

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”  
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM  
CURSO DE DIREITO

**RICARDO MAZZAFERO GRACI**

**ARBITRAGEM E MEDIÇÃO COMO FORMAS DE CONCILIAÇÃO**

MARÍLIA  
2010

RICARDO MAZZAFERO GRACI

ARBITRAGEM E MEDIÇÃO COMO FORMAS DE CONCILIAÇÃO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:  
Prof. Ms. CARLOS ALBERTO DE TOLEDO  
FELTRIN.

MARÍLIA  
2010

Graci, Ricardo Mazzafero

Arbitragem e Mediação como formas de Conciliação. / Ricardo Mazzafero Graci; orientador: Prof. Carlos Alberto de Toledo Feltrin. Marília, SP: [s.n.], 2010.

50 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, Marília, 2010.

1. Arbitragem 2. Mediação 3. Conciliação.

CDD: 341.4618



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

**Ricardo Mazzafero Graci**

RA: 25874-1

## ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO COMO FORMAS DE CONCILIAÇÃO

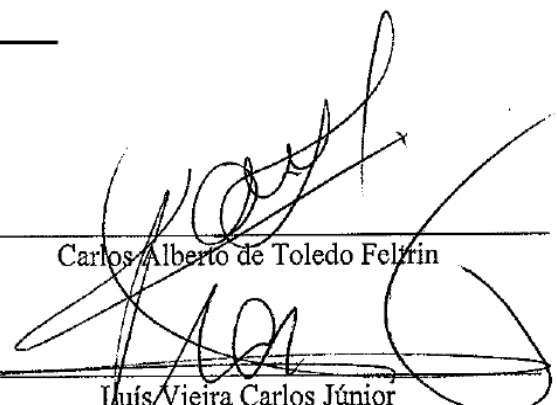
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 10,0

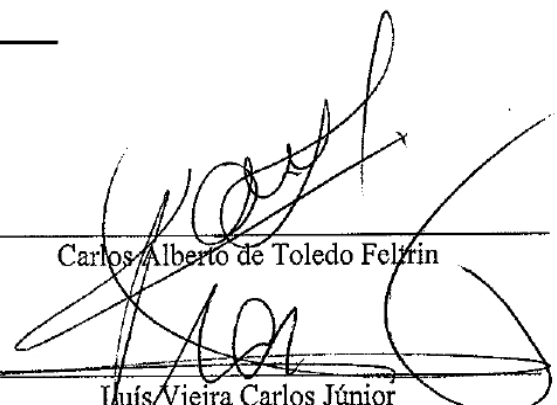
ORIENTADOR(A):

  
Carlos Alberto de Toledo Feltrin

1º EXAMINADOR(A):

  
Luís Vieira Carlos Júnior

2º EXAMINADOR(A):

  
Michele Ribeiro de Melo

Marília, 13 de novembro de 2010.

## **Agradecimentos**

*Agradeço o apoio e companherismo dos colegas Vinicius Philadelfo Cruz e Vinicius Jacobino de Godoy pela amizade e convivência nesse cinco anos de estudos.*

*Ao prof. Carlos Alberto de Toledo Feltrin, pelo auxílio na orientação, que foi imprescindível para a conclusão deste trabalho.*

GRACI, Ricardo Mazzafero. **Arbitragem e Mediação como formas de Conciliação**. 2010. 50f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

## RESUMO

Todas as sociedades, grupos, organizações e relacionamentos interpessoais conhecem relações conflituosas em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito nada mais é, na opinião do Dicionário Aurélio: o embate dos que lutam, a desavença, a colisão, o choque. Portanto, cria-se uma idéia de que o conflito é, essencialmente, negativo. Mas, como veremos, ele pode tornar-se positivo, passando a ser um meio de crescimento do indivíduo, tanto intrapessoal, como interpessoal. Este trabalho apresenta os dois principais métodos extrajudiciais de solução de controvérsias como alternativas à justiça pública brasileira, quais sejam a Mediação e a Arbitragem, comparando seus procedimentos com os do Poder Judiciário e principalmente, analisando a forma como esse sistema extrajudicial auxilia a Justiça Pública na resolução dos litígios. As explicações aqui apresentadas foram baseadas na Lei 9.307/96 e em estudos bibliográficos de diferentes autores.

**Palavras-Chave:** Arbitragem. Mediação. Conciliação.

GRACI, Ricardo Mazzafero. **Arbitragem e Medição como formas de Conciliação**. 2010. 50f. Trabalho de Curso Bacharelado em Direito – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2010.

#### ABSTRACT

All societies, groups, organizations and interpersonal relationships in conflicting relations know one time or another in the daily process of interaction. The conflict is nothing in the opinion of Aurelio Dictionary: the clash of those who struggle, strife, bump, shock. Therefore, it creates an idea that conflict is essentially negative. But, as we shall see, it can become positive, becoming a means of growth of the individual, both intrapersonal, interpersonal as. This paper presents the two major extra-judicial methods of dispute resolution as alternatives to Brazilian public justice, namely the Mediation and Arbitration, and compare their procedures with those of the judiciary and especially considering the way this system helps the extrajudicial resolution in Public Justice litigation. The explanations presented here are based on Law 9307/96 and bibliographic studies of different authors.

**Keywords:** Arbitration. Mediation. Conciliation.

## LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Processos de Mediação e Arbitragem .....	18
Tabela 2 - Vantagem dos Processos .....	24
Tabela 3 - Desvantagens do Processo.....	25
Tabela 4 - Mediação X Arbitragem.....	31



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I - RELEVÂNCIA HISTÓRICA.....	11
1.1. Efetividade da Arbitragem na Nova Lei 9.307/96.....	14
1.2. Visão Geral dos Processos.....	15
1.3. Arbitragem e Mediação. Suas principais diferenças.....	16
CAPÍTULO II - VANTAGEM E DESVANTAGEM RELATIVAS DA ARBITRAGEM, DA MEDIACÃO E DO JULGAMENTO POR TRIBUNAL. ....	19
2.1. Vantagens Relativas dos Processos.....	19
2.2. Desvantagens Relativas dos Processos.....	22
2.3. Arbitragem e Mediação Obrigatórias Versus Voluntárias.....	25
CAPÍTULO III - O INÍCIO DO PROCESSO.....	27
3.1. Da Cláusula Compromissória e do Compromisso.....	28
3.2. A Escolha entre Mediação e Arbitragem.....	29
3.3. Critérios importantes para a escolha entre Mediação e Arbitragem.....	31
3.4. Convencer o Advogado da outra parte a participar.....	31
CAPÍTULO IV - CÂNONES DO PROCESSO.....	33
4.1. I° CÂNONE – Neutralidade, Integridade e Justiça do Processo.....	33
4.1.1. Árbitros não Neutros.....	34
4.2. II° CÂNONE – Neutralidade, Revelação de Prevenção ou de Conflitos de Interesses. ....	34
4.2.1. Árbitros não Neutros.....	35
4.3. III° CÂNONE – Neutralidade, não haver comunicação impróprias com as partes.....	35
4.3.1. Árbitros não Neutros.....	36
4.4. IV° CÂNONE – Neutralidade, Justiça e Diligência.....	36
4.4.1. Árbitros não Neutros.....	37
4.5. V° CÂNONE – Neutralidade, Tomadas de Decisões Justa, Independente e Discutida.....	37
4.5.1. Árbitros não Neutros.....	38
4.6. VI° CÂNONE – Neutralidade, Confiança e Confidencialidade.....	38
4.6.1. Árbitros não Neutros.....	39
CONCLUSÃO.....	40
REFERÊNCIAS.....	41
APENDICE.....	42

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho é fruto de experiências e observações apreendidas e vivenciadas não somente na vida acadêmica em parceria com os alunos e com o corpo docente, mas também é resultado de experiências vividas no dia a dia do direito.

Ora é sabido por todos aqueles que lidam diariamente com a prática do direito, sua aplicabilidade propriamente dita, o quanto o judiciário brasileiro está aquém das condições necessárias para oferecer a todos litigantes a devida e necessária prestação jurisdicional.

Vejamos que grande parte dos problemas enfrentados diariamente pelo nosso judiciário se dá por conta das transformações sócio-políticas que desde o século passado nosso Estado federativo brasileiro vem passando. Com as mudanças sócio-políticas que ocorreram, a crítica ligada a ciências política denominou o atual estado político como: a judicialização do Estado essa definição foi apresentada pelo professor Renato Lessa em sua palestra apresentada no programa CPFL Café filosófico em 10/05/2010<sup>1</sup>. Vejamos que a crítica que é colocada surge em meio a uma crise sócio-política na qual o Estado é caracterizado e denominado Estado Social. Este fato é reconhecido pelo legislador constitucional, tanto o é que no artigo 6<sup>a</sup> (sexto) da Constituição Federal o legislador especificou uma série de direitos sociais que visam assegurar a todos os cidadãos brasileiros a eficiência da dignidade da pessoa humana, ou seja, o princípio constitucional elencado no inciso III<sup>o</sup> do artigo 1<sup>o</sup> da Constituição Federal.

Os grandes problemas que são enfrentados no seio social do Estado Brasileiro, fora que, atividades específicas e de atribuições exclusivas do poder executivo não se estruturaram e, não evoluíram tanto quanto o aumento da taxa de natalidade. Com isso pode-se ver que aqueles, chamados, direitos sociais não passaram de grandes sofismas, pois há que se verificar que grande parte da população vive a marginalidade das áreas sociais estruturadas e bem desenvolvidas. Grande parte da população tem que sobreviver a contento de serviços públicos absolutamente precários, retrógrados, não técnicos, sem estrutura alguma que possam garantir aos cidadãos brasileiros a efetividade daqueles direitos ditos constitucionais.

No que diz respeito à garantia da preservação e do bom funcionamento do Estado democrático de Direito, no que tange os Direitos individuais, difusos e coletivos, tanto a sociedade quanto o status constitucional de cidadania, estão submetidos à vontade política do Estado, como contingenciador da vontade dos indivíduos como um todo, seria uma situação

---

<sup>1</sup> <http://www.cpflcultura.com.br/site/2009/08/26/judicializacao-da-politica-renato-lessa-e-luiz-eduardo-soares-2/>

oposta à da liberdade situado na esfera das obrigações representado pela doutrina como *status passivo*. No artigo Iº, inciso III, a Constituição da República, trás a expressão: **a dignidade da pessoa humana**. A dignidade da pessoa humana compõe o quadro intitulado: Dos Princípios Fundamentais, ou seja, o legislador traz de forma clara e expressa os vários princípios, nos quais, a República Federativa do Brasil está fundamentada. Quando deparamos no texto constitucional a expressão **dignidade da pessoa humana**, devemos visualizá-la pela ótica da constituição, destarte o Estado está falando por meio da constituição, está traçando suas diretrizes e estabelecendo suas normas básicas, tanto no que diz respeito sua estrutura e as suas normas de conteúdo pragmático (MORAES, 2008, p. 403-405). Essa auto regulamentação do Estado, faz com que o mesmo não venha agir negativamente agindo em falta para com a devida e necessária atividade dos direitos garantidos em Lei. O Estado se valendo sobre este fundamento – **dignidade da pessoa humana** – estrutura-se sobre o prisma desse valor, de forma que este fundamento constitui-se como a **premissa maior** que unifica o significado do seu argumento máximo implícito: toda pessoa humana é digna. Logo a característica singular de toda pessoa humana é a de ser digna; ou poderíamos imaginar a brutalidade de supormos que algumas pessoas são indignas? Das realidades fáticas e estarrecedoras que estão estampadas nos vários mecanismos de noticiário, pessoas que se encontram em situações fáticas deploráveis, situações absolutamente avessas ao conceito de dignidade, autorizam-nos - por conta dessas problemáticas – a considerá-los como não dignos? Ora é evidente que o teor do discurso constitucional em relação à dignidade da pessoa humana aos poucos vai se decompondo, desfigurando-se do seu conteúdo ético, vai se esmaecendo em meio a vários outros interesses que não aqueles que constituem os Fundamentos da República Federativa do Brasil (LOWENTHAL, 2001, p. 332).

