

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO FORMA DE SOLUÇÃO AOS LITÍGIOS EXTRAJUDICIAIS

Rubia A. A. Cavalheiro¹

**Eixo temático: Meios alternativos de resolução dos conflitos:
Mediação, arbitragem e práticas restaurativas.**

**SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; HISTÓRICO, VANTAGENS E A EFICÁCIA
DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESSO A JUSTIÇA MEDIAÇÃO;
ARBITRAGEM; PRÁTICAS RESTAURATIVAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

RESUMO

Sabe-se que estes meios de soluções de conflitos são inovadores no ordenamento jurídico, tanto é que somente agora com a reforma do Código de Processo Civil foi introduzida ao sistema normativo. É notável nos questionarmos sobre sua eficácia, do tipo “será que vai dar certo?” parece uma atividade tão frágil e com falhas, oras colocar agressor e vítima frente a frente como ocorre na justiça restaurativa, ou mediar empregador e empregado sem pensarmos em processo, como justiça trabalhista ou criminal, difícil não é mesmo? Mas é possível, e é a partir deste trabalho que vamos entender que este método é completo, dinâmico e poder ser sim a melhor forma com base de apoio ao nosso sistema judiciário na resolução de conflitos e ao decorrer do trabalho vocês entenderam essa nova dimensão aos estudos jurídicos, e ao iniciarmos nossos estudos que tal entendermos mais sobre estes termos que são novidades para nosso ambiente jurídico. Desse modo a mediação resumidamente é o ato através do qual ocorre a interferência de um mediador para a busca de entendimento e composição entre partes em conflito, ou seja, quando se têm uma lide busca-se um terceiro imparcial para solucionar e neste caso deve-se ser o mediador para que assim possa olhar todos os lados desta situação conflituosa entre os litigantes. Em seguida tem-se a arbitragem desempenha papel importante na solução dos conflitos coletivos do trabalho, pois o direito trabalhista é um ramo especializado onde existe boa parte dos conflitos entre as partes, é difícil para um empregador e empregado chegar em um acordo, logo acabam buscando o poder judiciário e essa busca acarreta muita sobrecarga ao sistema judiciário, logo a arbitragem tem um efeito de desafogar os processos trabalhista, como uma forma mais plausível entre as partes, através de um terceiro imparcial o árbitro. Agora ao tratarmos das práticas restaurativas (chamada de justiça restaurativa), temos que ter um cuidado especial, pois a Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator estão frente a frente junto com outras pessoas afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções dos traumas e perdas causados pelo crime o que torna delicada demais esta situação tanto para vítima fragilizada, quanto ao agressor que através deste contato demonstra interesse em se redimir. E é com esta breve explicação que aprofundamos neste estudo sobre estas áreas que estão conquistando seu espaço pouco a pouco.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos; Modelos Alternativos; Resolução de conflitos; Reparação de danos morais e materiais; Satisfação.

¹ Acadêmica do curso de Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC.
rubiacavalheiro@hotmail.com

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

RESUMEN

Sabemos que estos medios de resolución de conflictos son innovadores en nuestro sistema legal, hasta el punto de que sólo ahora con la reforma del Código Civil se introdujo en el sistema regulador. Es notable que preguntarnos sobre su eficacia, al igual que “¿serás que va dar cierto?” Y es que parece una actividad tan frágil e ineficaz, oras poner agresor y la víctima frente a frente como en la justicia restaurativa, o mediar empleador y el empleado, ¿sin pensar en la justicia criminal y justicia del trabajo difícil no es así? Pero es posible, y el curso de los trabajos que han entendido esta nueva dimensión a los estudios legales, y cuando comenzamos nuestros estudios como la entendemos más acerca de estos términos que son nuevos en nuestro vocabulario jurídico. Bueno, vamos a empezar por la mediación. Práctica de la mediación y brevemente es el acto mediante el cual se produce la interferencia de un mediador en la búsqueda de la comprensión y la composición entre las partes en conflicto, o cuando tenemos un trato buscamos un tercero imparcial para resolver y en este caso debe ser el mediador para que pueda mirar a todos los lados de esta situación de conflicto entre los litigantes. Luego tenemos el arbitraje juega un papel importante en la solución de conflictos colectivos de trabajo, ya que el derecho del trabajo es un campo especializado donde hay mucho conflicto entre las partes, es difícil para un empleador y un empleado de llegar a un acuerdo, pronto acabará el poder judicial y esta búsqueda conduce a una gran sobrecarga al sistema judicial, por lo que el arbitraje tiene un efecto para aliviar el proceso de trabajo como una forma más plausible entre las partes, por un tercero imparcial el árbitro. Ahora para el tratamiento de las prácticas restaurativas (llamada justicia restaurativa), tenemos que tener especial cuidado porque la justicia restaurativa se basa en un procedimiento de consenso, en el que la víctima y el agresor son cara a cara con otras personas afectadas por la delincuencia, como sujetos centrales, participar colectivamente y activamente en la construcción de soluciones del crimen causó trauma y pérdida que hace que esta situación demasiado delicado para ambos víctima debilitada como el agresor que a través de este contacto muestra interés en la redención. Y es con esta breve explicación profundizamos este estudio de estas áreas que están conquistando su pequeño espacio un poco a poco.

