

MECANISMOS NÃO-ADVERSARIAIS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS COMO VETORES DE ACESSO À JUSTIÇA: A ARBITRAGEM, A NEGOCIAÇÃO, A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO

Deise Josene Stein¹

Eline Camargo²

Isabel Maciel Mousquer Ribeiro³

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo investigar os mecanismos não adversariais de resolução de conflitos: a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação, enquanto métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, visando ampliar o acesso à justiça se comparado às ações judiciais. Objetiva-se pesquisar tais institutos, sua efetividade, o conflito e suas formas alternativas de solução, os procedimentos e demonstrar sua aplicabilidade. O estudo tem relevância no mundo acadêmico e social, pois nosso país possui uma legislação específica a respeito da arbitragem e o novo Código de Processo Civil (CPC), já sancionado, possui um capítulo próprio sobre o tema. Busca-se apresentar um novo paradigma de tratamento de conflitos fazendo-se uso da autocomposição conforme a proposta de Luis Alberto Warat, como um instrumento transformador das relações sociais, facilitador do surgimento de novos espaços democráticos de reafirmação de uma cidadania ativa; e, elaborador de um direito emancipatório possibilitando uma plena democratização do acesso à justiça. Concluiu-se que os acordos obtidos por intermédio desses métodos alternativos de resolução de conflitos ocorrem devido à informalidade com a qual a(s) audiências (sessões) são conduzidas e a extrajudicialidade do processo e suas técnicas.

Palavras-Chave: conflito, arbitragem, negociação, conciliação e mediação.

Abstract: This study aims to investigate the non-adversarial mechanisms for conflict resolution: arbitration, negotiation, conciliation and mediation, while autocompositivos methods of dealing with conflict, aiming to expand access to justice compared to lawsuits. The objective is to search for such institutes, their effectiveness, conflict and their alternative forms of solution, procedures and demonstrate its applicability. The study has relevance in the academic and social world, because our country has specific legislation regarding arbitration and the new Civil Procedure Code (CPC), already sanctioned, has a separate chapter on the subject. The aim is to present a new treatment paradigm of conflict by making use of autocomposição as proposed by Luis Alberto Warat as an instrument for

¹ Graduada em Psicologia pela da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Frederico Westphalen. Especialista em Gestão de Pessoas – *Latu Sensus* – pela Universidade do Norte do Estado de Santa Catarina – UNOESC – Campus de São Miguel do Oeste. Mestrando da Programa de Mestrado em Letras – Literatura Comparada da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Frederico Westphalen. Professora dos cursos de Direito, Pedagogia e Ciências Contábeis da FAI – Faculdade de Itapiranga. Atua como mediadora no Centro de Soluções de Conflitos – CSC junto ao Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FAI – Faculdades de Itapiranga. E-mail: deise.stein@seifai.edu.br

² Graduada em Serviço Social pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UnoChapecó. Especialista de Gestão de Pessoas Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UnoChapecó. Assistente Social, atua como mediadora no Centro de Soluções de Conflitos – CSC junto ao Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FAI – Faculdades de Itapiranga. E-mail: elinecamargo@hotmail.com

³ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais – Instituto de Ensino Superior (IESA). Especialista em Direito Processual Civil – *Latu Sensus* - Instituto de Ensino Superior (IESA). Especialista em Docência para o Ensino Superior – *Latu Sensus* - Instituto de Ensino Superior (IESA). Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo – RS. Revisora de Periódico da Revista Jurídica *Quaestio Iuris* do Curso de Direito da UERJ – RJ nas áreas de Filosofia do Direito, Sociologia e Antropologia Jurídica. Professora do Curso de Direito da FAI- Faculdades de Itapiranga. Atua como mediadora no Centro de Soluções de Conflitos – CSC junto ao Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da FAI – Faculdades de Itapiranga. E-mail: isabel.mousquer@seifai.edu.br

transforming social relations, facilitating the emergence of new democratic spaces reaffirmation of active citizenship; and makers of an emancipatory law allowing full democratization of access to justice. It was concluded that the agreements obtained through these alternative methods of resolving conflicts occur because of the informality with which (s) hearings (sessions) are conducted and extrajudicialidade process and techniques.

Keywords: conflict, arbitration, negotiation, conciliation and mediation.

1 INTRODUÇÃO

Um dos elementos que compõem o cenário jurídico atual, à “crise do judiciário” é a dificuldade que o titular de direitos tem de chegar ao Poder Judiciário e obter os meios capazes de lhe proporcionarem a entrega da tutela jurisdicional de forma justa, célere e efetiva. Nesse universo, misturam-se questões culturais, econômicas e de deficiência do poder estatal, que tornaram a garantia constitucional do acesso à justiça utópica para muitos cidadãos. O objetivo deste estudo é apresentar o acesso à justiça através do aprimoramento das técnicas processuais, de modo que a solução do conflito seja rápida ao ponto de não necessitar mover toda a máquina do Poder Judiciário, como é o caso dos métodos autocompositivos para resolução dos conflitos, e sua alternativa à Jurisdição Estatal.

Analisando a história dos instrumentos procedimentais, observa-se que nos primórdios não havia a figura do Estado como centro do poder e das decisões. Em face disso, os conflitos ocorridos entre as pessoas eram resolvidos instintivamente, ou seja, a parte interessada em satisfazer seu direito buscava sua satisfação através do uso da força, o que atualmente o Código Penal denomina de exercício arbitrário das próprias razões, impondo sua vontade ao outro.⁴

Era a chamada autodefesa ou, mais costumeiramente, *Autotutela*. Conforme Morais⁵, nesse instituto, o que realmente conta é a força propriamente dita, o poder de coação, que acaba por relegar ao segundo plano qualquer parâmetro de justiça; era, em outras palavras, a “busca da justiça pelas próprias mãos”.

