



OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO COADJUVANTES AO ACESSO À JUSTIÇA

Laís Botelho Oliveira Álvares¹

RESUMO

O presente trabalho faz uma análise dos Mecanismos Alternativos de Resolução de Conflitos como coadjuvantes ao acesso à justiça. A utilização desses métodos alternativos à jurisdição pode gerar duas consequências. A primeira seria uma maior qualidade na resolução dos conflitos, proporcionando às partes a possibilidade uma maior celeridade e participação no processo decisório. A segunda consequência seria o *desafogamento* do judiciário, a partir do pressuposto de que a organização judiciária brasileira, mesmo com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, ainda não está apta o suficiente para dar aos cidadãos uma resolução rápida e efetiva do processo, sendo assim, a utilização da via alternativa para a resolução de litígios é um meio capaz de ajudar às partes a atingirem a pacificação de seus conflitos da melhor maneira possível, inclusive com a possibilidade da participação das próprias partes no processo decisório. Desse modo, faremos um estudo da jurisdição e dos meios alternativos de resolução de conflitos, com ênfase na mediação.

PALAVRAS-CHAVE: MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, PACIFICAÇÃO SOCIAL, MEDIAÇÃO.

¹ Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior, pós-graduada em Direito Civil na Universidade Gama Filho, em Direito Público na Universidade Cândido Mendes e pós-graduada em Direito Processual na Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogada em Juiz de Fora (MG).



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a mediação e os outros meios de resolução de conflitos no processo civil brasileiro como institutos capazes de alcançar os escopos da atividade jurisdicional, ainda que utilizadas extraprocessualmente.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45, que buscou a reforma do Poder Judiciário e reforçou a importância da celeridade processual, os meios alternativos de resolução de conflitos foram ganhando maior espaço no ordenamento jurídico brasileiro. Veremos posteriormente, que Cappelletti e Garth nos seus estudos sobre as “Ondas Renovatórias de Direito Processual”, que traz à tona o debate sobre o acesso à justiça, traz a quarta onda renovatória como sendo a efetividade do provimento jurisdicional.

Dentro deste contexto, é sabido que no Brasil o acesso à justiça não ocorre de forma plena e quando ocorre, ocorre de forma inefetiva.

Desta forma, tendo como guias o acesso à justiça e a efetividade das pacificações sociais, o presente estudo trará uma análise e uma comparação da jurisdição e dos meios alternativos de resolução de conflitos em prol do acesso à justiça e resolução de litígios.

Este artigo é dividido em duas partes: a primeira parte traz um breve histórico da jurisdição, com suas características e elementos, bem como a problemática do acesso à justiça no Brasil e no mundo. Procurou-se neste item, demonstrar ao leitor a necessidade de encontrar e utilizar meios de resolução de conflitos que não sejam a jurisdição, em prol de uma melhor qualidade tanto da prestação jurisdicional, quanto da resolução de conflitos por via alternativa.

O segundo item trata sobre os meios alternativos à resolução dos conflitos em si, analisando os institutos da arbitragem, conciliação, negociação e mediação.

O presente artigo parte do pressuposto de que, embora a jurisdição estatal seja o primeiro e mais utilizado meio para a pacificação social, muitas vezes é ineficaz e ineficiente para garantir as partes uma composição do litígio mais



adequada.

Não se pretende, nesse presente trabalho, esgotar o tema sobre acesso à justiça e todos os outros meios de pacificação social, mas sim demonstrar que os jurisdicionados podem optar, caso queiram, por mecanismos alternativos à jurisdição, ou, nas palavras de Didier Jr. “Equivalentes Jurisdicionais”, na tentativa de encontrarem o melhor meio para solucionarem suas lides. (2008, p. 26).

1 A JURISDIÇÃO

1.1 O bem da vida, o interesse jurídico e os meios de resolução de conflitos

Desde os tempos mais primórdios, o ser humano necessita daquilo que chamamos de *bem da vida*. No entanto, as necessidades do ser humano são infinitas, de forma que os bens disponíveis não conseguem suprir as necessidades de todos.

A razão entre o homem e os bens, ora maior, ora menor, é o que se chama *interesse* ou *pretensão*. Se duas ou mais pessoas tem interesse pelo mesmo bem, que a uma só possa satisfazer, dar-se-á um conflito de interesses.

O conflito gera insatisfação e, por conseguinte a *lide*, que é traduzida por um conflito de interesses qualificado por uma *pretensão* resistida. E a lide gera risco da manutenção da paz social.

É sabido que nas sociedades primitivas imperava a justiça privada, a autotutela. Porém, na medida em que a sociedade evoluía e de forma gradativa, o Estado passou a tomar para si o poder de decisão, chegando ao ponto do monopólio da jurisdicional.

