

5

MEIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios de solução de conflitos podem ser por autotutela, heterocomposição e autocomposição, seguem esquematizados (CINTRA, et al. 2015, p. 51-53; TARTUCE, 2016, p. 51-53; CALMON, 2015, p. 37-79):

Autotutela	Em regra proibida, acontece em situações excepcionais autorizadas de forma expressa pela lei em que “o contendor resolve o conflito por sua própria força”. Como exemplos: legítima defesa, estado de necessidade, direito de retenção, desforço imediato, direito de cortar raízes ou árvores limítrofes, a autoexecutoriedade das decisões administrativas, etc. ⁷ Fora dos casos expressos em lei, constitui crime (art. 345 do Código Penal Brasileiro) ⁸ .
Autocomposição	Quando os próprios envolvidos solucionam o conflito. Pode ocorrer de forma unilateral, quando uma das partes resolve o conflito, como acontece na renúncia, desistência ou reconhecimento jurídico do pedido. Pode ocorrer de forma bilateral, como na negociação, conciliação e mediação.
Heterocomposição	Em que cabe a terceiro a solução dos conflitos, como ocorre na decisão judicial e na arbitragem.

8 Exceções fundamentadas na lei: “o direito de retenção (CC, arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 etc.); o desforço imediato (CC, art. 1.210, §1º); o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassam a extrema do prédio (CC, art. 1.283); a autoexecutoriedade das decisões administrativas etc. (CINTRA et al. 2015, p. 51).

9 Art. 345 do Código Penal: “Fazer justiça pelas próprias mãos, salvo quando a lei o permite”.

5.1. AUTOTUTELA¹⁰

Permitida nos casos previstos em lei, como: legítima defesa; estado de necessidade, autodefesa possessória, obrigações de fazer e não fazer; direito de vizinhança, direito de retenção, conforme expressos no Código Civil, como exemplos:

- Não constituem atos ilícitos a fim de remover perigo iminente: os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; a deterioração ou destruição da coisa alheia (art. 188).
- Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido (art. 249, parágrafo único).
- Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso das benfeitorias necessárias¹¹, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador (art. 578).
- O possuidor turbado¹², ou esbulhado¹³, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa ou de desforço, não poderão ser indispensáveis à manutenção ou restituição da posse (art. 1.210).
- As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassarem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plantio vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido (art. 1.283).

Certamente as leis são criadas para contemplarem direitos e serem efetivas e tempestivas, mas há situações concretas excepcionais que são necessárias condutas urgentes das partes para garantias de direitos, justificam nesse sentido, Cintra et al. (2015, p. 51):

10 Conforme: Tartuce (2016, p. 22-56); Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 51-59)

11 Conforme artigo 96 do Código Civil as benfeitorias podem ser: “voluptuárias, úteis ou necessárias. São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem. São necessárias as que tem por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore”.

12 Conforme Agência CNJ de Notícias: “A turbção ocorre quando um terceiro impede o livre exercício da posse sem que o legítimo possuidor a perca integralmente e muitas vezes se dá por meio de um ato clandestino e violento”. “O esbulho possessório é a retirada violenta do legítimo possuidor de um imóvel – residencial, rural ou comercial –, caracterizando-se como um crime de usurpação – quando alguém invade com violência à pessoa, grave ameaça ou mediante concurso de mais de duas pessoas, um terreno ou edifício alheio”. Disponível em <www.cnj.jus.br> Notícias CNJ. Acesso em 04 jan. 2017.

São duas as razões pelas quais se admite a conduta unilateral invasora da esfera jurídica alheia nesses casos excepcionais: a) a impossibilidade de estar o Estado-juiz presente sempre que um direito esteja sendo violado ou prestes a sê-lo; b) a ausência de confiança de cada um no altruísmo alheio, inspirador de uma autocomposição.

