

# Meios Alternativos de Solução de Controvérsias: Verdades, Ilusões e Descaminhos no Novo Código de Processo Civil

**Marcelo Barbi Gonçalves**

*Doutorando em Direito Processual (UERJ).*

*Mestre em Direito (UFAL). Juiz Federal.*

**RESUMO:** O autor, neste texto, aborda os métodos alternativos de resolução de controvérsias. Nunca, como na atual quadra histórica, se fez ecoar a exigência de levar ao conhecimento do legislador processual o precário estado do sistema judiciário brasileiro. Contudo, não se pode negligenciar a injustiça que se observa quando as partes em confronto não estão em condições de paridade. A abertura aos meios consensuais, que ocorre em virtude de uma gama de fatores, não pode ocorrer sem observância das situações jurídicas de direito material.

**PALAVRAS-CHAVE:** Métodos alternativos de resolução de controvérsias - A crise do Poder Judiciário - Condições de paridade entre as partes - Injustiça.

**RIASSUNTO:** L'autore, in questo testo, tratta dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Mai come in questo periodo nel nostro paese si è sentita l'esigenza di portare all'attenzione del legislatore processuale il precario stato del sistema giudiziario brasiliano. Tuttavia, non si deve dimenticare la palese ingiustizia che si può trovare quando le parti non sono in condizione di parità. L'apertura a nuovi metodi alternativi al procedimento ordinario, dovuta ad una molteplicità di fattori, non si può fare senza guardare la situazione del diritto materiale.

**PAROLE-CHIAVE:** Metodi alternativi di risoluzione delle controversie - La crisi del sistema processuale - Condizione di parità delle parti - Ingiustizia.

**SUMÁRIO:** 1. O processualista entre o *velho* e o *novo* - 2. Barreiras teóricas, culturais e institucionais - 3. Meios alternativos no direito objetivo vigente - 4. Anverso e reverso dos meios suasórios de resolução de conflitos - 4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária - 4.2 A face oculta da Justiça consensual - 4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via* - 5. O Novo Código e a *lex mercatoria* - 6. Bibliografia

## 1. O PROCESSUALISTA ENTRE O VELHO E O NOVO

Uma das principais novidades do novo Código de Processo Civil em relação ao diploma anterior refere-se à ênfase nos meios alternativos de solução de controvérsias. O paradigma adjudicatório, pelo qual a composição dos conflitos se dá imperativamente por um terceiro imparcial, deixa de ser o remédio exclusivo oferecido pela farmacologia jurídica.<sup>1</sup>

Litígios<sup>2</sup> são como doenças do corpo social. O estado *fisiológico* do Direito é o cumprimento espontâneo das obrigações. Uma vez verificado o suporte fático, devem as partes da relação jurídica voluntariamente fazer incidir o preceito secundário.<sup>3</sup> À exceção de hipóteses que demandam cogente passagem judiciária - cada vez mais infrequentes (pense-se nos divórcios e inventários consensuais a partir da Lei 11.441/07) -, a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas.

A partir do momento em que as regras de convivência são descumpridas, cogita-se dos meios pelos quais se deve restaurar a ordem jurídica violada.<sup>4</sup> Isso porque a não correspondência entre o *dever-ser* normativo e o *ser* social implica o estado *patológico* do Direito. Para correção deste

---

1 Conforme se colhe de sua Exposição de Motivos: "Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz".

2 A doutrina, de um modo geral, à semelhança do paciente freudiano que está sempre a limpar os óculos sem nunca pô-los na cabeça, combate a litigiosidade sem, antes, sequer defini-la. Para fins do presente artigo, valemo-nos do seguinte conceito: "Litigância, na linguagem comum, refere-se às controvérsias que são solucionadas por meio do uso do sistema de justiça. O significado principal, então, infere três elementos distintos: primeiro, uma demanda, ou seja, uma tentativa ativa de alcançar um objetivo desejado; segundo, a existência de uma disputa ou de um conflito ou, em outras palavras, resistência à reivindicação apresentada; e terceiro, o uso de uma instituição específica, a justiça, para resolver o referido conflito ou disputa". (Friedman, Lawrence M. "Litigância e sociedade". Trad. Tatiana Mesquita. *Revista de Direito Administrativo* v. 263, maio-ago./2013, p. 15)

3 "Do ponto de vista da lógico-formal, a norma jurídica constitui uma proposição hipotética que, usando-se a linguagem da lógica tradicional, pode ser assim expressada: 'se SF então deve ser P', em que a hipótese (=antecedente) é representada pelo suporte fático (SF) e a tese (=consequente) pelo preceito (P)". (MELLO, Marcos Bernardes de Mello. *Teoria do Fato Jurídico. Plano da Existência*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 62)

4 Esse é, como é intuitivo, um esquema-geral bosquejado sem prejuízo de tutelas preventivas do ilícito (inibitória) e do dano (cautelar).

quadro, é necessária a atuação de atividades destinadas à efetividade dos preceitos. Conforme ensinamento de Cândido Rangel Dinamarco:

*O Estado, conhecedor das concretas transgressões a todo o momento perpetradas contras as regras de convivência e não ignorando que as próprias sanções estabelecidas para essas transgressões podem restar sem efetividade se não contarem com um mecanismo de apoio, predispõe meios de atuação, pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas (tutela preventiva) e as consequências antes ditas no plano puramente abstrato (tutela reparatoria etc.).<sup>5</sup>*

O ponto é que esses *meios de atuação* sempre foram envernizados com a pena estatal. À sociedade nunca foram oportunizados eficazes mecanismos aptos à autocomposição de controvérsias. O cidadão, face à inoperância de meios resolutivos amigáveis, via-se perante uma encruzilhada: renunciava à sua posição jurídica de vantagem ou recorria ao Poder Judiciário.

É como se a medicina oferecesse apenas um remédio para tratar a doença do paciente. Mais: demorava-se muito para ser atendido pelo médico. A consulta? Cara. E o medicamento? De efeito retardado, por vezes sequer funcionava. Pior: criava outra moléstia.

Esse quadro de insatisfação - que culminou com a inserção da conciliação e da mediação no seio do Novo Código de Processo Civil - não é recente. É bem de dizer que, há mais de três décadas, percebe-se uma constatação difusa na doutrina pátria no sentido de que soluções consensuais deveriam estar à disposição para fins de composição dos conflitos de interesses.

Deve-se louvar a *Comissão Fux* e os juristas que participaram das discussões nas Casas Legislativas por terem auscultado os anseios da comunidade jurídica<sup>6</sup> à busca da *deformalização das controvérsias*.<sup>7</sup> Um passo importante foi dado. Progressos podem ser diagnosticados. Mas, há

<sup>5</sup> "Tutela jurisdicional". In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 364.

<sup>6</sup> Por todos, Leonardo Greco: "As soluções meramente quantitativas somente agravam a crise de credibilidade que assola a Justiça do nosso tempo e afasta cada vez mais o Poder Judiciário da sua mais elevada missão, que é a de ser o guardião da eficácia concreta de direitos fundamentais do homem, pilar sobre o qual se assenta o Estado Democrático de Direito contemporâneo. Mas a verdade é que é preciso que em cada país sejam encontrados caminhos para debelar essa crise aliviando a justiça da sufocante avalanche atual de processos e de recursos. Parece-me que essas soluções se encontram fora do Judiciário, através de políticas preventivas da litigiosidade nas relações entre o Estado e os particulares e o estímulo aos meios alternativos de solução de controvérsias". ("Publicismo e privatismo no processo civil". **Revista de Processo** nº 164/2008, p. 55)

<sup>7</sup> Grinover, Ada Pellegrini. "Deformalização do processo e deformalização das controvérsias". In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 175 *passim*.

problemas de técnica legislativa? Erros teóricos foram cometidos? Poder-se-ia ter avançado mais?

Mauro Cappelletti, após referenciar as críticas que foram dirigidas ao *Projeto de Acesso à Justiça*, advertiu que há dois modos de se recusar mudanças: “um é simplesmente dizer não às reformas; o outro - talvez menos ostensivo - é exigir perfeição (o enfoque do tudo-ou-nada)”.<sup>8</sup>

Assiste razão ao mestre florentino. É fácil ser engenheiro de obra pronta. O processualista deve estudar o novel CPC sob o prisma de suas potencialidades emancipatórias. Cotejando-se o novo e o velho, nem o mais empedernido misonéista poderá negar que o avanço foi grande. Cabe ao operador do direito, agora, deslaçar as amarras dogmáticas concebidas à base de um *modelo monopolista de jurisdição* e permitir que a sociedade, no exercício pleno de sua cidadania, atue participativamente do processo decisório.

## 2. BARREIRAS TEÓRICAS, CULTURAIS E INSTITUCIONAIS

Conforme salientado, no Brasil não é nova a percepção de que soluções amigáveis deveriam estar à disposição dos cidadãos para fins de composição de suas controvérsias. Todavia, barreiras teóricas, culturais e institucionais precisavam ser superadas para que se avançasse na matéria. Esses obstáculos podem ser visualizados, seguindo os passos de Cappelletti, tanto no plano dos “produtores” do direito quanto no dos “consumidores” do serviço de justiça.<sup>9</sup>

Do ponto de vista teórico, saliente-se que vicejou na doutrina, durante longo período, a tese de que o Estado deteria o monopólio da função jurisdicional. A esse propósito, recorde-se o conceito de jurisdição de uma das mais festejadas obras de Teoria Geral do Processo:

*"Que ela é uma função do Estado e mesmo monopólio estatal, já foi dito; resta agora, a propósito, dizer que a jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como*

8 "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". *Revista de Processo* n° 74/1994, p. 89, nota de rodapé n° 18.

