

A questão do tratamento dos conflitos: mediação e arbitragem como novos modelos de justiça consensual

Deilton Ribeiro Brasil – IPTAN/ FDCL

Doutor em Estado e Direito – UGF-RJ

E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br

Fone: (32)8804-8983

Data de recepção: 21/02/2014

Data de aprovação: 03/07/201489

Resumo: Este artigo aborda a questão do tratamento dos conflitos, tendo como foco a importância de outras estratégias de solução das controvérsias, contrapondo ao modelo tradicional da jurisdição estatal. O seu objetivo é analisar os institutos da mediação e arbitragem, contribuindo para as discussões acadêmicas acerca da crise da função jurisdicional. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica, seguindo o método descritivo-analítico. Conclui-se no sentido de que as alternativas à jurisdição prefiguram a emergência de uma justiça consensual em que se buscam formas mais dialogadas e participativas de garantir a ordem social por intermédio de uma autorreflexão crítica de todas as partes envolvidas, oferecendo uma instância de discussão.

Palavras-Chave: Tratamento dos conflitos – Crise da função jurisdicional – Alternativas à jurisdição – Mediação – Arbitragem

11. Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Interdisciplinares do século XX (CEIS20) e *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal.

Introdução

Veremos que, conforme Garapon (1998, p. 134-135), o papel da justiça é, tanto para o sujeito como para o grupo social, fixar a memória coletiva e permitir então uma elaboração ulterior. Feita a abstração da sua ação no real, ela permite, assim, um trabalho terapêutico, apoiar-se em fatos estabelecidos, ou memorizados. O papel da instância simbólica seria encerrar ou punir, como abrir um espaço de trabalho para os intervenientes sociais, de outro modo impossível. Em outras palavras, o caráter próprio da justiça é conferir uma identidade, mesmo que negativa, pela dramatização *a posteriori* que ela realiza da transgressão. Esse é o benefício procurado no confronto com a justiça: a oportunidade de ser situado, de ver dar-se um sentido à sua própria ação.

A justiça é convocada para apaziguar este mal-estar do indivíduo moderno em sofrimento. Para lhe responder inteligentemente, ela deve cumprir uma nova função que se desenvolveu ao longo de todo este século e a que podemos chamar “magistratura do sujeito”. As sociedades modernas geram, com efeito, uma necessidade de justiça quantitativa e qualitativamente inédita. O direito, pela voz do juiz, envolve-se em um trabalho de nomeação e de explicação das normas sociais que transformam em obrigações positivas aquilo que era ainda ontem da ordem do implícito, do espontâneo, da obrigação social. O direito analisa-se, em última leitura, como uma promessa feita à comunidade nacional ou internacional às gerações vindouras. Por isso, essa regra de ouro, que é a própria condição do edifício jurídico: as promessas devem ser mantidas, *pacta sunt servanda*. Dessa forma, o juiz é intimado a produzir uma resposta simultaneamente operacional e apoiada juridicamente para um problema da sociedade que o apagamento das referências comuns não permite resolver localmente (GARAPON, 1998, p. 147-186).

Para Ricoeur (1990), a justiça é a guardiã do direito, ou seja, dos pactos anteriores que nos ligam. Ela garante a identidade da democracia, entendida como uma forma que não permanece a mesma através do tempo, mas que se mantém como uma promessa mantida. Para Garapon (1998, p. 195), a justiça é atribuída à direção das pessoas desorientadas, da indeterminação moderna, dita de outra forma, ela assume o que se chamava ontem a salvação das pessoas. O juiz é o guardião da memória, mas de uma memória acabada: a das promessas feitas pelos fundadores em nossa honra. Em linhas gerais, a justiça diz o justo numa democracia desencantada, lembra a norma comum numa democracia pluralista, ergue uma barreira simbólica em uma democracia direta, encarna a autoridade numa democracia representativa (GARAPON, 1998, p. 198-199).

