

3. Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos, técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, postura, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos

3.1. Teoria do conflito

"Somente quando o Direito deixar de negar que os atos e fatos objetivos passam pelo inconsciente... poderemos estar mais próximos do ideal de justiça".

Rodrigo da Cunha Pereira

A imagem da alma humana perpassada por contradições constitutivas surge como o retrato fiel da concepção freudiana do homem, na qual observamos a presença irremediável de conflitos que fazem do mundo interior um campo de batalha. Não se pode viver sem estar, em alguma medida, em desencontro consigo mesmo, e não há apaziguamento absoluto que possa despontar no horizonte.⁷⁶

Do ponto de vista psicológico, o conflito é proveniente de um processo inconsciente pelo qual energias psíquicas (pulsões) provenientes do *id* encontram obstáculos do *ego* e, em decorrência, são reprimidas, retornando, dessa for-

⁷⁶ FONTES, Flávio Fernandes. *O conflito psíquico na teoria de Freud*. São Paulo: Psyche, dez. 2008, vol.12, no.23, p. 1. ISSN 1415-1138.

ma, ao inconsciente. Trata-se de um conflito entre *ego* e *id*, estando o *superego* do lado de um ou de outro.⁷⁷

Consoante o entendimento de Burness Moore e Bernard Fine, "a teoria atual vê a formação do conflito em termos de uma seqüência: os desejos instintivos entram em conflito com proibições internas ou externas; o *ego* é ameaçado e produz ansiedade sinal; as defesas são mobilizadas e o conflito é resolvido, por via de formações de compromisso, em sintomas, mudanças de caráter ou adaptação".⁷⁸

Deve-se atentar, em cada caso concreto, qual o *foco gerador do conflito*, podendo distingui-los em dois tipos básicos, a saber:

O primeiro tipo de foco gerador caracteriza-se pelo fato de que o objeto de disputa é vital para ambas as partes. Neste caso, a situação objetiva é conducente ao conflito, qualquer que seja a intenção das partes;

O segundo tipo de foco gerador refere-se aos casos em que o objeto de disputa torna-se vital como resultado de decisões anteriores, desejos ou ambições. Este resultado dificulta ou mesmo impossibilita retroceder, seja porque se vai preparado materialmente para o conflito, seja porque em termos psicológicos vai percebendo a realidade e as relações à luz do conflito potencial. Os movimentos que se seguem de uma parte ou

⁷⁷ "O *id* é a instância pulsional do psiquismo, e seu conteúdo é totalmente inconsciente. Ele é o grande reservatório de impulsos e instintos. É irracional, ilógico e amoral. Consiste no conjunto de reações mais primitivas da personalidade humana, que compreende os esforços para conseguir satisfação biológica imediata, sem avaliar as conseqüências. Tenta impor seus desejos de satisfação imediata e irrestrita e, para conseguir o que deseja, precisa fazer uma negociação com o *ego*; O *ego* corresponde ao conjunto de reações que tenta conciliar os esforços e as demandas do *id* com as exigências da realidade, interna ou externa. Nesse aspecto, faz a mediação dos impulsos do *id* com o meio ambiente, permitindo ao sujeito olhar-se a si próprio. O *ego* apresenta uma função adaptativa e está presidido pelo princípio da realidade. O *superego* é a expressão da interiorização das interdições e exigências da cultura e da moralidade, representada pelos pais. É quase totalmente inconsciente, possuindo uma pequena parte consciente. É nele que se inscreve a lei primária. A lei de todas as leis, que é interna e propícia a cada pessoa valorar o que é bom ou mau, certo ou errado [...]. O *superego* tem uma função essencial, que é a de cuidado e proteção, mostrado ao *ego* o que é moralmente inaceitável ou perigoso à integridade física". TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61/62.

⁷⁸ MOORE, Burness E.; FINE, Bernard D. *Termos e Conceitos Psicanalíticos*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992, p. 40.

de todas as partes envolvidas vão-se encaminhando no sentido de um conflito inevitável.⁷⁹

Segundo os ensinamentos de Marilene Marodin e Stella Breitman,

de acordo com a teoria psicanalítica, é o conflito intrapsíquico que impulsiona o conflito interpessoal, provocando algumas vezes interações caóticas que impossibilitam o diálogo. Cada um dos envolvidos narra a história com prevalência de sua percepção dos fatos que invariavelmente apresenta-se contraditória. Depreende-se daí a dificuldade de entender porque um problema simples adquire tanta importância em uma disputa entre oponentes que se apresentam aparentemente com os mesmos objetivos e pretensões. Somente a pluralidade das motivações inconscientes pode explicar a diversidade entre os objetivos das pessoas envolvidas. Assim, discussões radicais a respeito de determinado tema devem ser detalhadamente decodificadas, para que se tornem visíveis os interesses ocultos, e então seja possível compor uma negociação legítima entre as partes.⁸⁰

3.2. Mecanismos autocompositivos: procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter solução conciliada dos conflitos

"O espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. (...) O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juízes?"⁸¹

3.2.1. Noções Introdutórias

O processo judicial tem por finalidade a comprovação de uma hipótese fática para a aplicação de uma consequência jurídica específica. *É inquestionável que o principal*

⁷⁹ ZAJDSNAJDER, Luciano. *Teoria e Prática da Negociação*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 75.

⁸⁰ MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. São Paulo: Millennium, 2008, p. 501.

⁸¹ SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. *Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 101.

objetivo da jurisdição, a sua essência, é seu caráter de pacificação. Nesse sentido, é salutar que se encontrem fórmulas de consenso para que a pretensão resistida chegue a bom termo, atingindo-se o ideal de justiça das partes.⁸²

A incerteza e os riscos dos conflitos⁸³ têm como base o inesperado, decorrente da inteligência das partes que vão criando situações novas e a elas respondendo. A partir do momento que esses conflitos são jurisdicionalizados, na maioria dos casos ocorre um processo de transferência do sentimento de frustração, raiva, ou descontentamento com um fato específico, para os atos processuais, fazendo com que o processo seja uma forma de exteriorizar sentimentos contidos e mal-resolvidos, alimentando condutas cada vez mais litigiosas. Essa forma de conduzir o processo se torna um indicativo e um catalisador de empecilhos para solucionar de forma amena o conflito entre as partes.

A jurisdição, enquanto atividade meramente substitutiva, irá dirimir este litígio do ponto de vista dos seus efeitos jurídicos, mas na imensa maioria das vezes não resolve o conflito interno dos envolvidos. Por não coincidir o processo psicológico, no aspecto temporal, ao processo judicial, muitas vezes a forma de exteriorizar questões internas mal-elaboradas e manter um vínculo com a outra parte ocorre durante o trâmite da demanda.

Ademais, existe uma grande frustração quando um processo encerra, pois, a partir da sentença de mérito, uma das partes é vencida. Não raras vezes a parte que perde a sua pretensão deduzida em juízo transfere ao Poder Judiciário a responsabilidade pela frustração de suas expectativas, fomentando novas lides, criando obstáculos para frustrar a execução da sentença, tornando um círculo vicioso.

