

# 1

## **Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados<sup>1</sup>**

**Paulo Eduardo Alves da Silva**

Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP). Advogado e Mediador. Mestre e Doutor em Direito pela USP. Pesquisador visitante junto à Universidade da Califórnia/Berkeley, EUA (2016) e Universidade de Wisconsin/Madison, EUA (2012). Membro fundador da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (REED).

### Sumário:

1. Sociedade, justiça e resolução de disputas
2. Justiça formal e informal – o que são e por que diversificar os métodos para solução das disputas?
3. Institucionalização dos MASCs no Brasil: da arbitragem privada à mediação judicial
  - 3.1. Funções e desafios dos MASCs no Brasil – tipos de disputa e qualidade do acesso à justiça
  - 3.2. MASCs e formação jurídica – dimensões da jurisdição e dos processos de solução de disputas
4. Formas e procedimentos dos MASCs: variações a partir do acordo ou da decisão
5. A disputa como ponto de partida e apontamentos conclusivos

---

<sup>1</sup> Este texto é resultado da revisão e atualização da versão que compôs a primeira edição desta obra e foi reescrito em sua quase totalidade. Agradeço à leitura e aos comentários feitos, sobre a primeira versão, por Daniela Monteiro Gabbay e, à esta nova versão, por Felipe Reolon, Elisa Vanzella Lucena e Aline Lemos Reis.

## **1. Sociedade, justiça e resolução de disputas**

A ocorrência de disputas de interesses na sociedade civil, entre indivíduos, grupos, ou com o Estado, é inevitável. Por conta da configuração social contemporânea, esses conflitos tornam-se mais frequentes e mais complexos. Os dados sobre o volume e a movimentação processual da Justiça brasileira, em progressivo aumento nos últimos anos, são um indicativo claro da tendência de aumento da mobilização por direitos. Relatórios similares de outros países sinalizam no mesmo sentido.

Desde a consolidação dos Estados modernos, generalizou-se a crença de que o método mais adequado para a solução justa desses conflitos seria aquele oferecido pelo próprio Estado, por meio da jurisdição e do processo judicial. O mecanismo estatal possui princípios próprios e um conjunto farto de regras, o que constitui o próprio “direito processual”. A jurisdição, que deve ser imparcial, só atua mediante solicitação dos conflitantes (princípio da inércia), que são compulsoriamente sujeitos a esse poder (princípio da inevitabilidade). A resolução dos conflitos é obtida através de um procedimento de investigação racional da verdade fundado no debate entre as partes conflitantes (garantias do contraditório e da ampla defesa). O julgador tem liberdade para formar seu convencimento, que deve ser racional e motivado, e suas decisões devem ser públicas (princípios do livre convencimento motivado, da fundamentação e da publicidade).

Nas últimas décadas, a hegemonia do método estatal tradicional tem sido todavia questionada: o processo judicial é sempre o método mais adequado para se produzir justiça? A jurisdição estatal é a única competente para tanto? Poderia a própria sociedade promover, de forma autônoma e difusa, soluções para as disputas de interesse mais justas do que a provinda do Estado? Determinadas disputas seriam resolvidas com mais justiça mediante outros tipos de mecanismos? Deve a sociedade ter seus próprios mecanismos de solução de disputas?

Questões como essas, usualmente presentes nos estudos sobre o direito e a organização social, atualmente são feitas com mais frequência pela própria sociedade, insatisfeita com os serviços de justiça estatal. Os índices de confiança nos órgãos do sistema de justiça são mais baixos do que os de outras instituições sócio estatais, afetada por fatores ligados à confiança, rapidez, custos, restrito acesso, independência, honestidade e capacidade

para desempenhar sua atividade (FGV, 2016, pp. 03 e 10)<sup>2</sup>. E a insatisfação da população com a Justiça estatal sugere existir espaço para um tipo direto e imediato de acesso à justiça, sem a intermediação de um agente estatal e regras formais que mais parecem distanciar a justiça da sociedade do que aproximá-las e isso se traduz na busca por técnicas para resolver por si os conflitos.

A ciência jurídica, embora fundada na primazia da lei, nunca deixou de admitir a solução de controvérsias pela própria sociedade. A teoria geral do processo, por exemplo, sempre acomodou a jurisdição entre outros métodos de solução de conflitos. Os cursos básicos de teoria do Estado e teoria geral do Processo ensinam, que, ao menos no plano teórico, a jurisdição convive com outros métodos heterocompositivos de resolução de conflitos, com os métodos autocompositivos e, inclusive, com a heresia da autotutela. O trecho abaixo, do clássico “Teoria Geral do Processo” é ilustrativo deste ponto:

“a eliminação dos conflitos ocorrentes na vida em sociedade pode-se verificar por obra de um ou de ambos os sujeitos dos interesses conflitantes, ou por ato de terceiro. Na primeira hipótese, um dos sujeitos (ou cada um deles) consente no sacrifício total ou parcial do próprio interesse (autocomposição) ou impõe o sacrifício do interesse alheio (autodefesa ou autotutela). Na segunda hipótese, enquadram-se a defesa de terceiro, a mediação e o processo” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1998, p. 20).

Na verdade, a resolução consensual de disputas é historicamente mais antiga do que o processo judicial. Mecanismos privados e informais de justiça já eram praticados quando o Estado e a jurisdição oficial ainda ganhavam corpo e é presumível que nunca deixaram de ser praticados e que sempre estiveram em desenvolvimento. A jurisdição e o

---

<sup>2</sup> O sistema oficial de justiça do Brasil não conta com boa avaliação. Segundo o “Sistema de Indicadores de Percepção Social” (SIPS), do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), de maio de 2011, a nota média atribuída à Justiça foi de 4,55, numa escala de 0 a 10. É também baixa a credibilidade do sistema junto à população: nota de confiança em 4,9 em 10 e taxa relativa de confiança de 29% (FGV 2016). O índice de 4,9/10 é puxado para baixo principalmente por conta da opinião ruim que a população tem sobre como o Judiciário presta seu serviço – atribuindo-lhe a nota 3,4/10, composta pelos fatores confiança, rapidez, custos, acesso, independência, honestidade e capacidade para desempenhar sua atividade (FGV, 2016, pp. 03 e 10). Já o percentual de confiança no órgão poder Judiciário, em 29%, é apurado em relação à confiança depositada em outras instituições, como as Forças Armadas (59%), a Igreja (58%), a imprensa (37%), as redes sociais (23%), a Presidência da República (11%), o Congresso Nacional (10%) e os partidos políticos (7%). Os dados são referentes a 2016 e costuma sofrer alterações pontuais a cada ano. O “Índice de Percepção da Confiança na Justiça” (ICJ) é realizado periodicamente pela FGV, sendo que os dados aqui apresentados são do relatório do 1º semestre de 2016 (FGV, 2016) e, em alguns casos indicados no texto, do relatório do 2º semestre de 2015 (FGV, 2015). E o “Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) - Justiça” foi publicado pelo IPEA em 2010 e 2011.

processo judicial representam apenas a resolução mais formal e, na perspectiva do Estado moderno, a mais democrática e justa porque pautada e voltada para a aplicação da lei. Nos dias atuais, entretanto, é provável que as sociedades oscilem no sentido de considerarem a resolução comunitária e menos formal das disputas como justa, ou simplesmente como a opção factível de justiça.

Cada sociedade desenha seu quadro de métodos de resolução de conflitos conforme as suas expectativas e anseios. No último século, as sociedades contemporâneas parecem estar em crise com seus conceitos de forma, segurança, violência e justiça, o que naturalmente compromete a hegemonia da jurisdição e do processo judicial e abre espaço para o ressurgimento de outros métodos. Hoje em dia, a jurisdição e o processo judicial convivem com outros mecanismos de solução de disputas em sistemas de *common law* e de *civil law*. Nos sistemas jurídicos de tradição oriental e muçulmana, a prática da resolução privada consensual parece ser ainda mais comum – como explicado no item seguinte e como sugere um dos filmes indicados como material suplementar a este artigo.

No Brasil, o uso da arbitragem, da mediação e conciliação e de desenhos específicos de resolução de disputas ampliou-se consideravelmente na última década. Com isso, também cresce a necessidade de se conhecer com precisão seus princípios e regras básicas, como operam e, principalmente, como se integram à jurisdição estatal. *Em que consistem exatamente estes mecanismos? Quais suas semelhanças e suas diferenças? Quais suas características e regras? Como devem ser operados? E, principalmente, quais são os mais adequados? Quais conduzem à justiça?*<sup>3</sup> Questões como essas precisam ser investigadas para se chegar a um grau de convivência segura entre a jurisdição e os métodos ditos alternativos. A legislação brasileira de 2015 traz alguns desses princípios e regras e fornecem elementos para responder a algumas dessas perguntas.

