

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

MICHELLE CRISTINA LOPES RIBEIRO

SÃO PAULO-SP

2016

MICHELLE CRISTINA LOPES RIBEIRO

OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada ao Curso Especialização em Direito Processual Civil, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como pré-requisito para a obtenção do título de Especialização em Direito Processual Civil, orientada pela professora Doutora Berenice Magri.

SÃO PAULO

2016

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DO ORIENTADOR:.....

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Aos meus professores minha gratidão, por suas muitas luzes, que sempre me inspiraram.

À minha família, privados do meu convívio durante todo o tempo despendido para a criação deste Estudo.

À profesora Doutora Berenice Magri, pela confiança em meu trabalho e pela sua disponibilidade em compartilhar seu conhecimento.

“Desencoraje os litígios. Convença seus vizinhos a fazerem concessões sempre que possível. Como um pacificador, o advogado tem a oportunidade superior de ser um bom homem. Ainda haverá bastante trabalho.” (Abraham Lincoln).

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo apresentar possíveis soluções para a dificuldade da prestação jurisdicional enfrentada pelo Poder Judiciário, que em razão de vários fatores, decorrentes da conscientização da sociedade em relação aos seus direitos, após a Constituição Federal de 1988, trouxeram como consequência, o crescente aumento de conflitos de interesses e busca ao acesso à justiça. Atualmente, são evidenciados esforços da esfera pública e privada para oferecer à população, opções de resolução para seus problemas, pela via autocompositiva, heterocompositiva, pela esfera consensual ou adjudicada, de modo a encontrar o melhor mecanismo apto para superar o dissenso. À frente deste cenário, a proposta do trabalho se alicerça no estudo dos meios alternativos de solução de conflitos, como modelos postos à colaboração do Poder Estatal para promover o término dos litígios, de forma mais digna e equânime, para todos os envolvidos. Neste contexto, objetiva-se apresentar os meios alternativos de solução de conflitos como igual expressão dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e, portanto, justo é o seu reconhecimento e incentivo frente aos princípios da efetividade e pacificação social.

Palavras-chave: Meios Alternativos de Solução de Conflito. Acesso à Justiça. Pacificação Social. Prestação Jurisdicional. Celeridade. Poder Judiciário.

ABSTRACT

It's reasonable to say that a raising awareness of our people concerning their rights had risen continually since 1988, when a new Federal Constitution was launched in connection with such fact a rising demand for litigation stays in course. For this reason Brazilian judicial branch has met great challenges to meet its main goal which is apply the law. Thus this paper has the intention to present other solutions than litigation to settle disputes out of the courts, the Alternative Dispute Resolutions (ADR) nowadays are the main effort made by government and public entities to aim other solutions for civil conflicts. This paper will analyze these new methods to solve disputes and how they can contribute to the State solving conflicts in a more equal and worthy way.

Key-words Alternative Dispute Resolutions, ADR, Access to the Justice, Social Pacification, Branch Judicial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO: CONFLITOS, ACESSO À JUSTIÇA E A BUSCA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	12
2.1 Os Conflitos de Interesses	12
2.2 Os Meios de Solução de Conflitos: Autotutela, Autocomposição e Heterocomposição.	13
2.3 A Problemática para a Efetivação do Acesso à Justiça e as Ondas Renovatórias	15
2.4 A Crise no Poder Judiciário	17
2.5 A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.....	18
2.6 Evolução Histórica dos Meios Alternativos de Solução de Conflito no Brasil.....	22
3 A ARBITRAGEM	27
3.1 A ARBITRAGEM - LEI 9.307/1996	27
3.1.1 Características	27
3.1.2 O dilema da constitucionalidade da Lei de Arbitragem	28
3.1.3 Natureza Jurídica da Arbitragem	29
3.1.4 A Arbitrabilidade	31
3.1.5 Princípios Fundamentais da Arbitragem.....	32
3.1.5.1 Autonomia da Vontade.....	32
3.1.5.3 Contraditório	33
3.1.5.4 Imparcialidade.....	34
3.1.5.5 Livre Convencimento.....	35
3.2 Arbitragem Institucional e Ad Hoc/Avulsa	35
3.3 Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral.....	36
3.3.2 A Cláusula Compromissória.....	36
3.3.3 O Compromisso Arbitral.....	38
3.4 Medidas Cautelares e de Urgência na Arbitragem	40
3.5 Sentença Arbitral	41
3.6 Vantagens e Desvantagens da Arbitragem	43
3.6.1 As Vantagens.....	43
3.6.2 As Desvantagens	44
3.7 A Reforma da Lei de Arbitragem.....	46
3.7.1 Na Administração Pública	46
3.7.2 Prescrição	47
3.7.3 Nos conflitos societários.....	47

3.7.4 Medidas Cautelares	48
3.8 A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil.....	49
3.8.1 Reconhecimento da Arbitragem como Jurisdição	50
3.8.2 Carta Arbitral	50
3.8.3 Alegação em Juízo Estatal de Convenção de Arbitragem.....	51
3.8.4 Confidencialidade na Arbitragem	52
4 A Mediação, A Negociação e A Conciliação	53
4.1 A Lei da Mediação.....	53
4.1.2 Características	54
4.1.3 Princípios Fundamentais da Mediação	55
4.1.3.1 A Autonomia da Vontade das Partes.....	55
4.1.3.2 A Imparcialidade.....	56
4.1.3.3 A Confidencialidade	56
4.1.3.4 A Informalidade	57
4.1.4 O Mediador	58
4.1.5 Modalidades de Mediação	60
4.1.5.1 A mediação extrajudicial	60
4.1.5.2 A Mediação Judicial instituída no Novo Código de Processo Civil.....	61
4.1.6 Vantagens e desvantagens da Mediação	63
4.1.6.1 Vantagens	63
4.1.6.2. Desvantagens.....	63
4.2 Negociação.....	65
4.3 Conciliação.....	68
Considerações Finais	
Referências Bibliográficas	

1 INTRODUÇÃO

Muito embora o acesso à justiça no Brasil seja garantido por meio de princípios constitucionais, sabe-se da deficiência do Estado para tutelar a pretensão de todos aqueles que recorrem à máquina judicial.

Diante dos números crescentes de ajuizamento de ações perante o Poder Judiciário, o que repercute em uma demora na solução dos processos, o jurisdicionado enfrenta dificuldades, afetando seu direito sob litígio, eis que depende da tutela jurisdicional. Frente a este fato, muito se tem falado sobre os meios alternativos de solução de conflitos, mais efetivos, menos beligerantes, de menor custo, mais eficientes e que satisfaçam os interesses das partes.

Com este enfoque, o trabalho abordará o modo pelo qual a sociedade tem se desenvolvido e aprimorando para debelar as controvérsias utilizando os meios alternativos de solução de conflitos, de modo a incluir outros mecanismos para socorrer os cidadãos, que mesmo não sendo pela via institucional, igualmente almejam conquistar um dos principais objetivos do Direito Processual Civil: a pacificação social.

Alinhado a este objetivo, cumpre o destaque na pesquisa, às técnicas da Arbitragem, da Mediação, da Conciliação e da Negociação.

Diante desta temática, faz-se necessária a exposição das leis que abarcam tais institutos, da utilização prática de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais.

Neste contexto, será apresentada a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu “Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, para assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”¹. Com isso, tem-se por objetivo, incentivar a utilização da conciliação e mediação judicial e com esta estratégia, mudar a cultura da litigiosidade instaurada no país e consequente diminuição do número processos judiciais.

Sob esta ótica, torna-se imprescindível comentar as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que inseriu, em seu texto, disposição sobre a realização pré-processual de sessão de Conciliação e Mediação, o que deverá ser estimulado por advogados, magistrados e defensores públicos, antes e durante o

1 BRASIL CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 25, 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: “10. Jul. 2015”

processo cível. Trata-se de um intento para alcançar melhores práticas e como consequência uma justiça naturalmente mais célere.

Por derradeiro, serão evidenciados os meios alternativos de solução de conflitos, como mais um instrumento à disposição da sociedade para a solução do conflito, considerando que não representam dissolução ou supressão do poder estatal, mas sim, contribuição para a evolução da prestação jurisdicional com o objetivo maior de promoção do princípio constitucional de Acesso à Justiça².

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciária lesão ou ameaça de direito.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17. Mar. 2015

2 BREVE HISTÓRICO: CONFLITOS, ACESSO À JUSTIÇA E A BUSCA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

2.1 Os Conflitos de Interesses

Os conflitos sempre existiram e sempre existirão, são próprios da existência da humanidade. A vida em sociedade é constituída por vários aspectos: políticos, sociais, religiosos, econômicos, jurídicos entre outros; ocorre que, nas relações desenvolvidas e compartilhadas pelos indivíduos, nem sempre as mesmas vontades se coadunam, fatos estes que decorrentes das interações sociais, poderão gerar divergências de interesses.

Nas palavras de Carnelutti, na medida em que a sociedade se torna organizada e a convivência mais complexa, os pontos de discórdia sobre valores, recursos, direitos ou obrigações afloram, criando comportamentos antagônicos entre pessoas que possuem interesses sobre um mesmo bem da vida, o que é chamado de conflito de interesses.³

É importante ressaltar que há diversas possibilidades pacíficas de dirimir tais conflitos, porém, quando não houver solução sobre a disputa de interesses que versa sobre o bem comum, o indivíduo então, não terá sua pretensão satisfeita, pois seu direito foi obstaculizado e resistido. Eis que surge a lide.

Neste diapasão, nota-se a relevância do tema “conflitos”, quando se compreende a afirmação de Georg Simmel, ao dizer que assim como o universo precisa de “amor e ódio”, de forças de atração e de repulsão, do resultado de ambas as categorias de interações, positivas e negativas, para que tenha uma forma qualquer, também a sociedade para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição e tendências favoráveis e desfavoráveis.⁴

3 CARNELUTTI Francesco. Sistema de Direito Processual Civil Editora Lemos e Cruz. p. 44

4 MARION, Fabiana e SPENGLER NETO, Theobaldo Em Citação de SIMMEL Georg. A Sociologia.. A natureza do conflito e o seu tratamento: entre o tradicional e o inovador. Disponível em: <<http://www.direito.it/pdf/28172.pdf>>: Acesso em “20. Jan.”2015”.

Os conflitos não devem ser encarados como sendo somente atitudes negativistas, considerando que são praticamente inevitáveis e reincidentes ao longo da vida, mas sim, vistos como um instrumento posto à utilização do homem para a mudança social, reflexão, evolução das Instituições, ou até mesmo, da própria sociedade.

Ainda acerca dos conflitos, Martinelli nos diz:

“(...) existem duas maneiras de encará-los: uma negativista, que encara o conflito como algo apenas prejudicial, devendo ser evitado a todo custo, e, não apenas se podendo evitá-lo, pelo menos dever-se-ia minimizar seus efeitos. A alternativa é encarar o conflito de maneira positiva, procurando verificar aquilo que possa trazer de benefícios, em termo de diferenças de opiniões e visões, bem como de possibilidades de aprendizagem e enriquecimento em termos pessoais e culturais. Nesse caso já que existem também aspectos negativos, deve-se buscar minimizar seus efeitos, reforçando-se por outro lado, todos os aspectos positivos que possam advir do conflito.”⁵

De todo modo, para administrar os conflitos é necessário compreender e inovar a maneira de solucioná-los, de tal sorte, que, mesmo diante da controvérsia, seja possível controlar os elementos destrutivos, criando oportunidade para o amadurecimento das relações sociais com composições produtivas, possibilitando a renovação das normas éticas, reintegração dos envolvidos, melhoria e crescimento na convivência recíproca.

2.2 Os Meios de Solução de Conflitos: Autotutela, Autocomposição e Heterocomposição.

Houve um tempo em que os conflitos eram resolvidos pela lei do mais forte, pela imperiosidade da violência e da opressão, o indivíduo por sua autonomia imprimia a vontade preponderante; não havia garantia da justiça, normas, órgãos disciplinadores, nem a soberania estatal para garantir o cumprimento das leis. Tal prática foi denominada autotutela ou autodefesa.

Petrônio Calmon explana o seguinte entendimento sobre a aplicação da autotutela:

5 MARTINELLI, Dante, Almeida, Ana Paula Negociação e solução de conflitos: do impasse do ganha-ganha através do melhor estilo. SP. Atlas, 1998 p. 46.

“(…) nas sociedades organizadas a autotutela é, em regra, proibida, com exceção apenas para situações consideradas de urgência ou de proporcionalidades entre valores em jogo. No direito penal, permite-se a autotutela nos casos de legítima defesa; no direito civil permite-se o desforço imediato, o penhor legal e a retenção por benfeitorias; no direito administrativo prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos de administrativos; no direito do trabalho são lícitas a greve, o lockout, a rescisão indireta e a punição dos empregados.”⁶

No entanto, esse mecanismo de solução perdeu espaço com o surgimento dos árbitros, geralmente pessoas mais experientes, ou religiosas, eleitos pelas partes para auxílio e tomada de decisões.

Além da autotutela, primitivamente, também era recorrente a autocomposição, que sobrevive até os dias de hoje por ser um fenômeno natural, pelo qual uma das partes, ou ambas, cedem, dispensam seu direito ou negociam parte dele, com o objetivo de evitar ou compor os conflitos existentes. Atualmente as principais formas de autocomposição são: a negociação, a conciliação e a mediação.

O início da participação do Estado na resolução dos conflitos ocorreu na antiga Roma, quando por meio dos pretores, autoridades investidas de poder administrativo, os cidadãos assumiam o compromisso de obedecer a decisão provinda dos árbitros. Portanto, embora estes ainda fossem escolhidos pelas partes, passaram a atuar em nome do Estado. Logo, já era evidente a participação estatal, embora pequena, na solução dos litígios.

Contudo, foi somente com o amadurecimento e fortalecimento do Direito romano, que o Estado conseguiu impor-se sobre a vida dos particulares, construindo importantes mudanças decorrentes desta intervenção, dentre as quais se destacam: a nomeação dos árbitros passou a ser realizada pelo Estado; a arbitragem tornou-se obrigatória; o ente estatal passou a ditar regras a serem seguidas.

Desta forma, a distribuição da concepção de justiça passou a ser de responsabilidade do Estado; a justiça privada tornou a justiça pública e houve a triangularização das relações de conflito, ou seja, o monopólio da jurisdição tornou-se estatal.

6 CALMON, Petrônio. Fundamento da Mediação. 2ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013, p. 35.

Neste sentido, Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco explicam:

“(...) o Estado já suficientemente fortalecido impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.”⁷

Além da autotutela e da autocomposição, tem-se a terceira classificação de solução de conflitos, a heterocomposição. Neste, o conflito é entregue a um terceiro por provocação do interessado, para harmonização das relações sociais intersubjetivas.

Assim, aparece a figura de um julgador que poderá integrar a estrutura estatal (Poder Judiciário), ou ser independente do Estado, o árbitro, indicado pelas partes, direta ou indiretamente, que irá decidir o litígio.