Pode ser também que a parte mesmo autorizada a agir em autotutela, não está impedida para buscar outros meios de solução de conflitos, neste sentido esclarece Tartuce (2016, p, 26)

As modalidades de autotutela existentes são aptas a possibilitar uma definição imediata em casos específicos que não podem aguardar o recurso aos órgãos judiciários, sem prejuízo da continuidade de certas situações ou relações jurídicas. Além de ser limitado o número de situações em que o ordenamento jurídico permite que o indivíduo aja em autotutela, pode ser que este não se sinta animado a agir sozinho. Neste caso poderá procurar a parte adversa para a tentativa de estabelecer um consenso ou então buscar a definição da situação pelo poder impositivo de um terceiro (arbitro ou magistrado).

Desta forma como visto nos estudos acima, justificam o uso da autotutela em providências excepcionais, fundamentadas nos princípios da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade.

5.2. AUTOCOMPOSIÇÃO

Quando o conflito é solucionado pelas próprias partes envolvidas. Pode ser por: **Autocomposição Unilateral**, quando apenas uma das partes soluciona, quando renúncia, desiste ou reconhece juridicamente o pedido.

- **Renúncia:** ocorre quando há o abandono total da pretensão, sem qualquer exigência, prescinde da concordância da parte contrária. Pode o ocorrer sem que haja processo judicial ou em seu curso, considerando a lei como o ato em que o autor renuncia ao direito sobre o qual se funda a ação (CALMON, 2015, p. 58).
- **Desistência:** fala-se em desistência da ação quando o autor manifesta o intuito de não prosseguir na demanda, peticionando em juízo em prol do seu término. O processo será então extinto sem apreciação do mérito, sendo possível ao autor propor a demanda (TARTUCE, 2016, p. 38).
- **Reconhecimento jurídico do pedido:** a partir do momento que o réu reconhece a procedência do pedido do autor, ocorre uma reorganização da situação controvertida, que se estrutura em novas bases. (...) Neste cenário, é importante que haja atividade jurisdicional para homologar o resultado final (TARTUCE, 2016, p. 40).

5.3. AUTOCOMPOSIÇÃO BILATERAL

Acontecem quando as próprias partes chegam em soluções por si próprias ou delegam a um terceiro imparcial a facilitação para um acordo ou melhora da comunicação, chamados **Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, Meios Alternativos de Solução de Conflitos ou Meios Adequados de Solução de Conflito**, ocorrem na **Negociação, Mediação e Conciliação**.

5.3.1. Negociação

Presente em todos os atos da nossa vida, sempre estamos negociando nossos interesses, como nas relações cotidianas presentes na família, trabalho, sociedade, consumo, etc.

A negociação segundo Sampaio e Braga Neto (2007) p. 19:

pode ser entendida como a comunicação estabelecida diretamente entre as partes, com avanços e retrocessos, em busca de um acordo. É por excelência, o mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias; é também o menos custoso. As partes, elas mesmas, resolvem a disputa, sem a ajuda de terceiros e sem os

A Negociação acontece de diversas formas e com possibilidades de ganhos individuais ou mútuos. Com relação aos modelos de negociação, Luchiarí destaca (2012, p. 12-13):

Distributiva ou "barganha de posições"	Fundamentada nas pretensões (posições) apresentadas pelas partes, que a partir delas fazem concessões que possibilitam a obtenção de um acordo.
Integrativa	Visa a ampliação para ganhos possíveis, onde são consideradas várias questões e objetivos, considerando soluções conjuntas, mais satisfatórias e criativas.
Colaborativa (cooperativa ou por princípios)	De acordo com Programa Negotiation da Universidade de Harvard. Buscam os reais interesses das partes com soluções colaborativas em busca de interesses comuns.

A negociação é um método considerado autônomo e também utilizada como ferramenta em outros métodos consensuais de solução de conflitos. Dessa forma, em uma mediação ou na conciliação, são utilizadas técnicas de negociação integrativa ou baseada em princípios, conforme mencionam Fisher, Ury e Patton:

O método de negociação baseada em princípios, desenvolvido no projeto de negociação de Harvard, consiste em decidir as questões a partir de seus méritos, e não através de um processo de regateio centrado no que cada lado está disposto a fazer e não fazer. Ele sugere que você procure benefícios mútuos, sempre que possível (2005, p. 16).