A justiça coloca-se de uma maneira mais cotidiana como a instância moral por defeito e o direito como a última moral comum. O juiz é o próprio garante dessa promessa de liberdade feita a si mesmo. A autoridade assegura a continuidade do sujeito de direito e, portanto, da democracia. Ela liga o presente ao passado. A autoridade apresenta-se como uma resposta comum a duas dificuldades distintas da democracia, ou seja, o enfraquecimento do executivo e o desaparecimento da tradição. A justiça tomou igualmente o papel da religião na celebração dos ritos. Ela põe em cena o ideal democrático da deliberação. Os processos tornam-se grandes cerimônias nacionais que expurgam a emoção coletiva, quer diretamente, quer através dos meios de comunicação social. A justiça fabrica, assim, a comunhão com o conflito, recicla o horror em consenso, converte o *tremendum* em *fascinans*. Como a liturgia, ela envolve com palavras o sacrifício e fornece um médium para a comunicação com o invisível da democracia. Como todas as igrejas, torna-se um local de reafirmação do ideal e de consolidação do laço social (GARAPON, 1998, p. 193-195).

A analogia entre as novas atribuições da justiça e aquelas anteriormente destinadas à religião é, como se vê, notável. Ambas levam em conta o laço: entre o passado e o presente, a referência e a ação, a sanção e a consolação, o direito e o dever. Fixam limites e, assim, dito de outra maneira, definem a identidade do político, do social e do familiar. Essa nova religião jurídica, que tem como objeto mais o homem do que o grupo, aumenta universalmente (GARAPON, 1998, p. 195-196). Dessa forma, o edifício de justiça contribui para instituir a autoridade do juiz, entendida como capacidade de construir – materialmente, simbolicamente e intelectualmente – a deliberação pública. A autoridade é a força da construção (GARAPON, 1998, p. 205).

O ritual judicial mostra, ao mesmo tempo, o espetáculo da transgressão e o da sua assimilação. Noutros termos, a violência nunca se deixa ver por acaso: ela manifesta-se com um significado. As reações suscitadas por essa violência são canalizadas pelo direito e pelo processo. O processo é uma domesticação da violência pelo rito e pelo procedimento. Na audiência, o crime não é repellido, mas repetido num universo simbólico que desarma toda a violência. É simbolicamente reconstituído pela palavra: todos os protagonistas – testemunhas, peritos, policiais – são convocados e convidados a dizer o que se passou. O processo é uma comemoração do crime pela interpretação da palavra e do procedimento. Anula a violência selvagem com uma violência eufemizada, a que é imposta ao acusado. Essa violência catártica não é possível senão pelo efeito de dissimulação realizado pelo ritual. Esse espetáculo da violência mediatizada pela palavra está indissolúvelmente ligado ao espetáculo da assimilação da violência. O julgamento chama a responsabilidade da

mesma maneira que a verifica (GARAPON, 1998, p. 207-211).

Ainda para Garapon, não pode haver sujeito de direito sem função simbólica, quer dizer, sem uma palavra comum que o ponha em perspectiva: qualificar a conduta de alguém, é confrontar o sentido que ele lhe deu, o que representou um acontecimento para ele, com o sentido que lhe dá o grupo social. Ninguém deve ser excluído do acesso a essa palavra, mesmo aqueles que estão aparentemente privados da sua consciência. A reinserção no simbólico passa pela reinserção na linguagem, a instituição das instituições. A dimensão autoritária da justiça não tem sentido senão para dar peso à linguagem, às palavras do juiz e aos compromissos assumidos perante ele (GARAPON, 1998, p. 216-217).

Dessa maneira, a mediação pode ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual os interessados têm a oportunidade de resolver suas diferenças reinterprestando, no simbólico, o conflito com o auxílio de um mediador, que os ajuda, com sua escuta, interpretação e mecanismos de transferência, para que eles encontrem os caminhos de resolução, sem que o mediador participe da resolução ou influa em decisões ou mudanças de atitude (WARAT, 1998, p. 31).

Em outras palavras, a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. É uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo (WARAT, 1998, p. 5). A mediação não é apenas uma alternativa à justiça, uma nova técnica de resolução dos conflitos: ela prefigura a emergência de um novo modo de regulação social (GARAPON, 1998, p. 244-246).

