

PAPEL DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM NO AMBITO DO DANO MORAL E A LESÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Ângela Alves de Sousa*

Clayton Reis *

RESUMO

A mediação e arbitragem, são um dos vários métodos de resolução de conflitos que contribuem para a não judicialização de todo e qualquer conflito. A seleção começa e reflete a eficácia do próprio sistema de resolução de disputas. A Resolução 125 do Conselho Judicial Nacional deixa claro que os tribunais e juízes devem abordar os problemas como solucionadores de problemas e construtores da paz eficazes. A mediação e a arbitragem, assume a forma de um acordo tripartido. Ao restabelecer a comunicação, é em si uma solução consensual de benefício mútuo. A mediação e a arbitragem aplicam técnicas que visam a resolução de conflitos, tendo como objetivo principal, desenvolver a comunicação entre as partes e permitir uma troca e discussão positiva para chegar a um acordo. A capacidade das partes para superar a desconfiança e a hostilidade mútuas na resolução de litígios, e a sua disponibilidade para aceitar soluções que satisfaçam, pelo menos parcialmente, os seus interesses, são aspectos fundamentais de uma boa negociação em relação aos danos causados, seja ela na personalidade ou no dano moral. O objetivo central, é justificar a importância da arbitragem e da mediação a nível prático e jurídico e demonstrar que os conflitos de interesses podem e devem ser resolvidos por meios alternativos.

Palavras-chaves: Mediação; Arbitragem, Dano Moral e Dano a Personalidade; Aplicação.

ABSTRACT

* Ângela Alves de Sousa, mestre em Direito Empresarial pela Universidade UNICURIBA, doutoranda em Direito Empresarial na Universidade UNICURITIBA, E-mail: artigo.anga@gmail.com - <https://orcid.org/0000-0003-1405-0677>.

* Clayton Reis, Pós Doutor pela Universidade Central de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito Negocial pela UFPR. Especialista em Responsabilidade Civil pela UEM. Juiz de Direito em Segundo grau aposentado do TJPR. Professor Adjunto IV aposentado da UEM. Professor do PPGD do ANIMA UNICURITIBA. Professor Adjunto da UEM. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Autor de vários livros sobre Danos Morais e Direitos da Personalidade. Parecerista e advogado em Curitiba no escritório reisealberge.com.br.

Mediation and arbitration are one of several conflict resolution methods that contribute to the non-judicialization of any and all conflicts. Selection begins with and reflects the effectiveness of the dispute resolution system itself. National Judicial Council Resolution 125 makes clear that courts and judges must approach problems as effective problem solvers and peacebuilders. Mediation and arbitration take the form of a tripartite agreement. By reestablishing communication, it is in itself a consensual solution of mutual benefit. Mediation and arbitration apply techniques that aim to resolve conflicts, with the main objective of developing communication between the parties and allowing a positive exchange and discussion to reach an agreement. The ability of the parties to overcome mutual distrust and hostility in resolving disputes, and their willingness to accept solutions that satisfy, at least partially, their interests, are fundamental aspects of good negotiation in relation to the damage caused, be it personality or moral damage. The central objective is to justify the importance of arbitration and mediation at a practical and legal level and to demonstrate that conflicts of interest can and should be resolved by alternative means.

Keywords: Mediation, Arbitration, Moral Damage and Personality Damage, Application.

1 INTRODUÇÃO

O principal mecanismo processual para a resolução de litígios é a jurisdição. No entanto, este não é o único mecanismo para a resolução de conflitos, existem também aquilo que é comumente referido como “métodos alternativos de resolução de conflitos”. Isso inclui arbitragem, negociação, mediação e conciliação, sendo a arbitragem e a mediação, o assunto deste artigo. É verdade que hoje o termo “alternativo” está sendo substituído pela palavra “apropriado, adequado ou amigável” e, de acordo com as regulamentações legais, numa sociedade que alcançou o desenvolvimento desejado, o judiciário deveria ser a última alternativa para solução de questões. Mas não é o que vemos atualmente.

A Resolução 125² do Conselho Judicial Nacional deixa claro que os tribunais e juízes devem abordar os problemas como solucionadores de problemas e construtores da paz eficazes.

1. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Publicado em 29.11. 2010.

Assim, do ponto de vista metodológico da administração judicial, processos de composição mesmo heterogêneos podem motivar os intervenientes jurídicos, uma vez que o que está em causa é a forma mais eficiente de resolver um determinado litígio, o que reflete uma tendência crescente em utilizar os métodos alternativos. A seleção começa e reflete a eficácia do próprio sistema de resolução de disputas.

A mediação é um dos diversos métodos de resolução de controvérsias que contribuem para a não judicialização de toda e qualquer disputa. Observamos que a arbitragem é de natureza semelhante à jurisdição. A mediação assume o caráter de um acordo tripartido. De acordo com o artigo 165 do novo Código de Processo Civil Brasileiro, e conforme §3º do Art. para ajudar a se identificar. Temos na mediação o foco de restauração da comunicação, em si uma solução consensual de benefício mútuo.

A Arbitragem não é algo novo no Brasil, a lei 9.307/96² reconheceu a constitucionalidade da mencionada lei em 2001 pelo STF. A partir desse fato, a arbitragem vem adquirindo cada vez mais espaço, e isso decorre por suas conhecidas vantagens de especialidade, tecnicidade, celeridade, confidencialidade e economia. E à medida que cada vez mais esses métodos são utilizados para resolução de conflitos, mais célere passa ser a jurisdição estatal.

A mediação e a arbitragem aplicam técnicas que visam a resolução de litígios, corrigindo percepções unilaterais e desequilibradas das partes. O principal objetivo é desenvolver a comunicação entre as partes e permitir uma troca e discussão positivas para chegar a um acordo. Contudo, a capacidade das partes envolvidas no processo de negociação para desenvolverem métodos cooperativos e eficazes de resolução de litígios, é extremamente importante para que as negociações sejam produtivas e atingir assim mais eficazmente o objetivo de resolução de litígios entre as partes. Além disso, a capacidade das partes para superar a desconfiança e a hostilidade mútuas na resolução de litígios, e a sua disponibilidade para aceitar soluções que satisfaçam, pelo menos parcialmente, os seus interesses, são aspectos fundamentais de uma boa negociação.

Tendo em vista a contribuição que a arbitragem e mediação deu e continuará a dar para a realização da finalidade social do direito, que é a paz social e a harmonia entre os povos, gostaríamos de discutir a introdução da arbitragem e o seu impacto direto no sistema judicial moderno, na possibilidade de lides que envolvem o dano moral em relação a direitos de personalidade e sua possibilidade de ser aplicado esses métodos como veremos isso na pesquisa atual.

2 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 28.08.2023

Para a elaboração deste artigo foram introduzidos os eixos teóricos apresentados pelos estudiosos como, Humberto Dalla, José Eduardo Carreira Alvim, Trícia Navarro Xavier Cabral, dentre outros, no âmbito de uma revisão de literatura que analisa o impacto social da arbitragem e da mediação dentro dos conflitos dos direitos da personalidade e a aplicação do dano moral.

