1824, previa no artigo 160, do título VI que tratava do 'Poder Judicial' a possibilidade das partes convencionarem a aplicação da arbitragem em causas cíveis e penais, casos em que nomeariam o árbitro e cujas sentenças poderiam ser executadas sem possibilidade de interposição de um recurso⁴.

Nas constituições que sucederam a Constituição do Império, de 1824, a única que deixou de fazer qualquer menção à arbitragem foi a de 1891, sendo que em todas as outras posteriores houve referência à arbitragem. A Constituição de 1934 estabeleceu em seu artigo 5º, XIX, 'C' que se trata de competência exclusiva da União legislar sobre normas de arbitragem comercial. A Constituição de 1937 se referiu implicitamente ao instituto da arbitragem em seu artigo 18 e a Constituição de 1946 fez menção expressa à arbitragem em seu artigo 4º, nos casos de situação de guerra. Por fim, a Constituição de 1967 fazia previsão do uso da arbitragem para solução de conflitos internacionais como forma de evitar guerras.

Hoje deve ser reconhecido o inegável avanço do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere a uma legislação que busque disciplinar e regulamentar as formas alternativas para solução de conflitos e, assim, promover a melhor distribuição da Justiça. Neste sentido, necessário registrar que a Lei de Arbitragem (9.307/96) coloca-se ao lado de outros diplomas legais recentes em nosso ordenamento jurídico que buscam esta forma alternativa de prestação jurisdicional, tal como a Lei 9099/95 que normatiza os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei 9058/2000 que estabeleceu as Comissões de Conciliação Prévia e a Lei 10259/2001 que criou os Juizados Especiais Federais.

4.2 Conceito – natureza jurídica

Diversas são as tentativas de definição do instituto da arbitragem. O processualista Cretella Júnior⁵ define arbitragem como :

⁴ Silva, Adriana S. Acesso à Justiça e Arbitragem – Um caminho para a crise do Judiciário. Barueri : Manole, 2005.

⁵ Cretella Júnior, Da Arbitragem e seu conceito categorial – In Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 25, nº 98, 1998, p. 28

(...) sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Importante definição é a dada por um dos membros da comissão responsável pelo anteprojeto da nova lei de arbitragem no Brasil que regulamentou tal instituto na legislação pátria, o jurista Carlos Alberto Carmona⁶. Segundo ele, arbitragem é:

(...) um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção provada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

Considerados os entendimentos dos nobres juristas, podemos afirmar que a arbitragem é, basicamente, um meio de solução de conflitos de forma privada, ou seja, sem atuação direta poder do Estado na qual as partes litigantes acordam livremente a escolha de uma ou mais pessoas que deve(m) ser estranha(s) ao litígio e que exercerão a função de árbitro(s) ou juiz(es), resolvendo a discórdia de forma definitiva (já que inexistente a figura do recurso nesta forma de solução de conflitos).

De qualquer forma, a arbitragem pode servir para, além de decidir conflitos e controvérsias de maneira mais rápida, barata e segura, pois realizada por técnicos especializados e imparciais, ajudar a diminuir a sobrecarga atual da jurisdição estatal.

Esta breve definição traz à tona os dois componentes fundamentais na estrutura da arbitragem: a autonomia de vontade das partes e o poder de decisão dos árbitros, em oposição à jurisdição estatal. Assim, como será mais

⁶ Carmona, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo : Malheiros, 1998.

detalhadamente descrito adiante, podemos dizer que a arbitragem surge como um contrato celebrado entre as partes e que termina na decisão do árbitro, razão final de todo o seu trabalho.

Nota-se nesta breve explicação, que figura de extrema relevância dentro do processo de arbitragem é a do árbitro (ou juiz) que deve conduzir o processo arbitral, *mutatis mutandi*, como um processo judicial, contudo, de forma muito mais célere, informal e menos custosa às partes. Uma das diferenças com o processo judicial propriamente dito é que na arbitragem a solução do conflito é dada por um *expert* na matéria objeto da controvérsia, enquanto na solução de conflitos conhecida pelo Poder Judiciário a sentença é dada pelo magistrado, muitas vezes leigo na matéria objeto da discussão e que, por esse motivo, freqüentemente necessita da ajuda de peritos para formação de seu convencimento. No processo arbitral são esses próprios especialistas que decidirão a controvérsia.

Além disso, outra questão de profunda relevância é a delimitação dos tipos de litígio que podem ser objeto da arbitragem. A Lei 9307/96 em seu artigo 1^o estabelece que apenas litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis podem ser considerados objeto da arbitragem e, assim, sujeitar-se a este tipo de procedimento. Em outras palavras, o procedimento de arbitragem pode ser utilizado para resolução de conflitos nos quais estejam envolvidos direitos relativos a bens que possam ser apropriados ou alienados, que pertençam ao patrimônio de uma pessoa física ou jurídica, que possuam expressão econômica e que sejam suscetíveis de disposição por seus titulares.

Desta forma, é vedado ao árbitro pronunciar-se de forma decisória sobre determinados tipos de questões, como os de ordem pública (como direito de família, falência, de personalidade, etc.), litígios em que a manifestação do Ministério Público seja obrigatória e outros que, face à natureza pública que possuem, são submetidos a procedimentos de jurisdição voluntária.