Nós aprendemos durante a faculdade que o significado a expressão jurisdição é “dizer o direito”. Toda vez que o juiz se manifesta ele diz o direito, toda vez que o tribunal se manifesta ele diz o direito. Dessa forma, se cresce com a falsa percepção



que só o Estado é capaz de dizer o direito.

Mas esse conceito já está ultrapassado, quando o juiz sentencia, ele faz muito mais do que dizer o direito. O juiz busca o interesse das partes e por conseguinte, o interesse social. Nós aprendemos que o escopo jurisdicional é a pacificação social. Porém ela vai além da simples aplicação da lei. Nem sempre a aplicação da lei é justa. Não basta aplicar a lei. Deve-se ter cuidado e respeito com o interesse das partes.

A jurisdição pode ser contenciosa (quando há lide) ou voluntária (não há lide, há apenas a administração judicial dos interesses).

Uma das críticas que se faz ao Brasil é que nele não está presente uma cultura de pacificação e sim de litígio. Em decorrência de vivermos em um país paternalista, as pessoas buscam em um primeiro plano o judiciário, sem antes tentar solucionar o problema de outra forma. Ainda se espera que o judiciário seja o remédio para todos os males.

O poder judiciário deveria ter a característica de residuabilidade, mas no Brasil o quadro é inverso. Já estamos acostumados com a presença do Estado nas nossas vidas, fruto de poderes centralizados no Brasil.

1.2 Teorias da Jurisdição

A Teoria Clássica diz que a jurisdição tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei. Para essa teoria, os poderes judiciais deveriam ser mínimos, se tornando, desta forma, escravo do texto legal. Essa teoria está impregnada de positivismo jurídico. Daí o brocardo: “O juiz é a boca da lei” (VAN CAEGENEM, 2000, p. 171).

A Teoria adotada por Carneluti: A função do juiz é buscar a justa composição da lide. Para Carneluti, a lide é fundamental. Vem em contraposição à teoria de Chiovenda, onde a “lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão



resistida”. E em decorrência da lide podemos observar três situações: a renúncia ou desistência do direito; a demanda (que seria a lide levada a apreciação do poder judiciário); e os métodos alternativos de resolução de conflitos (autotutela, avaliação neutra de terceiro, arbitragem, conciliação, negociação e mediação). A preocupação da teoria de Carneluti não é apenas em dar uma resposta jurisdicional às partes, e sim pacificar o conflito, diferentemente da ideia positivista de Chiovenda. (THEODORO JÚNIOR, 2007, 53)

Com a evolução das sociedades ocidentais e conseqüente aumento na complexidade nas relações, as teorias acima esplanadas já não bastavam mais para alcançar os escopos da jurisdição, visto que as sociedades contemporâneas estão vivendo a era pós-positivista/ neo constitucionalista.

Desta forma, surgiu na Itália, uma terceira teoria, chamada de “Garantismo Processual”, difundida aqui no Brasil pelo professor Luiz Guilherme Marinoni, cuja finalidade de jurisdição é considerada como forma de propiciar a aplicação dos princípios constitucionais. A função do juiz é zelar pelas garantias processuais.

No artigo de autoria do professor Leonardo Greco, intitulado de “Garantias fundamentais do processo: o processo justo”, pode-se chegar a conclusão de que para o autor, o acesso à justiça pode ser resumido na utilização e aprimoramento do princípio do devido processo legal, em que se pese este ter sido criado na fase positivista.

E do mesmo modo que a sociedade se modifica, a jurisdição o acompanha. Baseando-se neste fato, François Ost, publicou um artigo denominado “Os três modelos de juiz”, onde fez uma conexão entre os Estados Liberal, Social e Democrático e suas respectivas jurisdições, traçando dessa forma o “perfil” dos juízes de cada fase.



1.2.1 O Estado Liberal e o “Juiz Júpiter”

Nos Estados Liberais a pacificação era ditada pela lei de mercado. Visava garantir liberdade, esfera de proteção jurídica privada.

Tinha como características: limitação de poderes; igualdade formal - pautada apenas na lei; pensamento positivista - direito codificado; racionalidade dedutiva; sistema legislado, fechado e autônomo em forma piramidal.

A sentença judicial teria que respeitar e aplicar os termos exatos da lei, o método de interpretação era feito apenas pelo silogismo subsuntivo (adequação do fato à norma); o acesso à justiça, tal qual a igualdade, era apenas formal; ausência de espaço para meios alternativos de resolução de conflitos; o pilar desse sistema era a segurança jurídica.

O Estado Liberal, onde a justiça era papel do legislador e não do juiz, onde era aplicado o sistema da *civil law*, contava com um “Juiz Júpiter”, frio, distante da realidade das partes, mínimo, preocupado apenas em aplicar a lei (mero *longa manus* da lei). Um juiz positivista, autoritário.

