



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GABRIEL ANTONIO BERMEJO

**MEIOS HETERODOXOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS
JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS**

**Assis/SP
2020**



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

GABRIEL ANTONIO BERMEJO

**MEIOS HETERODOXOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS
JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando: Gabriel Antonio Bermejo
Orientador: Prof. Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

Assis/SP
2020

FICHA CATALOGRÁFICA

B516m BERMEJO, Gabriel Antonio
Meios heterodoxos para solução de conflitos judiciais e extrajudiciais / Gabriel Antonio Bermejo. – Assis, 2020.

33p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Me. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

1.Conciliação 2.Mediação 3.Arbitragem

CDD341.4625

MEIOS HETERODOXOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS

GABRIEL ANTONIO BERMEJO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti

Examinadora: Ma. Gisele Spera Máximo

Dedico este trabalho aos meus pais, a quem agradeço as bases que deram para me tornar a pessoa que me tornei e graças ao seu esforço, hoje posso concluir o meu curso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus pela minha vida, minha saúde, e também de minha família, namorada e amigos que sempre me apoiam em meus desafios diários e que muito contribuíram para a realização deste trabalho, sempre me incentivando e compreendendo a minha ausência enquanto eu me dedicava à realização deste trabalho.

Agradeço também à Fundação Educacional do Município de Assis, por me proporcionar todos esses anos de estudos, e aos meus professores, os quais, sem seus preciosos ensinamentos, não chegaria a lugar algum.

Aos meus colegas de curso, com quem convivi intensamente durante os últimos anos, pelo companheirismo e pela troca de experiências que me permitiram crescer não só como pessoa, mas também como formando.

Por fim, em especial agradeço ao Prof. Ms. Luiz Antonio Ramalho Zanoti, por ter sido meu orientador neste trabalho, desempenhando sua função com tamanha maestria, dedicação, atenção, paciência e amizade.

*“Não pode haver senão vantagem num acordo e
prejuízo num conflito.”*

André Gide

RESUMO

O presente trabalho visa conceituar e analisar meios alternativos de solução de conflitos que garantem e efetivam o acesso à justiça aos cidadãos. O trabalho busca mostrar como esses modelos são aplicados e seus benefícios, bem como a função do profissional que atua no meio, podendo ser o conciliador, o mediador ou o árbitro. Evidenciando os benefícios às partes que preferem utilizar da autocomposição para resolver o litígio ao invés de levar a causa ao Poder Judiciário, que por sua vez, está cheio de outros problemas.

Palavras-chave: Acesso à Justiça, conciliação, mediação, arbitragem, autocomposição, solução de conflitos.

ABSTRACT

This thesis aims to conceptualize and analyze alternative ways of conflict resolution to ensure and actualize access to justice to citizens. This paper seeks to show how these models are applied and its benefits, as well as the role of the professional who works on it, which can be the conciliator, the mediator or the arbitrator. It shows the benefits to the parties who prefer to use self-composition to resolve the litigation instead of taking the case to the judicial branch, which in turn is full of other problems.

Keywords: Conciliation, mediation, arbitration, self-composition, conflict resolution.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| CAPÍTULO 1 - ACESSO À JUSTIÇA | 12 |
| 1.1. OBSTÁCULOS | 12 |
| 1.1.1. Custas Judiciais e Honorários Advocatícios | 13 |
| 1.1.2. Possibilidade das Partes | 13 |
| 1.2. POSSÍVEIS SOLUÇÕES | 14 |
| CAPÍTULO 2 - MEIOS ALTERNATIVOS PARA A OBTENÇÃO DA JUSTIÇA | 16 |
| 2.1. CONCILIAÇÃO | 16 |
| 2.1.1. Conciliação: Natureza Jurídica | 18 |
| 2.1.2. O Conciliador | 18 |
| 2.2. MEDIAÇÃO | 20 |
| 2.2.1. Mediação: Natureza Jurídica | 22 |
| 2.2.2. O Mediador | 22 |
| CAPÍTULO 3 - DA ARBITRAGEM | 24 |
| 3.1. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM | 25 |
| 3.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL | 28 |
| CONCLUSÃO | 30 |
| REFERÊNCIAS | 31 |

INTRODUÇÃO

É fato que, desde sempre, houve discordâncias acerca de determinado assunto. Hoje não é diferente, pelo contrário, a cada dia cresce a estatística de relações conflituosas entre pessoas que consideram outras ideias incompatíveis ou meramente controversas. Talvez isso pode ser decorrência da instabilidade social que percorre a nossa sociedade. Tais conflitos devem ser solucionados de maneira mais breve e benéfica para ambos, evitando o desgaste emocional que pode ser causado, ou até mesmo, que seja feita a justiça com as próprias mãos.