Em síntese, nas soluções autocompositivas, embora possa participar um terceiro como facilitador da comunicação (inclusive com propostas de solução, conforme o caso), o resultado final depende exclusivamente da vontade das partes; a aceitação ou recusa à composição, está no arbítrio do interessado. Já nos métodos heterocompositivos, a resolução do conflito é imposta por um terceiro, com poderes para tanto (magistrado, árbitro), daí porque falar-se em solução adjudicada; as partes estarão submetidas à decisão proferida pelo terceiro, mesmo contrária aos seus interesses ⁸

2.3 A Problemática para a Efetivação do Acesso à Justiça e as Ondas Renovatórias

No Brasil, o princípio garantidor do acesso à justiça figura em dispositivo previsto na Constituição Federal, artigo 5.º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”; o artigo também pode ser identificado como princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, constituindo-se monopólio estatal e função típica do Poder Judiciário.

7 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER Pellegrini Ada, DINAMARCO Rangel Candido, Teoria Geral do processo. 20ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

8 CAHALLI. Francisco José. Curso de Arbitragem. Ed. Revista dos Tribunais 3ª ed.p. 37

Neste contexto, Cândido Rangel Dinamarco entende que o princípio do acesso à justiça é maior do que o simples ingresso no Poder Judiciário, pois implica na concepção de que os litigantes terão acesso a uma ordem jurídica justa se obtiverem a tutela jurisdicional com justiça, imparcialidade, em um tempo razoável que garanta resultados úteis e satisfatórios às partes de acordo com os valores da sociedade.⁹

O Estado, ao assumir o monopólio da resolução dos conflitos, passou a envidar esforços para a busca de novas soluções que assegurassem o efetivo acesso à justiça a toda população. Mauro Capelletti e Bryan Garth foram assertivos na abordagem de sugestões que classificaram como superação dos obstáculos à efetividade da justiça, as chamadas “Ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça.”¹⁰

A primeira onda renovatória consiste em conceder assistência judiciária gratuita aos indivíduos de baixa renda, com a instituição de advogados remunerados pelos cofres públicos. A segunda onda renovatória se desenvolve com o foco na justiça do interesse público, por meio da representação dos interesses coletivos e difusos da sociedade, em especial na área de proteção ambiental e do direito do consumidor. Já a última e mais recente, a terceira onda renovatória, trata “do enfoque de acesso à justiça.”

A terceira onda propõe, para tanto, reformas da assistência judiciária e novos mecanismos para a representação de interesses públicos. E ainda, propõe modificações nos Tribunais, a criação de procedimentos mais informais, a simplificação do direito e, por último e mais importante para este estudo, a utilização de técnicas não adversariais, informais ou privadas para a solução dos litígios, como forma de tornar a efetividade da justiça mais acessível aos cidadãos.”¹¹

É sob o enfoque da terceira onda renovatória do acesso à justiça que se integra a abordagem dos meios alternativos de conflitos, pois as mencionadas “ondas”, têm o objetivo de ir mais além do que a mera modificação do processo judicial, ela impõe a mudança de concepção da justiça para todos os operadores do

9 RANGEL, Dinamarco Cândido, Instituições de Direito processual Civil, 20 ed., Revista dos Tribunais, p.118,

10 Idem ibidem. p.31.

11 Idem Ibidem, p. 67

direito, visando à construção de uma sociedade responsável, envolvida e solidária, para ser possível a consolidação do Estado Social e Democrático de Direito.¹²

Dentre os meios não adversariais de solução de conflitos merecem destaque: a arbitragem, a conciliação, a negociação e a mediação, temas estes que serão abordados no próximo capítulo.

2.4 A Crise no Poder Judiciário

É conhecida a crise na qual o sistema judiciário se encontra e que atinge praticamente todas as sociedades ocidentais. O Poder Judiciário não atende adequadamente a população, que enfrenta problemas com o custo dos processos, com os procedimentos, com o excesso de leis, com a ineficácia das decisões judiciais, com o aumento desmedido de faculdades de Direito.

Não há consenso acerca dos motivos que originaram a crise no Judiciário, no entanto, mesmo com a evolução da humanidade, parece que os indivíduos se acostumaram a transferir a reponsabilidade de resolver seus próprios conflitos para terceiros, para as leis; trata-se da cultura do litígio.

Vive-se a proliferação das ações judiciais, no entanto, só recentemente percebeu-se que a judicialização dos conflitos não é a solução, mas sim um problema ainda maior a ser debelado.

Segundo dados estatísticos disponíveis no site do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o ano de 2014 encerrou com a marca histórica de 106 milhões de processos em trâmite, sendo a União, Estado, Municípios e Distrito Federal, os maiores litigantes. Ainda, mostrou uma escala crescente: no ano de 2009 o total de processos era de 83,4 milhões e hoje já supera os 100 milhões, dos quais 25 milhões

12 José Afonso da Silva, leciona sobre o Estado Social e Democrático de Direito: "Este se funda no princípio da soberania popular, que 'impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não seu completo desenvolvimento'. Visa, assim, a realizar o princípio democrático como garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 121

encontra-se em trâmite no Estado de São Paulo, o que significa praticamente um processo judicial para cada dois habitantes.¹³

As pesquisas do CNJ apontam os quatro maiores litigantes junto à Justiça Federal: o Instituto Nacional do Seguro Nacional, a Caixa Econômica Federal, a União e a Fazenda Nacional. Os setores públicos (federal, estadual e municipal) e bancário, são os campeões de ações no Judiciário em geral, respondendo sozinhos por 76 % dos processos em curso.¹⁴

Diante deste cenário, somente alterar a atual estrutura judicial não basta para resolver a problemática, tampouco criar outras leis. A saída é reconhecer os problemas e atacá-los, buscar o melhor uso da ciência jurídica de forma racional e incentivar a utilização dos meios alternativos de solução dos conflitos, para diminuir ou em alguns casos, baseado na especialização e adequação de cada meio a certo tipo de conflito, até mesmo excluir, a participação do Poder Judiciário da demanda.

2.5 A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ foi criado no contexto da Reforma do Judiciário, concretizada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, cujo objetivo foi garantir maior eficiência à prestação da tutela jurisdicional. O CNJ é uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual.¹⁵

Foi por meio da Resolução n.º 125 de 2010 do CNJ, que foi implementada a Mediação e a Conciliação judicial, com a instituição do Tribunal Multiportas¹⁶, pelo

13 BRASIL CNJ - Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2014, ano base 2013, passim. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 21 maio 2015.

14 RODAS, João Grandino. Conciliação, Mediação e Arbitragem não podem ser cortinas de fumaça. Fonte site Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br> Acesso em 09.07.2015

15 BRASIL CNJ Disponível em : <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>. Acesso em 15.08.2015

16 O Sistema Multiportas oferecido pelo Estado tem origem no modelo norte-americano “multidoor courtroom”, pelo qual o Judiciário, em última análise, deve ser o gestor do conflito, indicando o meio mais adequado para a sua solução, mesmo que não seja através da sentença judicial. Cf. a respeito, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini, “Sistema Multiportas”: Opções para tratamento de conflitos de forma adequada, in Negociação, Mediação, Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação

qual o Estado coloca à disposição do cidadão um novo mecanismo de solução consensual de conflito; é considerada uma das medidas de grande relevância para o estímulo à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos.

A Resolução permitiu que fossem criados pelos Tribunais, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, responsáveis por (I) desenvolver e implementar a Política Judiciária e as ações nela previstas, (II) instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), para a realização das sessões de conciliação e mediação; (III) incentivar e promover a capacitação, treinamento e atualização dos magistrados, servidores, conciliadores e mediadores.¹⁷

Aludida Resolução passou por alguns ajustes. Por meio da Emenda n.º1, de 31.01.2013¹⁸, foi inserido o Anexo I, que estabeleceu Código de Ética a ser seguido pelos mediadores e conciliadores. A Emenda retirou do texto a previsão de remuneração aos conciliadores e mediadores, o que na atualidade foi revisto e incluído pelo Novo Código de Processo Civil, como um direito, ou seja, receber remuneração pela prestação de seu serviço.

A última alteração direcionou a obrigatoriedade de instalação de CEJUSCs. Antes à Emenda, era estipulado que os CEJUSC “deverão ser instalados nos locais onde exista mais de um Juízo, Juizado ou Vara com pelo menos uma das competências referidas no caput”. Após a Emenda, a redação estabeleceu o seguinte conteúdo: “os Centros poderão ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências referidas no caput e, obrigatoriamente, serão instaladas a partir de 5 unidades jurisdicionais.”¹⁹

em Direito. Coordenadores Carlos Alberto Salle, Marco Antônio, Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva. Editora Gen- Métodos: São Paulo, 2013, p.73

17 Disponível em :
http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em 25.05.2015

18 Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações feitas pela Emenda nº 01/2013 Disponível em
http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf - Acesso em 03/08/2015;

19 Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo

Atualmente, os pilares da Resolução são: (a) o desenvolvimento da conciliação e da mediação, associadas à estrutura do Judiciário, ainda que em parte, seja pré-processual, (b) a adequada formação e treinamento dos conciliadores e mediadores e (c) o acompanhamento estatístico.

Importante destacar que cada Centro deve possuir um juiz coordenador, escolhido pelo presidente do Tribunal, que administra e supervisiona os trabalhos dos mediadores. Em relação aos facilitadores de solução consensual de solução de conflitos, os magistrados da Justiça estadual, Justiça federal, servidores, mediadores e conciliadores, a Resolução preocupou-se com: o processo de capacitação, o treinamento, o aperfeiçoamento contínuo e até mesmo a avaliação dos usuários.²⁰

Dessa forma, em cumprimento à Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça de São Paulo, implementou por meio do Provimento nº 1868/2011 (Artigo 1º alterado pelo Provimento CSM nº 2.105/2013), do Conselho

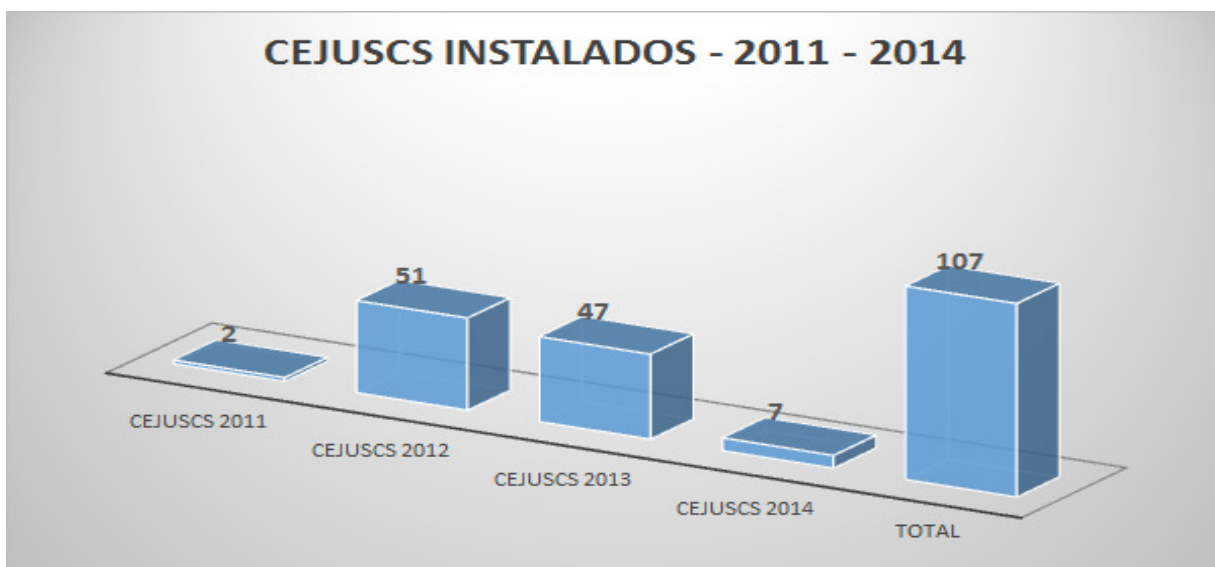
atendimento e orientação ao cidadão. § 1º As sessões de conciliação e mediação pré - processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo Tribunal (inciso VI do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). § 2º Os Centros poderão ser instalados nos locais onde exista mais de uma unidade jurisdicional com pelo menos uma das competências referidas no caput e, obrigatoriamente, serão instalados a partir de 5 (cinco) unidades jurisdicionais. § 3º Nas Comarcas das Capitais dos Estados e nas sedes das Seções e Regiões Judiciárias, bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias de maior movimento forense, o prazo para a instalação dos Centros será de 4 (quatro) meses a contar do início de vigência desta Resolução. § 4º. Nas demais Comarcas, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será de 12 (doze) meses a contar do início de vigência deste ato. § 5º Os Tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro às unidades ou órgãos situados em locais diversos, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, e instalar Centros nos chamados Foros Regionais, nos quais funcionem 2 (dois) ou mais Juízos, Juizados ou Varas, observada a organização judiciária local. § 6º Os Centros poderão ser organizados por áreas temáticas, como centros de conciliação de juizados especiais, família, precatórios e empresarial, dentre outros, juntamente com serviços de cidadania. § 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo. § 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em razão da solicitação estabelecida no parágrafo anterior reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

20 BRASIL CNJ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em 25.05.2015: "Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: ... "II - desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para magistrados da Justiça Estadual e da Justiça Federal, servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias, ressalvada a competência da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados ENFAM; III - providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV - regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias."

Superior da Magistratura, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e dentre suas funções está a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

No entanto, apesar de ser obrigatória a instalação dos CEJUSCs, conforme prevê a Resolução, a prática mostra outra realidade, eis que ainda não foram criados em números suficientes. O Estado de São Paulo tem se destacado no processo de instalações e possui atualmente 107 CEJUSCs, conforme abaixo:

Gráfico 1: Rede de Conciliação no Estado de São Paulo



Fonte: IASP – Instituto dos Advogados de São Paulo - Curso de Capacitação em Mediação e Conciliação-Aula Dr.Vanderci Avides

Nota-se o expressivo aumento dos CEJUSC no último ano, que somado aos esforços pessoais de todos os envolvidos, somente foi possível, em razão de parcerias públicas (Prefeituras, Universidades Públicas) e privadas (Faculdades, empresas, etc), buscadas pelo TJSP.

Em análise dos resultados obtidos com os CEJUSCs, verifica-se a eficácia destes Centros na resolução dos conflitos. Com relação à fase pré-processual, o índice de conciliações alcançadas atingiu 70% em 2012 (de um total de 20.203 audiências), 74% em 2013 (de um total de 59.312 audiências) e 68% em 2014 (de um total de 86.104 audiências realizadas), referindo-se a audiências cíveis e de família.