PALABRA CLAVE: Acuerdos; Los modelos alternativos; La resolución de conflictos; La reparación de los daños morales y materiales; Satisfacción.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho é notável ressaltar que os meios de solução às lides estão ultrapassando as barreiras do judiciário com o velho instrumento da “petição inicial”, e hoje podemos abranger muito mais as várias formas de resolução de controvérsias, dentre as quais se figuram a mediação, a arbitragem e justiça restaurativa, que são métodos alternativos e práticos para solução de conflitos, permitindo o alcance da pacificação social com a mínima interferência do Estado.

Deixando claro que neste trabalho não se trata de afastar o dever do Estado-Juiz da pretensão jurisdicional, mas sim de pacificamente resolver as lides entre as pessoas de forma rápida, eficaz e satisfatória, já que os conflitos fazem parte do cotidiano da humanidade desde o início dos tempos como fenômeno sociológico, tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Estes sistemas de soluções de conflitos estão aparecendo timidamente em nosso ordenamento tanto é que esta conquistando seu espaço gradativamente, e neste novo projeto de Código Civil essas praticas de solução de conflitos estão estabelecidas com ênfase no mediador e no conciliador.

Mas este assunto nunca deixou de existir na base legal de nosso ordenamento jurídico, pois, veja bem, a utilização destes meios alternativos de solução de conflitos no Brasil encontra-se prevista no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45, de 2004), que determina que *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*.

Outra base legal de apoio que temos também é o CNJ que incentiva a política de mediação, arbitragem e justiça restaurativa no âmbito do Judiciário e por meio da Resolução CNJ nº. 125, de 29/11/10, que instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, vêm buscando concretizar o princípio constitucional do acesso à Justiça, segundo o qual *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, inciso XXXV da Constituição da República).

A partir desta expressiva conotação do seu espaço no judiciário, que tal adentrarmos um pouco no universo da arbitragem e mediação.

Assim sendo a arbitragem ocorre quando a fixação da solução de certo conflito entre as partes é entregue a um terceiro, denominado árbitro, em geral por elas escolhidas. Em se tratando de arbitragem obrigatória, essa livre escolha pode ser restringida pela lei reguladora do sistema, todavia não se trata da hipótese nacional. No direito brasileiro, a arbitragem só pode se dirigir a acertamento de direitos patrimoniais disponíveis e está prevista na Lei n. 9.307/96. O árbitro não pode ser o juiz, no exercício de sua função judicante sob pena de confundir-se com a jurisdição.

Em tese, fora da função judicante e desde que autorizado por norma jurídica, o juiz poderia exercer a função de simples árbitro. Contudo, esse não seria o mais adequado caminho de implementação do instituto. É que a arbitragem objetiva

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

cumprir o papel de efetivo concorrente jurisdicional, assim melhor seria sempre situar-se a escolha do árbitro fora dos quadros da magistratura. É de se ressaltar que a lei de arbitragem não prevê a hipótese de juiz de carreira atuando como árbitro (Lei n. 9.307/96). E a Lei n. 9.099/95, em seu art. 24, § 2º, prevê que os árbitros, nos Juizados Especiais, serão escolhidos entre os juízes leigos.

Já na Mediação temos que é a conduta pela qual um terceiro aproxima as partes conflituosas, auxiliando e, até mesmo, instigando sua composição, que há de ser decidida, porém, pelas próprias partes. Sobre o tema, a posição de Luís Alberto Warat citado por Marcelo Paes Menezes:

A mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação como uma forma ecológica de negociação ou acordo transformador das diferenças.

Alguns autores entendem que o juiz não poderá ser o mediador haja vista a sua formação dogmática. Afirmam que o juiz decide a partir de um sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, ou seja, assim entendemos que, não se acaba a sessão entre as partes com o terceiro sem uma solução que seja satisfatória para ambas as partes sem que precise entrar no judiciário com aquele processo lento e exaustivo para todos os envolvidos.