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 consagra, em seu art. 4º, inciso VII, a solução pacífica de conflitos para resolver questões oriundas de relações internacionais e o art. 217 deu significativo passo no sentido de reintroduzir no país, como autêntico pressuposto processual, o arbitramento obrigatório. Leis extravagantes posteriores igualmente ocuparam-se do instituto. A lei nº 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, tornou defesa, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a inclusão de cláusula relativa à utilização compulsória da arbitragem (art. 51, VII). Também a lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, agasalha a arbitragem nos arts. 24 a 26. Esta lei prevê a possibilidade do julgamento através de *juízo arbitral*, com o árbitro escolhido pelas partes, podendo decidir por equidade (art. 25), sujeitando o laudo à homologação judicial por sentença irrecurável (art. 26), na qual se deverá observar se não foi ele proferido fora

dos limites ou em desacordo com o seu objeto; se julgou toda controvérsia submetida ao juízo; se emanou do árbitro efetivamente escolhido; se é exequível, isto é, se contém os fundamentos mínimos da decisão e o seu dispositivo (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 217).

A lei nº 9.307/96, no seu texto, substituiu o modelo de *juízo arbitral* dando-lhe um caráter atual como disciplinou notadamente a convenção de arbitragem, prestigiou a manifestação da vontade e sempre a par do resguardo dos bons costumes e da ordem pública (art. 2º, § 1º), ocupou-se de adaptar o novo diploma aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), de explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados (art. 33), da eficácia dos tratados internacionais na matéria (art. 34) e até mesmo da postura ética dos árbitros, que para efeitos de deslizamentos de comportamento foram equiparados aos funcionários públicos (TEIXEIRA, 1996, p. 09).

1. A mediação

Uma instituição justa não deve se preocupar apenas em não condenar os inocentes, deve igualmente ter cuidado para não maltratar os verdadeiros culpados. A solução não está na recusa de toda a violência enquanto tal, nem na atenuação da violência com a multiplicação dos direitos subjetivos dos detidos, mas na inteligência da violência necessária (GARAPON, 1998, p. 223). É pedido à justiça que não se mostre antes de mais violenta, quer dizer, que nunca encare a repressão como primeira e principal resposta, mas que prefira maneiras mais convencionais de garantir a autoridade do direito. A justiça deve esforçar-se por inventar formas mais dialogadas e mais participativas de garantir a ordem social. Assim, a intervenção da justiça é, frequentemente, iniciada por um encontro: a audiência de conciliação. O juiz lembra o lado indisponível do direito e fixa a fronteira entre o que é negociável e o que não é (GARAPON, 1998, p. 226-227).

O novo modelo de justiça não poderia ser mais bem simbolizado do que pela casa da justiça que pratica a mediação civil ou penal e a arbitragem comercial. Trata-se de lugares aparentemente exteriores à justiça e, no entanto, ela não está ausente. Eles têm em comum, efetivamente, o pedir emprestado à justiça o seu método. O juiz está presente, mas pela sua *sombra* projetada, ou mesmo imaginada. Trata-se de uma presença simbólica: fala-se dela, faz-se referência a essa presença, antecipam-se as suas reações (GARAPON, 1998, p. 242-243).

Para Moraes e Spengler (2012, p. 145) o termo *mediação* procede do latim *mediare*, que significa mediar, intervir, dividir ao meio. Derivada da palavra *mediare* também é a

expressão *mediatione* e toda uma série de outras palavras, cujos exemplos são: a) *medeor*: cuidar, tratar, curar; b) *meditor*: meditar, pensar em, considerar; c) *modestus*: moderado, mensurado, comedido, razoável; d) *modero*: manter dentro da medida, regular, guiar; e) *modus*: medida, tamanho, maneira; f) *modius*: medida de capacidade; g) *medhyo*: médio; h) *medius*: que está ao centro (ROBERTS; PASTOR, 1997).

Outras três palavras provêm do prefixo “med” que entre dois valores extremos, mas opostos e conflitantes, a relação escalonada oferece resultados diversos: a *média*, a *moda* e a *mediana*. Nesse contexto, a *média* pressupõe a separação e a divisibilidade, porém, exclui a conjunção, como recorda a notória decisão do juízo salomônico. A *média* resolve o conflito, porém, o faz cortando, interrompendo cada comunicação e excluindo passado e futuro: é o que faz o juízo quando decide com base numa escolha fria e contábil. A *moda*, que dentro da escala numericamente exprimível indica simplesmente o valor mais utilizado, também aponta as preferências mais expressas, aproxima, certamente, a maior parte, mas exclui as minorias; tem, justamente, uma característica de princípio majoritário. Já a posição da *mediana* é aquela mais significativa para a experiência de mediação. Enquanto a *média* separa, a *mediana*, une, constituindo um lugar de partida do qual é possível que a comunicação recomece; enquanto a primeira decide, a segunda conserva espaços argumentativos, para que cada outra possibilidade se realize. A mediação é, pois, isto, e essa é sua diferença a respeito do juízo; ela não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação (RESTA, 2005, p. 91-95).