Já na fase processual, também é possível verificar o êxito dos Centros, já que em 2012 foram realizadas 18.632 audiências (cível e família), das quais o percentual de conciliação alcançou 54% (10.049), enquanto em 2013 foram realizadas 58.677 audiências e o percentual de conciliação alcançou 68% de conciliações (39.886). Em 2014 foram realizadas 92.825 audiências cíveis e de família, com êxito de 52% de conciliação (47.866).²¹

Além da economia obtida com os acordos e dos demais benefícios indiretos, como a eliminação de custos operacionais e otimização da mão de obra funcional, os eventos proporcionam também ganho de imagem das partes perante os Tribunais de Justiça.

Dessa forma, não se pode negar o avanço do Judiciário na distribuição da justiça, por meio dos CEJUSCs, o que proporcionará inúmeros benefícios à população e poderá transformar esse meio alternativo de solução de conflitos, em exemplo de boas práticas, que poderá ser seguido em todas as áreas afetas ao Poder Judiciário.

Afinal, o que pretende a Resolução n.º.125 é incentivar a sociedade a encontrar a resposta para os seus próprios problemas, por meio do diálogo e da reconstrução da relação. Os meios alternativos de solução de conflito promovem a reeducação social, que ocorre com a livre vontade das partes, posto que seja um processo construtivo de decisão e conseqüentemente trará mais chances de resultados duradouros.

2.6 Evolução Histórica dos Meios Alternativos de Solução de Conflito no Brasil

No mundo todo é antiga a utilização de meios alternativos de solução de conflitos. É certo que, “no arco da história”, tais mecanismos foram a fonte primária para solucionar uma controvérsia. Não é por outro motivo que, nos países de civil

21 Site TJ SP Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relatório de Atividade 2014: Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/Arquivos/Ler.ashx?id_arquivo=397 – Acesso em 08.06.2015.

law da Europa ocidental, a conciliação como forma alternativa ao processo judicial não é fato extraordinário.”²²

No Brasil, mesmo durante o período colonial, sob a vigência das Ordenações Filipinas, representando a base do direito nessa época, já havia o direcionamento para medidas de pacificação e saneamento dos conflitos, como se descreve abaixo:

Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX, parágrafo 1º: “E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes que, antes que façam despesas e se sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso.”²³

Após a independência do Brasil, na época do Império, foi elaborada a Constituição de 1824, que trazia como regra a conciliação, conforme se depreende na transcrição dos artigos constitucionais²⁴:

Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem das Camaras. Suas atribuições, e Districtos serão reguladas por Lei.

Com relação à Arbitragem, conforme leciona Lia Sampaio e Adolfo Braga:

“Trata-se de um instituto milenar, pois há registros de seu emprego no ano de 3000 a.C na Babilônia, onde era utilizada para dirimir conflitos entre os Estados soberanos. Historiadores relatam seu uso na Grécia e na Roma antiga. Na Idade Média, seu emprego foi amplo, sobretudo entre os cristãos, que não confiavam na justiça laica, recorrendo à Arbitragem para dirimir o conflito entre seus seguidores, o que também pode ser verificado no período da Revolução Francesa.”²⁵

22 LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativa para solução de controvérsias. In: SALLES Carlos Alberto (coord) As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latim, 2009, p. 601.

23 In <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> - Acesso em: 04 Fev. 2015.

24 BRASIL In< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm >- Acesso em: 24.Mar.2015

25 SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. O que é Mediação de Conflitos. Op. cit, p.17.

Ainda no Brasil, o Código Comercial de 1850 implementou a utilização conciliatória por meio da Arbitragem²⁶. No entanto, para que o laudo arbitral tivesse validade, era necessária sua homologação judicial²⁷, o que dificultava sua aplicação prática e tornava a atividade desestimulante e ineficaz. Todavia, tal sistemática foi revogada pela Lei da Arbitragem em 1996.

Com o desenvolvimento da sociedade e da cultura jurídica, foi elaborado o Código de Processo Civil de 1939; ainda com uma concepção impositiva, não havia espaço para o desenvolvimento de procedimentos de composição, acordos ou negociações.

Em 1973, com o avanço das legislações e acompanhando os movimentos de conciliação ao redor do mundo, foi inserida no Código vigente, a fase de audiência de instrução e julgamento, por meio dos artigos 447 e 448 do Código de Processo Civil, dispondo que em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis e quando a lei permitisse a conciliação, a transação e a conciliação prévia tornavam-se obrigatória.

Com isso, a transação ou conciliação, transformou-se em título executivo judicial (quando homologado pelo juiz) ou título extrajudicial, conforme disposto nos artigos 449 e 585, II do CPC de 1973, cujos artigos não sofreram alterações no NCPC.

Com o passar do tempo e com as experiências vivenciadas pelos estímulos aos meios de entendimento menos beligerantes, que priorizavam a composição amigável dos conflitos, foi elaborada a Lei n.º 7.244/1984, que dispunha sobre os Juizados Especiais de Pequenas Causas, posteriormente substituída pela Lei n.º 9.099/1995²⁸, após a promulgação da Constituição Federal de 1988²⁹.

26 Promulgado pela Lei 556 de 26.06.1850: arts. 245(arbitragem mercantil), 294 (relativo aos conflitos entre sócios ou destes com a Companhia, inclusive liquidação ou partilha). Da mesma forma, a Lei 108/1837 que regulamentou o juízo arbitral para controvérsias relativas aos contratos de locação de serviços.

27 BRASIL Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916 que instituiu o Código Civil Artigo 1045:“A sentença judicial só se executará, depois de homologada, exceto se for proferida por juiz d primeira ou segunda instância, com o árbitro nomeado pelas partes.”

28 BRASIL Lei Nº 8.640 - de 31 de Março DE 1993 - DOU de 01/04/93 - Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Arts, 1ª a 26 que trata da Conciliação e do Juízo Arbitral - “Art. 24 - Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. Parágrafo 1º. O Juízo arbitral, considerar-se -à instaurado, independentemente de termo de compromisso com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o juiz convocá-lo-á designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. &

Adicionalmente, a Lei n.º 8.952/1994 promoveu alteração no Código de Processo Civil, instituindo a conciliação em qualquer fase do processo³⁰ e as audiências com o mesmo objetivo.

Diante deste cenário, ficaram claros os esforços da esfera pública em criar novas oportunidades para estimular a busca pelo consenso, ao invés de aguardar a resolução estatal imperativa. Nesta seara, foi elaborada a Lei n.º 9.307/1996, a qual regulamentou a Arbitragem, que dentre outros meios de solução de conflito, ganha cada vez mais espaço, pois transcende o objetivo de simplesmente desafogar o Judiciário, possuindo o escopo de promover a justiça de forma dinâmica e eficiente.

A Lei da Arbitragem, recentemente foi reformada pela Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015; com isso, espera-se ampliar e aprimorar a sua utilização, o que representará uma importante evolução no desenvolvimento do instituto no Brasil.

Nesta esteira, seguindo o movimento de adoção de diferentes práticas de solução de conflitos, após 19 anos de vigência da Lei de Arbitragem Lei n.º 9.307/1996 foi sancionada, em 26/06/2015, a Lei de Mediação, institucionalizada como meio de solução de conflitos judiciais e extrajudiciais entre particulares empresas e também na esfera da administração pública.

O Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015, recepcionou e valorizou a Lei de Arbitragem, assim como a Lei de Mediação, pois em seu capítulo inicial, afirma ser cabível a Arbitragem, assegura que o Estado deve promover a solução consensual dos conflitos e ainda determina que os operadores do direito devam estimular as práticas das soluções apresentadas, conforme artigo 3.º, par. 1.º, 2.º e 3.º NCPC.³¹

2. O árbitro será escolhido entre os juízes leigos. Art. 5.º O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do juiz, na forma dos Arts. 5.º e 6.º desta Lei, podendo decidir por equidade.”

29 Constituição Federal (Texto promulgado em 05 de outubro de 1988) - Art. 98, I, prevê a instalação de juizados especiais competentes para conciliação cível e transação penal.

30 BRASIL Lei Nº 8.952, de 13 de Dezembro de 1994 – Ementa. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar :O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

³¹ BRASIL Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015 que instituiu o Novo Código de processo Civil Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser

Dessa forma, foram apresentados sucintamente, os principais aspectos concernentes aos conflitos, ao acesso à justiça e à Resolução n°.125, como instrumento impulsionador dos meios alternativos de soluções de conflitos, além de abordar seus aspectos históricos, a fim de dar sequência ao tema do presente trabalho.

3 A ARBITRAGEM

3.1 A ARBITRAGEM - LEI 9.307/1996

3.1.1 Características

A lei da arbitragem foi a primeira a tratar diretamente do tema dentro do ordenamento jurídico; é considerado um marco para a concretização dos meios alternativos de solução de conflitos. O Instituto é comparável às legislações mais prestigiadas e conceituadas do mundo, como da Espanha e de outros países do velho continente, considerando que já possuem tradição na aplicação dessas técnicas, visto que tais meios já estão inseridos ao Direito.

A arbitragem, assim como a esfera judicial, promove a heterocomposição dos conflitos, pois um terceiro, chamado de árbitro, é indicado em comum acordo das partes envolvidas, para decidir e por fim à disputa.

Dentre as inovações na Lei de Arbitragem, destacou-se o reconhecimento da sentença arbitral como título judicial, conferindo a ela os mesmos efeitos, dispensando a sua homologação pelo Poder Judicial, como exigia o Código Civil de 1916, em seu artigo 1045. Assim, a decisão do árbitro possui a mesma eficácia de sentença judicial³² e seu não cumprimento enseja uma execução forçada a ser encaminhada ao Poder Judiciário.

Nesta esteira, a Lei 9.307, de 23.09.1996, organizou regras gerais e específicas quanto à aplicabilidade da arbitragem e também tratou sobre o processo de escolha dos árbitros, cláusulas compromissórias, convenção arbitral, requisitos, invalidação das sentenças.

A Lei Especial conferiu legitimidade para as cláusulas compromissórias ao prever que as partes poderão aceitá-las contratualmente e previamente à utilização da Arbitragem, em caso de futuras demandas conflituosas.

32 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem. Art. 31 – A sentença arbitral produz, entre as partes, e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, e sendo condenatória, constitui título executivo. CPC – art. 475- N – São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral;

Anteriormente, mesmo que houvesse a cláusula pactuada, com o litígio já deflagrado, as partes deveriam compor sobre sua utilização, de modo que todos aceitassem a instituição da Arbitragem; caso contrário, o meio extrajudicial não teria nenhuma validade, prosseguindo o processo judicial. Atualmente o compromisso arbitral vincula as partes à arbitragem, com a exclusão total do Poder Judiciário, com o declínio de sua competência, como será complementado em tópico pertinente.

Dessa forma, a Lei da arbitragem entrou no ordenamento jurídico trazendo um novo enfoque e perspectiva para o acesso à justiça, propiciando a possibilidade de escolha às partes e rompendo com o monopólio do Poder estatal.

3.1.2 O dilema da constitucionalidade da Lei de Arbitragem

O início da vigência da Lei 9.307/1996 causou sistemáticos questionamentos acerca de sua constitucionalidade. Tais apontamentos surgiram frente ao argumento de que o Poder Estatal detinha o monopólio da jurisdição, juntamente com o fato, de ser expresso o dispositivo na CF/88, que atribui ao Estado a capacidade de dirimir os conflitos, conforme assevera o art. 5º, inciso XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito.”

Foi somente no ano de 2001 que a polêmica teve fim, com o acórdão³³ proferido pelo Supremo Tribunal Federal, prevalecendo o entendimento majoritário de constitucionalidade da arbitragem, considerando a circunstância de que a opção voluntária das partes à convenção arbitral não teria a finalidade de ferir preceito constitucional. E ainda, destacou que a jurisdição estatal é disponibilizada ao cidadão para promover a solução de seu litígio, sem retirar a liberalidade de contratar de cada indivíduo, quando se trata de bens disponíveis. Assim, permite-se a escolha da arbitragem, desde que em consonância com a convenção, que abrange tanto a forma de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral.

Neste sentido, doutrinadores como Cândido Dinamarco Rangel³⁴ e Alexandre Câmara³⁵ afirmam que os meios paraestatais de solução de conflitos, tal

33 Site STF SE 5206 AgR, Pleno, j.12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004

34 Pesquisas da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem, cujos relatórios podem ser acessados pelo site www.cbar.org.br, constataram que de 678 decisões judiciais analisadas do período entre 1996 a 2008, em apenas 14 delas houve a invalidação da sentença arbitral.

como a Arbitragem, apresenta-se como ferramentas que contribuem para a efetividade do acesso à justiça, na medida em que se encontram ao alcance de qualquer pessoa como instrumento hábil para a defesa de seu direito.

No entanto, se houver violação de direito, ou vícios que maculem o negócio jurídico, a ameaça ou lesão não serão excluídas da apreciação pelo Poder Judiciário, o que equivale dizer, que a esfera estatal será acionada para o exame do direito violado.

A arbitragem é na atualidade, um dos principais agentes fomentadores da solução extrajudicial dos conflitos e da pacificação social. Cabe aos seus impulsionadores provar, pela prática e experiências, que o Estado não poderá ser o único a prover respostas aos conflitos e possuir o monopólio de dizer o direito.

3.1.3 Natureza Jurídica da Arbitragem

A Arbitragem, objeto da Lei 9.307/96, consagrou um dos meios alternativos de solução de conflitos na esfera privada e, com sua vigência, causou embates entre os doutrinadores, a respeito de sua natureza jurídica.

Na atualidade, existem quatro teorias sobre a Arbitragem: a privatista (contratual), a jurisdicionalista (publicista), a mista (contratual – publicista) e a autônoma.

De acordo com a teoria privatista (contratual), a arbitragem possui caráter meramente privado; considerando que seu início parte do acordo de vontade firmado pelas partes; o árbitro seria somente mais uma parte do contrato, não tendo, portanto, caráter jurisdicional. Com efeito, suas decisões não teriam poder de

35 Teoria Contratualista por José Cretella Neto: “A teoria contratualista, vislumbra no instituto natureza jurídica de obrigação criada por contrato, tendo por consequência todas as derivadas do pacto geral...” (CRETELLA José Neto). Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2014, p. 14

imposição e execução, cabendo ao Poder Judiciário a homologação da decisão do árbitro.³⁶

Antes da Lei da arbitragem, o caráter contratual alicerçava-se junto ao aparato estatal e preenchia-se de burocracias. Após a publicação da Lei, a sentença arbitral ganhou o mesmo status de sentença proferida pelo Poder Judiciário e ainda concedeu ao árbitro as mesmas competências do juiz togado, desfazendo-se por ora, da teoria contratualista.³⁷

A teoria jurisdicionalista (publicista) entende que a arbitragem possui natureza jurídica equiparável à jurisdição estatal, pois as partes concedem poderes aos árbitros para decidirem a problemática e estes são investidos na função de executar a jurisdição no caso concreto, sem que se precise de homologação judicial das sentenças proferidas, devido ao fato do compromisso arbitral vincular as partes contratantes.

Por sua vez, a teoria mista (intermediária), adota parte das duas posições anteriores, ou seja, entrelaça características contratuais e jurisdicionais. A teoria fundamenta-se no conceito de que a arbitragem, apesar de ser pautada no acordo de vontades de ambas as partes, ainda sim, precisaria da função jurisdicional para o seu exercício.