Assinala Weingärtner, no tocante a mediação, “[...] demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro com referência a inter-relação existente entre as partes.” (Weingärtner 2009, p. 12-15). A mediação não tem como objetivo primordial o acordo, e sim a satisfação dos interesses e dos valores e necessidades das pessoas envolvidas na controvérsia. Na mediação as pessoas passam, de forma emancipada e criativa, a resolver um conflito pelo diálogo cooperativo, na construção da solução como, por exemplo, a mediação na área de família.

Ao tratarmos sobre as praticas restaurativas temos que a Justiça Restaurativa se baseia num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Para Pedro Scuro Neto,

“Fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem a oportunidade de participar do processo restaurativo”.

Este autor quer nos dizer que não basta a punição penitenciária não considera os fatores emocionais e sociais, e que é fundamental, para as pessoas afetadas pelo crime, restaurar o trauma emocional os sentimentos e relacionamentos positivos, o que pode ser alcançado através da justiça restaurativa, que objetiva mais reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos do que diminuir a criminalidade.

1. HISTORICO, VANTAGENS E A EFICACIA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE ACESO A JUSTIÇA.

1.1 Mediação

Em uma sociedade marcada pelo individualismo nos tempos atuais a Mediação pode ser um dos meios mais eficazes de relacionar pessoas de forma democrática e civilizada assim, a mediação possibilita à pessoa humana a preservação e o respeito de sua dignidade, no sentido de proporcionar outra forma possível para a resolução de conflitos; alternativa esta que visa oportunizar uma

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

comunicação mútua, onde as partes envolvidas possam ser sujeitos desta relação, compartilhando dúvidas, anseios, sentimentos e problemas inerentes ao conflito, mas também possíveis soluções e mudanças de atitudes para a pacificação do mesmo.

É para formar este convívio social e humanitário entre as pessoas que desde a Antiguidade já se tinha conhecimento sobre a Mediação.

De acordo com Christopher Moore,

As culturas islâmicas também têm longa tradição de mediação. Em muitas sociedades pastoris tradicionais do Oriente Médio, os problemas eram frequentemente resolvidos através de uma reunião comunitária dos idosos, em que os participantes discutiam, debatiam, deliberavam e mediavam para resolver questões tribais ou intertribais críticas ou conflituosas. Nas áreas urbanas, o costume local ('urf) tornou-se codificado em uma lei sari'a, que era interpretada e aplicada por intermediários especializados, ou quadis. Estes oficiais exerciam não apenas funções judiciais, mas também de mediação. [...] O hinduísmo e o budismo, e as regiões que eles influenciaram, têm uma longa história de mediação. As aldeias hindus da Índia têm empregado tradicionalmente o sistema de justiça panchayat, em que um grupo de cinco membros tanto media quanto arbitra as disputas [...] (MOORE, 2006, p. 63)

Como nos tempos atuais a mediação tem o mesmo objetivo, se preocupa com a preservação dos vínculos existentes entre as partes envolvidas no conflito.

Assim o mediador é neutro e imparcial, não pode dar palpites ou sugestões. Sua função é levar às partes a se desarmarem das mágoas, provenientes do conflito, para poderem dialogar e chegarem a uma solução aceitável. O mediador, atua como facilitador do diálogo entre as partes envolvidas, conduzindo as mesmas à encontrarem, de maneira cooperativa, as soluções que melhor satisfaçam os seus interesses, preservando o relacionamento.

A função do mediador é conduzir o processo de mediação de maneira neutra e imparcial, estabelecendo o respeito entre as partes levando as mesmas a identificarem o conflito e os seus reais interesses, estimulando a busca de alternativas, contribuindo para a avaliação e escolha das melhores opções, e fazendo com que os mediados reflitam sobre o equilíbrio do acordo a ser firmado. A

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

grande vantagem da mediação é ser um processo que busca uma solução que contemple a vontade de ambas as partes, o que geralmente não ocorre uma vez invocado o meio judicial correspondente. Para que isso ocorra, o mediador trabalha a comunicação e inter-relação, o que leva os mediados a refletir sobre suas posições.

Com a mediação pode-se vislumbrar melhora na qualidade das relações humanas, tendo em vista que quando as soluções são encontradas pelas próprias partes envolvidas economiza-se tempo e desgaste emocional, sendo, portanto, mais eficaz e não havendo vencido nem vencedor, uma vez que a solução encontrada é a melhor para ambos.