Pretende-se desta forma justificar a importância da arbitragem e da mediação a nível prático e jurídico e demonstrar que os conflitos de interesses podem e devem ser resolvidos por meios alternativos. Porque foram estes mecanismos que tornaram possível a arbitragem e a mediação ter continuidade para solucionar conflitos de outras formas que atenda a necessidade da sociedade atual, e isso é possível hoje com o desenvolvimento de institutos processuais.

2 MÉTODO

Este estudo adotará uma abordagem qualitativa, dada a sua adequação para explorar complexas da aplicação dos métodos alternativos para resolução de conflitos. As estratégias específicas de pesquisa incluirão revisão das literaturas, uma revisão abrangente e sistemática da literatura existente será realizada, para entender as mudanças legislativas das resoluções alternativas de conflito. Serão analisados textos, documentos e outras formas de mídia para examinar como podemos aplicar os métodos de mediação e arbitragem no Brasil atualmente e o quais vantagens e desvantagens esse método trás para as partes que se envolveram no litígio.

3 REFERENCIAL TEÓRICO

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITUAÇÃO DO DANO MORAL E LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

As primeiras referências do dano moral, são datados dos Código de Ur-Mammu, no Código de Hamurabi, a Lei das XII Tábuas e no Código de Manu. A época aqueles que viviam sob a proteção destas normas sofreram com as consequências pelo seu comportamento desrespeitoso, e os que cometiam os atos, não eram obrigados a compensar financeiramente a parte lesada.

A indenização por danos psicológicos causados existe há muito tempo no Brasil, mesmo antes da independência. Em 1830, o código penal³ continha referências à indenização, e os procedimentos cíveis estavam sujeitos ao Regulamento Filipino (uma série de leis em vigor no Brasil até 1916, regulamentando aspectos do direito civil, criminal e comercial e prescrevendo penalidades). Em 1912, foi aprovada uma lei que regulamenta a responsabilidade civil no transporte ferroviário⁴. O Artigo 21 estabelecia que “se ocorrer lesão ou deformidade no corpo”, o juiz deveria conceder “indenização adequada” à vítima, além de perdas e danos e despesas médicas.

No entanto, esta lei em relação a sociedade teve uma atuação negativa pois somente permitiu a reparação de danos morais apenas em acidentes ferroviários. Ao longo do tempo, as novas condições nas relações sociais levaram a uma compreensão cada vez mais mutável dos tribunais, com o objetivo de fazer justiça aos desejos da população. Portanto, o reconhecimento de danos morais indenizáveis foi gradativamente ampliado em diversos diplomas legislativos distintos, até chegarmos às reparações que vemos hoje. Hoje os direitos decorrentes a danos morais são protegidos pela Constituição Federal⁵. O artigo 5º dispõe nos incisos V e X que as garantias pessoais incluem a reparação de danos psicológicos. Em 1988, dia da promulgação da Constituição, o Congresso procurou proteger o seu patrimônio, a sua moral e a sua imagem sem considerar o efeito cumulativo destes três pontos.

A legislação brasileira mudou ao longo do tempo no que tange ao dano moral e sua aplicabilidade em relação ao dano a personalidade. Promulgado em 1916 e contendo o antigo Código Civil⁶ nos artigos 76 e 159, foi consolidado pela Constituição Federal de 1988 e atingiu o patamar atual por meio do Código Civil e da Lei de Defesa do Consumidor⁷ de 2002.

3 BRASIL. LEI DE 16 DE DEZEMBRO DE 1830. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em: 23.08.2023

4 BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm#:~:text=d2681%20de%201912&text=o%20presidente%20da%20rep%20c3%20bablica%20dos,mercadorias%20que%20receberem%20para%20transportar.. Acesso em: 23.08.2023

5 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28.08.2023

6 BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 23.08.2023

7 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm acesso em: 25.08.2023

O dano moral dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apesar de muitos juristas apresentarem conceitos variados, todos tem a concordância de que o dano lesiona a personalidade, ferindo o sentimento da vítima.

À luz da atual Constituição Federal ⁸, o dano moral nada mais é do que uma violação ao direito à dignidade. Assim, o dano moral hoje não se limita à dor, tristeza e sofrimento, mas se estende a todos os bens muito pessoais. Portanto, é mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial.

Os danos morais podem atingir o ofendido, direta ou indiretamente, segundo Nehemias Domingos de Melo ⁹ “dano moral é toda agressão injusta aqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária”. (MELO, 2004, p. 9) ⁹.

Danos morais imediatos ou diretos são a violação de interesses com a finalidade de cumprimento de bens extrapatrimoniais em direitos pessoais (vida, integridade física, liberdade, honra, intimidade, etc.), ou em direitos sociais. Os direitos de uma pessoa (vida, integridade física, liberdade, honra, intimidade, decência, reputação, etc.) são conectados com os atributos da pessoa (nome, habilidades, estado civil, etc.). Já o dano moral indireto consiste em prejudicar interesses destinados à satisfação de bens jurídicos, resultando na deterioração de bens extrapatrimoniais (por exemplo, perda de coisas de valor emocional).

Sabemos que o dano moral no campo jurídico reflete todo o sofrimento humano decorrente de violações de direitos não relacionados à propriedade, concebido como um complexo de valores econômicos e de relações jurídicas. Por exemplo, eles percebem o dano moral como sofrimento moral e dor física sem levar em conta os direitos políticos, os direitos inerentes à personalidade humana, as violações dos direitos familiares e os possíveis efeitos na esfera econômica.

O doutrinador Carlos Roberto Gonçalves ¹⁰ argumenta ao conceituar o dano moral:

8. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Publicado em 29.11. 2010.

9 MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Parte Geral. V. 1., 7. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2009.

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONCALVES, 2009, p. 359)¹⁰

Numa primeira análise, conforme relatamos inicialmente podemos supor que o dano moral está associado a dor, ao medo, ao sofrimento e ao luto. Mas neste momento não cabe mais nos limitarmos a estes fatores, pois o dano moral se estende a todos os bens altamente pessoais.

A Constituição de 1988 ¹¹ é um marco importante na visão do direito que personaliza a pessoa, incluindo um reconhecimento claro dos direitos morais e da proteção legal contra danos morais. Ambos os sistemas visam exclusivamente a proteção dos objetos pessoais sem os condicionar à expressão econômica.

A natureza não proprietária dos direitos morais e o fato de que os direitos morais são inerentes e essenciais à realização de um indivíduo são as características que tornam os direitos morais únicos: intransferíveis, inacessíveis, irrevogáveis, não expropriáveis. O novo Código Civil Brasileiro menciona a intransmissibilidade, a não renúncia e a impossibilidade de restrições voluntárias, mas isso pode ser entendido como indisponibilidade, uma vez que as restrições só são possíveis por disposição.

Este princípio se aplica quando a Constituição Federal de 1988 entrou em vigor. A indenização por danos puramente morais está prevista na lei no artigo 5º, V ¹¹, da seguinte forma: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e o inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

11 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28.08.2023

12 Art. 186: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

BRASIL. Código Civil Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28.08.2023

Dessa forma, a carta maior rompeu com o passado, eliminou resistências, aceitou integralmente a indenização por danos psicológicos e confirmou e protegeu a inviolabilidade dos bens essenciais da personalidade. O artigo 186 do Código Civil de 2002¹² garante expressamente a indenização por danos psicológicos.