Fisher et al. (2005, p. 28) esclarecem quatro pontos fundamentais que definem “um método direto de negociação” capaz de ser utilizado “em quase qualquer circunstância”, conforme a seguir esquematizado:

Pessoas	Separe as pessoas do problema.
Interesses	Concentre-se nos interesses, não nas posições.
Opções	Crie uma variedade de possibilidades, antes de decidir o que fazer.
Crítérios	Insista em que o resultado tenha por base algum padrão objetivo.

Em uma negociação todas as opções existentes devem ser consideradas, mesmo quando não houver consenso, é fundamental aos negociadores refletirem quais opções que sobram. Desta forma é desenvolvido o *Batna* (Best – *Alternative to a Negotiated Agreement*, ou MAANA – Melhor Alternativa a um acordo negociado) esclarece Gabbay: “se trata da melhor alternativa disponível, ou seja, aquela que o negociador efetivamente escolherá caso não haja um acordo” (2013, p. 26).

Segundo Fisher et al. (2005, p. 119) em geral é necessário o desenvolvimento das alternativas:

A geração de possíveis MAANAs exige três operações distintas: 1) inventar uma lista de providências caso você não chegue a um acordo; 2) aperfeiçoar algumas das ideias mais promissoras e convertê-las em opções práticas; e 3) escolher provisoriamente a opção que afigure como melhor.

Ressalta-se a importância em uma negociação do desenvolvimento do estudo das possíveis opções dentro de critérios de realidade que possam caminhar para um acordo.

5.3.2. Conciliação

A conciliação sempre esteve presente em nosso ordenamento jurídico. Voltada para direitos disponíveis, tem como fim a realização de acordos em conflitos pontuais.

A conciliação, na definição de Sampaio e Braga Neto:

Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes um relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim a controvérsia ou a processo judicial (2007, p. 18).

As partes na conciliação em regra, não possuem relação de convivência anterior. Constatam-se casos também mesmo com relações de convivência se o intuito dos participantes é uma solução pontual, optam também por este método. Importa também considerar qual o conflito e o que buscam.

Há situações em que as partes estão previamente acordados em um determinado ponto e em conflitos em outras questões. Como, por exemplo, um casal que decide pelo divórcio, mas que continuam com dificuldades de comunicação para outras questões como alimentos ou guarda dos filhos, o divórcio pode ser feito em uma conciliação e as demais questões podem ser trabalhadas na mediação.

São destacados no percurso histórico da conciliação os pontos a seguir: (BACCELLAR, 2012, CAHALI, 2012, GABBAY, 2013 e DUBUGRAS, 2011).

- A Constituição Federal de 1824 já previa em nosso sistema a Conciliação que era prévia e realizada por um juiz de paz (eleito pela comunidade).
- No Código Comercial de 1850, a conciliação era prévia e obrigatória para o ingresso ao Juízo.
- Em 1889, com a Proclamação da República foi afastada a conciliação prévia para o ingresso em juízo, porém a conciliação continuava a acontecer com a iniciativa das partes e os acordos eram celebrados sob a forma de escritura pública.
- A partir da vigência do Código de Processo Civil (1973) a Conciliação voltou a ter força, não mais como prévia, mas para o encerramento do processo.
- A Lei n. 6.515 de 1977 (Lei do Divórcio) voltou a destacar a conciliação, art. 3º, §: “o juiz deverá promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.
- A Código de Processo Civil de 1973 em seu art. 125, inciso IV já previa ao magistrado tentar a conciliação a qualquer tempo, durante o processo.
- Passou a ser incentivada nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95) e nos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual (Lei n. 12.153/2009).
- Em 2006, o Conselho Nacional de Justiça lançou o Movimento Nacional pela Conciliação, convocando o Poder Judiciário para a Conciliação em Juízo. A evolução deste movimento resultou na publicação da Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.