1.1.1 A mediação quanto ao novo código de processo civil e resolução 125 do CNJ

Sabemos que nosso CPC foi reformado e este ano entrou em vigor, e o espaço da Mediação foi concretizado no art. 139, a nova Lei fez constar como incumbência do juiz *“V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”*. Ou seja, passam conciliadores e mediadores, a serem elementos para a tarefa de tratar o conflito de forma autocompositiva.

No artigo 3º §3º deixa claro que a proposta do novo CPC não é tornar obrigatória a mediação ou a conciliação, mas estimulá-la. E tal incentivo deve ser tarefa de todos os operadores do Direito, mesmo quando já ajuizada a ação, sendo assim o mediador atuará preferencialmente nos casos que houver vínculo anterior entre as partes e auxiliará os interessados a compreender as questões e interesses em conflito, de modo que eles possam pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Porem foi através de criação da resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

interesses resolvidos no seu âmbito seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada para que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação.

A criação da Resolução 125, de 29.11.2010 do CNJ (alterada pela Emenda n 1 de janeiro de 2013), que versou sobre a “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos”. Essa resolução foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, (mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima/ofensor), e também práticas autocompositivas inominadas como oficinas para dependentes químicos, grupos de apoio e oficinas para prevenção de violência doméstica, oficinas de habilidades emocionais para divorciandos, oficinas de prevenção de sobre endividamento, entre outras.

Nesse contexto de se estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas, Tarso Genro aduz:

“O acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos polos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados”.

Esse novo acesso à justiça é possível harmonizar o convívio social para que as pessoas busquem e encontram suas soluções.

1.1.2 Diferenças entre mediação e conciliação

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Primeiramente é preciso diferenciar autocomposição e heterocomposição que fazem parte do processo judiciário, e a mediação e conciliação andam juntas pois fazem parte do grupo da autocomposições, são meios extrajudiciais de resolução de conflitos que utilizam terceiros imparciais, na heterocomposição estão a arbitragem e a jurisdição onde há sempre vencedores e e vencidos ou seja o sistema ganha – perde.

Na mediação de conflitos, um terceiro, um mediador, atua como facilitador da resolução do problema, contribuindo para o restabelecimento ou manutenção da comunicação entre as partes para que se possam chegar à solução da controvérsia que gerou o conflito [...] “a mediação deve ser flexível, contemplando as necessidades e os tempos das partes para relacionar-se e poder chegar ou não a um acordo”. (VEZZULLA, 1998, p. 65)

Por sua vez, na conciliação existe um terceiro, conciliador, que conduz e orienta as partes na elaboração do acordo, opinando e propondo soluções. O defensor ainda aponta que na mediação o assistido conta com uma equipe de profissionais multidisciplinar para também ajudar na resolução do conflito relacional com a outra parte. “ O conciliador apazigua as questões sem se preocupar com a qualidade das questões, interfere se necessário nos conceitos e interpretações dos fatos com a utilização de aconselhamento legal ou de outras áreas”. (TAVARES, 2002 p. 43)

MEDIAÇÃO	CONCILIAÇÃO
Reestabelece a comunicação, perdida pelas partes em um acontecimento anterior, busca pacificação consenso.	Constrói-se um acordo; Busca diminuir as diferenças; Sessões curtas resolvem a situação;
O orientador não propõe, não orienta, somente escuta as partes, por este motivo precisa de sessões mais;	Busca satisfação das partes e não pode chegar a uma solução desfavorável;
Longas para que se reestabelece a pacificação social. O mediador é imparcial, porém o advogado das partes oferecem parâmetros legais.	O conciliador oferece proposta e orienta as partes e propõe que o caso se resolva no mesmo instante. O conciliador é imparcial e oferece parâmetros legais para que se resolva a lide.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

1.1.3 A mediação judicial e a mediação extrajudicial

Primeiramente consta observar que não se pode confundir a LEI 13.105 DE 2015 (NOVO CPC) e a LEI 13.140 de 2015 (LEI DE MEDIAÇÃO) sendo que nesta última esta o conceito e diferença de mediação judicial e extrajudicial.

A mediação judicial é aquela realizada no curso do processo dentro das dependências do fórum, como por exemplo no direito de família, em uma situação hipotética de separação dos pais, é indispensável uma sessão de mediação em face dos interesses dos filhos por ser um momento de difícil superação.

Já a mediação extrajudicial é voluntária, ou seja, as partes a procuram, e é realizada fora do processo e do ambiente do fórum, podendo, no entanto, versar igualmente sobre os casos de direito de família e sobre casos que já estejam sob a apreciação do judiciário.