Este estudo, propõe expor os métodos heterodoxos de resolução de conflito, Conciliação, Mediação e Arbitragem. Tais métodos que são importantíssimos para que a justiça seja alcançada de forma mais simples, sem que seja necessária uma disputa judicial. São métodos bastante eficazes, que levam o diálogo como o fio condutor dos debates entre as partes, de modo que, através dele, seja obtida uma solução benéfica para ambos.

O trabalho evidencia também o princípio do acesso à justiça, elucidado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, no que diz respeito à gratuidade da justiça, visto que este é outro benefício decorrente dos métodos alternativos de obtenção de justiça no Brasil.

O grande objetivo, portanto, é esmiuçar cada detalhe e entender como os métodos são aplicados, por que são utilizados, por quem são aplicados, se o aplicador necessita de alguma formação específica, se o aplicador irá julgar o litígio das partes, quais os benefícios de se recorrer a tais métodos e quais serão os efeitos para as partes.

CAPÍTULO 1 - ACESSO À JUSTIÇA

Desde os primórdios da humanidade é reconhecido que é natureza do ser humano viver em sociedade, o que faz surgir diversos conflitos de interesses em decorrência disso. Segundo Hodgson, para que haja conflito basta a existência de grupos. A simples existência de diferentes grupos já cria um potencial latente de conflitos. Handy (1983, apud Hodgson, 1996, p. 207). Diante desta existência de conflitos, foi necessário buscar formas com que fossem solucionados. Cria-se então, a partir do conjunto dos indivíduos em sociedade, a figura do Estado, este que exerce a sua função jurisdicional através de princípios e regras na resolução de conflitos em seu sistema judiciário.

Preliminarmente, devemos ressaltar o direito de todo e qualquer cidadão exposto na Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Neste breve artigo, consagra-se que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito a todos os brasileiros que são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza: Art. 5º, inc. XXXV, CF/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Ainda neste tema, entende-se seu conceito pelo jurista-processualista italiano CAPPELLETTI e GARTH:

A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 3).

1.1. OBSTÁCULOS

É de extrema observância quando Cappelletti e Garth enfatizam que o Acesso à Justiça deve ser realmente acessível a todos, pois quando o assunto é Acesso à Justiça e apresentam os obstáculos que, se não impedem, acabam dificultando que as pessoas busquem garantia pelos seus direitos.

Reconhece-se de fato que esse direito pleno é de suma importância para a obtenção da justiça a aqueles que foram de certa ou qualquer forma lesados por algum injusto motivo. A dificuldade começa no momento em que trazemos os olhares à realidade, e assim, observando alguns obstáculos deste direito que impeçam que ele seja, de fato, exercido.

1.1.1. Custas Judiciais e Honorários Advocatícios

Em se tratando da existência de custas judiciais, nos deparamos já com um dos fatores que mais distancia a obtenção da justiça das camadas sociais mais baixas da sociedade. E além destas custas, é possível que se precise de um determinado profissional para se ingressar em juízo, como por exemplo na condição de contador, engenheiro, ou médico, em mais diversas áreas que sejam devidamente capacitados para que cada um dê seu laudo em sua respectiva área quando requisitado.

Ainda neste mister, ainda há os Honorários Advocatícios em que são arbitrados pelo Juiz através de uma tabela de valor mínimo fixo e/ou percentual em que a Ordem dos Advogados do Brasil indica.

Com todas estas as custas judiciais, custas para determinadas demandas, e honorários advocatícios, amplia-se assim em muito o custo total da lide em que as partes terão de arcar.

1.1.2. Possibilidade das Partes

Este assunto refere-se na possibilidade ou não das partes em adentrar ao judiciário, dizendo a respeito ao aspecto sociocultural da população. Assim, CAPPELLETTI e GARTH relatam em seu livro:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem além disso, suportar as delongas do litígio. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 8).

