OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Marcela Kohlbach de Faria.

Advogada. Mestranda em Direito Processual pela
UERJ.

Sumário: 1. O surgimento e desenvolvimento dos métodos alternativos com alternativa à jurisdição estatal. 2. Os tipos de procedimentos alternativos. França, Itália, Estados Unidos e Brasil. 2.1. Itália. 2.2. França. 2.3. Estados Unidos. 2.4. Brasil. 3. Conclusão.

1. O surgimento e desenvolvimento dos métodos alternativos com alternativa à jurisdição estatal:

A adoção de formas alternativas à jurisdição estatal não representa uma ideia nova. Com efeito, os métodos conciliatórios e mesmo a arbitragem remontam práticas há muito utilizadas. À título exemplificativo, destaca-se o direito romano arcaico, onde, após o compromisso firmado perante o pretor no qual as partes comprometiam-se a acatar o que viesse a ser decidido – que recebia o nome de *litiscontestatio*-, as partes escolhiam um árbitro de sua confiança, conferindo-lhe o encargo de decidir a causa¹. Da mesma forma, a conciliação sempre exerceu papel de destaque nas culturas orientais, principalmente sob influência da tradição Confuciana, tais como China e Japão, nos quais o recurso ao poder estatal para a solução de desavenças não era visto com bons olhos.

No mesmo sentido, merecem referência os apontamentos feitos por Oskar Chase, lembrando que a colonização holandesa, que precedeu a inglesa nos Estados Unidos

¹ GRINOVER, Ada et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 1999, p. 22.

na “Nova Amsterdã”, estabeleceu a arbitragem como alternativa ao processo litigioso, ganhando reconhecimento pelos comerciantes pelas vantagens daquela sobre este. Em meados do século XVII, a arbitragem era preferível à jurisdição estatal pelos comerciantes pela sua celeridade e baixo custo o que culminou com criação de um Tribunal Arbitral em 1768.

Conforme destaca Leonardo Greco em seu estudo sobre publicismo e privatismo no processo civil², a legislação processual do século XX reflete a ideia, prestigiada à época, de que o aumento dos poderes do Estado representavam progresso social, ideologia que decorre principalmente da influencia socialista e do laicismo. No momento histórico em questão, o interesse público à paz e justiça social se sobrepunha a qualquer interesse particular, constituindo o processo como instrumento de concretização daquele. O juiz assumia papel paternalista na tutela dos interesses particulares.

Após a 2ª Guerra Mundial abandonou-se a crença cega na supremacia do interesse publico. O primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais surge como propulsor do processo sob as perspectivas dos cidadãos, com respeito do princípio dispositivo e da autonomia privada. O reconhecimento do processo civil como instrumento de tutela efetiva das situações subjetivas de vantagem tem como consequência a atribuição de poder às próprias partes do poder de disposição em relação ao próprio processo³.

Nessa esteira, observa-se, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a retomada dos meios alternativos como meio de resolução de controvérsias, o que pode ser justificado por uma série de fatores de origens distintas. De fato, impossível negar que a chamada “crise da Justiça”, observada de forma mais intensa nas últimas décadas, com a excessiva morosidade da justiça estatal e o seu alto custo, agravada pela multiplicidade das demandas, contribuiu ao crescimento dos meios alternativos.

Contudo, se, por um lado, o crescimento do demandismo, com o aumento em progressão geométrica das demandas judiciais, associado à crise do judiciário, contribuíram para o estímulo aos métodos alternativos, por certo que o seu desenvolvimento não pode ser atribuído exclusivamente a estes fatores. Os que

² GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: Revista de Processo, n. 164, out./2008, p. 31/32.

³ GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual – Primeiras reflexões. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª edição, outubro/dezembro de 2007, p. 7/28.

advogam em prol da adoção de meios alternativos sobrelevam motivos outros para destacarem tais métodos como preferíveis à jurisdição estatal em alguns casos.

Conforme destaca Mauro Cappelletti⁴, os meios alternativos de solução de conflitos se inserem como resposta ao terceiro obstáculo ao acesso à justiça, qual seja, o obstáculo processual. Destaca, ainda, o autor italiano que, em certas áreas ou espécies de litígios, a solução normal, o tradicional processo litigioso em juízo, pode não ser o melhor caminho para a vindicação efetiva de direitos. Com efeito, conforme já afirmado no início da exposição, a conciliação, a mediação e a arbitragem não são ideias novas, no entanto, as sociedades modernas descobriram novas razões para optar pelos métodos alternativos.

Como marco histórico do desenvolvimento dos meios alternativos, com ênfase na experiência norte-americana, merece remissão o colóquio realizado em 1976 em homenagem ao professor Roscoe Pound, liderado pelo Chief Justice Warren Budger⁵, no qual discutiu-se os problemas do judiciário, com destaque para a sua ineficiência e às medidas necessárias para a reversão do quadro de crise verificado. Tal qual notícia Chase, o evento foi dominado pela doutrina da chamada “*hiperlexis critic*”, cujos defensores apontavam o excesso de confiança na lei e nas instituições legais para a resolução dos diversos conflitos da sociedade⁶.

No discurso do Chief Justice, encorajou-se a adoção de novos meios que ainda não tinham sido utilizados. Sugeriu-se que as demandas de pequeno valor fossem administradas por Tribunais de pessoas comuns, capazes de proferir decisões vinculativas às partes. A arbitragem ganhou destaque como o mais promissor dos novos meios recomendados pelo Chief Justice.