Contudo, partes dessa doutrina confirmam que o Código Civil de 2002¹³ é anacrônico em relação à Constituição Federal¹⁴. Isso porque o Código Civil de 2002¹³ foi criado com base em uma minuta mais antiga e com algumas alterações. Embora esta lei tenha criado uma desarmonia entre as disposições do dano moral previstas no Código Civil e as disposições da Carta Maior, os aspectos existenciais da pessoa humana nela contidos são importantes para serem enfatizados nas normas constitucionais, e cabe aos legisladores ordinários tolerar dano moral. O dano regula as consequências da violação dos direitos individuais e da personalidade.

A titularidade dos direitos morais da personalidade, é única e exclusiva. Não podendo ser transferida a terceiros, herdeiros ou sucessores. Por não serem objetos externos ao indivíduo, não podem ser disponibilizados como parte do exercício, mesmo que cedido de boa fé. Os direitos pessoais não são propriedade pública ou propriedade coletiva, pelo que as autoridades públicas não podem retirar direitos morais. As reivindicações e exigências de obrigação de abster-se de agir ou de cumprir obrigações, tais como a hipótese de direito a reparação e indenização por danos emocionais, não são de forma alguma prescritivas. Os direitos pessoais desaparecem com a pessoa. Postumamente, em caso de violação da reputação do falecido os direitos podem ser cedidos aos familiares.

O Supremo Tribunal Federal, na publicação da sumula 491¹⁵, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já previa a indenização pela morte de filho menor que não exerça trabalho remunerado e, portanto, em tais situações reconheceu a existência de dano moral.

13 BRASIL. Código Civil Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28.08.2023

14 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28.08.2023.

15 SUMULA 491 - É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sumula 419. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500#:~:text=S%C3%9AMULA%20419,leis%20estaduais%20ou%20federais%20v%C3%A1lidas. Acesso em: 20.08.2023

O primeiro diploma que contém disposições legais sobre os direitos individuais/personalidade, foi a Lei Romena de 1895 ¹⁶. Mais tarde, outros códigos começaram a abordar a questão, incluindo o Código Alemão de 1900 ¹⁷, o Código Civil Suíço de 1907 ¹⁸ e o Código Italiano de 1942 ¹⁹. Esses códigos tratam desse assunto com mais detalhes.

O Brasil adotou o conceito de direitos da personalidade em relação à da dignidade humana como um direito constitucional fundamental, garantindo ao ser humano o privilégio de desenvolver sua personalidade em toda a sua extensão. E porque estarmos intimamente ligados aos humanos, são erga omnes - inalienáveis, indefinidos, irrevogáveis, vitalícios e contestáveis, e são, portanto, afirmados na art. 11 do Código Civil ²⁰.

Além disso, considerando o seu art. os artigos 11 ao 21 do Código Civil de 2002 ²⁰, que tratam dos direitos individuais são exemplares e não exaustivos, a nova lei mostrou contenção em tais assuntos relacionados, permitindo um desenvolvimento limitado e relutância em fazê-lo. A sua enumeração exaustiva constitui uma decisão de formulação de algumas normas estritas e claras visando o desenvolvimento natural da doutrina e da jurisprudência (GONÇALVES, 2011) ²¹.

Concluindo, pode-se dizer que para que esses direitos sejam efetivos, o direito civil por si só não proporciona a proteção necessária no sistema jurídico. O sistema jurídico deve seguir a Carta Magna, que fornece numerosos fundamentos constitucionais para proteger a dignidade humana. Proteger um ser humano. Isto reafirma a existência de direitos morais inatos ao ser humano, que devem ser protegidos pelo direito privado e público, e os Estados devem proteger este direito com as características específicas que ele implica.

16 BRASIL. Câmara Legislativa LEI Nº 314, DE 30 DE OUTUBRO DE 1895. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-314-30-outubro-1895-540752-publicacaooriginal-41651-pl.html>.

Acesso em: 28.08.2023

17 Código Civil Alemão – Tradução – Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5557398/mod_resource/content/0/Schl%C3%BCtter%2C%20C%C3%B3digo%20Civil%20Alem%C3%A3o%20-%20Direito_20170828021216.pdf

18 Código Civil Suíço - Tradução – Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1961;000011311>

19 Código Civil Italiano – Tradução – Disponível em <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1961;000011311>

20 BRASIL. Código Civil Lei Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28.08.2023

21 GONÇALVES, Carlos Roberto Direito Civil Brasileiro - Parte Geral. V. 1., 19. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.

Na prática, os casos vistos na lei, estudados pela doutrina ou analisados pela jurisprudência são resolvidos no âmbito da chamada proteção dos direitos individuais. Porque sua violação acarretaria danos morais reparáveis.

A vinculação da indenização por danos morais e danos imateriais às normas aplicáveis relativas aos efeitos dos danos patrimoniais decorrentes de atos ilícitos sempre enfrentou forte resistência por parte dessa doutrina.

Ao avaliar os danos morais, os juízes levam em consideração fatores como, entre outros, a culpa do agente, a extensão do dano causado e a capacidade financeira do responsável, a fim de obter a indenização adequada.

Nesse sentido, a indenização por danos morais cumpre duas funções: 1) A função de reparação contra quem causou o dano. Dá à compensação o caráter de punição e leva à perda de patrimônio ao que causou o dano. 2) A função de gratificação em relação à vítima ou lesionado, que recebe um pagamento em dinheiro como forma de gratificação, distribui-o da forma que melhor lhe convém e compensa-o pela perda ou dano que desta forma sofreu.

Levando em consideração tanto a Lei 13.105/2015²², que introduziu o CPC, quanto a Lei de Conciliação, que dispõe sobre a utilização de procedimentos de arbitragem e mediação extrajudiciais, a afirmação acima torna-se ainda mais importante a partir de uma normativa atual. A Lei de Arbitragem, após alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015²³, passou a reconhecer a utilização da arbitragem com a participação do poder público (artigo 1º da Lei 9.607/93²⁴, parágrafo único), podendo assim ser utilizada para os conflitos relacionados a danos no âmbito de lesão aos direitos de personalidade.

22 BRASIL. Código De Processo Civil LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 29.08.2023

23 BRASIL. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm Acesso em: 29.08.2023

24 BRASIL. Decreto Nº 9.607, 12 De Dezembro De 2018 Institui a Política Nacional de Exportação e Importação de Produtos de Defesa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9607.htm Acesso em: 29.08.2023

Os conflitos sempre existiram na história das civilizações e são parte integrante da vida social, e no enfrentamento dos conflitos é importante aceitar as diferenças, aceitar posições diferentes e manter sempre o diálogo. “Em geral, só tomamos consciência dos conflitos quando a violência ocorre em nossas escolas ou em nossas vidas. [...] “E neste caso, esquecemos que os problemas não resolvidos se repetem.” (CHRISPINO; CHRISPINO, 2002, p. 18)²⁵.

É muito difícil falar sobre conflitos. O termo costuma ser associado a conceitos negativos, pois regras de convivência em sociedade foram criadas com o objetivo de acabar com a violência que surge dos conflitos. A vida humana está repleta de conflitos porque as pessoas são diferentes, oferecem relatos pessoais e específicos da sua realidade e, como resultado, apresentam perspectivas diferentes e muitas vezes contraditórias.