⁷ Lei 9.307 de 23.09.1996, artigo 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

No que se refere à natureza jurídica da arbitragem, existem três teorias em nossa doutrina que buscam explicá-la. Inicialmente, de acordo com a teoria publicista, a natureza jurídica da arbitragem é de caráter jurisdicional. Isto porque ao decidir o litígio, o árbitro exerce uma função estatal, julgando e decidindo a controvérsia dentro dos limites da lei e agindo, portanto, em nome do Estado.

Neste sentido posiciona-se o nobre jurista Nelson Nery Junior⁸ ao afirmar que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. Sua decisão é exteriorizada por meio de 'sentença', que tem qualidade de título executivo judicial (CPC art. 584, III), não havendo necessidade de ser homologada pelo juízo estatal.

A segunda teoria, denominada privatista, afirma que a arbitragem tem a natureza jurídica de um contrato, consubstanciado na assinatura da convenção arbitral, quando entregam a responsabilidade pela decisão do conflito ao árbitro que passa a ter poderes para decidir.

Diferentemente da teoria publicista, os adeptos da teoria privatista entendem que o árbitro não age em nome do Estado, pois apenas este possui capacidade de através do Poder Judiciário, aplicar a norma abstrata ao caso concreto. Assim, a manifestação do árbitro, independente da denominação que receba, carece de imperatividade, já que o árbitro não faz parte do Poder Judiciário. Ainda segundo esse entendimento, o árbitro age em obediência ao cumprimento da vontade das partes através de uma atividade privada e não pública e, portanto, sua decisão carece de jurisdicionalidade. Seguindo esse entendimento, a sentença arbitral consistiria apenas na preparação da questão controvertida para que o magistrado homologue o procedimento arbitral e, verdadeiramente, aplique o direito no caso concreto.

⁸ Código de Processo Civil Comentado – e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 4ª edição revista e ampliada, São Paulo, RT, atualizado até 10.03.1999, p. 1.733.

Uma terceira teoria apresenta um entendimento misto, reconhecendo inicialmente um caráter contratual no procedimento, na medida em que as partes, com base na autonomia de suas vontades, convencionam o estabelecimento do juízo arbitral e de suas regras no caso de controvérsias. Ainda segundo esta teoria, num momento seguinte o procedimento arbitral adquiriria um caráter jurisdicional, pois é o Estado através da norma abstrata que reconhece a garantia e a força da decisão do árbitro.

Parece ter sido esse o entendimento seguindo pela Lei 9307/96. Seu texto demonstra, a princípio, uma visão privada/contratual deste instituto, ao mesmo tempo em que, ao dispensar a manifestação do Poder Judiciário para validade da sentença arbitral, mostra seu caráter jurisdicional. Isto porque, após o advento desta Lei, não mais é necessária a homologação do Estado à decisão arbitral para que esta possa produzir efeitos. Assim, a arbitragem seria instituída por meio de um acordo de vontade entre as partes, o que denota sua natureza contratual, para posteriormente apresentar uma característica jurisdicional, no momento em que dispensa a chancela estatal para que se reconheça sua força e validade.

4.3 Partes – autonomia da vontade – árbitro

No que se refere às partes que podem utilizar a arbitragem como forma de solução de conflitos, necessário dizer que, em razão da aplicação do princípio da autonomia da vontade, somente as partes com capacidade para contratar é que podem participar de um processo de arbitragem na qualidade de parte. Isto porque se pressupõe que as partes têm o direito de decidir ou optar pela instância arbitral quando estiverem envolvidas em questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Segundo o princípio da autonomia da vontade, podemos definir o termo 'autonomia' como a esfera da liberdade que o indivíduo dispõe na esfera do direito privado. Assim, o respectivo princípio refere-se à possibilidade de um indivíduo poder praticar um ato jurídico de acordo com sua vontade e com a autonomia que possui sobre ela, determinando, assim, seu conteúdo, sua forma e seus efeitos.

Inicialmente, devemos lembrar que a teoria da autonomia da vontade tem origem no século XIX por influência do liberalismo e serviu como fundamento para a obrigatoriedade no cumprimento dos contratos, com base na idéia de que o homem é livre por natureza e somente se obriga em razão de sua própria vontade, portanto, é a sua vontade que estabelece a criação dos contratos, seus termos e conteúdo.

Ocorre, contudo, que tal princípio também encontra na arbitragem plena aplicação, vez que, assim como ocorre em relação aos contratos, as partes têm liberdade de aderir ou não à arbitragem para solucionar o conflito em que estão envolvidas, assim como determinar suas regras, como local da arbitragem, número de árbitros, etc.

Figura de extrema importância dentro da arbitragem é o árbitro. Pode exercer a função de árbitro toda pessoa maior e capaz que, gozando da confiança das partes, é escolhida para proferir a sentença arbitral.

Como deve ser merecedor da confiança das partes a escolha do árbitro constitui uma questão de mais absoluta relevância dentro do procedimento arbitral, pois será ele quem dará a última palavra, decidindo a contenda.