Outro movimento sociocultural apontado como incentivador da adoção dos meios alternativos foi o chamado contraculturalismo, observado nos anos sessenta, no qual se desafiava as autoridades, pregando valores de individualismo, populismo, *laissez-faire* e igualitarismo. Esse ambiente cultural revelou-se facilitador dos “meios comunitários” de solução de conflitos, com estímulo à mediação e à conciliação. O anti-autoritarismo, anti-intelectualismo e a realização comunitária verificadas no movimento gerou a

⁴ CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

⁵ “The National Conference on the Causes of Popular dissatisfaction with administration of justice”, posteriormente conhecida como the “Pound Conference”.

⁶ CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005.

repulsa às decisões impostas, agregada à ideia de que as instituições legais formais, incluído os Tribunais Estatais, seriam mecanismos para a manutenção do poder das elites.

Além dos fatores já apontados, a doutrina norte-americana destaca a eleição de Ronald Reagan como resultado e símbolo da predominância do setor privado sobre o setor público. A forma de resolução de controvérsias sofreu influência desta tendência privatista, levando ao seu afastamento do monopólio e domínio estatal.

Oskar Chase⁷, em aprofundado estudo, aponta como a cultura e o ritual influenciam a sociedade e fazem com que os seus membros adquiram uma tendência a repetir os atos reiteradamente praticados naquele meio social. Segundo o autor, o ser humano diferencia-se por ser um ser cultural, capaz de assimilar e comunicar os valores absorvidos. Contudo, a memória e a criatividade humanas são limitadas, fazendo com que estes se utilizem dos instrumentos pré-existentes para solucionar os problemas, mesmo quando estão diante de um problema novo. Assim, as tradições culturais tendem a inércia, desestimulando novas ações. É dessa forma que as instituições públicas se consagram como solucionadoras por excelência dos conflitos sociais. Os atores sociais estão acostumados com o ritual de resolução de conflitos por um Tribunal, que lhes dá o tom de autoridade, as decisões advindas dessas instituições impõem respeito.

Não obstante, a conciliação, a mediação e a arbitragem, têm revelado-se mais adequadas para resolver determinados tipos de controvérsias. Segundo José Maria Rossani Garcez⁸, a mediação tem lugar quando, devido à natureza do litígio, por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, a negociação fica bloqueada. É o que se verifica, por exemplo, no direito de família, e onde é necessário preservar a continuidade das relações, buscando efetivamente a paz social, com a eliminação do conflito como um todo, e não pela imposição de uma decisão a qual as partes devem acatar.

De fato, a jurisdição estatal, ao contrário do que afirmam alguns autores, não pode ser considerada instrumento de pacificação social. O que se espera do juiz é a solução do conflito através da análise dos fatos e argumentos trazidos à sua cognição, o que não significa a pacificação de todos os litígios existentes entre as partes - principalmente

⁷ *Ob. cit.*

⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADR. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, 2ª edição, p. 35.

diante do princípio da inércia da jurisdição - ou mesmo que as desavenças entre as partes serão eliminadas através da solução que lhes foi imposta.

No mesmo diapasão, a arbitragem revela-se extremamente útil naquelas hipóteses em que a partes desejam manter a confidencialidade das informações veiculadas no procedimento, ou que a matéria demande algum conhecimento específico, o qual certamente será mais bem analisado por um julgador especializado.

Não obstante, não se pode olvidar que a jurisdição estatal ainda é o principal meio de resolução das controvérsias, não podendo ser deixada em segundo plano, mesmo porque, somente algumas hipóteses são resolvidas de forma mais eficaz pelos métodos alternativos. Conforme retomaremos adiante, o desenvolvimento dos meios alternativos mostra-se de suma relevância à tutela adequada dos direitos, porém, ao lado do desenvolvimento dos métodos alternativos, é preciso garantir a efetividade da jurisdição estatal.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se à análise das diversas espécies de procedimentos alternativos em diferentes ordenamentos jurídicos.

2. Os tipos de procedimentos alternativos. França, Itália, Estados Unidos e Brasil:

Os meios alternativos de solução de controvérsias, ou ADRs⁹, na terminologia utilizada pela doutrina especializada, não constituem um fenômeno homogêneo. Segundo a metodologia adotada por Luigi Paolo Comoglio¹⁰, é possível distinguir dois principais métodos, ou modelos alternativos: o modelo conciliativo e o modelo valorativo.

O modelo conciliativo busca fazer com que as partes cheguem a um acordo, seja de forma voluntária, seja através da intervenção de um terceiro, que irá estimular, ou facilitar o acordo, mediante a elaboração de uma proposta ou a facilitação deste, fazendo com que as partes cheguem à autocomposição por si próprias. Já o modelo valorativo, caracteriza-se pela intervenção cognitiva e decisória de um terceiro,

⁹A sigla ADR vem de *Alternative Dispute Resolution*, que significa, em tradução livre, “Resolução Alternativa de Disputas”.

¹⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali, *in* Revista de Processo, vol. 99, p. 249/293.

imparcial, que opera tal qual um juiz, mas que, todavia, não se inclui no aparato jurisdicional público.