Maria Helena Diniz (2008)²⁶ entende contrato como um acordo entre duas ou mais vontades (relação complexa) de acordo com o ordenamento jurídico (legalidade e legitimidade), e a regulação de interesses entre as partes (relação autônoma). No âmbito do estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas de natureza patrimonial (objeto do contrato). Regra geral, não há contrato sem vontade de contratar. Neste sentido, não há razão para negar a continuidade da validade desta autonomia da vontade, desde que aponte para a sociedade os limites da função social do contrato. Semelhante aos artigos 421 e 422 do Código Civil de 2002²⁷, dispõe sobre a liberdade contratual e suas limitações. Em relação aos contratos gerais, a lei em vigor no Brasil prevê que: por arbitragem, conforme previsto nos artigos 1º e 2º da Lei 13.140/2015²⁸, ou por arbitragem nos termos do artigo 1º da Lei 9.307/1996²⁹; os contratantes poderão resolver disputas relacionadas a direitos de propriedade disponíveis através da arbitragem.

25 CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel. Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar. São Paulo: Editora Biruta, 2002

26 Diniz, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva, 2008

27 BRASIL. CODIGO CIVIL LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28.08.2023

28 BRASIL. LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 28.08.2023

29 BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 30.08.2023

Segundo Pinho e Mazzola (2021)³⁰, vários fatores políticos e sociais tiveram um grande impacto neste ramo da mediação e arbitragem baseada na lei, fazendo-o sofrer diversas alterações. Verificou-se que os mecanismos adequados de resolução de litígios e o seu rápido crescimento nos últimos anos se devem à necessidade de responder da melhor forma possível às exigências de uma melhor aplicação dos direitos.

3.2.1 HISTÓRIA LEGISLATIVA E CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de disputas à jurisdição estadual. São caminhos diferentes, autônomos e independentes, mas em alguns casos estão interligados.

O ponto central da arbitragem é ignorar a burocracia excessiva dos processos tradicionais e buscar mecanismos de resolução de conflitos mais ágeis e adequados. Além disso, os árbitros, ao contrário dos juízes, são sempre especialistas na área do litígio suscitado.

Como ensina Alvim ³¹, a arbitragem nasceu no Brasil com a introdução da Constituição Federal em 1824 ³². O Artigo 160 estabelecia que “as partes poderão nomear um árbitro em casos civis e penalidades civis”, e a sentença será executória sem recurso se as mesmas partes concordarem.

Posteriormente, uma resolução de 26 de julho de 1831³³ autorizou a arbitragem na adjudicação de causas de seguros, e a Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837 ³⁴, autorizou a arbitragem na locação de serviços.

A Portaria 737 de 1850 ³⁵ foi uma medida disciplinar em processos comerciais. Isto distinguiu completamente entre arbitragem voluntária e exigida, limitando os poderes dos árbitros que deveriam decidir de acordo com padrões comerciais e cláusulas de compromisso. A Lei nº 1.350 de 1866, foi a primeira lei que previa a arbitragem.

30 PINHO, Humberto D.B.; Mazzola, Marcelo. Manual de mediação e arbitragem, 2ª edição, São Paulo Saraiva Jur; 2021

31 ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito arbitral. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

32 BRASIL CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL (DE 25 DE MARÇO DE 1824). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso 30.08.2023

33 BRASIL Câmara dos Deputados LEI DE 26 DE JULHO DE 1831. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37483-26-julho-1831-564274-publicacaooriginal-88275-pl.html. Acesso em: 30.08.2023

34 BRASIL Senado Federal. LEI N. 108 - DE 11 DE OUTUBRO DE 1837. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/541072/publicacao/15632760#:~:text=Os%20que%20alliciem%20para%20outrem,nem%20exceda%20a%20dous%20anos..> Acesso em: 30.08.2023

35 BRASIL Câmara dos Deputados Decreto nº 737, de 25 de Novembro de 1850. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html> . Acesso em: 30.08.2023

Em 1867 foi aprovada uma lei regulamentando os procedimentos de arbitragem. O Decreto 3.900³⁶ permitiu que os árbitros exercessem imparcialidade na declaração de obrigações. Os poderes dos árbitros foram alargados, mas a arbitragem obrigatória prevista no artigo 302.º do Código Comercial foi abolida. Com a criação da República, os estados membros do Brasil tiveram a oportunidade de compilar seus próprios regulamentos processuais. Contudo, surgiu uma grande insatisfação porque os estados que revisaram suas normas apenas criaram uma compilação das regras de Ribas, e apenas Minas Gerais, São Paulo e Bahia contribuíram significativamente para a nova tendência nas normas processuais. O Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, que entrou em vigor em 1930, tratou da arbitragem no artigo 17 e serviu de base para o Código de Processo Civil de 1939³⁷. Com o Código de Processo Civil de 1939, o Código Civil regulamentou essa questão e tratou da obrigação de arbitrar, retirando sua natureza contratual sem mencionar a cláusula compromissória. Isto provavelmente ocorre porque, do ponto de vista sistêmico, as cláusulas compromissórias não tinham valor jurídico antes da nova Lei de Arbitragem. De 1939 a 1973, existiu um Código Civil que rege as obrigações e um Código de Processo Civil que rege os procedimentos arbitrais. Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil, as disposições do Código Civil foram abolidas. Isto porque se tratava de uma lei posterior que regulava os factos abrangidos pela lei anterior.

A arbitragem pode ser definida como um procedimento muito privado, pois existem arbitragens internacionais públicas. Nesta arbitragem, as partes ou interessados buscam a assistência de um terceiro neutro na disputa ou de um grupo de pessoas que não têm interesse na disputa. Uma decisão/julgamento que visa encerrar uma disputa por meio do devido processo.

Devido às diferenças entre a arbitragem e outros métodos de resolução de litígios, existem diferentes escolas de pensamento sobre a natureza deste método, com alguns estudiosos considerando-o de natureza contratual. Morais³⁸ descreve ambas as posições, e aqueles que as veem como contratuais são essencialmente “baseiam-se na particularidade das partes e pressupõe que a competência inclui a dupla função de avaliação e execução (reconhecimento e execução) do ato” (2008)³⁸.

36 BRASIL DECRETO Nº 3.900, DE 26 DE JUNHO DE 1867. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim3900.htm .Acesso 30.08.2023

37 BRASIL DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm .Acesso 30.08.2023

38 MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A outra tendência defende procedimentos arbitrais de natureza judicial. Apesar da especificidade do tratado, como explica o mesmo autor: “Foi o próprio Estado que reconheceu a possibilidade do exercício de tais funções por particulares” e “os árbitros não são juízes porque foram eleitos pelas partes, mas essencialmente porque o Estado não consentiu em conferir-lhes esse caráter” (MORAIS, 2008, p. 133) ³⁹.

Assim, a arbitragem é uma resolução alternativa de litígio, em que a parte autorizada sempre seleciona, por meio de contrato, um árbitro ou árbitros (deve haver número ímpar) para resolver o litígio e emitir uma sentença, tendo o mesmo significado de uma decisão judicial.