A mais nova teoria, a autônoma, descreve a arbitragem desvinculada de qualquer sistema jurídico pré-definido; tem-se, portanto, a exacerbação da teoria da vontade entre as partes, ao ponto que surge uma jurisdição própria e totalmente adaptada ao litígio. É mais utilizada em contratos internacionais, onde é necessário pela especificidade do negócio envolvido, que as regras atendam a dinâmica do conflito.

Diante da apresentação das teorias atuais, verifica-se que a Lei 9.307/96, concede poderes de decisão ao árbitro, tal qual na jurisdição exercida pelo Estado.

36 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Art. 31 - "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".

36 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 6º no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

37 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem 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.

Assim o árbitro estará investido na jurisdição, que o faz por indicação das partes, e sua decisão é imperativa, mesmo sendo contrária aos interesses de um ou de outro.

Neste cerne, quando os litigantes promovem a convenção arbitral, por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral para solução de conflito, tem-se a origem da natureza contratual da arbitragem, ao passo que quando surgir o conflito, a jurisdição será provocada quando for instaurada a arbitragem.

A maioria da doutrina segue a corrente de que o juízo arbitral possui natureza jurídica de caráter jurisdicional. Tal entendimento foi recepcionado na reforma da Lei de arbitragem, que consolidou seu caráter jurisdicional, muito embora as partes, por livre opção, para casos específicos, poderão selecionar formas diversas da jurisdição.

3.1.4 A Arbitrabilidade

Para que a Lei Especial possa ser implementada é necessário que o conflito a ser submetido à arbitragem trate acerca de direitos disponíveis³⁸

Dentro deste tema, a arbitrabilidade é classificada em objetiva e subjetiva. Nesta, leva em consideração a condição de capacidade³⁹ das partes envolvidas, para pactuarem e formalizarem a convenção de arbitragem e naquela, a disponibilidade do objeto a ser perseguido no litígio, que deverá aludir acerca de direito patrimonial disponível.

Dessa forma, as matérias do Código Civil que tratam dos direitos não patrimoniais, tais como o direito de personalidade, o estado de pessoa, a dissolução de casamento, a filiação, o poder familiar e ainda, a maioria dos Direitos Públicos, são excluídos da arbitragem. Logo, percebe-se que nem todas as questões de direito poderão ser objeto do instituto, ou seja, deverá tratar de direito disponível, devendo as partes necessariamente ter total ingerência acerca do objeto em litígio,

38 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Lei 9.307/1996. Art.1º da Lei de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

39 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil Art. 1 do CC: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

de tal modo, que possam livremente negociar, ceder, transacionar ou dispor de tal direito.

3.1.5 Princípios Fundamentais da Arbitragem

3.1.5.1 Autonomia da Vontade

Para conceituar os princípios norteadores da arbitragem é essencial iniciar pelo princípio da autonomia da vontade, que figura como base direcionadora de todo o Instituto, pois a iniciativa das partes para estabelecer e disciplinar direitos e obrigações advindas da declaração de vontade são primordiais para promover as regras desse meio de solução de litígio.

Nas palavras de Francisco José Cahali, “é prestigiada a autonomia da vontade em seu grau máximo: começa com a liberdade das partes para indicação da Arbitragem, como forma de solução de litígio e prossegue com a faculdade de apresentarem todas as questões que gravitam em torno desta opção”. Assim, estabelece quem e quantos serão os árbitros e como será desenvolvido o procedimento arbitral.⁴⁰

Desse modo, a autonomia da vontade é vigente e atual na Lei de Arbitragem, trazendo às partes, liberdade de convencionar as regras que atendam aos próprios interesses e que também assegurem independência para o Instituto.

3.1.5.2 *Kompetenz Kompetenz*

Outro princípio de mesma importância, *Kompetenz Kompetenz*, é originário do direito alemão e exclusivo da arbitragem; está inserido no Art. 8.º: “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 cláusula compromissória”

40 CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.105.

A regra contida neste artigo traz o princípio conhecido como competência-competência e tem como objetivo dar independência ao árbitro quando é atribuída a ele a atividade de avaliar sua própria competência para julgar o litígio, analisar a não ocorrência de vícios e nulidades na convenção ou cláusula de compromissória.

Assim, garante autonomia à Arbitragem, considerando que, surgindo dúvidas acerca de possível ilegitimidade do árbitro, não seria necessário encaminhar ao Poder Judiciário a problemática para a avaliação, pois enfraqueceria o Instituto pela morosidade do procedimento, o que desestimularia as partes para contratação.

No entanto, apesar da discricionariedade concedida ao árbitro para verificação de sua atuação, nada impede que após a prolação da sentença arbitral, a questão seja submetida ao Judiciário para apurar possíveis vícios⁴¹, que a invalidem, ou até mesmo, avocar todo o processo e seguir na análise do mérito.

Neste sentido, também é possível às partes apontarem os vícios, conforme art.20 § 2.º:

“(...) a parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-la na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

É perceptível ante o exposto, que apesar da doutrina referir-se ao princípio descrito como competência, deparamo-nos diante do fenômeno da jurisdição, ou seja, após a formalização do acordo de vontades pela convenção ou cláusula compromissória, o árbitro é investido da jurisdição e poderá dizer o direito e sua aplicabilidade ao caso concreto, ou então que a matéria não é passível de arbitragem, assim, confirmando-se a outorga da jurisdição ao árbitro.

3.1.5.3 Contraditório

Este princípio, inserido no ordenamento jurídico, também faz parte da arbitragem, pois assegura que nenhum juiz poderá prolatar sentença sem que seja

41 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Artigos 20: “A parte que pretender arguir 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.”

ouvida a parte contrária, considerando que o contraditório é garantia constitucional, como é apresentado na Constituição Federal de 1988 art.5.º LV: “(...) aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recurso a ela inerentes”.

Diante do texto constitucional, o Contraditório oportuniza a contra prova, ouvir os demais interessados da relação processual e trazer a solução justa ao conflito. Ao seu turno, a Arbitragem também se coaduna ao princípio do Contraditório, conforme pondera o art. 21, § 2º da Lei nº. 9.307/1996: “Serão sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios de contraditório, da igualdade, das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

De fato, é perceptível que o princípio descrito é de relevância e pode ser perseguido a qualquer momento, dentro do processo arbitral ou até mesmo pelo Poder Judiciário, por meio de ação de invalidação de sentença.⁴²

3.1.5.4 Imparcialidade

O princípio ampara o direito ao livre convencimento do árbitro, lastreado em sua imparcialidade para resolver a controvérsia. Pela imparcialidade entende-se que o árbitro não deverá ter qualquer interesse no resultado do litígio, exceto de solucioná-lo segundo o estipulado pelas partes.⁴³ Isto posto, significa não possuir qualquer preferência entre as partes, preconceitos ou opiniões que venham a influenciar sua decisão.

Importante ressaltar que a imparcialidade deverá acompanhar o árbitro mesmo quando uma das partes eventualmente o indicar para decidir um conflito.

Neste caso, as partes deverão ser orientadas pelos advogados, no sentido de que o árbitro não atuará em favor dos mesmos e que sua decisão será sempre independente e imparcial.

Atualmente, diversos Tribunais/Entidades Arbitrais possuem Código de Ética para ser seguido pelos árbitros. No entanto, apesar do regramento existente,

42 BRASIL Lei 9.307/1996: Art. 32 “É nula a sentença arbitral se: VIII- forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, parágrafo 2, desta Lei”.

43 CRETELLA Neto. José. Curso de Arbitragem. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2004, p.90

tratam-se de julgadores que são seres humanos, passíveis de cometimento de erros e enganos, possuindo convicções, frutos do meio em que vivem; contudo, a imparcialidade é uma obrigação ética a ser seguida.

3.1.5.5 Livre Convencimento

Por conseguinte, o princípio do livre convencimento do árbitro revela a independência que este possui para formar sua livre convicção por meio dos fatos e das provas do processo, julgando com autonomia, porém com motivação, conforme art. 26, II da Lei Especial⁴⁴, o que possibilita a ordem jurídica justa no processo.

No entanto, a liberdade conferida ao árbitro para adotar seu posicionamento e decisão frente à lide é dinâmica durante todo processo, representando uma série de procedimentos a serem seguidos até a decisão final.

3.2 Arbitragem Institucional e Ad Hoc/Avulsa

O universo da arbitragem desdobra-se em duas modalidades: a Institucional e a Ad hoc ou avulsa. No entanto, ambas as modalidades seguem os princípios, regramentos e todas as características da Lei Especial.

A principal diferença está vinculada à liberdade das partes envolvidas na escolha de uma instituição, também denominadas Centros, Tribunais ou Câmaras de Arbitragem, onde existe regulamentação própria, gestão e apoio administrativo para assuntos que envolvam os conflitos. Em comparativo ao Poder Judiciário, pode-se dizer que as Instituições arbitrais, equivaleriam aos Cartórios.

Além de coordenar o processo arbitral, as Instituições possuem um rol de árbitros e mediadores que ficam à disposição das partes, porém cada uma é livre para regular seus preços para a prestação dos serviços e estabelecer os honorários dos árbitros.

44 BRASIL Lei 9.307/1996: Art. 26: “São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - Os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de direito, mencionando-se expressamente, se os árbitros julgaram por equidade”.

Já, na arbitragem ad hoc ou avulsa, as partes escolhem um árbitro para conduzir o processo, porém, sem vinculação com qualquer instituição. Então, com o árbitro definido, este ficará responsável por todos os procedimentos pertinentes à Arbitragem, além da decisão do conflito.

Atualmente a modalidade Ad hoc é bem pouco utilizada na arbitragem, pois muito embora os custos envolvidos sejam menores, a escolha do árbitro requer alguns cuidados, tais como: conhecimento de sua experiência, grau de especialidade na matéria, idoneidade e outros critérios envolvidos, que se não forem bem definidos, podem ocasionar riscos ao procedimento, como os vícios, nulidades, demora e custos desproporcionais.

3.3 Convenção de Arbitragem: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral

3.3.1 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem é um acordo de vontades, onde as partes concordam em submeter à resolução de seus conflitos, caso ocorram, no decorrer do prazo contratual, ao juízo arbitral.⁴⁵Dentro desta temática, quanto melhor explorada a convenção, mais dinâmica e célere será para a solução do problema.

A convenção de arbitragem divide-se em cláusula compromissória e compromisso arbitral.

3.3.2 A Cláusula Compromissória

A Cláusula compromissória possui caráter preventivo para resguardar casos futuros. É um compromisso contratual em que as partes acordam em resolver a lide pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário.

45 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem: Art. 4: º “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir, relativamente a tal contrato. ”

Sobre as cláusulas arbitrais, Francisco José Chahali nos traz que: “(...) espera-se que o conteúdo de uma cláusula arbitral, o modelo ideal para a perfeita instalação, organização e desenvolvimento da arbitragem, com todos os elementos e peculiaridades pertinentes ao objeto do contrato.”⁴⁶

A cláusula deve estar expressa e é classificada em cláusula arbitral cheia ou vazia; pelas quais seguem procedimentos diferentes. Quando a cláusula compromissória é cheia, a arbitragem será instalada diretamente sem passar pelo Poder Judiciário e já contempla as regras e pré-requisitos atinentes ao art. 5.º da Lei 9.307/1996:

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecerem na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

O que ocorre na maioria das situações, é que as próprias Instituições arbitrais já possuem e disponibilizam às partes cláusulas prontas para serem inseridas aos contratos.

A segunda classificação é a da cláusula compromissória vazia, que também é conhecida como “em branco”, pois contempla apenas a definição para a submissão da controvérsia ao procedimento arbitral e renúncia à esfera estatal. Porém, todos os procedimentos sobre o desenvolvimento do processo arbitral, não serão definidos. Tal lacuna deverá ser preenchida pelo compromisso arbitral pelas partes, ou com o auxílio do Poder Judiciário, quando surgir o conflito, conforme preconiza a Lei 9.307 de 1996:

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

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.

46CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.133.

No entanto, caso não haja acordo ente as partes para a formalização do compromisso, estes poderão recorrer ao Judiciário, por meio de ação própria. Nas palavras de Jose Cretella Netto, o Poder Judiciário somente poderá ser acionado quando uma das partes provar que convocou a outra e esta não atendeu a convocação ou se recusou a firmar o compromisso.⁴⁷

Deste modo, somente quando as partes não chegarem a um consenso sobre os critérios para a formalização da cláusula vazia, é que se poderá buscar auxílio por meio da convocação extrajudicial. Além do mais, o artigo 8.º da Lei de arbitragem fornece detalhadamente os procedimentos para serem adotados, se este for o caso.

Em síntese, é assente o entendimento dominante da doutrina acerca das cláusulas arbitrais: a cláusula cheia será, na maioria dos casos, a melhor opção, pois já possui o objetivo de pré-definir os critérios para resolução de uma possível controvérsia, ao passo que a cláusula vazia deverá ser a exceção, sendo de melhor utilidade quando, pela própria natureza e complexidade dos contratos, ficar mais apropriada a definição das principais especificidades da cláusula em momento posterior.

3.3.3 O Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral refere-se a um litígio já em trâmite, por meio do qual as partes concordam em submeter-se à Arbitragem.⁴⁸ Tal compromisso poderá ser judicial ou extrajudicial.

Com este entendimento, Carlos Alberto Carmona afirma:

“Compromisso arbitral é o negócio jurídico processual através do qual os interessados em resolver um litígio, que verse sobre direitos disponíveis, deferem sua solução a terceiro, com caráter vinculativo, afastando a

47 CRETELLA Neto José. Comentários à Lei da Arbitragem brasileira. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004, p.65.

48 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial. § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda. § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

jurisdição estatal, organizando o modo através do qual dever se processar o juízo arbitral.”⁴⁹

De fato, caso o compromisso arbitral aconteça em meio ao processo judicial, deverá seguir os trâmites do art. 169 do CPC e a sentença será prolatada sem a decisão de mérito⁵⁰. No que concerne à avaliação e produção de provas, ficará a cargo do árbitro a valoração e decisão de aproveitar ou não os procedimentos já realizados na esfera judicial. Adicionalmente, deverão ser obrigatoriamente seguidos os procedimentos do art. 10º da Lei Especial:

“Art. 10”. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”

Destarte a Lei de arbitragem mostrar-se preocupada com todos os requisitos a serem seguidos no compromisso arbitral, até mesmo para que não venha a ser extinto por vícios insanáveis, o que ocorre na prática é que a maioria dos casos de Arbitragem é vinculada a uma Instituição/Câmara, o que traz maior segurança jurídica aos negócios e menos riscos às partes envolvidas.

No entanto, as partes, por acordo de vontade, podem a qualquer momento extinguir o processo arbitral, conforme descreve o artigo 12 da Lei Especial⁵¹ em decorrência de motivos que podem ser: mudança de árbitro e o término do prazo legal para proferir a sentença - o que poderia ensejar até mesmo a invalidação da sentença arbitral.