No primeiro modelo, é possível verificar, ainda, a existência de dois submodelos. O primeiro sintetiza os processos heterogêneos ou consultivos, tais quais os *summary jury trials*, *mini-trials* e *early neutral evaluation*, nos quais as partes buscam a ajuda de um terceiro com experiência no assunto, ou simulam um julgamento, com o objetivo de verificar quais suas chances de êxito em uma demanda judicial. Os litigantes podem acatar a solução dada nesses procedimentos, mas esta não se torna obrigatória, restando aberta a via do poder judiciário para a rediscussão da mesma demanda. O segundo submodelo diz respeito às formas privadas de mediação e conciliação, com a intervenção de um terceiro a fim de estimular o acordo.

No modelo valorativo, verifica-se a existência de um procedimento “quase-jurisdicional”, com função valorativa, dentre os quais ganha destaque a arbitragem, na qual as partes buscam um terceiro imparcial para, analisando os fatos alegados e as provas produzidas, decidir a demanda através de decisão com caráter normalmente vinculativo entre as partes.

Conforme já observado, a adoção de meios alternativos estão “na moda” e vem ganhando espaço em diversos países de culturas e tradições jurídicas diferentes. Diversas leis promulgadas nos países da União Europeia, e mesmo nos Estados Unidos e países latino-americanos, vêm a favorecer e estimular a adoção de métodos alternativos, muitas vezes em caráter obrigatório, como, *e.g.*, no caso da Itália. Assim, a fim de aprofundar o estudo e trazer alguma base para a análise comparada, passa-se à análise dos mecanismos implementados na Itália, França, Estados Unidos e Brasil.

2.1 Itália:

De uma forma geral, pode-se dizer que os meios alternativos encontraram certa resistência na cultura italiana, de costumes jurídicos tradicionais e bastante vinculados à resolução de conflitos através da jurisdição estatal. De fato, foi a partir da Diretiva nº

52, de 21 de maio de 2008, da União Europeia, com a influência do Direito Comunitário Europeu, que os meios alternativos ganharam maior relevo na prática italiana.

Recentemente, em observância ao artigo 12¹¹ da referida Diretiva nº 52, foi editada na Itália a Lei nº 69, de 18 de junho de 2009, a qual, dentre outras disposições, versou sobre a mediação. Por conseguinte, a matéria foi regulamentada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 4 de março de 2010, disciplinando a mediação extrajudicial e autorizando a sua utilização nas controvérsias civis e comerciais relativas a direitos disponíveis.

Segundo o referido DL 28/2010, o papel exercido pelo mediador consiste em fornecer auxílio às partes no alcance de uma solução consensual, seja através da facilitação do acordo, fazendo com que as partes alcancem a autocomposição por si próprias, seja através da formulação de proposta de acordo, a qual pode ser aceita ou não pelas partes. Verifica-se, portando que o Decreto Legislativo aderiu a uma concepção ampla de mediação, abrangendo a denominada mediação passiva, bem como a mediação passiva, na qual o mediador atua como simples facilitador do acordo, sem formular qualquer proposta às partes¹².

Na forma disposta no Decreto, a mediação refere-se ao processo de tratativas presidido pelo mediador e à conciliação como o resultado positivo das tratativas, com a celebração de um acordo¹³. Os mediadores devem fazer parte de um dos organismos inscritos em registro mantido pelo Ministério da Justiça e, em matéria consumerista, também pelo Ministério do Desenvolvimento Econômico, inexistindo a figura dos mediadores autônomos.

É prevista a confidencialidade com relação ao processo de mediação, com a finalidade de garantir maior confiança das partes no mediador, bem como ampliar as chances da autocomposição, possibilitando a livre argumentação e exposição sobre os

¹¹ O referido dispositivo prevê o dever dos Estados-Membros de criarem normas que deem cumprimento à Diretiva 52/2008.

¹² HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana, *in* Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. VI. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ, p. 299.

¹³ Hill, Flávia Pereira. *Ob. cit.* p. 300.

fatos sem que estes possam ser usados futuramente contra si próprias no processo judicial.

O mais relevante e polêmico aspecto do Decreto Legislativo refere-se à instituição da mediação obrigatória em determinadas hipóteses. Na forma do seu artigo 5º, a mediação representa condição de procedibilidade para ajuizamento de ação judicial quando o litígio versar sobre: condomínio; direitos reais; divisão; sucessões hereditárias; acordos de família; locações; comodato; arrendamento de empresas; ressarcimento de dano decorrente de circulação de veículos automotores e barcos; responsabilidade médica; difamação por meios de imprensa escrita ou outros meios de divulgação e; contratos de seguro, bancários e financeiros.

As partes deverão alegar a ausência da tentativa de mediação, sob pena de decadência, e o juiz poderá conhecer de ofício, até a primeira audiência, a ausência desse requisito de procedibilidade. Reconhecida a ausência da condição, o magistrado fixará prazo de quinze dias para que o processo de mediação seja instaurado pelas partes.

De fato, a mediação obrigatória vem sendo objeto de duras críticas por parte da doutrina italiana, chegando, inclusive a suscitar controvérsias com relação a sua constitucionalidade. Aduz-se que a mediação obrigatória viola a garantia constitucional do acesso à justiça, consagrada no artigo 24 da constituição italiana. A reforçar o óbice ao acesso à justiça, destaca-se que o procedimento de mediação implica custos extras às partes, além da taxa judiciária paga para o ajuizamento da demanda, sendo que o pagamento da taxa judiciária ao menos lhe garante como retorno o pronunciamento do juiz sobre o direito em questão, ao passo que na mediação, o resultado final só é alcançado caso as partes efetivamente cheguem a um acordo. No entanto, a Corte Constitucional italiana já se pronunciou sobre o tema, afirmando que a garantia ao acesso à justiça consagrada na constituição não garante o seu acesso imediato, comportando dilações. Assim, a mediação obrigatória não representa um óbice ao acesso à justiça, mas apenas um diferimento deste, já que as partes terão livre acesso ao judiciário caso não atinjam a composição pelo procedimento de mediação. Com relação

aos custo, a Corte Constitucional destacou que não viola o acesso à justiça a imposição de incumbências às partes, ainda que de natureza pecuniária, caso esta tenha como finalidade o melhor desenvolvimento do processo e o desenvolvimento e otimização da prestação jurisdicional.