Uma diferença básica verificada entre as duas foi quanto ao tempo de duração de cada sessão e, até mesmo, quanto ao número de seções que ambas possam ter. Embora não haja nenhuma restrição legal, no que tange ao número de sessões, na mediação judicial pode ocorrer a designação de outra seção, quando o mediador e as partes julgarem necessário, sendo que normalmente essa redesignação não passa de uma única vez, por causa da extensa pauta de audiências e da estrutura que o judiciário oferece, ainda precária para a realização da mediação.

Outro aspecto relevante é que, na mediação extrajudicial, o procedimento é voluntário e, ao contrario da mediação judicial, é realizada dentro de dependências particulares, sendo assim não há limitações de horário e de número de seções, ficando sempre a critério do mediador e dos mediados tais assertivas.

Quanto à duração, ou tempo das seções, na mediação judicial, normalmente, não deve ultrapassar cinquenta minutos, isto devido à quantidade de seções a serem realizadas no mesmo dia, enquanto que na extrajudicial, o tempo fica a cargo do mediador que pode se for o caso, extrapolar o que havia sido combinado, em benefício da mediação.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Por fim, vale lembrar a diferença quanto à voluntariedade do comparecimento das partes, pois enquanto que na judicial as partes são intimadas a participar da mediação, na extrajudicial, os mediados procuram voluntariamente a mediação como forma de solucionar a disputa.

1.2 Arbitragem

Quanto ao histórico da arbitragem temos que ela não é instituto novo no direito brasileiro. Desde a Constituição Imperial de 1824 até a atualidade sempre esteve presente no ordenamento jurídico, com a denominação de juízo arbitral ou compromisso porem era pouco utilizada devido ao fato de não oferecer garantia jurídica e ser muito burocratizada a forma de utilização. Basta lembrar que não outorgava obrigatoriedade de cumprimento à cláusula contratual que previa a arbitragem, bem como a decisão arbitral precisava ser homologada por um juiz. A arbitragem nos dias atuais esta estabelecida na lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 esta lei prevê que qualquer controvérsia, conflito ou desentendimento que diga respeito a direitos que as partes possam livremente dispor pode ser resolvida por arbitragem. Por exemplo, tudo que possa ser estabelecido em um contrato pode ser solucionado neste contrato, devem incluir uma cláusula contratual prevendo que os futuros litígios dele originados serão resolvidos por arbitragem. Pode estar disposta em um contrato, como referido, ou em qualquer documento à parte assinado pelas partes. O nome jurídico desta disposição é Cláusula Compromissória.

Arbitragem é o mecanismo pelo qual as partes escolhem um terceiro, denominado árbitro, sendo que esse terá autoridade para proferir decisão. Nas explicações de Câmara “Os titulares de interesse em conflito, por ato voluntário, nomeiam um (ou mais de um) terceiro, estranho ao litígio, conferindo-lhe poder para apresentar uma solução para aquela lide, solução esta que lhe será imposta coativamente”. (CÂMARA, 2005, p.10)

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Os métodos de solução de conflitos interindividuais e sociais estão classificados, basicamente, em três grupos: autotutela, autocomposição e heterocomposição.

Já sabemos que a mediação e a conciliação fazem parte do grupo da autocomposição e a arbitragem e jurisdição fazem parte da heterocomposição.

Mauricio Delgado conceitua heterocomposição da seguinte forma:

“A heterocomposição ocorre quando o conflito é solucionado através da intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. É que, ao invés de isoladamente ajustarem a solução de sua controvérsia, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, no caso da jurisdição) submetem a terceiro seu conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida”. (DELGADO, 2002, p.663)

Uma observação muito importante e delicada é que há autores que consideram a conciliação e a mediação como meios heterocompositivos, junto com a arbitragem e a jurisdição. Repita-se: mas prevalência da divisão de que a mediação e conciliação fazem parte da autocomposição, e a arbitragem e jurisdição fazem parte da heterocomposição pois funda-se no fato de a classificação levar em consideração os sujeitos envolvidos e na sistemática operacional do processo utilizado. Explicando: é que na autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto é que se relacionam na busca da extinção do conflito, conferindo origem a uma sistemática de análise e solução da controvérsia autogerida pelas próprias partes. Entretanto, na heterocomposição a intervenção é realizada por um agente exterior aos sujeitos originais na dinâmica de solução do conflito, transferindo em maior ou menor grau para esse agente exterior a direção dessa própria dinâmica.