49 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. cit., p.189-190

50 BRASIL - Lei nº 5.869/ 1973 que instituiu o Código de Processo Civil: Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) - VII - pelo compromisso arbitral;

51 BRASIL Lei 9.307/1996 que instituiu a Lei de Arbitragem Art. 12. “Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral. ”

Porém, em outra esfera, nada impede que as partes se recomponham para um novo compromisso arbitral, visando à solução de seu litígio, desde que envolva direito disponível.

3.4 Medidas Cautelares e de Urgência na Arbitragem

Com a consolidação da arbitragem no ordenamento jurídico, surgiram algumas problemáticas envolvendo várias questões, entre elas as medidas cautelares e urgentes.

A Lei de Arbitragem tratou das medidas de urgência no art.22, § 4º:

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Nota-se indeterminação e certa inexatidão no artigo supracitado, pois se percebe que não é possível definir os limites da atuação do árbitro e do juiz. O artigo é obscuro, pois não estipula o modo que se darão tais medidas antes da instauração da Arbitragem e ainda, mostra-se contraditório, pois se situa em artigo próprio para produção de provas.

Diante das incongruências apresentadas pela Lei de Arbitragem, a jurisprudência e a doutrina avançaram para dois possíveis caminhos, diante da análise das Medidas Cautelares e de Urgência: a) antes da formação do juízo arbitral o Poder Judiciário fará a análise do caso e após a sua formação, a este caberá reavaliar, validar ou revogar a medida, conforme seu livre convencimento; b) o juízo arbitral poderá avaliar e decidir acerca da medida de urgência a ser implementada, porém precisará da imperatividade do Poder Judiciário para promover a execução da decisão, caso seja necessário.

Em ambos os casos descritos é pertinente mencionar que haverá de existir a cooperação com o Poder Judiciário para o bom desenvolvimento dos procedimentos na arbitragem. No primeiro caso, o Judiciário deve saber que sua

decisão poderá ser reavaliada e até mesmo revogada, pois o árbitro terá mais tempo para conhecer dos fatos e estará investido na jurisdição. No segundo caso, há necessidade da interação dos dois órgãos, pois apesar do árbitro possuir o poder de decisão, não estará investido do poder de coerção, próprio do juiz togado do Estado.

Assim, muito embora tenha sido aceitável uma solução paliativa para o caso, ainda sim, seriam possíveis outras interpretações e divergências infundáveis. Considerando estes fatos, aliado à necessidade de modernização da Lei de arbitragem, deu-se início à formação de uma Comissão, que liderou os trabalhos para a recente publicação de sua reforma.

O texto da reforma institucionalizou e abrangeu os principais posicionamentos da jurisprudência e doutrina apresentados acima, atendendo os anseios daqueles que sofriam com as dificuldades relacionadas à prática arbitral. Estas alterações serão esmiuçadas em tópico posterior, pertinente às alterações na Lei de arbitragem.

Percebe-se que mesmo com a reforma, há a integração de interesses, coordenando as esferas pública e privada do Direito, com o objetivo de conferir efetividade originária da convenção de arbitragem que elegeu a vontade das partes.

Observa-se afinal, que somente a convivência entre jurisdição estatal e arbitral poderá trazer ganhos duradouros para a atuação de ambos e para a arbitragem no Brasil.

3.5 Sentença Arbitral

Assim como na justiça estatal, a sentença também extingue o processo arbitral; poderá ser com decisão de mérito ou também terminativa, extinguindo o procedimento, mas não finalizando a lide, como por exemplo, em caso de algum tipo de vício insanável, podendo seguir a demanda, caso queiram as partes, ao Poder Judiciário. A sentença, também decidirá acerca da obrigação de pagamento de custas e honorários.⁵²

52 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 que instituiu a lei de arbitragem: Art. 27º: “A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a

A sentença arbitral possui data certa para ser proferida; para isso, há a definição prévia do prazo legal ou convencional. Neste, há a convenção de arbitragem, ou seja, um acordo de vontade entre as partes que formalizam o prazo escolhido para ser prolatada a sentença. Quando não houver convenção, o prazo para sentença será de 06 meses, definido na lei de Arbitragem.⁵³

Importante ressaltar, que a regulamentação do prazo para prolação de sentença, assim como a flexibilidade das partes em ajustá-lo durante o processo, traz um dos maiores ganhos da arbitragem: a agilidade.

Em relação aos prazos versados, a Lei não dispõe de flexibilidade, ou seja, sentença emanada de forma extemporânea é nula. Contudo, tal nulidade deverá ser comunicada ao árbitro ou ao Tribunal previamente, para ocorrer a sua invalidação.

Neste sentido, por determinação do artigo 24, a sentença deverá ser redigida em documento escrito e, assim como na sentença judicial, deverá conter os requisitos obrigatórios: relatório, fundamentação e dispositivo, para resguardar sua eficácia jurídica.⁵⁴ A cópia da decisão deverá ser enviada às partes pelo árbitro ou pelo Tribunal, com comprovação precisa da data de comunicação⁵⁵, pois a partir dela, terá início o prazo decadencial para o ajuizamento da ação de invalidação da sentença arbitral, se for o caso.

arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”

53 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996. que instituiu a lei de arbitragem Art. 23. “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo Único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado. ”

54 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 que instituiu a lei de arbitragem Art. 24. “A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito. § 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral”.

55 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de Art. 29. que instituiu a lei de arbitragem “Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo”.

No procedimento da arbitragem não há recursos, ou seja, possibilidade de substituição da sentença. Esta é outra característica que a torna eficaz. No entanto, existe o “pedido de esclarecimento”, que se assemelha aos Embargos de Declaração, do processo judicial.

No que tange às alterações trazidas pela reforma da Lei de Arbitragem, em relação à sentença arbitral, esta promoveu sensíveis modificações, como a possibilidade de sentença parcial, anulação de sentença arbitral e sentença arbitral complementar, que será detalhada em tópico posterior.

Além dessas considerações, é importante ressaltar que a arbitragem e suas alterações apresentam-se como terreno fértil para divergências e inquietações que somente o tempo poderá amadurecer este meio alternativo de solução de conflito no Brasil.

3.6 Vantagens e Desvantagens da Arbitragem

3.6.1 As Vantagens

A arbitragem é um acordo de vontade entre as partes, firmado por meio da convenção arbitral, onde a esfera judicial é declinada em prol do meio arbitral, que nada mais é, do que outra forma de solução de conflito, em que o jurisdicionado possui a opção de escolha, desde que se trate de direitos disponíveis.

Outro ponto a favor é o fato de a arbitragem ser mais ágil do que o Judiciário, a média de duração de um processo arbitral é de dois anos, ao passo que uma demanda do Judiciário se arrasta por anos para obtenção de solução. Este extenso prazo impacta as demonstrações financeiras das empresas, considerando que devem provisionar contabilmente valores relacionados à provável condenação pecuniária, devido ao resultado ainda incerto do conflito, o que comprometeria, por sua vez, o poder de alavancagem financeira das Empresas.

Mais uma vantagem, atribui-se ao fato de as partes poderem escolher seus árbitros ou Instituições que seguirão o processo arbitral, que poderão ser mais

especializados na matéria, reduzindo o prazo para a prolação da sentença e ainda eliminando a necessidade de assistente técnico.

A utilização da arbitragem contribui também para a preservação dos relacionamentos comerciais entre as partes, pois, considerando a resolução rápida e efetiva da problemática, não haveria impedimento para continuidade dos negócios, tendo em vista que possivelmente ainda não ocorreu o desgaste das inter-relações.

É importante ainda lembrar que a arbitragem leva vantagem em relação ao processo estatal, especificamente nas relações internacionais, pois via de regra, há apreensão por parte da empresa estrangeira em haver possíveis favoritismos no processo judicial, à empresa nacional, em caso de possível acionamento desta esfera.

Em relação aos árbitros, a principal vantagem é a de que, em tese possuem tempo para se dedicarem à lide e experiência na matéria objeto da disputa; por consequência as decisões terão melhor qualidade, caráter técnico e serão mais difíceis de serem contestadas.

Esse instrumento resolutivo possui também a prerrogativa da privacidade, pois suas audiências são sigilosas, assim como todo o processo, ficando a mesma obrigação de discrição e sigilo, sobre as partes envolvidas. Destaca-se ainda, a vantagem da conveniência, pois partes e testemunhas poderão acordar acerca de horário, data e locais para a oitiva. Por fim, importante característica, refere-se à de não possuir recurso, embora seja possível anular a decisão ou solicitar esclarecimentos sobre a sentença.

Como se verifica, há inúmeros incentivos para aplicação prática da arbitragem, porém, sua efetividade exigirá habilidade e insistência dos operadores do direito, sendo importante que avaliem se é este tipo de benefício que desejam para o caso concreto, de forma a não criar falsas expectativas às partes.

3.6.2 As Desvantagens

Com a crescente utilização da arbitragem como um dos meios alternativos de solução de conflito, surgem aqueles que tentam evidenciar os seus

aspectos negativos, em especial pela ausência de esclarecimentos quanto ao Instituto, que nem sempre poderá gerar o alcance do resultado esperado, ou desejado.

Sobre a problemática dos altos custos que envolvem a Arbitragem, destaca-se uma pesquisa promovida pelo advogado Álvaro de Carvalho Pinto Pupo, do Escritório Pinhão e Koiffman Advogados, em seu artigo para o site Migalhas: “Advogado compara custo da arbitragem com o Judiciário”.⁵⁶

O advogado, em sua pesquisa, destaca que 60% dos entrevistados ressaltaram como principal desvantagem da arbitragem, perante o Judiciário, os altos custos que envolvem: a escolha de uma instituição (câmara arbitral para administrar o caso), árbitros – que não precisam ser juízes ou ter formação jurídica, podem ser especialistas no assunto que o caso envolve – e custos com a apresentação do caso como traduções, impressões, transporte, hospedagem e advogados.

Com relação aos custos comuns à arbitragem e ao Judiciário estatal, cabe às próprias partes controlar esses valores. Valores estes que representam a maior parte dos gastos das partes em ambos os procedimentos (mais de 75%). Esses gastos envolvem custear advogados, alocar funcionários para lidar com a demanda e também custear a produção de provas específicas e contratação de peritos.

O comparativo realizado pelo advogado, nas ações de R\$ 100.000,00 aponta R\$ 13.500,00 de custos administrativos com Arbitragem e R\$ 3.076,95 na Justiça comum – sendo 14 meses para solução na justiça privada e sete anos no Judiciário. O valor não contempla os gastos com acompanhamento mensal de advogados, evidentemente menor na Arbitragem, por envolver uma solução mais rápida.

Para ações de R\$ 1 milhão, a Arbitragem custaria a partir de R\$ 50.480,00 e no Judiciário, R\$ 30.076,95. Já para ações de R\$ 10 milhões, a Arbitragem custaria a partir de R\$ 79.460,00 e no Judiciário, R\$ 114.296,95.

Por fim, em se tratando de desvantagens, há notícias do surgimento de Instituições de fachada, passando-se por Tribunais, o que gera medo e desconfiança

56 Site Migalhas Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049-Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>. Acesso em 25.09.2015

às partes, porém, tais ocorrências têm sido combatidas pela OAB, sendo foco de campanha das instituições arbitrais, no intuito de alerta e orientação.

3.7 A Reforma da Lei de Arbitragem

A arbitragem representa na atualidade uma das técnicas mais relevantes para solução de disputas extrajudiciais, tornando-se importante aliada do Judiciário para resolver conflitos entre pessoas, empresas e, mais recentemente, Administração Pública.

Porém, a necessidade de ampliação de seu campo de aplicação, juntamente com o amadurecimento de questões em relação a sua utilização, fez com que juristas elaborassem o Projeto de Lei 7.108/1996, visando reformar a Lei de Arbitragem.

Foi então organizada uma Comissão pelo Senado Federal, por iniciativa do presidente da Câmara na época, Renan Calheiros e presidida pelo Ministro do STJ, Luís Felipe Salomão, para a elaboração do anteprojeto apresentado ao Congresso, propondo alterações pontuais em temas já discutidos e praticados pela jurisprudência e doutrina majoritárias.

A nova regulamentação, Lei 13.129/15, que reformou a Lei de Arbitragem foi sancionada em 26.05.2015 e após 60 dias entrou oficialmente em vigor.

A reforma buscou pacificar questões controvertidas, esclarecer alguns pontos e incluir inovações. Abaixo se destacam os principais temas alterados/incluídos.

3.7.1 Na Administração Pública

Destaque na reforma foi a introdução de texto expresso, inserindo os Entes públicos para utilização da Arbitragem.

O artigo 1.º, parágrafo 1.º da Lei nº 13.129/15, que reformou a Lei da Arbitragem, permitirá que sejam resolvidos conflitos na Administração Pública Direta

ou Indireta, por meio dos procedimentos da Arbitragem, que há tempos já possuem sólida jurisprudência favorável ao assunto, desde que se refiram a direitos patrimoniais. Importante salientar que será sempre desprovida de confidencialidade e de sigilo a Arbitragem envolvendo a esfera estatal.⁵⁷

3.7.2 Prescrição

Outra inovação que por certo contribuirá para o fomento do Instituto é a interrupção da prescrição no momento da instauração da arbitragem; assim, considera-se regularmente instituída, quando todos os árbitros estiverem nomeados, interrompendo a prescrição.

3.7.3 Nos conflitos societários

A reforma também modificou a Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), acrescentou o artigo 136-A, permitindo a utilização da arbitragem para dirimir seus conflitos. A cláusula compromissória deverá ser definida em assembleia de acionistas, sendo obrigatória a todos, assegurando o direito de retirada dos sócios minoritários. A admissão da cláusula visa solucionar questão objeto de muitos embates, pois se defendia que somente se aplicava a arbitragem, àqueles que a aceitavam expressamente, portanto não vincularia aos acionistas que não o fizessem.

⁵⁷ BRASIL Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 que instituiu a reforma da lei de arbitragem:.. “Art. 1º § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

3.7.4 Medidas Cautelares

A inclusão de um novo tópico sobre as medidas cautelares foi muito aguardada pelos operadores do direito, pois institucionalizou sua concessão pelos árbitros e sua reavaliação depois de instituída a arbitragem.

Após a instauração do Juízo Arbitral, os árbitros também poderão avaliar e decidir acerca da medida de urgência a ser implementada, porém deverão recorrer ao Judiciário, em caso de necessidade de coerção para promover a execução da decisão.

3.7.5 Carta Arbitral

Mais uma novidade de utilidade para Arbitragem, foi a Carta Arbitral, prevista no artigo 22-C da Lei de arbitragem. Foi institucionalizado o canal de comunicação entre o Tribunal Arbitral e o Poder Judiciário, este responsável por determinar as medidas coercitivas necessárias para o cumprimento das decisões arbitrais. A carta arbitral terá o mesmo tratamento da confidencialidade convencionado na arbitragem.