Isso posto, a palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre as duas partes, não sobre, entre elas. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes em uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas envolvidas no conflito (HAYNES, 1993, p. 11).

Trata-se de uma

Gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro por intermédio de uma técnica mediante a qual são as partes imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão (SIX, 2001, p. 191).

Comungam nessa mesma linha de pensamento Morais e Spengler (2012, p. 146).

A mediação caracteriza-se por uma grande liberdade que, no entanto, não é total. Todos os programas de mediação partem de uma espécie de constituição, um protocolo, um procedimento, que todas as partes devem comprometer-se a respeitar antes de entrarem em um diálogo. Como o acordo não pode ser feito repentinamente, o trabalho começa, muitas vezes, por uma aprovação prévia acerca da maneira segundo a qual aquele será feito. Sob o benefício desse acordo inicial, as partes poderão abordar todos os aspectos do conflito, afastando-se do domínio das categorias jurídicas (GARAPON, 1998, p. 243). A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, aqui entendido como o conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determina um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas (WARAT, 2001, p. 80-81).

Ou melhor, as práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros, que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros e na produção da diferença (produção do tempo com o outro). Nesse sentido, a autonomia é uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania (WARAT, 2000, p. 9).

Dentre as principais características da mediação podem-se apresentar: a) *a privacidade*, uma vez que o processo de mediação é desenvolvido em ambiente secreto e somente poderá ser divulgado se esta for a vontade das partes. Faz-se necessário ressaltar que este princípio será desconsiderado em casos nos quais o interesse público sobreponha-se ao das partes, ou seja, quando a quebra da privacidade for determinada por decisão legal ou judicial, ou, ainda, por uma atitude de política pública. Todavia, o interesse privado jamais poderá sobrepor-se ao da sociedade; b) *economia financeira e de tempo*: em contrapartida aos processos judiciais que, lentos, mostram-se custosos, os litígios levados à discussão através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo muito inferior ao que levariam se fossem debatidos em Corte tradicional, o que acaba por acarretar uma diminuição do custo indireto, eis que, quanto mais se alongar a pendência, maiores serão os gastos com a sua resolução¹; c) *Oralidade*: a mediação é um processo informal, no

¹² Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma declaração exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Eles aumentam os custos para as partes e pressionam os economicamente fracos a abandonar suas causas ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. 1988, p. 20).

qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhes envolvem, visando a encontrar a melhor solução para eles; d) *reaproximação das partes*: o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes. Trabalha-se para resolver as pendências através do debate e do consenso, tendo como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos. Não se pode considerar exitoso o processo de mediação em que as partes acordarem um simples termo de indenizações, mas que não consigam reatar as relações entre elas. Por isso, dizer-se que uma das funções do mediador é a de (re)aproximar as partes; e) *autonomia das decisões*: as decisões tomadas não necessitarão ser alvo de futura homologação pelo Judiciário. Compete às partes optarem pelo melhor para si mesmas. Sabe-se, entretanto, que se pode produzir uma decisão totalmente injusta ou imoral, o que apontaria para alguma falha ocorrida ao longo do procedimento de mediação. Diversos motivos podem levar a isso, mas o principal deles, possivelmente, seja a debilidade emocional por que passam os envolvidos no momento em que debatem a solução de algum problema que importuna suas vidas. Quando da ocorrência de decisão nesse sentido, entendem alguns que o mediador deve interferir, alertando para o fato. Não compete ao mediador oferecer a *solução do conflito*, porém é de sua competência a manutenção e a orientação do procedimento. Ora, se é do íntimo do instituto da mediação a pacificação, é a responsabilidade do fiscal do processo alertar sobre a possibilidade de uma decisão que se afaste do caráter mesmo do mecanismo que está sendo utilizado ou que não sirva para produzir aquele objetivo pacificador e reaproximador das partes e que leve, eventualmente, ao questionamento jurisdicional da mesma. Outro motivo que poderá ocasionar um futuro debate em Corte acerca de uma decisão tomada é a comprovação da participação com má-fé, no procedimento, por qualquer das partes ou pelo mediador. Nesse caso, poder-se-ia presumir o prejuízo de uma das partes em relação às demais e seria da responsabilidade do juiz togado anular o resultado firmado; f) *equilíbrio das relações entre as partes*: grande preocupação traduzida pela mediação é o equilíbrio das relações entre as partes. Não obterá êxito a mediação na qual as partes estiverem em desequilíbrio de atuação. É fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar e garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia. Buscar-se-á, através do favorecimento das trocas entre as partes, utilizando-se de um método conciliatório a solução de controle entre as partes. Busca-se, na verdade, que, após o processo, os envolvidos não somente se vejam ressarcidos do(s) prejuízo(s) sofrido(s), mas também sintam que aquele conflito pelo qual passaram esteja terminado, satisfazendo tanto a lide judiciarizada, como o conflito social subjacente (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 132-135).