Segundo os estudos de Cappelletti e Garth, no Estado Liberal “os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos” (p. 9, 1988)

1.2.2 O Estado Social e o “Juiz Hércules”

A pacificação social nos Estados Sociais era marcada por um paternalismo prestacionista. A atividade comissiva do Estado estava muito presente. São características desse modelo estatal: a ampliação de poderes das autoridades; busca da igualdade substancial; pensamento pós-positivista, realista e da jurisprudência sociológica norte-americana; sistema jurídico dinâmico, aberto de regras e princípios: funil (pirâmide invertida); racionalidade indutiva; ausência de alteração dos deveres e prerrogativas dos demais participantes da relação



processual e de estímulo ao desenvolvimento dos equivalentes jurisdicionais; excesso de realismo.

A decisão judicial buscava a reconstrução crítica-racional do sistema de direitos na busca pela decisão correta de cada caso.

No Estado Social, por sua vez, podia-se perceber uma influência do sistema da *common law*, baseado em precedentes e costumes, se encontrava o “Juiz Hércules”. De acordo com a mitologia grega, Hércules era um semideus, filho de Zeus, conhecido por sua força e coragem. O juiz do Estado Social estava no centro da jurisdição, a ele cabia a salvaguarda dos direitos. Trata-se de um “engenheiro social” de postura ativa, prestacionista e paternalista.

1.2.3 O Estado Democrático de Direito e o “Juiz Hermes”.

Nos Estados Democráticos, a resolução das controvérsias ocorria com a legitimação de um discurso intersubjetivo e permeado por uma atuação além da estrita e fria atuação estatal por meio da jurisdição.

São características desse sistema: A busca de uma efetiva participação dos consociados jurídicos na relação dos fins estatais; a interação das partes no sistema de pacificação de conflitos; a adoção de métodos não jurisdicionais de solução das lides; a adoção de um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”: de um juiz Hércules para uma comunidade deliberante; dever interno e externo de fundamentação: coerência da decisão com o sistema de direitos e legitimação procedimental-deliberativa.

O Estado Democrático de Direito, situado na pós-modernidade, pós-positivista e neo constitucionalista, conta com o “Juiz Hermes”, altamente comunicativo, responsável pela manutenção do diálogo das partes, da integração dos direitos. Hermes é o deus da comunicação, da circulação da intermediação. Um intérprete, um mediador, um porta-voz. O *Mercúrio* é o correspondente latino de Hermes,



conhecido por ser um metal denso, porém maleável².

É nessa vereda que ganha espaço os meios alternativos de resolução de conflitos, principalmente a mediação, por ser o método que exige uma maior cooperação entre as partes.

2 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Sabe-se que o sistema judiciário encontra-se em crise e que esta crise atinge praticamente todas as sociedades contemporâneas ocidentais.

Hoje, nós encontramos um Judiciário um tanto quanto desgastado por fatores como a morosidade, deficiência, ineficiência, entraves processuais, estruturais, procedimentais, por um número elevado de processos, de recursos, sem falar nas custas elevadas do processo.

Alterar a estrutura judicial não basta para resolver o problema, tampouco criar outras leis. A saída é buscar alternativas. Mecanismos alternativos para a resolução de conflitos. Atentos a esta realidade global, Cappelletti e Garth estudaram possibilidades para tornar o acesso à justiça efetivo, criando, desta forma, as chamadas “Ondas Renovatórias” do acesso à justiça.

A primeira onda renovatória consiste em conceder assistência judiciária gratuita para os pobres (CAPPELLETTI, p.31, 1988).

A segunda onda renovatória para o acesso à justiça consiste na correta representação dos interesses coletivos e difusos da sociedade (CAPPELLETTI, p. 49, 1988).

Por fim, a terceira onda renovatória versa sobre o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça.

A terceira onda propõe, para tanto, reformas da assistência judiciária e novos mecanismos para a representação de interesses públicos (CAPPELLETTI, p. 67,

² O Mercúrio é o único metal que se encontra no estado líquido.



1988). Engloba, ainda, a reforma nos procedimentos judiciais; a criação de procedimentos especiais; a mudança dos métodos para prestação de serviços judiciais; a simplificação do direito e, por último e mais importante para o tema aqui abordado, a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios.

Nessa toada, em 28 de julho de 1999, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas editou a Resolução nº. 26, que é expressa em preconizar que os Estados desenvolvam, juntamente aos respectivos sistemas judiciais, a promoção dos chamados ADRs – *Alternative Dispute Resolution*.

Como ressaltou Kazuo Watanabe apud MARASCA, 2007, p.39):

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos jurisdicionais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica justa.