9 "A velha concepção consistia em ver o direito sob a única perspectiva dos 'produtores' e de seu produto: o legislador e a lei, a administração pública e o ato administrativo, o juiz e o provimento judicial. A perspectiva de acesso consiste, ao contrário, em dar prioridade à perspectiva do consumidor do direito a da justiça: o indivíduo, os grupos, a sociedade como um todo, suas necessidades, a instância e aspiração dos indivíduos, grupos e sociedades, os obstáculos que se interpõem entre o direito visto como 'produto' (lei, provimento administrativo, sentença) e a justiça vista como demanda social, aquilo que é justo". ("Acesso à justiça e a função do jurista". *Revista de Processo* n° 61, jan-mar/1991, p. 156)

*capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)".<sup>10</sup>*

Dessa forma, os meios de solução de controvérsias heterocompositivos (arbitragem) ou autocompositivos (mediação, conciliação, negociação, avaliação neutra de terceiros, processo participativo) acabaram sendo encobertos por uma doutrina adjudicatória oficial.

Veja-se, porém, que dois dos autores da referida obra já reviram suas posições. Grinover, após afirmar que a mediação e a conciliação detêm natureza jurisdicional, salientou que a jurisdição não é mais *poder*, senão *função e atividade*:

*"Durante muito tempo, negou-se natureza jurisdicional à mediação e conciliação. Claro que isso se deveu ao próprio conceito de jurisdição e aos elementos que a definiam, sendo os principais a lide, a substitutividade, a coisa julgada. No entanto, a existência desses elementos oferece dúvidas até em relação ao processo estatal: onde estaria a lide no processo penal? E no processo civil versando sobre direitos indisponíveis? E por que o juiz se substituiria às partes para julgar? Uma coisa são as partes, outra completamente diferente é o juiz. E a coisa julgada, então? Este verdadeiro dogma clássico perdeu seus absolutismo e relevância. Hoje a preclusão administrativa faz as vezes da coisa julgada, e há processos judiciais em que a satisfação do direito ocorre sem a coisa julgada (como em diversos procedimentos sumários, na monitoria, na estabilização da tutela antecipada, etc.). Chega-se a falar na relativização ou desconsideração da coisa julgada, perante o princípio da proporcionalidade. Jurisdição, na atu-*

---

<sup>10</sup> Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 139.

*alidade, não é mais poder, mas apenas função e atividade. E, sobretudo, seu maior indicador é o acesso à Justiça, estatal ou não.*"<sup>11</sup>

De sua parte, Dinamarco passou a sustentar que constitui tendência moderna o abandono do *fetichismo da jurisdição estatal*,<sup>12</sup> lecionando - ao se manifestar sobre a arbitragem - que:

*"Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos."*<sup>13</sup>

Percebe-se, assim, à vista dos resíduos de litigiosidade não solucionados pelos sistemas formais de tutela, que a lógica imperarante é a do *quanto mais melhor*. Não há, com efeito, um excesso de canais viabilizadores do acesso à ordem jurídica justa,<sup>14</sup> senão uma *subrepresentação* dos conflitos nas instâncias auto e heterocompositivas.

No que se refere aos obstáculos culturais, não se pode olvidar a necessidade de se romper com o ranço do paternalismo entranhado na sociedade brasileira. O desenvolvimento das forças econômico-sociais a reboque do Estado, o esgarçamento do tecido comunitário e o engatilhar dos *corpos intermediários* (associações, sindicatos etc.), entre outros fatores, conduzem a uma nefasta dependência institucional no plexo de predicados da cidadania.<sup>15</sup>

---

11 **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

12 "Tutela jurisdicional". In: **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 391/392.

13 **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 39. Igualmente: "Não há (ou não há mais) como sustentar qualquer laivo de monopólio estatal da distribuição da justiça, no sentido radical que perdurou por décadas, cabendo antes reconhecer que o exercício da jurisdição está presente sempre que um agente, órgão ou instância se mostre capaz de prevenir ou compor um conflito em modo justo, tempestivo e sob uma boa relação custo-benefício" (Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011, p. 393).

14 A conhecida expressão é da lavra de Watanabe ("Acesso à justiça e sociedade moderna". In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; \_\_\_\_\_. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988, p. 135).

15 Conforme ensina Carlos Alberto Carmona: "Faço aqui um alerta: a terminologia tradicional, que as reporta a 'meios alternativos' parece estar sob ataque, na medida em que uma visão mais moderna do tema aponta para meios adequados (ou mais adequados) de solução de litígios, não necessariamente alternativos. Em boa lógica (e

Com efeito, canalizam-se para o Judiciário conflitos sem que os litigantes, *sponte propria*, tentem resolvê-los. Ocorre, porém, que esse mau vazo de entregar ao Estado toda e qualquer controvérsia faz com que as partes não se envolvam de modo direto na solução dos conflitos. Sem embargo, os meios alternativos pressupõem uma mentalidade receptiva a esse modelo pacificador. Nessa linha de convicções, salientam Humberto Dalla Bernadina de Pinho e Michele Paumgarten que:

*"Educar a sociedade a resolver seus próprios conflitos, ou a escolher o melhor método para resolvê-los, é uma tarefa árdua, principalmente quando, por mais que seja frustrante a inoperância dos serviços judiciais, é difícil quebrar um sistema que, apesar de opressivo, é confortável porque é conhecido, familiar."*<sup>16</sup>

Por fim, destaque-se o obstáculo institucional decorrente de uma visão preconceituosa por parte dos membros do Poder Judiciário. Os anos de estudo, assim como as dificuldades para ingresso, remoção e promoção na carreira geram nos magistrados um sentimento refratário aos meios alternativos. A jurisdição, quer-lhes parecer, é privativa do juiz togado.

Nesse ponto, recorde-se a interessante pesquisa *Magistrados Brasileiros: caracterização e opiniões*, patrocinada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e coordenada pela Prof.<sup>a</sup> Maria Tereza Sadek.<sup>17</sup>

No que se refere à agilidade, os entrevistados têm uma percepção bastante crítica do Judiciário. Apenas 9,9% dos magistrados o consideram como "muito bom" e "bom". No extremo oposto, 48,9% avaliam a instituição, quanto à agilidade, como "ruim" e "muito ruim". Quanto às custas, 40,9% o qualificam de forma "ruim" e "muito ruim".

Nada obstante, 89,8% dos entrevistados consideram que o Judiciário deve ter o monopólio da prestação jurisdicional. De outro lado, 79,6%

---

tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação)". (**Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96.** 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32/33)

16 "Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça". Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

17 Disponível em: <http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>. Acesso em: 25.9.2014.

concordam com a afirmação segundo a qual “todas as formas alternativas de solução de conflitos (juiz leigo, juiz de paz, juiz arbitral, comissão de conciliação prévia) devem estar subordinadas ao Poder Judiciário”.

Percebe-se, assim, que os juízes, malgrado cômicos da baixa qualidade do serviço prestado, recusam-se a admitir que outros agentes possam prover os cidadãos com soluções mais econômicas, tempestivas e adequadas. Mais: com respostas que, para além de solucionar o conflito episódico, pacificam os conflitantes. Desfazem a *lide sociológica*.

### 3. MEIOS ALTERNATIVOS NO DIREITO OBJETIVO VIGENTE

Antes de analisar as previsões do Novo CPC que consagraram os meios alternativos de resolução de controvérsias, destaque-se, sumariamente, a evolução desses institutos no direito vigente.

Nesse passo, o primeiro aceno normativo deu-se com a Constituição do Império, de 1824, a qual previu a arbitragem, bem como a mediação prévia obrigatória.<sup>18-19</sup>

Posteriormente, com a edição da Consolidação das Leis do Trabalho em 1934, houve a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento, as quais foram extintas pela EC n.º 24/99, ocasião na qual os órgãos colegiados de primeiro grau transformaram-se em Varas do Trabalho.

Com a Lei n.º 7.244/84, que instituiu os “Juizados Especiais de Pequenas Causas”, a conciliação passou a ser a mola-mestra do procedimento. A respeito, veja-se que, de acordo com o seu art. 2º, se buscaria, sempre que possível, a conciliação das partes. Conforme leciona Grinover: “A conciliação é buscada incessantemente no processo brasileiro de pequenas causas. Pode-se até dizer que constitui a tônica da lei, obstinadamente preocupada em conciliar”.<sup>20</sup>

---

18 Art. 160. *Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.* Art. 161. *Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.* Art. 162. *Para este fim haverá juizes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.*

19 De acordo com o relato de Kazuo Watanabe, o modelo não vingou em virtude de conflitos políticos entre os Partidos Liberal e Conservador: “Os historiadores dizem que a figura do juiz de paz foi uma concepção dos liberais contra os conservadores, pois, com essa instituição, procuravam fazer face ao excessivo autoritarismo do Estado. Como todos os conflitos eram solucionados pelos funcionários do Judiciário, o juiz de paz, pessoa eleita pelo povo, portanto, teoricamente de sua confiança, ao atuar, estaria quebrando um pouco do autoritarismo estatal”. (“Modalidade de Mediação”. In: **Série Cadernos do CEJ** n.º 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011, p. 44)

20 “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 186.