3.2.2 HISTÓRIA LEGISLATIVA E CONCEITO DE MEDIAÇÃO

A mediação de conflitos sempre foi parte integrante das relações humanas e parece existir na história e na cultura das pessoas (SCHABBEL, 2002) ⁴⁰. A própria Bíblia, ao analisar as culturas judaica e cristã, por exemplo, dá a Cristo o “título” de mediador entre Deus e os povos, e disposições que incentivam a mediação de conflitos através da intervenção de membros seniores da comunidade e da religião ou de líder religioso.

O processo de mediação visa promover o diálogo entre as partes, ouvindo as perspectivas e razões da outra parte sob diferentes perspectivas, em um ambiente respeitoso, levando assim ao reconhecimento da realidade de suas demandas (VEZZULLA, 1998) ⁴¹. Este reconhecimento cria responsabilidade, torna os acordos vinculativos e permite que os envolvidos no conflito escapem ao ciclo vítima-réu. Portanto, pode-se dizer que a mediação é útil para a resolução de conflitos familiares, civis, comerciais, comunitários e escolares, e não estamos apenas a falar de um método de resolução de conflitos não-adversário, mas também de uma estratégia educativa bem-sucedida e de uma realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia. É um meio inegável de concretizar a autonomia do sujeito.

A mediação pode ser definida como negociações facilitadas ou facilitadas por terceiros. Alguns autores preferem uma definição mais ampla: a mediação é um processo auto-organizado no qual as partes em uma disputa procuram chegar a um consenso, auxiliadas por um terceiro neutro na disputa ou por um grupo de pessoas desinteressadas na questão.

³⁹ BRASIL DECRETO Nº 3.900, DE 26 DE JUNHO DE 1867. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim3900.htm .Acesso 30.08.2023

⁴⁰ SCHABBEL, Corinna. MEDIAÇÃO ESCOLAR DE PARES: semeando a paz entre os jovens. Willis Harman House, 2002.

⁴¹ Vezzulla, J. C. (1998). Teoria e prática da mediação. New Hampton Press

É um processo multiprocessual no qual um terceiro imparcial facilita as negociações entre as partes em disputa, permitindo-lhes compreender melhor as suas posições e encontrar soluções que atendam aos seus interesses e necessidades.

Um marco importante nos Estados Unidos foi a Conferência de Pound (1976). A conferência examinou o funcionamento do sistema de justiça norte-americano e apresentou alguns modelos práticos para a introdução da mediação como alternativa no campo processual.

Na América Latina, o movimento mais significativo ocorreu desde a década de 1990, com iniciativas na Colômbia e na Argentina, bem como a intervenção do Banco Mundial, incentivando os países latino-americanos a usarem a mediação e a justiça restaurativa. O principal objetivo desta recomendação era reduzir a carga sobre o poder judicial através da introdução de métodos mais rápidos. Assim nasceram os centros de mediação comunitária e acadêmica e alguma legislação previa a utilização obrigatória desta mediação antes da resolução dos litígios em tribunal, como é feito atualmente em muitos países.

No Brasil, o CNJ observa em seu Guia de Mediação e Conciliação que o primeiro movimento começou na década de 1970 com medidas para ampliar o acesso à justiça. Durante este período, sob a influência do Movimento Norte-Americano, a aplicação de serviços comunitários e de emprego foi tímida. A criação da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95) ⁴² na década de 1990 promoveu o reconhecimento da mediação como meio de resolução de conflitos menores, lançando as bases para a introdução legislativa da mediação há cerca de duas décadas.

De acordo com a Lei 13.140/2015 ⁴³, art. 1º, parágrafo único, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Segundo o jurista Humberto Dalla ⁴⁴, existem três elementos para que haja um processo de mediação, quais sejam: “a existência de sujeitos em conflito, uma clara contraposição de interesses e um terceiro neutro capacitado a facilitar a busca pelo acordo”.

42 BRASIL LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm .Acesso 31.08.2023.

43 BRASIL LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm . Acesso 31.08.2023.

44 PINHO, Humberto D.B.; Mazzola, Marcelo. Manual de mediação e arbitragem, 2ª edição, São Paulo Saraiva Jur; 2021

As pessoas que compõe o conflito, podem ser físicas ou jurídica e também podem ser entes despersonalizados, (desde que haja representação). A mediação se delimita a amplitude da atividade que o mediador exerce. Não podendo extrapolar sua função. Por isso o mediador precisa ser sempre uma pessoa imparcial a lide, que tenha credibilidade e esteja apto a agir com as partes.

Temos que a mediação é um meio útil para a busca de soluções, ainda que haja uma dificuldade de construção do uso deste mecanismo, o panorama quanto aos resultados para a sociedade e o judiciário brasileiro, ainda está em constante crescimento.

Na mediação, temos que quanto à imparcialidade e falta de autoridade de decisão, é uma referência aos princípios de imparcialidade e autonomia da vontade das partes. Portanto, a premissa deste instituto é que um terceiro atue como mediador para que as partes possam dialogar e tomar a melhor decisão sobre as questões apresentadas. Portanto, o mediador não pode influenciar a escolha através de sugestões, opiniões, análise de provas, etc., mas tem a obrigação de ajudar as partes a decidirem sobre os pedidos feitos através do diálogo.

As estruturas sociais dão origem a processos de ocultação e exclusão, especialmente de indivíduos considerados fora da norma. A mediação ajuda a formar uma personalidade moral, um cidadão autônomo, que tenta conscientemente resolver os problemas. Para a sociedade em geral, esta tecnologia é vista como tendo potencial para mudança.

3.2 BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EM CASOS DE DANO MORAL E DIREITO DE PERSONALIDADE

Numa sociedade que são inerentemente orientadas para o mercado e dedicada ao espetáculo e à destruição emocional, o valor da vida e da emoção é completamente subestimado. O enfraquecimento, ou em alguns casos, a inexistência dos laços sociais, leva à “civilização” da barbárie institucionalizada e legitima-a através de processos autoconservadores (Warat 2004) ⁴⁶.

Portanto, como bem destacou Warat ⁴⁶, o maior problema está relacionado à sensibilidade, ou melhor, à impossibilidade de sentir afeto, ao fim do amor e à declaração da sociedade moderna da explosão triunfante da tecnologia orientada para o mercado. Em última análise, leva à destruição de laços emocionais e sociais, especialmente de laços familiares. Portanto, devido à complexidade das sociedades modernas, ao lidar com conflitos sociais, as organizações não governamentais são apropriadas para usar métodos contraditórios. O exercício dos direitos civis e, sobretudo, a paz social.

Em relação a arbitragem, uma convenção de arbitragem é um acordo no qual as partes concordam em submeter as disputas a um tribunal arbitral de acordo com a lei aplicável. Os acordos de arbitragem têm efeitos positivos e negativos. O ponto positivo é em relação a ser dirigido às próprias partes, obrigando-as a submeter os seus litígios à arbitragem, enquanto o efeito negativo é dirigido ao Estado, onde o Judiciário avalia o mérito dos litígios submetidos à arbitragem.

No caso dos litígios que envolve danos, as partes ao realizar o contrato, podem eleger um foro para resolução de determinada questão, incluindo no contrato cláusula de eleição de foro, para cumprimento de efetivas medidas e cumprimento de sentença arbitral. Mesmo que haja título executivo extrajudicial, é possível a aplicação de convenção arbitral para conciliação.

