

Processual Civil

Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social?

Maria de Fatima Batista Meguer, Andrea Abrahão Costa

Resumo: O sistema judicial de resolução de conflitos existente no Brasil é insuficiente à satisfação da pretensão dos que o buscam, devido ao excesso de demanda em detrimento da estrutura judiciária disponibilizada. O trâmite processual se faz moroso e ineficaz, o que acarreta a insatisfação dos seus usuários. Diante disso há uma busca incessante por soluções que resolvam, ou, ao menos amenizem, o problema da crise instaurada, e, restaure a credibilidade do Poder Judiciário. Diversas alterações legislativas foram implementadas para inserir maior celeridade ao processo e disponibilizar mais mecanismos de solução dos conflitos. Estas alterações ocorreram no corpo da Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na instituição da legislação consumerista, na criação dos Juizados Especiais, dentre outras. Porém, estas medidas não vêm surtindo o efeito desejado, porque atacam a consequência, que é o grande volume de demandas, quando deveriam priorizar as causas, que são a cultura da judicialização e a falta de estímulo à utilização de outras formas extrajudiciais de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Estas formas têm o condão de ampliar o acesso à Justiça, melhorar sua efetividade, auxiliar na redução do número de demandas que tramitam pelo Poder Judiciário e, por conseguinte, diminuir o tempo de resolução da lide, propiciando enfim, que haja uma “saída” da Justiça. Estes meios têm se desenvolvido no País, mas, para que eles avancem ainda mais, é preciso que sejam mais difundidos, conhecidos, aceitos e utilizados. Nesse sentido o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário que visa estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais. Para eficácia do novo modelo é necessário que ocorra uma mudança cultural, reconsiderando a visão que se tem de acesso à justiça no sentido de que toda demanda deve ser judicializada[1].

Palavras-chave: Soluções de conflitos; Meios adequados; Eficiência; Celeridade.

Resumen: El sistema judicial de solución de controversias en Brasil es insuficiente para satisfacer las demandas de los que le buscan, debido al exceso de demanda en detrimento de la estructura judicial disponible. El trámite es demasiado lento e ineficiente, lo que provoca insatisfacción de sus usuarios. Además hay una búsqueda constante de soluciones permanentes, o que al menos hagan más suaves el problema de la crisis y vuelva a la credibilidad del poder judicial. Varios cambios legislativos se llevaron a cabo para introducir más rápidamente el proceso y proporcionar mecanismos adicionales de resolución de conflictos. Estos cambios se produjeron en el cuerpo de la Constitución, el Código de Procedimiento Civil, la institución de la legislación consumista, la creación de tribunales especiales, entre otros. Sin embargo, estas medidas no hacen el efecto deseado, ya que se combate la consecuencia, que es el gran volumen de demanda, cuando deberían priorizar las causas, que son la cultura de judicialización y la falta de incentivo para utilizar otras formas de resolución extrajudicial de conflictos como la conciliación, la mediación y el arbitraje. Estas formas tienen la facultad de ampliar el acceso a la justicia, mejorar su eficacia, reducir el número de reclamaciones que proceden a través del Poder Judicial y por tanto, reducir el tiempo de resolución de la controversia, proporcionando al fin, que exista una “salida” de la Justicia. Estos recursos se han desarrollado en el país, y para que sigan avanzando, tienen que ser más difundidos, conocidos aceptados y utilizados. En este sentido, el Consejo Nacional Judicial estableció la Política Nacional Judicial manejo adecuado de los conflictos de intereses dentro de la judicatura que tiene como objetivo estimular, apoyar y difundir la sistematización y la mejora de las prácticas ya adoptadas por las cortes. Para la eficacia del nuevo modelo es necesario que el cambio cultural se produzca, reconsiderando la idea de que se tenga acceso a la justicia en el sentido de que todas las demandas deben ser enjuiciadas.

Palabras-clave: Conflictos soluciones; Adecuado; Eficiencia; Celeridad.

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em uma era de globalização, submissos às consequências deste advento e submersos numa sociedade devastada pela pressão e supressão econômica. Somos atormentados pelos riscos a que antes não éramos expostos, o tempo é relativizado, as fronteiras tornaram-se fluidas, os conceitos fugazes, e, a segurança pertence a um lugar longínquo chamado passado. O parâmetro para definir o que é o justo, extrapola o limite da “calçada oposta” para ganhar referências de cunho internacional.

Neste ambiente explode a litigiosidade e eclodem meios de solucioná-los. São os chamados direitos alternativos, métodos alternativos/adequados, mecanismos para-processuais, políticas de prevenção das lides, tudo no sentido de pacificar os homens.

O presente trabalho de conclusão de curso visa discorrer sobre os conflitos de interesse, entendendo-os como inerentes e necessários à sociedade. Será demonstrado que para cada tipo de conflito há uma solução que melhor atende ao interesse das partes, e, ainda que a judicialização seja a forma convencional de resolução, não é a única tampouco a mais eficaz devido ao excesso de judicialização dos litígios que toma dimensões assustadoras e decretam a ineficácia do meio de solução adjudicada.

Acompanhando o pensamento de grandes doutrinadores que exercitam a busca por uma ordem jurídica justa, tais como Roberto Bacellar, Rodolfo Mancuso entre outros, será abordado sobre a possibilidade de haver substancial encurtamento no trâmite processual, por intermédio de mecanismos endoprocessuais de autocomposição.

Tratam-se de mecanismos institucionais que atuam na composição dos conflitos surgidos no interno da sociedade, quais sejam, a conciliação, mediação e arbitragem especial. Estas formas atuam oportunizando que as controvérsias sejam dirimidas de forma qualitativa, proporcionando uma maior participação dos envolvidos, na busca de resultado viável e satisfatório eliminando o fado do “vencedor e perdedor”, cujas consequências, via de regra, é o rompimento do *status quo ante*.

Outra via possível de resolução dos conflitos, que ocorre em paralelo ao Judiciário, e lhe é equivalente, é a arbitragem para-processual. O instituto possui legislação específica que a rege, a saber, a Lei 9.307/96 e, é adequada à solução dos conflitos empresariais que envolvem grandes somas pecuniárias e exigem elevado nível de especialização. Nesta modalidade impera a vontade das partes no tocante à escolha do procedimento e da legislação que se quer aplicar ao caso, aspecto fundamental do instituto, visto que é bastante utilizado em contratos internacionais. Aqui as decisões são proferidas por um árbitro escolhido pelas partes e a sentença é definitiva, podendo ser executada coercitivamente em caso de recalcitrância, mediante intervenção do Poder Judiciário.

Estas formas de resolução de conflito serão abordadas em tópicos distintos com apontamento de suas características e particularidades no intento de possibilitar a visão das vias existentes para bem resolver os conflitos, vale dizer, oferecer respostas adequadas em termos de celeridade e satisfação dos interesses envolvidos.

Entendendo que, as formas de resolução dos conflitos visam atribuir o justo a quem o clama, optou-se inicialmente, por discorrer sobre os tipos de conflitos de interesses existentes no seio da sociedade, perpassando pelas diferentes acepções da expressão aceção à justiça, para só então discutir sobre os referidos meios adequados de resolução de conflitos e evidenciar o amparo legal de cada instituto, bem assim como sua utilização na prática, aceitação e resultados.

2 DO CONFLITO DE INTERESSES

Nas relações sociais existem duas distintas situações: as que se apresentam harmônicas e as que se conflitam. A primeira é a regra, pois a sociedade segue naturalmente sua caminhada e as pessoas de forma geral procuram portar-se com moderação dentro dos parâmetros de sensatez e bom senso, mantendo o respeito aos direitos e procurando atender às justas pretensões, ou, como diria Thomas Hobbes, dando cumprimento ao contrato social.

O conflito é a exceção e ocorre quando o almejado equilíbrio social não é atingido. Pode perpetuar-se ou ser resolvido. Se resolvido, restabelece-se a harmonia. Resulta da percepção da divergência de interesses, é um fator pessoal, psicológico e social, que deságua no direito apenas por opção política da organização social, variando essa intervenção do Estado conforme variam todos os demais fatores históricos, políticos e geográficos.

Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto[2] citam Simmel, aduzindo que este autor parece resumir a importância sociológica do conflito quando afirma que, assim como o universo precisa de “amor e ódio”, de forças de atração e de forças de repulsão para que tenha uma forma qualquer, também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e de competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis. Sociedades definidas, verdadeiras, não resultam apenas nas forças sociais positivas da inexistência de fatores negativos que possam atrapalhar. A sociedade, tal como se conhece, é o resultado de ambas as categorias de interação (positivas e negativas), que se manifestam desse modo como inteiramente positivas.

Os motivos que dão azo à formação dos conflitos podem ser de ordem diversa, mas, reverberam em torno de pontos comuns implicando fundamentalmente em lutas entre duas ou mais pessoas acerca de valores, posição ou recursos. Não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evitá-lo ou a suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.

Por fazer parte do cotidiano da humanidade, o posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida, chamado assim de conflito de interesse, por si só, não tem relevância jurídica, pois é possível que aquele que possui interesse se conforme com a sua insatisfação. Caso não se instaure a conformação, é possível que tome uma atitude qualquer para obter o bem da vida objeto do conflito, exercendo, então, a *pretensão*. Após a manifestação de ver resolvida sua *pretensão*, ainda é possível que nenhum obstáculo impeça a satisfação do seu interesse.

Veja que há várias possibilidades de que as divergências sobre a destinação de um mesmo bem, quando objeto de desejo de sujeitos diversos, venha a ser resolvida de forma

pacífica. Ao menos que aquele que poderia satisfazer o interesse lhe obstaculize, não haverá a *resistência*, que é o elemento que qualifica a pretensão, dando surgimento à lide.

Nesse sentido, a relação entre a pessoa e o bem é qualificada de *interesse*, enquanto *conflito de interesses* ocorre quando duas pessoas possuem interesse sobre o mesmo bem, e, a *lide* se instaura quando a pretensão se faz resistida, ganhando aqui relevância jurídica instigando à busca de melhores formas para sua resolução.

Observando, ainda, que o interesse sobre o mesmo bem pode ser exercido individualmente, por um grupo de pessoas ou por uma coletividade, na sequência serão abordados os tipos de conflitos e sua natureza conforme o quantitativo de interessados.

2.1 TIPOS DE CONFLITOS

Os conflitos podem ser individuais ou coletivos (*sentido lato*). Os *conflitos de ordem individual* ocorrem entre pessoas determinadas que são os sujeitos singulares ou litisconsorciados e estão sujeitos à jurisdição singular. Já os *coletivos* pertencem a um gênero do qual fazem parte os direitos difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

As conceituações dos direitos coletivos podem ser extraídas dos incisos contidos no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. A definição de direitos difusos é apresentada no inciso I, do referido artigo, cujo texto preceitua serem estes “transindividuais de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” No inciso II encontra-se a definição para os direitos coletivos, qual seja: “transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”. Os direitos individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, conforme o contido no inciso III.

Nos direitos difusos e coletivos estrito senso, há indivisibilidade do objeto, já nos direitos individuais homogêneos o objeto se faz divisível. Quanto ao aspecto subjetivo, a titularidade será determinável quando se tratar de direitos coletivos estrito senso e direitos individuais homogêneos, uma vez que atingem a um contingente quantificável de indivíduos. Em se tratando de direitos difusos a titularidade é indeterminada, pois se refere à sociedade como um todo.