- Em 2015 o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105) em diversos dispositivos disciplina e incentiva a conciliação, como exemplos do art. 1º, § 3º; art. 139, inciso V; art. 149; arts. 165 a 174; arts. 334 e 335; arts. 694 a 699¹⁴.

Para Bacellar a conciliação é:

um processo técnico, não intuitivo desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva em que terceiro, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que precisam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz a extinção do processo judicial (2012, p. 66).

É fundamental na Conciliação que as partes sejam capazes para transigir, que tenham garantidos o princípio da voluntariedade em acordarem ou não, que participem da elaboração do acordo, cientes que devem contemplar seus interesses. Dessa forma, os participantes passam a ser responsáveis por sua elaboração e efetivação.

Esclarece Cahali (2012, p. 39):

- Embora como passagem obrigatória pela análise do conflito, o foco principal da conciliação é a solução do problema.
- Esse método é mais adequado à solução de conflitos objetivos e circunstancial (sem convivência das partes ou vínculo anterior, ou perspectiva de gerar vínculo).
- Como exemplos: acidentes de trânsito, responsabilidade civil em geral, divergências comerciais entre consumidor e fornecedor de produto, entre clientes e prestadores de serviços, etc.

14 Exemplos dos artigos do Código de Processo Civil (2015) art. 3º § 3º “A conciliação e a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Dentre as funções do Juiz: art. 139 inciso V – promover a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Art. 149. Mediador e conciliador são considerados auxiliares da justiça.

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.

Audiência de Conciliação ou de Mediação – art. 334 CPC – Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 dias de antecedência.

Importa considerar que o método requer técnica e princípios éticos¹⁵ que devem ser seguidos, o conciliador, nunca deve forçar um acordo. Ressalta-se que o conciliador pode apresentar sugestões, que devem ser cuidadosas, a participação do conciliador é regrada por princípios éticos, dentre os quais o princípio da imparcialidade, suas sugestões devem ser colaborativas, voltadas ao caso concreto, com equilíbrio e contemplação de ambos os interesses. Nesse sentido, Dubugras (2011, p. 42) ressalta a importância de um ambiente conciliatório e o papel do conciliador:

A conciliação requer um ambiente conciliatório e conciliadores devidamente preparados para manejar positivamente não apenas as lides, mas também os conflitos. A condução apropriada da conciliação com a utilização dos princípios e técnicas da mediação pode proporcionar resultados construtivos e transformadores no comportamento dos participantes de tal forma que o acordo venha ser uma medida de equilíbrio entre a demanda e a efetiva resposta que se espera do Judiciário. O efeito de transformação vislumbra a participação das partes e dos advogados envolvidos como sujeitos voltados, não somente a litigação, mas a construção de um caminho justo e viável, em que consideradas as circunstâncias e a realidade, todos possam ganhar, ou pelo menos perder menos.

A conciliação pode ocorrer tanto extrajudicialmente como no decorrer de um processo judicial, em todas as fases deste. Ressalta a importância tanto do comprometimento, como da oferta das propostas pelas partes, bem como das reflexões que podem levar para um acordo posterior, caso não se realize na sessão conciliatória. Com relação a possibilidade da conciliação na fase recursal, esclarece a Cartilha elaborada pela diretoria do Centro Judiciário de Solução de Conflitos em Segunda Instância e Cidadania:

Qualquer processo que se encontre no Tribunal de Justiça aguardando julgamento de apelação, independentemente da sua chegada, poderá ser objeto dessa sessão conciliatória, desde que envolva direito disponível, partes capazes e tenha havido citação pessoal em primeira instância. Não há agendamento de sessão conciliatória, ainda que requerida pelas partes, quando houver qualquer impedimento legal à transação. Também no processo digital a sessão pode ser requerida.

15 Expressos na Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf. Acesso em 08 fev. 2017.

5.3.3. Mediação

Será abordada no próximo capítulo com mais profundidade. Com relação ao conceito segundo Gabbay:

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas (2013, p. 45).