Os capítulos deste livro trazem uma sistematização dessas características e regras. Este capítulo inicial, por sua vez, limita-se a uma abordagem panorâmica dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (doravante, MASC), preliminar ao contato com os capítulos seguintes. O texto está organizado em quatro partes: esta introdução, a apresentação das características essenciais desses mecanismos, as estruturas de cada um deles (partes envolvidas e procedimentos) e uma conclusão.

---

<sup>3</sup> Interessante notar, no fundo dessas indagações, a sofisticada questão do *acesso à justiça*. Que mecanismos propiciam efetivo acesso à justiça? É possível diferenciá-los por este critério? O que é, atualmente, acesso à justiça?

## 2. Justiça formal e informal – o que são e por que diversificar os métodos para solução das disputas?

A expressão “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC) corresponde a homônima em língua inglesa “alternative dispute resolution” (ADR), e representa uma variedade de métodos de resolução de disputas, distintos do julgamento que se obtém ao final de um processo judicial. São exemplos a arbitragem, a mediação, a conciliação, a avaliação neutra, o “minitrial” e a própria negociação.

A expressão em língua inglesa é atribuída a Frank Sander, professor de clínicas jurídicas da escola de direito de Harvard, em uma apresentação feita na década de 1970, em congresso organizado para se discutir as causas da insatisfação popular com a justiça norte americana<sup>4</sup>. Ao defender a diversificação de meios de solução de disputas, ele menciona incidentalmente o termo “alternative dispute resolution”, enfatizando o caráter de contraposição à justiça estatal:

“(…) há uma rica variedade de diferentes processos, que (…) podem prover mais efetivas resoluções de disputas. Quais são as características dos diversos *mecanismos alternativos de solução de disputas* (tais como os julgamentos pelos tribunais, a arbitragem, a mediação, a negociação e variadas misturas desses e outros instrumentos)?”<sup>5</sup>

A tendência dos sistemas disporem de métodos menos formais e não oficiais de justiça remonta, portanto, às políticas judiciárias das décadas 1970 e 1980 nos Estados Unidos. Diferentes fatores são invocados para justificar o movimento. A insatisfação popular com as instituições de justiça e as promessas de rapidez, redução de custos e menor adversarialismo parecem ter sensibilizado aquele e outros tantos países desde então.

---

<sup>4</sup> A conferência teve o nome de “National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” e foi sediada em Mineapólis, nos EUA, em 1976. O artigo de Sander foi inicialmente publicado como Varieties of dispute processing. *Federal Rules Decisions*, v. 70, p. 111-134, 1976 e, alguns anos depois, republicado como SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. West: A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.

<sup>5</sup> A tradução é livre e o destaque em itálico é nosso. No original, “(...) there is a rich variety of different processes, which (...) may provide for more ‘effective’ conflict resolution. (...) What are the significant characteristics of various alternative dispute resolution mechanisms (such as adjudication by courts, arbitration, mediation, negotiation, and various blends of these and other devices?)”.

O monopólio da jurisdição pelo Estado corresponde a um modelo político consolidado durante o século XIX que entrou em decadência nas últimas décadas do século XX. Com o aumento populacional, as sociedades se estruturaram em escala de massa, concentraram-se em grandes centros urbanos, tornaram-se vorazes consumidoras de bens e serviços e hoje se relacionam em redes, amparada por sofisticados recursos tecnológicos. A transformação social projeta-se para a quântia e o perfil das disputas de interesses e passa a exigir adequados métodos para resolvê-las.

Os mecanismos não jurisdicionais de solução de conflitos não são uma criação do século XX, longe disso. Sempre houve, em cada sociedade e em cada época, maior ou menor propensão a mecanismos de justiça formais e centralizados no Estado ou, por outro lado, a mecanismos menos formais e com menor ou nenhuma presença estatal (ROBERTS & PALMER, 2005, p. 3)<sup>6</sup>. Os ciclos de desformalização e reformalização da solução de disputas movem-se por impulsos de variada natureza (religiosos, étnicos, políticos, territoriais e temporais) no sentido da desformalização, que são de tempos em tempos refreados por reações de institucionalização e formalização, comumente pela via das leis e um órgão centralizador (ROBERTS & PALMER, 2005). Os atuais MASCs são o resultado da oscilação mais recente no sentido dos mecanismos informais e privados de justiça, identificada originalmente nos EUA nos anos 1980, difundida por diferentes países e que aportara mais intensamente no Brasil no início do século XXI.

O movimento contemporâneo dos *ADR* nunca foi unânime. Desde seu lançamento, enfrentou críticas contundentes. Na década de 70, quando Sander difundia o

---

<sup>6</sup> A história registra muitas outras experiências de justiça informal, não estatal e não decisional. A China pré-imperial, por exemplo, presenciou, no século III a.C., a transição de um modelo informal, fundado na ideologia confucionista, para um padrão de legalismo e formalismo. Na filosofia de Confúcio, o tratamento dos conflitos deveria se fundar na harmonia, liderança moral, educação e sacrifício; o tratamento legal e formalizado estimularia, segundo ele, o dissenso e subtrairia dos litigantes a noção substancial de justiça. O que garantiria a convivência harmoniosa seria projeção da conduta moral do líder sobre as pessoas comuns. Em determinado momento da história da China, este modelo deu lugar a um sistema legalista e formalista de justiça – naturalmente, com muitos traços do modelo anterior (a apresentação de métodos consensuais no sistema chinês pode ser encontrada em ROBERTS & PALMER, 2005, p. 12). Roma, por sua vez, também atravessou graus variados de formalismo e legalismo no tratamento dos conflitos. Em sua fase mais antiga, em que o governo ainda era teocrático, os assuntos legais eram confiados a um colégio de pontífices e os procedimentos não eram detalhadamente estruturados. O modelo de justiça formalista romano com que tomamos contato e que tanto influenciou a Europa muitos séculos depois é, em grande parte, o do período republicano. Mecanismos bastante informais (e rudimentares) de resolução de conflitos, como a justiça popular e o *flagitatio*, só foram suplantados por mecanismos mais formais e racionais, como o processo judicial, a partir das Leis das XII Tábuas. E as regras procedimentais que então começaram a ser desenhadas não eliminaram imediatamente a *transatio*, que as partes ainda podiam firmar mesmo após o início do procedimento ou a prolação da decisão do *iudex* (KELLY, 1966, p. 148 e 150).

termo sob apoio de um Judiciário insatisfeito com o volume de processos, já havia um intenso debate na literatura norte-americana acerca do modelo mais adequado de justiça, o papel do juiz e, conseqüentemente, a viabilidade de se investir em mecanismos paraestatais de solução de conflitos. Os principais argumentos contrários foram sistematizados pelo professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, em artigo sugestivamente intitulado “Contra o acordo” (1984)<sup>7</sup>. Apoiando-se na função pública da jurisdição e do processo, Fiss argumenta que os acordos não necessariamente produzem justiça e, além disso, impedem que o Estado o faça e, não raro, intensificam a assimetria comum entre os litigantes. Segundo ele, o papel da jurisdição vai além de produzir paz entre as partes, sendo-lhe exigido que promova sobretudo proteção aos valores públicos considerados mais importantes pela sociedade. O acordo em uma disputa impediria, em última análise, que a jurisdição proteja esses valores. Na sua visão, apenas a decisão judicial seria capaz de promover um estágio desejado de justiça substancial. Suas palavras são suficientemente esclarecedoras:

“(…) quando as partes fazem um acordo, a sociedade ganha menos do que aparece a uma primeira vista, e por um preço que ela ignora que está pagando. Ao celebrarem um acordo, as partes podem estar deixando de fazer justiça. (…) Embora as partes estejam preparadas para viver segundo com os termos negociados, e embora esta coexistência pacífica possa ser uma precondição necessária de justiça, o que é algo em si valioso, isso não é propriamente justiça. Celebrar um acordo significa aceitar menos do que seria o ideal.”<sup>8</sup>

É preciso reconhecer que o argumento de Fiss faz bastante sentido, especialmente em sistemas jurídicos como o brasileiro, baseados na primazia da lei e em que os casos de assimetria entre litigantes compõem o padrão da litigância judicial (CNJ, 2012). Se o sistema político condiciona a ideia de justiça ao cumprimento das leis, o sistema jurídico se constrói sobre um complexo emaranhado normativo. Como a jurisdição é a atividade essencialmente destinada a aplicar as leis aos casos concretos – preocupação que os MASCs não têm –, Fiss conclui que a verdadeira justiça somente pode advir do processo judicial e da jurisdição

---

<sup>7</sup> No original, “Against the Settlement”, traduzido no Brasil (FISS, 2001)

<sup>8</sup> Tradução livre. No original: (….) when the parties settle, society get less than what appears, and for a price it does not know it is paying. Parties might settle while leaving justice undone. (…) Although the parties are prepared to live under the terms they bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself. To settle for something means to accept less than some ideal” (FISS, 1984, p. 1086). O artigo original foi traduzido para o português em obra indicada nas referências bibliográficas deste capítulo.

estatal. Ademais, para as partes econômica e socialmente hipossuficientes, sem as mesmas condições de compreender o que lhe seria justo e negociar um bom acordo, os MASCs equivaleriam a uma “justiça de segunda classe”.