Estes direitos massificados, por sua natureza, ensejam tratamento isonômico aos jurisdicionados no sentido de prevenir a pulverização do conflito em múltiplas e repetitivas ações individuais.^[3] Para tal, encontram-se disponíveis instrumentos de jurisdição coletiva, adequados à sua satisfação, exemplificativamente: a Ação Popular, Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo e outras ações coletivas, previstas não somente na Lei 7.347/85, mas também no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

Estes instrumentais se fazem inquestionáveis aliados na resolução de um grande número de pretensões por intermédio de uma única ação de tipo coletivo, cujo resultado final se expandiria *erga omnes* ou *ultra partes*, não fosse a flagrante resistência em nome de posturas conservadoras infensas a novas propostas e experimentos.^[4] Em consequência de tais posturas, seguem os sujeitos na busca de um mesmo propósito fazendo-o de forma isolada, contribuindo para o abarrotamento e ineficácia do Poder Judiciário, em infinitas ações repetitivas do tipo individual que sofrem com a postergação do desfecho do processo e correm o risco de contradições (lógicas e práticas) entre os planos coletivos e individuais.

Esta forma de compactar múltiplas demandas individuais em ação única, é tratada por Kazuo Watanabe de tutela judicial *molecularizada*, assim entendida aquela que compreende as *demandas átomos*,^[5] apresentando-a como única solução viável para a resolução efetiva das controvérsias que assumem o gênero coletivo. Tais formas possuem o condão de prevenir a pulverização do megaconflito, e, em seu auxílio exsurge os julgamentos de ações múltiplas e repetitivas por meio de mutirões de mediação e conciliação.

Em tópico oportuno será demonstrado que o conflito por sua natureza exerce uma *vis attractiva* sobre a forma de sua resolução. A acuidade para detecção do meio adequado garante ao episódio temporário de discórdia, desfecho positivo no qual restam apaziguados os ânimos e duradouras as relações.

2.2 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA OBTENÇÃO DE UMA TUTELA EFICAZ

O acesso à justiça se faz tópico importantíssimo de estudo, tal que dele decorre a possibilidade de os indivíduos terem suas pretensões satisfeitas, no caso de estas sofrerem resistência no cumprimento por parte de quem se incumba à prestação. Ou seja, os bens da vida consagrados à existência digna, restarão assegurados se ameaçados, ou, sujeitos às escoriações, subtrações, e, toda sorte de percalços que possam assolá-los. É necessário que haja garantia de que não serão arrematados injustificadamente sem que haja mecanismos que os protejam. Enfim de que a dignidade humana reste assegurada.

Não é à toa que Mauro Capelletti^[6] eleva este princípio ao topo da pirâmide dos direitos: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”

A expressão “acesso à justiça” perpassa por diferentes perspectivas, indo da simples compreensão de ingresso do indivíduo em juízo, evolui para configurar-se em instrumento de jurisdição na realização dos direitos até chegar à concepção de instrumento ético para realização da justiça. No primeiro sentido, trata-se de mero poder do exercício da ação desconsiderando o fator sócio-político e imbuído de visão unilateral, pois refere-se apenas à posição do autor da demanda. Já quando permeado do sentido instrumental, restam definidos os seus escopos sócio-político-jurídico, ressaltando o processo como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, e vai além, eleva o direito substancial como um dos fins a serem alcançados pela atividade jurisdicional. Atualmente, o preceito não se sustenta apenas com o simples ato de ingresso em juízo, eis que compreende toda atividade jurídica desde a criação de normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça.^[7]

Mauro Capelletti ao contextualizar a evolução do conceito teórico de acesso à justiça afirma que:

“[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

[...] O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.”^[8]

De todo exposto, impende que a eficácia da tutela dos direitos depende diretamente da ampliação de meios disponibilizados para satisfação das pretensões, possibilitando não somente o acesso, mas também a saída da justiça. Para tal, há premente necessidade da disponibilização de um portfólio de mecanismos de resolução dos conflitos, posto à disposição dos litigantes, possibilitando uma resposta qualitativa, fornecida em tempo razoável e nos moldes adequados à natureza do conflito.

Desde há muito se busca um processo de resultados que seja hábil a prestar a efetivação da tutela perseguida pelos jurisdicionados. Abaixo será feito um resgate histórico de como se desenvolveram os mecanismos de proteção aos bens jurídicos da vida.

2.2.1 Breve Histórico Acerca da Tutela de Bens e do Acesso à Justiça

É inegável que a tutela de bens jurídicos se configurou de diversas maneiras ao longo da história.

Nos primórdios das sociedades, como é sabido, os indivíduos de *per si* resolviam seus conflitos, uma vez que não havia normas disciplinadoras, tampouco órgão estatal com soberania e autoridade para garantir o cumprimento do direito. A esta autonomia de resolução denominamos de autotutela, na qual os indivíduos utilizavam seus próprios meios e forças na proteção de seus interesses.

Posteriormente, surge a pessoa do árbitro para auxiliar na resolução da lide. Os litigantes elegiam pessoa de conhecida idoneidade, geralmente anciãos e sacerdotes, e, a eles confiavam a tomada da decisão almejada.

O início da participação do Estado na resolução da lide surge com o instituto da *litiscontestatio*, traduzida no compromisso que as partes assumiam perante o pretor de acatar a decisão advinda do árbitro, que passa a atuar imbuído do encargo oficial, não obstante ainda escolhido pelas partes.

Somente após o período clássico do Direito Romano, com o fortalecimento do Estado é que sua participação na resolução dos conflitos entre os indivíduos ganhou dimensão significativa. Dentre as mudanças que se seguem, podem ser mencionadas exemplificativamente as seguintes: o Estado passa a nomear o árbitro para decidir as demandas surgidas; a arbitragem que era facultativa, passa a ser obrigatória; o Estado passa a ditar as regras abstratas para servir de base às decisões, evitando que elas fossem arbitrárias e subjetivas (como por exemplo, a Lei das XII Tábuas, do ano 450 AC).^[9]

Após os períodos arcaico e clássico, completa-se o ciclo de passagem da justiça privada, fase *ordo iudiciorum privatorum*, para a justiça pública, período conhecido por *cognitio extra ordinem*, quando o pretor deixa de nomear o árbitro e passa a decidir os conflitos surgidos.

Neste sentido, Araujo Cintra, Grinover e Dinamarco^[10] expõem:

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

É certo que tais períodos históricos não se apresentaram de forma inequívoca e com delimitação estanque, o que implica em dizer que as formas de resolução dos conflitos e suas respectivas tutelas não se deram de forma absolutamente separadas, havendo a sua coexistência de formas em determinados períodos. Luiz Wambier, Eduardo Talamini e Flávio Renato Correia de Almeida^[11] observam:

“Estas fases não ocorreram marcadamente destacadas uma da outra, modo que se possa enxergá-las, num olhar voltado para o passado histórico, absolutamente separadas uma das outras. Não houve marcos divisórios nítidos, precisos, entre essas diferentes fases, correspondentes a distintos modos de solução de conflitos admitidos pelas diversas sociedades ocidentais. A história mostra que, em quase todos os momentos, estes sistemas conviveram uns com os outros, ora com a predominância de um, ora com a predominância de outro”.

Após a assunção monopolizadora do Estado na resolução do litígio, houve transposição de longo percurso na busca de soluções adequadas.

Mauro Cappelletti[12] subdivide em três momentos chamando-os de ondas de movimento do acesso à justiça. A primeira solução apontada pelo autor foi a assistência judiciária para os pobres; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses 'difusos', especialmente na área de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o 'enfoque de acesso à justiça', que inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, oferecendo múltiplas alternativas na tentativa de atacar diretamente as barreiras, em geral que impedem o acesso à justiça, de modo mais articulado e compreensivo.

Após as três ondas preconizadas por Cappelletti, surge uma quarta onda de reforma no movimento de acesso à justiça pretendendo expor as dimensões éticas dos profissionais operadores do direito e indicando importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico.[13]

Roberto Bacellar alude ainda à existência de uma quinta onda cuja abordagem se dá em relação à saída da justiça, quando os conflitos já foram judicializados, tratando da disponibilização de métodos ou meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado. Este contexto é denominado pelo autor de acesso à justiça como acesso à resolução adequada do conflito.[14]

O Brasil informa Grunwald[15], há muito se preocupa com a barreira obstaculizadora do acesso à justiça: a barreira econômica. A representação dos indivíduos em juízo de forma a viabilizar o acesso à justiça, não apenas aos mais afortunados, mas sim, a todos os cidadãos, remonta às Ordenações Filipinas que vigoraram no Brasil até o ano de 1916. Nas Ordenações, clara era a disposição acerca da representação gratuita em juízo quando dispunha no Livro III, Título 84 parágrafo décimo que:

"em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o *Pater Noster* pela alma *del Rey Don Diniz*, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos réis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o gravo."

As primeiras Constituições Brasileiras mostraram-se omissas em relação ao tema. Assim, a Carta de 1824 e a Constituição de 1891, não comportaram preceitos no que se refere à garantia de gratuidade no acesso à justiça, que somente foi introduzida em nosso ordenamento pela Constituição de 1934, cabendo a tarefa ao Estado. Em retrocesso à esta conquista, não tão dedicada apresentou-se a Constituição de 1937, eis que o seu texto não apresentou nenhum dispositivo garantidor do preceito, tarefa que coube ao Código de Processo Civil de 1939, o qual dispôs em seus artigos 68 e seguintes a função protetiva do Estado aos hipossuficientes econômicos.

A Carta de 1934, em seu art. 113, número 32, previa:

"Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos."

Nas Constituições de 1946 e 1967 houve novo retrocesso, já que há menção ao apontado direito, porém, com remissão à Lei superveniente para a sua regulamentação.

Na Constituição de 1967, o tema é abordado no parágrafo 35 do art. 141 conforme segue:

"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados."

Já na Constituição de 1946 o texto que materializa o preceito é o expresso no Art. 150, *in verbis*:

"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

§ 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei".

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a temática foi consolidada com a ampliação de conceitos, sobre o modo daquele relativo ao acesso à justiça. É o que se verá no tópico seguinte.

2.2.1.1 O acesso à justiça na CR/88: uma alusão à Mauro Capelletti

O art. 5º LXXIV, da Constituição em vigor prescreve que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Como podemos observar, da leitura do atual art. 5º LXXIV, verifica-se que não se fala mais apenas em assegurar o direito à assistência judiciária gratuita, tal qual preconizado nas Cartas anteriores, ampliando-se o preceito para prestação da assistência jurídica integral e gratuita.

A assistência judiciária é um dos pilares de sustentação do acesso de todos os cidadãos à justiça, sem a qual a grande maioria da população não disporia de condições de mover o Estado para o cumprimento de sua função jurisdicional, advindo daí a grande relevância deste instituto para a prestação efetiva da tutela jurisdicional.[16]

O novo texto constitucional, tem como base sólida o valor maior da igualdade, que, na lição de Paulo Bonavides[17], assim pode-se ler:

"[...]se converte no valor mais alto de todo sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais. Imprimindo assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores. Neste contexto, há uma sobrelevação dos direitos e garantias fundamentais, ampliando consideravelmente o acesso à justiça, sendo a assistência judiciária gratuita, apenas uma de suas formas".

Em complementariedade, faz-se bastante oportuna a exposição da Professora Ada Pellegrini Grinover[18]: "Pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência universal rumo à diminuição da distância entre o povo e a justiça".

A Constituição Brasileira é abundante em preceitos e disposições que fundamentam o direito de acesso à prestação jurisdicional.

Dalmo Dallari[19] expõe que:

"A nova Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, avançou muito no sentido do reconhecimento e da proteção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, criando vários instrumentos novos para que as camadas da população tradicionalmente discriminadas e marginalizadas também tenham reconhecidos e judicialmente protegidos seus direitos."