Os meios alternativos para a solução dos conflitos são: a arbitragem, a conciliação, a negociação e a mediação, como veremos a seguir.

A arbitragem é forma de heterocomposição na resolução dos conflitos. Nela, um terceiro (ou colegiado) procedem com a substitutividade da vontade das partes, utilizando-se de método adversarial: contraposição de partes. A decisão arbitral é imposta às partes. No entanto, no momento de eleição do instrumento e no estabelecimento de algumas regras quanto a utilização deste instrumento, há consenso entre as partes, visto que a arbitragem não poderá ser compulsória³.

A negociação, conciliação e mediação são métodos autocompositivos de

³ Com exceção da justiça desportiva, que é compulsória por força do §1º. do art. 217 da Constituição Federal de 1988. Nas palavras de PANHOCA (2003, p. 45) “Destá forma, no § 1º do art. 217 da Constituição Federal/1988, restou por determinado que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e as competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva reguladas em lei, ficando autorizado, quando seu prazo ultrapassar os 60 dias (registre-se que esta norma, junto com o processo de dissídio coletivo trabalhista, são os únicos procedimentos onde o esgotamento do procedimento administrativo é condição obrigatória para a busca do judiciário comum).”



resolução de litígio. Podemos perceber que nesses institutos, a solução é buscada pelos próprios envolvidos. Não é permitido haver decisão imposta e também não há substitutividade. Nesta seara, se fala sempre em consenso. Ao terceiro cabe apenas a função “catalisadora”, facilitadora da aproximação e comunicação entre as partes. Cabe ao terceiro instigar a reflexão das origens e repercussões do conflito.

2.1 A Conciliação

Na conciliação, a solução é alcançada pelas partes por meio de um conciliador - terceiro imparcial. O foco principal ocorre na solução do problema, ou seja, o foco da conciliação é nas vantagens do acordo. A meta da conciliação é a busca por um acordo razoável entre as partes.

Parte-se da premissa que ambas as partes devem *abrir mão* de parte de seu direito, para não haver parte totalmente sucumbente.

Em relação ao papel do conciliador, podemos dizer que ele busca analisar apenas a superfície do conflito. Não é dever do conciliador *mergulhar nas profundezas do problema*, e sim apresentar soluções criativas e inteligentes, além de analisar a viabilidade e o risco do processo para cada parte. A vantagem da conciliação reside no fato de ela ser de menor complexidade e formalidade. A conciliação será mais bem aplicada em sede de conflitos de natureza objetiva.

2.2 A Negociação

A negociação pode ser definida como a resolução direta de divergências pelas partes. Normalmente, é utilizada para contratação em geral - formação da relação jurídica. Podemos visualizar uma preponderância de utilização da



negociação entre pessoas jurídicas que negociam trocas de vantagens e diminuição de perdas.

O resultado é voltado para o raciocínio do *ganho recíproco*. Não há nenhum empecilho para a participação de um terceiro auxiliando as partes na negociação.

2.3 A Arbitragem

Sumariamente, podemos afirmar que a arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis no qual as partes, pessoas físicas ou jurídicas, buscam uma solução rápida e definitiva para uma divergência. Na definição de Cahali (2011, p.75)

A arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial.

Ou seja, quando as partes tem interesse em encerrar o litígio, através de uma solução rápida e técnica, contam com o auxílio de um ou mais árbitros, escolhidos por elas em comum acordo, que resolverão o litígio de maneira justa e eficaz.

A Arbitragem pode ser utilizada para solucionar conflitos inclusive em âmbito internacional, nas áreas cível, comercial, trabalhista e do consumidor etc., desde que se trate de interesses que admitam a transação.

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial (CARMONA, 2009, p. 10).

Importante frisar que não há na arbitragem em si, coercibilidade e auto-



executoriedade, necessitando a parte de ingressar, se for o caso, com a fase executiva, visto ser considerada título executivo judicial. (DIDIER Jr., 2010, p. 26)

A arbitragem é um meio de resolução de conflitos mais simples e objetivo, no qual os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto nível científico e de respeitabilidade.

Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável.

Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido à irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença pelo órgão do Poder Judiciário. (CACHAPUZ, 2000, p. 23).

A arbitragem tem como objeto litígios concernentes a direitos patrimoniais disponíveis, de acordo com o art. 1.º da Lei de Arbitragem, Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe:

Art. 1.º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

São requisitos subjetivos: a *capacidade de se comprometer*, abrangendo, além da capacidade em geral para os atos da vida civil, a possibilidade dos contratantes de dispor dos direitos em controvérsia e de ser parte em juízo, por envolver a submissão da controvérsia aos árbitros. A *capacidade de ser árbitro*, só podendo ser árbitro quem quer que tenha a confiança das partes, excetuando-se: os incapazes; os analfabetos; e os legalmente impedidos de servir como juiz (CPC, art. 134; Lei n.º 9.307/96, art. 13), ou os suspeitos de parcialidade (CPC, art. 135). As pessoas jurídicas não podem ser árbitros, por expressa definição legal.