O *status positivo*, por sua vez, permite ao indivíduo que exija do Estado à prestação devida e necessária conferindo a todos os indivíduos uma condição digna e humana para o exercício de sua vida. Como cidadão político e na condição de cumpridor de todos os seus deveres, o cidadão recebe competência para participar do Estado e de suas atividades valendo-se do *status ativo* (MORAES, 2008, p. 403-406).

Ora de todas essas considerações previamente apresentadas a nível introdutório, faz-se necessário, para que compreendamos a atividade jurisdicional prestada através dos institutos da arbitragem e da mediação. Vejamos que todos esses problemas apresentados em linhas supra fora o motivo, ou melhor, constituem esses problemas, a grande causa que levou um absurdo aumento de lides a serem discutidas no judiciário. Ora problemas diversos, sobre tudo, aqueles atrelados a direitos sociais não atendidos pelo Estado fez com que sujeitos que

na situação de prejudicados esperassem do judiciário obter através de vários instrumentos, sobre tudo os mandados de segurança, a solução dos seus reclames. Com isso denominou-se o período da judicialização do Estado, ou supremacia do judiciário em relação aos outros poderes. Ora o grande aumento das demandas judiciais ocasionou uma sobrecarga ao sistema judiciário. Entretanto não muito embora se reconheça que o acesso à justiça tenha melhorado nos últimos tempos, a exemplo temos as Defensorias Pública, isso não significa dizer que os direitos reclamados estão sendo atendidos, ou seja, devido o aumento das demandas judiciais, as regras formais do processo, os graus de recurso etc, tem tornado a justiça brasileira absolutamente morosa. Há processo que tramitam nos tribunais por anos e anos senão décadas.

No intuito de estabelecer uma prestação jurisdicional mais rápida, onde todos os litigantes sintam-se atendidos pela justiça, e desafogar o quanto mais o sistema judicial brasileiro, fora criada a Lei nº 9.307/96. A referida Lei trata de todos os tramites para a constituição desses institutos, as questões do foro, a escolha dos terceiros desinteressados, os árbitros, as questões referentes às cláusulas contratuais, as obrigações que podem ser inseridas no contrato as quais as partes terão que se submeter não obstante ser uma faculdade das partes a inserção dessas obrigações. Trataremos (em planilhas) dos fatores positivos e negativos que integram cada um dos institutos. Trabalharemos num capítulo específico as questões ligadas à ética de todas as condutas que se farão necessárias sobre tudo a respeito dos árbitros, tendo em vista procurar sempre assegurar de sobre modo a mais legítima transparência e aplicabilidade da ética e da justiça com o uso desses institutos. Veremos que esses institutos não estão muitos em voga e o motivo que justifica essa questão também essa pesquisa buscará demonstrar, a título de informação essas questões se justificam pelo desconhecimento dos tramites que integram a utilização desses institutos.

## **CAPÍTULO I - RELEVÂNCIA HISTÓRICA**

Sabe-se que nos últimos séculos, sobre tudo, o século XIX em diante o direito positivo logrou grandes triunfos, tamanha fora expressividade do direito positivo ao ponto dos Estados acreditarem na regulamentação jurídica das atividades sociais, econômicas, políticas, ambientais e afins, como condição indispensável e quase auto-suficiente para atingir o bem estar social. Em 1889, com a implantação do regime republicano em substituição à Monarquia o Brasil sem grande participação popular, produziu toda sua mudança política inspirando-se única e exclusivamente sob as ideologias positivistas. Ora, essas ideologias foram tão significantes para nosso sistema político em sua época que em nossa bandeira adotou-se o lema: “Ordem e Progresso”, essa moldura ideológica tinha como prisma de que havendo mais ordem haverá também progresso, mais prosperidade, mais riqueza. Portanto falar em ordem nacional implica necessariamente empreendermos a constituição de uma ordem jurídica, sem a qual não haverá uma ordem nacional, constata-se então que essa ordem jurídica sua expressão deve estar impressa na ordem constitucional. “Sem um mínimo de regulamentação jurídica não se pode falar em ordem nacional no Estado moderno” (BUITONI, 2006, p. 109-110).

Até o momento presente é notório o quanto o direito ocidental e também o direito brasileiro tem se inspirado e cultivado em sua aplicabilidade todas as amarras do normativismo, ao que de certa forma tem se mostrado um tanto quanto ilusório em sua prática. Está muito presente em nossa cultura jurídica os ideários positivistas, reclama-se muito uma reconstituição do nosso ordenamento jurídico, os questionamentos que nos vem à tona – a todo o momento – findam num só consentimento, também positivista, ou seja, fala-se na necessidade de se implantar uma reforma, que tudo precisa ser regulamentado, que as leis devem continuamente ser reformadas, que os códigos precisam ser atualizados, ou seja, que todo o ordenamento jurídico deve ser modernizado. Portanto deve-se questionar: qual seria de fato a importância de todos esses questionamentos? O que se pretende com isso? Qual seria a crítica implícita em todas essas argumentações? A resposta que normalmente se aplica a esses questionamentos se baseia que a importância de se observar todas essas questões, está em que, normalmente se pensa que não seria possível chegar ao desejado nível de justiça social, de equilíbrio econômico e de bem-estar para a sociedade sem que a justiça não estivesse devidamente instrumentalizada com esses moldes (BUITONI, op. cit., p. 109-110).

Evidentemente que o que estamos colocando em questão nesta obra, não é se a justiça deve ou não atuar de modo significativo no seio social da sociedade, que sua atuação possa ou não alcançar as esferas da economia, da política e todos os direitos sociais em geral, isso para nós é evidente que sim, entretanto a tônica da questão que está sendo apresentada trata de duas realidades assimétricas, ou seja, de um lado nós temos uma sociedade que está evoluindo a passos largos, os efeitos da globalização acontecem em tempo real às sociedades se auto-regulam a partir dos efeitos que os acometem, e por outro lado nós temos uma justiça que está um pouco *a quem* desses acontecimentos, investida aos moldes antigos fundamentados sob o escudo do positivismo o que a torna um tanto quanto desconexa as conjecturas sociais. Evidentemente que com a edição de normas e mais normas o resultado que obteremos é um universo de produções legislativas, que tende a burocratizar e a dificultar ainda mais o atual sistema jurídico ultrapassado. A realidade atual alimenta as críticas que se mostram presentes, é bem verdade que os profissionais do direito acabam tendo dificuldades para lidar com tanta complexidade legislativa, normas, decretos, súmulas, legislação constitucional, infraconstitucional e, o que não raro é motivo de profunda angústia, senão também temeridade, dos profissionais ligados à atividade judiciária. Mediador do Centro de Referência em Mediação e Arbitragem – Cerema/SP e do Núcleo Experimental de Conciliação do Fórum João Mendes Jr. de São Paulo, o Doutor Ademir Buitoni, apresenta suas considerações com as seguintes palavras:

“Na verdade, apesar de tanta produção legislativa, parece que o direito positivo foi esgotando, neste começo de século, sua função regulamentar, sem ter produzido paz e o bem-estar entre os homens. O positivismo jurídico não vem resolvendo as grandes questões do *nosso tempo*, pois os problemas são complexos e globais, exigindo que *seja ultrapassada a mera racionalidade lógico-formal*, que vem caracterizando o direito posto objetivamente” (BUITONI, op. cit., p. 109-110, grifo do autor).

O Estado constitucional do século XIX é herdeiro da rica tradição intelectual que surgira com as obras dos contratualistas. Contudo ao entrar de vez na posse dessa herança, as instituições do Estado minimizou os ideários éticos e as promessas políticas que foram desenvolvidas naquele período, com isso, ocorrera que a sociedade passou a prescrever formas para que seus integrantes conseguissem se ajustar uns aos outros às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. A soberania do povo, passou agora ao poderio do Estado-nação dentro de um sistema **inter-estatal**; não se fala mais em vontade geral, mas sim, na regra estabelecida pela maioria – sobre tudo engendrada pelas elites governamentais. Por conseguinte toda essa casuística o direito separou-se dos princípios éticos e tornou-se um

instrumento da construção institucional e da regulamentação do mercado (BOAVENTURA, 2001, p. 140).

Ora, há que se reconhecer que esse conhecimento-regulação não abrange em si amplitude de todo o saber proveniente das relações humanas, ou seja, não substitui todos os outros conhecimentos. Verifica-se que no campo do direito as questões ligadas a justiça, atuam no campo da ética, irredutível ao campo da lógica objetiva. Portanto há que se verificar que as normas jurídicas estão a quem das condições necessárias para resolver questões que trazem a tona discussões éticas ou questões que lidam diretamente com as problemáticas oriundas da violência social sobre tudo com as questões que dizem respeito à consciência humana, a saber a subjetividade de cada indivíduo em particular. Com isso, mostra-se mais do que evidente que o direito isoladamente jamais poderá resolver problemas com essas características; logo, percebe-se que reclamar o auxílio de outras ciências para propor uma resolução entre os conflitos torna-se um ato salutar para aplicabilidade da justiça. Consentimos com os críticos em reconhecer que o sistema jurídico baseado no normativismo se dirige para neutralizar o dissenso e não formar o consenso. Fala-se que os dissidentes devem se submeter ao princípio da maioria, isso significa afirma intrinsecamente que a maioria está com a verdade e por tanto devem todavia ser respeitada. “A democracia respeita a vontade da maioria, que governa e faz leis, e assim vamos vivendo da ilusão do normativismo” (BUITONI, op. cit., p. 109-111). O autor em suas considerações ainda afirma que é necessário arejar o sistema jurídico, urgentemente, neste começo de século, fazer o sistema dialogar com as demais disciplinas sociais visando abrir o sistema para a complexidade e para a interdisciplinaridade.

Com isso temos que a mediação sendo uma forma de autocomposição dos conflitos, com o auxílio de um terceiro imparcial, que nada decide, apenas atua auxiliando as partes na busca duma melhor solução para ambos. Trata-se de um verdadeiro não poder, pois o mediador difere do juiz, o mesmo não aplica sentença, diferentemente do árbitro que comumente dá a decisão, também não se assemelha com o conciliador que sugere soluções. O mediador posiciona-se sempre ao meio, não tende a nenhum dos lados, não adere a nenhuma das partes.

Frutos da colonização portuguesa deixaram marcas indeléveis em nosso sistema jurídico. Desde aquelas épocas tardias reconhecia-se no Brasil a arbitragem. Com as legislações brasileiras posteriores a arbitragem veio sofrendo algumas alterações, encontrando atualmente seu fundamento jurídico em diversas leis (SAMTLEBEN, 1997, p. 35). Em 1824 já em sua primeira Constituição brasileira, previa-se em seu artigo 160 que divergências

jurídicas civis fossem decididas por árbitros nomeados pelas partes. A Constituição de 1934 fazia referência à arbitragem comercial entre os objetos de legislação federal (art. 5, XIX, c). A constituição de 1946 previa pela primeira vez de forma expressa uma garantia dessa via judicial, e também fora recepcionada pela Constituição de 1969<sup>2</sup>. Fala-se que esta disposição representava uma reação contra as restrições impostas pelo então senhor Presidente Getúlio Vargas aos tribunais judiciais, sendo que, em seu governo não consentia com arbitragem. Entretanto a jurisprudência nunca competiu com a determinada disposição arbitral, não entendia que de uma forma ou de outra poderia tratar-se de conflito. Da mesma forma poder-se-ia o Estado se utilizar ou se submeter à decisão de um tribunal de arbitragem<sup>3</sup> exceto em se tratando de sua atividade soberana.