Surge, então, a figura ativa do Estado que passou então a resolver os casos a eles chegados com base em critérios próprios; constitui na verdade, uma forma precária de solução de litígios. Parafraseando Cappelletti e Garth⁶ pode-se dizer que

⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30-31.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 15.

este tema está amplamente ligado à possibilidade de acesso ao judiciário, mas não apenas ter acesso ao jurídico é ter em igualdade de condições. Tal prerrogativa foi democraticamente conquistada pelos cidadãos, sob a forma de “o mais básico dos Direitos Humanos”. Está ligada, também, ao alcance de uma tutela específica para o direito ou interesse ameaçado e, por consequência, com a produção de resultados justos e efetivos.

Esta preocupação destaca a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto, mas será que essa efetividade existe ou ela é utópica? A resposta parece estar distante da realidade, do gigantesco número de processo que se amontoam nas Comarcas de nosso país, pois tudo é conflito, tudo é litígio, a tolerância e o respeito ao outro indivíduo virou artigo de luxo, algo em extinção; o ser humano não foi educado para uma cultura da paz, da não litigância, foi educado para o conflito.

2 CONCILIAÇÃO AUTOCOMPOSITIVA

Como reverter esse drástico quadro apresentado, pintado com matizes tão fortes? Há somente, uma solução, mecanismos não-adversariais de Resolução de Conflitos como vetores de acesso à justiça: a Arbitragem, a Negociação, a Conciliação e a Mediação. É só assim que se estará efetivando a chamada Pacificação Social ou Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de direito uma dimensão social.⁷

Começa a surgir, desvinculada de seu embrião quando do processo, busca-se apenas obter sua conclusão, já que o resultado final em qualquer controvérsia, deveria ser, em seu bojo, pacificador do conflito. É necessário, analisar o processo além da dimensão da efetividade e não apenas o seu propósito jurídico e, hoje, essa noção deve abarcar a eliminação de insatisfações, o cumprimento do direito com justiça, e o respeito aos direitos e à cidadania.⁸

Nesse mesmo sentido, o processo tornou-se a arena desse discurso, porque nele há que se travar a luta por um direito efetivo, e não apenas aparente. Tanto é assim que, para Cappelletti e Garth:

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 81.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

[...] às garantias constitucionais formais têm-se acrescentado (ou pelo menos dever-se-ia estar acrescentando) aquelas garantias sociais. No campo dos Direitos Humanos, fala-se dos direitos sociais como Direitos Humanos de segunda geração. Estes são os direitos que se destinam a fazer com que os direitos tradicionais ou de primeira geração (entre os quais se incluem as garantias constitucionais do processo) tornem-se efetivos e acessíveis a todos, ao invés de se projetarem como uma simples figuração para a parte menos favorecida.⁹

Analisando uma nova visão do processo, considerada como “dimensão social”, por romper com a impositação tradicional de analisar o direito como norma, pode-se passar a tratar temas como aqueles atinentes às dificuldades, custos, tempo e etc., comumente encontrados pelas partes nos seus litígios.

O conceito revolucionário do acesso à justiça está fundado na implantação de um novo “modo de pensamento”. Ainda, segundo Cappelletti e Garth:

[...] o direito, não é encarado apenas do ponto de vista dos seus produtores e do seu produto (normas gerais e especiais): mas é encarado, principalmente, pelo ângulo dos consumidores do direito e da Justiça, enfim, sob o ponto de vista dos usuários dos serviços processuais.¹⁰

Nesses termos, a noção de acesso à Justiça compreende os problemas relacionados aos custos e a demora dos processos, enfim, os entraves (econômicos, culturais e sociais) que sempre se interpõem entre o indivíduo que comparece perante o judiciário e os procedimentos predispostos. Para enfrentar o tema, já é tradicional retomar a proposta apresentada por Cappelletti e Garth¹¹ para o trato das questões que o atingem.

Conforme leciona Cappelletti e Garth¹², dividindo em momentos distintos denominados de três ondas. Tais autores propuseram uma trajetória que nos apresenta o caminho seguido por tal preocupação que passa pela incorporação dos pobres e dos hipossuficientes culturais, essa é a chamada “primeira onda: acesso aos hipossuficientes”: cujas reformas nesta primeira fase, visam à superação dos obstáculos decorrentes da pobreza (hipossuficiência econômica), não concebendo

⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça no Direito Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.. p. 14.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça no Direito Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.. p. 15.

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

como verdadeira jurisdição aquela em que a parte pobre esteja privada de informações e de representação, que se constituem em condições impróprias para sua participação.

E, ainda conceitua os autores, desse modo aos que não têm condições financeiras, devem-se proporcionar informações e assistência extrajudicial, antes do ajuizamento, além de assistência judiciária e adequada representação legal, no curso do processo, podendo ser resumida da seguinte forma: a) representar os pobres; b) Antes da ajuizada a ação (Informação e assistência extrajudicial); c) depois de ajuizada a ação: Assistência Judiciária – dever honorífico e dever Público (Remuneração do Liberal, Advogado Público e Solução Mista).