É também relevante ressaltar que, além desta financeira, há também capacidade intelectual e jurídica em que no todo, a falta de recursos e conhecimento básico de seus direitos façam que os obstáculos à obtenção da justiça sejam intensificados, juntamente com a morosidade do sistema judiciário brasileiro, tornando assim o Acesso à Justiça, direito previsto na Constituição, um verdadeiro problema a ser solucionado.

1.2. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

De acordo com Mauro Cappelletti e Bryan Garth, os problemas que obscurem o Acesso à Justiça podem ser solucionados por meio do movimento renovatório que se divide em três ondas.

A primeira onda trata da Assistência Judiciária para os Pobres, que busca facilitar o acesso à Justiça às classes menos favorecidas que precisem de um advogado, que serão remunerados pelos cofres públicos, a fim de efetivar o Acesso à Justiça aos que não tem condições financeiras de arcar com devidos custos.

A segunda onda trata Representação dos Interesses Difusos, em que permitiu a mudança de postura do processo civil, de uma visão individualista para uma social e coletiva, assim uma decisão pode e deve afetar a todos os membros do grupo que

teve um certo direito violado, ainda que cada um individualmente não participe do processo, basta que haja um representante para agir em benefício da coletividade.

A terceira e última onda é denominada como “o enfoque do acesso à Justiça”, e é tratada como uma série de possibilidades de melhorar o acesso.

Segundo CAPPELLETTI e GARTH:

Esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 26).

Assim destacando o caso dos Juizados Especiais que não são criados apenas para desafogar o judiciário, mas também para abrir as portas para o acesso à justiça nos casos de menor complexidade. A terceira onda busca ao movimento de acesso à justiça novas alternativas para resolução de conflitos que não são restritas ao ordenamento processual.

CAPÍTULO 2 - MEIOS ALTERNATIVOS PARA A OBTENÇÃO DA JUSTIÇA

Como ressalvado nesta breve monografia, o Acesso à Justiça é de suma importância para que as pessoas busquem a resolução mais rápida e eficaz de seus conflitos, juntamente com as garantias de seus direitos.

Entretanto, os processualistas passaram a procurar outras alternativas mais adequadas para resolução de conflitos pelo grande número de demandas judiciais, como a conciliação, a mediação e outros.

Assim, diante de tantos obstáculos à justiça, essas alternativas para resolução de conflitos, buscam encurtar ou até acabar com o processo litigioso.

2.1. CONCILIAÇÃO

“Conciliação”, palavra derivada do latim *conciliatione*, significa ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação. (SANTOS, 2001, p.167)

A conciliação é um procedimento alternativo de resolução de conflito, por meio do qual, um terceiro, neutro e imparcial chamado “conciliador” tem a oportunidade de formar um acordo entre as partes. É uma forma autocompositiva, que permite pôr um ponto final à disputa por meio da própria deliberação dos litigantes.

Tal forma de resolução de conflito é considerada mais rápida, econômica e eficaz. Assim, quando ambas as partes entram em acordo para colocar fim no processo litigioso, ambas consentem nos seus sacrifícios, mediante um ajuste de vontades. Como declara NASCIMENTO sobre harmonização do instituto autocomposição com a conciliação:

É a técnica segundo a qual o conflito é solucionado por ato das próprias partes, sem emprego de violência, mediante ajuste de vontades. Na autocomposição, um dos litigantes ou ambos consentem no sacrifício do próprio interesse, daí a sua classificação em unilateral e bilateral. A renúncia é um exemplo da primeira e a transação da segunda. Pode dar-se à margem do processo, sendo, nesse caso, extraprocessual, ou no próprio processo, caso em que será intraprocessual, como a conciliação. É uma técnica superior à autodefesa porque resulta da harmonização a que chegam os próprios interessados (NASCIMENTO, 1980, p.55)

E ainda CAPPELLETTI e GARTH:

[...] a conciliação — ao contrário do processo judicial, que geralmente declara uma parte “vencedora” e a outra “vencida” — ofereça a possibilidade de que as causas mais profundas de um litígio sejam examinadas e restaurado um relacionamento complexo e prolongado. (CAPPELLETTI E GARTH, 1988, p. 31).

Importante salientar que esta forma de solução dos dissídios jurídicos, acaba por trazer harmonia às partes, por resolver diretamente entre elas, através de um acordo, já na parte inicial do processo, caso este já esteja em trâmite.