Para saber qual é o método consensual adequado a ser utilizado em face de um conflito, deve ser levado em consideração quais são os objetivos dos envolvidos e as peculiaridades que se apresentem na questão a ser analisada. Nesse sentido, diferencia Luchiarri:

A negociação direta apresenta-se como o método adequado quando as partes mantêm bom relacionamento e conseguem tratar objetivamente das questões a decidir. A mediação é o mecanismo adequado quando há conflitos que envolvem inter-relações duradouras e nos quais preponderam os aspectos subjetivos. Quando, porém, o conflito é eminentemente objetivo, pois não há aspectos subjetivos marcantes, nem relação interpessoal passada ou futura, e as partes pretendem resolvê-la com brevidade, o método recomendado é a conciliação (2012, p. 8).

Dentre as diferenças básicas dos métodos consensuais estão: (GABBAY, 2013, SAMPAIO e BRAGA NETO, 2007):

Negociação	Conciliação	Mediação
Autocomposição Bilateral Direta (busca da solução pelos envolvidos).	Autocomposição assistida – presença de um terceiro – o conciliador.	Autocomposição assistida – presença de um terceiro – o mediador.
Relação entre as partes para a produção do acordo.	Busca-se o acordo.	Acordo não é meta, mas um dos resultados possíveis.
Abordagem distributiva visa o ganha-ganha. Abordagem Integrativa – visa ganhos mútuos.	Limitada ao objeto do processo, os conciliadores são mais ativos e diretos – propõem soluções.	Trabalha-se com profundidade os conflitos e os interesses das partes (até os emocionais).

Como visto, além do judicial, outros meios de solução de conflitos são utilizados: *Alternative Dispute Resolution* (ADR), ou Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MASC). Cintra et al. (2013) esclarecem:

Avança no mundo todo, inclusive no Brasil, a ideia de que outros métodos adequados de solução de conflitos, não estatais, podem ser utilizados para

pacificar com justiça e com maior eficiência. Tais são os chamados meios alternativos de solução de conflitos (alternative dispute resolution) nos quais se busca uma autocomposição, isto é uma solução do conflito por ato das próprias partes (conciliação ou mediação), ou uma heterocomposição privada (decisão por árbitros nomeados pelos próprios litigantes);

Como forma de autocomposição existe também a negociação, em que as partes em conflito dirimem seus conflitos diretamente ou com intermediação de seus advogados, sem recorrer a forma mais institucionalizadas que se servem de um terceiro facilitador (conciliador ou mediador).

(...) embora, na verdade, não se trate de alternativas ao processo estatal, mas de outras vias, que subsistem ao lado deste e que, dependendo do tipo de conflito, podem ser mais adequadas (2015, p. 48).

Desta forma, surge a necessidade do conhecimento dos diversos métodos de solução de conflitos, de um sistema de múltiplas portas, da necessidade do mapeamento do conflito e da análise do caso concreto.

5.4. A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PELA HETEROMPOSIÇÃO

Ressalta Tartuce (2016, p. 56):

A heterocomposição pode se verificar por duas vias: a arbitral, em que o terceiro, de confiança das partes, é por elas escolhido para decidir o impasse; e a decisão jurisdicional, em que uma das partes acessa o poder judiciário para obter uma decisão proferida por uma autoridade estatal investida do poder coercitivo.

5.4.1. Jurisdição

Conforme Cintra et al. (2015 p. 44) pela jurisdição:

(...) os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa – CP, art. 345); a elas não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca da solução.

5.4.2. Arbitragem

Utilizada como meio independente e autônomo para conflitos patrimoniais disponíveis resolvidos de forma eficaz e técnica por árbitros, resultando em decisões adequadas que constituem título executivo judicial. As partes escolhem por consenso o árbitro e ficam sujeitas a sua decisão (TOSTA, 2014).

O árbitro é escolhido pelas partes através de um consenso nesta escolha e de um instrumento chamado Convenção Arbitral que contempla uma cláusula denominada compromissória ou arbitral, por meio de um contrato que estipula a arbitragem como meio de resolução (SAMPAIO e BRAGA NETO, 2014).