Ao longo de todo texto constitucional pode-se identificar os fundamentos de uma ordem cidadã. Começando pelo art. 1º, III, vê-se que é estabelecida como fundamento da República a dignidade da pessoa humana.

Dando seqüência, no art. 3º, incisos I, III e IV, e no art. 5º, caput, a CR/88 estabelece que constitui objetivo fundamental da República do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização e promovendo o bem de todos, que são iguais perante a lei, sem preconceitos de origem, sexo, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Trata-se do princípio da isonomia, já previsto nas Constituições anteriores, mas fortalecido na Carta atual. O art. 5º ainda contempla o direito de petição em defesa de direitos - inciso XXXIV, "a" -, o processo e decisão pela autoridade judiciária competente - inciso LIII -, o devido processo legal - inciso LIV -, o contraditório e a ampla defesa, seja no processo judicial, seja no administrativo - inciso LV. Assegurou, ainda, a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos - inciso LXXIV.

E, a teor do § 2º do art. 5º da CF/88, os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Sobre este último, consoante o novo § 3º, do art. 5º, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, se, o decreto legislativo que referenda o texto do tratado, for aprovado pelo quórum e forma de votação das emendas constitucionais (art. 60, § 2º), o tratado terá *status* de norma constitucional.

Continuando sobre a contribuição da Emenda Constitucional nº 45, esta acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição, segundo o qual "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

O direito ao processo no prazo razoável dá eficácia ao princípio do acesso à justiça, na medida em que não basta garanti-lo. O que se almeja é ter uma ordem justa acessível a todos.

Acerca da apontada Emenda Constitucional nº 45, explica Paulo Bonavides[20]:

"Essa Emenda criou o Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público, e instituiu a chamada "súmula vinculante" [...]. Extinguiu os tribunais de Alçada, ampliou a competência da Justiça do trabalho, deu autonomia administrativa às Defensorias Públicas, previu a justiça itinerante [...] e a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias, podendo os Tribunais de Justiça, os Tribunais do Trabalho e os Tribunais Regionais Federais funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras Regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo".

Nesta esteira, Babyton Pasetti[21] traz importantes pontuações feitas por Araken de Assis, sobre o tema:

"Há que se distinguir três institutos fundamentais da garantia de acesso gratuito à justiça, a saber: a assistência jurídica integral, a qual compreende a consulta e a orientação extrajudicial, representação em juízo e gratuidade do respectivo processo; a assistência judiciária, composta do serviço público organizado consistente na defesa em juízo do assistido que deve ser oferecido pelo Estado, podendo ainda ser desempenhado por entidades conveniadas com o Poder Público - como exemplo desta modalidade os Escritórios Modelos das Universidades de Direito que prestam tal serviço à população carente - e, finalmente, a gratuidade da Justiça, ou seja, a gratuidade de todas as despesas e custas do processo."

O fundamento jurídico do princípio da gratuidade, por sua vez, está inserto na CF/88, art. 5º, LXXIV, além de encontrar guarida no art. 134, segundo o qual "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º,

LXXIV.” Também já se fazia presente em nosso ordenamento, pelo texto da Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1.950, em seu artigo primeiro onde se lê: “Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.”

Aqui, há que se proceder a uma distinção de ordem taxionômica, que deu origem aos institutos da justiça gratuita, assistência judiciária gratuita e assistência jurídica gratuita. A primeira apresenta o preceito em seu aspecto *lato*, abarcando as outras duas formas de gratuidade: *judiciária*, compreendendo taxas e emolumentos, e *jurídica*, que comporta os honorários advocatícios e sucumbenciais.

Concatenando às ondas de Capelletti os movimentos de reforma ocorridos no Brasil na busca de propiciar melhores soluções, pode-se dizer, que a apontada garantia de gratuidade refere-se à primeira onda, a qual se identifica com a inclusão dos desafortunados. É de ver que “a Constituição Federal vigente assume a prestação da assistência jurídica, englobando o auxílio judicial e extrajudicial, consagrando esta norma como diretriz entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, por integrá-la ao inciso LXXIV do art. 5º”. [22]

A segunda onda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação da tutela dos “interesses difusos”, especialmente os respeitantes aos consumidores e os pertinentes à higidez ambiental, abarcados, na Constituição Brasileira, pela ação civil pública.

E, por fim, a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização. [23]

2.3 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E AS MEDIDAS ADOTADAS: DESLINDES E ARMADILHAS DE PERCURSO

Na perspectiva do quanto foi apontado anteriormente, pode-se afirmar que há um processo dinâmico, apto a propiciar a todos um encurtamento da distância da efetiva justiça quando do surgimento de conflitos, seja no que tange ao alargamento das vias para os menos favorecidos cultural ou economicamente, seja pela abrangência de um número maior de beneficiados quando falamos de direitos difusos, e até pelas providências surgidas quanto à simplificação dos aspectos procedimentais existentes e implementação de novos.

Não obstante a adoção de providências que propiciam uma maior abertura das vias de acesso à Justiça, uma grande insatisfação permeia a sociedade, que continua sedenta de soluções qualitativas e à margem das soluções mencionadas.

Estes fenômenos ocasionados pela ampliação das portas de acesso à uma ordem jurídica justa, não foram devidamente acompanhados do aumento do número de juízes, como se verifica em publicação recente da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Nesta publicação intitulada “a Justiça Federal em Números”, encontra-se, entre outros dados, a demonstração de que do ano de 1989 até 1999 o aumento do número de processos foi de 159,2%, enquanto que o crescimento do número de juizes foi de 36,5%, ficando evidente que a organização judiciária não foi preparada para essa nova situação.” [24]

Da análise da adoção de medidas que visam propiciar um alargamento das vias de acesso ao Poder Judiciário, tal qual a instituição do juizado especial, cuja característica se funda na gratuidade da justiça e desnecessariedade de advogados, fica a reflexão que nos propõe Mauro Cappelletti [25] no sentido de ser necessária maior acuidade na adoção de tais medidas, bem como atentar para o viés negativo, e, as armadilhas que delas podem decorrer.

“[...] as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogados em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora tentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam bem-sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes”.

Assim, para além da questão dos custos dos processos que resultam em uma labuta pela assistência gratuita, a adoção de medidas que ampliam o acesso da massa populacional, sem a correlata e devida ampliação da estrutura do Poder Judiciário, redundam, sem dúvida, no empenramento da máquina e sua lentidão. Daí mais um fator que promove sequelas aos que vierem a necessitar da tutela jurisdicional.

Conforme a exposição de Pasetti [26]:

“A demora na prestação da tutela acaba gerando uma prática que, infelizmente, vem se tornando costumeira na militância diária do foro; aqueles que têm algum direito violado por outrem e não possuem condições de esperar pela justiça, acabam realizando acordos muito mais favoráveis aos demandados (v. g. na Justiça do Trabalho, onde os reclamantes realizam acordos por valores quase que insignificantes, tendo em vista suas necessidades precípuas de sobrevivência não poderem aguardar o desfecho das reclamatórias propostas).”

Sobre a lentidão exacerbada vivida em nossos Tribunais, o juiz José Renato Nalini [27] conclui que “A demanda abriga carga autônoma de aflição, além daquela que lhe deu origem: é a perda de tempo, fazendo prolongar a angústia realimentada pela incerteza quanto ao seu destino.”

Feito reflexo da delonga existente na resolução das lides é a intensificação do estado de ânimo das partes. Quando surge a necessidade de exposição da pretensão a um terceiro e dele não advém uma apreciação do pedido, não ao menos tempestivamente, há um efeito reverso e perverso promovendo a inculcação do cancro, em detrimento de sua extirpação.

Nesse sentido, Mancuso [28] faz sua ponderação do (des)valor sobre a duração excessiva do processo nas formas adjudicadas de resolução de controvérsia:

“A solução adjudicada vem impregnada do peso da intervenção estatal, que, ao par de acarretar uma duração excessiva do processo, resulta em acirrar os ânimos já antes inflamados pela judicialização da controvérsia, ao final convertendo os contraditores em vencedor e vencido, e assim contribuindo para exacerbar a contenciosidade ao interno da coletividade.”

Esta forma adjudicada de resolução de conflito, não obstante sua ineficácia quanto a extirpar a raiz do problema, resta estimulada em prol de um fadado e incompreendido “exercício de cidadania” que assim se faria consumado.

Continua o autor [29] a expor sobre o equívoco da leitura que vem sendo feita em relação ao instituto:

“O discurso básico e recorrente busca atrelar a intensidade do acesso à Justiça ao exercício da cidadania, levando a uma avaliação calcada numa base meramente quantitativa: o número absurdo de processos judiciais pendentes representaria, da parte do Estado, abundância da oferta de justiça, e, da parte do jurisdicionado, exercício de cidadania na expressiva demanda pelo serviço judiciário estatal. [...] segundo números divulgados pelo CNJ, os processos judiciais em andamento já ultrapassaram a casa dos setenta milhões, com ênfase para o aumento de três milhões entre 2007 e 2008.”

Pois bem, houve uma elevação de demandas que não foi devidamente acompanhada do incremento nas estruturas de provimento. Como já exposto, o Estado não está alheio tampouco inerte. Têm sido repensado o processo e o procedimento e na tentativa de administrar o panorama caótico, e, obter alguma celeridade, algumas das medidas adotadas são manifestamente temerárias. Duas vertentes se apresentam nesta esteira: uma que atua na promoção de maiores dificuldades no acesso aos Tribunais da Federação e outra que massifica as decisões para obstinadamente provocar extinção rápida dos processos nos presenteando com a tão aclamada justiça célere. Sobre este presente, Reale Junior [30] assim se posiciona:

“Nada pior do que a injustiça célere. Ai reside a verdadeira denegação da justiça. E é isto que pretende a Reforma, ao alçar, sem critério de realidade, a celeridade como valor primeiro da prestação jurisdicional. Se hoje poder-se-ia afirmar que a justiça tarda, mas não falha, doravante parafraseia-se: a justiça será breve, mas falha.”

Diante do que acima se expôs, verifica-se a existência de um paradoxo quanto ao tempo do processo: Se demasiadamente lento, perde-se no espaço o objeto da lide servindo apenas para acirrar os ânimos, e, se forçadamente célere atende apenas numericamente em detrimento do resultado efetivo que se almeja.

Figueira Junior [31], diz que se investigar as causas desta crise judiciária instaurada, constatar-se-á, sem maiores dificuldades, que ela se encontra intimamente ligada a fatores de profunda modificação nas órbitas social, política e econômica, assim como vinculada à crise jurídica. Queiramos ou não, a questão judiciária é, antes de tudo, uma complexa questão política.

Desta forma, cientes de que não se trata de um episódio isolado, cuja desconformidade é de fácil superação, cabe adoção de “nova roupagem” no combate à crise. Ao invés de promover medidas que atacam o excesso de demandas, que acabam judicializadas, adotar mecanismos que propicie trabalhar o real motivo (pano de fundo), removendo de forma perene a insatisfação.

O chamado à reflexão, feito por Joel Dias Figueira Junior [32], se faz tempestivo e convoca a uma assertividade na escolha dos meios de resolução das controvérsias:

“Vale lembrar que as cortes estatais de justiça não são os únicos foros para a resolução dos conflitos ou disputas e a busca da satisfação de pretensões resistidas ou insatisfeitas, mormente pela circunstância dos elevados custos e da demora da prestação da tutela jurisdicional oferecida pelo Estado-juiz, dentre outros entraves.”

Ao instruir sobre a existência de meios diversos e adequados à resolução dos conflitos que surgem no interno da sociedade, criam-se vias vicinais, porém não menos importantes, por onde se escoarão a demanda em conformidade com suas especificidades, vislumbrando um resultado peculiar e mais satisfatório tal que mais adequado.