A Constituição de 1988 previu, em seu art. 98, inc. I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados e leigos, competentes para a conciliação de causas cíveis de menor complexidade, os quais advieram com as Leis 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais) e 10.259/01 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais Federais). Com a Lei 12.153/09, sistemática análoga foi estendida para fins de abarcar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios até o valor de 60 salários mínimos.

Em 1994, houve a alvissareira promulgação da Lei 8.952/94, a qual previu como dever do magistrado “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125, IV), bem como instituiu a conciliação como uma das finalidades da audiência preliminar (art. 331). Na prática, porém, os processos continuaram sendo saneados por escrito, de forma que o intuito legislativo restou esvaziado.<sup>21</sup>

Um passo significativo na busca da *justiça coexistencial* ocorreu com a Lei 9.307/96, a qual disciplinou, inovadoramente, a arbitragem no direito brasileiro. São dois os seus principais aportes: (i) a instalação coercitiva da arbitragem no caso de inadimplemento do compromisso arbitral<sup>22</sup> e (ii) a dispensabilidade da homologação do laudo arbitral.<sup>23-24</sup>

Destaque-se, por fim, a Resolução nº. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a *Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judi-*

---

21 A propósito, registre-se a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a não realização da audiência preliminar não nulifica o processo. Por todos: Resp 148.117, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 08.03.05.

22 Art. 7º: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

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

24 Nesse sentido: “Antes da edição da Lei 9.307/96 o procedimento existente para as arbitragens no Brasil sofria, no mínimo, de dois grandes (e graves) problemas. O primeiro era que a sentença arbitral, isto é, a decisão ofertada pelo árbitro no final do processo, no sistema antigo, tinha de ser previamente homologada pelo Poder Judiciário para que passasse então a ser exigível. Ou seja, depois de transcorrido todo o processo arbitral, a parte vencedora tinha necessariamente de ingressar no Poder Judiciário para homologar o resultado de sua vitória na arbitragem. O segundo era que a lei não previa a chamada força vinculante da cláusula compromissória (Lemes, 1996, p. 232). Ou seja, no momento em que o contrato estava sendo assinado, as partes estabeleciam, por meio de uma cláusula compromissória, que as eventuais controvérsias decorrentes daquele instrumento não seriam resolvidas pelo Poder Judiciário, mas sim por um determinado árbitro ou tribunal arbitral. Ocorria, entretanto, que se porventura - quando surgisse um litígio - uma das partes se negasse a dar início à arbitragem, nada podia a outra fazer para compelir aquele que prometera se submeter ao processo arbitral”. (“A arbitragem como ‘saída’ do Poder Judiciário?”) (Machado, Rafael Bicca. “Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman”. In: Jobim, Eduardo; \_\_\_\_\_ (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 361).

*ciário*. Seus considerandos<sup>25</sup> são uma bússola interpretativa para que se compreenda, como salientou Watanabe, a necessidade de que à cultura da sentença se substitua a da pacificação.<sup>26</sup>

#### 4. ANVERSO E REVERSO DOS MEIOS SUASÓRIOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

É imprescindível alertar que o tema sob análise detém uma face oculta que é negligenciada por parcela da doutrina pátria que versa sobre os meios resolutivos que não envolvam ou, até mesmo, dispensam a participação do Judiciário.

Face à *explosão da litigiosidade*, o discurso remansoso vai no sentido de que uma saída seria a disseminação de mecanismos alternativos tais como arbitragem, mediação e conciliação. Os argumentos são de conhecimento cursivo: a justiça informal permitiria uma solução amigável; aproximaria as partes; seria menos dispendiosa; mais célere. Além disso, a decisão se vocacionaria a ser adimplida, pois foi negociada. E, por fim, com a participação popular pelo processo, tributar-se-ia a democracia participativa.

Aplausos. A plateia está embevecida. Os meios alternativos são a panaceia geral.

Esse discurso retórico não é falso. Sem embargo, é extremamente incompleto. Pretende chamar o jurisdicionado de *Alice*. Mudar o nome dos Tribunais para *Cortes das Maravilhas*. Mas a realidade é bem diferente das fantasias doutrinárias.

Deveras, a sociedade brasileira é tisonada por relações de classe que mascaram uma distribuição de renda abissalmente injusta. Em relações paritárias, decerto, os meios suasórios prestam um ótimo serviço à cidadania.

---

25 "CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa; CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação; CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria (...)"

26 "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

Todavia, quando empregados em situações nas quais os conflitos ocorram entre jurisdicionados com poderes estruturalmente desiguais, estiola-se a parte débil. Consumidor e empresa, locador e inquilino, é bem de ver, não se tratam com reciprocidade em procedimentos informais. Desprovido dos poderes de *iudicium*, o mediador/conciliador não detém instrumentos para pôr cobro à desapropriação exercida às barras das mesas de negociação.

Sobreleva afirmar, entretantes, que essas impositões, aparentemente antitéticas, não são infensas a uma solução de compromisso. Não se trata de ser, evocando Owen Fiss, a favor ou *against settlement*. O Direito, como a vida em geral, não se afina com absolutos. Trata-se, agora, de explorar as potencialidades de cada qual dessas abordagens e, equilibrando-as, chegar a um ponto ótimo de composição.

#### 4.1 A justiça informal como remédio para a crise judiciária

Um comportamento pode ser positivamente valorado pelo ordenamento jurídico em virtude de dois motivos: (i) ele em si mesmo é considerado em conformidade com o projeto constitucional de bem-estar, ou, (ii) conquanto axiologicamente neutro, é gerador de externalidades que se afinam com interesses tutelados pelo sistema. *Tertium non datur*. Conforme depreender-se-á das linhas seguintes, o mesmo se passa em relação aos meios alternativos. Para melhor visualização do ponto, vejamos algumas manifestações doutrinárias.

Após salientar que “a crescente sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos e a burocratização da justiça trazem relevantes limitações ao exercício da função jurisdicional”, aduzem Ana Tereza Palhares Basílio e Joaquim de Paiva Muniz que:

*"Em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de ações, não basta agilizar o processo judicial, pois se estaria tentando esvaziar o mar com um balde. Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário."*<sup>27</sup>

27 "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social". *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 13, abril/2007, p. 38.

É nesse sentido, ainda, que se manifestam Eduardo Cambi e Alisson Farinelli:

*"A conciliação e a utilização de alternativas ao processo civil tradicional deve ser incentivada. Evidenciado que o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados com rapidez e eficiência, outros meios, mesmo que não estatais, devem ser buscados."*<sup>28</sup>

Nesse passo, registre-se passagem de entrevista concedida pelo então Secretário Nacional da Reforma do Judiciário à revista Consultor Jurídico em 19.12.2010. Quando indagado acerca de quais reformas ainda precisavam ser feitas para atacar a morosidade, respondeu o Sr. Marivaldo de Castro Pereira:

*"Os mais recentes levantamentos do **Justiça em Números** revelaram que houve um aumento de demanda. O Judiciário ganhou muito em produtividade, mas houve um aumento de demanda ainda maior. Isso significa que é fundamental investir na disseminação de meios alternativos para solução de conflitos, como é o caso da mediação e da conciliação."*<sup>29</sup>

Desses excertos se colhe uma amostra da doutrina - francamente majoritária - que vincula os meios alternativos de resolução dos conflitos com a crise do Poder Judiciário. Afirma-se, sinteticamente, que a qualidade do serviço jurisdicional é insatisfatória, de sorte que a arbitragem, a mediação e a conciliação mostram-se como alternativas viáveis ao cidadão.

O que se depreende dessa linha de exposição é uma visão *instrumentalizada* dos meios suasórios. Atuam a fim de desonerar o Estado da prestação da tutela jurisdicional. Nessa perspectiva, o apelo à informalização da justiça passa a ser alardeado como recurso para o desafogamento dos acervos processuais. Reside, pois, em uma *razão funcional*, o ponto de partida para a promoção dos institutos consensuais.<sup>30</sup> Na pena

<sup>28</sup> "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". **Revista de Processo** n° 194, abril/2011, p. 281.

<sup>29</sup> Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

<sup>30</sup> "A celeridade é o argumento que, de tão contrastante, acaba por confundir finalidade e consequência. Se pensarmos em acesso à justiça, a finalidade não seria desafogar, mas garantir direitos, resolver conflitos, harmonizando e pacificando a sociedade. Se o Judiciário consegue dar respostas com qualidade em um tempo adequado, um tempo em que cada vez mais se otimiza a prestação jurisdicional, a celeridade faz do desafogar uma consequência.

de Owen Fiss: “the allure of settlement in large part derives from the fact that it avoids the need for a trial”.<sup>31</sup>

A propósito, Antonio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama adotam uma linha expositiva diversa, porquanto afirmam que a arbitragem “compete” com o modelo estatal de jurisdição. Ou seja, não haveria uma *funcionalização* dos meios informais à serviço do Poder Judiciário, já que ambos disputam pela oferta das atividades de solução de controvérsias.