3.7.6 Sentença Parcial

Destaca-se também, a inovação trazida pelo parágrafo 1.º do artigo 23, da Lei de Arbitragem que tornou válida a prolação de sentenças parciais. Na prática, as Câmaras arbitrais já adotavam tal procedimento, o que contribui substancialmente para a economia processual. Com isso, o prazo do interessado para requerer a nulidade da sentença parcial arbitral ao Poder Judiciário, ainda será o mesmo da sentença definitiva, ou seja, de até 90 dias, após o recebimento da notificação da sentença.

3.8 A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil

Em regra, o Processo Civil é via incomum do procedimento arbitral, afinal a flexibilidade e liberdade na adoção de outros procedimentos é uma das vantagens do instituto, como se observa abaixo, pelo artigo 21.^o.⁵⁸

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

No entanto, não é correto afirmar que a Lei da arbitragem não possui relação com o CPC, pois a arbitragem é um misto de procedimentos correlacionados para atender aos interesses dos envolvidos, de forma que, eventualmente, tais procedimentos poderão precisar se conectar e interagir com a legislação processual vigente.

Neste cenário, um exemplo prático, seria quando se utiliza na arbitragem a intervenção do Poder Judiciário para a instauração do procedimento arbitral, diante de uma cláusula vazia, para preservar a jurisdição arbitral quando proposta ação judicial indevidamente no Poder Judiciário, impondo a extinção do processo (CPC, art.267, VII).⁵⁹

Com isso, o Judiciário visa cooperar com a prática de atos coercitivos, de execução da sentença arbitral ou até mesmo para invalidá-la, caso verificado algum vício.⁶⁰ Afinal, a força executória que se obtém por meio de constrição ou de outros atos coercitivos é privativa do monopólio Estatal.

Assim, diante das possíveis interações e daquelas que já ocorrem na legislação vigente, torna-se inexorável conhecer as implementações que o Novo

58 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 que instituiu a Lei da Arbitragem art. 21

59 BRASIL Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 que instituiu a Lei da Arbitragem, art. 7.^a

60 CAHALI, Francisco José, Arbitragem e o Projeto de Código de Processo Civil, p.33.

Código de Processo Civil trará para a Arbitragem, do qual se espera mais visibilidade e estímulos ao Instituto. Na sequência, destacam-se algumas das principais regulamentações nos procedimentos arbitrais, repercutidos no Novo Código de Processo Civil.

3.8.1 Reconhecimento da Arbitragem como Jurisdição

O Novo Código de Processo Civil estabilizou a polêmica acerca da natureza jurídica da arbitragem, pois tornou expresso no art. 3.º: “a natureza jurídica da Arbitragem é jurisdição”. No mesmo artigo, § 1.º cuidou o legislador de instituir: “é permitida a arbitragem, na forma da Lei.”

E por fim, ratifica no art. 42: “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir o juízo arbitral, na forma da lei.”

Com isso, deixa claro que a arbitragem, como um conjunto de normas próprias, possui jurisdição para o caso que atua; caminha ao lado da jurisdição civil. Assim, o NCPC estabeleceu a arbitragem como jurisdição arbitral, colocando fim ao impasse de que a sentença arbitral é inconstitucional, o que certamente trará muitas contribuições para as partes que optarem pelo seu rito.

3.8.2 Carta Arbitral

Como mencionado anteriormente, a reforma da lei de arbitragem validou a carta arbitral como canal de comunicação com o Poder Judiciário. Da mesma forma, o NCPC também acolheu a inovação. Assim, põe-se fim aos embates acerca do modo de contato e a integração entre a Arbitragem e o Poder Judiciário.

A solicitação de colaboração e assistência do árbitro ao juiz será realizada por meio da carta arbitral, conforme artigo 237, IV do NCPC: “Será expedida carta:

(....) IV– arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato ou objeto de pleito de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.”

Com isso, a carta arbitral deverá cumprir os requisitos determinados pelo art. 260, § 3.º do NCPC: “A carta arbitral atenderá no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será inserida com a convenção de arbitragem e com provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função”.

3.8.3 Alegação em Juízo Estatal de Convenção de Arbitragem

Outra novidade implementada pelo Novo Código de Processo Civil está inserida no Capítulo IV, que trata da Contestação; nesse sentido o artigo 337 destaca: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X – convenção de Arbitragem”.

Dessa forma, caso acolhida a convenção de Arbitragem, o processo será extinto sem resolução do mérito (Art. 348 e Art. 495- V do NCPC). No entanto, não poderá ser reconhecida de ofício pelo Judiciário (Art. 349 do NCPC). Ante à ausência de alegação de convenção de arbitragem, será aceita a jurisdição estatal e excluída a Arbitragem (Art. 350 do NCPC).

Caso o juízo arbitral tenha sido instituído antes da ação judicial, o juiz suspenderá o processo até a decisão do juízo arbitral sobre sua própria competência; caso ainda não tenha sido instaurado, o juiz decidirá a questão (Art. 347 do NCPC).

O NCPC trouxe uma legislação coerente ao que já de fato ocorria na prática judiciária.

3.8.4 Confidencialidade na Arbitragem

Importante observar que o NCPC manteve a convenção de arbitragem com segredo de justiça. Assim, mesmo que em peça processual de defesa, o réu tenha que, em preliminar, manifestar-se acerca da convenção de arbitragem e também deduzir as questões de mérito, o processo tramitará em segredo de justiça, na forma do art.189, do NCPC:

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 juízo.

Com isso, preserva uma das características mais marcantes da arbitragem: o sigilo. No entanto, a confidencialidade não é mais entendimento tácito, pelo contrário, precisará ser convencionada para gerar obrigação entre as partes.

Convém salientar que em relação às entidades públicas, que também podem se submeter à Arbitragem, afasta-se o sigilo, ou seja, o princípio é relativizado em função do bem maior da informação, mantendo apenas a discrição no procedimento.

3.8.5 Cumprimento de sentença na Arbitragem

O NCPC positivou e valorizou a Arbitragem ao incluir a sentença arbitral como título executivo judicial; assim, quando houver necessidade de seu cumprimento forçado, este será promovido perante o Poder Judiciário.⁶¹

61 BRASIL LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil - Art. 515, VII: "São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos nestes Capítulos VII - a sentença arbitral."

4 A Mediação, A Negociação e A Conciliação

4.1 A Lei da Mediação

A Lei nº 13.140, que dispõe sobre a Mediação, foi sancionada em 26 de junho de 2015 e representou um marco regulatório para a mediação judicial e extrajudicial no país. Acredita-se ser este o estímulo que faltava para que o instituto tenha o reconhecimento e desenvolvimento que precisava e se consolide como meio alternativo de solução de conflitos.

A primeira iniciativa a tratar sobre o tema foi da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, Projeto de Lei nº 4.827/98 que teve o apoio e participação de vários juristas. Sua proposta foi concisa, com poucos artigos e teve como norte, a simplicidade, a adoção facultativa e a flexibilidade de procedimentos; foi aprovado pela Câmara de Conciliação e Justiça em 2002.

No entanto, em 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil, juntamente com a Associação dos Magistrados Brasileiros, elaborou um segundo Projeto sobre a Mediação e diretrizes sobre a Conciliação, com vista a incorporá-lo ao Código de Processo Civil, sendo apresentado ao Governo Federal.

Diante do Projeto de Lei da Deputada Zulaiê, inclusive aprovado pela Câmara, o Ministério da Justiça promoveu audiência pública com todas as partes envolvidas em ambos os Projetos, da qual se logrou reunir ambos os trabalhos e encaminhar o resultado, como substitutivo, ao Senado Federal.

Assim, em longa tramitação, o Projeto da Lei de Mediação, resultou em texto que contempla a junção dos anteriores, compondo a regulamentação da Mediação Civil.

O Instituto não é exatamente um tema novo, porém, nunca antes esteve em tanta evidência, o que na prática percebe-se pelo crescimento da matéria em congressos, palestras, números de publicações, livros, aumento das Câmaras de mediação pelo país e a constante preocupação do CNJ, Judiciário e do Legislativo, acerca das diversas formas para solucionar os conflitos sociais.

4.1.2 Características

A Mediação é um meio de natureza autocompositiva e consensual de diálogo; consiste na atividade de facilitar e incentivar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros das situações controvertidas, protagonizar soluções consensuais.⁶²

Neste meio alternativo, há um terceiro imparcial e independente que auxilia as partes a melhor entender seus reais conflitos, buscar seus interesses, identificar suas necessidades, por intermédio de um diálogo, que resultará na escolha das melhores e mais criativas soluções.⁶³

Apesar de ser uma prática informal, envolve um enfoque interdisciplinar de várias técnicas, tais como: conflitos, psicologia, comunicação, oratória, sociologia, antropologia, Direito, teoria de jogos e sistemas e neurociência.

Ainda, mediar engloba a negociação colaborativa, com foco na relação e no esforço conjunto para criar uma solução vantajosa para ambas às partes (não há adversários), seguindo meios intuitivos e conduzidos pela figura do mediador. O profissional da mediação conhece técnicas e procedimentos específicos para alcançar a construção cooperativa do consenso entre as partes. Não há julgamento, mas há a elaboração da solução do conflito, cuidadosamente elaborada, desde sua raiz.

A utilização da prática da mediação aplica-se para conflitos futuros ou já deflagrados, devendo ser harmonizada com a adoção de parâmetros científicos, ou premissas, pautadas à luz de determinados critérios, por exemplo:⁶⁴

1) a simplificação do procedimento;

2) a não criação de barreiras ao processo de mediação, seja quanto ao acesso, seja quanto à realização, concretização e à obtenção dos resultados práticos consignados no termo de mediação;

62 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos Conflitos Cíveis. São Paulo. Ed. Método. 2008. p.208

63 Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29365/a-mediacao-como-meio-de-resolucao-de-conflitos>. Acesso 19.9.2015

64 MUNIZ, Paiva. Joaquim. VERCOSA, Fabiane. PANTOJA, Medina. Fernanda. ALMEIDA, Rezende. Diogo. A arbitragem e Mediação. Temas Controvertidos. Rio de Janeiro. 2014. Ed. Forense p.419

3) a capacitação do mediador, para que consiga obter resultados possíveis;

4) o baixo custo do procedimento, caso comparado às demandas jurídicas litigiosas;

5) a busca de inexistência de formas rígidas que possam servir-lhe de limites.

É empregada principalmente quando há um vínculo continuado, derivado das inter-relações pessoais ou comerciais. Em geral, serão questões que envolvem o direito do consumidor, concessionárias de serviço público, conflitos de origem familiar, empresarial, conflitos de ordem trabalhista, ambiental, comunitária e relativa ao terceiro setor.

Os conflitos derivados destas relações poderão ser mais complexos, devido aos fatores psicológicos envolvidos, de forma que, o resultado esperado com a mediação é o término do conflito e não da relação, pois não se almeja encontrar vencido e nem vencedor e sim, existe a busca de justiça para as partes envolvidas.

4.1.3 Princípios Fundamentais da Mediação

A Mediação tem como diretrizes alguns componentes que ao longo da sua prática solidificaram princípios norteadores, agregando-se aos já trazidos pela Constituição Federal de 1988.

4.1.3.1 A Autonomia da Vontade das Partes

O princípio traz a autodeterminação que possuem as partes de conduzir a mediação para o desfecho da solução do conflito. A livre vontade dos mediados manifesta-se pela escolha do mediador, pelo tipo de assunto a ser tratado nas reuniões, pelo sigilo envolvido, pela adoção do procedimento a ser seguido e o momento de encerramento da mediação. Assim os próprios mediados ditam suas

próprias escolhas e transformam-se em gestores de todo o processo, de seu início até seu resultado final.

Sobre a autonomia das partes, Lilia Maia de Moraes Sales, nos traz⁶⁵:

As partes é que decidirão todos os aspectos do problema sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as repostas ou as decisões mantendo a autonomia e controle das decisões relacionado ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na solução dos conflitos, mas não os decide.

4.1.3.2 A Imparcialidade

O princípio é direcionado ao mediador, que deverá manter-se isento na apresentação das orientações, sendo um terceiro imparcial, devendo facilitar o diálogo entre as partes, em condição de igualdade e reciprocidade.

Nas palavras de Lilia Maia de Moraes Sales⁶⁶:

É função do mediador ajudar as partes a reconhecerem os reais conflitos existentes, produzindo as diferenças com o outro e não contra o outro, criando assim novos vínculos entre elas. A intervenção do mediador, manipulando a argumentação, e daí a decisão, descaracteriza a mediação, pois a igualdade da oportunidade do diálogo é imprescindível nesse procedimento.

Assim, o mediador não decide pelos mediados; a imparcialidade enseja que este profissional não deve manifestar qualquer sinal de preferência que possa interferir no equilíbrio entre as partes na busca pela solução de seus conflitos.

4.1.3.3 A Confidencialidade

A confidencialidade representa o sigilo em que a mediação está inserida, afinal, essa é uma das principais características do Instituto que permite às partes sentirem-se à vontade para o desenvolvimento do procedimento. O mediador não

65 SALES, Lilia Maia de Moraes. Justiça e Mediação de Conflitos. p 47

66 Idem ibdem. p 48

poderá ser testemunha ou manifestar qualquer informação acerca da sessão realizada, exceto se as partes autorizarem. Neste sentido, o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil e o Código Penal tratam acerca do sigilo profissional e sua violação:

Art. 229, I, do CC/2002: Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato: I- cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; Art.406, II do Código de Processo Civil: A testemunha não é obrigada a depor de fatos- cujo respeito, por estado ou profissão de guardar sigilo; Art.154 do Código Penal: Revelar alguém, sem justa causa segredo, de que tem ciência em razão da função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa. ”

Porém, tem se observado maior flexibilidade frente ao princípio da confidencialidade, em casos de ofensa à ordem pública, aos bons costumes e em casos mais raros, relacionados a crimes.

4.1.3.4 A Informalidade

A Mediação utiliza técnicas que propõem o retorno do diálogo e da preservação do relacionamento entre as partes, associando a percepção das experiências pessoais dos envolvidos na relação.

Em todas as sessões, há oportunidade para que a informalidade que envolve o processo facilite a comunicação, com clima de tranquilidade e privacidade. Uma das maiores vantagens na sua utilização é a possibilidade de seu andamento sem formalidades, pois se espera que a busca do consenso seja alcançada de forma mais humana, democrática e simples, o que oportuniza melhor caminho para o desenvolvimento da solução.

Por isso, mesmo em países onde é prevista em normativos há muitos anos, adota-se a simplicidade e informalidade, pois o que se preza em um meio no adversarial de solução de conflitos, é a livre opção dos envolvidos para eleger a melhor relação custo benefício, com vistas a solucionar o conflito atendendo seu interesse pessoal.

4.1.4 O Mediador

O termo mediação tem origem no latim e significa “estar no meio”, onde não assume partido, ficar à margem de duas faces, como um alguém neutro”.

De fato, o mediador, ainda que em situação neutra, ocupa papel de importância no procedimento de mediar, porém não é o protagonista, este papel é assumido pelas partes, que encontrarão por si só o caminho para solucionar o conflito.