Na forma prevista na legislação, a mediação possui prazo máximo para ser concluída, que, segundo o artigo 6º, é de quatro meses. Assim, estando dentro das hipóteses previstas no artigo 5º do Decreto Legislativo nº 28/2010, tendo as partes iniciado o processo de mediação, mas não concluído no momento da propositura da demanda, o magistrado designará audiência para data posterior ao prazo de quatro meses, previsto no referido artigo 6º do DL 28.

Em grau recursal, o artigo 5º, § 2º do Decreto prevê a mediação facultativa, possibilitando ao juiz que, tendo em vista o comportamento das partes, o estado do processo e a natureza da demanda, aconselhe a tentativa de conciliação.

Contudo, o legislador afastou a possibilidade de mediação nos procedimentos de impugnação da execução forçada ou demais procedimentos de impugnação à execução, com o objetivo de impossibilitar a utilização da mediação como instrumento procrastinatório da satisfação do credor.

Um fator que traz preocupação com relação ao procedimento de mediação em análise diz respeito à ausência de supervisão jurídica. Isto porque, o Decreto não exige que os mediadores tenham formação jurídica – o que se agrava pelo fato de estarem os mesmos autorizados a oferecerem uma proposta de acordo às partes – e também não exige que as partes estejam assistidas por um advogado durante as tratativas de acordo. A ausência de supervisão jurídica adequada dá margem a uma série de problemas, como a possibilidade da parte mais fraca ser coagida a aceitar um acordo que lhe seja absolutamente prejudicial, ou mesmo a maior probabilidade de existirem imprecisões que dificultem o cumprimento do acordo caso seja necessária a sua execução em juízo.

Preocupa, ainda, o peso atribuído a contumácia das partes caso elas não compareçam à audiência de conciliação. Na forma da legislação regulamentadora, a ausência das partes pode ser interpretada de forma negativa pelo juiz no julgamento da causa. A preocupação ganha relevo principalmente tendo em vista que dá tratamento mais severo ao verificado com relação à própria revelia do réu. Isto porque, o processo italiano, ao contrário do sistema brasileiro, não prevê a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da ausência de contestação pelo demandado. Assim, a possibilidade de o juiz retirar inferências negativas diante da ausência das partes ao procedimento de mediação mostra-se desproporcional e desarrazoado.

O que se extrai do novo procedimento de mediação italiana é uma tentativa a todo custo de “forçar” as partes a resolverem as controvérsias de forma consensual, o que se justifica como consectário lógico da ineficiência do processo judicial e do assoberbamento do judiciário. Além da imposição da mediação como condição de procedibilidade da ação judicial em determinados casos, a legislação prevê a possibilidade de formulação de proposta pelo mediador dispondo que, nas hipóteses de recusa, a parte que a recusou, mesmo sagrando-se vencedora, não será reembolsada pelas despesas por ela arcadas posteriormente à formulação da proposta pelo mediador, e será, ainda, condenada a reembolsar à parte sucumbente pelas despesas por esta suportadas, caso a sentença corresponda integralmente ao conteúdo da proposta.

Em outras palavras, a parte que opta por exercer o seu direito legítimo de aguardar o pronunciamento judicial que dê solução ao litígio, mesmo amparada pelo direito, poderá ser gravemente prejudicada, e até mesmo ver esvaziado o seu crédito como consequência do ônus legalmente imposto de arcar integralmente com as despesas do processo, justamente em razão do exercício da garantia de acesso à justiça.

Ao final do procedimento, caso obtida a conciliação, o acordo é reduzido a termo e valerá como título executivo para fins de execução forçada e inscrição em hipoteca judicial.

Conforme dito no começo do tópico, a Itália sempre foi um país de tradição judiciária, e o seu povo está acostumado a resolver as suas controvérsias junto ao poder judiciário estatal, através de uma decisão emanada do juiz, figura que reflete a autoridade do estado. No entanto, ao que parece, o legislador italiano vem tentando promover uma modificação cultural através de reformas legislativas. O sucesso dos meios alternativos de resolução de controvérsias depende de uma conscientização da população, do treinamento de profissionais capacitados à sua promoção, fatores estes que levam tempo e não podem ser simplesmente impostos através de uma reforma legislativa. A mediação só terá chances de ser bem sucedida se decorrente de uma real vontade das partes em chegarem a um acordo, e não através de uma imposição legal¹⁴.

2.2 França:

Na França verifica-se a existência de mecanismos judiciais e extrajudiciais de solução de controvérsias, dentre as quais merecem destaque a mediação e a conciliação. A conciliação judicial foi inicialmente regulamentada pelo Decreto número 78 de 20 de março de 1978, que instituiu a figura dos conciliadores de justiça. Posteriormente, o referido decreto foi alterado pelo Decreto nº 1.165 de 1º de outubro de 2010, o qual, sem revogá-lo por completo, trouxe algumas modificações ao Decreto 78/1978, além de introduzir os artigos 129-1 a 131 no Código de Processo Civil.