Temos que com a introdução em nosso ordenamento jurídico da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, já decorrera tempo mais do que suficiente para que nossos tribunais estatais em todos os graus de jurisdição, que provocados pelas partes contratantes, se debruçassem sobre inúmeros aspectos do processo arbitral, produzindo consideráveis precedentes, tendo em vista que muitos deles ainda estão em construção. Podemos verificar que nosso ordenamento jurídico desde o advento da República, as proposições que compuseram nossa jurisprudência, inclusive as súmulas, como regra, possuem caráter persuasivo e não vinculante, ou seja, não têm obrigatoriedade equivalente à da lei. A sua finalidade é de conferir estabilidade à jurisprudência desde que os casos sejam similares (GAJARDONI, 1997, p. 53). Por isso os precedentes que nas linhas abaixo iremos transcorrer os princípios até hoje colhido em matéria arbitral e de mediação mostram-se como rumo para os operadores do direito possam se comportar na resolução das lides já que revelam a tendência a ser seguida pela tão morosa e sobrecarregada justiça brasileira.

### **1.1. Efetividade da Arbitragem na Nova Lei 9.307/96**

Com o advento da Lei n. 9.307/96 podemos observar mudanças radicais no ordenamento jurídico brasileiro. Cooley e Lubert (2001, p. 21), se expressa entre tantas mudanças que resultaram com o advento da referida Lei, uma que não resulta insignificante é a que se traduz no interesse crescente entre advogados pelo uso e pelas alternativas ao litígio tradicional nos tribunais para resolver as disputas de seus clientes de maneira mais prática,

<sup>2</sup> Constituição de 1946, art. 141 § 4; Constituição de 1967, art. 150; Constituição de 1969, art. 153 § 4. Ver: SAMTLEBEN, 1997, p. 35.

<sup>3</sup> Sup. Trib. Fed., 13. 6. 1969, Ver. Trim. Jur. 52, pág. 168 – 171 e seg.; em pormenores 14.11. 1973, Ver. Trim. Jur. 68, pág. 382, 384, 391 e seg. *Apud*: SAMTLEBEN, 1997, p. 35.



econômica e sobre tudo mais eficiente; com menos riscos e melhores resultados que não se protelam a tempos longos. Benjamin Franklin, pretendendo ilustrar a morosidade que “outrora” envolvia completamente o processo jurídico, apresenta-nos uma metáfora que descreve de forma bem lúcida a volta oblíqua que antigamente demorava o fim do processo, não existia alternativas paralelas a serem tomadas pelos advogados das partes, os casos que chegavam aos tribunais submetiam-se a um trabalho duro aparentemente infundável de autotortura, com a hipótese do pior cenário possível de submeter seus clientes à pobreza vitalícia oriunda do processo.

Em minhas viagens, uma vez vi um cartaz chamado *Os dois Homens da Lei*; um deles estava pintado de um lado do cartaz, numa postura melancólica, coberto de farrapos, segurando um pergaminho que dizia: Perdi minha causa. O outro estava desenhando saltitando de alegria, do outro lado do quadro, com estas palavras: *Ganhei meu processo, mas ele estava nu em pêlo [...]*. (FRANKLIN, Benjamin. *Apud*, COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 21, grifo do autor).

Felizmente a realidade no cenário jurídico atual é diferente de outros tempos, hoje as partes podem, sob orientação de seus advogados, utilizarem alternativas para resolverem seus litígios. Essas novas alternativas têm como proposta apresentar alternativas procedimentais as partes do processo com intuito de satisfazer às necessidades e os interesses emocionais, econômicos e psicológicos dos envolvidos no litígio e aplicar o melhor método a satisfação dos seus direitos (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 21).

Entre as muitas alternativas para a solução de disputas que estão disponíveis para nós hoje em dia, verifica-se que a arbitragem e a mediação são as mais preeminentes.

## **1.2. Visão Geral dos Processos**

Definidos como solução alternativa de controvérsias, a arbitragem e a mediação são dois processos principais dentro de um extenso espectro de meios para solução de controvérsias.

A arbitragem, podemos defini-la, como sendo um processo no qual uma ou mais partes neutras (*um terceiro desinteressado*) chegam a uma decisão após ouvir os argumentos e examinar as provas. Em se tratando da mediação, a mesma é definida como sendo um processo no qual uma parte neutra auxilia os litigantes a chegarem num acordo ou acerto voluntário de suas diferenças mediante um acordo que determinará seu futuro comportamento. A distinção estante entre essas duas alternativas processuais reside no fato de

quem tomará a decisão de resolução da controvérsia pelas partes. Na arbitragem as partes litigantes abrem mão dos seus direitos de tomada de decisão ambos transferem esse ato a um terceiro que, principalmente sempre se mostrará neutro quanto aos direitos preteridos, de forma que o processo findar-se-á com a tomada de decisão deste terceiro que decidirá a lide estante entre as partes. Com isso fala-se então, que por meio de acordo prévio, decide-se se a decisão deste terceiro que, principalmente mostra-se neutro, será uma obrigação ou não para as partes, ou seja, sua decisão gerará uma obrigação para as partes. Se a decisão deste terceiro constituir-se numa obrigação, esta decisão será definitiva, e conseqüentemente a parte ganhadora poderá fazê-la viger contra a parte perdedora. Caso esta decisão não constituir-se em obrigação teremos então uma decisão que terá o condão de valor consultivo para ajudar a que se chegue a um acordo. Na mediação, comumente as partes participam de um processo conjunto de tomada de decisões e tomam-nas próprias a decisão (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 21-22).

A mediação e a arbitragem, já definidas anteriormente, ambas combinam-se no processo chamado “mediação e arbitragem”. Nas palavras de Cooley e Lubert (op. cit., p. 24), temos que:

Na mediação-arbitragem, conforme um acordo prévio entre as partes, a parte neutra realiza em primeiro lugar uma mediação para resolver a totalidade da disputa ou parte dela, depois disso, a parte neutra arbitra qualquer questões que tenham ficado sem resolver. A mesma parte neutra pode desempenhar o papel de mediador e o de árbitro, ou diferentes partes neutras podem funcionar naqueles dois papéis.

### **1.3. Arbitragem e Mediação. Suas principais diferenças.**

Conforme observamos anteriormente, entre a arbitragem e a mediação há uma diferença básica entre esses dois institutos, verificou-se que em relação à arbitragem há que se falar numa decisão que comumente se dará mediante a atuação de um terceiro, ou da parte neutra, que intervém no processo, depois de uma audiência na qual são exibidos elementos probatórios e verossímeis que integram a tomada de decisão mediante a presente convicção, em se tratando da mediação não se fala em decisão. Outra forma de se verificar a diferença entre esses dois institutos é a de se analisar que entre a arbitragem e a mediação a atuação intelectual deste terceiro se diferencia. Vejamos que, na arbitragem, a atuação deste terceiro, primordialmente, dar-se-á nos chamados processos mentais “racionais” - analíticos, matemáticos, lógicos, técnicos e administrativos. Na mediação, vejamos que, a parte neutra se utiliza dos processos mentais “criativos” – conceituais, intuitivos, artísticos, holísticos,

simbólicos e emocionais. Isso significa dizer que em se tratando do árbitro, este, lida em grande medida com o conteúdo objetivo enquanto o mediador lida primordialmente com o conteúdo subjetivo. Além disso, vejamos ainda sim que, o árbitro normalmente é um participante passivo em relação às partes litigantes da causa, sua ação, principal, é a de determinar o certo e o errado no caso concreto trazido a tona; o mediador, ao contrário, geralmente é um participante ativo que tenta levar as partes a um acordo a uma reconciliação, a implantação do acordo e da reconciliação não depende de que ou do que possa ou não estar certo ou errado. (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 24).

Dada a importância da atuação do mediador no litígio entre as partes Cooley e Lubert (op. cit., p. 25) asseguram que:

Como o papel do mediador envolve reações instintivas, intuição, habilidades interpessoais agudas e sensibilidades para indicadores psicológicos e comportamentais sutis, além da aplicação do pensamento lógico e racional, algumas pessoas acham muito mais difícil desempenhar-se com eficácia nesse papel do que no de árbitro.

Dadas distinções observadas anteriormente, fala-se ainda na diferença quanto o fato de que são normalmente empregados para resolver os dois tipos diferentes de conflitos existentes entre as partes. Acreditando as partes que poderão chegar a um acordo mediante a atuação de um terceiro designado, geralmente, ambas as partes utilizarão a mediação. Ainda sim, fala-se que a mediação será, principalmente, usada quando as partes em litígio forem manter uma relação após a resolução do conflito, ou seja, o seu fim objetivado. Por outro lado, quando estamos diante duma ocasião em que a probabilidade de um acordo razoável torna-se tênue diante do retrospecto dos fatos ocorridos, e se a relação entre as partes não vai perdurar depois de resolvido o litígio, nesta ocasião, as partes se utilizarão da arbitragem. Ainda sim, há que se considerar que as partes podem numa situação oportuna utilizarem os dois institutos, entretanto, fala-se que a mediação ocorrerá primeiro, e se as partes não chegarem a um acordo, poderão, utilizar a arbitragem. Portanto temos então, em termos de processo judicial, Cooley e Lubert (op. cit., p. 26) nos lembra que “a arbitragem é comparável a um julgamento, e a mediação se assemelha à conferência judicial para acordo [...]”.

Vejamos que, embora a mediação e a arbitragem difiram substancialmente, ambas têm a estrutura básica de um processo de tomada de decisão. Com intuito ilustrativo, analisemos suas estruturas mediante planilha:

Tabela 1 - Processos de Mediação e Arbitragem

Processo de mediação	Processo de arbitragem
Iniciação	Iniciação
Preparação	Preparação
Introdução	Conferência anterior à audiência
Declaração do problema Esclarecimento do problema	Audiência
Geração e avaliação de alternativas Seleção das alternativas	Tomada de decisão
Acordo	Laudó

Fonte: Cooley e Lubert (2001, p. 26)

## **CAPÍTULO II - VANTAGEM E DESVANTAGEM RELATIVAS DA ARBITRAGEM, DA MEDIAÇÃO E DO JULGAMENTO POR TRIBUNAL.**

A maior parte dos profissionais ligados à atividade da advocacia que lidam diretamente nos processos de julgamento estão conscientes das vantagens e desvantagens do litígio que culmina num julgamento por tribunal. O dia-a-dia do exercício da advocacia, sobretudo, sua efetiva atividade nos tribunais e o próprio vício profissional do direito, faz com que a maior parte dos profissionais ligados ao exercício da advocacia ignorem, por desconhecer, as vantagens e desvantagens da arbitragem e da mediação, fala-se ainda, que muitos não conseguem nem mesmo avaliar as alternativas fornecidas por esses institutos em relação ao julgamento por tribunal. Neste novo capítulo procuraremos discorrer sobre as vantagens e desvantagens desses três processos analisando a natureza do foro, a natureza dos procedimentos, e os custos.