Para que possa exercer sua função com qualidade, responsabilidade e isenção, na figura do árbitro devem ser encontradas algumas qualidades ou paradigmas, tais como imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção ou confidencialidade das decisões. Em outras palavras, podemos dizer que *ética* é a palavra que deve servir de norte no exercício da função de árbitro.

Neste sentido é que a IBA – International Bar Association, redigiu um código de ética para os árbitros internacionais em 1956, que foi revisto em 1987. Foi redigido para disciplinar as arbitragens internacionais, mas também pode ser aplicado para arbitragens domésticas, cíveis, trabalhistas ou comerciais, já que se refere a padrões éticos universais.

No direito pátrio, a Lei 9.307/96 determina quem pode exercer a função de árbitro, o número de árbitros para cada caso, como devem ser escolhidos os

árbitros (através de consenso das partes ou aplicando-se regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada), como deve ser o procedimento do árbitro e qual diligência deve ele tomar.

4.4 Cláusula arbitral e compromisso arbitral

Outra questão merecedora de maior atenção é a diferenciação entre a cláusula arbitral e o compromisso arbitral.

A cláusula arbitral não existe no direito positivo brasileiro disciplinado de forma específica. Consiste, nada mais, numa cláusula contratual inserida em um contrato qualquer, determinando que na eventual ocorrência de controvérsias ou divergências eventualmente surgidas na interpretação do respectivo contrato, as partes submetem à arbitragem a solução das diferenças.

Em outras palavras, trata-se de uma obrigação de fazer, uma promessa das partes consubstanciada na figura de uma cláusula contratual estabelecendo a arbitragem como forma de solução de eventual controvérsia.

Por outro lado, o compromisso arbitral é o ato pelo qual as partes, através de um acordo de vontades, estabelecem de forma efetiva o juízo arbitral, dando limites ao conflito, determinando os árbitros, bem como os termos em que o processo de arbitragem deverá transcorrer. É o ato de instituição do juízo arbitral e está expressamente previsto no ordenamento jurídico pátrio em nosso Código Civil, artigos 1.037 a 1.048, bem como no Código de Processo Civil, nos artigos 1.072 a 1.202.

Assim, em termos explicativos, temos a situação em que duas partes formalizam um contrato que contém em seu corpo a cláusula arbitral. Havendo qualquer controvérsia na interpretação dos termos desse contrato e negativa de alguma das partes em aderir ao processo de arbitragem previsto na mencionada cláusula de forma espontânea, a outra parte poderá recorrer à jurisdição estatal para fazer cumprir a cláusula arbitral, determinando que as partes venham a formalizar finalmente o compromisso arbitral.

Do contrário, caso uma das partes bata às portas do Judiciário para que este se pronuncie a respeito de contrato que contenha a cláusula arbitral, pode o réu alegar em sede de contestação a existência de mencionada cláusula e o magistrado, por conseqüência, poderá extinguir o processo com fundamento no artigo 267, VII e 301, IX do Código de Processo Civil.

No Brasil, o diploma legal que disciplina o procedimento da arbitragem, Lei 9.307/96, estabelece em seu artigo 4º, parágrafo 2º que, nos contratos de adesão, somente no caso de se partir do aderente a iniciativa de instituir a arbitragem é que a respectiva cláusula terá eficácia, ou então, com sua concordância expressa de forma escrita.

Ainda em relação à cláusula arbitral, deve ser mencionado o artigo 4º da Lei 9307/96, segundo o qual as partes podem submeter a solução de seus conflitos ao juízo arbitral, através de uma convenção de arbitragem, seja por meio de uma cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Assim, tais institutos – cláusula e compromisso arbitral – passaram a ter os mesmos efeitos jurídicos e estão representados pelo termo geral 'Convenção Arbitral'.

Por tal motivo, a cláusula arbitral foi transformada em negócio jurídico processual, em que as partes interessadas escolhem a arbitragem para solução de seu conflito. Por conseqüência, tem-se o afastamento da jurisdição estatal e impõe-se de forma obrigatória a instituição do procedimento arbitral para as partes. Neste particular, as partes têm autonomia para decidir e são livres para apenas optar pela adoção de tal procedimento ou mesmo estabelecer todas as regras que o procedimento deve obedecer, tal como a escolha dos árbitros.

No que se refere à natureza das sentenças arbitrais, estas podem ser de natureza terminativa ou definitiva. A decisão proferida pelo árbitro com o fito de dar cabo ao litígio e que possui força de título executivo extrajudicial pode ser considerada de natureza terminativa, quando possui conteúdo simplesmente processual, colocando fim ao processo sem julgamento de mérito, ou definitiva, caso

em que se reconhece o direito de uma das partes envolvidas no conflito, caso em que será catalogada como sentença arbitral de mérito.

4.5 Princípios constitucionais aplicados à arbitragem

Muito embora na arbitragem seja o árbitro quem dá a decisão final sobre o conflito, enquanto na jurisdição estatal essa função cabe ao Poder Judiciário através dos magistrados, é certo que esta forma de solução de conflitos deve observar os princípios fundamentais da legislação civil, além dos princípios constitucionais. Estes princípios têm supremacia sobre quaisquer outras normas, pois são aplicadas à totalidade do ordenamento jurídico.