O fato é que, justos ou não, de primeira ou segunda classe, em três décadas os MASCs se espalharam e foram incorporados a sistemas de justiça de todo o mundo. A arbitragem é considerada hoje a principal forma de resolução de conflitos no comércio internacional. A mediação e a conciliação são utilizadas para a solução de conflitos de variados perfis. E a negociação, que nunca deixou de ser praticada, foi sistematizada e ganhou espaço nos programas escolares.

### **3. A institucionalização dos MASCs no Brasil: da arbitragem privada à mediação judicial**

No Brasil, a história recente dos MASCs tem uma defasagem temporal de duas décadas em relação à experiência norte-americana, mas se desenvolve por argumentos e etapas relativamente semelhantes: parte uma crítica à demora e custos da jurisdição estatal, ancora-se inicialmente na arbitragem privada para, mais tarde, disseminar-se pela conciliação e mediação – no nosso caso, principalmente no âmbito judicial.

Por meio de ousada inovação legislativa, o Brasil instituiu a possibilidade de as partes resolverem seus conflitos mediante uma arbitragem privada com eficácia executiva correspondente à de uma decisão judicial<sup>9</sup>. Pactuada a arbitragem, ambos os litigantes seriam compelidos a observá-la e a dar cumprimento à decisão nela proferida.

A Lei da Arbitragem provocou questionamentos sobre a natureza da jurisdição e a amplitude da incidência das regras processuais. A decisão arbitral, ainda que não prestada pelo Estado, enquadra-se em um conceito mais amplo de tutela jurisdicional. E o *procedimento* arbitral, disponível à autonomia das partes e menos detalhado do que as regras do processo judicial tradicional, permite-se atender a uma moldura mínima de devido processo legal, formada pelos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento (LA, art. 21, § 2º).

A recepção da Lei de Arbitragem brasileira não foi imediata. Por cinco anos, pendeu contra ela uma impugnação de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal

---

<sup>9</sup> Lei 9.307/1996, Art. 31. “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”



Federal, fundada no argumento de violação da garantia de acesso à justiça (CF, art. 5º, inciso XXXV). Em 2001, a Corte confirmou a constitucionalidade da Lei, por sete votos a quatro. Fundamentou-se no fato de a arbitragem se limitar a demandas envolvendo direitos disponíveis e, afinal de contas, “o inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever” (STF, SE 5.206).

Desde então, e com relativa rapidez, a arbitragem ganhou amplo espaço para a solução de disputas comerciais e, em seguida, para as de cunho doméstico. O Poder Judiciário brasileiro respondeu com o suporte necessário para a credibilidade do mecanismo, privilegiando as cláusulas arbitrais em detrimento do direito de petição, limitando-se a deferir medidas excepcionais de urgência e executar as decisões arbitrais quando necessário. Segundo amplo levantamento de jurisprudência no tema, os tribunais brasileiros suportaram aplicaram a lei de arbitragem de acordo com as premissas sobre as quais ela foi criada (CBar/FGV, 2009).

A despeito da rápida disseminação, algumas questões práticas da arbitragem não ficaram esclarecidas na redação original e precisaram ser redefinidas. A Lei 13.129, de 2015, alterou dispositivos da Lei 9.307 para, em suma, aumentar o poder das partes na escolha dos árbitros, mesmo diante de lista prévia disposta no regulamento da câmara arbitral respectiva (parágrafo 4º do artigo 13 da LA); permitir que as partes firmem adendos à convenção de arbitragem (LA, art. 19, 1º.); regular os efeitos sobre a prescrição (LA, art. 19, 2º.), entre outros dispositivos. A nova redação também admite as sentenças arbitrais parciais, restringe ainda mais as hipóteses e o regime do controle judicial sobre a sentença arbitral (anulada, nova sentença arbitral há de ser proferida pela câmara competente; art. 33 da LA) e regula com mais precisão o requerimento e a concessão de tutelas de urgência (se preparatórias, pelo Judiciário e, se incidentais ao procedimento arbitral, ao respectivo tribunal; artigos 22-A e 22-B da LA). A lei também regula a carta arbitral, um mecanismo de cooperação nacional entre árbitros e juízes oficiais para a prática de atos processuais (novo art. 22-C da LA) e a convenção de arbitragem em estatutos de sociedades anônimas, vinculando todos os acionistas (novo artigo 136-A da Lei das SA).

A principal novidade da reforma da Lei de Arbitragem é, porém, a admissão a que a arbitragem seja utilizada por órgãos da administração pública direta e indireta (art. 1º, §1º da LA<sup>10</sup>). A ampliação significa um notável avanço na internalização da arbitragem no sistema

---

<sup>10</sup> Lei de Arbitragem, Art. 1º § 1º “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

jurídico brasileiro e abriu espaço para um novo perfil de litigância de direito público no país, responsável pelas mais intensas polêmicas atuais sobre a técnica.

A difusão da arbitragem no Brasil parece ter quebrado um primeiro nível da resistência cultural ao uso de MASCs no país. Com o tempo, a manutenção da ‘crise da Justiça’ encorajou a ampliação da abertura para outros mecanismos. A arbitragem, embora popular no nome, ainda é cara e restrita a uma elite de disputas. Faltava-nos um mecanismo que aproveitasse nossa suposta natureza cordial para a resolução de disputas. O discurso contra a morosidade da Justiça e a esperança de que acordos reduzissem o volume de processos nos tribunais fomentaram a instituição da “justiça consensual”, como chamou a Prof. Ada. Assim, conciliação e mediação ganharam espaço junto aos expedientes forenses com muito mais rapidez e amplitude e muito menos resistência interna que a arbitragem enfrentara dez anos antes.

Sob a premissa ideológica da “cultura da pacificação”, diversas iniciativas de promoção da conciliação em juízo foram implantadas em todo o país, através de iniciativas isoladas ou por meio de amplo apoio institucional. Perspicaz análise teórica identificou, na formação jurídica brasileira, uma exagerada dependência da resolução de conflitos pela decisão judicial estatal – o que foi chamado de “cultura da sentença”, em oposição à “cultura da pacificação” que fomenta os meios de resolução consensual (WATANABE, 2005).

A instituição da mediação por meio de reforma legislativa processual mostrou-se de difícil aceitação, o que motivou os defensores da ideia a encaminharem-na pela via das políticas de organização judiciária. O Conselho Nacional de Justiça, então, incluiu o apoio à conciliação na sua pauta e, em 2010, firmou as bases para uma política nacional de resolução de conflitos, centrada na integração entre os mecanismos formais e decisórios aos mecanismos baseados em consenso.

A Resolução n. 125 do CNJ significou, neste aspecto, mais do que um marco legal que permitiu a instalação de setores de conciliação junto aos fóruns. Tratou-se do marco de uma política pública judiciária, pela qual a resolução consensual dos conflitos seria paulatinamente organizada na sociedade civil a partir do próprio Poder Judiciário. A partir dela, os tribunais organizaram os seus setores de conciliação judicial e, em alguns casos, capitanearam a organização de núcleos comunitários de solução de conflitos<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça visa instituir uma “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”. Confere aos órgãos judiciários a tarefa de “*oferecer mecanismos consensuais de soluções de controvérsias*”, para além da solução dada por sentença, como a mediação e conciliação e *prestar atendimento e orientação ao cidadão*”. Fixa as bases para essa política: “centralização das

Em 2014, com maior difusão dos métodos consensuais no sistema jurídico, a via da reforma legislativa voltou à cena. O então projeto de Lei de Novo Código de Processo Civil foi retomado e se transformou na Lei n. 13.105, de 2015. O chamado marco legal da mediação também foi retomado e se tornou a nossa primeira lei específica para mediação de conflitos entre particulares e entre a Administração Pública, a Lei n.13.140, de 2015 (Lei de Mediação).

Juntos, esses diplomas oferecem um caminho propício para o “sistema multiportas” de Sander ao institucionalizarem dois sistemas oficiais autônomos de solução de disputas: os métodos consensuais e os julgamentos, ambos no âmbito do Poder Judiciário e em alguma medida integrados ao processo judicial<sup>12</sup>. O atual CPC, logo nas suas “normas fundamentais”, inclui a mediação, conciliação e a arbitragem como as exceções admitidas à garantia da inafastabilidade da jurisdição (art. 3º, parágrafos) – evitando o obstáculo que a Lei da Arbitragem enfrentou.