### **2.1. Vantagens Relativas dos Processos**

Com relação ao foro, o julgamento por tribunal ocorre num foro público, comumente os processos são distribuídos aleatoriamente cada qual direcionados as suas respectivas varas em relação à matéria que o magistrado irá apreciar, magistrado esse investido pelo Estado com jurisdição para atuar nas respectivas comarcas onde está investido. Esses juízes irão no decorrer de todo processo supervisionar todo trâmite do processo, suas regras formais e materiais, para que no findar do processo o magistrado encerre todo andamento do processo com a aplicabilidade da sentença na qual o próprio magistrado estará responsável pela decisão proferida. Em relação à arbitragem e a mediação, ambas não são públicas, ao que de certa forma traz certa vantagem para as partes quando as mesmas pretendem manter em sigilo todo andamento processual, ou seja, as partes querem fazer predominar a privacidade em todo andamento processual seu procedimento e resultado. Ora cumpre ainda destacar que tanto na arbitragem quanto na mediação as partes que compõem o litígio em acordo mútuo escolhem a (s) parte (s) neutra, evidentemente, qualificada que comumente possui vasta experiência e conhecimento especializado na determinada área específica que irá atuar. No entanto, diga-se de passagem, Cooley e Lubert, (2001, p. 27) pondera, dizendo que “na arbitragem, e mais ainda na mediação, as partes normalmente têm um controle significativo sobre o processo de

solução. A representação por advogados é aconselhável, mas não necessária, em alguns casos”.

Em se tratando da natureza dos procedimentos no processo de julgamento por tribunal, esses processos são minuciosamente estruturados e institucionalizados, isso significa dizer que são altamente tipificados por regras pormenorizadas e por numerosos mecanismos ligados ao cumprimento de leis e regulamentos. As regras quanto às provas aumentam a confiabilidade das provas em si e das reivindicações e da defesa. É comum nos processos que optam pelo seu tramite na justiça comum (*tribunais*) produzirem resultados suscetíveis de recursos e, em última análise, definitivos, esses geram obrigações de cumprimento obrigatório, de forma que, a sentença prolatada pelo magistrado é revestida duma possibilidade real de satisfação. Na fase executiva do processo objetivo dessa nova fase do processo é a chamada atuação da sanção mediante a satisfação do credor. Não há que se falar, via de regra, que pelos meios executivos civis o que se vislumbra seja única e exclusivamente a punição do devedor. Quando necessário o ordenamento prevê especificamente sanções punitivas para o transgressor do direito, punição por sua conduta indevida. Fixadas no título executivo quais as sanções a serem atuadas, cabe ao juiz da execução da pena pô-las concretamente em prática – e não adicionar outras (WAMBIER, 2005, p. 129). Pois assim é o que dispõe o texto legal no código de processo civil nos seus artigos 600 e 601, senão vejamos:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do executado que:

I – Frauda e execução;

II – se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III – resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV – intimado, não indica ao juiz, em cinco dias, quais são e onde se encontra os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Em disputas que não exijam esse tipo de procedimentos estritos, fala-se que a mediação e a arbitragem oferecem certas vantagens mensuráveis aos litigantes ou partes envolvidas no processo. Temos com isso que na arbitragem embora tenha algo de regularidade do julgamento por tribunal, no que diz respeito à prova e ao procedimento, comumente é conduzida de maneira menos formal, e Cooley e Lubert (2001, p. 27-28)

complementa que “num ambiente menos rigoroso, aumentando assim o potencial para uma solução mais expedita”. Com isso, fala-se então que:

Ao aplicar normas jurídicas e equitativas, e ao criar soluções às vezes feitas sob medida para as situações, os árbitros emitem decisões, sob a forma de laudos, que podem ser postas em prática por meio do processo judicial, pondo fim ao conflito.

Ora é bem verdade que os ambientes forenses desestabilizam em algumas circunstâncias o emocional das partes envolvidas nos litígios, o que na maioria das vezes tem influência as partes no sentido de dificultar ainda mais um acordo que seja proveitoso para ambas as partes, comumente, ouve-se que *mais vale um bom acordo do que uma demanda longa*. Tem-se que algumas disputas são mais bem resolvidas em ambientes que tenham poucas limitações de ordem procedimental. Com relação a essas disputas, o tramite do processo que se utiliza da mediação oferece algumas vantagens às partes envolvidas. Verifica-se que mediação por obter exigências mínimas em matéria de procedimento, esse instituto, proporciona para as partes oportunidades ilimitadas para se exercitar flexibilidades ao comunicar suas preocupações e prioridades básicas relativas ao objeto da lide. O instituto da mediação, essa alternativa quando utilizada, informa as partes quanto às soluções alternativas em potencial há para ambas, ainda sim, muni as partes de poderes proporcionando-as melhoras que reforçam e reforçarão suas relações em interações futuras estimulando-as a explorar e atingir soluções criativas que permitam ganhos para todos e um alto grau de cumprimento das decisões (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 28).

Ainda sim há que se falar que nos processos que tramitam pelos tribunais do Estado, vejamos que, todo seu gasto é custeado pelo erário público oriundo da arrecadação de impostos pagos aos serviços dos juízes e outros serviços administrativos dos tribunais. Na mediação e na arbitragem, as partes normalmente dividem as despesas dos honorários da (s) parte (s) neutra (s) e certos custos administrativos que por ventura faz-se necessário.

Dependendo da natureza de uma disputa específica, todavia, os honorários e os custos ligados aos processos de mediação e arbitragem normalmente são muito inferiores aos de casos que passam pelo processo de julgamento por tribunal. (COOLEY e LUBERT, op. cit., 2001, p. 28).

## 2.2. Desvantagens Relativas dos Processos

Há que se verificar, todavia, que cada um dos três processos possuem lá cada qual suas desvantagens. Em se tratando da natureza do fórum via de regra, os procedimentos complexos e não somente esses que por sua natureza tramitam pelos tribunais normalmente inibem as partes em razão da sua própria estrutura impositiva formal que exige das partes em litígio reverência e respeito de forma que as partes litigantes via de regra terão que se fazer representar por um advogado, pois essa é a determinação do texto legal expresso no artigo 2º do código de processo civil, “Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e nas formas legais”.

Determina o artigo 36 Ibis:

Art. 36º. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado, ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou na recusa ou impedimento dos que houver.

Ademais, há que se verificar ainda, que em se tratando de um juiz designado de maneira aleatória para conduzir determinado processo poderá, eventualmente, não possuir necessariamente conhecimentos plenos e experiência substantiva ou técnica para apreciar determinada demanda, verificando detalhadamente sua minúcias, o que de fato comprometeria as argumentações dos procuradores – advogados – das partes. Vejamos que atualmente o judiciário brasileiro por pecar em suas estruturas formais e administrativas e com absurdo acúmulo de processo que estão em suas mesas isso torna, evidentemente, a prestação da tutela jurisdicional tardia, quando não raras vezes, sua conclusão já não demonstra, ou melhor, já não oferece as partes do processo efeito ou resultado pretendido. Fala-se que as partes, freqüentemente, consideram que o processo que tramita pelos tribunais perturba de sobre modo as partes consideravelmente suas vidas ficam presas durante longos meses e anos, períodos e mais períodos de tempo. Cooley e Lubert (2001, p. 29) ressaltam que “e em última análise, produz um resultado que as deixa ainda mais polarizadas do que estavam antes do início do processo”.

Entretanto há que se falar também, que em se tratando da arbitragem e da mediação, de modo não muito diferente, tem desvantagem também em relação ao foro. Fala-se que a arbitragem privada, falta-lhe controle de qualidade, ora, vejamos que os árbitros são escolhidos independentemente em casos individuais e geralmente não são responsáveis perante qualquer autoridade supervisora. Na mediação, diz que, as partes neutras têm pouca



autoridade ou poder sobre as partes, e certamente nenhum poder para lhes impor resultados indesejados. Com isso teremos então que possivelmente alguma ou algumas das partes poderá, numa ocasião qualquer, influenciar significativamente os acertos em algumas situações, e isso será possível, em razão do poder que possui e exerce por via paralela ao tramite do processo, ou seja, por de baixo dos panos. “Ademais, na mediação não há a aplicação ou desenvolvimento de normas públicas” (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 29).

Tem-se que nos processos de julgamento por tribunal às desvantagens em matéria de procedimento é uma constante e os remédios em relação a esses fatores são um tanto quanto limitados, com isso, fala-se que em virtude da rigidez da estrutura procedimental, é difícil chegar-se a soluções de compromissos. A arbitragem, um processo que se vê crescentemente dominado por “legislação”, tem seus próprios problemas, que incluem a falta de normas públicas, conseqüentemente a falta de precedentes geradores de obrigações, a oportunidade insuficiente para revelação plena, regras lenientes quanto à prova, razões para decisão normalmente não escritas, nenhuma uniformidade quanto às decisões e, normalmente nenhuma oportunidade de recurso. De modo semelhante, há que se verificar que a mediação também possui diversas desvantagens do ponto de vista procedimental, vejamos que: não existe as devidas salvaguardas processuais, as partes não podem ser obrigadas a participar por meio de intimação ou por outros meios, o acesso à informação pode ser severamente restringido e os resultados não necessitam estar baseados em princípios. Vejamos ainda que em se tratando da mediação ao findar do processo os resultados obtidos na mediação são por completo destituídos de força coerciva obrigacional, ou seja, na medida em que esses resultados não são geradores de obrigações e que não é obrigatória a sua aplicação, salvo quando prevista na legislação contratual pertinente, isso significa dizer que aqueles que recorrem a essa alternativa devem de antemão estarem preventos quanto esses descontentamentos.

Finalmente, no que diz respeito aos custos, os processos que tramitam nos tribunais do Estado são financiados substancialmente a administração do processo de julgamento por tribunal. Percebe-se que em algumas situações, o julgamento por tribunal pode ser muito caro por conta da complexidade referente a cada processo específico em se tratando de variados fatos e dos atrasos, que, por vezes, redundam em elevados investimentos honorários advocatícios. Algumas audiências complexas de arbitragem podem desenrolar-se ao longo de semana ou meses, custando às partes muito mais do que haviam inicialmente projetado. Para Cooley e Lubert (op. cit., p. 30) “[...] as mediações anteriores ao julgamento ou à arbitragem

que não têm sucesso também podem aumentar de alguma maneira o custo geral de assegurar o encerramento de uma disputa”.