Segundo Calmon (2015, p. 92):

na Arbitragem o *árbitro* prolate sentença de conhecimento e promove o seu cumprimento pondo fim ao conflito, observando as regras pactuadas para dar a solução adequada e para a condução do processo, inclusive no tocante às provas.

A arbitragem é uma heterocomposição privada, em regra é utilizada para contratos de valores vultuosos e de maiores complexidades e pode durar meses, se assemelha ao processo judicial. São características principais a coercibilidade e irrecorribilidade da decisão arbitral, que não pode ser questionada por recurso, somente é cabível ação anulatória (AZEVEDO, 2016).

Com a participação das partes na escolha do árbitro e nos custos, a arbitragem apresenta dentre suas vantagens, maior probabilidade da efetividade da decisão (TARTUCE, 2016, p. 59).

Enquanto instrumento de heterocomposição, esclarece Cahali:

Na arbitragem aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se assim, ainda como um método adversarial no sentido que a posição de uma das partes se contrapõe à outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do *árbitro* se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida pelo integrante do Poder Judiciário. Neste contexto, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão (2012, p. 38).

Em 26 de maio de 2015, Lei de Arbitragem n. 9.307 foi alterada pela Lei n. 13.129/2015:

Para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da

prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revogou dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Dentre as inovações da Lei n. 13.129/2015 são destacadas por Cahali (2015, p. 1-23):

- A lei estimula a arbitragem com possibilidade da sua utilização pela Administração Pública (direta e indireta) para dirimir conflitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º).
- A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, seguirá o princípio da confidencialidade nos processos judiciais que envolvam arbitragem, quando envolver a Administração Pública será sempre de Direito e seguirá o princípio da publicidade (art. 2º, *caput* e § 3º).
- A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição (art. 19).
- Antes de instituída a arbitragem as partes poderão recorrer ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A).
- Após a instauração do juízo arbitral, a tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada), será requerida diretamente ao árbitro ou painel arbitral, que deverá avaliar a providência mais adequada e extensão da medida (p. 12).
- Os árbitros poderão proferir sentenças parciais (art. 23, § 1º); as partes e os árbitros poderão de comum acordo prorrogar o prazo para proferir a sentença final (art. 23, § 2º).
- Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira, está sujeita unicamente a homologação do Superior Tribunal de Justiça (art. 35).

É possível e muito usual em contratos a utilização de cláusulas escalonadas para a resolução dos conflitos. Desta forma, podem ser utilizados os métodos consensuais – mediação e conciliação antes da resolução por arbitragem, ou o caminho inverso, inicia a arbitragem, mas o arbitro antes da sua prolação da decisão faz o encaminhamento das partes para a tentativa da composição consensual pela mediação ou conciliação.

Neste sentido, esclarece Calmon:

Ocorre quando as partes concordam em realizar a mediação, mas caso essa não reste frutífera, seja desde logo praticada a arbitragem, normalmente por outra pessoa da mesma entidade ou escritório que realiza a mediação. Trata-se de um sistema escalonado, iniciando-se a mediação e, restando esta frustrada, prosseguindo com a arbitragem (2015, p. 93).

Menos usual, porém possível o sentido inverso, da cláusula: Arbitragem/Mediação, pontua Calmon:

(...) realiza o procedimento da arbitragem, chegando-se a prolação da sentença. O árbitro anuncia às partes que a sentença está pronta, mas não a revela, depositando-a em lugar seguro e inviolável. Com isso proporciona que sejam iniciadas as tratativas com vistas a obtenção da autocomposição (mediação). Caso não se logre o acordo, revela-se a sentença antes prolatada (2015, p. 93)

Sobre a estipulação, prazos e consequências da clausula escalonada que prevêem a mediação e a conciliação e a arbitragem, reforça Lemes (2015, p. 18):

- São instrumentos eficazes para solucionar conflitos que surjam em contratos.
- Devem observar a relação efetiva e precisa que reflita a intenção das partes.
- Não se deve confundir uma clausula que externe simples atividade negocial ou intenção de envidar esforços conjuntos para obter uma solução comercial aceitável.
- Na clausula escalonada ou combinada, a conciliação ou mediação é definida como etapa pregressa de uma arbitragem.
- Impõe-se a necessidade de prazos estipulados para que as partes possam adotar as providências necessárias para a solução do conflito.