A teoria do conflito pressupõe que o conflito é geralmente visto como um fenômeno negativo porque o conflito e as emoções estão diretamente relacionados e afetam o domínio cognitivo de cada sujeito (AZEVEDO, 2009) ⁴⁷. Dessa forma, ao invés de enfrentar o problema e tentar resolvê-lo, a pessoa aprende como evitar o problema, reprimir o comportamento, julgar a outra pessoa e seu caráter ou culpar a outra pessoa envolvida (AZEVEDO, 2009) ⁴⁷. A mediação e a arbitragem apresentam propostas muito diferentes.

3.3 PROMOÇÃO DO DIÁLOGO

A mediação e a arbitragem têm como objetivo conseguir um acordo entre aqueles que estão em conflito, transformando as relações de poder adversárias que ocorrem quando se lida com conflitos em relações de poder cooperativas que são improváveis neste contexto. Para que as partes cheguem a um acordo, as qualificações profissionais do mediador são muito importantes para gerir adequadamente a sessão de mediação. As soluções vêm das pessoas envolvidas.

46 WARAT, Luis Alberto (Coord.), Ecología, psicoanálisis e mediação. Em nome do acordo. A mediação no Direito. Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.

47 AZEVEDO, André Gomma (org.). Manual de mediação judicial. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2009

48 AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. Revista CEJ, Brasília, DF, v. 8, Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej>

Ao facilitar o diálogo e acalmar a mente, o mediador ajuda a pessoa a desenvolver a capacidade de parar para ouvir, de se colocar no lugar da outra pessoa e de ouvir ativamente, sem julgamento ou compreensão. Outra versão do conflito é a compreensão de que o mundo é muito mais do que podemos perceber. Um comportamento aparentemente mundano às vezes pode provocar reações na outra pessoa que decorrem de algum tipo de experiência traumática do passado. Portanto, é difícil para o adversário lidar com isso. Porém, como a resolução de pequenos conflitos do cotidiano é muito natural para o ser humano, e muito necessário buscar mecanismos para desenvolver características básicas.

O reconhecimento empírico de que os instrumentos processuais destinados a lidar com processos repetitivos nos sistemas tradicionais de gestão de separação de poderes e de monopólio não são suficientes para garantir o acesso à justiça de forma satisfatória, o que levou as autoridades judiciais a procurarem novas perspectivas de atuação estratégica para resolver esse problema.

Essa iniciativa de promover o diálogo é potencializada com a Emenda Regimental STJ no 23/2016⁴⁹ e a Resolução STF no 697/2020⁵⁰, que visam instituir soluções consensuais, respectivamente, no STJ e no STF e servem de exemplo que vem de cima para os demais órgãos do Poder Judiciário.

A participação da sociedade nas mediações e câmaras de arbitragem, fortalece o carácter democrático da tomada de decisões políticas no sentido da resolução de litígios em matéria de segurança social, a fim de alargar o debate e alcançar o pluralismo. Além disso, aumenta a capacidade de resposta do sistema judicial e fortalece a própria democracia.

O procedimento mais adequado no âmbito de um sistema judicial multiportas é o contraditório, inicialmente pelas autoridades judiciais estaduais, a fim de discutir as diversas interpretações possíveis da nova lei e, após discussões maduras, encontrar uma solução. Através de precedentes decisivos, torna-se mais justo unificar as questões num quadro de conflito e justiça (AZEVEDO, 2004)⁵¹.

49 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Emenda Regimental n. 23 de 28 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/download/3117/4021>. Acesso em 05.09.2023

50 BRASIL Supremo Tribunal de Justiça. RESOLUÇÃO Nº 697, DE 6 DE AGOSTO DE 2020. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DJE198.pdf>. Acesso em 05.09.2023

51 AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. Revista CEJ, Brasília, DF, v. 8, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/592>.

Um dos aspectos mais importantes do movimento ADR - Alternative Dispute Resolution ou Resolução Alternativa de Conflitos, é o seu esforço para “desformalizar” o processo, o que envolve invadir o âmbito do direito processual civil com o objetivo de melhorar a eficiência dos mecanismos legais de tomada de decisão. Numa escala global, no entanto, muitos estudiosos do processo civil acreditam que os reformadores do movimento de soluções alternativas tendem a eliminar vários desenvolvimentos que o processo civil trouxe ao longo dos anos e pretendem "reinventar a roda" antes de responder à série. questões relacionadas, nomeadamente, com a assumida competência de um neutro (árbitro ou mediador) para a resolução alternativa de litígios, e ainda: como escolhê-lo ou destituí-lo; ele poderia delegar sua autoridade; como fazê-lo responder por sua deslealdade à lei; com a participação dos leigos, como orientar ou direcionar considerações e decisões para evitar ilegalidades. Outra preocupação importante são as limitações territoriais e as suas limitações relacionadas com diferentes poderes ou soberania e como a nova ordem pode ser protegida contra exigências impossíveis ou uma proteção lenta.

No contexto global, os litigantes civis temem que o processo civil se torne um mero processo de execução de sentenças e sentenças arbitrais. Portanto, percebem que alguns casos e algumas pessoas simplesmente não se prestam a processos de ADR, e os juízes devem lidar regularmente com eles, por exemplo, em situações direta ou indiretamente relacionadas com o interesse público. O princípio da privacidade que rege a resolução extrajudicial de litígios. No direito brasileiro, essas questões são adequadamente tratadas na Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23.9.1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129, de 26.05.2015) e na nova Lei de Processo Civil Lei. Nº 13.105, 16-3-2015).

3.4 LIMITAÇÃO DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

As resoluções obtidas por meio da mediação e da arbitragem são legalmente vinculadas e têm força de lei, mas é importante considerar que não são soluções universais para todas as situações. A eficácia destes mecanismos pode ser comprometida por uma série de fatores, incluindo a hesitação das partes em colaborar e comprometer-se com o processo. A disposição física e psicológica dos envolvidos é crucial; se qualquer uma das partes não estiver em condições de reflexão específica, o resultado pode ser menos do que ideal.

Para Adolfo Braga Neto (2017) ⁵², a mediação e a arbitragem não é uma panaceia para resolver todas as disputas. Embora os autores estejam legalmente vinculados aos direitos disponíveis, reconhecem algumas limitações na sua utilização, como a relutância de quem

coopera durante o processo, as condições físicas e psicológicas dos envolvidos que impedem a devida reflexão. Isto significa cooperar e assumir a responsabilidade pelo que foi discutido durante a mediação. Disse também que a mediação é uma forma moderna de transformar litígios e é uma lei, mas não uma lei. São ciências autônomas, com origens diversas, entrelaçadas, construídas e que contribuem permanentemente para a comunicação.

Dado que a mediação e a arbitragem, é um procedimento voluntário que depende da autonomia da vontade, as pessoas podem simplesmente não querer participar na mediação. Fernanda Tartuce (2016, p. 269)⁵³ defende que “a mediação no domínio das relações privadas caracteriza-se pela disponibilização dos direitos em causa e, salvo proibição expressa, pode facilitar decisões”.

Aguida Arruda Barbosa (2015, p. 121)⁵⁴ defende que quando se observam episódios de violência física ou abuso sexual que representam um perigo imediato para as famílias, isso “requer medidas drásticas de coação; A eficácia será prejudicada”, alertou. A autora defende que se a violência for controlada, a mediação entre essas pessoas pode exigir outras formas de assistência, como a psicoterapia, desde que sejam respeitados os limites entre mediador e mediado.