Há sensibilidade por parte da população para a utilização de meios diferenciados de resolução de conflito.

Herlinger [33] apresenta anexa a sua dissertação, amostragem de entrevista relacionada à credibilidade na justiça, e, dentre os gráficos gerados, um deles é bastante interessante para o quanto vem sendo afirmado no presente trabalho, pois parte da variável relativa à aceitabilidade dos entrevistados pelos meios alternativos de resolução de conflitos.

Seguem nos anexos “E” e “F” a amostra utilizada para coleta das entrevistas e o gráfico resultante das respostas às perguntas formuladas.

É notória a necessidade de superação da exacerbada e irrealista percepção do acesso à Justiça, assim, “restariam para o judiciário, em registro *residual* (o *last resort*, referido na experiência norte-americana), as controvérsias que, em razão de fatores tecnicamente consistentes (complexidade da matéria, peculiaridade das partes, inviabilidade de solução por outras formas ou esgotamento delas, ações ditas *necessárias*), efetivamente exijam *passagem judiciária*.”[34]

Talvez aqui se vislumbre a existência de um caminho que, ao trilhado redunde ao menos que parcialmente, no sonhado acesso à uma ordem justa.

3 A FORMA ADJUDICADA E O PROCEDIMENTO ARBITRAL: ADEQUAÇÃO E SUSTENTABILIDADE DOS INSTITUTOS

3.1 DO PROCEDIMENTO ESTATAL

O processo estatal encontra-se em franca remodelação no intento de superar a crise instaurada que ultrapassa as esferas do Poder Judiciário. E é o resultado de uma crise de autocompreensão do direito, consubstancia-se na ideia da impossibilidade ou falibilidade de legitimação da ampla tutela preconizada constitucionalmente.

Tal constatação pode ser explicada no fato de que o sistema judicial brasileiro contempla o Poder Judiciário como órgão oficial para resolução de conflitos, sendo a forma jurisdicionada o meio de resolução por excelência.

Ocorre que, como dito no item 2.2.1.1 acima, com o advento da CR/88, houve um substancial incremento de direitos e garantias, bem como foram instituídos mecanismos viabilizadores para dar-lhes eficácia. Consequentemente, o número de demandas excedeu em muito à capacidade estrutural do Poder Judiciário. Tudo isto somado ao fator de insatisfação com as decisões judiciais, cujo reflexo é traduzido na substancial quantidade de recursos promovendo a permanência do feito na esteira judicial, redundou no congestionamento da via judicial e correlata morosidade e ineficácia.

Com tal realidade houve, pode-se afirmar, o cumprimento do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição em detrimento, contudo, do princípio da razoável duração do processo. Nesse sentido é que Bacellar[35] expõe: “de nada adianta ter monopólio de todas as causas, para mantê-las em estoque e não julgá-las, descumprindo o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88)”.

Referido problema não passou despercebido aos olhos do Estado e, felizmente, ele não foi indiferente às necessidades de reformas visando incrementar suas estruturas no âmbito do Judiciário. É o que se viu com a instauração dos juizados especiais de pequenas causas em novembro de 1984 pela Lei 7.244, e, as varas especializadas. Estas estruturas foram disponibilizadas para recepção das lides em conformidade com sua natureza. Também, deve-se mencionar o mecanismo de adoção de súmulas vinculantes, as quais têm como objetivo a busca de iguais soluções para casos idênticos, de modo a desafogar, sobremodo, o volume de ações junto ao Supremo Tribunal Federal. Houve ainda a criação do Conselho Nacional de Justiça cuja incumbência é o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário bem como o zelo pelos princípios da administração pública.

Contudo, com a percepção de que o nó estrutural é uma das variáveis, porém, não a única, se fez necessário verticalizar a atenção na compreensão da motivação de fundo existente, vale dizer, os aspectos psicológicos envolvidos na maior parte das demandas, pois do contrário, resta comprometida a promoção da pacificação social porque ficam resolvidos apenas os seus aspectos processuais.

Neste contexto a sentença judicial não atende ao quesito de satisfação, afóra a demora demasiada, atende à resolução dos aspectos processuais restando remanescente o aspecto psicológico, permanecendo latente a discórdia, ou seja, insuficiente e intempestiva. Isto posto, fica comprometida a finalidade precípua da justiça, a saber, a promoção da pacificação social. Daí que, o processo carece de outras medidas e outra concepção para prover o justo na justa medida. Para este fim, há que se buscar meios que exerçam a complementaridade necessária ao pleno exercício de suas funções, pois “os inevitáveis conflitos não podem ficar sem solução e por isso precisam encontrar o melhor caminho para serem administrados, desfeitos, transformados, extintos, modificados, solucionados ou compatibilizados.”[36]

Acerca do monopólio da jurisdição, aponta Bacellar[37] que é melhor fazer bem feito, de forma célere adequada e eficaz, o que é plenamente possível, do que exigir monopólio, não estimular a proliferação de outros meios e deixar de atender o cidadão em face do acúmulo de processos decorrentes deste mesmo monopólio que se quer assegurar.

Para além da questão do monopólio da solução adjudicada, há o oligopólio dos meios adversariais que permeiam o processo estatal. Faz-se necessária, então, real abertura que possibilite a inserção de meios não adversariais internos ou externos ao processo na resolução das lides já judicializadas, ou, ainda, de forma a prevenir sua judicialização.

Com a adoção de tais diretrizes, o sistema adjudicado adquire um perfil híbrido, com formas consensuais e impositivas tramitando concomitantemente e em paralelo. No primeiro caso, ocorrem triagens com encaminhamentos internos para a conciliação e a mediação endoprocessual e, no segundo caso, há o encaminhamento para que a controvérsia seja resolvida fora do sistema jurisdicional, porém, por intermédio de soluções juridicamente corretas, tais quais, a mediação privada e a arbitragem.

O encaminhamento de questões relativas a divergências de interesses, ruídos de comunicação, dentre outras, podem encontrar melhor solução por outros métodos que não aqueles adversariais, originados no modelo público tradicional desenvolvido perante o Poder Judiciário. Com isso, o sistema como um todo pode cumprir o seu papel com maior eficiência e em tempo razoável, já que àquele modelo tradicional, qual seja, a forma adjudicada, ficam reservadas as causas mais significativas, que exijam o controle da legalidade nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos.[38]

Esta resignificação no fornecimento da prestação dos serviços destinados à promoção de uma ordem justa está inserida em um conceito de administração pós-moderna, com capacidade de adaptar-se às mudanças que ocorrem no contexto tempo-cultural (ambiente) e, de reagir às lições trazidas pelas experiências negativas, projetando, passo-a-passo, as alterações na sua estrutura e no seu comportamento organizacional.[39]

Mas, independentemente do estímulo que se dê aos meios alternativos, ou adequados, de resolução de conflitos, a preservação da legitimação, da autonomia e independência do Poder Judiciário é essencial para o regular funcionamento das instituições e para a garantia dos direitos do cidadão.[40]

O fato é que, de nada adianta conceder ao povo garantias formais sem nenhuma efetividade no seu dia-a-dia. Há que se deixar para trás a promessa de acesso apenas formal à justiça e visualizar um novo acesso à solução adequada dos conflitos dentro de uma ordem jurídica justa, acesso esse encarado a partir da percepção do próprio cidadão.[41]

A reestruturação do processo, ao inserir em seu bojo meios de resoluções de conflitos que precedem à sentença adjudicada, vem adequá-lo, indubitavelmente, às necessidades para o fiel cumprimento de sua finalidade, a saber, a promoção da justiça.

3.2 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A arbitragem, bem como a mediação, pertencem às formas de solução de conflito que ocorrem na esfera privada, não obstante possam existir enquanto fases do processo estatal. Assim, temos a arbitragem comum, regulada ordinariamente pelo disposto na Lei 9.307/96, Lei da Arbitragem (LA), conhecida como Lei Marco Maciel, e a arbitragem especial (endoprocessual) que ocorre nos juizados especiais.

O instituto da arbitragem manifesta-se na forma de solução heterocompositiva na qual a solução provém de um terceiro imparcial. Possui força vinculante e impositiva, tal qual a forma de solução adjudicada, mas difere da mediação, que é um método consensual.

Conforme Carmona[42], conceitualmente, a arbitragem se revela no meio adequado de solução de controvérsias que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre por intermédio da decisão de uma ou mais pessoas detentoras de poder advindo de uma convenção privada, ocorrendo sem intervenção do poder estatal, não obstante a eficácia de suas decisões ser a mesma da sentença judicial.

3.2.1 Da Arbitragem Especial

A arbitragem endoprocessual, que ocorre nos juizados especiais cíveis, encontra guarida nos dispositivos textuais da Lei 9.099/99, artigos 24 e 26, e tem por finalidade absorver as causas que versem sobre direitos disponíveis de cunho contratual, tal como ocorre com a arbitragem comum. É regida pelo mesmo dispositivo legal, qual seja, a Lei 9.307/96, que não apresenta conflito em relação aos artigos da lei dos juizados especiais já mencionados.

A arbitragem especial é exercida na forma mista de direito e de equidade, pois aqui, haverá exigência de que o árbitro seja um advogado dentre os juizes leigos, atendendo aos quesitos relacionados a tempo de serviço, qual seja, cinco anos de experiência, cuja decisão pautar-se-á nos princípios de equidade. Vale ressaltar que o tempo de experiência vem sendo flexibilizado pelos tribunais, já que desarrazoado se for levado em consideração que é exigido o prazo de três anos de experiência para o exercício da magistratura. Salienta-se, ainda, que nos termos do artigo 26 da Lei dos Juizados Especiais, a sentença proferida pelo árbitro será submetida à homologação pelo juiz togado, fazendo-se então irrecurável.[43]

Bacellar[44] analisa os resultados da aplicação do instituto da arbitragem especial, no Estado do Paraná, no período de 1996 - 2000, cujos dados foram condensados no quadro abaixo:

Ano	Número de arbitragens		Total
	Capital	Interior	
1996	249	1.494	1.743
1997	25	989	1.014
1998	2	857	859
1999			585
2000			326

Diante do painel de resultado exposto, faz-se oportuno a apresentação do texto redigido por Figueira Junior[45] ao posicionar-se pela utilização do instituto da arbitragem

no âmbito dos juizados. Sustenta ser ele totalmente inócuo e adverso ao propósito deste juízo, ou seja, afirma que a arbitragem tem o seu *habitat* natural nas *grandes causas* e não nas causas de menor valor ou complexidade:

“Talvez o único fruto que se possa colher da inserção anômala do instituto da arbitragem no microsistema dos juizados especiais, se assim podemos dizer, seja a sua difusão ou “popularização”, à medida que, paulatinamente, poderá se tornar, se não utilizado, ao menos conhecido”.

Afora esta discrepância de propósito surge o fator da ausência do elemento principal sobre o qual se funda todo o juízo arbitral, que é a renúncia à jurisdição estatal e à opção pela jurisdição privada e autônoma, decorrente de livre estipulação entre as partes.