Segundo a nova regulamentação, os juízes poderão, em virtude de disposição particular, delegar a sua missão de conciliação¹⁵ a um conciliador, designando um conciliador de justiça e fixando prazo para o procedimento conciliatório, o qual não poderá ser superior a dois meses, prazo este que poderá ser renovado por determinação do juiz. As audiências de conciliação são confidenciais e não produzem nenhum efeito sobre a demanda judicial, mesmo com relação ao prazo de decadência e prescrição, e as

¹⁴ CAPONI, Remo. *La mediazione obbligatoria a pagameno: profili di costituzionalità*. Revista *Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

¹⁵ Na França. O juiz é dotado de poderes conciliatórios, devendo, inclusive, dar preferência à solução conciliatória à imposição de uma decisão. Cf. CADIET, Loic. “I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità”. In *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, 2006.

declarações e constatações do conciliador não poderão ser utilizadas em juízo sem o consentimento das partes.

A qualquer tempo, o juiz poderá, de ofício, a pedido das partes, ou do conciliador, pôr fim ao procedimento conciliatório. As partes poderão informar sobre o acordo ao juiz, através de um procedimento verbal ou poderão fazer um acordo escrito, com a assinatura do conciliador. No primeiro caso, o acordo poderá ser reduzido a termo, valendo como título judicial; no segundo caso, o acordo deverá ser homologado pelo juiz para ter força executiva.

O conciliador é eleito pelo período de um ano, podendo ser prorrogado por mais dois anos. A lei estabelece alguns requisitos para o conciliador, como gozar de seus direitos civis e políticos, não estar investido em cargo de mandato eletivo no âmbito da corte que atua e possuir experiência jurídica de pelo menos três anos. Há, ainda, a vedação expressa ao exercício da função de conciliador das pessoas que exercem cargos públicos e ministeriais, atividades judiciais a qualquer título ou que participam do funcionamento do serviço judiciário.

Com relação aos procedimentos mediatórios, estes também podem ser desenvolvidos de forma extrajudicial. No entanto, a mediação extrajudicial não se confunde com a conciliação extrajudicial, podendo ser realizada diretamente pelas partes ou institucionalmente, perante um órgão privado de arbitragem e mediação ou uma organização profissional. Em ambos os casos, a presença de um advogado não é impositiva.

No âmbito judicial, a mediação foi introduzida pela Lei nº 95-125, de 8 de fevereiro de 1995, segundo a qual o juiz poderá, através de decisão irrecorrível, designar um terceiro que irá ouvir as partes e compreender seus interesses, confrontando seus diferentes pontos de vista e agindo de forma a facilitar que as partes encontrem uma solução para o conflito. Também é irrecorrível a decisão que põe fim ao procedimento de mediação, o qual possui duração fixada pelo juiz, mas não poderá exceder três

meses, admitindo-se a renovação deste prazo uma vez, por igual período. O juiz poderá, ainda, pôr fim à mediação a qualquer tempo.

O mediador é uma pessoa física, inexistindo exigências especiais para a sua designação. Ao contrário do conciliador, o trabalho do mediador é remunerado. Nesta sede, verifica-se também o dever de sigilo, o qual mostra-se absolutamente necessário para que as partes nutram a necessária confiança na figura do mediador.

Caso as partes não cheguem a um acordo no prazo fixado, o trabalho do mediador se encerra e o processo prossegue pela via ordinária. Havendo acordo, as partes podem submetê-lo à homologação judicial, conferindo-lhe eficácia executiva.

O direito do trabalho em particular é, classicamente, terreno privilegiado para a mediação. O *Code du Travail* francês regulamenta a mediação judicial neste âmbito, disciplinando a forma de indicação do mediador e o procedimento de mediação nos artigos L2523-1 a L2523-9.

Na França há, ainda, a figura do mediador da República (*Le Médiateur de la République*), criada pela lei 19 de 3 de janeiro de 1973, que, apesar da denominação, passível de gerar associação com a figura do mediador judicial, não pode ser com esta confundida. O mediador da República possui a função de resolver os conflitos entre os cidadãos e os órgãos da administração pública. A sua nomeação se dá através da indicação de um conselho de ministros pelo prazo de seis anos, sem direito à renovação do mandato.

Além dos procedimentos de mediação e conciliação, verifica-se na França a existência da chamada *Jurisdiction de proximité*, a qual funciona como uma espécie de juizado de pequenas causas, com jurisdição em primeira instância para decidir os litígios de valor inferior a quatro mil euros.

Da análise, ainda que superficial, dos procedimentos alternativos na forma adotada pelo ordenamento francês, verifica-se uma tendência em articular os métodos alternativos com o processo judicial. Com efeito, não há separação rígida entre o processo, como fenômeno institucional e autoritário, e a transação, como expressão de acordo e negociação. Processo e acordo se combinam, havendo uma grande

preocupação em circundar de garantias os modos alternativos de solução de conflitos, para que os estes não gerem soluções injustas, com a imposição da vontade da parte mais forte sobre a parte mais fraca.

2.3. Estados Unidos:

Nos Estados Unidos, inicialmente, é importante destacar a existência de um sistema processual dividido em duas etapas, o *pre-trial* e o *trial*, o primeiro figurando como uma etapa preliminar na qual as partes apresentam as provas que estão em seu poder e os fundamentos de sua pretensão. Esse procedimento bifásico contribui bastante para a autocomposição da lide, uma vez que as partes já possuem conhecimento prévio as provas de quem dispõe a parte contrária e, conseqüentemente, perspectiva sobre suas chances de êxito.