2. A arbitragem

Derivado do latim *arbiter* (juiz, louvado, jurado), na linguagem jurídica, arbitragem significa “o processo que se utiliza a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas [...], como forma de composição extrajudicial de litígios” (SILVA, 2001, p. 75), cuja adoção exclui o julgamento da lide no âmbito do Poder Judiciário, mas não da jurisdição. Surgido o conflito de interesse entre os particulares, pode dar-se a autocomposição ou podem eles se encarregar da resolução do litígio por uma pessoa ou pessoas diversas, distintas dos interessados, ocorrendo a heterocomposição do conflito. Se esses particulares convergem as vontades no sentido de nomear um terceiro com o objetivo de oferecer solução do litígio, suscetível de apreciação por este, que não o juiz estatal, comprometendo-se os figurantes, previamente, a aceitar a sua decisão, temos a arbitragem (FURTADO, 1995, p. 50).

Dessa forma, a arbitragem consiste em dirimir litígios comerciais internacionais através de mecanismos privados, baseando-se na vontade das partes envolvidas. Mas recentemente, assistimos a uma evolução interessante das arbitragens comerciais internacionais realizadas com base em tratados que protegem os investimentos. A partir deste momento, a arbitragem entra numa fase de *nacionalização* e a figura do árbitro aproxima-se da figura do juiz. Esse tipo de arbitragem abandona a esfera privada à qual estava confinada na sua forma clássica, para desempenhar uma função de resolução quase institucional. Essa função pode revestir algumas características inéditas, como a dimensão coletiva do contencioso, o enfraquecimento da confidencialidade e a ausência de *intuitu personae* na convenção de arbitragem, sendo, atualmente, habitual convocar a intervenção de terceiros a título de *amici curiae*, isto é, de intervenientes não diretamente implicados no processo, mas *interessados* devido à sua especial competência ou à sua vocação. É como se este instrumento de resolução de litígios, por excelência privado, adquirisse progressivamente a generalidade, a coerência e a previsibilidade próprias de qualquer norma jurídica (ALLARD; GARAPON, 2006, p. 28-29).

Com o advento da Lei nº 9.307/96, o sistema jurídico brasileiro encontra-se aparelhado de regras transparentes e eficazes a proporcionar a utilização segura dos meios de composição arbitral. Com a edição da Lei de Arbitragem, a legislação brasileira harmonizou-se ao regramento internacional, firmado em Nova Iorque em 1958 (Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais) e internalizado por meio do Decreto nº 4.311/02, para reconhecer a possibilidade de adoção do procedimento arbitral por meio de convenção de arbitragem – seja por meio do compromisso arbitral

ou da cláusula compromissória. A partir da expressa disposição legal, depreende-se o claro intuito do legislador de subordinar as duas espécies de convenção de arbitragem ao mesmo efeito jurídico, qual seja, o afastamento definitivo da jurisdição estatal. Assim, as espécies de convenção distinguem-se entre si apenas quanto ao objeto submetido à arbitragem: enquanto o compromisso arbitral terá por objeto controvérsia concreta e atual, a cláusula compromissória terá por objeto demanda eventual, indeterminada e futura (REsp nº 1.389.763-PR, Min. Relatora Nancy Andrighi, DJe 20/11/2013).