3.2.2 Da Arbitragem Comum

O procedimento da arbitragem comum se realiza de forma *paraestatal*, com a decisão delegada a particular, mas sob os auspícios e a garantia do Estado, inclusive, com sanções típicas da solução estatal. Desenvolve-se com a presença de árbitros equidistantes das partes, não integrantes do quadro de agentes públicos e, portanto, desprovidos de poder estatal.[46]

Esta forma de resolução pertence à categoria da jurisdição privada, tendo como justificativa a busca de adequação do instrumental processual aos novos tempos, marcados pelo fenômeno chamado de “globalização”. É certo, nesse contexto, uma aproximação normativa da nossa legislação interna com as alienígenas dos povos cultos, reduzindo-se cada vez mais a distância que separa os sistemas de *civil e common Law*, o que já é, aliás, uma realidade vivida em nossos dias. Esta adequação, pode-se afirmar, já tem proporcionado, e cada vez mais proporcionará, com o incremento das formas alternativas de solução de conflitos, mais satisfação dos jurisdicionados na realização do seu direito material violado ou ameaçado. Assim, será alcançada a tão desejada *efetivação do processo*, com todas as garantias constitucionais decorrentes do *due process of law*. [47]

Porém, em benefício da preservação e valorização da arbitragem como instrumento democrático, é indispensável reconhecer que ela tem limitações e não é solução mágica para todas as divergências nem garantia da obtenção de vantagens em qualquer circunstância. É o que será demonstrado no próximo item.

3.2.3 Da Cronologia e do Campo de Aplicabilidade

Em seu artigo *Aspectos Atuais da Arbitragem* DALLARI, faz um resgate histórico do instituto em pauta referindo-se a ‘uma novidade muito antiga’, pois é sabido que o nosso ordenamento jurídico há muito dispõe deste instituto em conformidade com a redação do art. 164 da Constituição Imperial do Brasil, ou seja, a primeira Constituição brasileira de 1824. Esta, tratava do assunto da seguinte forma: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juizes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.”

Pimenta Bueno [48] ao tecer comentários à Constituição do Império, ressalta o conteúdo democrático da escolha de árbitros pelos interessados:

“A nossa lei fundamental, protetora e liberal como é, ao mesmo tempo em que constitui a justiça, os tribunais de jurisdição pública em benefício dos cidadãos, faculta a eles, nos termos do seu artigo 160, o direito de preferir juizes de sua própria escolha, a quem autorizem para que decidam suas questões particulares, e legitima mesmo o compromisso de ser esse julgamento peremptório e sem recurso.”

E quanto às vantagens práticas e conveniências do uso de árbitros acrescenta o autor[49]:

“O juízo arbitral voluntário é com efeito o tribunal mais natural, é o fruto da escolha e aprazimento das partes, sem delongas, sem despesa, sem inimizades e injúrias. A lei não deve impô-lo senão com muita reserva, e só em casos especiais, mas deve garanti-lo, como faz, sempre que proceder de inspiração das próprias partes.”

O dispositivo da arbitragem foi contemplado, também, no Código Civil de 1916, em seu art. 1037, o qual prevê sua utilização nos seguintes termos: “As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”.

Atualmente o instituto vigora em nosso ordenamento jurídico regulado pela Lei 9.307/96, devendo submeter-se aos princípios que lhe são inerentes e atuar em conformidade com os bons costumes e dentro da ordem jurídica.

Há que se ater para o fato de que a arbitrabilidade das causas atende a limitações de ordem objetiva e subjetiva, ou seja, nem todas as causas são arbitráveis, e nem todas as pessoas podem se submeter à arbitragem. São passíveis de solução pela via arbitral os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e para atendimento das pessoas detentoras de capacidade para contratar, tudo em conformidade com o artigo 1º da Lei de Arbitragem.

Portanto, é equivocado pensar na arbitragem como uma espécie de remédio milagroso para todos os males, uma solução ótima para todas as circunstâncias, seja qual for o conflito ou controvérsia. Há inclusive vedação expressa à sua utilização, como é o caso exposto no art. 852 do Código Civil que assim dispõe: “é vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoa de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

São vastas as questões atinentes à aplicabilidade do instituto e algumas de suas hipóteses serão tratadas no presente trabalho, a saber: nas relações de consumo, nas causas em que é interessado o poder público, em questões ligadas ao meio ambiente e no âmbito da Justiça do Trabalho.

No terreno das relações de consumo surge o questionamento quanto à possibilidade de utilização do instituto, devido ao texto do artigo 51, VII do Código de Defesa do Consumidor, o qual preceitua nulidade de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que determinem a utilização compulsória da arbitragem. Para uma boa interpretação do ânimo legislante, a Ministra Fátima Nancy Andrighi[50] assim dispõe sobre o impasse:

“O legislador consumerista, inspirado pelo princípio da proteção ao hipossuficiente, reputou prejudicial ao consumidor a pactuação, em contrato, de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no momento da contratação, faltam informações suficientes ao consumidor para que possa optar, livremente e de forma consciente, pela adoção do procedimento arbitral como meio de solucionar futuro conflito de consumo.”

Finaliza a magistrada pontuando sobre a aparente incompatibilidade entre o dispositivo consumerista e a utilização do instituto da arbitragem:

“Proibiu-se com isso, a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito, havendo consenso entre o consumidor e o fornecedor, seja instaurado o procedimento arbitral.

Assim, constata-se que não há óbice que legal à implementação da arbitragem nos conflitos de consumo.”

Nas causas em que haja interesse do poder público, o impasse se dá em função da clássica questão relativa à indisponibilidade do interesse público. Para tanto, mister a diferenciação entre o chamado ‘interesse público’ primário - objetivo a ser atingido pela administração - e o interesse público secundário - aspecto instrumental ligado à utilização de meios que permitam a consecução do primeiro. Seja sob qual for a vertente do interesse público, aponta Celso Antonio Bandeira de Mello, citado por Bacellar[51]:

“Tudo que diz respeito ao serviço público - portanto condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos -, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares.”

Ainda em conformidade com exposição de Bacellar, diferente posicionamento se tem quando se trata de serviços públicos desenvolvidos por terceiros sob o regime de Parcerias Público-Privadas (PPPs). Sabe-se que estas constituem forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, sendo formalizadas por contrato administrativo de concessão, realizado mediante licitação e regido por lei própria. Em resumo, quando se tratar de serviços relacionados com as metas e objetivos da administração é defesa a utilização da arbitragem, sendo ela possível quando da contratação de terceiros para realização de atividades a serem realizadas sob o regime de PPPs, conforme preconiza a Lei 11.196/2005.

Ainda sobre a indisponibilidade de direitos e a via arbitral para o tratamento das controvérsias, têm-se as questões correlatas ao meio ambiente.

Valdinei Tomiatto[52] em sua tese de mestrado de pós-graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica, defendida em 2011, assim discorre sobre o tema:

“Neste caso, há instrumentos que flexibilizam as consequências da natureza difusa e indisponível do direito ambiental, possibilitando que a administração pública celebre ajustes que podem levar à dispensa da ação civil pública, tais como o termo de compromisso para reparação dos danos ambientais (previsto no revogado art. 6º do Decreto 3.179/1999 - hoje a previsão está contida, entre outros, no artigo 146 do Decreto n.º 6.514/2008) e o compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/1985) bem como resta ainda prevista a transação penal prevista no art. 98, inciso I da CR/88 e art. 72 da Lei do Juizado Especial n.º 9.099/1995, e, ainda, artigo 27 da Lei dos Crimes Ambientais n.º 9.605/1998.”

Sequencialmente, no mesmo trabalho, Tomiatto cita Graça Oscar Couto e Mônica Taves de Campos V. de Carvalho, para elucidar sobre a questão da aplicabilidade da arbitragem nas questões ambientais, as quais, não obstante a flexibilização advinda dos instrumentais acima citados, têm outra conotação em nosso ordenamento:

“No que toca, todavia à solução de conflitos de natureza transindividual pela via da arbitragem, há ainda, no Brasil, a tendência de refutá-la, de plano e por princípios, eis que, como se viu, a arbitragem é legalmente reservada à tutela de direitos individuais disponíveis.

Não obstante, é possível - e desejável - conceber situações em que a arbitragem possa desempenhar papel relevante na solução de conflitos de ordem ambiental. A questão remete à disciplina da responsabilidade civil por danos ambientais, que tantas evoluções têm sofrido em função da indeterminação dos limites espaço-temporais dos danos ambientais, dos efeitos cumulativos e sinérgicos da poluição e de vários outros fatores, que dificultam, enormemente, a imputação da obrigação de reparar”.

Prosseguindo na questão da arbitrabilidade das relações jurídicas em conflito, nas causas trabalhistas, a despeito da inexistência de óbice à sua utilização, os tribunais têm se manifestado negativamente quanto ao seu uso, sobretudo por conta do princípio da hipossuficiência do trabalhador. Veja-se trecho extraído da ementa proferida pelo Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira[53]:

“[...] a vocação protetiva que dá suporte às normas trabalhistas e ao processo que as instrumentaliza, a imanente indisponibilidade desses direitos e a garantia constitucional de acesso a ramo judiciário especializado erigem sólido anteparo à utilização da arbitragem no Direito Individual do Trabalho.”

Assim, considerando as características inerentes à arbitragem pode-se afirmar que diversas áreas são férteis à utilização do instituto. Não obstante os casos onde resta defesa, tem-se um vasto campo de aplicabilidade, tais como nas questões envolvendo as relações de direito empresarial, o direito bancário, o comércio eletrônico, entre outras. E ainda são temas que estão na pauta de julgamento de arbitragens instaladas no Brasil os litígios envolvendo fusões e aquisições de grupos empresariais bem como contratos de construção de grandes obras de engenharia [54]

3.2.4 Dos Pontos Controvertidos

A natureza da arbitragem tem sido desde há muito motivo de discussão, e notória se faz pelos reflexos decorrentes da seguinte classificação.

Há duas correntes mais significativas: uma publicista (processual) e outra privatista (contratualista). Do entendimento desta última decorre que o poder jurisdicional está atrelado à estrutura estatal e não se estende à via arbitral, tal que a decisão proferida nesta esfera faz-se título executivo, não possibilitando a análise de seu mérito pela via judicial. Já a corrente publicista defende a natureza jurisdicional para o instituto da arbitragem, fundamentando sua ideia na equiparação entre a sentença arbitral e a sentença estatal, bem assim na desnecessidade de homologação judicial.

Bacellar[55] apresenta sua defesa calcado na corrente contratualista, pontuando que é na distinção da natureza dos institutos que reside a essência da arbitragem, pois:

“No âmbito da jurisdição, não há, e não pode haver, decisões irrecorríveis: não há, e jamais se admitirá, tribunais de exceção - que não sejam tribunais com poder jurisdicional: não poderá haver julgamentos sigilosos e também, no âmbito jurisdicional, não se pode desprezar o princípio do juiz natural”.

Outro ponto que levanta resistência à utilização do instituto é a questão da abdicção da tutela jurisdicional. Como dito anteriormente, quando da opção pela via arbitral, o Judiciário terminantemente não apreciará novamente o mérito da questão, não resta excluída, entretanto, sua intervenção quanto às irregularidades que possam ocorrer no trâmite do procedimento, nem tampouco para o enfrentamento de recalcitrância que surgir quando do cumprimento das sentenças.

Pertencer a arbitragem à esfera privada, portanto, não significa prover a solução das controvérsias ao arrepio da lei. Embora com menor formalidade e atendendo à manifestação de vontade das partes, haverá ela que se pautar pelo preconizado em seu ordenamento próprio, a saber, a Lei 9.307/1996, e, ainda, pelos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sendo, ainda, defeso atuar em contrariedade com as normas de ordem pública e em desconformidade com os bons costumes.[56]

Os pontos controvertidos que rodeavam o instituto em relação ao possível confronto com a Carta Magna, foram paulatinamente depurados, restando clara sua constitucionalidade, a teor do quanto decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que julgou Recurso de Agravo Regimental em Sentença Estrangeira no processo de homologação (SE 5206-7)[57].

Paralelamente aos empecilhos e críticas quanto à utilização da arbitragem na solução de certos conflitos de interesses, é de se destacar as vantagens daí advindas, o que será abordado no próximo item.