⁸² TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 17.

⁸³ Tipos de Conflitos: a) Conflito Latente: Não declarado e não há uma clara consciência da sua existência. Não precisam ser trabalhados; b) Conflito Percebido: Há a percepção da existência do conflito, embora não haja manifestações abertas do mesmo; c) Conflito Sentido: É aquele que já atinge ambas as partes, e em que há emoção de forma consciente; d) Conflito Manifesto: Conflito que já atingiu ambas as partes, já é percebido por terceiros e pode interferir na dinâmica da organização.

Diante desse contexto, muito se tem falado sobre os métodos alternativos para solução de controvérsias. Surgidos no meio dos negócios, mostram-se uma forma eficaz de finalizar demandas de complexidade variada, de forma mais célere e necessariamente com a participação efetiva das partes, o que acarreta uma forma satisfatória de auto-composição dos conflitos.

Conforme leciona José Maria Garcez: “os mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade perderam, assim, espaço, no mundo contemporâneo, cedendo lugar aos métodos negociais, em que cada vez mais se tem consciência da necessidade de se obter consentimento da outra parte como método construtivo e de resultados duradouros para a produção de contratos e a resolução de controvérsias. Sobretudo houve uma mudança de paradigmas, passando-se da metodologia do confronto e da manipulação para a teoria dos métodos cooperativos”.⁸⁴

As formas autocompositivas fazem parte de um contínuo no qual varia o grau de autonomia das decisões dos envolvidos, dentre os quais se destacam: mediação, conciliação, negociação e arbitragem.

3.2.2. Mediação

A mediação é uma forma de autocomposição assistida, ou seja, são os próprios envolvidos que irão compor o conflito, mas com a presença de um terceiro imparcial – o mediador – que não deve influenciar, emitir juízo de valor ou persuadir as pessoas ao acordo. Durante o processo de mediação, existe a preocupação de (re) criar vínculos, estabelecer um diálogo e transformar e prevenir novos conflitos.

Nos ensinamentos de Stella Breitman e Alice Porto: “a mediação é um processo orientado a conferir às pessoas nele envolvidas a autoria de suas próprias decisões, convidando-as à reflexão e ampliando alternativas. É um processo não adversarial dirigido à desconstrução dos impasses que imobilizam a negociação, transformando um contexto de confronto em contexto colaborativo. É um processo confidencial e voluntário no qual um terceiro imparcial facilita

⁸⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação, ADRS, mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 5.

a negociação entre duas ou mais partes onde um acordo mutuamente aceitável pode ser um dos desfechos possíveis".⁸⁵

E concluem Marilene Marodin e Stella Breitman: "A mediação 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.⁸⁶ É digno de se destacar que a estratégia mediadora não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos. É uma técnica ou um saber que pode ser implementado nas mais variadas instâncias. Estou pensando nas possibilidades de mediação na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários em seus variados tipos. (...) No fundo, dito agora com um olhar estritamente jurídico, é outro tipo de atitude e de visão da administração e resolução de conflitos que, tradicionalmente, tomam a lei como referência".⁸⁷

A mediação possui algumas características e princípios que a norteiam, dentre os quais se destacam:

- Autonomia da Vontade;
- Não Adversariedade;
- Presença do Terceiro Interventor Neutro e Imparcial;
- Autonomia das decisões e Autocomposição;
- Não Competitividade e Consensualidade na Resolução do Conflito;
- Flexibilidade e Informalidade do Processo.

3.2.2.1. Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade é o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier,

⁸⁵ BREITMAN, Stella; PORTO, Alice C. *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*. Porto Alegre: Criação Humana, 2001, p. 46.

⁸⁶ "Na verdade, mediação é mais do que essa conformidade, porque seu objetivo não é enquadrar a disputa em nenhuma estrutura legal preestabelecida, mas conduzir a disputa à criação de uma estrutura própria mediante a construção de normas relevantes para as partes". SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 146.

⁸⁷ WARAT, Luiz Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. In: WARAT, Luiz Alberto (org.) *Em nome do acordo: a mediação no direito*. 2ª ed., Buenos Aires: Associação Latino-Americana de Mediação, Metodologia e Ensino do Direito, 1999, p. 05-06.

mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.

Segundo Irineu Strenger, "a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito".⁸⁸

Esse princípio confere às partes a faculdade de se socorrerem de meios alternativos para solução de controvérsia, versando sobre direito patrimonial disponível.⁸⁹

3.2.2.2. Princípio da não adversariedade

Diferentemente do que ocorre nas demandas judiciais, quando se utiliza a mediação como forma de se solucionar conflitos, não há um espírito de ganhador e perdedor, uma vez que ambos se dispõem a conjuntamente encontrar soluções para as questões envolvidas.

Nos ensinamentos de Maria de Nazareth Serpa, "a mediação geralmente tem o efeito de conter a escalada das questões em disputa e o antagonismo".⁹⁰ O resultado da cooperação mútua para solucionar o litígio é a probabilidade de ocorrer um acordo que vise a garantir o interesse de ambas as partes.

3.2.2.3. Princípio da presença do terceiro interventor neutro e imparcial

Na mediação, as partes são auxiliadas por um terceiro interventor imparcial, que não deve influenciar, emitir juízo de valor ou persuadir as pessoas ao acordo, até mesmo porque ele não possui coercibilidade.

⁸⁸ STRENGER, Irineu. *Da autonomia da Vontade: direito interno e internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

⁸⁹ De forma sintética, parece possível afirmar, de logo, que o direito é disponível, quando é possível de ser transacionado, vale dizer, seu titular pode dispor sobre o direito que detém. Nessa simplificação, admite-se, portanto, uma categorização entre direitos disponíveis e indisponíveis, esses últimos dispostos em uma esfera tal, geralmente de natureza pública, que obsta – em princípio – a renúncia, a cessão, a transferência, ou, genericamente, qualquer espécie de transação.

⁹⁰ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 154.

Nos ensinamentos de Juan Carlos Vezzulla, "é fundamental que o mediador, na primeira etapa, se apresente, assegurando aos clientes confiabilidade e neutralidade, assim como o suficiente profissionalismo para que os clientes possam trabalhar certos de sua eficácia. Quando o cliente expressa ao mediador sua satisfação exageradamente, por sentir-se protegido ou cuidado por ele, com respeito ao outro em litígio, pode estar significando uma transferência que o mediador deve saber neutralizar através de frases de apoio para que se sinta compreendido e frases de limite, ao reiterar-lhes que as duas partes serão assistidas por ele, por igual".⁹¹

Sua finalidade é auxiliar as partes a identificar, discutir e resolver as questões do conflito, buscando transformar o adversário em partícipe de um processo de solução cooperativa, conduzindo a um termo de entendimento para a obtenção da satisfação mútua das partes envolvidas no litígio. Desta forma, não é um procedimento impositivo, não tendo o mediador nenhum poder de decisão sobre o conflito.

O Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem estabeleceu, no Código de Ética, os princípios fundamentais que deverão pautar a conduta do mediador, nos seguintes termos:

a) Imparcialidade: condição fundamental ao Mediador; não pode existir qualquer conflito de interesses ou relacionamento capaz de afetar sua imparcialidade; deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valores pessoais venham a interferir no seu trabalho.

b) Credibilidade: o Mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.

c) Competência: a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente. Por isso o Mediador somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.

d) Confidencialidade: os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a Mediação, são sigilosos e privilegia-

⁹¹ VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 15/16.

dos. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo o conteúdo a ele referente, não podendo ser testemunhas do caso, respeitado o princípio da autonomia da vontade das partes, nos termos por elas convençados, desde que não contrarie a ordem pública.

e) Diligência: cuidado e prudência para a observância da regularidade, assegurando a qualidade do processo e cuidando ativamente de todos os seus princípios fundamentais.

3.2.2.4. Princípio da autonomia das decisões e autocomposição

A mediação não é um processo impositivo, e o mediador não tem o poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, no sentido de induzir as respostas ou as decisões, mantendo autonomia e controle das decisões relacionadas ao conflito. O mediador facilita a comunicação, estimula o diálogo, auxilia na resolução de conflitos, mas não os decide.⁹²

3.2.2.5. Princípio da não competitividade e consensualidade na resolução do conflito

Durante a mediação, busca-se aproximar as partes, ao contrário do que ocorre nas demandas judiciais. Não existe a triangulação autor-juiz-réu e uma sentença impositiva resolvendo o mérito. Não se estabelece o estigma de perdedor e ganhador do conflito. O que se busca é um acordo mútuo que acarretará concessões de ambas as partes, o que automaticamente afasta o sentimento de competitividade para provar quem tem a razão, fazendo com o resultado final seja aceito, uma vez que elas foram as responsáveis pelo desfecho do problema.

Conforme Maria de Nazareth Serpa "a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma e soberana, e os direitos podem fazer parte do arsenal de valores das partes,

⁹² SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 47.

mas as decisões só as vinculam na medida do seu entendimento, conscientização e aceitação de suas premissas".⁹³

3.2.2.6. Princípio da flexibilidade e informalidade do processo

Ao contrário de processo judicial, que tem um procedimento específico e exige a observância de formalidades legais, no processo de mediação, a formalidade é quase inexistente, e não há normas de direito processual que devam ser seguidas. Torna-se desnecessária a aplicação de normas preestabelecidas, uma vez que são as próprias partes que irão compor e resolver o conflito, sob o auxílio de um terceiro imparcial.

Por se tratar de uma forma autocompositiva, caberá às partes determinar a estruturação da mediação, pois a todo momento seus participantes estão construindo as bases para que possam firmar o acordo. Por se tratar de um processo dinâmico e flexível, faz-se necessária a observância de algumas etapas, que em regra são:

a) Premediação: Nessa etapa ocorre a apresentação do processo, onde serão obtidas informações, avaliação da situação e eleição do mediador. Será considerada a voluntariedade, confidencialidade, possibilidade de cooperação e cordialidade para o prosseguimento da mediação.

b) Discurso de Abertura: Ocorrerá o estabelecimento de procedimentos e negociação onde será feito o acordo de Participação e Termo de Independência.⁹⁴

c) Relato das Histórias: O objetivo dessa fase é saber o porquê da disputa. É nesse momento que as partes irão falar, apresentarão provas e o mediador irá tendo compreensão dos problemas expostos. É importante que nessa fase o mediador tenha o cuidado de *neutralizar o conteúdo* do que está sendo transmitido, ou seja, repassar a essência do que foi dito, sem, contudo, focar toda a parte de sentimento da parte ao relatar a situação. As perguntas formuladas pelo mediador também precisam ser objetivas. O foco pre-

⁹³ SERPA. Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 157.

⁹⁴ Termo assinado pelo mediador comprometendo-se a ser neutro, imparcial e não manter qualquer ligação entre as partes.

cisa estar nas questões que levaram ao conflito, e não nos envolvidos e seus comportamentos.

d) Construção, Ampliação e Negociação das Alternativas para solucionar o conflito: Após ser exposto pelas partes o problema o mediador⁹⁵ deverá ter uma visão global do conflito, auxiliando as partes na negociação. Um passo importante nessa fase é que o mediador tente colocar uma parte no local da outra. Esta reflexão de como o outro enxerga o problema auxilia na elaboração do acordo, pois desperta algumas variáveis que anteriormente não teriam sido captadas. Ao perceber que se criou um impasse, em algum determinado ponto, o mediador poderá *sugerir* alguma alternativa, lembrando sempre que seu ponto de vista deve ser imparcial e neutro, onde sua função é *auxiliar* a elaboração do acordo, jamais sendo algo coercitivo. As partes devem se sentir *responsáveis* na elaboração de cada parte do acordo firmado. O sentimento de responsabilidade e cooperação faz com que o futuro cumprimento do acordo ocorra de forma espontânea, pois não foi uma decisão imposta, mas construída.

e) Fechamento do Processo de Mediação e Construção do Acordo Final: Havendo um consenso entre as partes, o mediador fará um resumo de todas as alternativas apresentadas para solucionar o conflito, estando atento se é viável para ambas as partes cumprirem. Após a redação final, e a assinatura do respectivo acordo, o mediador

⁹⁵ A postura do mediador frente ao processo, de acordo com o Código de Ética para Mediadores, estabelecido pelo CONIMA, deve observar os seguintes aspectos: V. DO MEDIADOR FRENTE AO PROCESSO

O Mediador deverá: 1. Descrever o processo da Mediação para as partes;

2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo;

3. Esclarecer quanto ao sigilo;

4. Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da Mediação;

5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados;

6. Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para a manutenção da equanimidade;

7. Interromper o processo frente a qualquer impedimento ético ou legal;

8. Suspender ou finalizar a Mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes;

9. Fornecer às partes, por escrito, as conclusões da Mediação, quando por elas solicitado.

poderá deixar claro que aquela solução é fruto de um entendimento entre as partes, ressaltando a *responsabilidade e coautoria* que cada um tem sobre o que ficou decidido.