Analisemos as vantagens e desvantagens dos processos mediante a apresentação da planilha apresentada por Cooley e Lubert (2001, p. 31-32):

Tabela 2 - Vantagem dos Processos

<b>Julgamento por tribunal</b>	<b>Arbitragem</b>	<b>Mediação</b>
Foro público	Privacidade	Privacidade
As partes neutras são responsabilizáveis	As partes controlam o foro	As partes controlam o foro
Já é institucionalizado	Especialização	As partes envolvidas escolhem as partes neutras
Há regras quanto à prova	As partes envolvidas escolhem as partes neutras	Reflete as preocupações e as prioridades das disputas
Anuncia e aplica normas públicas	Há procedimentos escritos	É flexível
Há precedentes	É rápida	O processo instrui os litigantes
Inspira respeito	Há escolha das normas aplicáveis	Trata dos problemas básicos
Uniformidade	Há possibilidade de soluções sob medida para as situações	Freqüentemente redundante em soluções criativas
Independência	É suscetível de vigência ou aplicação obrigatórias	Registra uma alta taxa de cumprimento das decisões
As decisões são suscetíveis de recurso	É suscetível de vigência ou aplicação obrigatórias	
Gera obrigações/encerra questões	É relativamente barata	É relativamente barata
É suscetível de vigência ou aplicação obrigatórias		
É custeado com recursos públicos		

Fonte: Cooley e Lubert (2001, p. 31)

Tabela 3 - Desvantagens do Processo

<b>Julgamento por tribunal</b>	<b>Arbitragem</b>	<b>Mediação</b>
Não há controle sobre a escolha dos juízes	Falta-lhe controle de qualidade	As partes neutras não têm o poder de impor acordo
Falta de conhecimento e experiência específicos de natureza substantiva ou técnica	As partes neutras não são responsabilizáveis	Não tem o poder de obrigar a participação das partes
Exige advogados	Vem-se tornando crescentemente assoberbada por “legislação”	Proporciona pouco acesso à informação
Cria um respeito reverencial	As regras quanto às provas são lenientes	Não tem as devidas salvaguardas processuais
Tem atrasos	A revelação dos fatos é limitada ou inexistente	Uma parte poderosa pode influenciar o resultado
Consome tempo	Não há normas públicas	O encerramento é fraco
Polariza e perturba relações	Não há precedentes	Falta-lhe o caráter da aplicabilidade ou do cumprimento obrigatórios
Difícilmente leva as soluções de compromisso	Não há uniformidade	Não aplica ou desenvolve normas públicas
Tem uma gama limitada de remédios	Normalmente não há razões escritas para a decisão	O resultado não necessita ser baseado em princípios
É oneroso	Normalmente não cabe recurso	

Fonte: Cooley e Lubert (2001, p. 32)

### **2.3. Arbitragem e Mediação Obrigatórias Versus Voluntárias**

Normalmente tem-se que a arbitragem e a mediação são utilizadas voluntariamente, fala-se que fica facultado ao interesse das partes utilizar ou não esses institutos, no sentido de que as partes acordam, antes ou depois do surgimento da disputa, submeter a lide a um dos dois institutos ou ambos pretendendo com isso findar o litígio.

Entretanto, em anos recentes, tem-se verificado uma prática crescente no sentido da criação de estatutos e regras de tribunal que prevêm a arbitragem e a mediação obrigatórias

(também chamadas de anexadas por tribunal), objetivou-se com isso reduzir a grande demanda forense e conseqüentemente reduzir tempo, gastos e tantos outros descontentamentos acometido as partes do processo (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 33).

“As regras que regem esses programas variam significativamente de jurisdição para jurisdição, e há que se tomar o cuidado de avaliar as exigências em vigor na jurisdição onde se está representando um cliente. Por exemplo, com relação a mediação obrigatória, algumas jurisdições exigem que as partes submetam todos os casos de um tipo específico à mediação como um pré-requisito ao litígio dentro do sistema judicial” (COOLEY e LUBERT, op.cit., p. 33).

Em algumas circunstâncias, permite-se que os réus sejam dispensados da exigência da mediação, outras não. Tem-se que em algumas jurisdições a mediação tem o fim de facilitar, já em outros casos tem somente o poder de avaliar não somente a pretensão das partes como também as condições da ação. Certos programas obrigatórios de arbitragem impõem penalidades, sob a forma de custas processuais e honorários, de forma que, a partes que rejeitam o laudo da arbitragem obrigatória que vão a justiça preferindo, dependendo o caso concreto, sair pior do que haviam saído no procedimento arbitral (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 33).

Dado essas circunstância esses institutos sofreram variadas criticas em virtude da sua natureza coercitiva, que pressiona as partes que às vezes não estão representadas por advogados, induzindo as partes abrirem mão de substanciais direitos de devido processo legal de que certamente gozariam no procedimento jurisdicional comum. Entretanto, com o crescente número de tribunais que considera o acerto prematuro das pendências, Cooley e Lubert (op. cit, p. 34) opina: “como sendo do melhor interesse das partes e dos próprios tribunais, é provável que os tribunais aumentem, em vez de diminuir, o seu uso da arbitragem e da mediação obrigatórias”.

## CAPÍTULO III - O INÍCIO DO PROCESSO

Temos que o incentivo à composição do litígio por iniciativa das partes, através das alternativas oferecidas por esses institutos como atividade jurisdicional substantiva, revela novas tendências do direito processual vigente (CARNEIRO, 1997, p. 131).

A busca de equivalentes jurisdicionais tem sido, atualmente, a tônica de inúmeros e recentes diplomas legais, tal como: a Lei n. 7.244/84, que instituiu o juizados de pequenas causas; a Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Cíveis e Criminais; a Lei n. 8.952/94, que acrescentou um novo item ao Código de Processo Civil, estimulando a conciliação e o próprio Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), que incorporou à lei que regula a Ação Civil Pública o compromisso de ajustamento de conduta.

A nova Lei de Arbitragem 9.307, de 23 de setembro de 1996, surge na esteira desse contexto de prestação de tutela jurisdicional e fornece, principalmente priorizando a autonomia facultativa das partes envolvidas no litígio em sede de direitos disponíveis, no sentido de que ambas, tenham meios e instrumentos processuais adequados a permitir sua utilização sem o entraves constantes da legislação que até então regulava a matéria (CARNEIRO, op. cit., p. 131).

A priori há que se ter em mente que o início dos processos de arbitragem e mediação dependerá muito de circunstâncias específicas que determinarão a hipótese de se utilizar ou não esses institutos. Vejamos que numa ocasião específica onde o indivíduo esteja agindo num tribunal que tenha um programa obrigatório de ADR (Alternative/Amicable Dispute Resolution), certamente que o tribunal o notificará da data para qual agendou o caso em litígio para uma conferência de mediação ou uma audiência de arbitragem, conforme o caso apresentado. Se o litígio trazido a tona for oriundo dum contrato e o contrato contiver uma cláusula de mediação ou arbitragem, isso significa dizer, que nessas circunstâncias, os termos da referida cláusula determinarão os passos para se iniciar o processo de ADR adequado. Caso esse contrato não contenha, previamente, uma cláusula de ADR especificando e determinando os requisitos formais no qual o cumprimento do contrato deve ser adimplido ou finalizado ou se, se ainda mais, se a disputa o litígio não versar dum contrato, fala-se, com isso, que as partes terão ampla latitude para iniciar o processo apropriado de ADR. Não obstante a existência do da ADR, tem-se que as partes deverão desviar-se de vários obstáculos antes de iniciar os procedimentos, fala-se que as partes deverão estarem atentas quanto:

Iº decidir, a título de tentativa, que processo será mais adequado à disputa em questão;

IIº Convencer os advogados da (s) outra (s) parte (s) de que o processo que está sendo apresentado ou proposto é o mais adequado para os litigantes;  
 IIIº Decidir, juntamente com os advogados da (s) outra (s) parte (s), quanto ao prestador de serviços neutros que serão contratados. (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 34).

### 3.1. Da Cláusula Compromissória e do Compromisso

A exigência da cláusula compromissória onde as partes se comprometem preliminarmente a submeterem seus litígios à arbitragem, seguida do compromisso arbitral, de agora em diante, estabelecido o contrato definitivo através do qual as partes estabeleceram as normas, no contra preliminar, e submeteram o caso concreto ao árbitro era condição necessária para instituição do juízo arbitral na legislação anterior.

Em tempos idos, raríssima vezes a prática do juízo arbitral era utilizada, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro em suas considerações no compêndio: *ARBITRAGEM* a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional; obra por hora utilizada, o autor se expressa com as seguintes palavras:

“Em hipótese alguma, no campo do direito interno, se admitia que a cláusula compromissória pudesse ser equiparada ao compromisso, sendo certo, por outro lado, que inexistiam instrumentos processuais adequados a possibilitar, de forma simples e ágil, a obtenção do compromisso via judiciário. Daí por que as partes, já em litígio, dificilmente já estabeleciam, pacificamente e de comum acordo, todas as normas (condições) que iriam servir de base para o julgamento” (CARNEIRO, 1997, p. 132).

Com a redação dos artigos 4 e 9 e seus parágrafos da nova Lei nº 9.307/96, o legislador conceituou respectivamente a cláusula compromissória e o compromisso, ao mesmo tempo em que previu mecanismo que permitissem, na prática, ainda contra a vontade de uma das partes, a instituição de forma ágil do Juízo Arbitral, senão sejamos:

*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.

§ 1.º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2.º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

*Artigo 9º - O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

§ 1.º O compromisso arbitral judicial celebra-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2.º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Assim dada a redação da nova lei, temos que, tais institutos têm finalidade e natureza jurídica diversa, “*daí por que o questionamento não se coloca na possível equiparação da cláusula compromissória ao compromisso*”, basta saber se haverá a existência do juízo arbitral a existência de qualquer um deles isoladamente, ou se fará necessário a existência e o concurso de ambos (CARNEIRO, 1997, p. 131-132).

Vejamos que na realidade cumpre designarmos desde logo, para que não haja entendimentos avessos, que em se tratando do compromisso arbitral este pode ser estabelecido independentemente da existência prévia de cláusula de compromisso, inclusive no curso do próprio processo judicial. Neste caso a instituição do Juízo Arbitral só se dará mediante a concessão das partes, o seu acordo; de forma que a obtenção via judiciário, normalmente é vedada. Paulo Cezar P. Carneiro, seguindo as orientações dos textos expressos na referida lei, o doutrinador procura destacar que em eventual hipótese contrária, ou seja, existindo somente cláusula compromissória, conseqüentemente poderá ocorrer quatro situações peculiares, uma vez que surja conflito entre as partes, poderá ocorrer que:

- a) As partes, de comum acordo, estabelecem o compromisso;
- b) O compromisso é dispensado, na medida em que as partes se reportam, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 5º, início);
- c) O compromisso não é necessário, na medida em que as partes já estabeleceram e esgotaram, na própria cláusula compromissória ou em outro documento, a forma para a instituição do Juízo Arbitral (art. 5º, segunda parte);
- d) O compromisso pode ser obtido por qualquer das partes, havendo resistência de uma em afirmá-lo, via judiciário (art. 7º) (CARNEIRO, op. cit., p. 132-133).

### **3.2. A Escolha entre Mediação e Arbitragem**

Levando-se em consideração que as partes tenham optado pela escolha entre mediação e arbitragem com fim a solução do litígio em disputa, há que se levar em conta vários critérios importantes para se definir qual instituto será utilizado pelas partes na solução

do conflito. Fala-se que na hipótese em que as partes voltaram a ser relacionar futuramente, numa ocasião em que, ambas desejarem preservar suas relações entre si, ou seja, manter a relação de forma continuada, evidentemente o instituto a ser usado é o da mediação. Por outro lado, não havendo interesse das partes em manter, entre ela, uma relação continua tendo em vista não existir uma necessidade para que ambas se relacionem no futuro, seja por conta de um vício no relacionamento, seja por conta de estar constatado a má-fé de uma das partes em relacionamentos em tempos idos situação essa entendida com hostis, evidentemente o instituto a ser usado será o da arbitragem. Fala-se ainda que, sendo, “uma das partes for consideravelmente mais poderosa do que a outra, a parte detentora de menos poder poderá beneficiar-se dos aspectos determinantes da equidade da arbitragem” (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 34-35). Temos que se uma ou mais partes necessitarem evitar uma solução de vitória ou derrota – um parecer publicado, por exemplo, que poderia fazer vigorar para o futuro direitos ou deveres indesejáveis -, fala-se que neste caso a mediação será a melhor escolha.

Grandes clientes empresariais, por exemplo, que estejam envolvidos como réus num grande volume de disputas de baixo valor monetário, nas quais também há vantagens em assegurar-se decisões rápidas, privacidade e encerramento, pode ser de bom alvitre optar-se pela mediação em vez de pela arbitragem. Se numa disputa específica, seu cliente não tem direitos legais claros, talvez seja mais indicado utilizar-se a mediação, de modo a ser pode concentrar nos fatos favoráveis do processo em qualquer momento que o advogado julgue apropriado. (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 35).