Nesses termos, arbitragem é o meio pelo qual o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, segundo determinado procedimento e observado um mínimo de regras legais, mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial (ALVIM, 2002, p. 24). Assim, as partes, ao fazerem a opção pela justiça arbitral, afastam a jurisdição estatal substituindo-a por outra estratégia de tratamento de conflitos, reconhecida e regulada pelo Estado de modo que permita a execução das decisões ali proferidas bem como a anulação das decisões que não observarem um mínimo de regras exigidas pelo legislador (CORTEZ, 1991, p. 368).

As principais características do instituto da arbitragem são: a) ampla liberdade de contratação, já que é estabelecida pelo acordo das partes, que definem o objeto do litígio e podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e adjetivo aplicá-los. Pode-se, inclusive, eleger lei estrangeira que não viole os bons costumes nem a ordem pública e as regras internacionais do comércio ou autorizar o árbitro a decidir de acordo com outros conjuntos de regras; b) pode ser usada em qualquer controvérsia que envolva direito patrimonial disponível; c) permite ao árbitro disciplinar o procedimento caso não haja convenção das partes nesse sentido. Possibilita uma maior celeridade no tratamento dos conflitos e faculta às partes, inclusive, o estabelecimento de prazo para a sentença arbitral, podendo as mesmas responsabilizarem civilmente o árbitro que descumprir o prazo estipulado; d) transforma a sentença arbitral em título executivo judicial, tornando-a, portanto, eficaz como sentença declaratória ou constitutiva. Assim, finda a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, ficando somente com o STF esta incumbência (CARDOSO, 1997, p. 377).

Considerações finais

Destacamos as seguintes considerações como essenciais para uma síntese conclusiva:

1. Os juristas têm enxergado o conflito como desordem, como um mal a ser corrigido, como uma perturbação ao funcionamento social e, por essa razão, as situações conflituosas têm figurado como um mal a ser evitado ou dirimido, sem ter como ponto primordial a satisfação real e a construção da autonomia dos interessados, o que deveria ser o maior interesse daqueles que se dispõem a encaminhar os conflitos. Falta, portanto, aos juristas dos tempos atuais uma teoria sobre o conflito (WARAT, 2001, p. 83).

2. Não estamos orientados para tal sentido, posto que as pessoas foram socializadas em um modelo que não as condiciona para nenhuma opção além de a de defender-se; todos temos medo de aprender e de aceitar o novo e as mudanças, ou de tentar nos entender realmente e à realidade profunda do outro e porque pertencemos a um paradigma cultural orientador de soluções e não orientador de processos (WARAT, 2001, p. 90).

3. O tratamento do conflito por intermédio da mediação pode acontecer mediante uma pluralidade de técnicas que vão da negociação à terapia. Os contextos nos quais é possível aplicá-la são vários: mediação judicial, mediação no direito do trabalho, no direito familiar, na escola, dentre outros. Possuem como base o princípio de religar aquilo que se rompeu, restabelecendo uma relação para, na continuidade, tratar o conflito que deu origem ao rompimento (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 147).

4. Justamente por isso a mediação surge como espaço democrático, uma vez que trabalha com a figura do mediador que, ao invés de se posicionar em local superior às partes, encontra-se no meio delas, partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso num pertencer comum. Isso se dá porque a mediação não é uma ciência, mas uma arte na qual o mediador não pode se preocupar em intervir no conflito, oferecendo às partes liberdade para tratá-lo. Porém, a mediação suscita um paradoxo composto pelo fato de dizer ao juiz que não desenvolva o papel que disseram ser o seu, isto é, deixar de decidir e adjudicar para propô-la. Consequentemente, o que se pede é que pacifique sem decidir, quando o seu papel é tradicionalmente o de decidir sem, necessariamente, pacificar (RESTA, 2005, p. 83-84). Nessa mesma linha de raciocínio, temos também Moraes e Spengler (2012, p. 147).