SÍNTESE DOS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

A mediação pode ocorrer dentro de um processo judicial, ou fora dele, aquela endoprocessual; esta, extraprocessual, e se caracteriza pela observância dos seguintes princípios, assim resumidos:

- **Voluntariedade:** aceitação por livre iniciativa ou aceitação das partes. Significa a disposição de cooperação para o objetivo da mediação. Não adversariedade: não competição das partes, as quais não objetivam ganhar ou perder, mas solucionar o problema.
- **Intervenção neutra de terceiros:** terceira parte, catalisadora das soluções.
- **Neutralidade:** não interferência no mérito das questões.
- **Imparcialidade:** isto é, ausência de favoritismo ou preconceitos com relação a palavras, ações ou aparência, significando, por parte do mediador, um compromisso de ajuda a todas as partes, e na manutenção desta imparcialidade no levantamento de questões, ao considerar temas como justiça, equidade e viabilidade de opções propostas para acordo.
- **Autoridade das partes:** poder de decisão sobre as questões em disputa, já que são elas as responsáveis pelos resultados e pelo próprio andamento do processo.
- **Flexibilidade do processo:** a mediação não é um processo rígido, uma vez que não está restrita à aplicação de normas genéricas e pré-estabelecidas e sua estruturação depende, basicamente, das partes e dos procedimentos por elas próprias escolhidas.
- **Informalidade,** que se caracteriza pela ausência de estrutura e inexistência de conformidade a qualquer norma substantiva ou de procedimento.
- **Privacidade:** a vontade das partes se manifesta de maneira autônoma, baseadas em interesse privados, no âmbito privado.
- **Consensualidade,** no sentido de não haver uma decisão imposta às partes. Leva-se em consideração o resultado de deliberação das partes e desta vontade é que extrairá a sujeição ao acordo daí surgido.
- **Confidencialidade,** que é um dos princípios norteadores da mediação. As informações são restritas ao âmbito das partes e do interventor. Salvo restrições eventuais (por exemplo, os próprios sujeitos darem publicidade ao processo ou às decisões, visto que tem liberdade para tal), nada pode ser utilizado em juízo ou ter publicidade.¹²⁹

3.2.2.7. Procedimentos e técnicas de mediação

Sendo a mediação uma forma autocompositiva para resolução de conflitos, o mediador deve adotar determinados procedimentos que conduzam, de maneira sutil e sem

⁹⁶ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 67/68.

interferência de juízos de valores, a um acordo que atenda as pretensões e expectativas das partes.

Sobre o tema, abordam Marilene Mardin e Stella Breiman: "Qual o procedimento mais adequado do mediador? Em primeiro lugar, reverter os papéis: de coadjuvantes, os atores passam a ter o *papel* principal. Eles são os donos do problema/conflito que o mediador, de modo imparcial e neutro, tentará conduzir, guiar, administrar sem julgamentos, preferências ou juízos de valor. Ele tentará reestruturar a possibilidade de escuta recíproca e direta, sem intermediários parciais. Nesse sentido, o mediador procurará tornar legítima e qualificar as pretensões de ambos. De forma *equidistante* e habilmente treinado, não se deixar envolver por nenhum, mantendo seus próprios juízos de valores e princípios. Isso significa que o Mediador não participa da cultura beligerante, antes facilita a solução da *disputa*, o que não significa resolver o *conflito*, ou mesmo chegar a um *acordo*. Ele alcança as ferramentas para as pessoas refletirem sobre o que está acontecendo".⁹⁷

A maioria dos mediadores trabalha seguindo uma abordagem específica que, de acordo com os ensinamentos de Leonard Riskin,⁹⁸ pode ocorrer de 4 formas:

1. Abordagem Avaliadora – Restrita: O mediador ajuda as partes a perceber os pontos fracos e fortes de suas posições e quais os eventuais efeitos caso se submetam a procedimentos judiciais, ou extrajudiciais, caso a resolução por mediação não seja alcançada.

2. Abordagem Facilitadora – Restrita: Educar as partes sobre os pontos fortes e fracos de suas pretensões e suas prováveis consequências de uma mediação mal-sucedida.

3. Abordagem Avaliadora – Ampla: A principal estratégia de do mediador avaliador-ampla é entender as circunstâncias e interesses secundários das partes e outros

⁹⁷ MARODIN, Marilene; BREITMAN, Stella. A Prática Moderna da Mediação: Integração entre a Psicologia e o Direito. In: ZIMMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*. 2ª ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Millennium, p. 502.

⁹⁸ RISKIN, Leonardo L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 82-94.

indivíduos ou grupos envolvidos e, então, usar seu conhecimento para buscar o resultado que atenda aos interesses delas. Nessa forma de avaliação, o mediador pode utilizar-se de algumas técnicas, dentre as quais:

- Promover a conscientização a respeito dos interesses subjacentes;
- Prever o impacto (sobre os interesses) de não se chegar ao acordo;
- Desenvolver e oferecer propostas (baseadas em interesses) amplas
- Estimular a aceitação mútua das propostas das partes.

4. Abordagem Facilitadora – Ampla: A principal estratégia é ajudar as partes a definir a matéria sujeita à mediação nos termos dos seus interesses subjacentes e, baseado nisso, ajudá-las a desenvolver e escolher suas próprias soluções. Nessa forma de avaliação, o mediador pode utilizar-se de algumas técnicas, dentre as quais:

- Ajudar as partes a compreenderem seus interesses subjacentes;
- Auxiliar as partes a desenvolver e a propor alternativas à solução do conflito baseadas em interesses e numa ampla perspectiva;
- Auxiliar as partes a avaliar as propostas.

3.3. Conciliação

A conciliação é “uma forma de resolução de controvérsias na relação de interesses administrada por um Conciliador investido de autoridade ou indicado pelas partes, a quem compete aproximá-las, controlar as negociações, aparar as arestas, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a composição do litígio pelas partes”.⁹⁹

Trata-se, na verdade, de uma forma de heterocomposição, dependente da intervenção de um terceiro imparcial, junto aos litigantes, com o intuito de levá-los à autocomposição. Na conciliação, além da administração do conflito por um terceiro neutro e imparcial, este mesmo conciliador

⁹⁹ Fonte: Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo.

tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, trazendo alternativas de resoluções das questões controvertidas.

Essa é a lógica que rege o mecanismo da conciliação: a realização de acordos, podendo ser no âmbito extraprocessual ou endoprocessual, diminuindo substancialmente o tempo de duração de lide (princípio da celeridade processual), as altas despesas com os litígios judiciais, a redução da animosidade, característica da “derrota judicial”, uma vez que na conciliação são as próprias partes que resolvem o litígio tornando-se responsáveis pelos compromissos que venham assumir e resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento.