Apesar de ser um facilitador o método de resolução da demanda, a arbitragem e a mediação só têm efeito em relação as partes. A arbitragem é voluntaria e não pode ser impositiva. E em ambos os casos, as partes precisam estar dentro do processo de boa-fé, caso contrário, é melhor que a demanda seja encaminhada ao judiciário.

Segundo Maria Serpa (2018, p. 26)⁵⁵, “nenhuma área do conflito reflete melhor as vantagens e desvantagens da negociação de acordos”. A autora afirma em sua conclusão que esses efeitos extrapolam o âmbito dos procedimentos legais, sempre se frustrando com a demora e o agravamento dos conflitos entre as partes, e trazendo à tona questões internas que não conseguem resolver. Ele ressalta que nas demandas judiciais não há possibilidade de uma solução da qual não tiveram participação. Neste tipo de resolução de litígios observam-se frequentemente debates intermináveis e surgem novos litígios (SERPA, 2018, p. 22)⁵⁶.

52 BRAGA NETO, Adolfo. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017

53 TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

54 BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar interdisciplinar. São Paulo: Atlas, 2015.

55 SERPA, Maria Nazareth, Mediação de família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

56 _____, Mediação: uma solução judiciousa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

Em relação a mediação é um dos vários métodos de resolução de disputas para evitar que todas as disputas cheguem a um tribunal. Carlos Eduardo Vasconcelos (2017) ⁵⁷ diz: “Vemos que estes múltiplos métodos não só servem como forma de reduzir a sobrecarga do mecanismo de tomada de decisão, mas também contribuem para o empoderamento e satisfação dos vários protagonistas”. As formas alternativas atualmente conhecidas como formas adequadas de resolução de conflitos, entre as quais se destaca a mediação e a arbitragem, são utilizadas em diversas partes do mundo e sem dúvida ganham importância no Brasil, o que privilegia as disposições jurisdicionais.

Embora a mediação e a arbitragem seja uma metodologia de uma ferramenta hábil para resolver disputas no âmbito do dano moral em relação a lesão aos direitos da personalidade, de forma dialógica e colaborativa entre as partes, para os juristas é uma nova ferramenta que requer cuidado e atenção, não sendo uma solução para todos os tipos de conflito e não pode ser usada como uma solução mágica instantânea para todos os problemas apresentados. É necessária uma maior maturidade e aplicação no domínio da prática judicial e do acesso, com ênfase na consistência dos seus métodos e nas suas possíveis limitações práticas e, portanto, no exercício dos direitos civis.

Os direitos individuais constituem uma espécie de categoria especial de direitos, no sentido de que devido ao interesse público na sua proteção efetiva, os direitos individuais são inalienáveis, não podem ser transferidos ao titular e não são transferíveis. Há um entendimento geral de que, como nós visto acima, na verdade existem direitos individuais. Como destacou o professor FIUZA (2006) ⁵⁸, inicialmente eles deixam de existir, uma vez que são “abandonados” pelo detentor por um ato muito pessoal, seja por escrito ou não. Nesses casos de renunciar ao direito ou não do direito de personalidade, os meios de mediação e arbitragem podem ser utilizados como resolução da lide.

3.5 EXECUTIBILIDADE DAS DECISÕES DA MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM E ESPECIALIZAÇÃO DOS JULGADOS.

57 VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

58 FIUZA, César. Direito Civil: Curso Completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173.

De acordo com o ordenamento jurídico, os árbitros não têm competência para implementar as suas decisões, o que deve necessariamente ser feito através da execução da sentença submetida ao órgão judicial pelas partes afetadas (artigo 515.º VI, do CPC)⁵⁹.

No entanto, como mencionado acima, um negócio jurídico celebrado através de uma convenção de arbitragem e uma mediação, pode criar certas obrigações fluidas e executórias para as partes, na medida em que é um meio extrajudicial de execução (contencioso civil, artigo 784.º da Lei)⁶⁰, poderá ser objeto de execução coerciva no futuro (artigo 783.º do CPC)⁶¹. Dado que, tal como reconhecido pelo Supremo Tribunal, os árbitros e os mediadores, não têm competência para incentivar a execução de crédito previsto nos acordos extrajudiciais.

Assim como as sentenças proferidas no âmbito de uma estrutura judicial, as sentenças arbitrais podem ser de natureza declaratória, constitutiva ou dispositiva. Como se depreende de sua nomenclatura, os de caráter declarativo declaram os direitos reivindicados pelas partes, os de caráter constitutivo representam uma situação jurídica e os de caráter depreciativo declaram obrigações a uma das partes.

No procedimento arbitral, as partes receberão sentença nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)⁶², que tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial (artigo 18 e artigo 31). Contudo, a emissão de uma sentença arbitral, ou mesmo de uma mera decisão judicial, não garante por si só a concretização dos direitos nela reconhecidos.

Já mediação é uma metodologia própria e uma ferramenta hábil para a resolução de litígios através do diálogo e da cooperação entre as partes, mas para os estudiosos é uma nova ferramenta que requer atenção e cautela em vez de uma solução imediata e mágica. Para resolver as questões levantadas, depende da maturidade do campo de prática e da sua aplicação e abordagem judicial, enfatizando a consistência dos métodos e possíveis limitações práticas e o conseqüente uso dos direitos civis.

59 Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII - a sentença arbitral; Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

60 Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais; Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

61 Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. Brasil. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de Março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

62 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 28.08.2023

Neste sentido, as sentenças declaratórias e estatutárias simplesmente declaram direitos ou criam uma situação jurídica que proporciona os benefícios de vida desejados pela parte requerente, nomeadamente a certeza e uma nova posição jurídica, não conduzindo, portanto, à execução. Por outro lado, a condenação por si só não é suficiente. Isso ocorre porque impõe obrigações a uma das partes na disputa. O seu cumprimento depende da prática dos atos do condenado. Portanto, o cumprimento não voluntário das obrigações reconhecidas na condenação exige execução.

É claro que as sentenças arbitrais e de processos de mediação, possuem certas características, que exigem certos ajustes nos procedimentos de cumprimento das sentenças arbitrais previstos em lei. Portanto, a seguir descrevemos os procedimentos previstos no Código de Processo Civil para cumprimento de decisões judiciais, inclusive os procedimentos previstos para os casos envolvendo a Fazenda Nacional, e enfocamos os ajustes que deverão ser seguidos em decorrência disso. A promulgação será determinada através de procedimento arbitral.

3.6 APLICAÇÃO DAS DECISÕES EM COMPARAÇÃO AS DEMANDAS JURIDICAS E OS DESAFIOS.

A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas ⁶³ e o Comitê Brasileiro de Arbitragem realizou a pesquisa, que incidiu sobre as bases eletrônicas de jurisprudência dos Tribunais Estaduais (TJs), Federais (TRFs) e Superiores (STJ e STF) , e que teve como termo inicial a data em que começou a vigorar a Lei de Arbitragem (23.11.1996) e como termo final o mês de fevereiro de 2003 , foram tabulados 790 precedentes judiciais sobre o tema da arbitragem em todo o país , dos quais 43 são relacionados com o campo temático da execução e cumprimento da sentença arbitral, objeto deste relatório.