A conciliação está mencionada em diversos artigos no Código de Processo Civil, integrando assim, este tipo de autocomposição em nosso ordenamento jurídico. Vejamos:

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

§ 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. (CPC/2015)

2.1.1. Conciliação: Natureza Jurídica

Sobre a natureza jurídica da conciliação, SANTOS cita BATALHA em sua obra, *ipsis verbis*:

A conciliação constitui negócio jurídico, com efeitos substanciais entre as partes e efeitos processuais entre as partes e o órgão judicante. Constituindo negócio jurídico, aplicam-se-lhe os princípios que regem os contratos e, assumindo efeitos processuais, aplicam-se-lhe os princípios pertinentes à coisa julgada.

A conciliação pode assumir o aspecto de transação ou de reconhecimento do direito invocado pela parte ou, ainda, de reconhecimento da não-existência desse direito. Nas palavras de Ugo Rocco, normalmente a conciliação ocorre “aliquo dato aliquo retento”, ou seja, com recíprocas concessões: entretanto, pode ocorrer que a conciliação não se revista do aspecto típico da transação, mas como um reconhecimento, total ou parcial, da existência do direito invocado pelo autor, do próprio direito. Em tal caso, antes que de uma transação, se poderá falar de um reconhecimento do direito, ou de um reconhecimento da inexistência do próprio direito.

Como fenômeno processual, a conciliação extingue o processo e constitui, uma vez homologada, título executório. Sobre o tema: Ugo Rocco, op. Cit., II, pp. 65 e segs.; Gian Antonio Micheli, op. Cit., I, pp. 98 e segs.: II, pp. 60 e segs.; Lino E. Palacio, op. Cit., II, pp.50 e segs.

Assim, os efeitos que se operam nos atos realizados perante o órgão conciliatório são análogos aos realizados perante o órgão judicante, quanto à conciliação. Por isso precisam ser concretizados com clareza.

2.1.2. O Conciliador

De acordo com a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o conciliador atua de forma voluntária para facilitar o acordo entre as partes e deve ser uma pessoa tecnicamente capacitada, nos moldes de tal ato. Trata-se, pois, de

uma peça fundamental para a realização e eficácia do método de conciliação. Ademais, o Conciliador ficará sujeito ao Código de Ética estabelecido pelo Conselho.

Neste paradigma, é correto afirmar que o papel do conciliador é obter a resolução efetiva dos conflitos, orientando as partes sobre os benefícios de um acordo. Importante a lembrança de que a pessoa que está atuando nesta qualidade deverá seguir suas atribuições, sempre de modo imparcial e justo, sem buscar vantagem para nenhum dos lados.

Todavia, não é permitido ao conciliador interferir no resultado, nem manifestar opinião pessoal sobre o resultado do acordo. Além disso, ele não poderá responder os questionamentos de nenhuma das partes.

As ações deste profissional, portanto, deverão ser no sentido de facilitar e estimular a solucionar o litígio, sempre adotando uma linguagem clara, positiva e neutra. As diferenças entre as partes devem ser respeitadas. O objetivo é que, através do estímulo dado pelo conciliador, as partes consigam se comunicar e dialogar e, a partir desta conversa, chegar a um acordo justo para ambas.

O conciliador deve praticar algumas condutas que foram estabelecidas pelo Tribunal de Justiça e estão descritas no Material de Apoio aos Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo.

CABE AO CONCILIADOR: a) estabelecer confiança (aceitação do Conciliador pelas partes); b) escutar ativamente, deixando as pessoas falarem, sem interrompê-las (“ESCUTAR PARA OUVIR, NÃO PARA RESPONDER”); c) reconhecer sentimentos ou interesses ocultos; d) fazer perguntas abertas; ser isento de julgamento e avaliações (neutralidade); e) saber separar as pessoas dos problemas; f) criar padrões objetivos; g) buscar nas partes a autonomia da vontade; h) confidencializar a audiência (sigilo); i) pacificar a lide sociológica (somente a resolução integral do conflito conduz à pacificação social); j) educar as partes para que elas próprias resolvam os conflitos (empoderamento); e, por fim, k) quebrar a polarização e humanizar o relacionamento.