3.2.5 Das Vantagens do Instituto

Dentre as vantagens inerentes ao instituto da arbitragem, Bacellar[58], ressalta: a) a especialidade do árbitro na matéria sobre a qual irá decidir; b) o sigilo dos atos processuais que protegem particularidades pertinentes aos relacionamentos comerciais; c) flexibilidade nas regras de procedimento e critérios de julgamento.

Ainda podemos encorpar o mencionado rol acrescentando o prazo para resolução da lide, uma vez que pelos meios tradicionais de resolução de controvérsias, qual seja, a forma adjudicada, a lide pode esperar anos para ter apreciada a pretensão das partes. Já na arbitragem há um prazo convencionalizado para o término de todo o procedimento, cujo tempo médio é de seis meses, conforme o texto do artigo 23 da Lei da arbitragem:

“A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionalizado, 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.”

Acrescendo as hipóteses de benefícios advindas da celeridade da via arbitral, bem se posiciona Dallari[59] ao dizer que:

“A arbitragem elimina os riscos das delongas protelatórios promovidas por advogados hábeis, possibilitando decisões mais rápidas, o que convém, antes de tudo, àquele que tem um direito contestado e obtém uma decisão favorável mas pode-se dizer que é conveniente a qualquer litigante de boa-fé, pois o esclarecimento definitivo de uma situação de conflito põe termo a incertezas e possibilita a utilização dos recursos materiais, do tempo e da energia para outros empreendimentos. Também para a sociedade como um todo é conveniente a solução rápida de controvérsias sobre direitos, pois um ambiente de harmonia é mais favorável ao desenvolvimento material e, sobretudo, à obtenção da paz social.”

Outro ponto inquestionável que estimula à utilização deste meio é a irrecorribilidade das sentenças. Uma vez proferida pelo árbitro, tem o efeito de coisa julgada, não havendo que se aguardar, indefinidamente, pela estabilidade da causa. Em contratos internacionais ou de grande monta tal ponto é *conditio sine qua non* para a boa fluência da relação.

No terceiro ano de vigência da Lei 9.307/1996, Figueira Junior[60], assim conjecturava sobre o futuro desta lei:

“[...] apesar de tardia, é positiva e merece ser bem recepcionada pelos operadores do direito dos mais diversos seguimentos institucionais, tendo em vista que irá proporcionar, com o passar do tempo, maior agilização ao Poder Judiciário, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica, seja temporal”.

O autor ainda contextualiza a contribuição do instituto assim dispendo:

“A importância da arbitragem reside em ser *mais um* instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa (notadamente nos dias Ode hoje, com a formação de grandes blocos econômicos, com o fenômeno denominado de “globalização” e do incremento das relações comerciais internacionais), que serão conhecidos por profissionais especializados técnica ou cientificamente na matéria, objeto da controvérsia.”[61]

Sendo assim, o autor conclui que a tendência é de que a arbitragem passe a ser adotada como uma via adequada para certos tipos de conflitos, propiciando segurança e celeridade, com poucas consequências negativas quanto à satisfação das partes, tudo dentro dessa ideia de busca de uma ordem justa que está, atualmente, atrelada à celeridade e efetividade do processo.

4 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: O ESTADO DA ARTE

4.1 CONCILIAÇÃO

Conforme definição de Bacellar[62], a conciliação é um processo técnico pertencente à forma autocompositiva, que apresenta formato consensual para resolução do conflito, extinguindo-o mediante consolidação de um acordo. Para tal, um terceiro imparcial por intermédio de perguntas, propostas e sugestões, orienta e auxilia as partes a encontrar soluções que possam atender aos seus interesses.

Historicamente, já na constituição do Império havia estímulos à sua prática, segundo o que constava nos preceitos do art. 161 e 162, cujos textos enfatizam a não iniciativa de qualquer processo sem que primeiro as partes tivessem tentado meios de reconciliação.

O Brasil houve por bem torná-la obrigatória na Carta de 1824, muito embora, posteriormente, tenha sido detectada a extrema onerosidade do instituto e a falta de contribuição para a composição do litígio. Foi, então, abolido, como preliminar obrigatória, na fase republicana.

Já nas Constituições de 1891 e 1934 foi facultado aos Estados legislar localmente sobre matéria processual, ocasião em que São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, e Rio Grande do Sul, inseriram o instituto em seus textos legislativos.

Não obstante manifestar-se claramente arraigada a prevalência da cultura do litígio e da adversidade, houve constante incentivo à conciliação tanto nas Constituições anteriores quanto na atual. Ademais, embora não tenha sido contemplada textualmente no Código de Processo Civil de 1939, restou prevista na lei especial n. 968 de 1949, que tratava do desquite e dos alimentos e, ainda, teve seu espaço garantido no Código de Processo Penal de 1941.

A conciliação pode ser exercida dentro do procedimento judicial, ou fora dele, e é também uma forma de tratamento de conflitos. Em nosso ordenamento jurídico ela é exercida por força de lei, conforme os arts. 125, IV e 447 e seguintes do CPC, que preveem a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais.

Ainda, no artigo 840 e seguintes do citado Código a transação pode ser adotada pelos interessados de forma a prevenir ou terminar litígios, mediante concessões mútuas tendentes à formulação de acordo que redundará em extinção do processo com resolução do mérito. Afora o objetivo da extinção do processo com ou sem resolução da lide, a conciliação decorrente das transações também resultam em prevenção do conflito, no entanto, em regra, pode não ocorrer pacificação.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a conciliação ganhou novo impulso com a edição da lei 9.099/95, a qual instituiu, em seu art. 3º, a competência para a conciliação das causas a eles submetidas. Da mesma forma, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, a conciliação vem prevista no art. 38 da Lei 10.259/01.

Os objetivos da conciliação podem ser de ordem preventiva ou extintiva, ou seja, as partes com interesses diversos devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura já existente. O conciliador sugere, interfere, aconselha, diferentemente, como dito, do que ocorre na mediação, pois o mediador apenas tem a prerrogativa de facilitar a comunicação das partes, sem induzi-las a eventual acordo. Na conciliação, ainda, o conflito exposto pelas partes é analisado sem muita profundidade pelo conciliador, cuja intervenção ocorre no sentido de forçar o acordo.[63]

Enquanto no processo judicial impera a demora e a possibilidade de interposição de recursos das decisões, na conciliação há a possibilidade de extinção imediata da lide, com total independência e autonomia das partes em relação ao mérito do acordo, sem que corram o risco de ganhar ou perder de forma imprevisível, já que há a real possibilidade de discussão dos resultados. Pode-se acrescer aos benefícios citados a desnecessidade de provar fatos e a desoneração das custas inerentes à continuidade do processo pela forma heterocompositiva e adversarial.[64]

Andrea Pachá[65], assim expõe:

“[...] A conciliação preserva a garantia constitucional do acesso à Justiça e consolida a idéia de que um acordo bem construído é sempre a melhor solução. Com a divulgação necessária, é possível disseminar em todo o país a cultura da paz e do diálogo, desestimulando condutas que tendam a gerar conflitos e proporcionando à sociedade uma experiência de êxito na composição das lides”.

Tomando por base o 2º grau de jurisdição no Estado do Paraná, os índices de conciliação têm ficado muito aquém do razoável, não obstante a existência de pontos extremamente favoráveis inerentes ao instituto. Bacellar[66] atribui tais resultados à pouca importância destinada a este meio de resolução de conflito enquanto verdadeiro método consensual, pois ao contrário, acaba sendo considerado apenas como um simples apêndice do processo conduzido pelo método adversarial.

Para melhor visualização, segue o quadro das estatísticas das conciliações realizadas em 2º grau, obtido de dados disponíveis no site do Tribunal de Justiça do Paraná:

ESTATÍSTICA DA CONCILIAÇÃO EM 2º GRAU- TJPR

ANO 2009			
Total de audiências	803		
Total de acordos	230		38,14%
ANO 2010			
Total de audiências	639		
Total de acordos	225		35,21%
ANO 2011			
Total de audiências	597		
Total de acordos	224		37,52%
ANO 2012			
Total de audiências	266		
Total de acordos	99		37,22%
Total de audiências realizadas		2105	
Total de acordos obtidos		778	36,96%

Fonte: Centro de Conciliação do 2º Grau Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao/7>> Acesso em : 23 ago. 2012.

Em sentido diverso, no Juizado Especial Cível, a conciliação é o carro-chefe do microsistema, e o segredo do seu sucesso está na presença dos conciliadores e juizes leigos, que multiplicam a capacidade produtiva dos magistrados[67].

Na mesma esteira têm-se os resultados obtidos no Juizado Especial Criminal, nos quais em muitos casos, a partir da utilização da composição, possibilitou-se o afastamento da necessidade de qualquer punição no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo, as quais são aí resolvidas, consensualmente, de forma harmônica, com o restabelecimento das relações e manutenção do respeito mútuo.

4.2 MEDIAÇÃO

A mediação é, em via de regra, um procedimento extrajudicial, e, normalmente, ocorre após uma tentativa negocial sem a obtenção de êxito ou até mesmo quando resta bloqueada a via negocial, mas, neste caso, sempre precede o início de uma etapa jurisdicional. Embora contrariando a regra, pode ocorrer após a judicialização do litígio, quando as partes resolvem retroceder em suas posições e tentar, a via conciliatória. No primeiro caso temos a mediação incidental e no segundo trata-se de mediação judicial.[68]

Bacellar[69], apresenta o instituto com o seguinte texto:

“Mediação é uma técnica *lato sensu* que destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas.”

O mesmo autor, em sua obra mais recente, *Mediação e Arbitragem*, expõe que além de outras qualificações da mediação, ela representa um método adequado para tratar de situações complexas, tais como aquelas que envolvem fatores emocionais e ligam-se a relações de vários vínculos. Consiste em processo que, como tal, tem de ser desenvolvido passo a passo, com planejamento, técnica e visão interdisciplinar. Por isso, o instituto, quando necessário, se valerá de outras disciplinas, como a psicologia, sociologia, antropologia, filosofia, matemática e física quântica, cujos conhecimentos possam fortalecer sua aplicação.[70]

O processo pode ser realizado à margem de qualquer atividade estatal. Trata-se de uma técnica de negociação processualizada, em que se chega ao acordo de vontades mediante o trabalho técnico convergente a um ponto comum, que leva à conciliação espontânea, aparecendo relevante a atividade dos interessados na busca da solução comum[71].

As partes envolvidas na controvérsia valem-se da ajuda de um terceiro na busca de uma solução de cunho consensual, pois não obstante a participação do interventor, a função deste é ajudar na comunicação através da neutralização de emoções e formação de opções.[72]

Não há, na mediação, foco no alcance de um acordo nem restrição da discussão ao objeto controvertido, e sim permissão, de maneira ampla, para que todos os pontos levantados como questões sejam apreciados. A identificação completa do conflito leva à verdadeira pacificação social, e, por tal, a mediação é o instrumento mais adequado no alcance desta proposta[73].

Warat[74], qualifica a mediação como ética da alteridade que reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento, da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro, ou seja, uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor.

Não obstante a característica informal do instituto, em conformidade com previsão legal do novo CPC (projeto de Lei 166/2010, art. 144, § 1º), o instituto da mediação, bem como o da conciliação, deverão se pautar pelos princípios que lhe são pertinentes, a saber: a) independência; b) neutralidade; c) autonomia da vontade das partes; d) confidencialidade; e) oralidade; e) informalidade. É o que se verá a seguir.