3.3.1. Modalidades de conciliação

Conforme os ensinamentos de Wagner Giglio, “A conciliação, como direito material, é um negócio jurídico, um contrato, como tal ontologicamente o mesmo, quer seja firmado em juízo ou fora dele, apresentando duas espécies: bilateral, geralmente formal, oneroso e comutativo imperfeito, se resultante de transação; e unilateral imperfeito e geralmente formal, se decorrente de renúncia ou de reconhecimento. Sob o aspecto do processo, a conciliação pode ser classificada, quanto à oportunidade, em prévia ou processual; quanto à iniciativa, em espontânea ou provocada; quanto à obrigatoriedade, em obrigatória ou facultativa, podendo esta ser regulamentada ou não regulamentada; e quanto ao momento de sua formulação, em inicial ou final”.¹⁰⁰

A conciliação subdivide-se conforme o momento em que foi implementado o acordo em:

a) A conciliação extraprocessual, também denominada informal, ocorre nas hipóteses de conflitos ainda não jurisdicionalizados. Conforme o Conselho Nacional de Justiça: “Esse procedimento se constitui em um método de prevenção de litígios e funciona como opção alternativa ao ingresso na via judicial, objetivando evitar o alargamento do número de demandas nos foros e a abreviação de tempo

¹⁰⁰ GIGLIO, Wagner. *A conciliação nos dissídios individuais de trabalho*. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 110.

na solução das pendências, sendo acessível a qualquer interessado em um sistema simples ao alcance de todos. [...] A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial e, pois, ainda antes de deflagrada a ação. [...] É bem-vinda a participação e a integração a essa atividade dos profissionais e dos setores que atuam na área social (equipes multidisciplinares), possibilitando o entrosamento entre os vários serviços existentes. [...] Vale destacar, obtido o acordo em sede de conciliação pré-processual (informal), tem lugar a lavratura do instrumento particular de composição do conflito, ou seja, do ajuste celebrado entre as partes, o qual pode se constituir, desde logo, quando for o caso, em título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC, com a assinatura de testemunhas), nada obstando, onde admitido, haja encaminhamento à homologação judicial".¹⁰¹

b) A conciliação endoprocessual, também denominada processual, ocorre quando já foi instaurada a lide, ou seja, é uma modalidade de procedimento inerente à jurisdição. Consoante artigo 448 do Código de Processo Civil brasileiro, antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo. Conforme os ensinamentos de Athos Gusmão Carneiro: "[...] a conciliação judicial marca um ponto de encontro entre a 'autocomposição' e a 'heterocomposição' da lide. É autocomposição porque as próprias partes tutelam seus interesses, fixando livremente o conteúdo do ato que irá compor o litígio; mas tal ponto de convergência é encontrado por iniciativa e sob as sugestões de um mediador qualificado, que buscará conduzir as partes no sentido de uma composição consoante com a equidade [...]"¹⁰² Conclui-se as partes, o juiz homologará o acordo, passando ele a ter a mesma eficácia pacificadora de uma sentença que julgasse o mérito, nos termos do artigo 269, inciso III, do Código de Processo Civil, que fará coisa julgada mate-

¹⁰¹ Fonte: Conselho Nacional de Justiça – CNJ: Movimento pela Conciliação.

¹⁰² CARNEIRO, Athos Gusmão. A Conciliação no Novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 251, n. 865/867, jul./set., 1975, p. 71.

rial constituindo-se em título executivo judicial, consoante artigo 475-N, inciso III, do CPC. Nos comentários ao Código de Processo Civil, Nelson Nery leciona nos seguintes termos: "Por meio da sentença homologatória o juiz não profere condenação, mas simplesmente homologa transação ou conciliação. Caso estes negócios jurídicos tenham, ainda que parcialmente, conteúdo condenatório, sua homologação caracteriza-se como título executivo. Ainda que a transação verse sobre matéria alheia à ação pendente, se for homologada em juízo, constitui título executivo judicial quanto a todo o conteúdo da transação homologada, ensejando execução pela forma de cumprimento de sentença (CPC 475-I), que se processa perante o mesmo juízo que a homologou (CPC 475-P II), ou no foro da localização dos bens expropriados ou, ainda, no foro do atual domicílio do executado (CPC 475 – parágrafo único)".¹⁰³

3.3.2. Diferença entre mediação e conciliação

Na conciliação, o terceiro propõe alternativas de soluções, o que denota sua maior intervenção e responsabilidade para solucionar o conflito. Embora o acordo jamais possa ser imposto, a participação do conciliador na composição do litígio é mais efetiva, mostrando às partes envolvidas possibilidades de se chegar a um consenso. Salienta-se que a consensualidade das partes é inerente à conciliação.

No que concerne a mediação, vislumbra-se que as partes atuam de uma forma efetiva para solucionar o conflito, desempenhando o mediador um papel de facilitador da negociação. Existe uma maior participação dos envolvidos na solução do conflito transferindo a eles a confiança, autodeterminação e responsabilidade para compor o litígio, o que naturalmente facilita na elaboração, aceitação e posterior cumprimento do acordo firmado.

Conforme leciona Fernando Tavares: "a mediação procura valorizar esses laços fundamentais de relacionamento, incentivar o respeito à vontade dos interessados, ressaltando os pontos positivos de cada um dos envolvi-

¹⁰³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 655/656.

dos na solução da lide para, ao final, extrair como consequência natural do procedimento os verdadeiros interesses em conflito".¹⁰⁴

Outro aspecto da mediação é a contínua e intensa discussão sobre o conflito. Aqui não se objetiva apenas a consecução do acordo, mas o melhoramento e a continuação do relacionamento dos mediados. [...] Seus objetivos não atingem apenas os problemas, refletindo seus efeitos nos mediados e na sociedade, fortalecendo e preservando o relacionamento existente entre as pessoas.¹⁰⁵

3.4. Arbitragem

Diferentemente da Mediação e da Conciliação, que são mecanismos autocompositivos de solução de controvérsia, onde as próprias partes acordam entre si, a arbitragem¹⁰⁶ é um meio compositivo, uma vez que o terceiro,¹⁰⁷ denominado árbitro, resolve o conflito.

É um processo alternativo, voluntário e extrajudicial, entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar, no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a necessidade de tutela do Poder Judiciário.

As partes elegem em cláusula compromissória,¹⁰⁸ assim entendido como a manifestação expressa de vontade onde as partes comprometem-se a submeter à arbitragem litígios que possam, no futuro, advir relativamente àquele

¹⁰⁴ TAVARES, Fernando Horta. *Mediação e Conciliação*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.64.

¹⁰⁵ SALES, Lília Maia de Moraes; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. *Mediação Familiar*: um estudo histórico social das relações de conflitos nas famílias contemporâneas. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2006, p. 90/91.

¹⁰⁶ Artigo 3º da Lei nº 9.307/96: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁰⁷ Artigo 13 da Lei nº 9.307/96: Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

¹⁰⁸ Artigo 4º da Lei nº 9.307/96: A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

contrato, que a solução do conflito ocorra por árbitros, ou juízes arbitrais, em caráter definitivo.¹⁰⁹

Em não havendo acordo prévio, o artigo 6º¹¹⁰ da Lei de Arbitragem prevê o compromisso arbitral, que é a manifestação posterior ao contrato firmado de que a solução do litígio seja feita por árbitros.

As partes é facultado escolher: (a) Se a arbitragem será de direito ou por equidade;¹¹¹ (b) E as regras de direito que serão aplicadas, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.¹¹²

3.4.1. Características da arbitragem e seus princípios norteadores

As principais características¹¹³ da arbitragem que as diferenciam da Justiça Estatal se baseiam nos seguintes aspectos:

- **Conciliação:** Ponto forte do procedimento arbitral. As partes, ao escolherem a arbitragem, já estarão manifestando, implícita e explicitamente, a vontade de encontrarem uma solução para o conflito. E é nesse sentido que o árbitro, especialista na matéria em litígio, irá pautar sua conduta, buscando o equilíbrio entre as duas posições antagônicas deixando como última alternativa sua prerrogativa de emanar o laudo arbitral, dirimindo, por vez, o conflito.