Por outro lado, conforme destacado por Mirjan Damaska¹⁶, os países integrantes do sistema da *common law* adotam uma estrutura judiciária que visa à solução real e concreta do litígio, ao contrário dos países de *civil law*, preocupados na implementação de políticas pública e na aplicação de das normas legais. Assim, nos países que compõem o primeiro grupo, cria-se um terreno favorável à proliferação dos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Merece destaque, ainda, a edição das *Federal Arbitration Rules*, em 1925, e a criação da *American Arbitration Association*, instituição fundada em 1926, com sede em Nova Iorque, que possui por objetivo precípua colaborar na implementação de procedimentos arbitrais e outros meios alternativos de solução de conflitos.

Não obstante, foi a partir dos anos 80 que os métodos alternativos de solução de controvérsias, com destaque para a arbitragem e mediação, ganharam imensa força nos Estados Unidos, com destaque para o papel da Suprema Corte, a qual passou a adotar uma jurisprudência favorável aos meios alternativos de solução de conflitos, garantindo

¹⁶ DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice and State Authority*. Yale University Press New Haven London, 1931, p. 97/103.

a efetividade dos acordos firmados entre as partes, além de dar ampla eficácia às convenções de arbitragem.

O legislador também contribuiu de forma considerável no crescimento dos meios alternativos, com a edição de leis federais e estatais favorecendo a implantação de métodos de ADR, como por exemplo: a) *Dispute Resolution Act*, que prevê o estímulo aos estados no desenvolvimento de mecanismos de resolução de controvérsias “*eficazes, justos, pouco custosos e rápidos.*”; b) *Judicial Improvements and Access to Justice Act (1988)*, que traz autorização às Cortes Distritais Federais a instituir um programa de deferimento obrigatório da arbitragem, porém sem vinculação obrigatória à decisão final, nas pequenas causas; c) *Civil Justice Reform Act (1990)*, o qual impõe a todas as Cortes Distritais a formular e instituir um plano para a redução do custo e tempo dos processos no prazo de quatro anos, autorizando o uso de instrumentos alternativos de resolução de conflitos como um dos possíveis meios de atingir a este fim. Ademais, impôs o uso da ADR para a resolução das controvérsias no âmbito das agências administrativas; d) *Alternative Dispute Resolution Act (1998)*, o qual possibilita a todas as Cortes distritais federais a instituir programas de ADR, deixando no âmbito de regulamentação de cada Corte a decisão sobre qual forma de ADR utilizar¹⁷.

Outro aspecto que ganha relevo nos meios alternativos norte-americanos é uma grande tendência em que estes estejam conexos à jurisdição estatal, como os procedimentos *court-annexed*. Tanto na *court-annexed arbitration* como na *court-annexed mediation* o juiz possui o poder de determinar, a partir da análise do caso concreto, que as partes busquem a via conciliatória ou arbitral para a solução do conflito. No primeiro caso, é nomeado um conciliador e, caso as partes não cheguem a um acordo, o processo volta ao seu curso regular. Na *court-annexed arbitration* o juiz nomeia um árbitro para a solução do litígio, permanecendo a possibilidade das partes rejeitarem a decisão do árbitro caso não concordem com ela, requerendo ao juiz que profira outra decisão em substituição à decisão arbitral. Não obstante, as partes arcarão

¹⁷ CHASE, Oskar. Il metodi alternativi di soluzioni dele controversie i la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America. In: L’altra giustizia. Il metodi alternativi di soluzioni di controversie nel diritto comparato. Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2007, p. 136,137.

com as despesas decorrentes do procedimento arbitral, ainda que a sua solução não seja adotada.

2.4. Brasil:

No Brasil, os métodos alternativos de resolução de conflitos, seguindo uma tendência mundial, também ganharam força nos últimos anos. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 prevê uma fase conciliatória no artigo 331, nas causas que admitem transação, contudo, principalmente tendo em vista o excesso de processos que assolam o judiciário, as audiências de conciliação são realizadas sem qualquer preparo e boa-vontade para a real autocomposição das partes, fato pelo qual é irrisório o número de demandas que se encerram pela conciliação nesta fase do processo.

Fator de suma relevância com relação ao desenvolvimento dos meios alternativos no Brasil foi o advento da lei 9.307/96, que disciplinou o procedimento da arbitragem¹⁸. Em verdade, a arbitragem já era prevista no diploma processual de 1973, contudo, a nova lei da arbitragem trouxe inovações que possibilitaram o crescimento da arbitragem. Inicialmente, merece destaque a inclusão do inciso VII no art. 267 e o inciso IX no art. 301 do CPC, colocando a convenção de arbitragem como causa de extinção do processo sem resolução de mérito.

Observa-se que Código de Processo Civil ao dispor que a existência convenção de arbitragem configura causa de extinção abarca tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral. Assim, a existência de cláusula compromissória em determinado contrato, por si só, já tem o condão de vincular às partes ao procedimento arbitral.

Da mesma forma, a lei 9.307 regulamentou a forma de execução específica das cláusulas compromissórias em branco. As cláusulas compromissórias ditas em branco são aquelas que não dispõem sobre a forma de instituição da arbitragem. Evidentemente, o ideal é que as partes disponham na cláusula compromissória sobre todos os elementos necessários para a instituição do procedimento arbitral, porém

¹⁸ WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 20.

quando não o fazem, havendo recusa de alguma das partes em instituir a arbitragem, a lei possibilita o ajuizamento de ação para a instituição da arbitragem¹⁹.