Ora quando estamos diante de uma solução de controvérsia, num disputa que envolva multiplicidade de partes e o que está se discutindo trata-se de questões complexas e variadas por uma questão de lógica as partes temos que a mediação seja mais adequada do que a arbitragem, e isso se dá por uma questão óbvia, vejamos que em se tratando da mediação há mais oportunidade de trocas vantajosas num processo como este, que predomina um tramite de negociações. Numa situação em que se reconhecer ser absolutamente necessário a presença de certas testemunhas, logo, escolher-se-á a arbitragem, e não a mediação (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 35). Demonstraremos na planilha abaixo que realçará alguns desses importantes critérios a ser analisados e considerados para uma tomada de escolha entre os institutos da mediação ou da arbitragem, vejamos:



### 3.3. Critérios importantes para a escolha entre Mediação e Arbitragem

Tabela 4 - Mediação X Arbitragem

<b>MEDIAÇÃO</b>	<b>ARBITRAGEM</b>
O desejo de preservar relações continuadas	A necessidade de compensar desequilíbrios de poder
A ênfase em negócios futuros	A necessidade de decisões sobre fatos passados
A necessidade de evitar soluções de vitória ou derrota	Um alto volume de disputas
O fato de os participantes na disputa desejarem ter controle total sobre o processo	A necessidade de obrigar a participar
O fato de a disputa ter múltiplas partes e questões	A vantagem de rapidez e da privacidade
A ausência de direitos legais claros	A vantagem da rapidez no encerramento

Fonte: Cooley e Lubert (2001, p. 36)

### 3.4. Convencer o Advogado da outra parte a participar

Depois de estar convicto quanto a escolha do instituto a ser usado sendo a mediação ou arbitragem, deverá aquele que se diz convicto quanto a escolha convencer a parte contrária, isso significa dizer, convencer o advogado da outra parte que a escolha do respectivo instituto será melhor opção. Normalmente as propostas que são apresentadas, instigando a parte contrária com seu advogado, a utilizarem o respectivo instituto, a princípio não é bem aceita, isso se dá pelo fato daqueles de que esses advogados nunca se viram envolvidos num caso desta natureza, e por conta disso relutam em não utilizar a proposta apresentada, ou seja, o uso da arbitragem ou da mediação. A repulsa de um dos advogados quanto ao uso da arbitragem ou da mediação se dá pelo fato da falta de experiência do procedimento a ser adotado, isso significa dizer, que o advogado que obsta o uso do instituto por conta do seu pouco domínio do assunto, sente-se pouco a vontade para recomendar ao seu cliente. Sua ignorância quanto aos tramite do instituto a ser usado causará desestabilidade numa situação em que o mesmo for argüido esse advogado inevitavelmente ficará embaraçado se, se perceber impossibilitado de fornecer uma explicação ao seu cliente. Fala-se

ainda que há situações que mostram-se piores que as de não ter condições de fornecer informações suficientes para seus clientes, ou situações que são tão complexas que as informações que são passadas aos seus clientes mostram-se inexatas, incompletas ou derogatórias para com todo processo de arbitragem (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 36). O autor ainda diz que:

“Quando diante da situação em que o advogado da parte contrária não conheça ADR, você pode tentar o seguinte: concordar em encontrá-lo para explicar suas experiências em termos de arbitragem, por exemplo, e responder a quaisquer perguntas que tal advogado possa desejar fazer. Outra possibilidade é a de oferecer-lhe o fornecimento de um videotape de uma arbitragem do tipo de disputa em que estão envolvidos. Muitos dos videotapes disponíveis em bibliotecas de faculdades de direito e em outras fontes são bastante instrutivos quanto ao processo arbitral. Assistir ao vídeo pode ser suficiente para acalmar o nervosismo do advogado”.

Outra alternativa que pode ser usada é que o profissional do direito poderá entrar em contato com a organização de solução de controvérsia que você propõe contratar para administrar a arbitragem e fazer com que um de seus gerentes de processo visite o advogado da outra parte. Esses gerentes de processo oferecem treinamentos explicando todo o processo de ADR a advogados, e eles podem facilmente responder às perguntas dos advogados da outra parte sobre arbitragem (COOLEY e LUBERT, *op. cit.*, p. 37).

## **CAPÍTULO IV - CÂNONES DO PROCESSO**

### **4.1. Iº CÂNONE – Neutralidade, Integridade e Justiça do Processo**

Atualmente, fala-se que muitos advogados particulares e escritórios de advocacia oferecem serviços de ADR. Tem-se que os contatos e informações gerais sobre esses advogados e escritórios de advocacia podem ser adquiridos nas bibliotecas das faculdades de curso de direito. Segundo uma estimativa, fala-se que nos Estados Unidos há quase quatrocentas organizações com ou sem fins lucrativos que oferecem o serviço de ADR (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 37).

Um árbitro tem responsabilidade não apenas para com as partes, mas também deve assumir um caráter ético com todo andamento do processo. Suas obrigações devem em todo curso do processo estar envoltas pelo manto da ética desde a gênese do processo até seu fim. O árbitro deverá observar detalhadamente todos os padrões de conduta que se mostrarem no decurso do processo tanto aqueles praticados por si mesmo como aqueles praticados por todos aqueles que de qualquer forma participarem do processo, de forma que, a integridade e a justiça do processo sejam preservadas. Com isso, temos que, embora uma pessoa não possa solicitar ser designada árbitro, ele ou ela, poderá ser indicada para atividade de árbitro. Ora, evidentemente, uma pessoa só poderá aceitar ser árbitro desde que esteja disponível para o exercício e no desenvolver do processo conduza eticamente todos os atos do processo. Com isso fala-se então que:

“Depois de aceitar a designação e enquanto estiver funcionando como árbitro, a pessoa deve evitar entrar em quaisquer relações financeiras, comerciais, profissionais, familiares ou sociais ou adquirir quaisquer interesses financeiros ou pessoais que possam afetar sua imparcialidade ou que possam razoavelmente criar a impressão ou aparência de parcialidade ou preconceito” (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 83).

Ora, temos que todo indivíduo que seja designado como árbitro deverá demonstrar em todo decorrer do processo uma conduta ilibada, absolutamente ética pautada pela veracidade da justiça, de forma que, não haja qualquer qualquer dúvida de qualquer uma das partes quanto a neutralidade do árbitro, isso significa dizer, que em momento algum poderá o árbitro ceder a pressões ou qualquer influência externas, seja de clamor público ao medo da crítica ou ao interesse próprio. Os árbitros não devem exceder a autoridade do acordo das partes, nem ser omissos quanto à prática de atos necessários para o fiel cumprimento daquela autoridade.

“É obrigação do árbitro obedecer às regras e aos procedimentos da arbitragem quanto aos quais houver acordo prévio entre as partes. Os árbitros devem fazer esforços, dentro do razoável, para evitar táticas dilatórias, o assédio de partes ou de outros participantes ou outros abusos ou perturbações do processo de arbitragem” (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 84).

#### **4.1.1. Árbitros não Neutros**

Os árbitros designados pelas partes devem, todavia, obedecer a todas as obrigações previstas no Cânone Iº, sujeitas as seguintes exceções. Os árbitros tidos como não neutros podem, em relação à parte que designou, estar predisposto mas em todos os demais aspectos estão obrigados a agir de boa-fé e com a mais absoluta integridade moral e de justiça. Sendo assim, temos então que todas as disposições do Cânone Iº relativas a relações e interesses não se aplicam a árbitros não-neutros (COOLEY e LUBERT, op.cit., p. 84).

#### **4.2. IIº CÂNONE – Neutralidade, Revelação de Prevenção ou de Conflitos de Interesses.**

O Cânone IIº dispõe sobre as probabilidades de interesses pessoais do árbitro em relação as partes que compõem o litígio em disputa, ou seja, verificar-se-á, por exemplo, a existência de algum grau de parentesco suscetível de afetar a imparcialidade ou que possam criar a aparência de parcialidade ou prevenção.

A neutralidade do árbitro que atuará no processo deve ser algo incontestado, este deve esforçar-se o quanto máximo para que essa característica se preserve, sendo assim, deve numa situação possível informa-se de todos os interesses e relações pertinentes, e, ainda mais, os árbitros devem revelar: 1) qualquer interesse financeiro ou pessoal direto ou indireto no resultado da arbitragem; 2) possíveis relações financeiras, comerciais, profissionais, familiares ou sociais presentes ou pretéritas suscetíveis de afetar a neutralidade, ou melhor, sua imparcialidade, de forma que, poderia comprometer sua imparcialidade ou prevenção. Essas situações alcançam não somente os interessados que litigam no processo, mas também, relacionamento com os advogados das partes, ou qualquer pessoa que lhes tenha sido dito devam participar do processo como testemunhas. Sendo assim, deverá também estar atento quanto seus relacionamentos com familiares próximos ou distantes das partes envolvidas no processo. Destarte havendo uma “[...] questão quanto a se certos interesses ou relações de um árbitro devam ser revelados, o árbitro deve pender no sentido da revelação” (COOLEY e

LUBERT, 2001, p. 85). Com isso, temos então que, que o árbitro deverá pautar-se pelo extremo cuidado de revelar as partes qualquer dessas situações as quais constituem-se como obstáculo para sua atuação no processo. Trata-se de uma questão na qual o árbitro está obrigado a revelar para as partes situações que evidentemente comprometerá a integridade da justiça, ou seja, a ética do processo. Sendo assim, após configurada qualquer situação que possa macular o processo por conta de qualquer um desses óbices, ao árbitro será requisitado que se retire do processo. Se for solicitado a um árbitro que se retire do processo, e isso seja requerido por um número inferior a totalidade das partes, ele deverá retirar-se, salvo, ocorrer as seguintes questões: 1) a parte que requereu a retirada do árbitro, não cumpriu exatamente as determinações pretéritas pactuadas para determinação de contestação e árbitros; ou 2) o árbitro, após analisar minuciosamente o assunto, verificou que as razões levantadas são ilógicas não apresentam considerações substanciais e que portanto aquelas questões devem ser desclassificadas, de forma que, os árbitros poderão atuar nos litígios, e que as suspeições levantadas não passam de interesses que pretendem conturbar o bom andamento do processo, e que sua retirada causaria prejuízos a parte que não opinou por sua saída (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 85-86)

#### **4.2.1. Árbitros não Neutros**

Dadas às considerações levantadas em linhas supra, fala-se que os árbitros designados por partes devem revelar a todas as demais partes, e também aos árbitros, as situações que constituem-se como obstáculo para sua atuação no processo, de forma que, os interesses e relações que o Cânone II exige sejam revelados, sujeitos as seguintes exceções: 1) a revelação não necessita incluir informação tão pormenorizada relativa a quaisquer interesses ou relações quanto se espera de pessoas designadas como árbitros neutros; 2) árbitro que não se mostre neutro está obrigado a retirar-se se lhe for requisitado fazê-lo pela parte que não o designou (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 86).