- **Informalidade:** A Arbitragem propicia às partes uma proximidade não existente no Poder Público, revestido de total formalidade seja na confecção de provas, no

¹⁰⁹ Artigo 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

¹¹⁰ Artigo 6º da Lei nº 9.307/96: Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem; por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

¹¹¹ Artigo 2º da Lei nº 9.307/96: A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

¹¹² Artigo 2º (...) § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

¹¹³ Fonte: Tribunal de Arbitragem do Estado de São Paulo.

tratamento dos envolvidos, no distanciamento do magistrado, etc. A informalidade é praticada em todo o andamento do procedimento arbitral, visando à solução rápida e eficaz do conflito, sem que isso possa prejudicar o direito de cada um e a análise e convencimento do árbitro.

• **Confidencialidade:** O Poder Público tem como uma de suas características a publicidade dos processos, seja dos fatos, nome das partes (...), com exceção apenas dos casos que tramitam sob égide do “segredo de justiça”, geralmente permitido apenas para os casos envolvendo o Direito de Família.

Na arbitragem, é totalmente inverso. Todos os procedimentos são revestidos pelo pressuposto da confidencialidade, somente sendo permitida sua publicidade com a expressa autorização das partes, evitando assim que casos que possam gerar repercussão pública sejam divulgados, contrariando os interesses das partes. Os procedimentos arbitrais, ao contrário, são mantidos em segredo, preservando, assim, os interesses dos envolvidos.

• **Celeridade:** A Lei nº 9.307/96 determina que os procedimentos arbitrais deverão, salvo manifestação expressa das partes estabelecendo o contrário, ser solucionados no prazo de 6 meses.

• **A Sentença Arbitral:** Outra forte característica da arbitragem é a impossibilidade de se ingressar com recurso contra a sentença arbitral proferida pelo árbitro.

Nesse sentido, colaciona-se uma decisão proferida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APelação CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. SENTENÇA ARBITRAL. Uma vez eleito o Juízo Arbitral para dirimir a controvérsia entre as partes, descabida a rediscussão, através do Poder Judiciário, do mérito da decisão, sendo permitido questionar o julgamento apenas no que diz respeito às hipóteses previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem. Apelo desprovido.¹¹⁴

Esse é um dos fatores que contribui para a celeridade da tramitação do procedimento arbitral. São 180 dias para sua solução, sendo que sua sentença tem força de coisa julgada, e, se condenatória, constituirá em título executivo

¹¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70019761170. Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack.

judicial, consoante artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro.

Dentre a classificação da arbitragem, destacam-se os seguintes aspectos:

QUANTO AO MODO	VOLUNTÁRIA OBRIGATÓRIA
Quanto à forma de surgimento	Institucional: quando as partes se reportam a uma entidade arbitral ou a um órgão técnico especializado, que geralmente possui regras e normas próprias de procedimento; <i>Ad hoc</i> : quando criada para o caso concreto, e os pactuantes devem estabelecer, com o compromisso arbitral, o procedimento e outros aspectos relevantes.
Quanto aos fundamentos da decisão	Podem estar embasados em preceitos jurídicos <i>stricto sensu</i> (arbitragem de Direito) ou no livre convencimento do árbitro quanto ao que seja a Justiça no caso concreto (arbitragem de Equidade), consoante artigo 2º da Lei nº 9.307/96.

No que se refere aos princípios da arbitragem segue, consoante quadro abaixo uma síntese ilustrativa com o objetivo de uma breve elucidação a respeito do tema.

SÍNTESE DOS PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM
A Lei nº 9.307/96 instituiu os princípios que regem a arbitragem: – Autonomia da Vontade: Estabelecido no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, ¹¹⁵ confere às partes a faculdade de elegerem a arbitragem como forma de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. – Princípio da Boa-fé: ¹¹⁶ Visa impedir que a parte de má-fé não honre com o pactuado e impeça a instauração do juízo arbitral. ¹¹⁷ Princípio do Contraditório: A garantia do contraditório compreende

¹¹⁵ Artigo 1º da Lei nº 9.307/96: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹¹⁶ É o princípio pelo qual as partes, na relação obrigacional, “devem agir com lealdade, correção e confiança recíprocas, não podendo uma das partes, após ter firmado o contrato e eleito, de forma espontânea, a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido”. RICHE, Cristina Ayoub. Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001, p. 128.

¹¹⁷ Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923- Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito. Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as nor-

para o autor a possibilidade de poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir.¹¹⁸ Se a sentença arbitral estrangeira violar esse princípio não será homologada na jurisdição brasileira, conforme artigo 38, inciso III, da Lei de Arbitragem.¹¹⁹ Princípio da Ampla Defesa: A ampla defesa constitui fundamento lógico do contraditório. É a possibilidade, assegurada ao acusado, de que tenha à sua disposição todos os meios legalmente previstos para provar o seu direito. – Igualdade das Partes: “As prerrogativas atribuídas a uma das partes, visando proporcionar a paridade das armas, não podem superar o estritamente necessário para estabelecer o equilíbrio entre elas, sob pena de ferirem o princípio da isonomia”.¹²⁰ Este princípio encontra-se previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e no artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem.¹²¹ Princípio da Imparcialidade: No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, consoante determina o artigo 13, § 6º da Lei de Arbitragem. Não sendo observado este princípio a sentença arbitral será nula.¹²² Princípio do Livre Convencimento: Significa que o árbitro vai embasar suas decisões com base nas provas existentes nos autos, levando em conta sua livre convicção pessoal motivada. Este princípio encontra-se expressamente previsto no artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem. Princípio da Irrecorribilidade da Sentença Arbitral: Visando a celeridade da solução do conflito o artigo 18 da Lei de Arbitragem¹²³ estabelece que não é possível a interposição de recursos ao próprio árbitro, Tribunal arbitral ou ao Poder Judiciário, para reexame de mérito. Todavia, o artigo 30 da Lei 9.307/96¹²⁴ permite o questionamento da

mas processuais têm aplicação imediata. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 712566/RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi.

¹¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 134.

¹¹⁹ Artigo 38 da Lei nº 9.307/96: Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: III – não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa.

¹²⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei, *apud* RICHE, Cristina Ayoub. *Lei de Arbitragem nº 9.307/96 – Uma solução alternativa para os conflitos de ordem jurídica*. Rio de Janeiro: UniverCidade, 2001, p. 131.