O documento ainda expõe algumas características que um conciliador deve possuir:

CARACTERÍSTICAS DE UM BOM CONCILIADOR: a) capacidade de aplicar diferentes técnicas autocompositivas de acordo com a necessidade de cada disputa; b) capacidade de escutar a exposição de uma pessoa com atenção, valendo-se de técnicas apropriadas para cada caso; c) capacidade de inspirar respeito e confiança; d) capacidade de estar confortável em situações em que os ânimos estejam acirrados; e) a paciência; f) capacidade de afastar seus preconceitos por ocasião da conciliação; g) a imparcialidade; h) possuir empatia, isto é, ser capaz de se colocar no lugar do outro, sem, contudo, tomar partido; i) gentileza e respeito no trato com as partes; e j) gostar de conciliar.

O próprio Manual explica que, para se tornar um bom profissional deve-se praticar muito, visto que, só aprende conciliação quando se pratica. Desta forma, pode-se dizer que um bom conciliador é mestre na arte de conduzir e oportunizar às partes um diálogo pacífico e saudável. Seu grande objetivo é obter a justiça e paz social, o que configura em um absoluto exercício da cidadania, bem como uma clara demonstração do que é o acesso à justiça.

2.2. MEDIAÇÃO

O termo mediação é originário do latim *mediare* e significa intervir, mediar. Assim como a Conciliação, trata-se de um método alternativo de resolução de conflitos, onde uma pessoa encarregada, que é chamada de “mediador”, atuará de forma imparcial, neutra e sem interesses, de modo que facilite a comunicação entre as partes, também com o objetivo de viabilizar a autocomposição. De acordo com CAHALI (*apud* 2014, pg. 71), a mediação é definida como:

O mediador é um facilitador; um coordenador dos trabalhos, instigando as partes a desenvolver a dialética e comunicação, permitindo falar sobre aquilo que não vinha sendo dito, e fornecendo-lhes elementos para reconhecer valores relevantes à análise da relação. Como terceiro imparcial, não sugere, pela corrente da mediação passiva, a tomada de decisões, ainda que tenha a percepção da melhor solução ao conflito. Neste processo, o

mediador deve ter sensibilidade para identificar a origem real do conflito e capacidade para levar as partes a esta percepção, para que o novo olhar facilite a compreensão da controvérsia, e assim contribua para a escolha de soluções, ou, ao menos, para mudança de comportamento.

Além disso, CAHALI (*apud*, 2014 pg. 80) diz que um exemplo de aplicação do método da mediação está no Direito de Família, justamente quando houver vínculo anterior entre as partes do conflito. Lembra-se que a figura do mediador não pode emitir qualquer opinião, solução ou alternativa para o conflito, limitando-se à função de conduzir as partes à uma plena compreensão do assunto e dos interesses, para que elas possam se comunicar e, de maneira ativa, encontrar as soluções que vão de encontro com os interesses de ambas. O mediador deve ser claro, paciente, simples e eficaz na hora de esclarecer os pontos, para isso ele utilizará de técnicas apropriadas.

Para CABRAL (2017, p. 369), a mediação é pautada nos princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia de vontade das partes, busca pelo consenso, confidencialidade e boa fé.

Pode-se dizer que o objetivo da mediação é, portanto, aproximar as partes interessadas, de forma que sejam induzidas à um diálogo pacífico e cheguem à uma solução que seja boa para ambas. Difere-se da conciliação, pois é um método mais específico e mais complexo, visto que trata de assuntos mais delicados.

Neste prisma, CARVALHO explica:

Quando se pensa em mediação como um ofício poético, como a arte que nos permite exprimir o que está dentro de nós, aliado ao método de resolução de conflitos, vem à mente a questão que permeia todas as relações, a rede dialógica, que pode ser empregada em qualquer conversação, como ferramenta comunicacional para uma superação construtiva dos problemas. (CARVALHO, 2018, p. 103).

A mesma autora ainda completa:

A mediação se expande no mundo e no Brasil, tendo como principais objetivos o equilíbrio da comunicação, a harmonia e a pacificação social. Por excelência, é um método adequado de gerenciamento de conflitos, normalmente indicado quando as pessoas não estão conseguindo administrar seus problemas, sentindo-se angustiadas, presas nas redes relacionais, que são propensas a divergências e, consciente ou inconscientemente, buscando soluções mais eficazes, rápidas e adequadas a suas necessidades subjetivas e objetivas. (CARVALHO, 2018, p. 106)

Além do mais, em caso de acordo entre as partes, a mediação oportuniza a isenção das custas, além de evitar a lide processual, o que traria um grande desgaste emocional às partes.