4.3 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PLA 166/2010

Em atendimento ao preconizado no II Pacto Republicano das nações, surgirá o novo Código de Processo Civil, produto da estreita colaboração entre o Legislativo e o Judiciário, no intento de atender ao quesito de proporcionar uma justiça mais célere e, naturalmente, mais efetiva. Esta proposta vem ao encontro do clamor dos cidadãos desde há muito. Para tal, reformas mais profundas foram realizadas tentando atingir o cerne dos problemas processuais[75]. Dentre elas se fez necessária a adoção de medidas que possibilitem a redução do número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Fux[76], nos estudos realizados inicialmente pela Comissão de Juristas encarregados da elaboração do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, assim afirma, sobre a necessidade de adoção de instrumentais que atuem na prevenção do litígio enquanto condição de eficiência para as demais medidas preconizadas no novo instituto:

“A comissão conclui, nas diversas proposições, por dotar o processo, e, *a fortiori*, o Poder Judiciário de instrumentos capazes não de enfrentar centenas de milhares de processos, mas, antes, de desestimular a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas a declarações fundamentais dos direitos do homem, de todas as épocas e continentes, e, ainda, propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que HANS KELSEN expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça. como forma de política pública, no intuito de facilitar o acesso dos brasileiros à justiça, uma vez que se reduzirá o número de demandas e de recursos que dificultam o andamento dos processos. A expectativa é a de que se reduza pela metade o tempo de trâmite de uma ação no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade nos processos.”

Em perfeita consonância com o propósito da nova codificação Fux ainda argumenta que “a Comissão privilegiou a conciliação, incluindo-a como o primeiro ato de convocação do réu a juízo, uma vez que ainda nesse momento o desgaste pessoal e patrimonial das partes é diminuído e encoraja as concessões”.

A fundamentação legal da proposta está citada no projeto do novo CPC em seu artigo 145, o qual trata da realização de conciliação ou mediação, ambas devendo ser estimuladas por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. O § 1º refere que o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio e o § 2º dispõe que o mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo[77].

Ressalta-se a figura dos conciliadores e dos mediadores judiciais, uma vez que deve se tornar peça chave no combate à morosidade da Justiça. Essa expectativa foi registrada durante a primeira sessão de discussão do projeto (PLS 166/10) de reforma do Código de Processo Civil (CPC) no Plenário do Senado. Segundo salientou o relator da matéria, senador Valter Pereira (PMDB-MS), esses personagens terão atuação destacada entre as chamadas “formas alternativas de resolução de conflitos”[78].

Não obstante o destaque previsto para o profissional do mediador, que fora homenageado pelo projeto, dada sua importância na condutividade do futuro da justiça, ainda falta regulamentar especificamente a mediação endoprocessual. Ou seja, a mediação ocorrerá no interno do Poder Judiciário, com natureza judicial, e, ainda assim, o entendimento amplamente majoritário em sede doutrinária, se posiciona no sentido da dispensabilidade do requisito de qualificação técnica. A versão original do PLA 166/10 exigia que o mediador fosse inscrito nos quadros da OAB conforme artigo 137, § 1º. Com o Relatório e o Substitutivo, apresentados em 24 de novembro de 2010, na nova versão do projeto a qualificação técnica dos conciliadores e mediadores passam a ser contempladas no art. 144, § 1º, com a seguinte redação:

“§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.”

Em detrimento do texto referido no § 1º do art. 137 do projeto inicial, restando suprimida a exigência do profissional de advocacia na condutividade do procedimento, como pode ser detectado na transcrição do dispositivo abaixo que assim se apresentava:

“§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.”

Por fim, observa-se que ambos os institutos têm a prerrogativa de executoriedade advinda de seus termos de acordo resultante da conciliação, desde que haja cumprimento dos seguintes requisitos: obediência à forma escrita com posterior homologação (art. 475, “n”, inciso III, do atual CPC, mantido no projeto do novo CPC em seu art. 502, inciso II), ou redução a termo, com a assinatura das partes e de duas testemunhas.

Note-se, porquanto, que houve muito evolução, a sociedade vai se abrindo para as novas formas de composição dos conflitos e o Estado vem desempenhando o seu papel, nada obstante o andar vagaroso.

4.4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

Tanto o instituto da mediação quanto o da conciliação fazem parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Seus pressupostos estimulam soluções adequadas, em múltiplas portas, mesmo antes do ajuizamento das demandas, e de forma preventiva. Tal política pretende consolidar, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos.

Ainda que bastante recente, a citada resolução já tem o condão de instigar seu enfrentamento com contrapontos críticos quanto ao formato de sua instituição, bem como aos resultados aí preconizados.

Mauro Heringer^[79] desenvolveu estudos sobre o tema quando da elaboração de sua tese de mestrado profissional em Poder Judiciário, ministrado pela FGV, e assim expõe seu entendimento:

[...]no bojo do modelo teórico/programático da resolução n. 125/2010 do CNJ, há clara indicação de adoção de novos paradigmas de funcionamento e operação para Tribunais e Juizes, criando-se novas atividades laborais a serem incorporadas e desenvolvidas que não guardam sentido, *prima facie*, com o que se considera ser o papel institucional/jurisdicional do Estado/Judiciário. Mais do que a criação de uma nova atividade laboral, o Conselho Nacional de Justiça inova no sentido de determinar uma atuação institucional inexistente na cultura e organização de trabalho dos Tribunais e Juizes.”

Não obstante acalantar uma visão positiva dos institutos da conciliação e da mediação, Heringer^[80] entende-os como mecanismos que devem ser utilizados a par da estrutura do Poder Judicial, cuja capacidade há muito foi excedida, e pondera que:

[...] a resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que cria a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário” é insuficiente para resolver os problemas de congestionamento e morosidade da Justiça brasileira, isso porque, o modelo que o CNJ propõe para combater o problema da morosidade é restrito e está “contaminado” pela idéia do monopólio da jurisdição ou por uma espécie similar que traz para o âmbito do judiciário uma nova atividade de trabalho, a qual é relacionada com a solução do conflito pré-processual e que deveria fazer parte de uma política pública geral e não restrita a um ente de poder.

[...]Se o monopólio faz sentido para o Poder Judiciário e para a jurisdição, isso não significa que tem que ser aplicado às políticas públicas, pois, as políticas públicas demandam soluções que ultrapassam o modelo do monopólio”.

De acordo com o autor^[81], a medida ora em questão, a saber, a Resolução 125/2010, não atenderá aos pressupostos para os quais foi instituída, por tratar-se de ônus que gera novos esforços públicos que concorrerão com os atuais modelos existentes. Ao invés de melhorá-los, relegá-los-á à sina de “estar fadado a uma eterna letargia ou mesmo falência propondo-se nova saída, uma nova esperança ao antigo problema, o excesso de litígios e a pouca resposta para os mesmos”.

A par de aplausos e críticas, para efetivar o preconizado na referida Resolução têm sido executadas diversas ações de capacitação de agentes, programas de ações e informações, tudo em conformidade com as diretrizes do CNJ, entre as quais estão as expostas na Apresentação da Secretaria de Reforma do Judiciário constantes no Anexo C.

A estrutura física a ser disponibilizada para a realização dos objetivos idealizados segue ao que fora disciplinado no art. 7º da Resolução 125/2010 do CNJ:

“Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça”.

Neste sentido, atualmente, já estão constituídas unidades em praticamente toda a Federação, como expõe os dados coletados no site do CNJ que foram condensados no anexo “D”.

4.4.1. Da Distinção dos Institutos da Mediação e da Conciliação

O dispositivo legal supramencionado, qual seja, a resolução 125/2010 do CNJ, não faz distinção entre os institutos da mediação e a conciliação. No entanto, ela é necessária.

Como aponta Bacellar^[82], há três prismas que orientam a diferenciação entre os institutos. São eles: a) a *natureza da relação* que antecede ao impasse gerado pelo conflito incidental, originada de um único vínculo ou permanente, denominada de multiplexa porque existentes vários vínculos; para as primeiras, a indicação é o uso da conciliação, tal que não se adentra ao mérito das questões, tratando-as pontualmente; já quando se tratar de relações permanentes, tais quais as pertinentes à vizinhança e à família, a mediação possibilita um resgate do relacionamento de forma qualitativa, com o tratamento da chamada lide sociológica, de forma a evitar desgastes; b) a *finalidade e o foco*, tal que a conciliação objetiva a extinção do processo, preferencialmente, com a resolução de mérito, por meio da transação, enquanto que a mediação tem por pressuposto o tratamento do conflito mediante a busca real de sua motivação; c) a *forma de atuação do terceiro*, sendo esta mais ativa na conciliação, pois o conciliador pode opinar sobre o mérito do acordo, orientar as partes e até mesmo sugerir soluções, portanto, mais dirigida ao mérito e mais superficial sobre as relações e os interesses das partes, tratando as questões em seus pontos contraditórios; já a mediação trata de forma ampla o conflito, buscando o âmago do problema e, para tal, o mediador apenas conduz as partes na busca desta finalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há em nosso ordenamento jurídico garantia expressa de que todo cidadão não terá excluída a apreciação de lesões ou ameaças de seus direitos pelo Poder Judiciário conforme art. 5º, XXXV, CR/88, fundamentando o princípio do acesso à justiça. Isto não determina a exclusividade do poder jurisdicional para resolução de todos os impasses inerentes à vida em sociedade. Porém, para que haja eficácia na prestação jurisdicional, o mesmo deverá ser acionado em instância subsidiária quando esgotados os demais meios à disposição sem que ocorra êxito na satisfação da pretensão.

O conflito por sua natureza exerce uma *vis attractiva* sobre a forma de sua resolução. A acuidade para detecção do meio adequado garante ao episódio temporário de discórdia, desfecho positivo para apaziguar os ânimos em se tratando de relações duradouras.

A participação efetiva dos envolvidos para trabalhar suas insatisfações promove o entendimento necessário à acolhida das diferenças e à compreensão da necessária abdicção da completude individual, tudo em detrimento de um bem viver em sociedade. Em contrapartida, as formas impositivas de pacificação social retiram do indivíduo a autonomia de autopromover sua existência conforme sua capacidade de se flexibilizar e aceitar as circunstâncias. Exerce, assim, um efeito contrário ao pretendido, acirra os ânimos, cerceia e impõe decisões que instigam à recalcitrância, levando consequentemente aos infundáveis recursos, que promovem a morosidade, emperramento do sistema e inadequação do meio ao fim que se propõe.

Como afirmado ao longo deste trabalho, os meios não adjudicados e que propiciam uma melhor condutividade quando do surgimento dos conflitos não são inovações em nosso ordenamento jurídico. Há muito estão presentes e caminham concomitantes com a forma jurisdicionada carecendo, no entanto, de maior visibilidade e menor resistência por parte dos operadores do direito.

Não há mais que se falar em meios alternativos de solução de conflitos, uma vez que a sua adoção refere-se, hoje, a uma política nacional, e, por isso seu uso passou a ser um imperativo legal, além de meios necessários à efetivação de uma ordem justa.

A crise instaurada no Judiciário perdura há mais de 30 anos e mitiga o mandamento constitucional da razoável duração do processo e, porque não dizer, do devido processo legal, devido a ação nefasta do tempo que apaga todas as memórias e acomoda as agruras. O grande desafio da administração da justiça é canalizar as lides para melhor conduzi-las, pois o que está em risco é o capital social da credibilidade na Justiça.

Não adianta oferecer mais do mesmo, encorpar a estrutura do judiciário não vai produzir o efeito de sorver a demanda crescente de litígios, pois estes decorrem das relações entre as pessoas e a cada dia a possibilidade de ampliar estas relações eleva-se vertiginosamente, ganham novos facetas e fazem surgir novos direitos antes não concebidos.