5.5. OUTROS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os conflitos também podem ser resolvidos pela Avaliação Neutra de Terceiro, Justiça Restaurativa e por Práticas Colaborativas.

5.5.1. Avaliação neutra de terceiro

Conforme Luchiari, a avaliação neutra de terceiro

(...) é um método de solução de conflitos no qual um terceiro neutro (avaliador) se encontra com as partes na fase inicial de um caso, a fim de avaliar, de forma confidencial, a disputa, ajudando-as a reduzir os problemas, aumentando seu empenho em chegar a um acordo (2012, p. 15).

Ressalta Calmon:

Trata-se de consulta formulada por ambas as partes, que contratam um profissional de sua confiança para avaliar o pedido e a resposta do réu fornecendo uma previsão do deslinde da causa pelo sistema judiciário. A avaliação neutra de terceiro visa a incentivar as partes à realização da autocomposição, uma vez que passam a ter uma noção prévia do conteúdo da eventual decisão (2015, p. 94).

5.5.2. Justiça restaurativa

A Justiça Restaurativa tem sua origem histórica milenar. Sua essência remonta para “tempos atrás, quando as pessoas percebiam suas vidas entrelaçadas em um viver comum”, conectados ou reconectados a sua comunidade¹⁶.

A Justiça Restaurativa contemporânea teve seu desenvolvimento desde a década de 1970 em países como: Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Argentina, Colômbia, Brasil entre outros. Está fundamentada na terceira onda de acesso à Justiça que contempla os métodos consensuais (CAPPELLETTI e GARTH, 1988)¹⁷.

O documento *New Zealand Restorative Justice Network*, do Ministério da Justiça Neozelandês, publicado em 2003, define:

Justiça Restaurativa é um termo genérico para todas as abordagens do delito que buscam ir além da condenação e da punição e as causas e as consequências (pessoais, nos relacionamentos e sociais) das transgressões, por meio de formas que promovam a responsabilidade, a cura e a justiça. A Justiça Restaurativa é uma abordagem colaborativa e pacificadora para a resolução de conflitos e pode ser empregada para uma variedade de situações (familiar, profissional, escolar, no sistema judicial, etc.). Ela pode também usar diferentes formatos para alcançar suas metas, incluindo diálogos entre a vítima e o infrator, “conferência” de grupo de comunidades e familiares, círculos de sentença, painéis comunitários, e assim por diante (apud ASSUMPÇÃO: YAZBEK, 2014).

O conceito da Justiça Restaurativa estabelecido pela Resolução n. 2002 de 2012 da Organização das Nações Unidas¹⁸: “evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades”¹⁹.

No Brasil, a Justiça Restaurativa é conceituada como:

uma prática de resolução de conflitos voluntária, baseada num procedimento estruturado de consenso entre o autor e o receptor de atos violentos e demais membros da comunidade afetados por esses atos. Visa reparar os danos causados aos indivíduos e à sociedade; redireciona o foco do culpado e da violação das leis para reparação dos danos, atendimento de necessidades e

16 Sullivan e Tiftt (2008), *Handbook of Restorative Justice*, 2008, apud Yazbek e Assumpção, 2014.

17 https://pt.wikipedia.org/wiki/Justi%C3%A7a_restaurativa Acesso em 23 ago. 2016.

18 <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.V7zmVfkrK1s> Acesso em 23 ago. 2016.

19 Fonte: Justiça para o Século XXI, tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <http://www.justica21.org.br/>. Acesso em 22 ago. 2016.

envolvimento da comunidade no processo. Utiliza a intervenção de um terceiro facilitador, que apenas conduz o processo para ajudá-los a ponderar e decidir o que desejam fazer sobre a questão ou problema que estão enfrentando. Garante os direitos humanos e a dignidade de todos (Fonte: material Instituto Famíliae, 2010, p. 8).