Dos processos analisados sua grande maioria dizia respeito à integridade do título de líder. Isto corresponde a mais de um terço das decisões relativas à execução de sentenças arbitrais. A maioria dessas decisões resulta de embargos de execução/contestação ou de exceções de pré-execução impostas à execução que é objeto de uma sentença arbitral.

63 A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem decidiram realizar uma pesquisa empírica para mapear as decisões judiciais sobre o tema da arbitragem desde que a lei entrou em vigor, em 1996. O primeiro relatório desse projeto de pesquisa, denominado “Arbitragem e Poder Judiciário”, foi publicado na Revista Brasileira de Arbitragem nº 19, IOB, p. 07-23. O segundo relatório foi publicado na Revista Brasileira de Arbitragem nº 22, IOB, p. 07-77.

O entendimento de Joel Dias Figueira Júnior (1999, p. 126)⁶⁴ a vantagem obtida com o instituto da arbitragem seria “alcançada com facilidade, segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia, os objetos perseguidos pelos contratantes que, no plano nacional ou internacional, fizeram a opção pela jurisdição privada, através de cláusulas expressa, para dirimirem os litígios decorrentes do mesmo contrato”.

No entanto, os prós e os contras e os desafios por si só não são suficientes para determinar se a sua utilização é apropriada. Cada conflito deve ser analisado, cada participante do processo tem sua individualidade, o que determina a possibilidade de utilização desta ferramenta. Estas ferramentas estão agora disponíveis para aqueles que desejam resolver conflitos de forma mais pacífica e célere do que através dos canais judiciais. Tudo depende, portanto, da natureza dos litígios que existem num caso particular e das opções que as partes tomam, voluntariamente ou por acordo mútuo, relativamente à concessão de proteção por um juiz ou árbitro estatal. Por outras palavras, é a escolha (apropriada ou inadequada) que determina o resultado mais ou menos favorável que resulta dessa escolha. Cada método de resolução de litígios, seja judicial (juízes estaduais) ou extrajudicial (árbitros e conciliadores), tem as suas vantagens e desvantagens, cabendo às partes escolher, de comum acordo, o método mais benéfico e adequado. Resultados satisfatórios.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluindo, a pesquisa realizada neste estudo mostra que embora o novo Código de Processo Civil tenha sido criado com o objetivo de permitir que os cidadãos resolvam conflitos por meio de soluções de sua escolha, baseadas no acesso à justiça, precisa recorrer ao judiciário, mas o problema da crise de danos a personalidade claramente pode ser resolvido nesta situação.

Para o desenvolvimento bem-sucedido da mediação e da arbitragem e a obtenção dos seus benefícios sociais, é essencial a existência de um quadro jurídico que a regule de forma completa e abrangente. O estabelecimento de parâmetros legais é essencial para a aplicação precisa e uniforme da mediação e da arbitragem no país, visa garantir que as instituições de mediação e as câmaras alcancem os resultados esperados e a necessária legitimidade jurídica, podendo assim resolver os conflitos de danos.

64 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente a arbitragem e a mediação, podem ser meios úteis e eficientes para alcançar a resolução de conflitos e a paz social num sistema multifacetado de acesso à justiça. Contudo, a mediação e a conciliação não podem ser entendidas como medidas estabelecidas pelo sistema jurídico com o único propósito de acelerar os julgamentos e reduzir a carga dos juízes. A redução do número de processos é apenas um objetivo secundário dos métodos alternativos de resolução de conflitos. O objetivo principal dos métodos alternativos de resolução de litígios é permitir que as jurisdições estabeleçam mecanismos para resolver eficazmente os litígios.

Muitas pessoas têm uma falsa impressão de alívio durante os primeiros anos de uso do Instituto, pois as audiências de arbitragem/conciliação esclarecem alguns processos e economizam muito tempo. Esse é o fim, mas em última análise não resolve o problema. Esta conclusão é que no Brasil ainda não há incentivo para a utilização de meios verdadeiramente adequados de resolução de conflitos, que na opinião do autor é extrajudicial, podendo também criar uma cultura de desjudicialização de conflitos em nossa sociedade. Disputas e diálogo para implementação da nova lei processual civil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Direito arbitral**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ANDRADE, Marcus Vinicius dos Santos. **Considerações sobre a arbitragem e o cumprimento da sentença arbitral**. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 15, 200

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD, 2009

AZEVEDO, André Gomma de. **Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos**. Revista CEJ, Brasília, DF, v. 8, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/592>.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação familiar interdisciplinar**. São Paulo: Atlas, 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação: uma experiência brasileira**. São Paulo: CLA Editora, 2017

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28.08.2023

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010**. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Publicado em 29.11. 2010.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei n. 517, de 2011. **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos**. Diário do Senado Federal, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101791>. Acesso 26 ago. 2023.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 28.08.2023

_____. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **A evolução da conciliação e da mediação no Brasil**. Revista FONAMEC Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 354.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº 9.307/96**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Cartilha de arbitragem: **A arbitragem ao alcance de todos** – OAB/RJ (link de acesso: https://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_arbitragem.pdf);

Cartilha: **O que é mediação?** – OAB/RJ (link de acesso: https://www.oabrj.org.br/arquivos/files/-Comissao/cartilha_mediacao.pdf);

Cartilha **Conciliação e mediação: perguntas e respostas** – CNJ (link de acesso: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1607514/cartilha-completa-rj-web.pdf>);

CHRISPINO, Álvaro e CHRISPINO, Raquel. **Políticas educacionais de redução da violência: mediação do conflito escolar**. São Paulo: Editora Biruta, 2002.

- Dalla, Humberto **Manual de mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- Diniz, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo. Saraiva, 2008
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, Jurisdição e Execução**. 2ª Edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999
- FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da, apud Américo Luís Martins da Silva, **Dano moral e sua reparação civil**, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 38.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. V. 1., 7. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2009.
- _____. **Direito Civil Brasileiro - Parte Geral**. V. 1., 19. ed. São Paulo/SP: Saraiva, 2011.
- Manual de mediação judicial – CNJ (link de acesso: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>).
- MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PINHO, Humberto D. B.; ALVES, Tatiana Machado, **Novos desafios da mediação judicial no Brasil**, 2015.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Org.). Teoria geral da mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro.** Revista Eletrônica de Direito Processual, jan. 2010. Disponível em: <https://revistas.faa.edu.br/FDV/article/download/331/253/505>. Acesso em: 19 ago. 2023.

PINHO, Humberto D.B.; Mazzola, Marcelo. **Manual de mediação e arbitragem**, 2ª edição, São Paulo Saraiva Jur; 2021

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SCHABBEL, Corinna. **MEDIAÇÃO ESCOLAR DE PARES: semeando a paz entre os jovens.** Willis Harman House, 2002.

SERPA, Maria Nazareth, **Mediação de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999

_____, **Mediação: uma solução judiciosa para conflitos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2018

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

Vezzulla, J. C. (1998). **Teoria e prática da mediação.** New Hampton Press

WARAT, Luis Alberto (Coord.), **Ecología, psicoanálisis e mediação. Em nome do acordo. A mediação no Direito.** Trad. J. Rodrigues. Buenos Aires: Almed, 1998.p.5-59.