Pelos novos interesses, a “segunda onda” prevê a representação dos novos interesses, referindo-se à pobreza organizada e às reformas necessárias à ruptura dessa tradicional postura individualista do processo civil. Todos os princípios, os conceitos, a estrutura, que eram radicais naquela concepção parecem insuficientes de dar uma aceitável resposta ao problema de assegurar a necessária tutela por novos interesses difusos e de grupo, tornados vitais para a sociedade moderna. Surge, por outro lado, um novo pluralismo, que no lugar da divisão entre público e privado, traz ainda no processo uma forma nova de combinação e integração de iniciativas públicas e privadas, porém salvaguardando os interesses transindividuais, em suma: a) Interesses fragmentados ou difusos; b) Pobres ou menos favorecidos: dificuldade de organização.¹³

Já a “terceira onda”, prevê “um novo enfoque do acesso à Justiça”, preocupando-se com o emprego de técnicas processuais diferenciadas, para tornar a Justiça mais acessível, tais como a simplificação dos procedimentos e a criação de novos mecanismos de tratamento de controvérsias. Fala-se em tendências contemporâneas, das quais menciona-se: 1) reforma dos procedimentos judiciais sem a eliminação das formas tradicionais. 2) Causa de particular importância social e especialização das instituições e procedimentos. 3) mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos.¹⁴

Segundo Cappelletti e Garth¹⁵ a “terceira onda”, possui a burocratização e a construção de um sistema jurídico e procedimental mais humano incluindo: a)

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 49.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 49.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

pequenas causas, responsabilidade objetiva, conciliação, mediação e arbitragem. Esta última busca resolver as controvérsias através do auxílio de um terceiro imparcial, com vistas a chegar a um denominador comum, o qual acarretará um possível acordo entre as partes, nada mais é do que o instituto da autocomposição, que, apesar de ser uma forma autônoma, isto é, os titulares do poder de decidir a lide são as partes, de solução de conflitos, tal como a autotutela, atua com melhor eficiência quanto ao comprometimento dos interesses; baseia-se em fatores persuasivos e consensuais, em que as partes compõem o litígio, de tal forma que obtêm soluções mais duradouras.¹⁶

Segundo Warat¹⁷, essa autonomia pode ser alcançada com a participação de terceiros, através das figuras da mediação e conciliação, formas de tratamento de conflitos conhecidas há muito tempo. Todavia, é conveniente salientar que, em ambos os institutos, nota-se um processo construtivo de decisão, no qual a titularidade da mesma remanesce com as partes (autonomia), como na autotutela, com a diferença de que esta passa a ser auxiliada pela presença do mediador/conciliador, portanto constituindo modos menos rudes de se lidar com interesses conflitantes.

Ainda nas palavras de Warat¹⁸, em tese, os conflitos mais adequados à negociação são aqueles nas quais as pessoas possuem condições de diálogo mesmo sem a intervenção de um terceiro para facilitar esse diálogo, normalmente conflitos de ordem patrimonial. Precisa-se considerar, entretanto, que o mais importante em uma negociação é a conversa aberta e/ou franca. O conciliador facilita a comunicação, o diálogo e o entendimento voltado a um possível acordo, podendo ou não sugerir caminhos diferentes; a conciliação envolve pessoas desconhecidas em conflito cuja natureza possa estar relacionada com os direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.57.

¹⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

¹⁸ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

3 MEDIAÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DO EMPODERAMENTO DAS PARTES

Caso ocorra o acordo ele será cumprido com maior facilidade, como consequência direta do diálogo. Busca-se valorizar o indivíduo, a palavra, e não apenas o documento no qual consta a assinatura.

Conforme Costa:

Embora o direito sempre tenha lidado com conflitos, faz muito pouco tempo que os juristas passaram a entender que esse é um objeto merecedor de reflexões específicas. A história do conhecimento é repleta de situações como essa: passamos séculos lidando com uma realidade que, pelos mais variados motivos, não é tematizada pelas nossas reflexões.¹⁹

Já a conciliação é um meio de solução de conflitos em que os indivíduos procuram sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, que recebe a denominação de conciliador ou Juiz Conciliador; a conciliação em muito se assemelha com a mediação, mas a principal diferença está na forma de condução do diálogo entre as partes, pois, na conciliação, o terceiro, isto é, o conciliador, interfere na discussão entre as pessoas sugerindo e propondo soluções para o conflito, sendo essas sugestões fundamentadas nas falas das pessoas que vivenciam o conflito. Segundo Warat²⁰ a mediação, em breves palavras, consiste na solução do litígio pela intermediação de uma pessoa distinta das partes e imparcial que atuará na relação pendente na condição de mediador, favorecendo o diálogo direto e pessoal entre as mesmas.

Quanto à conciliação, método similar ao anterior, percebe-se igualmente a figura de um terceiro interlocutor que proporcionará a conversação entre as partes, no entanto, este conciliador se limitará a receber as propostas de uma e de outra das partes, tentando, para fazer jus ao nome do instituto, conciliar os envolvidos na relação de atrito. Diz-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos, pois as partes chegam ao acordo espontaneamente, através do auxílio do mediador ou do conciliador; mais adiante, a titularidade do poder decisório passa das partes

¹⁹ COSTA, Alexandre Araújo Costa. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a jurídica. Tese (Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008. p.61.

²⁰ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

(autonomia) para um terceiro (heteronomia), tendo como expressão a arbitragem e a jurisdição.²¹

Ainda segundo Morais e Spengler²², o conciliador não interfere de modo a dizer, o que seria justo ou injusto, correto ou incorreto, mas a partir de um resumo da discussão mostra opções que refletem as propostas apresentadas pelas partes; na mediação não ocorre essa interferência, pois, o mediador apenas facilita o diálogo e, o faz por meio de técnicas próprias, estimula as partes a sugerirem soluções. O conciliador, por sua vez, aponta soluções, porém cabe as partes aceitar ou rejeitar.

Já o mediador, incentiva que as próprias partes achem as soluções, cabendo a ele a missão de apenas organizar as ideias que estão sendo expostas. Conforme é citado por Sales²³: “O diálogo na conciliação é mais superficial do que na mediação”.