Após sustentarem que a “dinâmica da relação de oferta e procura pela prestação jurisdicional tem contornos semelhantes à da oferta e procura por produtos e serviços no mercado”, aduzem os articulistas que:

*"A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada induz, assim, a redução dos custos de transação associados à prestação jurisdicional pelo Estado. Em especial, a competição dá incentivos ao Estado para modernizar a legislação, repelindo normas indesejadas ou menos eficientes e substituindo-as por normas mais adequadas às necessidades da sociedade."*<sup>32</sup>

Rebuscou-se o artigo com toda a atenção e, surpreendentemente, verificou-se que sua ideia central, de fato, é que o Estado e as Câmaras Arbitrais seriam instituições em constante competição. Pois bem.

O Poder Judiciário, firme-se o ponto, não é agente econômico. Não presta o serviço jurisdicional com fins lucrativos. Fora essa a sua intenção, não seria retribuído por taxa, a qual, como não se ignora, está submetida ao princípio da referibilidade. Aliás, que *player* é esse que, quando o consumidor não pode pagar, trabalha de graça?

Prestando jurisdição, o Estado não almeja *superávit*. Aliás, o direito fundamental à jurisdição, sendo um autêntico direito de liberdade, exige variegadas prestações positivas (organizacionais, normativas e materiais). De acordo com o Relatório Justiça em Números 2014, do Conselho Nacio-

---

Mas parece que na ânsia de atingir números, desafogar torna-se a própria finalidade. Para aumentar ainda mais a complexidade e os paradoxos desta questão, não podemos perder de vista que o acesso à justiça, no movimento das ondas renovatórias, ainda está em vias de ampliação, tanto qualitativa quanto quantitativa". (Rebouças, Gabriela Maia. "Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça", p. 135). Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014.

31 "Against Settlement." *Yale Law Journal* n° 93, may/1984, p. 1.083.

32 "A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor." In: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). *Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 80/81.

nal de Justiça, em 2013 os gastos com o Poder Judiciário atingiram R\$ 61,6 bilhões. “Que empresa deficitária!”, devem pensar os articulistas...

Ocorre que o Estado não é um fim em si mesmo. Ele está a serviço do cidadão, assim como os seus recursos estão voltados à persecução do bem comum. A sua lógica operacional é distinta daquela do mercado. Pense-se na prestação de serviços de transporte urbano em vias deficitárias. Ao assim proceder, está-se cumprindo com o dever de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, inc. III, CRFB/1988). Caso esse serviço público fosse disponibilizado para fins de concessão/permissão, a iniciativa privada se voluntariaria? É evidente que não. E assim o faz porque a sua lógica é lucrativa, e, não, pautada pelo interesse público. O mesmo se passa com a composição dos conflitos.

Os articulistas sustentam que a arbitragem, se comparada com a prestação jurisdicional, é mais ágil. Salientam, ainda, que o árbitro, ao contrário do juiz estatal, “pode ter formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem”,<sup>33</sup> de maneira que a especialização daqueles gera uma maior qualidade das decisões.

Analise-se esses argumentos. Antes: se a veracidade das premissas autoriza o acerto da conclusão.

Como é de conhecimento cursivo, o juiz estatal, via de regra, é um *clínico geral* do Direito. Um dia, atua em uma Vara de Fazenda Pública; outro, em uma Criminal; remove-se e, então, passa a exercer suas funções em um Juizado Especial; após, ao se titularizar, incumbe-lhe uma Vara de Execução Fiscal. Esses são fatos, e reconhecê-los não importa em qualquer juízo de desvalor. Mas, indaga-se, esse quadro é predicado exclusivo do Direito?

Veja-se o que se passa na área médica. Um bom hospital possui em seus quadros tanto neurocirurgiões quanto clínicos. Cada qual, em sua respectiva esfera de atuação, presta o mister que lhe cabe: um, é ótimo para acabar com uma virose; o outro, especialista em operar tumores cerebrais.

Neurocirurgiões e clínicos, por acaso, competem?

Passa-se o mesmo com a prestação jurisdicional. Os juízes, por dever de ofício, não são especialistas - para citar o exemplo dos articulistas - em contratos de exploração e transporte de petróleo. Portam na horizontalidade o que lhes carece na verticalidade. Assim o é e assim deve

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 18.

continuar a sê-lo. Consulta ao interesse público que os juízes conheçam extensivamente todas as matérias, e não que tenham “formação específica em área técnica que interessa diretamente ao objeto da arbitragem”. Neurocirurgiões disputam mercado com neurocirurgiões, não com clínicos. Por esse argumento, pois, não se chega à conclusão propugnada. Vamos ao próximo.

A agilidade do processo de arbitragem é notória, assim como a morosidade do estatal. Mas não se pode negligenciar que a celeridade é apenas uma das diversas variáveis que compõem a equação que sintetiza uma resolução de conflitos afinada com a tábua constitucional.

De plano, registre-se que se contam aos borbotões as hipóteses em que, nos termos do art. 33 da Lei 9.307/96, se propõem ações declaratórias de nulidade da sentença arbitral. Nos termos de seu § 3º, a mesma faculdade pode ser exercida em sede de embargos do devedor. Nesse caso, o processo arbitral, face à duplicação de instâncias, não será mais célere que um análogo iniciado no Judiciário.

Além disso, registre-se que o procedimento arbitral não comporta sindicabilidade jurisdicional quanto ao mérito. Todavia, parece passar despercebida à doutrina a seguinte indagação: qual o custo desse *trade-off*? Garantias processuais porventura não poderão ser insanavelmente violadas?

A propósito, Hermes Marcelo Huck e Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo relatam julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no qual se anulou laudo proferido sem que o órgão arbitral tivesse admitido a realização de prova pericial pleiteada pela parte vencida. Segundo Huck e Amadeo, “O Tribunal de Justiça entendeu que, ao negar a realização daquela prova, os árbitros teriam violado o princípio do contraditório”.<sup>34</sup>

Essa decisão evidencia a necessidade de convivência harmoniosa entre os princípios constitucionais do processo. Celeridade, sim. A todo custo, não. Conclusão esta, destaque-se, que já foi ventilada, com o brilhantismo que lhe é peculiar, por Barbosa Moreira:

*"Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a*

---

34 "Árbitro: juiz de fato e de direito". *Revista de Mediação e Arbitragem* n° 40, jan.-mar./2014, p. 182.

*morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.*"<sup>35</sup>

Superado o imaginoso argumento de competição entre os processos arbitral e estatal, volve-se agora lume para uma tese realmente atrativa.

Doutrina de escol advoga que a disseminação da justiça informal deve ser incentivada em virtude de sua aptidão para promover o escopo pacificador da jurisdição. A acomodação dos litígios seria a mola-mestra dos meios alternativos. “Não importa se são ou não fiéis ao direito substancial”, afirma Dinamarco, pois “o importante é que sejam aptos a pacificar as pessoas e eliminar seus conflitos, fazendo-lhes justiça”.<sup>36</sup>

O processualista sustenta que a concretização do direito objetivo no âmbito dos meios alternativos de resolução de conflitos é meramente acidental, pois

*"Os meios alternativos não são ligados ao escopo jurídico de atuar a lei (e na prática só ocasionalmente conduzem a isso), mas buscam a pacificação das pessoas e a eliminação de conflitos, o que constitui o escopo magno do próprio sistema de tutela jurisdicional."*<sup>37</sup>

Essa linha de exposição, porém, requer análise sobre ao menos duas considerações: (i) “pacificação das pessoas” e “eliminação de conflitos” não são termos necessariamente equipolentes: a composição -

<sup>35</sup> "O futuro da justiça: alguns mitos". *Revista de Processo* n° 102, abr.-jun./2001, p. 232.

<sup>36</sup> "Tutela jurisdicional". In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, v. 1, p. 392.

<sup>37</sup> *Ibidem*. No mesmo sentido, Cássio Scarpinella Bueno ao tratar dos meios alternativos de solução de conflitos: “Se é certo que tais técnicas não se valem, necessariamente, da atuação do Estado-juiz, é correto o entendimento que cada um deles representa, em um contexto mais amplo, um método de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil - e do próprio Estado - que é a pacificação social”. (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria Geral do direito processual civil*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).



consensual ou não - por parâmetros injustos nada pacífica, de forma que “settlement is a truce more than a true reconciliation”;<sup>38</sup> (ii) a subtração do referencial normativo como paradigma decisório possui o condão de satelitariamente acirrar a prática do ilícito. O enfrentamento a essas questões, entretanto, já se relaciona com as dobras da *outra história* dos meios alternativos.