¹²¹ Artigo 21 da Lei nº 9.307/96: A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do *contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento*. (grifo nosso)

¹²² Artigo 32 da Lei nº 9.307/96: É nula a sentença arbitral se: VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹²³ Artigo 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

¹²⁴ Artigo 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade,

sentença arbitral em dois casos, quais sejam: (a) se ocorrer erro material ou (b) se houver alguma obscuridade, dúvida, contradição ou omissão na sentença arbitral. Somente é permitido o ingresso da ação no Poder Judiciário nos casos de nulidade¹²⁵ da sentença arbitral, mas não para o reexame do mérito por insatisfação da parte vencida. Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória: Consoante o artigo 8º da Lei de Arbitragem a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Este princípio visa assegurar a efetiva instauração do juízo arbitral e impedir a parte de má-fé de não cumprir com a obrigação pactuada.

3.4.2. As principais inovações normativas da Lei de Arbitragem

Pode-se dizer que quatro foram as principais modificações trazidas pela Lei de Arbitragem, a saber:

a) Força obrigatória e vinculante para a cláusula arbitral: Antes da publicação da Lei nº 9.307/96, fazia-se distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Conforme esclarecem Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, “a cláusula compromissória prevendo a submissão do litígio à arbitragem não configurava garantia da instauração do juízo arbitral. Para tanto, era necessário a realização do compromisso arbitral, após o surgimento do litígio, manifestando a intenção das partes pela efetiva resolução da controvérsia pela arbitragem. A exigência do compromisso enfraquecia o instituto, pois a arbitragem somente poderia ser instaurada após a sua realização e não era possível obrigar a parte a realizá-la”.¹²⁶ Com o advento da Lei nº 9.307/96, a convenção de arbitragem, seja ela expressa na forma de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, adquiriu força e uma vez existente obriga às partes a instaurarem o juízo arbitral.¹²⁷ Consoante determina o

dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

¹²⁵ Artigo 33 da Lei nº 9.307/96: A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

¹²⁶ DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22.

¹²⁷ Artigo 3º da Lei nº 9.307/96: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim

artigo 267, inciso VII,¹²⁸ do Código de Processo Civil brasileiro, se houver cláusula de arbitragem entre as partes, o juiz deverá extinguir o processo sem julgamento de mérito, devendo ser instaurado o juízo arbitral para solucionar o litígio.

b) Equiparação da Sentença Arbitral à Sentença Judicial: Conforme determina o artigo 36 da Lei de Arbitragem, 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, consoante artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil brasileiro.

c) Supressão da Necessidade de Dupla homologação e citação por carta rogatória da parte domiciliada no Brasil: O artigo 35 da Lei de Arbitragem determinou que a sentença arbitral estrangeira estaria sujeita unicamente à homologação do Supremo Tribunal Federal.¹²⁹ Nesse aspecto, salienta-se um aspecto importante: A Emenda Constitucional nº 45 retirou do STF a competência para homologar sentença estrangeira estando, hoje, competente o *Superior Tribunal de Justiça*. O artigo 39, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, no que se refere à citação por carta

entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Artigo 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...) Artigo 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

¹²⁸ Havendo convenção de arbitragem as partes renunciam à jurisdição estatal, preferindo nomear um árbitro que resolva a lide eventualmente existente entre elas. Neste caso, a denúncia da existência da convenção acarreta a extinção do processo sem julgamento de mérito. É matéria que depende da alegação do réu, vedado ao juiz examiná-lo de ofício (Artigo 301, inciso IX e § 4º do CPC. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.437.

¹²⁹ Extinguiu-se, portanto, o antigo sistema da dupla homologação quando se exigia inicialmente uma equiparação de laudo arbitral estrangeiro com sentença (judicial) estrangeira, feitas pelos tribunais do país sede da arbitragem, e, em seguida, uma segunda equiparação, a ser feita no Supremo Tribunal Federal, entre laudo arbitral estrangeiro (já equiparado à sentença arbitral estrangeira) a uma sentença judicial nacional. AZEVEDO, André Goma de. (org.) *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

rogatória, estabelece que não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

d) Garantia de jurisdição ao árbitro: Consoante artigo 18 da Lei de Arbitragem o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Visando a garantir a efetividade da decisão arbitral a lei de arbitragem delimitou a cognição da demanda anulatória da sentença em um rol de caráter essencialmente processual.¹³⁰

3.4.3. Diferença entre arbitragem, mediação e conciliação

Nos ensinamentos de Carlos Alberto Carmona, “a arbitragem é uma técnica para solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada proferindo, com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, uma decisão destinada a adquirir eficácia de sentença judicial”.¹³¹

Já a mediação é uma técnica privada de solução de controvérsias, a qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia as partes na composição do litígio, mas não decidindo efetivamente o conflito, porquanto são os próprios envolvidos os responsáveis pela composição e celebração do acordo.

No que se refere à conciliação, “o conciliador age no sentido de conduzir as partes a um consenso, sem afastar

¹³⁰ Artigo 32 da Lei nº 9.307/96: É nula a sentença arbitral se: I – for nulo o compromisso; II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

¹³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 19.

a sua vontade, sendo delas próprias a vontade que conduz ao acordo que põe fim ao conflito; na arbitragem, o árbitro age no sentido de substituir, pela sua, a inteligência e a vontade das partes, sendo que a sentença põe fim ao conflito, agindo o consenso apenas como móvel determinante da arbitragem. Na conciliação, a eficácia da decisão depende do consenso das partes; na arbitragem, esse consenso lhe é anterior, pois a sentença prescinde dele".¹³²

Outra questão que se faz necessário esclarecer é a diferença entre arbitragem e transação. Nos ensinamentos de José Eduardo Alvim, "a transação é negócio jurídico pelo qual os interessados, por meio de concessões mútuas, previnem ou terminam o litígio, consoante artigo 840¹³³ do Código Civil. A arbitragem é modalidade de juízo em que a vontade das partes não tem qualquer influência na formação da sentença arbitral, senão na constituição da arbitragem".¹³⁴

3.5. Negociação

A negociação, enquanto autocomposição, é uma forma de interação verbal em que as partes propõem, contra-põem e argumentam para a obtenção de um acordo que recebe o assentimento dos envolvidos. Durante o processo de negociação não há um terceiro que auxilia ou ajuda na composição do conflito, mas as próprias partes que chegam ao acordo final.

Maria de Nazareth Serpa define negociação como sendo "o processo onde as partes envolvidas entabulam conversações, no sentido de encontrar formas de satisfazer seus interesses. Normalmente, as partes reconhecem e verbalizam a existência de demandas contraditórias, diferenças de valores de cada uma, muitas vezes detectam a ocorrência de interesses comuns. Através desse processo procuram ajustar as diferenças se movimentando com vis-

¹³² CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 33/34.

¹³³ Artigo 840 do Código Civil. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

¹³⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 34.

tas a uma relação desejável tanto sob o ponto de vista econômico, quanto social, psicológico, e mesmo legal".¹³⁵

Conforme os ensinamentos de Luciano Zajdsznajder, "as negociações são interações que exigem das partes uma acuidade de percepção e, especialmente, uma disposição para perceber o outro da forma mais realista possível, de modo a captar as suas possibilidades e necessidades, e encontrar os pontos viáveis de entendimento. A distorção nesta percepção do outro como decorrência da insegurança não somente serve para causar óbvios percalços na interação como também para colocar de maneira falseada os dados do problema a ser resolvido, isto é, os elementos para o possível acordo".¹³⁶

3.5.1. Formas de conduzir o processo de negociação

O processo de negociação não é um processo lógico, pois há uma troca entre as pessoas, onde envolve ambiguidades que surgem das atitudes, comportamentos, estratégias e estilos de comunicação.