A participação do mediador no processo pode acontecer por dois meios: a mediação ativa e a passiva. Nesta, o mediador apenas orientará ou facilitará a dinâmica do diálogo, sem emanar opiniões e nem interferir, cabendo às partes tomarem as decisões. Naquela, coordena e direcionam os diálogos com objetivo de analisar a situação de fato e aos poucos dissuadir os ressentimentos.

No Brasil, a Lei de Mediação Civil adota o procedimento de mediação passiva a este respeito escreve Fernanda Levy:

“A mediação é conduzida por um terceiro, denominado mediador, que tem por objetivo auxiliar as partes em conflito a chegarem por si só, ao entendimento, buscando a transformação do conflito. Assim o mediador não julga nem tão pouco concilia as partes, tarefa do árbitro e do conciliador, respectivamente.”⁶⁷

Por certo, o mediador coordena os trabalhos em prol do consenso, utilizando a comunicação para superar os rancores do conflito e vai além; permite às partes escutarem e respeitarem a posição uma da outra e a contribuírem para a escolha de soluções.

Com o advento da Resolução n.º 125 do CNJ, Anexo III - Código de Ética de conciliadores e mediadores judiciais, da Lei de Mediação e do NCPC, o mediador, para exercer a profissão, deverá ser capacitado, treinado, aperfeiçoado e ter sua atuação avaliada permanentemente por instituições credenciadas pelos Tribunais.

67 LEVY, Fernanda Rocha Lourenco. Guarda de Filho: Os conflitos no exercício do poder familiar. São Paulo: Atlas, 2008p. 122

Importante destacar, que a Lei de Mediação separou os tipos de mediadores em judiciais extrajudiciais, para estes, não existe necessidade de possuir curso superior, para aqueles, deverão ter curso superior em qualquer área, no mínimo há 02 anos, além do curso de capacitação.

A Resolução n.º 125 do CNJ norteia o mediador quanto a sua atuação, pautada nos seguintes princípios éticos: (I) confidencialidade – manter o sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos; (II) decisão informada - dever de manter o jurisdicionado informado quantos aos seus direitos; (III) competência – dever de possuir qualificação que o habilite (como capacitação), conforme disposto na Resolução n.º 125 do CNJ; (IV) imparcialidade - dever de agir sem favoritismo, preferência ou preconceito, para que o resultado de seu trabalho não sofra influências; (V) independência – deverá atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido suspender a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu desenvolvimento; (VI) respeito à ordem pública – eventual acordo não poderá violar a ordem pública, nem os normativos vigentes; (VII) empoderamento – deverá estimular as partes a aprender a melhor resolver seus conflitos futuros, em função da experiência da justiça vivenciada na autocomposição; (VIII) validação – deverá estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos, merecedores de atenção e respeito.

Ainda, de acordo com a Resolução n.º 125 do CNJ, os mediadores deverão seguir as seguintes regras para os procedimentos da mediação: (I) informação – esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho; (II) autonomia da vontade - deve respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos; (III) ausência de obrigação de resultado – dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo quando muito, no caso de conciliação, criar opções, podendo ou não ser acolhidas pelas partes; (IV) desvinculação da profissão de origem – dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado da profissão de origem, informando que caso seja necessário informação técnica, poderá ser convidado outro profissional; (V) compreensão quanto à conciliação e mediação –

deverá assegurar que os indivíduos, ao chegarem a um acordo, compreendem que deverá ser exequível, gerando o comprometimento quanto ao seu cumprimento.⁶⁸

Aos mediadores aplicam-se os mesmos motivos de suspeição e impedimento dos juízes, devendo haver a substituição do mediador em caso de constatação do fato.

Em caso de descumprimento aos princípios e regras estabelecidos no Código de Ética, resultará na exclusão do mediador do respectivo cadastro e o impedimento de atuar na função em todo o Poder Judiciário.

Por fim, chegando as partes ao consenso, promoverão a transação, prevista conforme o art. 840 do CC.⁶⁹ O acordo poderá ser formalizado por meio instrumento público ou particular, com auxílio de advogado e poderá ser considerado título executivo extrajudicial ou judicial, (este, se houver sua homologação pelo Poder Judiciário).⁷⁰

4.1.5 Modalidades de Mediação

4.1.5.1 A mediação extrajudicial

A Mediação extrajudicial é a forma mais conhecida e praticada pela sociedade. Opera-se por meios privados, instituições ou núcleos de Mediação, até mesmo por particular eleito como mediador pelas partes, ou por meio do Poder Judiciário, como parte da política pública de tratamento adequado dos conflitos.

Na mediação extrajudicial, não há litígio judicial, ao menos no primeiro momento. A utilização desse tipo de mediação deve ocorrer de forma prévia a eventual ajuizamento da demanda. Com isso, evita-se a utilização desnecessária do

68 BRASIL BRASIL CNJ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em 25.05.2015

69 BRASIL Lei no 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil Art. 840 do CC/2002: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”

70 BRASIL . Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil Art. 585 do CPC: São títulos executivos extrajudiciais: II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

Poder Judiciário; desse modo, as partes, por convenção, aderem a este meio de solução de conflito. Para isso, recorrem a instituições privadas, sem qualquer vínculo com o Poder Judicial.

No entanto, mesmo quando a mediação ocorrer na esfera pública, as características inerentes à natureza privada permanecerá, de tal forma, que a sessão será confidencial e sigilosa, por ser apenas de interesse das partes, e somente tornar-se á pública, quando for homologada judicialmente.

Atualmente, no Brasil há diversos programas já identificado pelo Ministério da Justiça, que têm por objetivo desenvolver a mediação comunitária extrajudicial, cujo benefício é levar a justiça para perto dos cidadãos, de forma desburocratizada, acessível e eficaz para a busca da paz social. Esse tipo de mediação comunitária não foi abarcado pela Lei de Mediação, porém como já foi mencionado, tais acordos poderão ser objeto de homologação e receber o caráter de título executivo judicial.

4.1.5.2 A Mediação Judicial instituída no Novo Código de Processo Civil

O NCPC valorizou a mediação como meio alternativo de solução de conflitos. Poderá ocorrer incidentalmente ao processo ajuizado, caso as partes decidam ou o juiz recomende, (até mesmo em 2ª instância). Dessa forma, o processo será suspenso e encaminhado a um dos CEJUSC da região, ou para instituições privadas, para tentativa de solução do conflito.

O NCPC também incentivou sua utilização na fase pré-judicial, porém não veda ou contrapõe as mediações comunitárias ou extrajudiciais privadas. Importante observar que em vários países do mundo, há previsão de sua obrigatoriedade, ou seja, devem ser esgotadas todas as possibilidades de transação/acordo, antes de ser acionada a esfera judicial.

O Novo Código de Processo Civil destacou a mediação como meio de solução de conflitos, disciplinou sua aplicação em várias oportunidades. Nesta esteira, o procedimento de mediação será adotado para os casos em que houver

vínculo anterior das partes, ou seja, para os casos que possuam um relacionamento continuado, quer seja pessoal ou comercial.

Cumpre evidenciar a preocupação por parte dos operadores do direito, em relação ao contido no art. 167, § 5º do NCPC. O texto não permite que o advogado exerça a função de mediador ou conciliador quando militarem na mesma localidade do Tribunal. Isto traz dois direcionamentos possíveis: poderia haver ações mal-intencionadas desse advogado, nas sessões, com objetivo de não obter êxito, a fim de captação de clientes próprios. Por outro lado, poderia inibir a atuação de excelente profissional, com tal vedação.⁷¹

Por outro lado, o NCPC estabelece a remuneração dos mediadores e conciliadores, que deverá ser fixada pelo Tribunal, em consonância com os parâmetros propostos pelo Conselho Nacional de Justiça. Isto trouxe maiores benefícios e incentivos para estes profissionais, pois em sua maioria, atuavam de forma voluntária, o que desprestigiava a importância do Instituto.

O novo Código também deixou claro não ser possível a imposição do procedimento da mediação, em decorrência de sua própria essência, que é a manifestação da vontade das partes, ao passo que, torná-la facultativa para o autor⁷² e réu (este deverá comparecer na sessão quando for citado, ou deverá recusar, com até 10 dias que antecede a sessão, sob pena de multa), poderá proporcionar um amadurecimento na sociedade, transformando a cultura do litígio e assim, solidificar as práticas da Mediação e Conciliação no país.

71 BRASIL.. LEI Nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Novo Código de Processo Civil Art. 147, § 5º

72 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de Março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Novo Código de Processo Civil Art. 323 - Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.

4.1.6 Vantagens e desvantagens da Mediação

4.1.6.1 Vantagens

Não existe um procedimento perfeito, rápido, eficaz e pouco custoso, essa é a realidade quando se pensa em eleger o modelo ideal para a solução dos conflitos. Porém, nenhum meio ou mecanismo, visto em conjunto ou isoladamente, atinge as qualidades apontadas em grau satisfatório em relação a todos os conflitos que lhe são postos a resolver.⁷³

Entretanto, a adoção da forma autocompositiva, como a mediação, traz vantagens, como: transformação da abordagem do conflito e da sociedade para a abertura do diálogo proporciona agilidade no procedimento, confidencialidade, economia, ampliação dos canais para o acesso à justiça, diminuição dos custos judiciais para o Estado, informalidade, flexibilidade no procedimento, aperfeiçoamento da justiça estatal (poderá ser um modelo a ser seguido pelo Judiciário), o que propiciará conseqüentemente, a redução do ajuizamento de ações.

Além disso, a mediação tem por objetivo promover a composição das partes, ou seja, não apenas dar a solução para o caso concreto, mas sim restabelecer os relacionamentos, reeducando, reconstruindo as relações de parceria e prevenindo demandas futuras.

No entendimento de José Renato Nalini, é extremamente válido o acordo entre as partes em seu aspecto psicológico, pois sua configuração é capaz de inspirar as partes. A convicção de que se ajustaram espontaneamente, tendo prevalecido o bom senso, promove o desapego e a luta contra a intransigência.⁷⁴

4.1.6.2. Desvantagens

Em relação às críticas aos meios alternativos de solução de conflitos, tais como a mediação, basicamente: privatização da justiça, ausência de

73 CALMON, Petrônio. Fundamentos da Mediação e da Conciliação. Gazeta Jurídica. P.144

74 NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. Ed. Malheiros. p. 90

aconselhamento de profissional advogado, desequilíbrio de poder entre os envolvidos, falta de controle sobre os procedimentos e desemprego para os advogados.

No que diz respeito à privatização da justiça, tal afirmação não merece proceder, pois a implementação dos meios alternativos de solução de conflitos não possui a intenção de tornar-se solução mágica e desafogar Judiciário. O estabelecimento de meios menos beligerantes para solucionar os litígios é ocasionado pelas transformações globais da sociedade e também por uma necessidade de mudança, decorrente das próprias deficiências e carências do Estado, em prover uma justiça efetiva.

Neste sentido, esclarece Lília de Maia Moraes Sales, que a introdução dos meios alternativos de solução de conflito, não visa a substituir ou enfraquecer o Poder Judiciário, mas, pelo contrário, a oferecer meios mais adequados de resolução de conflitos inseridos no âmbito de modernização do Poder Judiciário, facilitando a efetiva prestação jurisdicional por este Poder.⁷⁵

Em relação à ausência de advogado nos procedimentos autocompositivos, aparece a resistência ao novo, por parte de muitos profissionais e até mesmo Instituições representativas de classes que repudiam tais meios. Ademais, verifica-se nos dispositivos do NCPC e Lei de Mediação, a necessidade de as partes estarem assessoradas por seus advogados.⁷⁶

Sobre o desequilíbrio de poder entre os envolvidos, é imprescindível trazer a informação, de que no processo estatal este fato também poderá ocorrer. De acordo com o NCPC e Lei de Mediação, no início da sessão, o mediador ao

75 SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflito Ed. Saraiva. Pag.73

76 BRASIL Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 que instituiu a mediação civil judicial extrajudicial: Subseção II Dos Mediadores Extrajudiciais Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas. Subseção III Da Mediação Judicial: Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015, que dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil.: Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos

perceber o desnivelamento entre as partes, ou seja, quando houver deficiência ou ausência de assessoramento por advogado ou defensor público, poderá solicitar o reagendamento da sessão, orientando as partes sobre a necessidade de estarem assessoradas, inclusive incentivando à utilização da defensoria pública, se for o caso.

A falta de controle sobre os procedimentos, elencada com uma das desvantagens, na mediação, parece inadequada, pois a adoção de qualquer meio de solução de conflito é opção consensual, para atender aos interesses da parte, de forma que os procedimentos são flexibilizados para proporcionar a melhor construção da solução neste sentido.

Importante destacar, que a nova Lei da Mediação, ao contrário do que muitos afirmam, pretende fomentar as atividades dos advogados e não causar a redução no seu campo de atuação. Assim como neste mecanismo, como em outros de solução de conflitos, a assessoria de técnicos qualificados será essencial para o desenvolvimento e a correta aplicação dos normativos.

4.2 Negociação

A negociação é primeira tentativa de solução do conflito. Negocia-se o tempo todo, na família, na escola, com os vizinhos, no ambiente de trabalho e, no dia a dia, com as mais diversas situações, aproveita-se também para resolver divergências geradas pelos negócios realizados. Pode-se dizer que a negociação é a base de todos os meios de soluções de conflitos.

A negociação é o processo pelo qual as próprias partes interessadas (ou seus representantes) buscam alcançar um intercâmbio de valor capaz de satisfazer os interesses de todos envolvidos, entendendo-se valor como a substância, o meio de troca ou o bem da vida em questão⁷⁷. Na negociação não existe o terceiro imparcial e independente, as próprias partes buscam atingir o mesmo interesse ou solução do conflito. Para isso, devem ceder em seus posicionamentos para que consiga chegar a um consenso, bom para todos os envolvidos, trocar vantagens,

⁷⁷ ALBRECHT, Karl. ALBRECHT, Steve. Agregando valor à negociação. São Paulo: Makron, 2005, pág. 38.

abdicar de ganhos extravagantes e iniciar um diálogo que propicie condições favoráveis para o fim da controvérsia.

Por isso, a negociação é um procedimento informal e célere, pois nela não existem regras, tradições, fórmulas, métodos racionais ou o poder de uma autoridade, cabendo às partes total controle sobre o procedimento e o resultado final. A negociação, porém, possui duas abordagens⁷⁸:

I. Distributiva: cada lado busca maximizar seus ganhos à custa do outro, de forma que ambos querem ganhar ou não deixar que o outro satisfaça seus interesses. Ou seja, quanto mais um ganha, mais o outro perde. Nela as partes tomam posições, abandonam, tomam outras, sucessivamente, até chegarem a um acordo aceitável⁷⁹ mas a tomada de decisões é difícil e demorada, pois, para aumentar as chances de um acordo favorável, os negociadores partem de posições extremas e vão fazendo pequenas concessões, apenas na medida necessária para manter o processo em andamento. Como as partes se veem como adversários, é comum o uso de técnicas desleais para obter maiores concessões e, por outro lado, protegerem-se.