Ao falarmos sobre jurisdição podemos dizer que é o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares, para Carlos Henrique Bezerra Leite,

“A jurisdição é poder, função e atividade. É “poder”, porque decorre da potestade do Estado exercida de forma definitiva em face das partes em conflito. É “função”, pois cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica em face de uma lide. E, é também “atividade”, já que consiste em uma série

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

de atos e manifestações externas e ordenadas que culminam com a declaração do direito e concretização do que foi consagrado no título. ” (LEITE, 2007, p.143)

O resultado da resolução do conflito pela via jurisdicional consuma-se através da sentença, que é o ato pelo qual o juiz decide a lide entre as partes processuais, através da aplicação do Direito ao caso concreto posto em exame.

No direito brasileiro, a arbitragem só pode se dirigir a acerto de direitos patrimonial disponível prevista na sua própria lei. O árbitro não pode ser o juiz, no exercício de sua função judicante sob pena de confundir-se com a jurisdição.

A arbitragem objetiva cumprir o papel de efetivo concorrente jurisdicional, assim melhor seria sempre situar-se a escolha do árbitro fora dos quadros da magistratura.

É de se ressaltar que a lei de arbitragem não prevê a hipótese de juiz de carreira atuando como árbitro (Lei n. 9.307/96). E a Lei n. 9.099/95, em seu art. 24, § 2º, prevê que os árbitros, nos Juizados Especiais, serão escolhidos entre os juízes leigos.

1.3 Práticas de justiça restaurativa

Justiça restaurativa é uma das formas de autocomposição, esta aliada a Conciliação e a Mediação colocando o agressor e a vítima frente a frente. Este meio de solução conflituosa também busca em forma de mecanismo alternativo extrajudicial enfrentar estes conflitos, que na maioria das vezes esbarram no próprio Judiciário.

Na década de 1990, emergiu a justiça restaurativa como movimento social de reforma da justiça criminal, implementada nos Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Austrália, Peru, Kuwait, Omán, Argentina, Chile, Colômbia, Brasil, África do Sul, entre outros países. Registra-se que, em 24 de julho de 2002, a Organização das Nações Unidas (ONU) expediu a Resolução 2002/12, do Conselho Econômico e Social, intitulando princípios básicos para a utilização de programas de justiça

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

restaurativa em matéria criminal, e propondo a implementação das práticas restaurativas por todos os Estados-membros.

Aqui no Brasil a Justiça Restaurativa também está elencada na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que institui a Política Pública nacional de tratamento adequado aos conflitos através da utilização de meios consensuais de tratamento de litígios, como a mediação e a conciliação e práticas restaurativas, “assegurando à sociedade o direito de resolver seus conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. É interessante como o tema é proposto pelo documento, mas algumas questões pontuais devem ser consideradas”. (NOGUEIRA, 2011, p.251)

A Justiça Restaurativa é um movimento mundial de ampliação de acesso à justiça criminal recriado nas décadas de 70 e 80 nos Estados Unidos e Europa. Este movimento inspirou-se em antigas tradições pautadas em “diálogos pacificadores e construtores de consenso oriundos de culturas africanas e das primeiras nações do Canadá e da Nova Zelândia”. (JACCOULD, 2005, p. 2)

O conceito e a filosofia de justiça restaurativa têm embasado programas sociais dedicados a cuidar das vítimas, dos ofensores e das comunidades que os abrigam, e têm orientado para a restauração de suas vidas e de sua interação social.

A Justiça Restaurativa é um modelo consensual de tentativa de reconstrução de uma relação que foi quebrada entre transgressor e ofendido, em consequência de um delito ou ato infracional, para curar os traumas e as feridas deixadas, envolvendo a família e a comunidade em um círculo de soluções. (PINTO, 2005, p. 20)

O objeto de trabalho da justiça restaurativa não é o delito, mas sim o conflito consequente ao delito. Esta é uma distinção fundamental. Os aportes da justiça restaurativa são complementares ao tratamento dado ao delito pelo Estado. A pena não dirime o conflito, objeto maior dos programas restaurativos.

A oportunidade de a vítima expor seus sentimentos e percepção relativos ao dano sofrido, de fazer perguntas que compulsoriamente invadem seu cotidiano e de

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

dizer do impacto que o trauma causou a si e /ou aos seus têm sido aspectos entendidos como relevantes para uma atitude reflexiva e reparadora do ofensor e para a restauração da vítima.