Existem variadas maneiras que as partes podem abordar e conduzir o *processo de negociação*, explorando questões de conhecimentos a respeito de si mesmas e de outrem, e acerca do próprio assunto em negociação. Essa forma de conduzir o processo caracteriza-se por *movimentos na negociação*,¹³⁷ conforme elucidados por Luciano Zajdsznajder:

a) Movimentos que levam a um acordo: Caracterizam-se por uma atitude positiva, por propostas concretas e por concessões. Assinalando o início da negociação, a própria iniciativa e a sua expressão na forma de uma oferta constitui um movimento do tipo considerado. Também se encontra neste caso todo o movimento que sirva para aproximar as partes.

b) Movimentos que modificam o nível de aspiração: Estes movimentos caracterizam-se por esforço de uma parte no sentido de fazer mover a outra, levando-a a mudar de

¹³⁵ SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 108/109.

¹³⁶ ZAJDSNAJDER, Luciano. *Teoria e Prática da Negociação*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 51/52

¹³⁷ ZAJDSNAJDER, Luciano. Op. cit., p. 38/40.

expectativas, fazendo-a reconsiderar suas ideias a respeito do que poderia obter ou do que deveria dispor. Todos os atos de persuasão ou de dissuasão compõem este grupo de movimentos, e, também, às vezes, o mero fornecimento de informações.

c) Movimentos de Esclarecimento: São aqueles que trazem dados, descrições e explicações, sem que o objetivo seja propriamente de persuadir. Servem para clarificar situações e condições, esclarecer acerca de propostas ou de procedimentos.

d) Movimentos de Aproximação ou Afastamento: Este grupo de movimentos, assim como os dois seguintes, utiliza-se de concessões, recusas, argumentos, esclarecimentos e ameaças. São movimentos que reforçam os elos de negociação entre as partes ou servem para enfraquecê-los ou mesmo parti-los. Sua forma de manifestação é bastante sutil, sendo às vezes facilmente percebida através das reações das partes.

e) Movimentos de Relaxamento ou de Tensão: Os momentos de tensão na negociação ocorrem basicamente em duas situações: quando a negociação ameaça romper-se ou quando tende a transformar-se em conflito. Portanto, movimentos na direção de questões que servem para contrapor as partes são de tensão, enquanto os movimentos que servem para afastar-se dos temas de conflito ou de ameaças de rompimento são movimentos de relaxamento.

f) Movimentos Protelatórios: Estes movimentos buscam atender a duração da negociação através da criação de novas situações que devem ser examinadas, da apresentação de novas exigências ou mesmo através da suspensão justificada ou injustificada dos encontros.

3.5.2. Técnicas de negociação

Conforme os ensinamentos de Luciano Zajdznajder, "durante o processo de negociação, as partes costumam lançar mão de meios e modos de atingir os objetivos de forma indireta. Isto é, não proclamam abertamente o que desejam ou o que esperam da outra parte. Estes meios e modos, que em geral tomam a forma de simulações e de manobras, são utilizados com duas funções: A primeira

função é atingir os processos de conhecimento da outra parte, fornecendo-lhe de maneira indireta informações sobre suas possibilidades e necessidades. A segunda função é a de atingir o centro da decisão da outra parte, fazendo-a rever suas expectativas em relação às possibilidades de concluir a negociação em termos antecipadamente esperados".¹³⁸

Segundo o entendimento deste mesmo autor, há um roteiro estratégico de negociação,¹³⁹ conforme abaixo transcrito:

ROTEIRO ESTRATÉGICO DE NEGOCIAÇÃO

1. Identificar os pontos fortes e fracos;
2. Identificar os pontos fortes e fracos na outra parte;
3. Determinar o poder de barganha identificando que parte se encontra relativamente mais forte;
4. Identificar os aspectos principais e secundários do objeto de negociação;
5. Estabelecer os limites máximo e mínimo e os resultados considerados satisfatórios relativamente ao objeto da negociação;
6. Determinar a intensidade com que se buscará endurecer ou mostrar flexibilidade em relação aos diversos aspectos da negociação e em relação a esta como um todo;
7. Delinear a proposta inicial e sua justificativa;
8. Definir o que se tem a conceder;
9. Definir o que se buscará obter através das concessões;
10. Definir o ritmo temporal das concessões;
11. Delinear propostas posteriores à inicial;
12. Definir as informações que se pretende prestar;
13. Identificar as informações que se pretende obter de maneira direta ou indireta da outra parte;
14. Definir a ordem dos tópicos a abordar ou a omitir (terreno a percorrer durante a negociação);
15. Prever alternativas de ação prováveis da outra parte e que respostas dar a elas.

Nesse sentido, denota-se que o processo de negociação é extremamente complexo, visto que envolve pessoas

¹³⁸ ZAJDSNAJDER, Luciano. *Teoria e Prática da Negociação*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 63.

¹³⁹ Idem, p. 57-61.

e comportamento humano. Trata-se não apenas de estabelecer as diferenças entre as pessoas, no que se refere a valores, objetivos, maneiras de pensar e de se conduzir numa negociação, mas também de estruturar um quadro de pensamento e tomada de decisão para as diferentes partes envolvidas no processo. Como envolve as questões comportamentais, a negociação tem implícita grande dose de subjetividade, e imprevisibilidade nas atitudes das pessoas, o que impede que possa ser tratada de maneira a seguir uma lógica pré-concebida.¹⁴⁰

Contudo, existem algumas diretrizes que podem ser seguidas com a finalidade de que a negociação ocorra com êxito, a saber:

ALGUMAS DIRETRIZES PARA UMA NEGOCIAÇÃO DE SUCESSO

- Seja claro no que diz respeito às suas necessidades, prioridades e objetivos;
- Pense a respeito das necessidades e desejos da outra parte;
- Separe as pessoas do problema;
- Veja o processo de negociação como um procedimento de consulta e resolução de problemas entre as partes;
- Concentre-se nos interesses, e não nas posições;
- Discuta as percepções de cada um;
- Coloque os seus argumentos e as suas posições de forma a sugerir benefícios para a outra parte;
- Foque nas questões e na resolução de problemas;
- Seja flexível;
- Discipline-se para responder às questões essenciais à preparação eficaz da negociação;
- Mantenha o controle;
- Reconheça o nível de autoridade;
- Reconheça táticas hostis se e quando elas são utilizadas pela outra parte.

¹⁴⁰ DANTE, Martinelli; VENTURA, Carla; MAXHADO, Juliano. *Negociação Internacional*. São Paulo: Atlas, 2004.