II. Cooperativa: busca-se aqui ampliar a extensão das alternativas, de forma que as necessidades de todos sejam satisfeitas da melhor forma possível, insistindo-se em resultados baseados em padrões justos para produção de um acordo satisfatório⁸⁰ A cooperação tem muitas vantagens: baixo custo operacional; possibilidade de soluções criativas e desnecessidade de se pautar as ofertas em parâmetros apenas legais. Além disso, o relacionamento entre as partes tende a melhorar, pois todos os interesses são considerados de forma a não restar litigiosidade remanescente.⁸¹

Percebe-se que independente da técnica ser utilizada na negociação, o ideal seria fazer com que os interesses das partes se tornassem compatíveis, para que estas pudessem alcançar um acordo que satisfaça suas necessidades, o que, conseqüentemente, faria com que o acordo tivesse maior eficácia em seu cumprimento.

78 Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-mediacao-judicial-no-tjdft-um-novo-espaco-de-atuacao#_ftnref10. Acesso em 25.09/2015

79 FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

80 Id. Op. Cit.

81 É a que persiste mesmo após o término de um litígio em razão de questões não resolvidas pelo processo judicial e que permanecem criando condições para que o conflito se perpetue, tendo repercussões em aspectos econômicos e materiais de uma demanda (BARBADO, 2003, pág. 374). Ela permanece, assim, em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados, seja por não serem juridicamente tutelados (como questões sentimentais - a mágoa que se sente pelo término de um relacionamento, a necessidade de reconhecimento, a ira, a frustração e etc), seja porque a matéria não foi apresentada perante o Estado (AZEVEDO, 2003, pág. 169). Podemos, contudo, estender o conceito a todas as abordagens de resolução de conflitos, e não só ao processo judicial, ao considerarmos que são todos os pontos que não são resolvidos e permanecem repercutindo no conflito como um todo, criando novos focos de conflitos ou não permitindo que uma demanda se encerre.

Conforme afirma Cahali, embora a negociação seja um método exercido pelos próprios interessados, nada impede que seja promovida por terceiros - os negociadores. Porém, neste caso, o negociador não será um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas e, em nome desta, defenderá seus interesses, ou seja, o negociador comparece para negociar a melhor solução em favor daquele por quem atua.⁸²

Neste sentido, a negociação revela-se um mecanismo, com bons resultados, para solucionar conflitos que envolvem relacionamentos continuados, pois não só equaliza as partes divergentes, como também tem o condão de estabelecer a continuação do relacionamento negocial.

Petrônio Calmon foi assertivo em afirmar que a negociação se funda sobre a necessidade de evitar uma inútil perda de tempo, de conter os custos decorrentes de uma possível degeneração ou ruptura dos relacionamentos entre as partes, de manter a discrição em relação a terceiros, de defender outros sujeitos.⁸³

Outro aspecto sobre a negociação é que se trata de técnica eficiente para resolver situações cotidianas ou de maiores dificuldades, com isso, ganhou maior evidência no mundo dos negócios, surgindo a figura do negociador profissional.

A negociação profissional é uma técnica que deve ser aprimorada. Baseia-se em um conjunto de táticas e estratégias para a obtenção do resultado desejável; o negociador deverá aprofundar-se nas teorias negociais mecanismos comportamentais e psicológicos, além de adquirir experiência profissional.

Na atualidade é indispensável para o profissional jurídico saber negociar tanto na fase pré-processual ou com o processo já instaurado. Em todas as etapas é possível alterar o procedimento contencioso pela adoção da negociação, visto que contribui para a solução pacífica do conflito e também para o fortalecimento das relações.

⁸² CAHALI. Francisco José. Curso de Arbitragem. Ed. São Paulo p. 39

⁸³ CALMON Petrônio. Fundamentos de mediação e conciliação. p.108

4.3 Conciliação

A conciliação é um instrumento de solução de conflitos, meio não adversarial de composição de disputa, conduzido por um terceiro imparcial e independente - o conciliador - que não decide o conflito, mas poderá sugerir a composição do litígio.⁸⁴ Sobre a conciliação, Aldemir Buitoni explica que:

O conciliador, seja juiz ou não, fica na superfície do conflito, sem adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Não há preocupação em ir com maior profundidade nas questões subjetivas, emocionais, nos fatores, que desencadearam o conflito, pois isso demandaria sair da esfera dogmática jurídica, dos limites objetivos da controvérsia.⁸⁵

Neste caso, verifica-se a adoção da conciliação para relações não contínuas, para problemas que surgem sem relacionamento pessoal, como exemplo circunstancial, cita-se o acidente ou batidas automobilísticas.

Assim, embora a conciliação esteja presente e conhecida na esfera judicial, onde o magistrado possui a discricionariedade para promovê-la a qualquer tempo, nota-se seu maior crescimento no campo extrajudicial seja por possuir maior celeridade em relação aos outros meios de autocomposição, ou por ser menos complexo que os demais métodos, possibilitando o alcance da solução, em apenas uma única sessão, dependendo do caso.

A prática da conciliação é baseada nos seguintes princípios: (I) independência (II) imparcialidade (III) autonomia da vontade (IV) confidencialidade (V) oralidade e (VI) informalidade.

Ao conciliador é atribuída a responsabilidade de conduzir as sessões de conciliação, aconselhamento das partes. Emitirá opiniões, irá propor soluções e alternativas para resolver o conflito, atuará de forma ativa, porém não poderá impor a decisão, como ocorre na jurisdição e na arbitragem, pois os princípios do conciliador são similares aos dos mediadores.

84 BRASIL Lei n.º 13.105 de 16.03.2015. que instituiu o Novo Código de Processo Civil Art.165, & 2º

85 BUITONI, Aldemir. Mediar e conciliar: as diferenças básica, jus navegandi n. 2707, ano xv, nov. 2010.p 13., Disponível www.jus.uol.com.br/revista.texto. Acesso em 25.02.2015

No entanto, nem sempre a conciliação resulta em acordo. Diante dessa situação, caberá ao conciliador informar o que a conciliação pode e não pode fazer pelas partes. Deverá explicar e demonstrar as experiências positivas que foram tiradas com o procedimento, mesmo não sendo possível o acordo.

Por fim, havendo a conciliação entre as partes, haverá um termo de transação de acordo, que poderá ser homologado pelo juiz e tornar-se título executivo judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo desenvolvido foram apresentados os conflitos como situações inevitáveis ao longo da vida. No entanto, podem transformar-se em aprendizado e crescimento social para as todos os envolvidos se encarados sob novo olhar, como desafios a serem superados, com composições produtivas e melhoria da convivência. Nesse cenário, verificou-se que na medida em que as sociedades se tornaram organizadas, o Estado adquiriu a função da pacificação social, com o monopólio de dirimir os conflitos e de manifestar sua vontade do ordenamento jurídico.

No Brasil, embora o princípio constitucional do acesso à justiça figurar em dispositivo legal, muitos são os desafios e obstáculos a serem transpostos para seu alcance prático. Com isso, intensifica-se a crise no Judiciário, demandas em grandes proporções e motivos, condicionando a um terceiro a solução dos próprios problemas. É a chamada cultura do litígio.

Nesta esfera, uma das soluções apresentadas é o incentivo aos meios alternativos de solução de conflito, dentre eles destacando-se: a Arbitragem, a Mediação, a Conciliação e a Negociação. O objetivo é estimular a utilização dessas técnicas para priorizar mecanismos que possibilitam outras portas de acesso aos jurisdicionados, por meio de uma nova abordagem multidisciplinar, que permita o alcance da pacificação social.

Desta forma, por meio deste estudo é possível verificar que se desenvolvem inúmeras iniciativas com vistas a aumentar a utilização de meios alternativos de solução de conflito. A Resolução n.º 125 de 2010, do CNJ, traçou a política de tratamento adequado dos conflitos e foi importante fomentador das diferentes formas de solução de conflitos. Seu objetivo foi gerir os processos judiciais, reduzir a dimensão de congestionamento dos tribunais, programar ações concretas para estimular a resolver o litígio, por facilitadores, seja na fase pré-processual ou em qualquer momento durante o processo judicial. Inserido nesta temática, o NCPD, a recente Lei da Mediação, da Reforma da Lei de Arbitragem, vieram ao encontro do incentivo que o país precisava para possibilitar o acesso de forma ampliada à justiça.

Para o próximo ano, esperam-se 17 mil novos mediadores para solucionar demandas que se arrastam no Judiciário há anos. A expectativa do Poder Público é resolver até 70% do total de 100 milhões de processos no Judiciário, ou seja, independentemente do meio de solução a ser aplicado, o importante é destacar que Brasil avançou na busca por novas formas de resolver seus litígios e por certo, precisará contar com pessoas preparadas na esfera do Direito.

Pode-se dizer que os profissionais do direito terão novos desafios pela frente, pois poderão ser mediadores, conciliadores, capacitadores, árbitros, professores nas Universidades. Os Escritórios poderão orientar e oferecer aos seus clientes, as práticas colaborativas para solução de conflitos, em diversas áreas do direito, o potencial de crescimento e diversificação do portfólio de serviços é promissor.

Desta forma, é possível concluir com o presente trabalho que os meios alternativos de solução de conflitos podem ser compreendidos como medidas aliadas para o desenvolvimento de novas práticas voltadas para a pacificação das relações pessoais, empresariais e com os Entes Públicos, de modo a modificar a realidade brasileira, promovendo e alicerçando a cultura da paz.

Por fim, não basta oferecer a tutela, há que produzir o alento desejado. São tempos de promessas, então haverá tempos de esperança.⁸⁶

86 Merguer Batista Maria de Fátima, Costa Abrahão Costa. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculo a pacificação p.12, Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: “30. Mar. 2014”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

LIVROS:

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p 44

MARTINELLI, Dante, Almeida, Ana Paula **Negociação e solução de conflitos: do impasse do ganha-ganha através do melhor estilo**. SP. Atlas, 1998 p. 46.

CALMON, Petrônio. **Fundamento da Mediação**. 2ª ed. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013, p. 35

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER Pellegrini Ada, DINAMARCO Rangel Candido, **Teoria Geral do processo**. 20ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2004, p. 23.

CAHALLI. Francisco José. Curso de Arbitragem. Ed. Revista dos Tribunais 3ª ed.p. 37

RANGEL, Dinamarco Cândido, **Instituições de Direito processual Civil**, 20 ed. Revista dos Tribunais, p.118

MUNIZ, Paiva. Joaquim. VERCOSA. Fabiane. PANTOJA. Medina. Fernanda. ALMEIDA. Rezende. Diogo. **A Arbitragem e Mediação. Temas Controvertidos**. Rio de Janeiro. 2014. Ed. Forense p.419

LEVY, Fernanda Rocha Lourenco. Guarda de Filho: **Os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008p. 122

SILVA, José Afonso **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p 121

FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto, **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**- Imprensa: São Paulo, Atlas, 2009, p. 43 e 45.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de conflito** Ed. Saraiva. P. 73

ALBRECHT, Karl. ALBRECHT, Steve. **Agregando valor à negociação**. São Paulo: Makron, 2005, pág. 38.

SALLES, Carlos Alberto, LOPES, Marco Antônio Lorencini e ALVES da SILVA Coordenadores **Negociação, Mediação, Arbitragem – Curso Básico para programas de graduação em Direito**. Editora Gen- Métodos: São Paulo, 2013, p.73

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. São Paulo. Ed. Método. 2008. p.208

CRETELLA José Neto. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2014, p. 14

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil- Teoria Geral de Processo e de Conhecimento**. Vol I. 11 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. IV. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2011, 3ª Ed.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 38ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SAMPAIO Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. Ed. Saraiva. São Paulo, p.17.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). **Acesso à justiça – Efetividade do Processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

TUCCI José Rogério Cruz e. (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

WALD, Arnaldo (Coord.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10 ed. V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAHALI Francisco José, **Curso de Arbitragem. Mediação. Conciliação. Resolução 12/2010**, Revista dos Tribunais. 3ª ed.

FONTES ELETRÔNICAS:

BRASIL. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 de janeiro de 1973; 152º da Independência e 85º da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 22 maio 2014.

MARION, Fabiana e SPENGLER NETO, Theobaldo Em Citação de SIMMEL Georg. A Sociologia. **A natureza do conflito e o seu tratamento: entre o tradicional e o inovador**. Disponível em: <<http://www.direito.it/pdf/28172.pdf>>. Acesso em “20. Jan.”2015”.

CNJ - **Indicadores de Produtividade dos Magistrados e Servidores no Poder Judiciário: Justiça em números 2014, ano base 2013, passim**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 21 maio 2015.

CNJ - **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações feitas pela. Emenda nº 01/2013** Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_16092014165812.pdf - Acesso em 03/08/2015.

RODAS, João Grandino. Conciliação, **Mediação e Arbitragem não podem ser cortinas de fumaça**. Fonte site Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br> Acesso em 09.07.2015.

CNJ - **CNJ estabelece Resolução n.º 25, 29 de novembro de 2010**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br>> Acesso em: 10. Jul. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17. Mar. 2015

TJ SP - **Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relatório de Atividade 2014**: Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/Arquivos/Ler.ashx?id_arquivo=397 – Acesso em 08.06.2015.

CNJ-**Conselho Nacional de Justiça. Conciliação**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/regulamento.fomacao.instrutores.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CALMON, Petrônio. **O conflito e os meios de sua solução**. Disponível em: <http://www.novo.direitoprocessual.org.br>>. Acesso em: 01 mai. 2014.

CNJ-**Conselho Nacional de Justiça. Conciliação**.: <http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>. Acesso em 15.08.2015

RODAS, João Grandino. **Conciliação, Mediação e Arbitragem não podem ser cortinas de fumaça**. Fonte site Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br>

TJS SP **Relatório de Atividade** 2014: Disponível em: http://www.tjsp.jus.br/Shared/Handlers/Arquivos/Ler.ashx?id_arquivo=397 – Acesso em 08.06.2015.

BRASIL - In <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> - Acesso em: 04 Fev. 2015

Site Migalhas Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049-Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>. Acesso em 25.09.2015

Site CONIMA Disponível em : <http://www.conima.org.br/arquivos/4682..> Acesso em 01.09.2015

Site Arcos Periódicos Disponível em: http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-dos-estudantes-de-direito-da-unb/7a-edicao/a-mediacao-judicial-no-tjdft-um-novo-espaco-de-atuacao#_ftnref10. Acesso em 25.09/2015

BITTONI, Aldemir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas, jus navegandi n. 2707, ano xv, nov. 2010.p 13 Disponível www.jus.uol.com.br/revista.texto. Acesso em 25.02.2015

Site Banco Central - Disponível em: [Faq – Bacen <http://www.bcb.gov.br/?BACENFAQ>](http://www.bcb.gov.br/?BACENFAQ) Acesso em 12 out. 2014.

Site Banco Central Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?BACENFAQ>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

Site Banco Central Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/ranking/entendaNovoRanking.asp?idpai=ranking>>. Acesso em: 13 abr. 2015.