## 4.2 A face oculta da justiça consensual

Em 1984, um artigo acerca dos *Alternative Dispute Resolution* percorreu o mundo acadêmico. Trata-se de umas daquelas raras joias que importam a abertura de vias exploratórias antes ocultas. Em *Against Settlement*,<sup>39</sup> Owen Fiss se insurge basicamente contra duas reformas realizadas no *Federal Rules of Civil Procedure*. Saliente-se, desde logo, que o ordenamento jurídico norte-americano prevê um condomínio legislativo da União e dos Estados quanto às normas processuais. Nada obstante isso, na prática - e por variadas razões que aqui não comportam desenvolvimento -, muitos Estados seguem o modelo federal. É nesse sentido que se manifesta Maurice Rosenberg:

*"Nearly fifty years have passed since the Federal Rules of Civil Procedure were adopted. By any fair appraisal they have represented a major advance in the administration of civil justice in this country. Despite their federal genesis, many states have judged them the best procedural rules anywhere and have adopted them nearly in toto, with only the changes necessary to accommodate local circumstances."*<sup>40</sup>

A primeira reforma facilitava a celebração de acordos no bojo da *pretrial conference*, ao passo que a segunda determinava que, se o vencedor recebesse um julgamento menos favorável do que a oferta feita pela outra parte, pagaria os honorários advocatícios desta. É interessante perceber que no sistema norte-americano, à diferença do que se passa no Brasil, cada uma das partes arca com os custos de seus procuradores. Os artigos emendados são os seguintes:

---

38 Fiss, Owen. "Against Settlement", 93 *Yale Law Journal*, may/1984, p. 1.075.

39 *Ibidem*.

40 "The Federal Civil Rules After Half a Century". *Maine Law Review* v. 36, 1984, p. 243.

*"Rule 16. Pretrial Conferences; Scheduling; Management*

*(a) PURPOSES OF A PRETRIAL CONFERENCE.*

*In any action, the court may order the attorneys and any unrepresented parties to appear for one or more pretrial conferences for such purposes as: (...) (5) facilitating settlement."*

*"Rule 68. Offer of Judgment*

*(d) PAYING COSTS AFTER AN UNACCEPTED OFFER.*

*If the judgment that the offeree finally obtains is not more favorable than the unaccepted offer, the offeree must pay the costs incurred after the offer was made."*

A principal linha argumentativa de Fiss reside na consideração de que os meios alternativos retratariam uma capitulação à sociedade de massas.<sup>41</sup> A explosão do fenômeno consumerista teria gerado demandas em excesso, não tendo o Poder Judiciário se aparelhado para dar vazão aos reclamos sociais. Os ADR, em verdade, seriam um subterfúgio estimulado pelo Estado à vista da sua incapacidade de disciplinar os conflitos sociais em franca expansão.

Além disso, os ADR representariam a versão civil do *plea bargaining*, instituto pelo qual os acusados de um crime assumem sua culpabilidade antes da instauração da ação penal e, com isso, obtêm uma redução da pena. Ambos se assemelhariam pois atingem uma solução negociada mediante a submissão dos interesses do polo mais frágil da relação. O consentimento de uma das partes, assim, seria viciado, daí resultando um acordo com vocação para o injusto. Veja-se:

*"By viewing the lawsuit as a quarrel between two neighbors, the dispute-resolution story that underlies ADR implicitly asks us to assume a rough equality between the contending parties. It treats settlement as the anticipation of the outcome of trial and assumes that the terms of settlement are sim-*

---

41 Conforme aduz Cappelletti: "Qual é a primeira característica da sociedade moderna, contemporânea? Acredito que a essa pergunta se pode responder que a sociedade contemporânea se caracteriza pelo fenômeno, muito específico, de massa. Do ponto de vista econômico – olhemos a economia da sociedade industrial – tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente, de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo" ("Tutela dos interesses difusos". *Revista Ajuris* nº. 33, v. 13, mar/1995, p. 170).

*ply a product of the parties' predictions of that outcome. In truth, however, settlement is also a function of the resources available to each party to finance the litigation, and those resources are frequently distributed unequally. Many lawsuits do not involve a property dispute between two neighbors, or between AT&T and the government (to update the story), but rather concern a struggle between a member of a racial minority and a municipal police department over alleged brutality, or a claim by a worker against a large corporation over work-related injuries. In these cases, the distribution of financial resources, or the ability of one party to pass along its costs, will invariably infect the bargaining process, and the settlement will be at odds with a conception of justice that seeks to make wealth of the parties irrelevant."<sup>42</sup>*

Fiss, ainda, elenca três causas pelas quais a disparidade de recursos pode influenciar a negociação pela parte “menos consistente”: (i) hipossuficiência informacional, de sorte que não lhe é possível antecipar o resultado do julgamento e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo; (ii) necessidade de reparação imediata dos danos (essa carência é tão premente que se aceita uma quantia muito inferior àquela que obteria em sede adjudicatória); e (iii) impossibilidade de financiamento dos custos do litígio, tais como perícia e taxa honorária de manutenção de processo.

No âmbito jurisdicional, por sua vez, essas assimetrias teriam seus efeitos atenuados em virtude de um sadio ativismo que permitiria aos juízes encetar medidas a fim de diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Haveria, de certa forma, o exercício de uma *parcialidade positiva*,<sup>43</sup> a qual, sinteticamente, consiste em compensar disparidades fáticas entre os litigantes com desnivelamento de tratamento por parte do magistrado. De acordo com Fiss:

---

<sup>42</sup> **Against Settlement**, p. 1.076.

<sup>43</sup> “Ressalte-se que a leitura da imparcialidade como princípio normativo do Poder Judiciário, segundo a perspectiva deste trabalho, deve ser realizada em duas vertentes, isto é, a vertente negativa, na qual se reclama um direito a um processo em que se apresente um julgador que não tenha qualquer inclinação para a determinada parcialidade negativa (suspeito ou impedido), e a outra vertente de caráter positivo, na qual se exige do juiz, diante das barreiras externas existentes (sociológica, cultural, econômica), o reconhecimento no transcurso e no desenvolvimento da relação jurídica processual dessas diferenças, ou seja, a exigência de um comportamento ético material do magistrado com base na denominada parcialidade positiva do juiz” (Souza, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano”. **Revista de Processo** n° 224, out./2013).

*There is, moreover, a critical difference between a process like settlement, which is based on bargaining and accepts inequalities of wealth as an integral and legitimate component of the process, and a process like judgment, which knowingly struggles against those inequalities. Judgment aspires to an autonomy from distributional inequalities, and it gathers much of its appeal from this aspiration.*<sup>44</sup>

Merece lume, também, o ponto no qual Fiss discorre criticamente acerca da *voz autorizativa* do acordo. Com efeito, frequentemente há uma colisão de interesses entre a parte e seu representante, de maneira que este pode fazer prevalecer os seus em detrimento dos daquela. Assim, advogados/negociadores podem celebrar acordos que lhes são vantajosos, não obstante perniciosos ao seu cliente, o qual, desprovido de conhecimentos jurídicos, não deteria aptidão para valorar a conduta adotada em seu desfavor. Da mesma forma, em organizações, “the chief executive officer may settle a suit to prevent embarrassing disclosures about his managerial policies, but such disclosures might well be in the interest of the shareholders”.<sup>45</sup>

No que aduz com a afirmação de Dinamarco no sentido de que a justiça informal é incentivada em virtude de sua aptidão para promover o *escopo pacificador* da jurisdição, Fiss faz a seguinte objeção: a finalidade da jurisdição não seria a otimização de fins privados, ou simplesmente assegurar a paz, senão efetivar valores encampados pelo ordenamento jurídico. Ou melhor, o seu objetivo maior seria a aplicação desses valores e a conformação da realidade em relação a eles. Em suas palavras:

*"Civil litigation is an institutional arrangement for using state power to bring a recalcitrant reality closer to our chosen ideals. (...) Although the parties are prepared to live under the terms bargained for, and although such peaceful coexistence may be a necessary precondition of justice, and itself a state of affairs to be valued, it is not justice itself."*<sup>46</sup>

E, vinte e cinco anos após a publicação de *Against Settlement*, e à vista da repercussão e das críticas que lhe foram dirigidas, o autor ratifi-

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 1.078.

---

<sup>45</sup> *Ibidem*.

---

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 1.089.

cou seu posicionamento em *The History of an Idea*. Nessa oportunidade, Fiss, após salientar que “the purpose of adjudication is not the resolution of a dispute, not to produce peace, but rather justice”, lecionou que:

*"The bargaining that normally takes place between litigants - characterized, as I then assumed, by the pursuit of self-interest, imbalances of material resources, inequalities of information, and strategic behavior - has no connection to justice whatsoever. It is obviously not constitutive of justice, nor is it much of an instrument for achieving justice. On occasion, bargaining might produce a just outcome, just as the judicial process might sometimes fail and produce an unjust outcome. But there is no reason to presume that the outcome of the bargaining process - a settlement - is just. All we can presume of a settlement is that it produces peace - often a very fragile and temporary peace - and although peace might be a precondition for the achievement of justice, it is not justice itself."*<sup>47</sup>

Essas considerações de Fiss ecoaram em diversos juristas de tomo. É o caso, por exemplo, de Ugo Mattei, para quem ADR seria um mecanismo instituído à vista de uma situação de emergência artificialmente forjada com o intuito de mascarar projetos de dominação.<sup>48</sup>

Para o Professor da Universidade de Torino, os meios alternativos são apresentados como a cura para a famigerada *explosão da litigiosidade* propagada pelas classes mais abastadas. Acerca desse fenômeno, é imperioso fazer uma parentética referência a Marc Galanter, autor de um clássico trabalho no qual se propôs a questionar o senso comum<sup>49</sup> no sentido de que os norte-americanos possuem uma propensão à judicialização das controvérsias.

---

47 "The History of an Idea", 78 *Fordham Law Review*, 2009, p. 1.277.