No que se refere aos princípios constitucionais aplicados ao instituto da arbitragem, podemos mencionar como de absoluta relevância na presente discussão os princípios do devido processo legal, do contraditório e da garantia processual.

Começemos pelo princípio do devido processo legal. Este princípio encontra-se previsto na *Charta Magna*, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV. Trata-se do conjunto de garantias constitucionais indispensáveis ao exercício da jurisdição e que garante o exercício dos poderes processuais pelas partes. Refere-se, portanto, à necessidade da observância de todas as exigências legais para o procedimento judicial comum.

Em relação à arbitragem, o artigo 21 da Lei 9.307/96 estabelece a necessidade de que sejam observados os princípios que constituem os pressupostos do devido processo legal, como o direito à liberdade das partes e a vedação de sua interferência no exercício da jurisdição. Isto porque, com a correta aplicação da Lei, as partes envolvidas têm o sentimento de efetiva concretização da justiça (*lato sensu*), afastando qualquer sensação de insegurança jurídica no procedimento arbitral.

Outros dois princípios constitucionais que guardam estreita relação com a arbitragem são a garantia do contraditório e da igualdade entre as partes durante o processo arbitral, tal como lhes seria garantido no processo judicial tradicional.

O primeiro deles encontra previsão na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV e preceitua que “(...) *aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*” . Tal princípio guarda íntima relação com o princípio da igualdade entre as partes, previsto no inciso I do artigo 5º da Constituição Federal/88, bem como em nosso Código Processual Civil, em seu artigo 125, inciso I e que busca dar garantia às partes de igualdade de tratamento.

Quando se fala sobre igualdade de tratamento, não está se referindo apenas à oportunidade da parte manifestar-se sobre as alegações do *ex adverso*, mas também de produzir provas que dêem sustentação às suas próprias alegações, demonstrando que as partes se encontram no mesmo patamar, formando uma relação triangular perfeita com o árbitro. Assim, a aplicação desse princípio constitucional proporciona aos litigantes a segurança no processo arbitral para solução de seus conflitos, pois certos estarão de que lhes será assegurada a igualdade de tratamento.

Por fim, não podemos deixar de mencionar o princípio da garantia processual. A aplicação desse princípio se justifica na necessidade de proporcionar às partes garantias para todo procedimento, já que como a arbitragem possui caráter jurisdicional, requer a aplicação de princípios norteadores do processo civil. É um desdobramento do princípio do devido processo legal, considerando como garantia aos litigantes o acesso à justiça, seja deduzindo suas pretensões ou defendendo-se de forma ampla.

E, nesse sentido, a garantia processual se traduz em justiça, já que sua ausência implica no comprometimento, insegurança do procedimento arbitral, bem como abre a possibilidade de que a sentença arbitral seja declarada nula pelo Poder Judiciário.

4.6 Constitucionalidade da Lei 9307/96

No que se refere à constitucionalidade da Lei 9.307/96, mister lembrar que alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, especificamente Sepúlveda Pertence e Sidney Sanches, entenderam inicialmente que o texto deste diploma legal representaria uma ofensa à Constituição Federal.

Contudo, mencionada Lei foi reconhecida pelo STF no ano de 2001 como constitucional e seu texto foi mantido, pois restou entendido que não mais pairavam dúvidas acerca de sua constitucionalidade. E para que se chegasse a tal reconhecimento, algumas questões foram levantadas.

Vale dizer, a princípio, que a sentença proferida no juízo arbitral pode ser declarada nula pelo Poder Judiciário. A Lei da Arbitragem, inclusive, faz a previsão da ação anulatória para este fim, devendo a parte interessada buscar a via jurisdicional tradicional. A nulidade da sentença poderá ser argüida pela parte também em sede de embargos à execução, como prevê o Código de Processo Civil, em seus artigos 33, parágrafo 3º c/c artigo 741.

Além disso, na qualidade de título executivo extrajudicial, a sentença arbitral somente poderá ser executada de forma coativa através do Poder Judiciário. O mesmo se aplica a sentença arbitral proferida no estrangeiro (Lei 9307/96, artigo 34 e seguintes), caso em que tal decisão deverá ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal para que possa ter força executória em nosso país.

Por fim, necessário lembrar que desde o início do procedimento arbitral o Poder Judiciário pode ser provocado, decidindo sobre a instituição da arbitragem quando uma das partes que firmaram a cláusula compromissória se negar a aceitar tal procedimento. Lacerda Dantas⁹ lembra ainda a possibilidade de controle jurisdicional sobre o procedimento de arbitragem nos casos em que uma das partes nega ter aceitado tal procedimento ou ainda quando afirma que a arbitragem lhe foi imposta.

⁹ *Apud* Francisco Wildo Lacerda Dantas, Teoria Geral do Processo 2ª edição, Editora Método, p. 156/157.

Assim, por tais motivos é que a Lei 9307/96 que disciplina o instituto da arbitragem no Brasil é reconhecida como norma constitucional pelo E. Supremo Tribunal Federal.