São requisitos objetivos: o objeto da disputa deve ser relativo a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1.º, Lei da Arbitragem); deverá contar com o seguinte conteúdo: *nomes, sobrenomes, domicílio e profissão* das pessoas que instituírem o juízo arbitral e dos árbitros; as *especificações e valor* do objeto do litígio, isto é, da controvérsia que os árbitros deverão solucionar; *local* em que será proferida a sentença arbitral; o *prazo* em que a sentença deve ser proferida; a *autorização* para que o árbitro ou árbitros julguem por equidade; a *fixação* dos honorários dos árbitros e a *proporção* em que deverão ser pagos, (art. 10 e 11, LA). Somente os requisitos do artigo 10 são obrigatórios e sua falta implica em nulidade do compromisso. Importante frisar que não há compromisso arbitral oral.

No procedimento de arbitragem, encontramos características como a desformalização do procedimento, que ocorre em contraposição à jurisdição estatal, que ocorre respeito às normas processuais, podemos visualizar uma maior celeridade, uma vez que a jurisdição conta com um número cada vez maior de processos.

Existe também a característica da gratuidade, porém, ela só está presente em outros países, a arbitragem no Brasil é paga.

Para que ocorra a arbitragem, será necessário uma prévia convenção de arbitragem, mediante o qual as partes se comprometem a utilizar a arbitragem para a solução do conflito, de acordo com o art.3.º, Lei n.º 9.307.

Além disso, importante frisar que a cláusula compromissória tem validade relativa, não valendo quando inserida em contratos de adesão, salvo se observadas determinadas condições (art. 4.º, § 2.º).

De acordo com o art. 1.º da Lei, a arbitragem limita-se aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e as partes tem que ser necessariamente capazes.

Outra característica da arbitragem é que as partes são livres para optarem pelas regras de direito material que serão usadas como parâmetro para as decisões, podendo optar até pelo uso dos princípios gerais de direito, usos e costumes, regras internacionais de comércio e equidade, tudo conforme o art. 2.º da lei de Arbitragem.



Em relação à sentença arbitral, podemos ressaltar várias peculiaridades, como a desnecessariedade de homologação judicial, ou seja, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos entre as partes do que as sentenças proferidas pelo Poder Judiciário. Se a natureza da sentença arbitral for condenatória, uma vez que os árbitros não estão investidos de poder jurisdicional, a execução deverá ser feita pelo Poder Judiciário através da propositura de ação autônoma de execução.

De acordo com o art. 13 da lei de Arbitragem, a pessoa escolhida para ser o árbitro deverá ser civilmente capaz. Além disso, o árbitro deve ser imparcial, independente, diligente, competente e discreto.

Essa última característica (discrição), pode ser um dos motivos que justifiquem a procura pela arbitragem, uma vez que um dos princípios que regem a jurisdição é o da publicidade. Em contrapartida, para empresas e pessoas físicas que queiram manter suas lides em sigilo, a utilização da arbitragem pode se revelar o meio mais indicado.

Podemos apontar como vantagens da arbitragem a prevalência da autonomia da vontade das partes, a rapidez no procedimento e julgamento da controvérsia e flexibilidade do procedimento, a possibilidade de uma maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, a discrição e possibilidade de sigilo da questão em debate (preservando-se o nome das pessoas físicas ou jurídicas que estão submetidas a arbitragem, em face da não publicidade dos atos arbitrais).

Além disso, as partes têm o poder de autorizar o árbitro a proferir a sentença arbitral com base na equidade ou qualquer outro procedimento como prazos (inclusive para a prolação da sentença arbitral) e quais tipos de provas serão admitidas. Não cabe recurso para a sentença arbitral, tampouco ação rescisória.

Em relação ao momento da arbitragem, primeiramente se estabelece a convenção entre particulares que determinam o juízo arbitral, consagrando a autonomia de vontades das partes que irão dispor sobre o terceiro (árbitro), e sobre os regimentos do próprio procedimento arbitral.

Em um segundo momento, verifica-se que é o Estado, por intermédio da lei,



que atribui poderes, garantias, e força à decisão do julgador, independentemente da vontade das partes, daí seu caráter jurisdicional.

2.4 A mediação

Podemos definir a mediação como sendo um método de solução do litígio pelas próprias partes, com o auxílio de um terceiro (mediador), visando o reestabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, mesmo que não se chegue a uma composição.