O CPC também ofereceu importante impulso à profissionalização dos mediadores e conciliadores, e incluiu-os ao lado dos demais órgãos auxiliares da justiça – o escrivão, o chefe de secretaria, oficial de justiça, o perito e o intérprete e tradutor. De voluntários informais, mediadores e conciliadores passaram a compor uma categoria de profissionais qualificados, certificados e vinculados a um tribunal na qualidade de auxiliares, remunerados, passíveis de impedimento e suspensão, submetidos a uma lista própria de princípios gerais bem como a regras de confidencialidade, quarentena, certificação de capacitação, entre outras exigências (arts. 165 a 175).

O CPC acabou com longa discussão sobre a diferença entre mediação e conciliação. Em vez disso, definiu que o conciliador “atuará preferencialmente” nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá fazer sugestões de soluções, ao passo que o mediador “atuará preferencialmente” nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes e incumbência será ‘auxiliar os interessados a compreender as questões e interesses em conflito’ de modo que eles, próprios, identifiquem as soluções mais adequadas (art. 165).

---

estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico, sendo possível firmar parcerias com entidades públicas e privadas para a prestação do serviço”. E, no âmbito dos Tribunais, determina que mantenham *Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos* e *Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania*, para realização das sessões de conciliação e mediação e atendimento e orientação ao cidadão.

<sup>12</sup> Ideia também atribuída ao já mencionado *paper* de Frank Sander para a Pound Conference: Varieties of Dispute Processing, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. A. Levin & R. Wheeler eds., West, 1979.

O CPC também reiterou a institucionalização dos centros judiciários de solução de conflito – os Cejuscs – que haviam sido instituídos pela Resolução 125/2010 do CNJ, com a função de realizar as tentativas de conciliação prévias ao processo judicial e também as audiências de conciliação previstas no procedimento judicial comum. E também previu a mediação em procedimentos específicos, como as ações de família (arts. 693 e ss.) e litígios pela posse coletiva de imóvel (art. 565).

A Lei de Mediação (Lei 13.140, de 2015), por sua vez, regulou duas espécies distintas de mediação: entre particulares e com a Administração Pública. Esta lei trouxe maior detalhamento das regras processuais da mediação e, em não poucos casos, repetiu temas regulados no CPC. De início, ofereceu sua própria definição de mediação<sup>13</sup> e de lista de princípios pertinentes<sup>14</sup>. Embora levemente distinta do CPC (arts. 165 e 166), alinha-se de modo geral àquele. A Lei também criou uma regra própria de obrigatoriedade da mediação - a parte que celebrou contrato com cláusula de mediação de deve comparecer ao menos à primeira reunião –, o que o CPC previra, com alguma diferença, para a audiência de conciliação (*cf.* CPC, art. 334).

A Lei de Mediação admite o uso desta técnica para conflitos envolvendo direitos disponíveis e também indisponíveis (neste caso, mediante presença obrigatória do MP), e para todo o conflito ou apenas partes dele.

As duas modalidades de mediação previstas na Lei - judicial e extrajudicial - são disciplinadas distintamente. O mediador extrajudicial depende apenas da confiança das partes e não precisa estar vinculado a entidade ou associação de classe ou congênere (art. 10). O judicial precisa se submeter a curso reconhecido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados e demais requisitos do Conselho Nacional de Justiça, além de estar cadastrado junto ao Tribunal e receberá remuneração fixada pelo Tribunal e custeada pelas partes (art. 11). A nomeação do mediador judicial independe de prévia aceitação das partes, salvo nos casos de impedimento e suspeição (art. 25).

A articulação da mediação ao processo judicial e à arbitragem também foi tratada na Lei de Mediação - o que enfatiza a imagem de um sistema integrado de resolução de disputas. A mediação pode ser integrada a processo judicial ou procedimento arbitral,

---

<sup>13</sup> “(...) atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” Cf. art. 1º, parágrafo único da Lei de Mediação.

<sup>14</sup> “(...) imparcialidade, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé.” Cf. art 2º da Lei de Mediação.

podendo gerar a suspensão do seu andamento até que finda a mediação, o que não impede a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou árbitro (art. 16).

A Lei de Mediação também optou por dispor uma seção específica para as regras de confidencialidade dos métodos e uso restrito das informações produzidas (arts. 30 e 31). A confidencialidade da mediação é questão polêmica em muitos países. O legislador brasileiro optou por um regime que a preserva, mas flexibiliza essa proteção em determinadas situações - se houver disposição em contrário pelas partes (art. 30, *caput*); se a divulgação da informação for necessária para o cumprimento do acordo (*idem*); se se tratar de informação relativa a ocorrência de crime de ação pública (*idem*, §3º) ou informação a ser prestada posteriormente à administração tributária (*idem*, §4º).

A segunda parte da Lei de Mediação, bastante distinta da primeira, disciplina a autocomposição de conflitos em que for parte a Administração Pública. A principal inovação parece ser a autorização para a criação de câmaras de prevenção e resolução de conflitos no âmbito da própria Administração, que servirão de importante filtro à judicialização de conflitos desta natureza. A lei se restringe principalmente a conflitos entre os órgãos da administração. Conflitos entre particulares e a Administração também foram regulados, mas não com a mesma intensidade e diversidade de opções de resolução. Com ainda mais restrições de uso estão os conflitos de natureza tributária, que também compõe parte considerável dos processos judiciais no Brasil, mas foram contemplados como autorizada ressalva ao âmbito legal (art. 38).

### **3.1. Funções e desafios dos MASCs no Brasil – tipos de disputa e qualidade do acesso à justiça**

Os MASCs são diferentes entre si e podem exercer distintas funções e atender a tipos variados de disputas. O que justifica integrarem uma mesma categoria geral é a suposição de que seriam todos uma “alternativa” à jurisdição tradicional, o que nem sempre se verifica na realidade.

Diferentes tipos de disputas podem exigir o uso dos MASCs e, em não poucos casos, são eles, e não o julgamento estatal, que representam a solução natural, adequada, legítima, efetiva e justa à disputa. Nessas situações, é difícil enquadrá-los como “alternativos”, mas como “o” método adequado ou apropriado de resolução da disputa. O

acrônimo “ADR” representaria então o “*appropriate*” ou “*adequate dispute resolution method*” e o julgamento estatal seria ele próprio a “alternativa”, o método “subsidiário”.<sup>15</sup>

Se há uma hipotética relação entre a natureza da disputa e o método mais adequado para resolvê-la, é admissível que alguns litígios se valham de determinados métodos ao passo que outros se valham de outros. Neste ponto reside um problema central em termos de acesso à justiça: que métodos são preferíveis pelos litigantes e quais devem contar com suporte da lei e do aparato estatal? Esta questão parece ter determinado os resultados dos ADR na experiência norte-americana e pode contribuir na compreensão do alcance da nossa recente iniciativa.

A comparação dos dois principais MASCs - a arbitragem e a mediação - é ilustrativa. Ambas são manifestações de justiça informal – ou menos formal do que a jurisdição estatal, mas têm origem e características distintas, para servir a interesses específicos. Segundo a literatura especializada, a arbitragem nasceu para resolver conflitos complexos, verificáveis em uma camada específica da sociedade, que já utilizava os serviços de justiça, mas estava insatisfeita com seus resultados. E a mediação e conciliação foram inicialmente oferecidas a uma “clientela marginal”, com pouco acesso ao sistema de justiça:

“Mediação foi uma opção oferecida pela comunidade jurídica à cliente marginal; ela foi desenhada para resolver as demandas da população pobre que não podia contratar um advogado e que era particularmente atingida pelo congestionamento e demora dos tribunais. A arbitragem, diferentemente, expressou a preferência de comerciantes, especialmente de Nova Iorque, por autorregulação de seus interesses sem a intervenção do direito ou de advogados”. (AUERBACH, 1983, p. 96)<sup>16</sup>.

Se a arbitragem originalmente reapareceu como um mecanismo de autorregulação de certas disputas, a mediação na experiência dos EUA foi integrada a uma política de acesso à justiça paralela à que fundou a assistência jurídica gratuita, os juizados de pequenas causas e os defensores públicos. O caso apontado como pioneiro é o programa de conciliação judicial organizado em Cleveland, Estados Unidos, em 1913. Este programa consistia em um setor de

---

<sup>15</sup> A atual legislação brasileira aposta nisso. Inclusive conflitos considerados de natureza indisponível, tradicionalmente absorvidos pela jurisdição estatal, podem hoje ser solucionados pelos MASCs, aparentemente com alto grau de satisfação das partes. O capítulo da Lei de Mediação que trata da autocomposição entre a Administração Pública aposta nisso.