5. Mediação

5.1 Conceito

O processo de mediação consiste numa forma extrajudicial de solução de conflitos através da intervenção de um terceiro, o mediador, estranho às partes, e que exerce o papel de facilitador. Em outras palavras, é uma negociação assistida. A importância dessa assistência se dá na medida em que, ao buscar a mediação, as partes se encontram de tal forma ressentidas com a divergência que as envolve e se deixam dominar pela mágoa que acaba por impedi-las, por si só, de visualizar uma solução satisfatória para todos. Todavia, ao contrário do que acontece na arbitragem, em que o árbitro dá a palavra final sobre o conflito, a função do mediador é tentar aproximar as partes, buscando um ponto de equilíbrio através dos interesses que tenham em comum.

Nas palavras de Lília Maia de Moraes Sales¹⁷

A mediação é um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor as satisfaça. A mediação representa assim um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, movidas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.

Esta atuação do mediador deve, contudo, seguir uma técnica que busque um acordo com base no interesse das próprias partes que, neste processo, é quem têm o poder de decisão – e não o mediador, mero facilitador.

Trata-se nada mais que um acordo realizado entre os conflitantes – também chamados mediantes – sob a supervisão e com a ajuda de um mediador que busca aproximar as partes e diminuir o litígio. Em razão de suas peculiaridades, a mediação é uma forma de solução de conflitos que envolvam relações prolongadas,

como ocorridos em uma família, comunidade ou numa escola, por exemplo, e que inevitavelmente serão mantidas independente das divergências. Como a arbitragem, oferece a grande vantagem de poder evitar um considerável desgaste durante um processo judicial. Assim, mesmo que as partes decidam buscar o judiciário para resolver o conflito, a ele serão levadas apenas às questões que não puderam ser resolvidas através da mediação.

Diante da aparente semelhança com outras formas de composição, tornam-se necessárias algumas diferenciações. Primeiramente, é necessário dizer que enquanto na arbitragem a postura do árbitro é de intervir no conflito, na mediação o mediador busca discutir as razões que levaram ao surgimento do conflito. Além disso, na conciliação o que se busca é a celebração de um acordo em absoluto detrimento de uma demanda judicial, enquanto na mediação a celebração do acordo é uma das possíveis conseqüências, sendo que o mediador atua apenas como facilitador desse processo.

Outra questão importante no processo de mediação é o sigilo, necessário neste procedimento, pois requer privacidade, segurança e garantia às partes de que as informações passadas ao mediador não serão usadas para outros fins, que não o entendimento.

5.2 Princípios

Não há normatizado em nenhum diploma legal brasileiro os princípios que devem nortear o procedimento da mediação. Há, contudo, alguns que são indispensáveis ao bom andamento dos trabalhos, para que se atinja o objetivo final de dar uma solução ao conflito, de forma rápida, justa e eficaz.

O primeiro deles diz respeito ao poder absoluto de decisão dos interessados. Isso quer dizer que são as partes, aqui entendidas como os envolvidos no conflito, os únicos responsáveis por se conseguir chegar a um acordo, cabendo ao mediador facilitar o diálogo, sendo-lhe vedado tomar qualquer decisão.

Neste contexto, outros dois princípios devem ser destacados. Da mesma forma que dentro de um processo de mediação somente as partes podem decidir por um acordo, antes da instauração do procedimento, somente as partes podem optar por este caminho para solucionar a divergência. Em outras palavras, os envolvidos, que posteriormente serão chamados de mediandos, devem estar cientes do significado da mediação e devem, caso concordem com ele, optar por tal caminho sem qualquer coação, de acordo com o seu livre arbítrio. É o princípio da liberdade das partes, que também será discutido no item seguinte, como uma característica da mediação.

Instaurado o processo de mediação, como já dito, o mediador cumpre o papel de facilitador do diálogo. Assim, de acordo com o princípio da não competitividade, sua atuação deve ser orientada no sentido de evitar qualquer clima de agressividade, animosidade ou competitividade entre as partes, considerando que na mediação não há ganhador ou perdedor, autor ou réu, absolvição ou condenação, mas sim a satisfação mútua para as partes.

Ainda, no que se refere à figura do mediador, o tratamento oferecido aos mediandos deve ser isonômico, de forma que não privilegie tampouco beneficie nenhum dos lados. O mediador deve, ainda, ser figura capacitada para exercer tal função de acordo com a natureza de cada processo de mediação. Isso significa dizer que deve possuir características que possam qualificá-lo para desempenhar a função de mediador, como equilíbrio, prudência, paciência e bom senso.

Por fim, segundo o princípio da informalidade, no processo de mediação inexistem regras rígidas que devem ser seguidas, tampouco um procedimento pré-determinado, cabendo o mediador, de acordo com o bom senso e a praticidade, estabelecer sua forma de trabalho a fim de torná-lo mais eficaz.

5.3 Características

Apresentado o conceito fundamental do processo de mediação, necessário se faz analisar algumas características. Podemos afirmar, inicialmente,

que a mediação é voluntária, confidencial ou sigilosa, econômica, pacificadora e imparcial.