O professor Humberto Dalla, em seu artigo “O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações”, faz a seguinte citação do entendimento da autora espanhola Helena S. Muñoz(2004, p. 5).

La mediación es un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo. La esencia de la mediación que refleja esta definición es la autonomía de la voluntad de las partes: son las partes las que llegan a un acuerdo, libremente, y auxiliadas por un tercero, que, consecuentemente, há de ser imparcial. Por otra parte, esta perspectiva de la mediación se encuentra vinculada al conflicto que es objeto o puede ser objeto de un proceso.

A partir da definição acima, de forma bem simples, podemos entender que a mediação consiste em um processo envolvendo as partes litigantes e um terceiro, que, de forma passiva ou ativa⁴, presta auxílio na busca da resolução do problema, que deverá ser encontrado pelas próprias partes.

Diferentemente da conciliação, a mediação visa propiciar a resolução do próprio conflito e não encontrar apenas uma solução para o caso concreto, ou seja, para o processo singularmente considerado, como ocorre na maioria das formas de

⁴ A doutrina costuma qualificar a conciliação como “mediação ativa” e a “mediação passiva” como a mediação propriamente dita.



resolução de litígios.

Segundo o professor Humberto Dalla (2004, p. 7-8), a mediação pode ocorrer sob três formas: A primeira e mais comum, ocorre pela vontade das partes, a segunda ocorre por força de lei e a terceira por determinação judicial.

Mas o autor nos adverte no sentido de que existe a possibilidade de total obstrução da via conciliatória entre as partes, por quaisquer que sejam os motivos. Sendo assim, obrigar ou induzir as partes a fazer uso de mediação, poderia acentuar ainda mais uma animosidade entre as partes.

Nesse caso, só restam as partes a adjudicação, que consiste na substituição, por um terceiro, da vontade das partes, ou seja, sendo um juiz ou até mesmo um árbitro, a decisão do destino da relação jurídica será tomada por terceira pessoa, alheia à lide.

Como vimos, a arbitragem, que versa sobre o aspecto patrimonial e/ou direitos de cunho disponíveis, consiste na substituição da vontade das partes por um terceiro, escolhido pelas partes e impondo, dessa forma, sua decisão. Mas para que possa ser utilizada a arbitragem, é necessário a vontade das partes, seja através da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral.

Não havendo acordo em relação ao uso da arbitragem, só restam às partes recorrer ao Poder Judiciário, que até os dias de hoje é o instrumento de pacificação de conflitos mais utilizado em nosso país.

Na jurisdição, diferentemente da arbitragem, existem as características de coercibilidade e auto-executoriedade, visto que a jurisdição possui o monopólio da força, inexistente nos outros meios de resolução de conflitos.

Regra geral, a mediação é feita extrajudicialmente. Os três elementos básicos da mediação segundo Humberto Dalla (2004, p. 9), são: partes, contraposição de interesses e a figura de um terceiro imparcial (mediador).

Em relação às partes, não se faz qualquer distinção entre pessoas naturais ou jurídicas, podendo, inclusive, ser incapazes, desde que devidamente representados ou assistidos pelo responsável, conforme o caso. Humberto Dalla, inclusive, cita o



exemplo de como a mediação pode ser benéfica para os casos de conflitos juvenis, dentro ou fora das escolas..A lide, ou contraposição de interesses, também deverá estar presente, pois se as partes tivessem interesses convergentes, estaríamos falando sobre negociação e não mediação. A mediação é um instrumento de pacificação de conflitos que não pode ser confundido com acompanhamento terapêutico ou psicológico. (PINHO, 2004, p. 9). O terceiro e último elemento da mediação é a imparcialidade ou neutralidade do mediador. Dentro desse elemento encontra-se também a característica de credibilidade que o mediador deve ter em relação às partes. Se o mediador não inspirar a confiança das partes, as chances de uma mediação infrutífera serão altas. Nessa toada, a doutrina critica o uso indiscriminado da conciliação e mediação em larga escala, como se costuma apresentar nos fóruns do país. (PINHO, 2004, p. 10).

A cada nova determinação do Conselho nacional de Justiça, os diretores de fóruns organizam mais e mais mutirões de conciliação e mediação, que, na maioria das vezes, consiste na presença de estudantes de direito (muitas vezes em busca de créditos extras para complementar a carga horária do curso), que não inspiram credibilidade nas partes, tornando esses movimentos, ainda que bem intencionados, em uma verdadeira perda de tempo.

Para que haja a utilização da mediação, é necessária a anuência de ambas as partes. Pode-se elaborar um *termo de mediação*, que deverá conter a identificação e qualificação das partes, dos seus procuradores e do mediador, a descrição da lide (objeto da mediação), bem como a aceitação expressa do mediador em participar de forma neutra do deslinde da causa. (PINHO, 2004, p. 11) Nessa fase, busca-se a explicação das regras, parâmetros e limites do procedimento.