<sup>16</sup> Tradução livre. No original, “Conciliation was a reform offered by legal community to a marginal clientele; it was designed to resolve the claims of poor people who could not afford counsel, and who were especially victimized by court congestion and delay. Arbitration, by contrast, expressed the preference of commercial interests, especially in New York, for self-regulation untrammelled by the intrusion of law and lawyer”

mediação junto ao tribunal local para atender os litigantes sem condições de contratar um advogado em demandas de até trinta e cinco dólares norte-americanos. O procedimento era voluntário e informal. Esse modelo foi em seguida implantado em Chicago, em Nova Iorque e na Filadélfia, sempre por intermédio do estímulo à harmonia e o consenso em lugar do conflito e animosidade e, segundo se ensina, inspirou o movimento geral em prol dos *ADR* que tomou a Suprema Corte na década de 1970 (AUERBACH, 1983, p. 97).

Na opinião de Auerbach, a origem distinta da mediação e da arbitragem na experiência norte-americana teria conduzido a resultados também distintos: “a mediação arrastou-se em um estado de negligência, enquanto a arbitragem floresceu para se tornar uma instituição nacional” (1983, p. 97)<sup>17</sup>.

No Brasil, o trajeto inicial parece similar àquela experiência: uma inicial permissão legal para os mecanismos arbitrais seguida de uma política pública de disseminação dos mecanismos consensuais. Intenta-se aqui construir uma relação de complementariedade entre os MASCs e a jurisdição estatal pela progressiva integração da conciliação e mediação ao sistema oficial, sob subsídio e organização pelo próprio Poder Judiciário. Os órgãos de cúpula da Justiça brasileira, como o Conselho Nacional de Justiça (*v.g.*, Resolução 125, *supra*) e o Supremo Tribunal Federal, assumiram a promoção da chamada “justiça consensual” dentre suas políticas prioritárias. E a legislação mais recente, o CPC e a Lei de Mediação, oferece um desenho que também aponta no sentido da complementariedade entre os métodos.

O alcance dessas políticas e a avaliação do grau e da natureza da inclusão e acesso à justiça promovido por esses mecanismos depende do monitoramento dos tipos de disputas direcionados a cada tipo de MASC e solucionados no âmbito de iniciativas estatais ou privadas. Por ora, é possível dizer que, no Brasil, os MASCs têm recebido forte incentivo e subsídio da própria Justiça estatal, dentro de uma política de redução do contingente de processos judiciais, que agora se traduz em um novo aparato legislativo.

### **3.2. MASCs e formação jurídica – dimensões da jurisdição e dos processos de solução de disputas**

---

17

Tradução livre. No original, “conciliation limped along in a state of neglect, while arbitration flourished to become a national institution – deeply enmeshed, ironically, in the legal system”.

O advento dos MASCs também altera o padrão de formação jurídica e capacitação profissional. Sendo mais de um os métodos de resolução de disputas, é necessário classificá-los conforme o seu objeto, ou conforme a sua *adequação* aos tipos de conflitos. Alguns seriam mais, outros menos adequados para resolver determinadas disputas. A capacitação dos atores do sistema de justiça passa a depender não apenas do conteúdo e conhecimento necessários para operar as regras positivas do processo judicial, mas, antes disso, das competências e habilidades para a escolha, o desenho e a condução do método mais adequado para resolver a disputa. A menor interferência do Estado legislador e Estado juiz implica em que as partes e seus representantes tenham maior conhecimento para assumir a resolução das próprias disputas, o que exige mudanças no perfil da formação jurídica em direito processual.

Essas características impõem novos caminhos e novas perguntas para a teoria processual: existe jurisdição na resolução consensual realizada pelo próprio Poder Judiciário? Existe atividade jurisdicional além do processo e decisão judicial? Afinal, os MASCs são um exercício de jurisdição estatal? A atividade forense diária também se depara com novas perguntas: a mediação e a conciliação devem ser usadas antes, durante ou depois do processo judicial? Elas devem ser conduzidas pelo juiz ou por um agente com formação específica? Como será o processo quando integrado com *ADRs* no mesmo caso concreto? Que aberturas devem ser feitas no procedimento judicial (e, de modo geral, na teoria do processo) para permitir esta interação?

A releitura das teorias clássicas oferece indicativos das respostas a essas perguntas. Para Chiovenda (1903), por exemplo, a jurisdição tem por escopo a “atuação da vontade concreta da lei” e, como tal, o conflito somente estaria satisfatoriamente resolvido pela aplicação da lei ao caso concreto – função elementar e limite da atividade do juiz. Como os *MASCs* não têm por meta primeira aplicar a lei, mas solucionar o conflito, é evidente que não se enquadram na definição chiovendiana. Para Carnelutti (1929), a jurisdição visa à “justa composição da lide”, que significa o “conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida”. Mas seria equivocado interpreta-lo como uma abertura geral para os ADR. Na verdade, Carnelutti não se refere, ao menos aqui, ao conflito social mais amplo que poderia ser solucionado por algum dos ADR. Refere-se ao litígio judicializado, submetido à jurisdição estatal por meio do processo judicial. Nenhuma dessas leituras admite outra solução para o conflito de interesses que não a lei e a sentença judicial. Para Carnelutti, inclusive, jurisdição seria tão somente a atividade desenvolvida no processo de conhecimento – visão mais restrita até que o conceito hoje vigente, que também abarca os processos de execução e cautelar e a jurisdição voluntária.



A observação do que hoje acontece na realidade dos fóruns e na sociedade em geral impõem a reinterpretção daquela teoria clássica. Na lei e na prática, os MASCs disputam com a jurisdição estatal a atividade (a função, o poder...) de resolver conflitos. É, inclusive, desejável que assim seja, já que não mais se contesta a incapacidade estrutural (eventualmente, cognitiva) de a jurisdição estatal absorver a quantidade e a diversidade de conflitos da sociedade contemporânea. Conviver com os *ADR*, em resumo, parece algo inescapável para a jurisdição e o direito processual. A questão é se eles se desenvolverão apenas na sociedade ou também dentro dos órgãos estatais.

Diante desta realidade, dois caminhos se abrem para a doutrina processual: ampliar o conceito de jurisdição e a abrangência do direito processual para incluir outros processos de resolução de disputas ou, por outro lado, simplesmente desconsiderá-los, aferrando o direito processual às regras da adjudicação estatal. A nova legislação processual parece ter preferido internalizar outros métodos e processos na esfera do Poder Judiciário. Como esses mecanismos agora fazem parte da lei processual e do sistema oficial de justiça, eventualmente será preciso revisitar os conceitos teóricos básicos, como os de jurisdição e de processo, reinterpretando-nos no sentido de que a jurisdição não visa apenas à atuação da vontade da lei ou à justa composição da lide, mas à resolução do conflito – genérica, pura e simplesmente. E o direito processual, como conjunto de regras necessárias à equânime participação dos envolvidos no conflito, também serviria para pautar, respeitadas as suas peculiaridades, os processos de mediação, conciliação, arbitragem e outros métodos adequados.

As correntes teóricas da segunda metade do século XX já trazem, a seu modo, contribuições para a sistematização dos *MASCs* na ciência processual. Elio Fazzalari, por exemplo, em 1975, não chega ao ponto de ampliar o conceito de jurisdição para compreender todas as situações de conflito, mas enaltece o caráter participativo para designar o seu conceito de processo<sup>18</sup>, o que indiretamente ajuda a compreender o *modus operandi* dos métodos dito alternativos. O conceito de jurisdição de Fazzalari, seja dito, permanece restrito à lei (a atividade destinada a concretizar uma medida definida em lei – v. abaixo), mas o seu conceito de processo judicial é mais amplo:

---

<sup>18</sup> “Processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos” (FAZZALARI, 2006. p. 118-119).

“Se ‘giurisdicere’ significa, em sentido estrito, dar vida a uma das medidas jurisdicionais, tais como tipificadas pela lei para cada espécie de jurisdição (civil, administrativa, penal, constitucional), e se cada um desses provimentos traz junto – no sentido que a lei a ele liga – uma série de atos preparatórios, encontramos-nos defronte a tantos ‘processos’ quantas sejam as medidas (finais) típicas previstas pelas normas reguladoras da jurisdição” (FAZZALARI, 2006, p. 118).

O argumento, no caso, é o de que a justiça nasce mais da plena participação das partes e do juiz na construção da solução mais adequada do que de uma necessária decisão a ser concedida ao final de um ritual de atos. Esta, aliás, parece ser uma diretriz do novo Código de Processo Civil ao estabelecer o princípio da cooperação entre suas normas fundamentais (art. 6º.) A valorização do caráter participativo das partes e do juiz na interpretação e aplicação do direito processual implica na admissão de que a escolha do método de resolução de conflito e a definição de suas regras resulte não apenas da lei, mas do contraditório que elas exercerem no caso concreto. Basta compreender que jurisdição é atividade para resolver conflitos de forma justa e que o direito processual concentra regras para que isso seja feito de forma isonômica, pela participação, cooperação entre as partes e o juiz, independentemente do método e tipo de resultado.