2.2.1. Mediação: Natureza Jurídica

Para BRAGA NETO (*apud* 1999, p.26) a natureza jurídica da mediação é contratual, visto que um terceiro é contratado, a partir da vontade das partes, com o objetivo de possibilitar a solução do conflito. Desta forma, como contrato, pode ser caracterizado como plurilateral devido ao fato de haver duas ou mais pessoas além do mediador. Também é consensual, visto que demanda de um entendimento entre as partes. É informal e onerosa.

2.2.2. O Mediador

Trata-se de um terceiro que deve ser imparcial. O mesmo utiliza de técnicas específicas para auxiliar e estimular o diálogo entre as partes. Tem por objetivo

esclarecer tudo acerca do conflito, dando-lhe uma interpretação, de forma que possibilite uma solução que seja benéfica para ambos os interessados.

O mediador deverá ajudar a identificar os interesses das partes, induzindo-as a explicarem seus pontos de vista e suas divergências sobre o assunto discutido, de modo que as façam pensar e refletir sobre esses problemas, assegurando-as a confiança. A partir da atuação do mediador, as próprias partes serão capazes de encontrar a solução para o conflito.

Tal profissional deve possuir características ímpares, como a persistência, a perseverança, controle emocional, ser um bom ouvinte, ser confidente, ser responsável e ser autêntico. Todas essas características, serão impostas pelo mediador a fim de que seja obtida a igualdade de tratamento e o equilíbrio, de forma que prevaleça a justiça.

Neste paradigma, WARAT nos ensina que:

O grande segredo, da mediação, como todo segredo, é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem. Os sentimentos sentem-se em silêncio, nos corpos vazios de pensamentos. As pessoas, em geral, fogem do silêncio. Escondem-se no escândalo das palavras. Teatralizam os sentimentos, para não senti-los. O sentimento sentido é sempre aristocrático, precisa da elegância do silêncio. As coisas simples e vitais como o amor entendem-se pelo silêncio que as expressam. A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmos liberdade. Essa é a meta mediação. (WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. 424p., p.26.)

CAPÍTULO 3 - DA ARBITRAGEM

Além da Conciliação e da Mediação, existe um terceiro meio alternativo para que se chegue à um resultado justo para a solução do litígio. Este meio é a Arbitragem. No entanto, esta difere das duas anteriores.

Nos métodos alternativos acima, tanto o conciliador, quando o mediador, atuam de forma neutra, apenas incentivando o diálogo entre as partes, buscando as induzir a chegarem em uma solução justa para ambas. Já na arbitragem, o sistema é diferente, pois, neste caso, as partes escolherão um terceiro imparcial que julgará o litígio, entretanto, sem a necessidade de um processo jurisdicional, desta forma, ocorrerá de forma simplificada e sem grandes formalidades.

No mesmo sentido, ALVIM ensina:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada (ALVIM, 2005, p.14)

Para CARMONA:

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distância da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às patês pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). (CARMONA, 2004, p.51-52.)

CAVALCANTI (2014), citando ALVIM, leciona:

A arbitragem pode ser definida como “a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”. Com algumas variações esse conceito de arbitragem é adotado pela doutrina especializada. (p.35)

3.1. NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Para CAVALCANTI (2014), existe uma discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem, visto que o tema não é pacífico na doutrina. Desta forma, questiona-se se a arbitragem possui natureza privatista, contratual ou jurisdicional, ou até natureza mista ou intermediária.

Acontece que tal instituto possui características peculiares.

Uma delas é que a arbitragem é decorrente única e exclusiva da vontade das partes. Desta forma, um conflito somente irá ser sujeita à arbitragem se acontecer uma manifestação das partes para isso. Assim, é observado o princípio da autonomia da vontade, característica privativista. Sobre a manifestação da vontade nos negócios jurídicos, afirma PEREIRA:

Detendo-nos um instante mais sobre o elemento vontade frisamos que o princípio pelo qual se lhe reconhece o poder criador de efeitos jurídicos denomina-se autonomia da vontade, que se enuncia por dizer que o indivíduo é livre de, pela declaração da sua própria vontade, em conformidade com a lei, criar direitos e contrais obrigações (PEREIRA, 2005, p.478/479.)

A natureza jurisdicional é defendida, sob o argumento que a partir do momento em que a arbitragem declara o direito aplicável ao caso concreto, não existe mais a possibilidade de não reconhecer sua jurisdicionalidade. Neste sentido, CARMONA afirma que:

O art.32 [da Lei 9.307/96] afirma que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese jurisdicional da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fator e emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver a atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal idéia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde¹⁹: 'A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juizes. (CARMONA, 2004, p.45.)