Tal distinção se dá em função dos tipos de conflito que se adaptam à mediação e à conciliação; as espécies de conflitos mais adequadas à solução através da conciliação são aqueles nos quais as partes envolvidas não possuem vínculo afetivo, emocional. São conflitos esporádicos, de menor complexidade, que não relevem um liame de sentimentos os quais possam esconder o verdadeiro conflito. Segundo Warat:

A mediação, enquanto espécie do gênero justiça consensual, poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos no qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal.²⁴

A mediação, portanto é um meio autocompositivo de tratamento de conflitos, capaz de considerar o conflito em si mesmo com suas subjetividades e objetividades, um instituto capaz de considerar o indivíduo em sua individualidade e cabe ao mediador interagir buscando o equilíbrio de outros seres, ou seja, a figura do mediador nesse caso consta como o terceiro elemento da controvérsia. E ele através do uso de suas próprias potencialidades, e não somente pela aplicação de normas, técnicas e

²¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 134.

²² MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²³ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de Conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p.43.

²⁴ WARAT, Luiz Alberto (org.). **Em nome do acordo**. A mediação no Direito. Florianópolis: Almed, 1998. p.5.

procedimentos jurídicos deverá auxiliar as partes a (re)avaliar as condições em que ocorreram a controvérsia.²⁵

Ela é uma forma de abordar os conflitos de maneira não adversarial, sustentada pela intervenção de um terceiro imparcial que colabora com as partes, para que elas, interagindo, descubram por si mesmas, pela palavra e pela comunicação, os caminhos de transformação de seus desacertos, para tanto se baseiam na figura de um terceiro que decide pelas partes a forma de terminar com as disputas; a mediação é uma forma de realização da solidariedade e do respeito mútuo. As possibilidades nas quais a mediação pode ser aplicada são várias: mediação judicial, mediação trabalhista, familiar, escolar, dentre outros.²⁶

Para Morais e Spengler²⁷ como o conciliador tem uma participação no mérito, ou seja, o conflito explicitado diretamente e não na perspectiva exclusivamente jurídica na forma e no mérito, tão utilizado no processo judicial, pois isso estaria antecipando o julgamento do mérito; ele interfere diretamente sobre a forma como o conflito será solucionado, tornando a discussão mais direta, simples e rápida. Portanto, para essa forma de solução, adaptam-se conflitos menos complexos, ou seja, somente patrimoniais.

Ainda, conforme Morais e Spengler²⁸, na condução da conciliação também nota-se que ela não se adapta a conflitos de ordem continuada ou sentimental, levando em consideração as peculiaridades desses conflitos que exigem uma conversa mais longa e densa, com menor interferência de sugestões por parte do terceiro imparcial e mais interferências de modo a estimular a criatividade e sugestibilidade das próprias partes.

A conciliação é um procedimento mais simples que a mediação. Segundo Braga Neto²⁹, ao diferenciar a mediação da conciliação, afirma que esta consiste em quatro etapas, distinguindo-se da mediação que possui oito desdobramentos. A conciliação resume-se então à *abertura*, quando são explicitados os primeiros

²⁵ WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p.59.

²⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 149.

²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁹ BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação-métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

esclarecimentos a respeito dos procedimentos e todas as implicações legais em caso de acordo ou não, os *esclarecimentos* das pessoas sobre suas ações e atitudes que resultaram no conflito, é nesse momento que as pessoas apresentam seus interesses e suas posições, o conciliador deverá avaliar as falas de cada um, encontrar os pontos de convergência, estabelecer o sentimento de cooperação e aproveitar-se da escuta ativa para compreender a comunicação verbal e não verbal; logo em seguida, tem-se a *criação de opções*, nas quais são apresentadas sugestões trazidas pelo conciliador e pelas partes com o intuito de alcançar a solução do conflito; e por fim o *acordo*, sua elaboração e assinatura.

Tendo em vista a interferência mais direta do conciliador durante as discussões, inclusive sugerindo soluções, ele as torna mais superficiais, exatamente porque os conflitos não exigem maior aprofundamento, apresentam-se como conflitos mais propensos à conciliação: colisão de veículos, questões relacionadas a recalculas dívidas, isto é, questões nas quais não existem relações complexas, contínuas ou sentimentais entre pessoas. Já aos conflitos de maior complexidade, por exemplo, o sentimento cabe à escolha de um processo mais profundo, de interferência adequada à complexidade do problema. No Direito brasileiro, existe a conciliação extrajudicial e judicial; a primeira ocorre antes do processo; se não houver acordo, as partes envolvidas, se assim decidirem, encaminham o litígio ao Poder Judiciário. Em se tratando da conciliação judicial, que ocorre durante o processo, não ocorrendo solução para a controvérsia, dá-se prosseguimento ao processo para a apreciação e decisão do juiz.³⁰

Conforme Braga Neto³¹ entende-se que em função de não existir uma estrutura relacional entre os indivíduos envolvidos em uma controvérsia, a conciliação configura-se como mais ágil, necessitando somente de um terceiro que as ajude a refletir sobre a melhor solução para a controvérsia e se vale a pena enfrentar a outra parte de forma litigiosa; diferentemente da mediação, a qual demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro para que possa auxiliar. Ao passo que na mediação o mediador não sugere caminhos na medida em que a natureza do conflito envolve direitos indisponíveis, por ser conflito, por exemplo, de família, entre vizinhos,

³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.149.

³¹ BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação-métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

etc. Diferentemente, na Arbitragem é oportunizado, de início às partes, o acordo mas, sem a interferência direta deste, ou seja, ele não pode sugerir soluções para o litígio em análise, apenas fomentar o diálogo. É o que será estudado a seguir, detalhadamente.