5. Os objetivos da mediação dizem respeito ao restabelecimento da comunicação,

mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos (por intermédio de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de sociação, de transformação e evolução social), como meio de inclusão social objetivando promover a paz social (MORAIS; SPENGLER, 2012, p. 137). Já a arbitragem é outra estratégia de tratamento de controvérsias tomando-se como referência o processo estatal – meio heterocompositivo por certo mais empregado para dirimir conflitos. É possível afirmar que se trata de um mecanismo extrajudicial de tratamento de conflitos de tal sorte que a intervenção do Judiciário ou não existirá ou será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros, condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral (CARMONA, 2006, p. 52-53).

6. Estas formas de justiça consensual têm em comum dar uma grande importância ao contato direto entre as partes, com o seu consentimento. Para além de uma técnica de resolução de conflitos, desenvolve-se uma nova concepção do sujeito de direito a quem é reconhecida a capacidade de se defender a si próprio. Segundo Ricoeur (1990), o sujeito capaz emerge da dimensão ética e moral do si-mesmo, tornando o homem passível de imputação ético-jurídica.

7. Essa descentralização da justiça tem como objetivo não tratar do indivíduo ou intervir diretamente no social, mas favorecer uma autorreflexão crítica de todas as partes envolvidas, oferecendo uma instância de discussão. Solicita-se, para fecundar essa reflexão, uma terceira pessoa que mantenha as diferentes partes dentro de certos limites, levando-as, assim, a encontrar soluções. Ela fixa limites no tempo, define o objetivo, sanciona os compromissos assumidos e, por fim, garante a justa aplicação do protocolo a todos, começando por ele próprio. Toda a gente se torna juiz no sentido em que cada um deve abstrair-se dos seus interesses particulares para encontrar a melhor solução para todos (GARAPON, 1998, pp. 244-246).

Referências

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1.389.763-PR (2013/0186578-8). Recorrente: Inepar S/A Indústria e Construções; Recorrido: Itiquira Energética S/A, 3ª Turma, Relatora Ministra Nancy Andrigli, DJe 20.11.2013.
- CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo [Orgs.]. *Teoria do processo: panorama internacional*. Salvador: Podium, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: NORTHFLEET, Ellen Gracie. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARDOSO, Antonio Pessoa. Justiça alternativa: arbitragem. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, nº 69, ano 24, mar. 1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. *O Direito*, ano 124, nº 3, Lisboa, 1991.
- FURTADO, Paulo. *Juízo arbitral*. 2. ed. Salvador: Nova Alvorada, 1995.
- GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Trad. ARAGÃO, Francisco. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.
- GARAPON, Antoine; ALLARD, Julie. *Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito*. Trad. ALVES, Rogério. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- HAYNES, John M. *Fundamentos de la fundamentación familiar: como afrontar la separación de pareja de forma pacífica para seguir disfrutando de la vida*. Madrid: Gaia, 1993.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*. 3. ed. rev. e atual. com o Projeto de Lei do novo CPC brasileiro (PL 166/2010), Resolução 125/2010 do CNJ. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- RESTA, Eligio. *Il diritto fraterno*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- ROBERTS, E. A.; PASTOR, B. *Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española*. Madrid: Alianza, 1997.
- RICOEUR, Paul. *Soi-même comme un autre*. Paris: Édition du Seuil, 1990.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Trad. ALMEIDA, Giselle Groeninga; BARBOSA, Águida Arruda; NAZARETH, Eliana Riberti. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *RDR*, nº 6, set./dez.1996.
- WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, Londrina, nº4, 2000.
- WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

Dealing with conflicts: mediation and arbitration as new models of consensual justice

Abstract: This article deals with the matter of conflicts, focusing on the importance of other strategies of controversial solutions, contrasting to the traditional model of the State jurisdiction. It aims at analysing the institutes of mediation and arbitration, contributing for academic discussions around the crisis of the jurisdictional function. The research comes from theory bibliography following the descriptive method. Finally it can be concluded that the alternatives to the jurisdiction claim for an emergence of a consensual justice where ways of dialogue and participation are looked for, in order to guarantee social order by facing an auto critical reflection of all involved parts, offering a broaden discussion.

Keywords: Treatment of the conflicts – Crisis of the jurisdictional function – Alternative to the jurisdiction – Mediation – Arbitration