#### **4.3. IIIº CÂNONE – Neutralidade, não haver comunicação impróprias com as partes**

Tem-se que, os árbitros ao comunicar-se com as partes deve em todo tempo evitar impropriedades ou aparência de impropriedade. Ao menos que esteja previamente já formulado no acordo prévio, fala-se que, os árbitros não devem discutir questões que estão

contrastadas no processo de forma particular com as partes do litígio, exceto nas circunstâncias seguintes: 1) um árbitro pode participar de decisões, não que o mesmo atue definitivamente, mas participará nos entrelamentos das conversas *ex parte* para auxiliar as partes na determinação do lugar e momento de mútua conveniência para as audiências ou para fazer outros arranjos para a condução dos procedimentos empregados no processo de arbitragem; 2) estando ausente umas das partes depois de ter sido devidamente já notificada, um árbitro poderá discutir o caso com qualquer parte que tenha estado presente; ou 3) numa ocasião em que todas as partes envolvidas no litígio consentem genericamente a possibilidade da participação do árbitro nas discussões *ex parte* certamente não haverá obstáculo quanto isso. Há que se verificar também que todas as vezes que um árbitro se comunicar via correio com uma das partes do processo deverá de igual forma enviar para todas as demais partes que integram o processo cópias da referida postagem. O contrário seguirá a mesma lógica, ou seja, numa ocasião em que o árbitro receba uma correspondência de uma das partes do litígio e as outras partes do processo não receberam do remetente cópias da referida postagem, deverá nessa circunstância, o árbitro, enviar para todas as demais partes cópias da correspondência (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 86-87).

#### **4.3.1. Árbitros não Neutros**

Via de regra, todos os árbitros deverão observar todas as obrigações previstas no Cânone III<sup>o</sup>, entretanto, quanto essa observação, reconhece-se algumas exceções, as quais são: 1) os árbitros poderão consultar-se com as partes que os tenham designados quando do momento da aceitabilidade de candidatos para escolha com os árbitros neutros; 2) desde que previamente esteja todos os demais árbitros e todas as demais partes que integram o processo cientes, poderá o árbitro comunicar-se com a parte que os tenha designado com relação a qualquer aspecto do processo; e 3) quando se comunicarem por escrito com a parte que os tenha designado, não se exige que envie cópias com o conteúdo da postagem as outras partes do processo nem aos outros árbitros do processo (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 86, 87).

#### **4.4. IV<sup>o</sup> CÂNONE – Neutralidade, Justiça e Diligência**

O processo de arbitragem deverá ser conduzido todos seus procedimentos decaídos pela justiça e pela mais apurada ética nas diligências. As partes devem ser tratadas eticamente, ou seja, a moral no processo de arbitragem deve estar estampada em todos os tramites e

diligências processuais, ambas as partes devem ser tratadas de igual forma, o processo deverá ser concluído dentro das circunstâncias previstas no acordo. Os árbitros devem, todavia, ser corteses, pacientes para com as partes envolvidas no litígio, também deverá ser para com os advogados e com as testemunhas, incentivando desse modo, todos agirem da mesma forma. Entre si, os árbitros devem dar-se uns aos outros a oportunidade plena de participar de todos os aspectos procedimentais que envolvem o processo. A menos que esteja previamente acordado entre as partes um modo diferente de atuação. “Os árbitros devem conceder a todas as partes o direito de aparecer com ou sem advogados e serem ouvidas após a devida notificação da hora e do lugar da audiência” (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 88, 89). Com intuito de elucidar melhor ainda alguns tramites da arbitragem, exporemos *in litteris* o quadro apresentado pelos doutrinadores (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 88):

- A parte que não comparece. Se uma parte não comparecer após receber a devida notificação, o árbitro pode dar continuidade à arbitragem quando autorizado a fazê-lo pelo acordo das partes, pelas regras acordadas ou pela lei. O árbitro, entretanto, deve dar continuidade aos procedimentos somente após receber garantia satisfatória de que a notificação da audiência foi feita à parte ausente.
- Informação insuficiente para decidir o caso. Quando um árbitro determinar que as partes apresentaram insuficientes para a decisão do caso, é apropriado que o árbitro faça perguntas, convoque testemunhas e solicite documentos ou outras provas.
- Sugerir a possibilidade de acerto. Não é impróprio que um árbitro sugira às partes que discutam a possibilidade de acordo para o caso. No entanto, o árbitro não deve pressionar qualquer parte no sentido de acordo e não deve estar presente às discussões entre as partes com vistas ao acordo nem delas participar por outros meios, a menos que isso lhe seja solicitado por todas as partes na arbitragem ou se tal árbitro for autorizado ou solicitado a fazê-lo por leis ou regras aplicáveis.

#### **4.4.1. Árbitros não Neutros.**

Fala-se que os árbitros não neutros, esses sendo designados pelas partes, devem, todavia, obedecer rigorosamente todas as obrigações previstas no Cânone IV para uma boa condução do processo que se mostre justo e sobre tudo com diligências éticas.

#### **4.5. Vº CÂNONE – Neutralidade, Tomadas de Decisões Justa, Independente e Discutida**

Todas as decisões formada por câmaras arbitrais devem, todavia, ser tomadas de maneira justa, independente e discutida. Os árbitros deverão decidir somente sobre as

matérias que foram enfrentadas no processo para sua determinação e deliberações, que seus atos devem se pautar pela ética, as decisões que versar sobre os assuntos devem se moldar a mais justa forma, que seus julgamentos sejam independentes, de forma que, não haja em momento algum controle externo que afetem diretamente suas decisões. Sendo assim, torna-se proibido ao árbitro delegar a outrem a função de decidir, “e se as partes concordarem quanto a um acerto e solicitarem que o árbitro consubstancie o acordo num laudo, não é exigido que o árbitro o faça, a menos que ele ou ela esteja satisfeito quanto a propriedade dos termos do acordo” (COOLEY e LUBERT, 2001, p.89). Vez que o árbitro concorde em unificar um acordo trazido à tona, ele deve declarar no laudo que este fora constituído por pleno consenso das partes.

#### **4.5.1. Árbitros não Neutros.**

Os árbitros designados por partes, em todos seus atos desenvolvidos no andamento do processo deverão observar todas as obrigações previstas no Cânone V, exceto que lhes é permitido estar predispostos a decidir em favor da parte que os tenha designado. (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 89).

#### **4.6. VIº CÂNONE – Neutralidade, Confiança e Confidencialidade**

A condição da fidelidade às relações de confiança e confidencialidade inerente a função de árbitro deverá sempre estar presente no uso desse instituto.

As partes quando consentem em utilizar da arbitragem ambas firmam com os árbitros uma relação de confiabilidade, de forma que, essa relação de confiança não pode em situação alguma ser interferida, por tanto, em momento algum poderá os árbitros se utilizarem de informação confidenciais do processo adquiridas no andamento do processo para se beneficiarem de algum modo particular, ou para favorecer alguma parte que integra os pólos do processo. Exigem-se dos árbitros que esses em todo momento mantenham sob suas confidências todos os assuntos ligados a uma decisão arbitral, exceto, existir nos autos um acordo estipulado pelas partes que determine seu contrário. Fala-se que, normalmente, é impróprio que um árbitro informe quem quer seja de uma decisão antes do momento em que a mesma seja comunicada a todas as partes.



É igualmente impróprio que um árbitro informe quem quer que seja com relação às deliberações de uma arbitragem ou que um árbitro preste assistência em procedimentos posteriores à arbitragem, exceto se exigido por lei. (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 90).

Ainda sim há que se falar que nem mesmo tratando de assunto que diz respeito a remuneração dos árbitros, esses, não devem tratar desse assunto com as partes litigantes do processo em particular, pois se assim o fizer, poderá caracterizar, de certa forma, tratar-se de uma coação psicológica, de forma que, a parte procurada pelo árbitro poderá se comportar de forma avessa como de costume. Os árbitros não poderão envolver-se em quaisquer comunicações referentes a pagamentos que possam criar uma aparência de impropriedade que de certa forma viciará o processo. A respeito da remuneração, as práticas preferíveis contemplam: 1) antes mesmo que efetive a designação do árbitro, há que se estabelecer previamente as bases de remuneração e disso informar todas as partes que integram o litígio por escrito; 2) tratando-se de uma empresa ou organização que esteja administrando a arbitragem, esta, deverá providenciar os meios de remuneração dos árbitros; 3) Num caso onde não haja uma empresa administrando a remuneração do árbitro, fala-se que qualquer discussões que tratem da remuneração dos árbitros deverá ser discutidas na presença de todos (COOLEY e LUBERT, op. cit., p. 90).

Os artigos 134 e 135 do CPC relacionam, ao longo dos seus incisos, os casos de impedimento e suspeição dos juízos togados, definindo cada uma das situações em que afastam do julgamento.

Como se verifica os árbitros são equiparados aos juízes togados e passam a ter as mesmas responsabilidades e deveres que aqueles. Ressalte-se que, tratando-se de procedimento arbitral, qualquer das causas relatadas nos dispositivos de lei processual poderá ser usada para requerer o afastamento do árbitro, sob pena da nulidade da decisão (BONILHA, 2006, p. 17).

#### **4.6.1. Árbitros não Neutros.**

As observações presentes no Cânone VI deverão todos os árbitros atenderem a essas disposições rigorosamente, exceto, os que não estiverem sujeitos às disposições ligadas ao estabelecimento do valor da remuneração dos árbitros (COOLEY e LUBERT, 2001, p. 90).

## CONCLUSÃO

Podemos perceber o quanto de melhorias e benefícios esses institutos trouxeram tanto para as partes litigantes como para a própria atividade judiciária no Brasil. Por conta da desgastante morosidade do judiciário brasileiro consagrou-se entre os técnicos do direito o jargão: mais vale um bom acordo do que uma longa demanda. Ora a morosidade do processo fora um dos grandes agentes que nos últimos tempos fez com que se instituísse em vários rincões do Brasil o uso desses institutos. Tem-se aconselhado, em algumas situações, que as partes, após várias orientações utilizarem a arbitragem ou a mediação tendo em vista a agilidade e a presteza da solução do litígio. Vejamos que o uso desses institutos ocasionou vários benefícios aos litigantes que sob orientações de seus pares reconheceram nessa via a melhor opção para solução de seus litígios, e sobre tudo, há que se falar também que em relação ao Estado o uso desses institutos trouxeram economias ao erário público, comumente em lides complexas o Estado tem que utilizar de vários mecanismos que demanda um considerável número de agentes para resolver, ou melhor, para apresentar soluções as grandes demandas com seus mais variados objetos e apresentar soluções.

Da análise dos principais precedentes jurisprudenciais ocorridos nesses últimos anos confeccionados a partir da Lei nº 9.307/96, percebe-se que o judiciário brasileiro tem feito sua parte em prol da consolidação da arbitragem, afastando o intervencionismo tão temidos por aqueles que apostam na presteza desse instituto, caracterizando-o como meio eficaz e alternativo de soluções de controvérsia.

Ressalvada a sua participação na instauração compulsória das arbitragem decorrentes de cláusula compromissória vazia e da apreciação de medidas urgentes antes da instauração do juízo arbitral, a justiça Estatal vem terminantemente se negando a interferir nos meandros do processo arbitral, deixando a faculdade das partes e do arbitro a resolução das questões litigiosas em seu todo.

Portanto há que se ter a convicção que nos próximos anos haja mudança no cenário jurisprudencial ora apresentado. Não será, portanto, por intervenção da jurisprudência que a arbitragem estará fadada ao insucesso.