Howard Zehr esclarece que:

“a justiça restaurativa tem foco nos danos e consequentes necessidades (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); trata das obrigações resultantes desses danos (obrigações do ofensor, mas também da comunidade e da sociedade); utiliza processos inclusivos e cooperativos; envolve todos os que têm um interesse na situação (vítimas, ofensor, comunidade, a sociedade); busca corrigir os males. (ZEHR, 1990, p. 257)

1.3.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RETRIBUTIVA

Com base nas lições de e Guilherme de Souza Nucci, as características das duas formas de justiça são;

Assim, são elementos da Justiça Retributiva:

“**a**) o crime é ato contra a sociedade, representada pelo Estado; **b**) o interesse na punição é público; **c**) a responsabilidade do agente é individual; **d**) há o uso estritamente dogmático do Direito Penal; **e**) utiliza-se de procedimentos formais e rígidos; **f**) predomina a indisponibilidade da ação penal; **g**) a concentração do foco punitivo volta-se ao infrator; **h**) há o predomínio de penas privativas de liberdade; **i**) existem penas cruéis e humilhantes; **j**) consagra-se a pouca assistência à vítima; **l**) a comunicação do infrator é feita somente pelo advogado.”

Justiça Restaurativa:

“**a**) o crime é ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio infrator; **b**) o interesse de punir e reparar, é das pessoas envolvidas no caso; **c**) há responsabilidade social pelo ocorrido; **d**) predomina o uso alternativo e crítico do Direito Penal; **e**) existem procedimentos informais e flexíveis; **f**) predomina a disponibilidade da ação penal; **g**) há uma concentração de foco conciliador; **h**) existe o predomínio da reparação do dano causado ou da prestação de serviços comunitários; **i**) as penas são proporcionais e humanizadas; **j**) o foco de assistência é voltado à vítima; **l**) a comunicação do infrator pode ser feita diretamente ao Estado ou à vítima.”

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Assim podemos verificar que modelo de justiça criminal contém elementos dos dois sistemas teóricos apresentados pois precipuamente, a Constituição Federal, a Lei de Execução Penal, as Leis que criaram os juizados especiais estaduais e federais, e os tratados de direitos humanos, tratam da política pública das práticas restaurativas com uma solução nos crimes mais leves.

Segundo estudos dos juristas do Direito Penal e do Processo Penal, a melhor opção é mesmo a fusão dos dois sistemas, criando-se, assim, um novo, conforme a nova realidade.

Vale ressaltar que as duas formas de justiça aqui no Brasil não funcionariam sozinhas, em face de que nossas realidades são diferentes como, por exemplo, com a realidade dos EUA, por isso é preciso que andem juntas, código penal e o apoio da justiça restaurativa, seriam muito eficazes na resolução de conflitos.

Sabemos que a Justiça Restaurativa é uma política pública que dá apoio ao nosso sistema criminal, porém no Brasil é predominante a justiça retributiva pois culturalmente tem – se a ideia de que o brasileiro crê que quando aquele que cometeu um delito é preso, aí sim, está sendo feita a Justiça, sendo este um grande obstáculo para implantação da Justiça Restaurativa, pois a sede por justiça do brasileiro, ainda é ver o indivíduo "apodrecer" no cárcere, ser banido da sociedade.

Segundo o ilustre Howard Zehr:

“nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime.”

Desta forma a Justiça Retributiva passa ser aquela que considera o crime como uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. De modo que, a Justiça determinará a culpa e infligirá dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. (HOWARD ZEHR, 1990). Por isso as diferenças acima citadas são fundamentais.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Para que possamos concluir é preciso salientar o objetivo somado a eficácia da justiça restaurativa de forma que esse sistema só funcionará de verdade quando advogados e promotores mudarem suas posturas e passarem a ter em mente os impactos de seu trabalho na sociedade assim na opinião do professor norte-americano Howard Zehr.

Em palestra proferida Faculdade de Direito da USP, em São Paulo, Zehr disse que, num sistema ideal, “advogados se enxergariam como resolvedores ou curadores de conflitos, e não gladiadores”. Dessa forma, eles perceberiam que não têm responsabilidade apenas perante seus clientes, mas também com a outra parte e com toda a sociedade.

O Ministério Público também teria tal visão mais ampla, deixando de atuar como justiceiro e de se gabar pelas condenações que obtém no Judiciário, apontou o professor.