E de forma diferente, quem defende a corrente da natureza contratual ou privatista, alega que a arbitragem possui a natureza contratual, visto que as partes, a partir da autonomia da vontade, chegam à um acordo, visando seus direitos, de modo que tal seja julgado por juízo próprio, diferente da jurisdição do Estado.

A natureza intermediária, que reconhece o caráter privado, apesar de também considerar o caráter público da arbitragem, no respectivo prisma, discorre CÂMARA:

Parece-me que as duas posições são criticáveis. Em primeiro lugar, deve-se afirmar, a meu juízo, a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. De outro lado, parece inegável que a arbitragem, se inicia por ato de direito privado, qual seja, a convenção de arbitragem, que será estudada mais adiante. Não se pode, porém, confundir a convenção de arbitragem, ato que institui o procedimento arbitral, com arbitragem em si. É a natureza desta, e não daquele, que se busca, e tal natureza é, a meu juízo, a de função pública. Pública, mas não estatal, e – por conseguinte – não se poderia considerar que tal função é jurisdicional. Pensar de outra forma, a meu ver, seria infringir o monopólio estatal da jurisdição, o que não me parece possível. Relembre-se agora o que já disse anteriormente: o Estado não possui o monopólio da Justiça, mas possui o da Jurisdição. É preciso, ainda, afirmar minha convicção no sentido de que a

arbitragem é verdadeiro processo. Esta afirmação deve ser explicada com cuidado, para que não seja mal compreendida. Encontra-se superado pela melhor doutrina processual o velho preconceito de afirmar que só existe processo jurisdicional. Mas modernamente, encontra-se em doutrina a afirmação de que deve-se considerar processo todo procedimento realizado em contraditório. Explique-se: há no direito uma série de procedimentos, entendidos estes como seqüências ordenadas de atos destinados à elaboração de um provimento. Toda vez que um procedimento se realiza em contraditório, isto é, toda vez que na seqüência de atos que compõe o procedimento se tem assegurada a participação (ao menos potencial) dos interessados no provimento (assim entendidos todos aqueles que serão alcançados pelos efeitos de tal provimento), ter-se-á um processo. Assim sendo, pode-se falar em processo administrativo, em processo legislativo e, até mesmo, em processo arbitral, ao lado do tradicionalmente reconhecido processo jurisdicional. Este se distingue dos demais processos por ter como elemento intrínseco uma relação processual que se estabelece entre Estado-Juiz, autor e réu (além de alguns outros sujeitos que podem se incorporar a tal relação, como o assistente). O processo jurisdicional, portanto, é processo como os outros (o administrativos, por exemplo), por ser um procedimento realizado em contraditório, mas se distingue dos demais por ter intrínseca uma relação jurídica diferente das que se apresentam nos demais tipos de processo. Pode-se, assim, afirmar que o procedimento em contraditório é um 'módulo processual', cuja presença é capaz de atribuir a determinado instituto a natureza de processo, mas para que tal processo seja jurisdicional é necessário que, além deste 'módulo processual', forme-se a relação jurídica processual entre as partes e o Estado. No processo arbitral, além do procedimento em contraditório, instaura-se uma relação processual entre as partes e o árbitro (ou Tribunal Arbitral). Esta relação processual é diferente da que se estabelece no processo jurisdicional na medida em que o árbitro, por não ter poder de império, não se põe acima das partes (embora, assim como o Estado-juiz, delas seja eqüidistante). Assim sendo, processo arbitral e processo jurisdicional se distinguem intrinsecamente, uma vez que possuem distintas ARBITRAGEM FGV DIREITO RIO 39 relações processuais, ainda que ambos possam ser muito semelhantes (e até mesmo iguais) do ponto de vista extrínseco (ou seja, do ponto de vista do procedimento, que se realiza obrigatoriamente em contraditório). Sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o 'módulo processual', devendo-se considerar, pois, que a arbitragem é um processo. Não, porém, um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social. Com isto, coloco-me numa posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado (CÂMARA, 2005, p. 12-15)

Percebe-se, portanto, que ainda não existe solução pacífica sobre a natureza jurídica da arbitragem, porém, nota-se que a maioria da doutrina entende que se destaca a natureza jurisdicional da arbitragem. Embora tal discussão não permita o

avanço do uso da arbitragem, como meio alternativo de resolução de conflitos, o instituto ainda é de grande importância e relevância.