#### **4. Formas e procedimentos dos *MASCs*: variações a partir do acordo ou da decisão**

O movimento em prol dos *MASCs* também trouxe a consciência de que a sentença judicial representa um ponto extremo de uma escala de métodos de administração de conflitos, dos menos aos mais formais, organizados pelos próprios conflitantes ou por um terceiro suficiente poderoso para impor sua decisão àqueles. A sentença judicial, por depender da mais sofisticada estrutura, com envolvimento de todo um aparato de agentes públicos e um complexo procedimento de debate e decisão, seria a opção subsidiária.

Da perspectiva de um sistema articulado de resolução de disputas, a escala dos métodos é composta por variações procedimentais estruturadas em função dos dois tipos básicos de solução: o acordo e a decisão. O primeiro encerra uma solução produzida pelas próprias partes, com ou sem o auxílio de um terceiro (v.g., mediação e negociação, respectivamente). A segunda, uma solução produzida por um terceiro, imposta ou

voluntariamente aceita.<sup>19</sup> Neste sentido, a definição de mediação do artigo 1º da Lei de Mediação (“técnica exercida por terceiro sem poder decisório”) é bastante esclarecedora.

Os mecanismos direcionados ao *acordo* dependem basicamente da convergência de *vontade* dos envolvidos. Já os mecanismos baseados em *decisão* dependem principalmente da *legitimidade* do terceiro – legitimidade que pode advir do seu poder de impor a decisão (v.g., a jurisdição) ou do consenso das partes em se submeter à decisão por ele proferida (em última análise, também de um acordo; v.g., a arbitragem)<sup>20</sup>. A jurisdição estatal seria o último grau de uma escala de mecanismos de solução de conflitos baseados em acordo ou em decisão:

**Tabela 1: Mecanismos de solução de controvérsias baseados em acordo e em decisão judicial**

<b>mecanismos compositivos</b>	organizados pelas próprias partes	i. Negociação
	baseados em avaliações e pareceres de terceiros	ii. Avaliação de terceiro neutro
		iii. <i>Mini-trial</i>
	conduzidos por terceiros	iv. Mediação
v. Conciliação		
<b>mecanismos decisórios</b>	de submissão voluntária	vi. Arbitragem
	de sujeição compulsória	vii. Jurisdição estatal

Fonte: elaboração própria

A partir dessas variações (solução pelas partes ou por terceiro, mecanismos baseados em acordo ou em decisão, decisão imposta ou aceita) tem-se a moldura dentro da qual são desenhados os respectivos procedimentos - vale dizer, os caminhos pelos quais se chegará ao acordo ou à decisão. Cada método possui uma *estrutura* própria, aqui entendida

<sup>19</sup> A famosa classificação que os livros de teoria geral do processo fazem entre mecanismos autocompositivos e heterocompositivos é aplicável a este raciocínio (por todos, Cintra, Grinover e Dinamarco, 1ª edição em 1974).

<sup>20</sup> Os alunos e alunas a quem submeti uma versão não definitiva deste texto solicitaram-me que incluísse aqui uma discussão entre a diferença que pode haver, em termos de efetividade e cumprimento voluntário, entre uma decisão imposta por um terceiro e uma solução produzida pelas próprias partes conflitantes. Pediram também que discutisse a distinção entre o método adequado para resolver o conflito que projeta efeitos para a sociedade e o método adequado para resolver um caso de interesse apenas das partes conflitantes. Como podem perceber, questões delicadíssimas e importantíssimas, que devem orientar a implementação dos MASCs no Brasil.

como o conjunto formado pelos *agentes* participantes do processo e as regras a serem observadas – dentro do que tem destaque o *procedimento* a ser trilhado até a solução.

Os métodos também podem ser classificados quanto aos sujeitos envolvidos, dividindo-se entre aqueles em que apenas as partes atuam (negociação) e aqueles em que terceiros também participam, ainda que com diferentes funções e poderes (avaliar, conciliar, mediar, arbitrar etc.). Esta classificação é uma derivação daquela utilizada pela teoria geral entre a autotutela, os meios autocompositivos e heterocompositivos (CINTRA *et al.*, 1998, p. 20 e ss.). A solução conferida pelas próprias partes (autotutela) não só é legítima (a negociação) como está na base de outros métodos (a mediação e a conciliação, por exemplo).

O grau de poder e intervenção dos terceiros também varia e não necessariamente se limita à composição da lide ou em adjudicar uma decisão. Essa participação pode abranger também um “opinar” sobre uma situação de direito, um “avaliar” uma situação de fato ou a própria situação de conflito, um “conduzir” o enfrentamento de questões mais ou menos diretamente relacionadas ao conflito, um “sugerir” opções de acordo, um “facilitar” o diálogo entre as partes em conflito etc. Algumas intervenções visam o acordo, outras a decisão. E, de modo geral, esses objetivos se intercalam como escopo da relação entre as partes e o terceiro: ora se busca a decisão, ora se busca o acordo. O poder dos terceiros na relação vai desde a simples avaliação até a decisão integral da disputa, conforme a legitimidade que as partes lhes delegaram.

As atividades desempenhadas pelo conciliador e o mediador foram definidas em lei, nos parágrafos 2º e 3º do artigo 166 do CPC, respectivamente. Da sua leitura, percebemos que os poderes que lhe são conferidos não são de decisão e variam, entre si, da mera assistência para que a parte compreenda melhor o cenário (na mediação) à efetiva formulação de sugestões de acordo (na conciliação). Vejamos o texto legal:

**CPC, Art. 166. (caput).**

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Além dos poderes exercíveis pelas partes e terceiros, as “regras do jogo” também preveem os caminhos possíveis para se atingir o resultado desejado. Sua conformação dependerá do objetivo eleito e, como isso também é instável, as regras devem ser

suficientemente flexíveis para acomodá-lo em suas diferentes versões. Na tentativa de solucionar uma mesma disputa, ora a relação caminha em direção a um acordo, ora a uma decisão. Naturalmente, as regras e os caminhos variarão conforme o momento e o fim perseguido.

Os mecanismos baseados em *acordo* seguem um molde procedimental geralmente compostos das seguintes etapas:

- ✓ Estabelecimento da *relação*: etapas preparatórias de aproximação das partes;
- ✓ Condução da *negociação*: identificação da controvérsia; debate das soluções;
- ✓ Exercício culminante da *vontade*: o acordo em si.

Embora os procedimentos da negociação, como a conciliação e a mediação não se pautem em regras muito rígidas de sequência e forma, as fases acima são usualmente recomendadas como caminho mais fácil para o acordo. Formalmente, não são regras de procedimento, mas etapas preparatórias das tentativas de acordo. Como tal, normalmente não estão consagradas em texto legal; resultam de sistematização teórica baseada em observação empírica<sup>21</sup>.

A nova Lei de Mediação possui uma seção específica para disciplinar os seus procedimentos, compreendida entre os artigos 14 a 29. Elas não trazem, entretanto, regras minuciosas com sequência dos atos a serem praticados. Diferentemente, as regras são gerais e, no máximo, disciplinam um ou outro ato mais relevante - como o convite e a previsão contratual na mediação extrajudicial (arts. 21 e 22), a audiência e a homologação do acordo no caso da mediação judicial (arts. 27 e 28) e os prazos totais para a finalização dos procedimentos (art. 28 e 22, 2º, I). Tratam-se de regras para as etapas preparatórias (convite e cláusulas), de debate (audiência) e de celebração da vontade (homologação do acordo). A lei brasileira optou por disciplinar as etapas preparatórias da mediação extrajudicial (convite e previsão contratual) e o debate e a finalização no caso da mediação judicial (a audiência e a homologação do acordo).

Por sua vez, os procedimentos dos mecanismos que perseguem uma *decisão* imposta por terceiro dependem, estruturalmente, das seguintes etapas:

- ✓ *Alegações* das partes: apresentação dos argumentos;
- ✓ *Demonstração*: comprovação dos fatos e razões apresentadas;

---

<sup>21</sup> As etapas descritas pela referencial obra de FISHER, URY & PATTON, 1981 para chegar a um acordo são um bom exemplo de “procedimentos” informais e não vinculantes da negociação – que, segundo os especialistas, são aplicáveis aos mecanismos consensuais de modo geral.

✓ A *decisão* em si.

No processo judicial, estas etapas resumem-se às fases postulatória, instrutória e decisória. A etapa inicial pode variar conforme o órgão decisor: se público, o início é a formulação de um pedido e a convocação da parte contrária para o debate (a própria petição inicial); se privado, é preciso um prévio pacto de submissão à decisão (a cláusula compromissória arbitral, por exemplo). Isto porque são distintas as fontes de legitimidade de cada órgão: o poder institucionalizado ou o consenso das partes. Por isso é que a instituição da arbitragem depende sempre de uma convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral; LA, art. 3º) e, para o início de processo judicial, basta a formulação de um pedido ao juiz (CPC, arts. 312 e 319) – embora, é certo, o processo precise conter certos pressupostos formais, o pedido precise preencher determinadas condições e a consolidação da relação processual dependa de despacho inicial e citação (CPC, arts. 238 e 240).