## REFERÊNCIAS

BUITONI, Ademir. **A ilusão do normativismo e a mediação**. Revista do Advogado. São Paulo. Ano XXVI, nº. 87, setembro. 2006;

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Aspectos Processuais da nova lei de Arbitragem**. (Coord). Paulo B. Casella. A arbitragem. São Paulo, Atlas 1997;

COOLEY, John W, e LUBERT, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução: René Loncam. Brasília / São Paulo. UNB e, Imprensa Oficial do Estado. 2001;

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A arbitragem nos tribunais estatais: 10 anos de jurisprudência**. Revista do Advogado. São Paulo. Ano XXVI, nº. 87, setembro. 2006;

LESSA, Renato. **Judicialização da política. Cpfcultura**. Disponível em: <<http://www.cpfcultura.com.br/evento/tv-cultura/21-06-10/judicializacao-da-politica-renato-lessa-e-luiz-eduardo-soares>>. Acesso em: 25 Julho 2010;

LOWENTHAL, Ana Maria Valiengo. **Exame da Expressão “A dignidade da pessoa Humana” Sob o ângulo de uma semiótica jurídica**. (Org), POZZOLI, Lafayette, e AURÉLIO, Carlos, M. S. Ensaio em homenagem a Franco Montoro – Humanismo e Política. São Paulo. Loyola, 2001;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª. Ed. São Paulo. Atlas, 2006;

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência**. Vol. 1. 3ª Ed. São Paulo. Cortez, 2001;

SAMTLEBEN, Jürgen. **Histórico da Arbitragem no Brasil** (Coord). Paulo B. Casella. A arbitragem. São Paulo, Atlas 1997;

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. Ed. 7ª.Vol.2. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

## APENDICE

### **ARBITRAGEM**

#### **Código de Ética**

Este Código de Ética se aplica à conduta de todos os árbitros.

#### **Nos termos aprovados pelo CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem**

##### **I - AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES**

O árbitro deve reconhecer que a arbitragem fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo centrar sua atuação nesta premissa.

##### **Notas Explicativas**

O princípio da autonomia da vontade é o principal sustentáculo do instituto da arbitragem. É consagrado desde a liberdade das partes em transacionar direitos patrimoniais disponíveis em um negócio, a livre escolha de optar pela arbitragem para solucionar suas controvérsias, com a inclusão da cláusula compromissória no contrato celebrado, passando pelo estabelecimento de regras quanto ao procedimento arbitral, até a fixação de prazo para prolatar a sentença arbitral.

Esse princípio, em nenhum momento, deverá ser relegado a segundo plano pelo árbitro no desempenho de suas funções, posto ser sua investidura delegada pelas partes e delimitada, por elas próprias, em aspectos relativos a seus interesses no âmbito da controvérsia.

##### **II - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS**

No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e confidencialidade, bem como exigir que esses princípios sejam rigidamente observados pelas partes e pelo CBMA, visando proporcionar uma decisão justa e eficaz da controvérsia.

##### **Nota Explicativa**

A investidura do árbitro é derivada da confiança a ele depositada pelas partes ou pelo CBMA, desde o início, com sua nomeação, durante todo o decorrer do procedimento, até seu final, com a elaboração da sentença. Essa confiança a ele delegada é imanente à decisão que será proferida, bem como à sua conduta quanto ao desenrolar de todo o procedimento arbitral, motivo pelo qual o árbitro deverá sempre ser imparcial, no sentido de evitar qualquer privilégio a uma das partes em detrimento da outra; independente, entendendo-se não estar

vinculado a qualquer das partes envolvidas na controvérsia; competente, no sentido de conhecer profundamente os parâmetros ditados pelas partes para elaboração de sua decisão; e diligente, pressupondo-se que não poupará esforços para proceder da melhor maneira possível quanto à investigação dos fatos relacionados à controvérsia.

### III - DO ÁRBITRO FRENTE A SUA NOMEAÇÃO

O árbitro aceitará o encargo se estiver convencido de que pode cumprir sua tarefa com competência, celeridade, imparcialidade e independência.

#### Notas Explicativas

O árbitro somente deverá aceitar sua nomeação quando possuir as qualificações necessárias e disponibilidade de tempo para satisfazer as expectativas razoáveis das partes;

O árbitro deverá revelar às partes, frente à sua nomeação, interesse ou relacionamento de qualquer natureza (negocial, profissional ou social) que possa ter ou que tenha tido com qualquer uma delas, e que possa afetar a sua imparcialidade e sua independência ou comprometer sua imagem decorrente daqueles fatores.

### IV - DO ÁRBITRO FRENTE À ACEITAÇÃO DO ENCARGO

Uma vez aceita a nomeação, o árbitro se obrigará com as partes, devendo atender aos termos convencionados por ocasião de sua investidura.

Não deve o árbitro renunciar, salvo excepcionalmente, por motivo grave que o impossibilite para o exercício da função.

#### Notas Explicativas

Uma vez que o árbitro aceitou o encargo, se subentende que ele já avaliou o fato de que é imparcial, e que poderá atuar com independência, com celeridade, e com competência.

Não é aconselhável a renúncia do árbitro, salvo em casos excepcionais. Sua nomeação e aceitação do cargo vincula-o ao processo até o fim. Sua renúncia, poderá acarretar a finalização desse procedimento, e o começo de um novo, face a designação de um novo árbitro.

### V - DO ÁRBITRO FRENTE ÀS PARTES

Deverá o árbitro frente às partes:

1 - Utilizar a prudência e a veracidade, se abstendo de promessas e garantias a respeito dos resultados.

2 - Evitar conduta ou aparência de conduta imprópria ou duvidosa.

3 - Ater-se ao comprometimento constante da convenção arbitral, bem como não possuir qualquer outro compromisso com a parte que o indicou.

4 - Revelar qualquer interesse ou relacionamento que provavelmente afete a independência ou que possa criar uma aparência de parcialidade ou tendência.

5 - Ser leal, bem como fiel ao relacionamento de confiança e confidencialidade inerentes ao seu ofício.

#### Notas Explicativas

O árbitro deverá atuar com suma prudência na sua relação com as partes. Seu relacionamento não deve gerar nenhum vestígio de dúvida quanto à sua imparcialidade e independência.

O árbitro é o juiz do procedimento arbitral, portanto, seu comportamento deverá ser necessariamente acorde com a posição que ele detém.

O fato de o árbitro ter sido nomeado por uma das partes, não significa que a ela esteja vinculado; ao contrário, deverá manter-se independente e imparcial frente a ambas.

Deverá manter comportamento probo e urbano para com as partes, dentro e fora do processo.

#### VI - DO ÁRBITRO FRENTE AOS DEMAIS ÁRBITROS

Deverá o árbitro, em relação aos demais árbitros:

- 1 - Obedecer aos princípios de cordialidade e solidariedade;
- 2 - Ser respeitoso nos atos e nas palavras;
- 3 - Evitar fazer referências de qualquer modo desabonadoras a arbitragens que saiba estar ou ter estado a cargo de outro árbitro;
- 4 - Preservar o processo e a pessoa dos árbitros, inclusive quando das eventuais substituições.

#### VII - DO ÁRBITRO FRENTE AO PROCESSO

O árbitro deverá:

- 1 - Manter a integridade do processo;
- 2 - Conduzir o procedimento com justiça e diligência;
- 3 - Decidir com imparcialidade, independência e de acordo com sua livre convicção;
- 4 - Guardar sigilo sobre os fatos e as circunstâncias que lhe forem expostas pelas partes antes, durante e depois de finalizado o procedimento arbitral;
- 5 - Comportar-se com zelo, empenhando-se para que as partes se sintam amparadas e tenham a expectativa de um regular desenvolvimento do processo arbitral;
- 6 - Zelar pela guarda dos documentos.

#### Notas Explicativas

Todos os deveres elencados neste item pressupõem uma conduta do árbitro de forma inatacável, no sentido de não ser objeto de qualquer crítica pelas partes ou por outras pessoas eventualmente interessadas na controvérsia. Daí ser imprescindível sua atribuição de manter a integridade do processo, conduzindo-o de forma esmerada, com extrema retidão em todas as suas ações e atitudes.

#### VIII- DO ÁRBITRO FRENTE AO CBMA

O árbitro deverá:

- 1 - Cooperar para a boa qualidade dos serviços prestados pelo CBMA;
- 2 - Manter os padrões de qualificação exigidos pelo CBMA;
- 3 - Acatar as normas institucionais e éticas da arbitragem;
- 4 - Submeter-se a este Código de Ética, comunicando ao CBMA qualquer violação à

suas normas.

## **MEDIAÇÃO**

### **Código de Ética**

Este Código de Ética se aplica à conduta de todos os mediadores.

### **Nos termos aprovados pelo CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem**

#### Introdução

A credibilidade da mediação no Brasil, como processo eficaz para solução de controvérsias, vincula-se diretamente ao respeito que os mediadores vierem a conquistar, por meio de um trabalho de alta qualidade técnica, embasado nos mais rígidos princípios éticos.

A mediação transcende à solução da controvérsia, dispendo-se a transformar um contexto adversarial em colaborativo. É um processo confidencial e voluntário, onde a responsabilidade das decisões cabe às partes envolvidas. Difere da negociação, da conciliação e da arbitragem, constituindo-se em uma alternativa ao litígio e também um meio para resolvê-lo.

O mediador é um terceiro imparcial que, por meio de uma série de procedimentos próprios, auxilia as partes a identificar os seus conflitos e interesses, e a construir, em conjunto, alternativas de solução, visando o consenso e a realização do acordo. O mediador deve proceder, no desempenho de suas funções, preservando os princípios éticos.

A prática da mediação requer conhecimento e treinamento específico de técnicas próprias, devendo o mediador qualificar-se e aperfeiçoar-se, melhorando continuamente suas

atitudes e suas habilidades profissionais. Deve preservar a ética e a credibilidade do instituto da mediação por meio de sua conduta.

Nas declarações públicas e atividades promocionais o mediador deve restringir-se a assuntos que esclareçam e informem o público por meio de mensagens de fácil entendimento.

Com frequência, os mediadores também têm obrigações frente a outros códigos éticos (de advogados, terapeutas, contadores, entre outros). Este Código adiciona critérios específicos a serem observados pelos profissionais no desempenho da Mediação.

### I. AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES

A mediação fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo o mediador centrar sua atuação nesta premissa.

#### Nota explicativa

O caráter voluntário do processo da mediação garante o poder das partes de administrá-lo, estabelecer diferentes procedimentos e a liberdade de tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo.

### II. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

O mediador pautará sua conduta nos seguintes princípios: Imparcialidade, Credibilidade, Competência, Confidencialidade e Diligência.

#### Notas Explicativas

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.

Credibilidade- O mediador deve construir e manter a credibilidade perante as partes, sendo independente, franco e coerente.

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.

Confidencialidade- os fatos, situações e propostas, ocorridos durante a mediação, são sigilosos e privilegiados. Aqueles que participarem do processo devem obrigatoriamente manter o sigilo sobre todo 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.

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



### III. DO MEDIADOR FRENTE À SUA NOMEAÇÃO

1. Aceitará o encargo somente se estiver imbuído do propósito de atuar de acordo com os Princípios Fundamentais estabelecidos e Normas Éticas, mantendo íntegro o processo de mediação.

2. Revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre sua continuidade.

3. Avaliará a aplicabilidade ou não de mediação ao caso.

4. Obrigar-se-á, aceita a nomeação, a seguir os termos convencionados.

### IV. DO MEDIADOR FRENTE ÀS PARTES

A escolha do mediador pressupõe relação de confiança personalíssima, somente transferível por motivo justo e com o consentimento expresso dos mediados, e para tanto deverá:

1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da mediação;

2. Esclarecer quanto aos honorários, custas e forma de pagamento.

3. Utilizar a prudência e a veracidade, abstendo-se de promessas e garantias a respeito dos resultados;

4. Dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra;

5. Esclarecer à parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte;

6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo assim equilíbrio de poder;

7. Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir;

8. Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo.

9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes.

10. Observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes, para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.

### 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.

#### VI. DO MEDIADOR FRENTE AO CBMA

O Mediador deverá:

1. Cooperar para a qualidade dos serviços prestados pelo CBMA;
2. Manter os padrões de qualificação, de formação, aprimoramento e especialização exigidos pelo CBMA;
3. Acatar as normas institucionais e éticas da profissão;
4. Submeter-se a este Código de Ética, comunicando qualquer violação às suas normas.