3.2. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

A lei que regula a arbitragem é a 9.307/96, nela estão descritas todas as características, formalidades e o procedimento que deve ser adotado em cada caso. Sabe-se que a convenção de arbitragem, abrange os instrumentos da cláusula compromissória e o do compromisso arbitral.

O procedimento adotado irá depender dos instrumentos cujo as partes escolherem, sendo eles a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Esses dois instrumentos são as maneiras com que as partes podem se sujeitar à arbitragem.

O artigo 3º da Lei 9.307/96 abrange as diferentes formas de submissão à convenção de arbitragem: Art. 3º - As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. (BRASIL, 1996)

ALVIM conceitua a convenção de arbitragem como: “A convenção de arbitragem é a expressão da vontade das partes interessadas, manifestadas numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios.” (2000, p. 207)

Observa-se, a partir do conceito supra, os dois tipos de instrumentos que são abrangidos pela convenção de arbitragem.

Neste contexto, CAVALCANTI afirma que:

É possível que as partes incluam desde logo, em um determinado contrato, uma cláusula pela qual concordam que qualquer litígio futuro e, portanto, incerto oriundo daquele acordo será submetido à arbitragem: a esse instrumento dá-se o nome de cláusula compromissória; de outra maneira, é

possível que, após surgido o litígio, as partes concordem em submetê-lo à arbitragem, neste caso, o litígio já é concreto e atual, podendo constar no próprio termo o objeto da arbitragem: denomina-se este termo de compromisso arbitral (CAVALCANTI, 2014.)

Desta maneira, a Lei de Arbitragem explicita a definição dos respectivos instrumentos: “Art. 4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.” “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”.

CONCLUSÃO

O Brasil é um país onde grande parte das pessoas procuram o judiciário para resolver seus problemas. Assim, o sistema fica sobrecarregado e, conseqüentemente, gera demora na conclusão do processo. Este presente trabalho procurou mostrar e aprofundar o estudo sobre os métodos alternativos de resolução de conflitos.

Através da conciliação e da mediação, percebe-se que, às vezes, não é necessário um processo judicial para resolver o conflito. As próprias partes podem chegar à uma conclusão que seja justa para ambas. Ademais, tais métodos evitam que as partes gastem dinheiro com o processo judicial. Tudo isso através de um terceiro que atua na missão de promover o diálogo que falta entre elas. Profissional este, que está se tornando cada vez mais importante para a efetivação dos métodos.

Já na arbitragem, conclui-se que, mesmo que o problema não possa ser resolvido no diálogo, ainda assim pode-se optar pela via extrajudicial. A figura do árbitro, que é contratada pelas partes, após analisar tudo sobre determinado conflito, irá decidir, como fosse um juiz tradicional, entretanto, sem a demora da instrução processual.

Desta forma, chega-se à conclusão de que tais métodos são extremamente benéficos, tanto para as partes que desejam uma conclusão rápida de seus problemas e pela gratuidade da justiça, no caso da mediação e da conciliação, quanto para o sistema judiciário que, atualmente, se encontra sobrecarregado.

São alternativas que já estão sendo utilizadas com sucesso no Brasil e tendem a prosperar cada vez mais, com o passar do tempo, visto que são maneiras simples, rápidas e eficazes de chegar em uma solução justa.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vera. **Mediação e Conciliação – teoria e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamento, 2005

ANDRADE, Carlos Augusto Medeiros de. Acesso à Justiça no Brasil: **Obstáculos e Instrumentos Garantidores**. THEMIS - Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**, v.1. Rio de Janeiro: Revista FONAMEC, 2017.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Arbitragem – Lei nº9.307/96**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2004

CARVALHO, Patrícia. **Mediação e Conciliação – teoria e prática**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAVALCANTI, Fabio Robalinho. **ARBITRAGEM** - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

HANDY, C. **Understanding organisations**. New York: Penguin Books, 1983.

MATERIAL DE APOIO. Conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis do Estado de São Paulo. Secretaria da Primeira Instância. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **CURSO DE DIREITO DO TRABALHO**. – São Paulo : Saraiva, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Altamiro J. dos. **Comissão de Conciliação Prévia: Conviviologia Jurídica e Harmonia Social**. LTR . 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.