Pode estar presente no termo, regras como a obrigação de sigilo por parte do mediador, a remuneração do mediador, o local aonde ocorrerão as sessões, entre outras características que serão necessárias no caso concreto.

Após a opção das partes pelo uso da mediação, será necessária a



identificação das questões que importam às partes. Busca pela identificação das posições (manifestações externas) e interesses (manifestações intrínsecas). Podemos citar como exemplo a Técnica do *looping*, pela qual o mediador faz uma série de perguntas e, frente as respostas, recoloca a pergunta em outros termos e em outro contexto, até que a parte consiga externar seu verdadeiro propósito (busca pela verbalização do interesse).

Humberto Dalla fala sobre as possíveis *motivações ocultas*, que podem existir no plano de fundo da lide:

Permite-se ao mediador descobrir as “motivações ocultas” das partes. É razoavelmente seguro supor que as razões expressas pelas partes em disputa como estando na base da sua atitude não sejam as únicas. Deste modo, uma das tarefas do mediador será descobrir o que mais está a influenciar as suas posições respectivas, isto é, descobrir as “motivações ocultas”. As razões por que são mantidas ocultas podem facultar ao mediador a necessária informação para impulsionar as partes a ultrapassarem o que quer que seja que esteja a bloquear as negociações diretas (PINHO, 2004, p. 11).

O mediador deve possuir as seguintes características: credibilidade, confiança, paciência, controle emocional, saber lidar com diferenças, ter flexibilidade e criatividade, ter foco na questão em conflito e ter poder de comunicação e influência sobre as partes.

O mediador pode se valer tanto de sessões conjuntas ou separadas, de acordo com a necessidade do caso e da vontade das partes.

O mediador deverá a todo o momento estimular as partes para que dialoguem no sentido de encontrarem uma solução que atenda a vontade dos envolvidos, para a solução do litígio.

Após iniciadas as primeiras sessões e o *facilitador* já possuir dados suficientes para o início do trabalho no conflito, poderão ser usados exercícios de comparação, pedindo que uma parte imagine a posição da outra (desconstituição de



referencial absoluto), decomposição de questões complexas, uso de recursos audiovisuais, gravações, vídeos, e tudo aquilo que for necessário para o melhor desenvolvimento do processo de mediação.

Ultrapassada a fase de autoconhecimento, empatia e debates, será a hora da busca de soluções. O mediador poderá convidar as partes a pensarem livremente em alternativas. Temos, como exemplo, o caso da laranja, onde dois irmãos brigavam por uma única laranja, um precisava da polpa para fazer suco e o outro precisava da casca para fazer bolo. Antes mesmo de tentarem uma solução, levaram o conflito diretamente para a mãe, que imediatamente *resolveu o problema*, ao decidir que cada filho ficaria com metade da laranja. Ocorre que, ambos poderiam ter saído plenamente realizados, ainda que houvesse algum conflito anteriormente, se a laranja fosse descascada antes de se fazer o suco.

É esse tipo de decisão que a mediação busca evitar. Ainda que no caso concreto, as partes possam renunciar a algum direito em prol de um acordo, esta decisão será tomada por elas próprias, o que por si só, ainda é melhor do que a imposição da decisão de um terceiro.

Como última fase do processo de mediação, temos o acordo, que, em sede de mediação é muito mais do que um simples acordo, é a efetiva pacificação de um conflito.

A mediação pode ser utilizada no âmbito familiar, empresarial ou corporativista e na justiça reparativa, visando à aproximação entre vítima e ofensor, principalmente nos casos de atos infracionais, no âmbito escolar, prevenindo e reprimindo de uma única vez, atos de delinquência juvenil. A mediação também poderá ser utilizada no âmbito ambiental e comunitário.



CONCLUSÃO

Diante da complexidade dos arranjos sociais presentes na atualidade, podemos perceber que o Poder Judiciário não está sendo capaz de dar aos jurisdicionados a tutela que eles necessitam de forma efetiva. Não é raro nos depararmos com manifestações de indignação social apontando falhas no judiciário como morosidade e falta de qualidade da prestação jurisdicional.

É importante deixar claro que a utilização dos meios alternativos de pacificação social como a arbitragem, mediação e conciliação não tem a pretensão de substituir as atividades do Poder Judiciário, mas sim servir como coadjuvantes na luta pelo acesso à justiça.

E por *acesso à justiça* devemos entender como sendo as condições oferecidas aos jurisdicionados para que alcancem a pacificação de seus conflitos.