A mediação é um processo voluntário para as partes, pois os mediandos não estão obrigados a negociar ou formalizar qualquer acordo por pressão de alguma das partes ou por qualquer pessoa estranha ao conflito. Pelo contrário, princípio fundamental na mediação é a liberdade dos interessados em aderir e desistir livremente do procedimento a qualquer momento. Nem o mediador, nem a própria lei tem poder para obrigar qualquer pessoa a aderir ao processo de mediação, tampouco impor uma decisão aos mediandos.

O mediador deve auxiliar os mediandos para que cheguem a um acordo que resolva os problemas que levaram a buscá-lo (o mediador) e são eles (os mediandos) que devem encontrar essa solução. Encontrada a solução, esta deve ser formalizada através de um Termo de Acordo, do contrário, as partes estarão livres para buscar outras formas que considerem mais apropriadas para solução do conflito, como o próprio judiciário.

Outra característica importante na mediação é a confidencialidade. Todas as informações, ponderações e observações discutidas na sessão de mediação são confidenciais àqueles que estavam presentes naquela oportunidade, seja na qualidade de parte, mediador ou até mesmo como observador. Como exerce função importante dentro do processo, o mediador jamais poderá relatar a qualquer pessoa ou órgão que não tenha estado presente na sessão o que sucedeu na ocasião, nem mesmo poderá ser arrolado como testemunha em processo judicial, para falar sobre fatos relativos à sessão.

O que muitas vezes ocorre é que o mediador solicita às partes que firmem declaração de confidencialidade ou formulário de consentimento, com a intenção de se resguardar de eventual futura intimação num processo judicial ou de apresentar suas anotações do processo em que atuou como mediador como evidências numa ação.

O processo de mediação é também um procedimento pacificador, na medida em que busca a solução do conflito através do diálogo assistido pelo mediador, transformando o litígio em uma conciliação e evitando que os mediandos se transformem em adversários numa contenda judicial.

Muitas vezes os mediandos estão conscientes desta postura, ou seja, da necessidade de resolver o conflito como da melhor forma para ambas as partes, evitando futuros desgastes pessoais e econômicos de uma disputa judicial e mantendo a possibilidade de se relacionarem futuramente.

Por tal motivo, podemos afirmar também que a mediação é uma forma mais econômica para solução de um conflito, seja do ponto de vista financeiro, propriamente dito, seja em relação ao tempo despendido para resolução do litígio. Enquanto a mediação propõe a busca de uma solução da contenda pelas próprias partes com rapidez e economia, o lento sistema jurídico processual brasileiro abre a possibilidade de que as partes interponham uma série de recursos que podem fazer com que o processo judicial leve muitos anos até uma decisão final.

Por fim, mas não menos importante, não se deve olvidar a característica da imparcialidade da mediação. Esse caráter imparcial e neutro do processo passa obrigatoriamente pela isenção na atuação do mediador que deve sempre buscar restaurar a harmonia e o equilíbrio entre as partes, sob o risco de ser substituído por outro mediador ou ter o procedimento encerrado.

5.3 O mediador

Para que o processo de mediação consiga buscar seu objetivo maior que é o acordo firmado entre as partes que põe fim ao litígio, o mediador exerce papel fundamental no processo. Deve ser um terceiro neutro e estranho às partes que busca, sem emitir qualquer juízo de valor, estabelecer a conversa e o diálogo entre elas para que consigam chegar a um consenso.

Dentre as várias definições que encontramos para o mediador, destacamos a de Lília Maia de Moraes Sales¹⁰ :

O mediador é o condutor da mediação de conflitos – terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes como intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando que as próprias partes encontrem uma solução satisfatória para o conflito.

O mediador não deve se preocupar diretamente com a realização de um acordo entre os mediandos, mas deve, primeiramente, preocupar-se em estimular o diálogo entre os conflitantes, acalmando os ânimos com paciência e habilidade, mantendo uma postura neutra e imparcial para que as próprias partes consigam encontrar a solução. Segundo Valéria Warat¹¹, em sua obra *Mediação e Psicopedagogia*, o bom mediador deve seguir o seguinte roteiro em sua atuação: ouvir e tranquilizar as partes, transmitir confiança e sentimento de imparcialidade, demonstrar às partes que seus conceitos são relativos, fazendo, por exemplo, se colocar no lugar da outra parte, auxiliar na percepção de eventuais caminhos para solucionar o conflito, ajudando a encontrar alternativas e entender que a formalização de um acordo não é o único objetivo da mediação.

Para exercer tal função, é necessário que o indivíduo possua uma formação ampla, interdisciplinar, englobando conhecimentos principalmente da psicologia, da sociologia e do direito, além daquelas próprias do tema principal da controvérsia.

O mediador deve, conhecendo as causas e os desdobramentos do conflito, encaminhar as partes para o profissional especializado que determinada situação exija. Chegando os mediandos a um acordo, convém que este seja elaborado por um advogado, profissional que possui conhecimentos jurídicos para consubstanciar num documento escrito os termos da conciliação.

¹⁰

SALES, op. cit., p.69

¹¹

WARAT apud SALES, op. cit, p. 70

Vale destacar também a importante função de mediação social que exerce o advogado. Isto porque não se deve limitar a figura do advogado apenas à atuação na esfera judicial, defendendo os interesses de seu cliente, mas também na função de orientá-lo na busca de soluções que não passem necessariamente pela análise do poder judiciário, evitando assim desgastes desnecessários.