4 ARBITRAGEM

Segundo Carmona³², primeiramente, estabeleceu-se na sociedade o instituto da Arbitragem, no qual as partes designavam uma pessoa alheia a elas, depositavam a confiança e a credibilidade, para decidir a respeito da controvérsia; geralmente, esse poder decisório era delegado aos sacerdotes, anciãos, enfim, as pessoas de destaque pela sua reputação ou conhecimento. Portanto, a arbitragem é método heterocompositivo, porque as partes não logram obter o acordo sozinhas e por isso buscam sua solução através de uma decisão imposta por um terceiro; daí porque se recomenda que o árbitro escolhido pelas partes não seja o mesmo que tenha atuado anteriormente como mediador ou conciliador, pois, somente assim ele poderá cumprir sua função com total imparcialidade.

Entretanto a arbitragem é um procedimento no qual as partes escolhem uma pessoa capaz e de sua confiança, ou seja, um árbitro ou juiz arbitral para solucionar os conflitos. Na arbitragem, ao contrário da negociação, da conciliação e da mediação, as partes não possuem o poder de decisão; pois, o árbitro é quem decide a questão. Há previsão da conciliação antes da decisão do árbitro, no sentido de oferecer as partes oportunidades de diálogo. A Lei 9.307 de 1996, lei que regula a arbitragem no Brasil, estabelece que as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem para resolver litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.³³

O árbitro é escolhido pelas partes, desde que tenha a sua confiança e seja capaz, por meio de um termo de compromisso arbitral. O processo de arbitragem é formal e bastante diferente dos processos de negociação, conciliação e mediação; existem regras processuais legais que estabelecem os requisitos para que a

³²CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

³³MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175.

arbitragem tenha validade; caso estas regras sejam desobedecidas, o processo de arbitragem torna-se nulo.

Conforme é citado por Carmona:

As partes são instadas, no compromisso arbitral, a indicar os árbitros, qualificando-os, ou então a apontar a entidade à qual delegaram a nomeação dos árbitros. Quer isto dizer que enquanto os árbitros não aceitarem o encargo que lhes foi outorgado não se instaura o juízo arbitral, embora o negócio jurídico processual já produza efeitos.³⁴

Ocorre que, o mérito da decisão é do árbitro, ou seja, o conteúdo da decisão, não pode ser questionado perante o Poder Judiciário, quer dizer, não se pode recorrer ao Poder Judiciário. Somente pode haver recurso nos casos em que a lei já prevê a nulidade da sentença arbitral. Os conflitos mais adequados à solução por meio da arbitragem são aqueles que requerem sigilo, celeridade e decisão por uma pessoa, o árbitro, especialista sobre a natureza da controvérsia.³⁵

Ainda, segundo ele, as empresas brasileiras assim como as multinacionais têm procurado de maneira crescente a Arbitragem, levando em conta principalmente, a necessidade de sigilo das suas transações, a celeridade, tendo em vista que, em algumas situações, alguns dias de indecisão inviabilizariam a transação negocial, e principalmente devido às decisões de cunho técnico e especializadas a respeito do objeto dos contratos, v.g.: os contratos imobiliários, dívidas, contratos comerciais em geral, etc. No próximo tópico, será abordado, de modo mais detalhado, a arbitragem como alternativa à jurisdição estatal.

4.1 A ARBITRAGEM E SUA ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO ESTATAL

Conforme mencionado no parágrafo anterior assiste-se a um avanço econômico alavancado pelas multinacionais o qual repercute, na ineficácia do modelo atual de tratamento de conflitos, o judiciário, que, assoberbado e incapacitado tecnologicamente, não consegue satisfazer os que o procuram; ao perceber isto e sentir a necessidade crescente de aperfeiçoar e fortalecer institutos pacificadores de conflitos, passa-se a (re)pensar mecanismos alternativos ao tradicional e, nessa

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p.174.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

esteira, o Brasil através da Lei 9.307/96 (dispõe sobre a Arbitragem), buscou revitalizar o juízo arbitral.³⁶

Ainda, segundo Moraes e Spengler³⁷, a própria história comprova, na medida em que as relações sociais vão se tornando mais complexas, vai-se sentido a necessidade de mecanismos mais completos, os quais estejam capacitados para emanar soluções que venham ao encontro das aspirações das partes, capazes de apaziguar as controvérsias, sucedeu a arbitragem antiga perfazendo uma estratégia mais eficiente a ela.

Ocorrido um conflito jurídico, entre duas ou mais partes, existe, duas maneiras de resolvê-la; primeira mediante acordo de vontades entre as partes em conflito, configurando um método autocompositivo, no qual as partes requerem ajuda externa para alcançar um consenso e compatibilizar suas posições divergentes. Do contrário, se não fosse necessário essa ajuda externa, se as partes conseguissem por si só chegar a um denominador comum e resolver seus problemas, o conflito não existiria; o exemplo mais comum é o procedimento da mediação; e o segundo é através de um terceiro responsável por “dizer” qual a solução cabível para aquele litígio.³⁸

Isso tudo, sem mencionar, o uso da força. Já quanto aos métodos adversariais ou heterocompositivos o tratamento da disputa é fornecido por um terceiro; nesse caso não são as próprias partes que chegam ao acordo, fazendo desaparecer o conflito, surge a figura de um terceiro o qual, assume a postura de imparcialidade, define, externando, a quem e em que termos pertence(m) o(s) direito(s) em litígio.

Não sendo viável a autocomposição, por ser necessária a figura de um terceiro capaz de impor uma solução a controvérsia, abrem-se às partes duas opções; podem submeter sua disputa à jurisdição Estatal, através de órgãos do Poder Judiciário, ou à jurisdição privada arbitral. Sendo assim, a Arbitragem surge como uma estratégia de suma importância, pois, o Estado concede à mesma algumas equiparações, v.g., como outorgar às decisões arbitrais status de coisa julgada, sem a necessidade de homologação das mesmas pela Justiça Comum.³⁹

³⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.175.

³⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

³⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.176.

³⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.176.