Através desta ação, prevista nos artigos 6º e 7º da lei de arbitragem, a parte interessada poderá requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar o compromisso. Caso não haja acordo em audiência, caberá ao juiz nomear o árbitro a fim de possibilitar a instituição da arbitragem.

É importante destacar que esta sentença, através da qual o juiz dispõe sobre a instituição da arbitragem, é executável de imediato, uma vez que a lei de arbitragem inseriu o inciso VI no art. 520 do CPC, incluído esta sentença dentre aquelas contra a qual a apelação não tem efeito suspensivo.

Outro dispositivo que merece destaque é o art. 8º da lei, que garante a autonomia da cláusula arbitral. Segundo o artigo em referência, a cláusula compromissória é autônoma, ou seja, os vícios do contrato não atingem a cláusula compromissória. E mais, o parágrafo único do art. 8º consagrou um princípio da competência-competência (*kompetenz-kompetenz*), dispondo que a própria controvérsia acerca da validade da cláusula compromissória deverá ser dirimida no juízo arbitral. Esse princípio é de tamanha relevância principalmente pelo seu aspecto negativo. O árbitro não é só competente para decidir sobre a própria competência, mas ele deve ser o primeiro a conhecer desta questão.

Além dessas modificações na legislação, o posicionamento firmado pelas Cortes Superiores foram igualmente de suma importância para possibilitar a evolução da arbitragem no Brasil.

O primeiro julgado de importância ímpar ao desenvolvimento da arbitragem foi o julgamento da Sentença Estrangeira Contesta 5.206 da Espanha, através do qual reconheceu-se a constitucionalidade da lei de arbitragem. No caso contestou-se a constitucionalidade dos artigos. 6º, 7º, 41 e 42, ou seja, justamente aqueles que conferiam ampla eficácia à convenção de arbitragem, sob alegação de afronta ao princípio da inafastabilidade do judiciário, consagrado no art. 5º XXXV da Constituição da República.

A tese da inconstitucionalidade foi encampada à época pelo ministro Sepúlveda Pertece, que entendia que a cláusula compromissória em branco representava uma

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no terceiro ano de vigência de lei 9.307/96. In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 53.

renúncia genérica à jurisdição estatal, uma vez que preexistente ao próprio litígio, o que não seria admissível à luz do aludido princípio da inafastabilidade do judiciário. Felizmente, este entendimento não foi acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o qual reconheceu a constitucionalidade da lei. No voto condutor, da lavra do ministro Nelson Jobim, destacou-se que a jurisdição é um direito e não um dever do cidadão, sendo certo que nas hipóteses em que ele pode renunciar ao próprio direito material, não há porque impedir que ele convencie outra forma de resolver as controvérsias acerca destes direitos fora da justiça estatal.

Outro avanço sedimentado na jurisprudência verificou-se com o julgamento da Sentença Estrangeira Contestada nº 349, do Japão, através do qual adotou-se o entendimento que a cláusula compromissória vincula as partes, afastando a jurisdição estatal, mesmo se firmada anteriormente à lei 9307/96. Entendeu-se que as leis processuais possuem incidência imediata aos casos endentes de julgamento, e que, portanto, não haveria óbice em aplicar a estes contratos as disposições processuais trazidas pela lei de arbitragem.

Outros avanços vêm sendo observados na área da mediação, com a adoção de medidas legislativas, como o projeto de lei que institucionaliza e disciplina a mediação paraprocessual, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil.

Cabe ressaltar o projeto de lei (PL 4.827/1998) originalmente elaborado pela Deputada Federal Zulaiê Cobra. Atualmente, encontra-se em trâmite o substitutivo apresentado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) (PLC 94/2002) apresentado pelo Senador Pedro Simon.

O projeto define mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual”²⁰Prevê, ainda, duas modalidades de mediação paraprocessual: a mediação prévia, que é facultativa e precede a ação judicial, e a

²⁰ Artigo 2º do PLC94/2002.

mediação incidental, que é obrigatória e está inserida na fase inicial do processo de conhecimento.

O projeto diferencia a mediação em judicial e extrajudicial conforme a qualidade dos mediadores, sendo a primeira aquela a cargo de instituições e entidades especializadas em mediação ou de mediadores independentes, e a segunda aquela realizada pelos mediadores inscritos no Registro de Mediadores do Tribunal de Justiça do estado competente.

Os mediadores judiciais deverão ser advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, com pelo menos três anos de exercício da advocacia. O trabalho dos mediadores será remunerado, mas a fixação dos seus honorários restou delegada às normas locais a serem estabelecidas pelos Tribunais de Justiça estaduais. .

Paralelamente, tramita também no Senado Federal o Projeto de Lei 57/2011, apresentado em agosto desse ano pelo senador Ricardo Ferraço, versando igualmente sobre a mediação. A principal diferença entre os dois Projetos reside no fato de que o segundo, apesar de prever, tal qual o primeiro, a mediação judicial e extrajudicial, incidental e precedente ao processo, não institui a mediação obrigatória em nenhuma hipótese. A mediação sempre será facultativa, permitindo-se ao juiz tão somente que recomende a mediação às partes preferencialmente, em conflitos nos quais haja necessidade de preservação ou recomposição de vínculo interpessoal ou social, ou quando as decisões das partes operem consequências relevantes sobre terceiros.