Há de se ressaltar, porém, que em muitos casos as partes recebem uma resposta do judiciário para um determinado processo, sendo que o cerne da questão continua a existir. Tais situações geralmente ocorrem em relações de trato continuado, como família, vizinhos e no ambiente de trabalho.

Ao longo de nossa pesquisa podemos perceber que nesses casos, uma sentença não será o bastante para solucionar todo o conflito. Melhor seria se as partes tivessem a oportunidade de trabalhar adequadamente seus conflitos, visando fulminar quaisquer resquícios de animosidade entre elas. Nesse campo, podemos perceber que a opção pelo uso da mediação seria o instrumento mais adequado.

Existirão também situações que o melhor meio utilizado será a arbitragem, por exemplo, em conflitos entre empresas, que desejam sigilo na resolução de suas lides, ou a própria conciliação, que está mais presente na realidade brasileira, onde se está diante de uma lide pontual e o acordo de vontades resolverá a lide, causando uma diminuição no volume de processos nos tribunais.

Não obstante, haverá situações onde o Poder Judiciário será o único capaz de resolver a lide, como nos casos de direitos indisponíveis e do direito penal.



Enfim, o meio mais adequado para se alcançar o *acesso à justiça* será evidenciado casuisticamente. Porém, é necessário implantar no pensamento brasileiro a cultura da pacificação, em detrimento daquela famigerada cultura do litígio que até hoje predomina na nossa realidade.

Os meios alternativos de resolução de conflitos estão à disposição dos jurisdicionados, o desafio agora é fazer com que sejam efetivamente aplicados.

ALTERNATIVE MEANS OF DISPUTE RESOLUTION AS COADJUVANT ACCESS TO JUSTICE ABSTRACT

ABSTRACT

This paper analyzes the mechanisms Alternative Dispute Resolution as supporting access to justice. The use of these alternative methods on jurisdiction can generate two consequences. The first would be a higher quality in conflict resolution, providing the parties an opportunity to speed up and participation in decision-making. The second consequence would be bottlenecking the judiciary, from the assumption that Brazilian judicial organization, even with the Constitutional Amendment No. 45 of 2004, is not yet capable enough to give citizens a quick and effective resolution of the case, so the use of the alternative pathway for resolving disputes is a medium capable of helping the parties achieve the pacification of conflicts in the best way possible, including the possibility of the participation of the parties themselves in decision making. Thus, we will study the jurisdiction and alternative means of dispute resolution, with emphasis on mediation.

KEY-WORDS: ALTERNATIVE MEANS OF CONFLICT RESOLUTION, SOCIAL PACIFICATION, MEDIATION.



REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**, 2009, disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/dpn_manualmediacaojudicialandregomma.pdf>.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem**: alguns aspectos do Processo e do Procedimento na Lei nº 9.307/96. São Paulo: LED, 2000.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: SP, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Julio Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei de Arbitragem. 3. Ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CRETELLA Jr., José. **Curso de Direito Romano**, 19. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. 9. ed. Salvador: Juspodvm, 2008.
- GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: O Processo Justo. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2012.
- HESPANHA, Antônio Manuel. Carne de uma só carne: para uma compreensão dos fundamentos histórico-antropológicos da família moderna. **Revista análise social**, vol. XXVIII (123-124), 1993 (4.º-5.º), 951-973. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223293699K2wUQ7iq8Pw47EV0.pdf>. Acesso em: 05 de junho de 2012.



KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMES, Selma M. Ferreira. **Arbitragem**: princípios jurídicos fundamentais. Disponível em: <<http://www.selmalemes.com.br/artigos>>. Acesso em: 24 de maio de 2012.

MARASCA, Elisângela. Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania, **Revista Direito em Debate**. Ano XV, nº 27, 28, jan– jun/ jul–dez 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Três modelos de Juiz. In: **DOXA**, nº 14, 1993. Disponível em: <<http://www.cervantes virtual.com>>. Acesso em 5 de abril de 2012.

PANHOCA, Heraldo. In Brasil. Ministério do Esporte. **Código brasileiro de justiça desportiva**: comentários e legislação. Brasília: Assessoria de Comunicação Social.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O Juiz “Hermes” e a Nova Dimensão da Função Jurisdicional. Disponível em: <<http://www.humbertodalla.pro.br>>. Acesso em 7 de abril de 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro, **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 4. Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 7 de abril de 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v.75, p.107-113, 2009. Disponível em: <<http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/stream/handle/1939/6566>>. Acesso em 18 de abril de 2012.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os princípios fundamentais da arbitragem. **Universitas**. Jus, n.3, p. 49-70, jan./jun., 1999. Disponível em:<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32678>>. Acesso em: 24 de maio de 2012.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do Direito, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual civil**. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.



VAN CAENEGEM, R. C. **Uma introdução histórica ao direito privado.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.