48 "Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development". In: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). **Contemporary states of emergency**. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

49 "For almost a decade now, there has been increasing concern about the excessive legalization of American society. Many observers are convinced that America has suffered a hypertrophy of its legal institutions – manifested in the presence of too much law, too much lawyers, excessive expenditure on legal services, too much litigation, an obsessively contentious population enthralled with adversary combat, and an intrusive activist judiciary – and a concomitant erosion of community, decline of self-reliance and atrophy of informal self-regulatory mechanisms" ("The day after the litigation explosion". 46, *Maryland Law Review* 3, 1986, p. 4/5).

Após salientar que, se fosse real o “unappeasable appetite” para o litígio, o aumento no número de processos deveria se verificar de forma generalizada, Galanter demonstra que o impacto da sociedade de massas nos *caseloads* se deu de forma díspare. Com efeito, apenas alguns campos temáticos sofreram um impacto significativo dos novos fenômenos sociais, econômicos e políticos. Assim, *v.g.*, nas Cortes Federais, entre 1975 e 1984, enquanto os casos de *products liability* aumentaram 272%, as demais categorias insertas no *tort filings* tiveram um modesto acréscimo de 17%.<sup>50</sup>

Lado outro, os casos de *recovery of overpayment* e *social security* recrudesceram, respectivamente, 6.682,7% e 412,9% nesse período, representando, somados, mais de 50% do acréscimo geral de processos. Galanter, a propósito, faz a seguinte observação:

*"Half of the total increase is accounted for by two giant increases – recovery cases and social security cases. Each is the result of deliberate and calculates official policy: to recover overpayment of veterans' benefits by litigation and to curtail disability benefits by summarily removing beneficiaries from the rolls."*<sup>51</sup>

À luz desses dados, Mattei sustenta que, malgrado os entusiastas do *ADR* o apresentarem como uma solução para a *explosão da litigiosidade*, a informalização da justiça está vinculada às tendências neoliberais.

Segundo sua linha de exposição, a partir dos anos 80 muitos países reduziram os investimentos em acesso à justiça como parte do processo de desmantelamento do Estado-Providência. Os cortes orçamentários, dessa forma, não se restringiram apenas à saúde, educação e moradia. Intuiu-se que, se o objetivo era a derrogação dos direitos que socorrem aos mais necessitados, dever-se-ia restringir a porta de acesso ao Judiciário. Em outras palavras: o direito à proteção jurídica, cuja denegação acarreta a de todos os demais - e, por isso, qualificado como um *direito charneira*<sup>52</sup>- foi agarrotado:

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 17. A afirmação do autor pode ser corroborada por dados oriundos de outra obra de sua autoria: "Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* v. 9, 1974, p. 106/107.

<sup>52</sup> A expressão é da lava de Boaventura de Souza Santos ("Introdução à sociologia da administração da justiça". *Revista de Processo* nº 37, jan.-mar./1985, p. 125).

*"The demise of the welfare state has produced a decline in the ideal of access to justice for all - the same fate that has happened to access to education, health care, and other services. The irresistible development of ADR thus must be understood in connection with the demise of the welfare state. Ideological hostility to the welfare state, first in the United States and then all over the world, coincides with a new, postmodern phenomenon. As a response to the access to justice problem, the ADR industry promised a huge saving in welfare funds. The access problem was to be solved by denying it exists, with the extra advantage that the nonconformist man or woman loses the right to have a court rule on their case and perhaps can be cured of their unreasonableness and dissent."<sup>53</sup>*

Nessa linha de convicções, afirma Mattei que os meios alternativos se inserem dentro do projeto neoliberal, e, por conseguinte, não estão preocupados com o valor *justiça*. Assim como a *reengenharia* do Estado está associada ao interesse do mercado,<sup>54</sup> a privatização da justiça, travestida de composição suasória, atende aos escopos dos detentores de poder. Veja-se:

*"ADR systematically favors the stronger economic and political interests against the weaker ones while at the same time effectively taming social dissent and silencing the demand for justice. The emergency here is the impossibility of delivering ordinary public access to justice and the consequent beneficial nature of any kind of private alternative."<sup>55</sup>*

O autor, em outro ensaio,<sup>56</sup> destaca que a solução privatista importa em menosprezar as virtudes da litigância adversarial em favor de uma ideologia da paz que apenas favorece aqueles que possuem poder de bar-

---

<sup>53</sup> *"Emergency-Based Predatory Capitalism..."* p. 17.

<sup>54</sup> Mattei elenca quatro ajustes estruturais como cerne dos Structural Adjustment Plans (SAPs) do Banco Mundial e do FMI: "First, let markets freely determine prices while reducing or eliminating all state controls. Second, transfer all resources held by the state to the private sector. Third, reduce the budget of the state as much as possible. And fourth, reform the courts and the bureaucracy in such a way as to facilitate the development of the private sector" (*Ibidem*, p. 21).

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> "Access to Justice. A Renewed Global Issue?" *Electronic Journal of Comparative Law*, v. 11.3 (December 2007).

ganha. O que significa dizer que, em situações onde há disparidade de forças, a *pseudoconsensualidade* não passa de um arremedo para esvaziar as prateleiras do Judiciário.

Com efeito, a retirada dos litígios de massa do sistema adjudicatório faz com que os *repeat players*<sup>57</sup> não enfrentem as consequências jurídicas de suas ações, já que o seu arbítrio não se submete a um sistema equânime de aferição de responsabilidade. De um lado, o Direito perde o posto de referencial normativo como paradigma decisório para o consentimento viciado. E, de outro, a norma jurídica do caso concreto deixa de ser a emanção da vontade geral - uma das principais conquistas iluministas - para ser um ato formalmente consensual e substancialmente coercitivo. Após salientar que "the future of access to justice, in the original sense of granting equal opportunities to litigation for the rich and the poor, seem quite grim", Mattei afirma que:

*"The birth of the ADR industry, and the development of a professional class of mediators, not necessarily trained in the law and serving the interests of harmony and non-adversary social control, had transformed **the issue of access to justice, by limiting as much as possible access to courts of law.** This was accomplished by creating an alternative system not based on justice but on harmony and, most importantly, a system that was almost entirely privatized."<sup>58</sup>*

As críticas, como se percebe, são contundentes. Ao seu lume, poder-se-ia dizer que obviar os meios alternativos em qualquer modalidade de conflito é a medida mais adequada. O Estado seria o melhor prestador do serviço de distribuição de justiça. À consensualidade forjada preferir-se-ia sempre a justa adjudicação.

Quer nos parecer, entretanto, que Fiss e Mattei podem ser conciliados com Dinamarco e Watanabe. Mas, para tanto, excessos de ambas as partes devem ser decotados. Não se trata de ser *contra* ou a *favor* dos meios suasórios. Conforme dissemos, o Direito, como a vida em geral, não se afina com *absolutos*. O de que se trata, portanto, é de precisar quando a justiça alternativa é virtuosa, o que, conforme demonstrar-se-á no próximo tópico, depende de circunstâncias contingenciais.

---

57 Galanter, Marc. "Why the "haves" come out ahead? Speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* v. 9, 1974.

58 "Access to Justice...", p. 3.



### 4.3 Podando os excessos à procura de uma *terceira via*

No intuito de conciliar as posições antagônicas, é preciso fixar que a solução de compromisso passa pelo joeiramento dos casos em que arbitragem, mediação, conciliação, negociação devem ser adotados. Isso ocorre por uma simples razão: os meios alternativos devem ser aderentes à realidade subjacente ao litígio a fim de servir como instrumento de efetivação dos valores constitucionais. Nesse sentido, não apenas o direito material (reparação de danos oriundos de inadimplemento contratual) deve ser considerado, como, ainda e sobretudo, as partes do caso (o contrato se passa entre duas multinacionais ou, ao revés, entre uma imobiliária e o adquirente).

Perceba-se que, no primeiro caso, as empresas sentam-se paritariamente na mesa de negociações. Não há, evocando as lições de Fiss, hipossuficiência informacional, de sorte que os contendores podem antecipar probabilisticamente o resultado da adjudicação e, por conseguinte, o custo-benefício do acordo. De outro lado, não há uma necessidade premente de reparação dos danos sofridos, de maneira que ambas as partes podem provisionar recursos e aguardar pacientemente o trânsito em julgado. E, por fim, as multinacionais não se veem constrangidas pelos custos do litígio, podendo arcar com onerosas perícias e renomados escritórios de advocacia.