O PLS57/2011 também não determina que os mediadores sejam advogados, inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, dispondo apenas que os mediadores devem ter capacitação adequada e subordinarem-se a Código de Ética específico.

De fato, conforme já analisamos ao tratar da nova lei de mediação italiana, a instituição da mediação de forma obrigatória sofre grandes críticas da doutrina especializada e gera grandes controvérsias acerca da sua constitucionalidade à luz do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. A mediação pressupõe o mínimo de

vontade das partes em se conciliarem, além de não ser adequada a todas as situações. Com efeito, o âmbito de aplicação mais produtivo da mediação são aquelas controvérsias onde o conflito é predominantemente de cunho emocional. As demandas nas quais prepondera a discussão sobre o direito aplicável ao caso concreto usualmente são resolvidas de forma mais eficaz através de uma decisão judicial. Assim, a instituição da mediação de forma obrigatória para toda e qualquer controvérsia não nos parece ser a melhor forma de desenvolver de forma eficaz o procedimento.

3. Conclusão:

Com efeito, conforme verificado, a adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias vem crescendo muito nos últimos anos, o que decorre de fatores culturais, sociais, mas, principalmente, da sobrecarga do judiciário, que tem levado o poder legislativo a editar normas estimulando, e, por vezes, obrigando a adoção de meios alternativos preferivelmente à jurisdição estatal.

Com efeito, e reiterando o entendimento esposado acima, nem todo conflito é resolvido de forma eficaz através de uma solução judicial. O mesmo pode se dizer com relação aos meios alternativos. Os meios alternativos devem ser pensados como uma chave jurídica se aplicado em um regime jurídico apropriado, sem que sua eficácia vá em detrimento do direito fundamental da parte.

Notoriamente, estamos vivendo uma crise do judiciário. A tutela jurisdicional não é prestada de forma célere, os Tribunais encontram-se sobrecarregados, o que decorre, sobretudo, do crescimento do demandismo e da litigiosidade cada vez mais presentes no contexto social. Conforme já afirmado por Mauro Cappelletti²¹, o aumento da via, conseqüentemente gera o aumento do fluxo. A garantia cada vez mais ampla do acesso à justiça faz com que cada vez mais demandas cheguem ao judiciário. O que se observa é que a predileção do legislador pelos métodos alternativos não é motivada por particulares razões culturais, ainda que as ideologias neoprivatistas influenciem nas opções legislativas, mas no fato de que a justiça do Estado não funciona. Assim o legislador tenta empurrar o maior número de controvérsias possíveis para fora dos canais jurisdicionais. O êxito dos ADRs é diretamente proporcional à ineficiência da

²¹ 21 CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

justiça estatal²². Deste ponto de vista, o recurso aos ADRs não parece um fenômeno positivo em si mesmo, mas um reflexo de um fenômeno dramaticamente negativo, representado pela disfuncionalidade da justiça estatal.

Contudo, a crise do judiciário não pode levar ao seu abandono e a busca por meios alternativos. É preciso resolver os problemas do judiciário, buscando maior efetividade da tutela jurisdicional estatal, e não simplesmente direcionarmos a um movimento de fuga, com o sucateamento cada vez evidente da jurisdição estatal. A jurisdição estatal ainda é primordialmente o método mais procurado de resolução dos conflitos sociais e de tutela dos direitos.

Paralelamente, é preciso desenvolver de forma gradual os meios alternativos, de forma que estes sejam buscados quando de fato forem apropriados para a solução de determinada controvérsia. O desenvolvimento de uma “cultura” de meios alternativos, com a ampla informação das partes sobre os métodos que buscam para a solução dos litígios, a criação de instituições competentes e profissionais devidamente qualificados para a adequada implementação do procedimento, a edição de uma regulamentação sólida de forma a preservar os direitos fundamentais das partes, todos esses fatores, são essenciais para o sucesso dos métodos alternativos como procedimentos adequados de resolução de litígios e, conseqüentemente como instrumentos de redução da sobrecarga do judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CADIET, Loïc. *“I modi alternativi di Regolamento dei Conflitti in Francia tra tradizione e modernità”*. In *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 60, 2006.

CAPONI, Remo. *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*. *Revista Judicium*. Disponível no endereço eletrônico: www.judicium.it.

²² TARUFFO, Michele. Páginas sobre justicia civil. Tradução para o espanhol de Maximiliano Aramburo Calle, Marcial Pons, 2009, p. 115/116.

CAPPELLETTI, Mauro. “Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça”. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. “A arbitragem no terceiro ano de vigência de lei 9.307/96.” In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CHASE, Oscar. *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005.

_____. *Il metodi alternativi di soluzioni delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d’America*. In: L’altra giustizia. Il metodi alternativi di soluzioni di controversie nel diritto comparato. Milano – Dott. A. Giuffrè editore – 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Mezzi Alternativi de Tutela e Garanzie Costituzionali*.” In: Revista de Processo, vol. 99.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of Justice and State Authority*. Yale University Press New Haven London, 1931.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADR. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2003, 2ª edição.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In: Revista de Processo, n. 164, out./2008.

_____. “Atos de disposição processual – Primeiras reflexões”. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, 1ª edição, outubro/dezembro de 2007.

GRINOVER, Ada, et al. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 15ª edição, 1999, p. 22.

HILL, Flávia Pereira. “A nova lei de mediação italiana”. In: Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP, vol. VI. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ.

WALD, Arnaldo. “O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente.” In: Aspectos atuais da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.