Os elementos que compõem cada um dos procedimentos dos MASCs, aqui sistematizados de modo isolado e estático, podem ser integrados de múltiplas modos, compondo então um procedimento mais complexo e aberto a soluções variadas. Esta premissa dá origem a um conjunto específico de técnicas destinadas ao desenho do método mais adequado para cada disputa – o *DSD*, ou “dispute system design”, analisado em capítulo específico deste livro. Nessa linha, o CPC traz regras que disponibilizam às partes, com o juiz, a definição do procedimento a ser seguido no caso concreto (NCPC, arts. 190 e 191), o que viabiliza, agora no plano legal, a combinação das etapas procedimentais conforme as necessidades do conflito e das partes.

Para sistematização didática, é possível organizar as composições procedimentais do sistema articulado de resolução de disputas nas seguintes categorias:

- i) processos de acordo;
  - a. processos de parecer/acordo;
  - b. processos de decisão/acordo;
- ii) processos de decisão;
  - a. processos de parecer/decisão;
  - b. processos de acordo/decisão.

O processo judicial pertence à categoria processo de decisão (tipo *ii*, acima), mas por seguir o rito mais complexo, possui aberturas para conectar-se a outros mecanismos. Os demais métodos de resolução seguem um ou outro modelo: a avaliação de terceiro neutro

baseia-se em um parecer que pode servir para as partes celebrarem um acordo (item *i a*, acima) ou a tomada de uma decisão (item *ii a*, acima); o *mini-trial* enquadra-se nas mesmas categorias. Outros métodos dedicam-se prioritariamente a um único objetivo, como a conciliação e a mediação (tipo *i*, acima).

A combinação padrão é a do “parecer/decisão” (tipo do item *ii a*, acima), representada pelo processo judicial e a arbitragem. A atividade probatória – um laudo pericial ou a oitiva de uma testemunha, por exemplo - serve como parecer para uma posterior decisão. As provas realizadas em uma arbitragem privada têm a mesma função.

Já a configuração “parecer/acordo” (item *i a*, acima) difere daquela porque as representações da realidade construídas durante o processo não servem a uma decisão, mas para um acordo. Os já mencionados métodos da avaliação de terceiro neutro e o *mini-trial* são bons exemplos. As opiniões, sugestões e pareceres do terceiro neutro ou do painel de *experts* do *mini-trial* podem servir para as partes e o mediador ou conciliador nas tentativas de solução consensual.

Não é comum a legislação processual consagrar a composição “parecer/acordo” (item *i a*, acima). Raramente as provas colhidas em um processo ensejavam oportunidade formal para tentativa de acordo. As provas testemunhais e os esclarecimentos do perito, por exemplo, são colhidas após a última tentativa formal de acordo, que é o início da audiência de instrução e julgamento. E a perícia, que acontece antes desta audiência, não tem servido para a busca do consenso, mas apenas para o julgamento.

O CPC atual parece mudar o cenário. Pelas novas hipóteses dos incisos II e III do art. 381, as partes podem fundar o requerimento de antecipação de produção de uma prova na suscetibilidade deste esclarecimento viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução do conflito, bem como se servir para evitar o ajuizamento da ação. E, principalmente no caso da mediação, o CPC admite que seus resultados se limitem ao esclarecimento das questões envolvidas de modo às partes proponham soluções para o conflito (CPC, art 166, §. 3º).

Também não é comum entre nós a combinação “decisão/acordo” (tipo *i b*, acima), em que o procedimento prevê uma oportunidade formal para acordo após uma decisão, preliminar ou final. Na prática, porém, é uma ocorrência frequente. Obtida uma decisão liminar, as partes retomam a negociação já sob os termos definidos na decisão, o que pode viabilizar a finalização de acordos. Alguns tribunais brasileiros organizam oportunidades para tentativas de acordo, por meio de sessões de mediação, após o proferimento da sentença e a interposição de recurso respectivo. A frequência com que os litigantes chegam a um

acordo após uma decisão oficial revelou-se mais alta do que inicialmente se esperava, confirmando o potencial desta combinação.

Por fim, os processos que combinam “acordo e decisão” (do tipo *ii b*, acima) seguem procedimentos em que as partes se relacionam em direção a um acordo e, sem êxito, são redirecionadas a uma decisão. O CPC anterior oferecia dois exemplos: a audiência de conciliação do artigo 331 que, restando infrutífera, encaminhava-se, em tese, para um debate sobre as questões que seriam objeto da produção de provas; e a audiência e instrução e julgamento, que se iniciava, ao menos nos termos da lei, por uma tentativa prévia de conciliação (art. 450 do CPC/1973). O CPC atual repete este formato para a audiência de instrução e julgamento (artigo 359), mas restringe a audiência de conciliação apenas para as tentativas de acordo (art. 334), reservando o saneamento e a fixação dos pontos controvertidos para uma oportunidade após a contestação (art. 357 e ss.).

Neste modelo “acordo/decisão”, a atividade do terceiro pode ou não estar concentrada em uma única pessoa. Não é incomum que, no processo judicial, o juiz assuma a condução da mediação ou da conciliação. Neste caso, o terceiro que tenta o acordo é o mesmo que, em seguida, fixa os pontos controvertidos, ouve as testemunhas e peritos e, ao fim, decide. O êxito deste modelo é objetivo de debate na literatura especializada. O terceiro conciliador precisa de treinamento e habilidades adequadas, em que o juiz brasileiro não foi capacitado. Além disso, conforme o tipo de conflito, este terceiro precisa intensificar o relacionamento com as partes para auxiliá-las na busca de uma solução – o que ocorre, por exemplo, na mediação. Esta interação é totalmente distinta da que um julgador precisa ter para julgar imparcialmente o litígio. O terceiro julgador deve manter uma segura e igual distância das partes em conflito para poder decidir com justiça e imparcialidade – justamente o oposto de um relacionamento mais aberto e intenso para o tratamento integral do conflito. Enfim, do ponto de vista prático, as partes em conflito podem não assumir uma postura colaborativa e pró-acordo diante de um terceiro que, sabe-se de antemão, julgará a sua causa.

Por essas razões, a nova legislação brasileira admite o uso integrado da mediação e conciliação com o processo judicial ou o procedimento arbitral (LM, art. 16; CPC, art. 334), mas enfatiza a distinção que deve haver entre as funções exercidas pelo terceiro que busca o acordo daquelas exercidas pelo julgador, além de restringir o uso das informações entre os diferentes métodos. Tanto o CPC quanto a Lei de Mediação preveem a estruturação de centros específicos para realizar as atividades de conciliação e mediação, inclusive a audiência preliminar do procedimento comum (CPC, art. 165 e LM, art. 24). Além disso, ambas leis vetam expressamente o uso das informações produzidas na mediação e conciliação em outros



procedimentos, arbitrais ou judiciais (NCPC, 166, 1º e LM, arts. 30 e 31). E a audiência de mediação é conduzida, preferencialmente, por mediadores ou conciliadores, que não tem competência para realizar o posterior saneamento e fixação de pontos controvertidos (comparar art. 331 do CPC/1973 com art. 334 do CPC atual).

## **5. A disputa como ponto de partida e apontamentos conclusivos**

Este capítulo reuniu reflexões distintas sobre os mecanismos alternativos de solução de conflitos, com dois objetivos básicos: apresentar seus princípios, características e regras básicas, bem como situá-los na evolução dos métodos tradicionalmente praticados na sociedade, como a jurisdição e o direito processual. Para sumarizar algumas conclusões de cunho didático, a fim de que sirvam como preparação para a leitura dos textos seguintes desta obra, considere-se o seguinte.

A resolução de conflitos é um encargo do qual as sociedades não se verão livres. E, pelo visto, é uma tarefa cada vez mais difícil, já que o volume e a complexidade dos conflitos têm aumentado geometricamente.

Variam, na história, os métodos destinados à resolução de conflitos. O mais moderno e sofisticado parece ser aquele desempenhado pelos Estados por meio da jurisdição e do processo judicial, em que o conflito é resolvido pela aplicação da lei e a justiça reside na expectativa de que a lei fora regularmente aplicada. Trata-se de um método formal, centrado no Estado, baseado na imposição de uma decisão, fundada em lei, para reger em concreto os litigantes. Nos cursos de Direito, este método compõe o conteúdo hegemônico das disciplinas denominadas “direito processual” (civil, penal, trabalhista etc.).

Ocorre que os métodos de resolução de conflitos se substituem uns aos outros, ciclicamente. Há uma oscilação contínua entre métodos mais e menos formais de solução de conflitos. Em determinadas épocas, há um anseio social por métodos informais, refreado em épocas posteriores por métodos mais formais. O método atualmente hegemônico, a jurisdição estatal e o processo judicial, resulta de um movimento no sentido da justiça formal. Ele é apenas o mais recente, forjado junto com o Estado moderno. Antes dele, houve outros, e depois dele, haverá outros tantos.