Os autores ainda alertam que para o sucesso da Arbitragem, pelo menos da voluntária, na qual as partes decidem levar a árbitros seus conflitos, é importante que exista um mínimo de princípio autocompositivo, ou seja, que elas consentam não somente em submeter-se a árbitros mas em acatar suas decisões, muito embora este instituto constitua em sua essência, um método heterocompositivo.

Na opinião de Alvim⁴⁰, a convenção privada que regula o juízo arbitral é, segundo os princípios que regem a Arbitragem, um modo misto de solução de conflitos, predominantemente heterocompositivo, com vestígios da autocomposição.

Então, nestes termos, conforme Alvim, a Arbitragem é o meio pelo qual o Estado

[...] em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial.⁴¹

As partes, assim, ao fazerem a opção pela justiça arbitral afastam o Poder Judiciário substituindo-a por outra, regulamentada pelo Estado, permitindo a execução das decisões ali proferidas e anulando as decisões que não observarem um mínimo de regras exigidas pelo legislador.⁴²

Fala-se que sempre que for impossível acordo direto entre as partes em controvérsia, contudo houver ainda zonas de harmonia acessíveis a terceiros, o procedimento viável é utilizar figuras jurídicas, como a arbitragem, sem haver necessidade de se recorrer ao Estado. Já na Lei 9.307/96, encontra-se a possibilidade de remissão de questões à autoridade judiciária competente, desde que envolvam direitos indisponíveis e sejam fundamentais ao julgamento arbitral, conforme o art.25.⁴³

Ainda segundo os autores, o árbitro possui a total confiança das partes recebendo das mesmas autoridade suficiente para impor uma solução eficaz e, dessa forma, não se estaria menosprezando a atividade exercida pelo juiz de direito,

⁴⁰ ALVIM, José E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

⁴¹ ALVIM, José E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 24.

⁴² CORTEZ, Francisco. A Arbitragem Voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados. **O Direito**. n.3, ano 124, Lisboa, 1991. p.368.

⁴³ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.178.

considerada por muitos a expressão da soberania do Estado. Curioso é que ao utilizar-se o juízo arbitral, reserva-se para ele, somente os casos em que o tratamento não se revelasse amigável a ponto de poder ser resolvido diretamente, pelas próprias partes ou indiretamente por meio de árbitros.

Para esses casos, a intervenção do Estado, seria imprescindível. A arbitragem é outra estratégia de tratamento de conflitos tendo como referencial o processo estatal, meio heterocompositivo, isto é, o mais empregado para solucionar conflitos. Enfim, trata-se de um mecanismo extrajudicial não adversarial de resolução de conflitos que a intervenção do Judiciário poderá ser invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros, como é o caso da execução de sentença arbitral.⁴⁴

Desta conceituação, pode-se resumir algumas das características presentes neste instituto tais como: ampla liberdade de contratação⁴⁵, já que é estabelecida pelo acordo das partes, que definidoras do objeto do litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito aplicáveis a ele. Pode-se inclusive eleger lei estrangeira não violadora dos bons costumes nem da ordem pública e as regras internacionais do comércio ou autorizar o árbitro a decidir de acordo com outros conjuntos de regras.⁴⁶

A arbitragem pode ser usada em qualquer conflito que envolva direito patrimonial disponível v.g., contratos em geral, tanto na área civil como comercial⁴⁷. Ainda, é considerada uma justiça alternativa, na qual uma vez atendido o pressuposto da capacidade civil, poderão as partes escolher livremente os árbitros a quem confiem para tratar o litígio. Autoriza o árbitro a disciplinar o procedimento se não houver convenção das partes neste sentido, ou seja, quando houver conflito com a competência da União para legislar sobre o pleito.

⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p.52-53

⁴⁵ Importante ressaltar que uma das condições para que a arbitragem ocorra é a plena capacidade dos contratantes, sem a qual a convenção não poderá ser firmada (CARMONA, 2004, p.55).

⁴⁶ CARDOSO, Antônio Pessoa. Justiça alternativa: arbitragem. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, n.69, ano 24, mar. 1997. p.377.

⁴⁷ São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código Civil (art. 1072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias cujo respeito os litigantes podem transigir (CARMONA, 2004, p. 56-57).

Conforme Carmona⁴⁸, a arbitragem confere a possibilidade de uma maior celeridade no tratamento dos conflitos, e faculta às partes, estabelecer prazo para a sentença arbitral, podendo as mesmas responsabilizar civilmente o(s) árbitro(s) que descumprir o prazo estipulado. Os participantes (Requerente e Requerido) que buscam o tratamento dos seus conflitos por intermédio da arbitragem têm como interesse a celeridade, pois por melhor que seja o órgão estatal competente para conhecer da controvérsia, ele nunca será resolvido em seis meses ou até em menos tempo, posto que conforme a Lei, as partes podem estipular prazo diverso, conforme art.23 da Lei 9.307/96:

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 6 (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.⁴⁹

Sabe-se que a celeridade na maioria das vezes pode significar também a economia processual, em virtude da informalidade e do não uso de toda a burocracia judicial e uma economia financeira. No entanto, conforme afirma Muniz⁵⁰, a relação custo da arbitragem e a vantagem da resposta rápida e bem embasada de uma controvérsia é um fator favorável à disseminação do instituto. Permite as partes usufruir do princípio da sigilosidade e da confidencialidade do procedimento arbitral, visto não vigorar o princípio da publicidade, exigido no Judiciário.

Entretanto, são muitas as ocasiões em que as partes evitam buscar o tratamento para um determinado conflito, temerosas de que a notícia do litígio judicial possa afetar a imagem das mesmas, v.g. escolas particulares com mensalidades de seus alunos em atraso. Assim não importa qual espécie de arbitragem, a sigilosidade estará garantida às partes envolvidas, bastando que as mesmas, no exercício da autonomia de suas vontades, façam constar no compromisso arbitral uma cláusula arbitral de confidencialidade.⁵¹

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem. Disponível em: <<http://bd.www.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 07 Jul. 2016.