Segundo o especialista, infratores só percebem a gravidade de seus atos quando são confrontados com os efeitos deles. Como exemplo, ele citou um caso ocorrido nos EUA de um homem que tinha estuprado uma pré-adolescente. Tal sujeito passou por diversos tratamentos psicológicos e psiquiátricos, mas nenhum surtiu resultado. Até que um dia, anos depois, ele encontrou sua vítima, e ela lhe contou que a violência sexual roubara sua infância. Somente aí o condenado entendeu a dimensão de sua conduta, e nunca mais voltou a praticá-la.

Por causa de situações como essa, Zehr opinou que o modelo restaurativo atende melhor às necessidades que a Justiça deve suprir das vítimas do que o sistema tradicional. Algumas dessas carências são a de garantir a segurança da sociedade e diminuir a probabilidade que o crime volte a acontecer, a de fornecer respostas, o “por quê?” do delito, para que os ofendidos possam criar um significado para o ato, e a de resolver a situação, para que as pessoas tenham condições de reerguer sua autoestima e retomar as atividades cotidianas.

CONCLUSÃO

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

Objetivo geral deste trabalho foi demonstrar as formas de soluções de conflitos através de mediação, conciliação, arbitragem e práticas restaurativas, todas elencadas em nosso ordenamento jurídico e conquistando seus espaços na prática pouco a pouco. Para demonstrar a importância delas foi preciso um breve histórico junto com conceitos, alguns exemplos práticos, objetivo e a eficácia das formas de resolução das lides.

Neste trabalho também buscamos demonstrar de forma bem clara que as partes são o principal foco, pois é somente entre elas que recai a busca da pacificação social.

A conclusão final é a de que para a aplicação desses novos modelos de Justiça é preciso quebrar paradigmas e, além disso, difundir o tema através de fóruns, discutir o assunto, comunidade para que o processo dos métodos consensuais de solução de conflitos aconteça plenamente, bem como apresentar à sociedade a necessidade de novas formas de se fazer Justiça.

Não podemos deixar de esclarecer a importância e impacto que todos esses métodos causam ao judiciário no sentido do papel desempenhado pela Conciliação, pela Mediação, pela Arbitragem e práticas restaurativas dentro do novo Sistema Processual Civil, revela a importância que o legislador brasileiro conferiu na Lei nº 13.105/15, aos Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, como forma de desafogar o Judiciário e promover uma cultura de paz e de direitos humanos.

Instala-se a conscientização, na sociedade brasileira de que os referidos métodos são eficazes para a solução de conflitos. Isto fortalece a confiança, não só pela celeridade com que resolve a demanda, mas também, pelo estado psicológico de paz que envolve os litigantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988.
CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem: Lei nº 9.307/96. 4. Ed. Rio de Janeiro: **Lumen Juris**, 2005.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário Nacional e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 15 de abril de 2016

DELGADO, Mauricio Godinho. Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTr**, v. 66, n. 6, p 666 São Paulo, 2002.

GENRO, Tarso, Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.) Manual de Mediação Judicial, Brasília/DF: **Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento** – PNUD, p. 13.

JACCOULD, Mylène. Princípios, Tendências E Procedimentos Que Cercam A Justiça Restaurativa. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). Justiça Restaurativa: **Coletânea de Artigos**. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 de mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm Acesso em 12 de abril de 2016.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Dispoe sobre Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 12 de abril de 2016.

MOORE. O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Citado por RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson in A Prática da Mediação e o Acesso à Justiça. Belo Horizonte: **Del Rey**, 2006. p. 63.

NOGUEIRA, Mariella Ferraz de Arruda Pollice. Dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). Conciliação e mediação: estruturação da Política Judiciária Nacional. Rio de Janeiro: **Forense**, 2011. p. 251-260.

9ª Jornada de Pesquisa e 8ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da FAMES

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa. **O paradigma do Encontro**, p. 20.

SCURO NETO, Pedro. Manual de Sociologia Geral e Jurídica (4ª edição). São Paulo: **Saraiva**, 2000.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento dos conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo (Orgs.). **Mediação enquanto Política Pública**: a teoria, a prática e o projeto de lei. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

TAVARES, Fernando Horta. **Mediação e Conciliação. BH**: Melhoramento, 2002

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e prática de mediação. Curitiba: IMAB, 1998

WARAT, Luís Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Trad. de Julieta Rodrigues, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, citado por Marcelo Paes Menezes, A crise da Justiça e a mediação, **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, p. 23-31, jan./jun. 2001.

WEINGÄRTNER, Lis. Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos. Publicado **na Revista Justilex**, ano VII, nº 76, abr. 2009, p. 12-15.

ZEHR, Howard. Changing lenses: **A New Focus for Crime and Justice**. Scottdale, PA: Herald Press, 1990.