Já os ADR ou MASCs resultam da oscilação recente em direção aos métodos informais comunitários. Embora sempre tenham estado presentes, a tendência atual

disseminou-se a partir do final do século XX nos Estados Unidos, chegando ao Brasil com mais intensidade no início dos anos 2000.

Dentre os desafios à diversificação dos métodos de resolução de disputas, o Brasil parece atravessar um deles, consistente na institucionalização formal de um “sistema multiportas”. Além deste, outros dois cuidados se impõem numa segunda etapa desta experiência: o acompanhamento e o balanceamento da qualidade de acesso à justiça alcançável pelos diferentes métodos e a formação jurídica e capacitação profissional adequados ao manuseio do novo sistema.

O caráter contingente da jurisdição estatal e do processo judicial, somado ao advento contemporâneo dos MASCs, exige a abertura a novos perfis de formação jurídica e de capacitação profissional em resolução de disputas. O direito processual foi construído para regular o processo judicial e a jurisdição estatal, que são o método padrão para solução de todos os conflitos da sociedade moderna. Mas a sociedade contemporânea sinaliza que ele não dá conta da variedade e quantidade de disputas e dispõe-se a legitimar métodos menos formais de solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. O próprio Estado, na tentativa de solucionar o volume assombroso de demandas judiciais na pauta dos tribunais, incentiva, subsidia, organiza e até mesmo assume a condução dos métodos informais. A legislação recente não apenas abriu-lhes espaço, como organizou um sistema articulado de resolução de disputas que combina o processo judicial a novas configurações processuais.

Por essas razões, a convivência prática e teórica com os métodos ditos alternativos é inescapável. Ao estudante de direito cumpre tomar contato com seus princípios e regras básicas. E à ciência jurídica cumpre incluí-lo como objeto de estudo e absorvê-lo no quadro teórico vigente. Para tanto, duas tarefas são importantes. Primeiramente, refletir sobre a dimensão atual dos conceitos de jurisdição e processo, para o que seria preciso adotar a perspectiva de que o escopo da jurisdição é pura e simplesmente resolver conflitos e que o traço identificador do processo é a participação dos litigantes na construção de uma decisão. Em segundo, analisar intrinsecamente os métodos ditos alternativos para identificar traços comuns aptos a sistematizá-los e incorporá-los ao conteúdo básico de formação jurídica.

Este capítulo propôs uma sistematização dos métodos de resolução de conflitos a partir de seus dois resultados básicos: a decisão e o acordo, que são combinados diferentemente para estruturar os variados procedimentos de resolução de conflitos. Os métodos que visam chegar a um acordo contêm os seguintes elementos necessários: relação (etapas preparatórias de aproximação das partes), condução (identificação da controvérsia e

debate das soluções) e vontade (o acordo em si). Os métodos que visam chegar a uma decisão dependem sempre de: participação (apresentação dos argumentos), comprovação (demonstração de suas razões) e a decisão em si. Novas combinações podem ser feitas, conforme as características do conflito e os objetivos das partes, para formatar outros métodos.

Os métodos que compõem o sistema articulado de resolução de disputa compõem conteúdo básico de formação jurídica, e merecem espaço logo no início dos cursos de graduação em direito. Para tanto, a sua melhor abordagem não se dá pela comparação com os métodos tradicionais, como a jurisdição e o processo judicial, mas a que elege a disputa como o ponto de partida. Então, restará ao aluno a compreensão gradual dos princípios, características, regras e aplicação do rol de caminhos adequados para esses dois resultados possíveis – ou será a compreensão dos caminhos possíveis para os resultados adequados? Boa pergunta.

----- ∞ -----

## Referencias bibliográficas

- ALVES DA SILVA, P. E. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALVES DA SILVA, P. E. *Acesso à justiça, litigiosidade e o modelo processual civil brasileiro* (Tese de Livre-Docência). Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto: 2018.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CARNELUTTI, F. *Sistema del diritto processuale civile*. Padova: Cedam – Casa Editrice Dott. Antônio Milani, 1936. XIV, vol. I.
- CBAr (Comitê Brasileiro de Arbitragem) e FGV (Fundação Getulio Vargas). *Arbitragem e Poder Judiciário. Relatório do 1º Tema: Invalidez da Sentença Arbitral*. 2006. Disponível em: <[http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_GV-BAr\\_relatorio\\_final\\_1\\_etapa\\_2fase\\_24.06.09.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-BAr_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf)>. Acesso em: set. 2011.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1942. v. 2.
- CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 1974.
- FAZZALARI, E. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: Cedam, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.
- FISHER, R.; URY, W.; PATTON, B. *Como chegar ao sim*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- FISS, O. Against Settlement. In: RISKIN, L. L.; WESTBROOK, J. E. *Dispute resolution and lawyers*. 2. ed. EUA/Saint Paul: West Group, 2004.
- \_\_\_\_\_. Against Settlement. *The Yale Law Journal*, v. 93, n. 6, maio 1984. Disponível em: <<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/againstsettlement.pdf>>. Acesso em: 23 ago. 2011.
- GALANTER, M. Compared to what? Assessing the quality of dispute processing. *Denver University Law Review*, 1989, v. 66, issue 3, p. xi-xiv, 1989.
- GOLDSCHIMIDT, J. *Teoria geral do processo*. Campinas: Minelli, 2003.
- M. NOLAN-HALEY, J. *Alternative dispute resolution*. St. Paul: Thomson/West, 1992.
- POUND, R. The causes of popular dissatisfaction with the administration of justice. *American Bar Association Report*, vol. 29, n. 1, p. 395-417, 1906.

ROBERTS, S.; PALMER, M. *Dispute process – ADR and the Primary Forms of Decision-Making*. London: Cambridge, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. Tese (Livre-docência). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010.

SANDER, Frank. “Varieties of Dispute Processing”. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. West: A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.

WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. Luiz; MORAES, M. Z. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

## Questões para orientar a leitura e o debate em sala de aula

1. O que “nasceu” antes: o processo judicial, a negociação, a mediação ou a arbitragem? Quais as diferenças gerais entre os quatro?
2. Por que os “meios alternativos de resolução de conflitos” são assim chamados? O que significa ser um método de resolução de conflitos “alternativo”? E o que seria ser chamado de método “apropriado” ou “adequado”?
3. Quais as principais diferenças entre a jurisdição e os meios ditos alternativos de solução de controvérsias? Existe diferença entre *decidir* e *solucionar* um conflito? Se sim, quais métodos decidem e quais métodos solucionam um conflito?
4. O texto classifica os métodos de solução de controvérsias conforme dois resultados básicos a que visam alcançar: acordo e decisão. Quais as diferenças básicas entre o acordo e a decisão em termos de atores envolvidos e etapas necessárias? Liste os mecanismos alternativos que visam resultar em um acordo, os que visam uma decisão e os que podem visar ambos.
5. A legislação brasileira de 2015 pode ter criado um sistema amplo e articulado de diferentes meios de resolução de disputas. Identifique as leis que sustentam esta afirmação e suas principais inovações.

## Sugestões de material complementar

- ✓ SANDER, Frank. Varieties Sander, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. West: A. Levin & R. Wheeler eds., 1979.
  - *para compreender o cenário e as ideias que deram origem ao movimento em prol dos mecanismos de ADR, bem como a proposta de um “sistema multiportas” de resolução de conflitos.*
  
- ✓ FISS, O. Contra o acordo. In: SALLES, C. A. *Um novo processo civil*. São Paulo: RT, 2004. p. 121-145.
  - *para conhecer os argumentos contrários aos mecanismos de ADR, da doutrina norte-americana da década de 1980.*
  
- ✓ WATANABE, K. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, F. Luiz; MORAES, M. Z. (Coord.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
  - *para conhecer os termos do desenvolvimento atual dos MASCs no Brasil e sua relação com a nossa formação jurídica.*
  
- ✓ ERIN BROCKOVICH (filme). Direção de Steven Soderbergh. Estados Unidos: Universal Studios, 2000 (130 min).
  - *para conhecer, por um divertido filme, como a negociação interage com o processo judicial em conflito concreto de considerável complexidade, com interesses particulares e coletivos.*
  
- ✓ PERDÃO DE SANGUE (The forgiveness of blood). Direção de Joshua Marston. Albania: Journeyman Pictures, 2011 (111 min).
  - *para refletir, inicialmente, sobre os diferentes perfis de conflitos surgidos a partir de diferentes estruturas sociais e, sobre os possíveis métodos de resolução de conflitos a partir dos traços socioculturais; em seguida, sobre a inversão que pode acontecer em cenários de legitimação dos mecanismos comunitários, entre a resolução formal e a informal.*