Por isso, faz-se imperativo a utilização de mecanismos que possibilitem a ‘saída da justiça’ por intermédio de nova formatação do princípio da inafastabilidade da Jurisdição, tal que o ordenamento jurídico comporta outras formas de resolução que não a adjudicada, e, ainda que já judicializados os conflitos podem ter soluções não adversariais em seu decurso. Para Bacellar^[83], o acesso à justiça deve ser visto como aquele que propicia a oferta de métodos e meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, e, não obstante as soluções devam surgir dentro do ordenamento jurídico, isto não significa que necessariamente seja dentro do Poder Judiciário.

Em contribuição, o CNJ ao instituir a Resolução 125/2010, traça uma Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos que, além de manifestar preocupação com as causas judicializadas e, com o índice de congestionamento dos tribunais vem, conduzindo ações concretas de estímulos às soluções adequadas, em múltiplas portas, inclusive na fase pré-processual.

Disponibilizar um portfólio de mecanismos de resolução de conflitos é flexibilizar para se amoldar aos propósitos de fornecer ao cidadão a guarida necessária. Não basta oferecer a tutela há que produzir o alento desejado.

São tempos de promessas, então haverá tempos de esperança.

Referências

- AZEVEDO, André Goma de. *Estudos em Arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília jurídica, 2002.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*; tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *conciliação*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/regulamento.fomacao.instrutores.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Conciliação*. <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao/nucleos-de-conciliacao/justica-estadual>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15990:curso-destaca-importancia-da-conciliacao-para-judiciario-brasileiro>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *notícias*. Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/3196646/>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *notícias*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/16071:servidores-capacitados-para-conciliacao-ja-podem-difundir-conhecimento&catid=223:cnj>>. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. *Semana nacional de conciliação*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/movimento-pela-Conciliacao/semana_nacional_conciliacao/mediacao_conciliacao.pdf. Acesso em: 15 set. 2012.
- _____. Senado Federal. *PLS 166/10*. Disponível em: <<http://www.senado.aterial/getPDF.asp?t=84496&tp=1>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- _____. Senado Federal. *Notícias*. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/12/14/adocao-de-conciliadores-e-mediadores-e-avanco-do-novo-cpc-diz-valter-pereira>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7 Reino da Espanha*. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 18 out. 2012.
- _____. Tribunal Superior do Trabalho. *Acórdão da 3ª Turma TST-RR-79500-61.2006.5.05.0028* Ministro Relator: Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>>. Acesso em: 18 out. 2012.
- CALMON, Petrólio. *O conflito e os meios de sua solução*. Disponível em: <<http://www.novo.direitoprocessual.org.br/>>. Acesso em: 03 mai. 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CHALITA, Gabriel. *A evolução do conceito de justiça*, in *Revista Unifiteo*, Junho de 2000.
- CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 2. tir. / Curitiba: Juruá, 1999.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. et. al. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DAMIÃO, R. T. & HENRIQUES, A. *Curso de Português Jurídico*. 10. ed. Atlas: São Paulo, 2007.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 21 ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 1. ed. 5ª tiragem, São Paulo: Atlas, 1993.
- FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luis. *Temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da lei 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual civil brasileiro*. Vol. 2, 20. ed. São Paulo: Savaiva, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et. al. *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação*. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRUNWALD, Astried Brettas. *A gratuidade judiciária: uma garantia constitucional de acesso à Justiça como forma de efetivação da cidadania*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 73, 14 set. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/4363>>. Acesso em: 25 jul. 2012.
- HERINGER Mauro Brant. *Política judiciária nacional Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política Pública para redução da judicialização dos conflitos*. Dissertação de Mestrado Profissional em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. Rio de Janeiro 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 set. 2012.
- Hobbes, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- HOUAISS, Antônio. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.
- LEE, João Bosco. *Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MAGALHAES, Luzia Eiana Reis. *O trabalho científico: da Pesquisa à monografia*. Curitiba: Fesp, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*, 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- _____; ARENHART Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____; MITIDIERO Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.) *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord.). *Acesso à justiça - Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- PUCCI, Adriana Noemi. (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TUCCI José Rogério Cruz e. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almir Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional privada no Brasil depois da nova lei 9.307/96: teoria e prática*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SALES, Lítia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- SANDEL, Michael J. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilizações Brasileira, 2011.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Medição de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.
- SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo *in A natureza do conflito e o seu tratamento: entre o tradicional e o inovador*. Disponível em: <<http://www.direito.it/pdf/28172.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2012.
- SPENGLER, Fabiana Marion. *O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. 2007. 476 f. Tese Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do vale dos Sinos, São Leopoldo, 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *Novos desafios da arbitragem no Brasil*. In: RTDC - Vol. 41. Disponível em: <<http://www.idcivil.com.br/>>. Acesso em: 18 mai. 2011.
- TOMIATTO, Valdinei. *A arbitragem como mecanismo de desenvolvimento socioeconômico*. Tese de Mestrado do ano de 2011, p. 81-82. disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tda_arquivos/1/TDE-2011-06-177145520Z-1543/Publico/Valdinei.pdf>. Acesso em: 20 set. 2012.
- VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.
- WALD, Arnoldo (Coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, 2006.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. et. al. *Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Notas:

- [1] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP, sob a orientação da Profª Mestra Andréa Abrahão Costa.
- [2] SIMMEL, Georg. Sociologia. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 124. apud SPENGLER, Fabiana Marion e SPENGLER NETO, Theobaldo. *A natureza do conflito e o seu tratamento: entre o tradicional e o inovador*. Disponível em: <<http://www.direito.it/pdf/28172.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2012.
- [3] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 325.
- [4] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit. p. 326.
- [5] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit. p. 328.
- [6] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 9.
- [7] CICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. 2ª tir. / Curitiba: Juruá, 1999. p. 61-63.
- [8] CAPPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 12-13.
- [9] CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. et. al. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 25.
- [10] CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. et. al. op. cit. p. 29.
- [11] WAMBIER, Luiz Rodrigues. et. al. *Curso avançado de processo civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. V. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.
- [12] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit. p. 31.
- [13] ECONOMIDES, Kim. *Ethical Challenges to legal education and conduct*. Oxford: Hart, 1998. apud BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo:

Saraiva, 2012. p. 19.

- [14] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 19.
- [15] GRUNWALD, Astrid Brettas. A gratuidade judiciária: uma garantia constitucional de acesso à Justiça como forma de efetivação da cidadania. *Jus Navigandi*. Teresina. ano 7. n. 73. 14 set. 2003. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/revista/texto/4363>>. Acesso em: 25 jul. 2012.
- [16] PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 31.
- [17] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 374.
- [18] GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Teoria geral do processo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 82.
- [19] DALLARI, Dalmo de Abreu, A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100.
- [20] BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 683.
- [21] ASSIS, Araken de. Garantia de acesso à justiça: benefício da gratuidade, in TUCCI José Rogério Cruz e. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 11. apud PASETTI, Babyton. op. cit. p. 30.
- [22] GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 73-74.
- [23] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 274.
- [24] DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit. p. 100.
- [25] CAPELLETTI, Mauro. op. cit. p. 29.
- [26] PASETTI, Babyton, op. cit. p. 51-52.
- [27] NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2000. p. 122.
- [28] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 12.
- [29] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 13-16.
- [30] REALE JUNIOR, Miguel. Valores fundamentais da Reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*. n. 75, abr. 2004. p. 80. apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. op. cit. p. 17.
- [31] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999. p. 107.
- [32] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 118.
- [33] HERINGER Mauro Brant. *Política judiciária nacional Resolução n. 125/2010 do CNJ e a sua efetividade como política Pública para redução da judicialização dos conflitos*. Dissertação de Mestrado Profissional em Poder Judiciário da FGV Direito Rio. Rio de Janeiro 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9791/Mauro%20Brant%20Heringer.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 set. 2012. p. 88 e 92.
- [34] MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit. p. 17.
- [35] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 46.
- [36] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 39.
- [37] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 46.
- [38] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 39.
- [39] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 37.
- [40] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 37.
- [41] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 26.
- [42] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3 ed. Ver. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.
- [43] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 107-110.
- [44] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 109.
- [45] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 147.
- [46] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, conferência proferida no seminário A arbitragem e o Brasil - Uma perspectiva múltipla . A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, São Paulo, 13.11.1996. apud FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 123.
- [47] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 165.
- [48] BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Brasília. Senado Federal, 1978. apud DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 101.
- [49] BUENO, José Antonio Pimenta. op. cit. p. 101.
- [50] ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. In: WALD, Arnoldo (coord.) *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo. a. 3. n. 9. p. 13-21. ag. /jun. de 2006.
- [51] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 114.
- [52] TOMIATTO, Valdinei. *A arbitragem como mecanismo de desenvolvimento socioeconômico*. Tese de Mestrado do ano de 2011, p. 81-82. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-17T145520Z-1543/Publico/Valdinei.pdf> Acesso em: 20 set. 2012.
- [53] Anexo A.
- [54] TOMIATTO, Valdinei . op. cit. p. 70.
- [55] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 100.
- [56] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 106.
- [57] Anexo B.
- [58] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 106.
- [59] DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit. p. 104.
- [60] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 108-109.
- [61] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 143-144.
- [62] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 66.
- [63] SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 38.
- [64] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 69.
- [65] PACHÁ, Andrea. A sociedade merece um bom acordo. *Revista MPD Dialógico*, do Movimento Ministério Público Democrático, São Paulo, n. 25, 2009, p. 33. apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit. p. 21.
- [66] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 70.
- [67] BACELLAR, Roberto Portugal. op. cit. p. 70-72.
- [68] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. in PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (coord.) *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 106-111.
- [69] BACELLAR Roberto Portugal, Juizados Especiais - a nova mediação para processual. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, p. 174. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (Coord.). *Acesso à justiça - Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- [70] BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. op.cit. p. 87.
- [71] FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, op. cit. p. 119.
- [72] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. op. cit. p. 107.
- [73] BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. op. cit. p. 89.
- [74] WARAT, Luiz Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 54 in SPENGLER, Fabiana Marion, e SPENGLER NETO, Theobaldo, op. cit.
- [75] SÁRNEY, José (Presidente do Senado Federal) Estudos iniciais da comissão. Proposições temáticas. Novo Código de Processo Civil. In MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 195.
- [76] FUX, Luiz. (Presidente da Comissão de propostas ao novo Código de Processo Civil). In MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 197.
- [77] PLS 166/10, art. 135, §1º e 2º. Disponível em: <<http://www.senado.arteria/getPDF.asp?t=84496&tp=1>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- [78] Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/12/14/adocao-de-conciliadores-e-mediadores-e-avanco-do-novo-cpc-diz-valter-pereira>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- [79] HERINGER Mauro Brant. op. cit. p. 20.
- [80] HERINGER Mauro Brant. op. cit. p. 5.
- [81] HERINGER Mauro Brant. op. cit. p. 21-22.
- [82] BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem* op. cit. p. 91-92.
- [83] BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. op. cit. p. 20-32.

Maria de Fatima Batista Meguer

Administradora com ênfase em Comércio Exterior pela FESP - Faculdade de Educação Superior do Paraná (1997) e acadêmica do 10º período de Direito pela mesma instituição. Curso MBA em Administração Hospitalar e Clínica pela Univille (2004-2006), Cursa pós-graduação em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes- RJ (2011-2013).

Andrea Abrahão Costa

Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP (1992), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (1998), especialização em Sociologia pela UNICAMP e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004). Assessora de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e professora adjunta do Curso de Direito da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESPPR).

Informações Bibliográficas

MEGUER, Maria de Fatima Batista; COSTA, Andrea Abrahão. Arbitragem, conciliação e mediação: meios adequados de remoção de obstáculos à pacificação social?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12367>. Acesso em set 2014.