Assumpção e Yazbek esclarecem a correlação entre a Justiça Restaurativa e a Mediação:

O surgimento da Justiça Restaurativa teve, em seu percurso histórico, uma interface com a Mediação, nascendo de um feliz casamento entre os métodos alternativos de resolução de conflitos e a Justiça, instituição responsável pela resolução de litígios em conformidade com as leis, fazendo valer o direito de cada um (2014, p. 57).

Sobre a diferenciação existente entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Tradicional, esclarece Siqueira Neto:

Ao contrário do processo comum, de viés retributivo, que tem por objetivo principal identificar o autor e fazer a adequação típica impondo uma medida ao infrator, a Justiça Restaurativa preocupa-se em saber quem foi afetado, qual a repercussão do fato e que obrigações se originaram a partir do ocorrido, seja em relação à vítima, à comunidade e também ao autor (2015, p. 28).

Com a Resolução 225 de 2016 do Conselho Nacional de Justiça²⁰ a Justiça Restaurativa passa a ser disseminada como prática no Poder Judiciário e “tem como foco a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade de reparação do dano”²¹.

5.5.3. Práticas colaborativas

As práticas colaborativas constituem um método não adversarial de resolução de conflitos, extrajudicial, conforme a Cartilha das Práticas Colaborativas da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro (OAB/RJ):

Foram idealizadas por um advogado de família norte-americano, Stuart Webb, na década de 1980, que estava insatisfeito com a sua prática litigante

20 http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 23 ago. 2016.

21 Conforme matéria: Aprovada resolução para difundir a Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82457-aprovada-resolucao-para-difundir-a-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-2>>. Acesso em 22 ago. 2016.

por constatar os efeitos devastadores dos processos judiciais para todo o sistema familiar (mesmo nas situações em que seus clientes tinham êxito em seus pleitos). Atualmente, é amplamente utilizada em diversos países, como Estados Unidos, Canadá, África do Sul, Austrália, assim como na Europa, com ampla aplicação também em âmbito cível e empresarial.

As práticas colaborativas representam, desde 2011, segundo Gama,

uma nova forma de fazer advocacia, um método não adversarial e voluntário de solução de conflitos, em que as partes se comprometem com a não litigância, trabalhando, juntamente com uma equipe colaborativa, rumo ao consenso e soluções de benefício mútuo para as partes envolvidas. Outra ideia colaborativa é a inclusão de profissionais de saúde para assessorar as partes ou mesmo eventuais envolvidos no conflito (filhos, por exemplo), ou financistas, caso seja necessário, propondo-se uma abordagem interdisciplinar para facilitação do diálogo e construção de consenso, possibilitando que se lance um novo olhar sobre o mesmo conflito (2015, s/p).

Conforme Fonket (2016, p. 463):

O Divórcio Colaborativo surgiu nos EUA, como resultado das concepções do advogado Stuart Webb e da psicóloga Peggy Thompson acerca de uma prática que fosse de encontro de um novo olhar sobre o conflito: como uma oportunidade de transformação positiva.

Com relação a dinâmica do Divórcio Colaborativo: os advogados participantes assinam um contrato de não litigância e trabalham em prol do consenso, participam profissionais especialistas em finanças e na saúde mental, trabalham de forma interdisciplinar em prol de benefícios mútuos.

Constatam -se em muitos processos de divórcios litigiosos as partes ficam presas nos fatos passados e em muitas situações a escalada do conflito é sistêmica, reflete em toda a família, não havendo vencedores. A possibilidade de desenvolver a prática colaborativa com integração de profissionais voltados ao estudo conjunto de soluções de forma interdisciplinar para ampliação de possibilidades e acordos, que certamente poderão ser mais responsivos e efetivos. Todo o sistema familiar é cuidado.

Segundo Fonket (2016, p. 457):

A Mediação e do Divórcio Colaborativo favorecem um contexto cooperativo flexível e criativo. São práticas dialógicas focadas na corresponsabilidade, no protagonismo das partes, e na construção conjunta de processos decisórios.