Ainda no que se refere à figura do mediador, muitas vezes para auxiliar o diálogo entre as partes na busca de um entendimento, tem-se adotado a figura da co-mediação, em que profissionais de diferentes áreas atuam em conjunto. Esta prática tem mostrado resultados significativos na medida em que, diante de um conflito mais complexo, o mediador evita a parcialidade ao recorrer a um terceiro profissional com conhecimentos técnicos pertinentes à discussão para auxiliá-lo na mediação em curso.

5.4 Processo de mediação

Diferentemente da arbitragem que tem seu procedimento regulado pela Lei 9.307/96, não existe no Brasil um diploma legal que discipline a mediação, de forma que, em razão de um de seus princípios orientadores – da informalidade – inexistente um modelo pré-estabelecido para seu processo. Contudo, a prática tem demonstrado um caminho a ser seguido, a fim de garantir a regularidade de todo o procedimento e sem ferir qualquer direito das partes.

Assim, a mediação tem início com um primeiro encontro ou reunião entre os mediandos e o mediador. Neste momento as partes assinam um termo ou acordo em que formalizam a escolha da mediação como forma de tentar dar fim ao conflito. Além disso, são decididas outras questões técnicas ou administrativas como o valor dos honorários do mediador, o número de sessões a serem realizadas, bem como o local.

Trata-se do primeiro contato das partes com o procedimento que neste momento lhes é apresentado pelo mediador. São informadas às partes as regras básicas para o bom andamento dos trabalhos, tais como a oitiva de ambas as partes, a necessidade de respeito mútuo entre si e com o mediador, o sigilo de tudo

o que for debatido nas sessões, a possibilidade das partes comparecerem às sessões acompanhadas de advogado e da realização de sessões individuais, dependendo de cada caso.

Na sessão seguinte, ocorre o depoimento inicial das partes. É o momento em que as partes falam, dão sua versão sobre o conflito e, em seguida, escutam a parte contrária. O respeito e a civilidade em falar e deixar o outro falar é ponto importantíssimo na mediação, pois é o que fornecerá subsídios ao mediador para encaminhar o processo (*lato sensu*) para um possível acordo. Assim, mesmo que as partes pensem de forma diferente sobre tudo o que for discutido na sessão – e muitas vezes é o que realmente acontece – a troca de informações é essencial para o sucesso da mediação.

A função maior do mediador neste momento é o de facilitador da comunicação, do diálogo. Diante da impossibilidade de resolverem o conflito por si só, as partes, muitas vezes se apresentam para a mediação inconformados e sentindo-se injustiçados. Essa condição torna o diálogo difícil e o mediador é o responsável por manter a cordialidade entre as partes, para que elas possam expor seus pontos de vista sobre o conflito de forma civilizada.

Ouvidas as partes, o mediador deve buscar identificar o cerne do conflito, a razão verdadeira do surgimento do litígio, de acordo com os interesses dos envolvidos. Identificado o real interesse, com o auxílio dos mediados o mediador deve buscar, dentre as várias possibilidades de solução ao conflito, aquela em que haja maior satisfação e menor perda para as partes, considerando sempre a preservação de seus interesses. A solução apresentada pelo mediador deve fundamentar-se em dados concretos e critérios objetivos e legítimos, independente da vontade das partes, tais como laudos, pesquisas, etc., para que possa ser a mais justa para os envolvidos.

Em seguida, caso as partes aceitem a solução proposta pelo mediador, é selado um compromisso que pode ou não ser homologado pelo juiz, mas que deve sempre ser claro e objetivo no caso de futura execução.

A prática tem demonstrado que o uso da mediação tem, ao mesmo tempo, solucionado uma série de litígios que precipitadamente teriam sido levados ao crivo do Poder Judiciário, além de proporcionar aos envolvidos uma série de vantagens decorrentes de sua escolha como forma de resolver a divergência. Dentre essas vantagens podemos destacar a participação ativa das partes que estimula o tratamento cordial e aumenta sua auto-estima, alto índice de satisfação com o acordo, já que a decisão não foi imposta e sim discutida entre os envolvidos e, também por isso, a porcentagem de cumprimento de acordos firmados em processos de mediação são relativamente altos, possibilidade de escolha do mediador em comum acordo pelos mediandos, redução dos custos, além da celeridade e privacidade do acordo.

6. Conclusão

A tradição histórica do direito brasileiro, como parte de nossa herança cultural, direciona os cidadãos e os operadores do direito na procura e valorização exagerada do Poder Judiciário como única forma de solução de conflitos, aplicando o direito aos casos concretos que lhe são apresentados. Neste sentido, o Poder Judiciário nada mais seria do que a materialização da jurisdição estatal e a forma de solução de conflitos por esse meio se dá através de um *processo*.

Essa preferência cultural acabou por provocar por muito tempo, direta e indiretamente, que formas alternativas para solução de litígios não fossem discutidas e desenvolvidas, sendo menosprezadas e afastadas do debate jurídico. Ocorre, como tentou demonstrar este trabalho, que a jurisdição estatal não configura o único meio de satisfação de pretensões e, em muitos casos, optar por esse caminho requer muito mais tempo e recursos financeiros do que outras opções.