⁵⁰ MUNIZ, Petrônio R. G. A Prática da Arbitragem. In: **Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: Revista Ltr, 1999.

⁵¹ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Da convenção de arbitragem e seus efeitos em aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.211.

Outra característica é a de que transforma a sentença arbitral em título executivo judicial, tornando-a, eficaz como sentença declaratória ou constitutiva. Também extingue a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, ficando somente com o STJ esta prerrogativa, inexigindo a dupla homologação; significa afirmar que nas decisões arbitrais de natureza condenatória, o laudo ou sentença arbitral é título executivo judicial; já as decisões arbitrais de natureza constitutiva de direitos ou declaratória surtem seus efeitos a partir da comunicação às partes e aos de seus procuradores.⁵²

Entretanto, se a parte derrotada se recusar a cumprir espontaneamente a decisão proferida e ao contrário do que ocorre no Judiciário estatal, o árbitro não possui coercitividade para exigir o cumprimento de sua decisão. Os árbitros, no caso os particulares, exercem atividade idêntica ao dos magistrados estatais e possuem o poder de conhecer da demanda e de dizer o direito, mas como não possuem o poder de impor o cumprimento de suas decisões coercitivamente e dependem do Poder Judiciário.⁵³

Existem alguns tipos de arbitragem, fala-se na *arbitragem de direito público e de direito privado*, de acordo com as partes envolvidas; se de direito público, significa que a arbitragem ocorre entre estados; se de direito privado, os envolvidos são particulares; assinala-se que pode ocorrer o tipo *misto*, no qual a arbitragem acontece entre um estado e um particular. Também merece atenção a distinção entre a arbitragem *ad hoc* e a *arbitragem institucionalizada*, distinção referente à maneira de estipular o procedimento e as regras que devem reger a arbitragem; v.g., na arbitragem *ad hoc*, as partes definem o desenvolvimento dela, que poderá ser de direito ou de equidade e como será escolhido o árbitro para aquele caso.⁵⁴

Ao optar por uma arbitragem *ad hoc*, as partes simplesmente escolhem o ônus de organizar e administrar todo o procedimento; os árbitros não dispõem de uma assistência especial ou de um organismo externo, necessitando seguir as regras estabelecidas pelas partes envolvidas no processo. Na arbitragem *ad hoc*, a informalidade é maior, porque os litigantes se envolvem em todas as etapas de instituição do tribunal, essa característica é de grande importância, pois um clima

⁵² BERMUDEZ, Sérgio. **Direito Processual Civil**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1983. p.21.

⁵³ MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Da convenção de arbitragem e seus efeitos em aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.356-382.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 428-432.

harmonioso facilita o bom andamento da (s) audiência (s) e afasta o clima antagônico entre as partes, essa atmosfera contribui para uma maior rapidez do procedimento.⁵⁵

Já na arbitragem institucionalizada, existe uma instituição especializada em mediar e arbitrar litígios, com regulamento próprio e uma lista de árbitros, tudo anteriormente conhecido pelas partes, nela as partes optam por submeter-se aos dispositivos do regulamento arbitral dela, ou seja, as partes é que optam por acatar todo o desenrolar do procedimento, incluindo o valor das custas processuais previstas pelo regimento interno da instituição que também cuidará de todo o processo.⁵⁶

É necessário, ainda, assinalar a diferença entre a arbitragem equitativa e a arbitragem de direito; na primeira os árbitros ficam livres para decidir o litígio segundo o seu senso comum sem ter de ficarem restritos ao direito em sentido estrito; nesse caso, a arbitragem equitativa abandona a regra “geral e abstrata, consagrada pela norma” e busca formular e aplicar uma regra particular e peculiar para aquele determinado litígio; regra que ele deverá elaborar de acordo com a própria consciência, com os costumes e observando certos princípios sociais e morais. Nesse caso, o árbitro está autorizado pelas partes a agir duplamente como legislador e juiz.⁵⁷

Segundo Carmona⁵⁸, pode ocorrer de o árbitro que se encontra autorizado a julgar por equidade decidir em sentido contrário ao indicado pela lei, o que não quer dizer que deva ele julgar afastado do direito positivado, sendo assim, se a aplicação da norma conduzir a uma solução justa da controvérsia, ele a aplicará, sem que isso possa produzir algum vício no julgamento.

Enquanto que, a arbitragem de direito preceitua que os árbitros decidirão segundo os princípios jurídicos, julgando conforme o direito positivo. Neste caso, estariam obrigados a analisar os fatos de acordo com as leis aplicáveis; apesar de muitas leis vedarem sua versão equitativa, o normal é que as partes tenham a possibilidade de se submeterem ao procedimento arbitral a medida que os árbitros

⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 313-314.

⁵⁶ ESQUIVEL, José Luís. **Os Contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 177.

⁵⁷ ALVIM, José E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 37.

⁵⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

forem decidir as controvérsias, estipulando que poderão resolver de forma amigável a composição ou segundo o direito⁵⁹.

No aspecto da justiça e equidade do instituto, entende-se que, considerando sua natureza voluntária e facultativa, as partes somente recorreriam ao árbitro se tiverem convicção de que sua atuação se operaria dentro de parâmetros estabelecidos pela legislação e pela equidade. Haveria, ainda, uma preocupação do próprio árbitro com a qualidade de suas decisões, na medida em que sua boa reputação seria fundamental para atrair pessoas interessadas na solução arbitral.