No segundo, conquanto se tenha igualmente uma hipótese de inadimplemento contratual, as assertivas do parágrafo anterior não podem ser reiteradas. Ou melhor, o podem mas apenas para a imobiliária. É aqui que se encontra o *calcanhar de Aquiles* da justiça alternativa. Nesse caso, o conflito deve, salvo alguma particularidade da relação jurídica de direito material (imobiliária *versus* comprador-construtora), passar pela via adjudicatória. Se o litígio não for solucionado sob o pálio de um processo civil envernizado com a tinta da efetividade social, a desigualdade fática vai resultar num acordo divorciado da pauta constitucional. A *paridade de armas*, como se sabe, é pressuposto da justiça. Conforme ensina Michele Taruffo, não se pode dissociar o conceito de *giudizio* com o de igualdade material das partes:

*"Altrettanto difficile sarebbe ritrovare un giudizio nella decisione di un giudice corrotto, ovvero in quella del giudice che si limitasse a ratificare la vittoria di chi ha più denaro, o di chi prevale in una prova di forza (come accadeva ai tempi del*

*duello giudiziario), o di abilità (come accade nel caso dei peggiori duelli avvocateschi), o di chi gode de uno status privilegiato, o di chi è innocente per definizione per meriti politici, e così via elencando".<sup>59</sup>*

Saliente-se que essa ponderação não passou despercebida ao precursor do mais festejado movimento de reforma da Justiça Civil. Como é cediço, a terceira onda renovatória do acesso à justiça - "novo enfoque de acesso à justiça"<sup>60</sup>-, consiste em uma proposta de reformulação sistêmica dos meios de solução de conflitos, com ênfase na consensualidade. Nada obstante isso, Cappelletti, após salientar que "há situações em que a justiça *conciliatória* (ou coexistencial) é capaz de produzir resultados que, longe de serem de 'segunda classe', são melhores, *até qualitativamente*, do que os resultados do processo contencioso",<sup>61</sup> afirma que isso não ocorre sempre. Exemplifica com os assuntos de direito de família, nos quais o movimento feminista norte-americano afirma que "se atua com frequência de modo bem pouco equitativo para com as mulheres".<sup>62</sup>

Vittorio Denti, de sua parte, também se mostrou preocupado com o a justiça informal no caso de disparidade de poder entre as partes. Veja-se:

*"Esiste infatti il rischio che il ricorso a metodi alternativi impliciti - insieme ad una riduzione dei tempi di soluzione delle liti - anche una riduzione delle garanzie che il processo, pur con i suoi tempi e le sue inefficienze, è in grado di offrire alle parti. Ciò vale in particolare quando queste procedure coinvolgono le cc.dd. parti deboli (consumatori, minoranze, ecc.) le quali, in sede conciliativa, sono maggiormente esposte, rispetto a quanto avviene nel processo giurisdizionale, al*

<sup>59</sup> "Giudizio: processo, decisione". **Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile**, Bologna: Ed. Mulino, 2002, p. 168.

<sup>60</sup> "Essa 'terceira onda' de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos 'o enfoque do acesso à justiça' por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso" (Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant . **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67/68).

<sup>61</sup> "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". **Revista de Processo** n° 74, 1994, p. 90.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 91. Em outra passagem, ensina Cappelletti que: "Isso suscita questão básica acerca do emprego generalizado de ADR e procedimentos simplificados: eles podem ser explorados pela parte mais forte sempre que não haja 'paridade de armas' entre os litigantes" (*ibidem*).

*rischio di abusi ad opera delle parti dotate di maggior potere contrattuale.*"<sup>63</sup>

À luz dessas considerações, pode-se afirmar que os meios alternativos devem ser fomentados apenas no bojo de relações paritárias, sob pena de eliminação de controvérsias de forma antagônica aos valores constitucionais. A mediação/conciliação, firme-se o ponto, não podem ser instrumentos à disposição da parte mais forte para fins de expropriação de direitos. A esse propósito, recorde-se lição de Boaventura de Souza Santos no sentido de que em Nova Iorque, após a criação do tribunal de habitação destinado a resolver de modo consensual os conflitos entre inquilinos e senhorios, o número de despejos aumentou.<sup>64</sup>

Dinamarca, conforme destacado anteriormente, afirma que não importa se os meios alternativos são ou não fiéis ao direito material. À primeira vista, poder-se-ia imaginar que nas dobras da justiça informal haveria uma espécie de substituição do juízo de legalidade por um juízo de equidade. E, se assim fora, não objetaríamos. Mas o de que se trata é de um desapossamento travestido de consenso nas hipóteses em que há desequilíbrio de poder. Escamoteia-se a injustiça com a veste da informalidade. Um ponto de vista, impositivo de um acordo de adesão, prevalece sobre o outro.

Além disso, a perda do referencial normativo como paradigma decisório gera sérios riscos para a pacificação social. Se esse escopo já é discutivelmente alcançado para o litigante subjugado, do ponto de vista macrosocial a informalização da justiça pode fomentar surpreendentemente a violação dos direitos.

Isso porque, se os particulares estão imersos em processos resolutivos à revelia das normas positivas, “a primazia cabe ao acordo interindividual, que pode, inclusive, contraditar o direito geral”, conforme salienta Alexandre Veronese.<sup>65</sup> Ou seja: o que vai disciplinar o comportamento social não será a lei editada pelos representantes populares, senão aquela outorgada pelo *repeat player* sob o pálio da fabulosa consensualidade. Fácil concluir que, nesse contexto de *deslegalização*, haverá uma “ruptura

---

63 **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 159.

64 "Introdução à sociologia da administração da justiça". **Revista de Processo** nº 37, jan-mar/1985, p. 135.

65 "Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais". **Revista Direito GV** v. 3 n. 1, jan.-jun./2007, p. 30.

de padrões mínimos de observância de condutas no cotidiano”,<sup>66</sup> já que os atores socialmente hegemônicos serão incentivados a descumprir as leis à vista da possibilidade de impor a sua *vontade de poder*.

Dessa forma, a longa caminhada evolutiva do Direito no sentido de um sistema de normas gerais, abstratas e impessoais pode sofrer grave revés em face de um processo descriterioso de informalização. Para que esse direito *estamental* não prevaleça, portanto, as partes devem se situar em um plano paritário. Devem, como se costuma dizer, *falar de igual para igual*.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar o Código de Processo Civil em sua versão aprovada pelo Senado Federal em 17 de dezembro de 2014.

## 5. O NOVO CÓDIGO E A *LEX MERCATORIA*

Conforme salientado, o novo diploma processual destaca-se, em relação ao CPC/73, pela ênfase dada aos meios suasórios de composição de conflitos. Se antes o paradigma adjudicatório era nitidamente predominante, no novo *codex* se percebe uma nítida mudança de perspectiva. A solução imperativa das desavenças, portanto, deixa de ser o remédio-padrão do ordenamento jurídico.

O diploma recém aprovado, de forma inovadora, após prever que o mediador e o conciliador judicial são auxiliares da justiça (art. 149), dispõe que:

*"Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.*

*§ 1º A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.*

*§ 2º Em casos excepcionais, as audiências ou sessões de conciliação e mediação poderão realizar-se nos próprios juízos, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores.*

---

<sup>66</sup> *Ibidem*.

§ 3º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos."

Não se requer grande esforço para se compreender que o diploma desconsidera a necessidade de, à vista das relações díspares de poder entre as partes, dar tratamento adequado ao litígio. É preciso destacar que o critério utilizado pelo legislador para definição dos casos que se submetem à conciliação/mediação é equivocado.

Segundo o novo CPC, o conciliador atuaria nos casos em que *não tiver havido vínculo anterior entre as partes*. O mediador, por sua vez, naqueles em que *tiver havido vínculo anterior*. Não se diz, veja-se, uma palavra sequer acerca do eventual desequilíbrio de armas entre os litigantes. Ademais, sublinhe-se que o mediador/conciliador não detém poderes para coibir a exploração da parte mais frágil,<sup>67</sup> de modo a corroborar a percepção de que esta se encontrará relegada à própria sorte por ocasião do entabulamento do acordo.

O legislador, de fato, ignorou a mais importante discussão que permeou o estudo dos *Alternative Dispute Resolution* nos Estados Unidos nos últimos trinta anos. A polêmica noticiada no item anterior, aliás, sequer constou da Exposição de Motivos da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Os meios alternativos, o temos dito *ad nauseam*, não podem ser fomentados para hipóteses em que as partes não estão em situação de paridade. Nesse sentido, saliente-se que Teresa Arruda Alvim Wambier,

67 A despeito do acerto da tese de Marc Galanter no sentido de que a força organizacional dos *repeat players* influencia o resultado dos julgamentos ("*Why the 'haves' come out ahead? Speculations on the limits of legal change*". *Law and Society Review* v. 9, 1974; Wheeler, Stanton. *et al.* "*Do the 'haves' come out ahead? Winning and losing in state supreme courts*", 1870-1970. 21 *Law and Society Review* 403, 1987), não se pode descurar que a autonomia dos tribunais - no sentido de independência das forças sociais -, em virtude dos predicamentos da magistratura, é significativamente maior do que a dos auxiliares de justiça.

em caudaloso estudo acerca da mediação no direito comparado, afirma que na Espanha: “Some express exclusions are based on the fact that there is ‘an initial imbalance in the positions of the parties’. This is considered to happen in criminal, consumer and labour mediation, among others”.<sup>68</sup>

A fábula de que a justiça consensual detém - invariavelmente - aptidão para alcançar resultados justos é de uma alegoria tamanha que, contra-argumentar, neste passo da exposição, representaria um estipêndio ocioso que nos dispensamos de fazê-lo. Fazemos nossas, portanto, as lições de Grinover:

*"Mas há um argumento, levantado por Michele Taruffo, que me inquieta: o mediador/conciliador não saberia lidar com conflitos em que há desequilíbrio entre as posições das partes, como sabe fazer o juiz, e isto levaria a acordos injustos, de certa forma impostos à parte mais fraca, com a complacência do terceiro facilitador. A crítica de Michele Taruffo não se baseia em meras hipóteses ou fantasias. A prova disto está em diversas práticas de mediação/conciliação que se utilizam em nosso país: a conciliação na Justiça do Trabalho é de índole matemática: pediu tanto, aceite 50% e recebe logo. Nas causas previdenciárias, quando o INSS está convencido de que o segurado tem razão, não resolve a questão administrativamente mas vai à conciliação para oferecer 70% da importância devida: outra importância tarifária. E no campo do consumidor, nos assim chamados “mutirões de conciliação”, o credor simplesmente oferece uma proposta fechada, para renegociar a dívida (e o pior é que com isto obtém um título executivo, que antes da negociação não existia). Os exemplos acima demonstram que, em situações de desequilíbrio, a Justiça conciliativa não funciona, seja ela conduzida pelo juiz ou pelo terceiro-facilitador. Talvez minha conclusão seja drástica demais, mas reafirmo minha posição no sentido de que a almejada pacificação não pode ser buscada a qualquer preço, e se a Justiça conciliativa nada mais é do que um meio de acesso à Justiça, não podem ser admitidas soluções injustas para a parte mais fraca.”<sup>69</sup>*

<sup>68</sup> "Mandatory mediation: Is it the best choice?" *Revista de Processo* n° 225, nov./2013, p. 431.