É notório e indiscutível que o Estado, através do Poder Judiciário, peca na solução das demandas que lhe são trazidas para análise na medida em que a demora para aplicação do direito, pelos mais variados motivos, provoca inúmeros prejuízos aos envolvidos e, não raramente, torna a prestação jurisdicional ineficaz. Isso faz com que o processo judicial seja desacreditado e serve de desestímulo àqueles que necessitam de alguém que escute suas pretensões e decida o litígio.

Uma possível solução para essa questão passaria necessariamente por uma reforma do Judiciário, além de revogação de leis ineficientes e inaplicáveis e da revisão do sistema processual em vigor, que oferece às partes um leque de recursos que na maioria das vezes, mais que garantir a revisão de uma decisão, acaba por eternizar a demanda.

Dentro desse panorama, torna-se necessária à discussão sobre outros meios de solução de conflitos e de pacificação social e, diante dessa necessidade, surgiram os procedimentos como a arbitragem e a mediação. Entretanto, é imperativo recordar que, na qualidade de função estatal, a jurisdição possui características próprias que não são encontradas em outras formas de solução de

litígios, como a inevitabilidade e a imperatividade, ou seja, somente a jurisdição estatal é capaz de aplicar a norma jurídica abstrata.

Mas apesar de não apresentar algumas das características da jurisdição estatal, os meios alternativos para solução de litígios, sob certa análise, apresentam um valor social equivalente ao da jurisdição estatal. Isto porque não podemos olvidar que o escopo maior da jurisdição estatal é a pacificação social através da eliminação dos conflitos e é esse importante fator do qual comungam todas as formas de solução de conflitos, sejam as alternativas ou a tradicional jurisdição estatal.

Mesmo diante da discussão da natureza jurídica de institutos como a arbitragem e a mediação, podemos afirmar, sob uma visão teleológica, que existe uma equivalência do ponto de vista funcional entre a forma estatal de pacificação social e outras alternativas não estatais, sendo que nos últimos anos vem crescendo a procura por essas formas alternativas, já que muitas vezes eles produzem resultados melhores que o modelo estatal.

Um caso típico é o da arbitragem. Esta alternativa foi durante muito tempo relegada a um segundo plano, dificilmente sendo escolhida pelos membros de um conflito como forma eficaz de solucionar as divergências. Aos poucos, contudo, a arbitragem passou a ser cada vez mais adotada em questões envolvendo conflitos internacionais graças ao fenômeno da globalização da economia, especialmente aquelas referentes ao comércio internacional.

Os motivos que levaram os envolvidos nestes conflitos internacionais a buscarem a via da arbitragem são diferentes daqueles que levaram as partes, dentro do Estado nacional, a buscar o mesmo caminho. Enquanto a arbitragem soluciona os conflitos de comércio internacional em razão da inexistência de outras formas, além da possibilidade de eleger as normas a serem aplicadas e da suposta formação técnica dos árbitros, em nosso país o que costuma levar os interessados a optar pela arbitragem é a celeridade na prolação de uma decisão e o menor custo financeiro.

Como conclusão deste estudo, firmamos nosso entendimento de que a forma tradicional de solução de conflitos através da provocação da jurisdição estatal através do Poder Judiciário constitui a única forma de tornar efetivo o ordenamento jurídico pátrio, aplicando a cada litígio a respectiva norma legal de forma imperativa. Entretanto, o que o conjunto de diplomas legais de um país busca acima de tudo é a promoção da paz social, a solução de conflitos de forma justa e satisfatória para os envolvidos, além de rápida e mais econômica.

Neste contexto é que muitas das formas alternativas para solução de conflitos, sendo que as mais importantes e conhecidas buscou-se analisar neste trabalho, apresentam-se na sociedade moderna como um outro caminho oferecido às partes para que tenham, de forma mais eficiente, seus litígios resolvidos, enquanto o Poder Judiciário se vê afogado num oceano de processos intermináveis. E somente o exercício imparcial destas alternativas legais é que transmitirá aos interessados a confiança necessária para buscá-los com maior frequência.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, José Manoel de Arruda. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v.1

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1999, v. 1.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Método, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil I**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. **Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307 de 23/9/1996**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GEVAERD, Luiz Fernando. **Mediação de Conflitos. Fator de apaziguamento social**. Rio de Janeiro: CIMA, 1994.

GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e NETO, Caetano Lagrasta (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

LEMOS, Luciano Braga e LEMOS, Rodrigo Braga. **A Arbitragem e o Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem e Convenção Arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millenium, 1999

NETO, José Cretela. **Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. V.

ROCHA, José Albuquerque. **A lei de arbitragem / Lei 9.307 de 23.09.1996 – Uma reflexão crítica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem: a solução viável**. São Paulo: Ícone, 1997.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder judiciário: Lei 9.307, de 23.09.1996**. São Paulo: LTr, 2001

SILVA, Adriana S. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um caminho para a crise do Judiciário**. Barueri: Manole, 2005.