Em suma, os direitos fundamentais são, normalmente, aqueles oponíveis ao Estado, que tem a obrigação de assegurá-los ao à população. Estão positivados no texto constitucional e sua consagração decorre de grandes lutas sócio-políticas, extraindo-se dessas características a sua importância dentro de um Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, é válido considerar os direitos ao acesso à justiça e à razoável duração do processo como fundamentais, ainda que, na área trabalhista.⁶⁰

Ainda, segundo Moraes e Spengler⁶¹, os direitos fundamentais são desprovidos de efetividade, ao menos no âmbito judicial, tendo em vista os inúmeros obstáculos que o jurisdicionado tem que enfrentar para chegar ao Poder Judiciário, sem falar na morosidade no julgamento das demandas que já estão pendentes. Esse conjunto de entraves é um dos elementos que formam a denominada “crise do Poder Judiciário”. Surge, assim, a ideia da utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos (conciliação, mediação e arbitragem), como forma de dar efetividade a esses direitos fundamentais. O procedimento arbitral é extremamente célere e objetivo, elidindo a protelação típica do processo judicial.

Enfim, realizando uma análise entre o árbitro, o mediador, o negociador e o conciliador observa-se que esse é um facilitador da comunicação, do diálogo e do entendimento voltado a um possível acordo, podendo ou não sugerir caminhos diferentes, dada a sua experiência às partes, sendo elas as responsáveis pelo acordo.

⁵⁹ Como a autonomia da vontade é o princípio maior da arbitragem, as partes estão livres para escolher a norma jurídica a ser aplicada ao caso. A liberdade é tamanha que a escolha pode ser feita tanto para a lei aplicável ao procedimento quanto para a lei aplicável ao mérito (MARTINS, 1999, p.167).

⁶⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.43.

⁶¹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Enquanto que, a conciliação envolve pessoas desconhecidas em conflito cuja natureza possa estar relacionada com os direitos patrimoniais disponíveis ao passo que na mediação o mediador não sugere caminhos, na medida em que a natureza do conflito envolve direitos indisponíveis, por exemplo, por ser conflito de família, entre vizinhos, entre amigos, entre colegas, etc.

De qualquer maneira, analisados as diferentes espécies de mecanismos não adversariais de resolução de conflito, deve-se ter consciência e o bom senso de que esta pode não ser a alternativa indicada para alguns casos específicos, por isso convém examinar suas características e conveniências conforme o caso concreto e também sua natureza jurídica.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou estimular reflexão e incitar o debate acerca dos mecanismos não-adversariais de composição de conflitos como vetores de acesso à justiça: a arbitragem, a negociação, a conciliação e a mediação; e a arbitragem e sua alternativa à jurisdição estatal.

No Preâmbulo da CF já aparece a indicação desse novo paradigma, qual seja, o incentivo a deixar o processo judicial, por ser um método adversarial, como a última alternativa. Antes será preciso que a sociedade, com auxílio dos advogados, psicólogos, assistentes sociais, conciliadores, mediadores e árbitros, possam esgotar outras possibilidades por meio do emprego dos métodos não-adversariais de tratamento de conflito como é o caso da conciliação, da mediação e, também, da arbitragem, quando da tentativa de conciliação dentro do processo arbitral, tentada pela câmara arbitral, em um primeiro momento. Entretanto, para que a sociedade opte por procurar esses meios autocompositivos de tratamento de conflitos é necessário haver uma quebra paradigmática, com a inserção de uma cultura de paz através de uma nova tomada de consciência na qual os indivíduos priorizem a fraternidade.

Pode-se afirmar que os meios autocompositivos de tratar os conflitos apresenta-se como meio mais idôneos para efetivação da solução do conflito porque por intermédio dela, a sociedade, a um só tempo demonstra maturidade, civilidade e responsabilidade para o exercício da cidadania. Trata-se de um passo além da (re) democratização do país, pelo qual a sociedade se projeta na reconstrução de suas

próprias relações e de autossuficiência, distanciando-se cada vez mais do espectro da ditadura militar e, conseqüentemente, da imprescindibilidade do recurso ao Poder Judiciário para resolução de qualquer pendência por menor que possa ser. Necessita-se para tanto, de uma quebra de paradigmas, uma mudança cultural a fim de infundir um pensamento novo nos diversos segmentos da sociedade, preparando os indivíduos desde a mais tenra idade para uma cultura da paz, ensinando que a melhor forma de resolver litígios é através do diálogo, da utilização de uma comunicação não adversarial. Entretanto, permanece um ponto de interrogação, pois não sabemos como semear a paz numa sociedade cada vez mais intolerante.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BERMUDES, Sérgio. **Direito Processual Civil**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1983.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). **Mediação-métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de Arbitragem. Disponível em: <<http://bd.www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 07 Jul. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

_____. **Acesso à Justiça no Direito Brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Justiça alternativa: arbitragem. **Revista AJURIS**. Porto Alegre, n.69, ano 24, mar. 1997.

_____. “Árbitros e Juízes: Guerra ou Paz?”. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei nº 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CORTEZ, Francisco. A Arbitragem Voluntária em Portugal: Dos “ricos homens” aos tribunais privados. **O Direito**. n.3, ano 124, Lisboa, 1991.

COSTA, Alexandre Araújo Costa. **Direito e Método:** diálogos entre a hermenêutica filosófica e a jurídica. Tese (Doutorado – Programa de Pós Graduação em Direito), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2008.

ESQUIVEL, José Luís. **Os Contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. **Da convenção de arbitragem e seus efeitos em aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do Judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUNIZ, Petrônio R. G. A Prática da Arbitragem. In: **Arbitragem, lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. São Paulo: Revista Ltr, 1999.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos:** família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

WARAT, Luiz Alberto (org.). **Em nome do acordo**. A mediação no Direito. Florianópolis: Almed, 1998.

_____. **Surfando na pororoca:** ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.