<sup>69</sup> **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

Nos termos em que se encontra o novo CPC, percebe-se que os meios alternativos ao processo são incentivados porque o Judiciário não está se desincumbido do seu dever de prestar uma tutela jurisdicional célere, tempestiva e adequada. Firmada a premissa de que a qualidade do serviço ofertado é insatisfatória, resolve-se o problema a partir de estratégias indiferentes à sorte do direito material.

Não se ataca a origem da crise: combate à cultura demandista, fortalecimento da cidadania, reforma da administração judiciária, informatização, capacitação do quadro técnico, subutilização do processo coletivo, enfrentamento das causas pré-processuais de uma litigância excessiva etc. O que importa é a celeridade. O desafogamento dos empoeirados escaninhos. A injustiça decorrente de um acordo de adesão, não.

O que se depreende dessa linha de exposição é que ela reside em uma razão instrumental, e não em um imperativo de justiça, o ponto de partida para a promoção dos meios alternativos. Não é a necessidade de “adequação da técnica às diferentes situações de direito substancial”<sup>70</sup> o que norteia o novo Código de Processo Civil, senão o escopo de, por vias oblíquas, pôr termo indiscriminadamente aos conflitos sociais. E isso nada mais é do que a instituição, em pleno século XXI, de uma nova feição da *lex mercatoria*. ❖

## 6. BIBLIOGRAFIA

Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real; Huck, Hermes Marcelo. "Árbitro: juiz de fato e de direito". **Revista de Mediação e Arbitragem** n° 40, jan.-mar./2014.

Basílio, Ana Tereza Palhares. Muniz, Joaquim de Paiva. "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social". **Revista de Arbitragem e Mediação** n° 13, abril/2007.

Bueno, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

Cambi, Eduardo; Farinelli, Alisson. "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". **Revista de Processo** n° 194, abril/2011.

Cappelletti, Mauro; Garth, Byrant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

---

70 Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 150.

\_\_\_\_\_ "Acesso à justiça e a função do jurista". **Revista de Processo** nº. 61, jan.-mar./1991.

\_\_\_\_\_ "Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça". **Revista de Processo** nº 74, 1994.

\_\_\_\_\_ "Tutela dos interesses difusos". **Revista Ajuris** nº. 33, v. 13, mar/1995.

Carmona, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

"*Cartwright, Bliss. et al. Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts*", 1870-1970, 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Denti, Vittorio. **La giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 1989.

Dinamarco, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_; **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. V. 1 e 2. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Farinelli, Alisson; Cambi, Eduardo. "Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil". **Revista de Processo** nº 194, abril/2011.

Fiss, Owen. "*Against Settlement*", 93 **Yale Law Journal**, may/1984.

\_\_\_\_\_ "*The History of an Idea*", 78 **Fordham Law Review**, 2009.

Friedman, Lawrence M. "Litigância e sociedade". Trad. Tatiana Mesquita. **Revista de Direito Administrativo** v. 263, maio-ago/2013.

\_\_\_\_\_ *et al.* "*Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts*", 1870-1970, 21 **Law and Society Review** 403, 1987.

Galanter, Marc. "*The day after the litigation explosion*". 46, **Maryland Law Review** 3 (1986).

\_\_\_\_\_ "*Why the 'haves' come out ahead? Speculations on the limits of legal change*". **Law and Society Review** v. 9, 1974.

Garth, Byrant; Cappelletti, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.



Greco, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". **Revista de Processo** n° 164/2008.

Grinover, Ada Pellegrini. \_\_\_\_\_ **Justiça conciliativa**. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/index.php?meios-alternativos-de-solucao-de-controversias>. Acesso em: 24.09.2014.

\_\_\_\_\_ **Novas Tendências do Direito Processual**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

\_\_\_\_\_; Cintra, Antônio Carlos de Araújo; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Hazard Jr, Geoffrey C; Taruffo, Michele. **American Civil Procedure – an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

Huck, Hermes Marcelo; Amadeo, Rodolfo da Costa Manso Real. "Árbitro: juiz de fato e de direito". **Revista de Mediação e Arbitragem** n° 40, jan.-mar./2014.

Kagan, Robert A. *et al.* "Do the Haves Come out Ahead - Winning and Losing in State Supreme Courts", 1870-1970, 21 **21 Law and Society Review** 403, 1987.

Machado, Rafael Bicca. "A arbitragem como 'saída' do Poder Judiciário? (Algumas relações entre Direito e Economia com apoio em Albert Hirschman." *In*: Jobim, Eduardo; \_\_\_\_\_ (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Mancuso, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça. Condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: RT, 2011.

Marinoni, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013.

Mattei, Ugo. "Access to Justice. A Renewed Global Issue?" **Electronic Journal of Comparative Law**, v. 11.3 (December 2007).

\_\_\_\_\_ "Comparative Law and Critical Legal Studies". **University of California Hastings College of the Law**, october/2006. Disponível em: [http://works.bepress.com/ugo\\_mattei/32](http://works.bepress.com/ugo_mattei/32). Acesso em: 14.11.2014.

\_\_\_\_\_ "Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development." *In*: Fassin, Didier; Pandolfi, Mariella (orgs.). **Contemporary states of emergency**. New York: Zone Books, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1472370>. Acesso em: 29.11.2014.

Mello, Marcos Bernardes de Mello. **Teoria do Fato Jurídico. Plano**

**da Existência.** 19ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

Moreira, José Carlos Barbosa. "O futuro da justiça: alguns mitos". **Revista de Processo** nº 102, abr.-jun./2001.

Muniz, Joaquim de Paiva; Basílio, Ana Tereza Palhares. "Projeto de Lei de Mediação Obrigatória e a busca da pacificação social." **Revista de Arbitragem e Mediação** nº 13, abril/2007.

Paumgartten, Michele; Pinho, Humberto Dalla Bernardina. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça.** Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 25.09.2014.

Pereira, Marivaldo de Castro. Entrevista ao Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-19/entrevista-marivaldo-pereira-secretario-reforma-judiciario>. Acesso em: 28.09.2014.

Pinho, Humberto Dalla Bernardina "A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil." Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br>. Acesso em: 09.08.2014.

\_\_\_\_\_; Paumgartten, Michele. "Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça." Disponível em: <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em: 26.09.2014.

Pugliese, Antonio Celso Fonseca; Salama, Bruno Meyerhof. "A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor." *In*: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Rebouças, Gabriela Maia. "Reflexões sobre esgotamentos e perspectivas de um direito judicialmente organizado: ampliando o acesso à justiça." Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3578.pdf>. Acesso em: 28.09.2014

Rosemberg, Maurice. "*The Federal Civil Rules After Half a Century*". **Maine Law Review** v. 36, 1984.

Salama, Bruno Meyerhof; Pugliese, Antonio Celso Fonseca. "A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor." *In*: Jobim, Eduardo; Machado, Rafael Bicca (coords). **Arbitragem no Brasil. Aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Santos, Boaventura de Souza. "Introdução à sociologia da administração da justiça." **Revista de Processo** nº. 37, jan.-mar./1985.

Souza, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz: fundamento ético-material do Código Modelo Ibero-Americano." **Revista de Processo** n° 224, out./2013.

Taruffo, Michele; Hazard Jr, Geoffrey C. **American Civil Procedure – an introduction**. New Haven: Yale University Press, 1993.

Veronese, Alexandre. "Projetos Judiciários de Acesso à Justiça: entre Assistência Social e Serviços Legais." **Revista Direito GV** v. 3 n. 1, jan.-jun./2007.

Wambier, Teresa Arruda Alvim. "*Mandatory mediation: Is it the best choice?*" **Revista de Processo** n° 225, nov./2013.

Watanabe, Kazuo. "Acesso à justiça e sociedade moderna". In: Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel; \_\_\_\_\_. **Participação e Processo**. São Paulo: RT, 1988.

\_\_\_\_\_. "Modalidade de Mediação". In: **Série Cadernos do CEJ** n° 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 05.11.2014.

Wheeler, Stanton. *et al.* "*Do the 'haves' come out ahead? Winning and losing in state supreme courts*", 1870-1970. 21 **Law and Society Review** 403, 1987.