"Everyone ought to bear patiently the results of his own conduct" (William Shakespeare). Dedico este trabalho a todos os que estiveram sempre comigo e àqueles que efetivamente acreditam naquilo que fazem.

Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Departamento de Direito Processual – DPC

PROFESSOR ORIENTADOR: Carlos Alberto de Salles

ALUNO: Luis Fernando Guerrero – N.º USP 3329711

EFETIVIDADE DAS ESTIPULAÇÕES VOLTADAS À INSTITUIÇÃO DOS MEIOS MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS

Tese de Doutorado apresentada ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação do Excelentíssimo Professor Doutor Carlos Alberto de Salles.

São Paulo – 2012

ABREVIAÇÕES UTILIZADAS

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADR Alternative Dispute Resolution, sigla que designa comumente os métodos alternativos ou adequados de solução de controvérsias ou conflitos – MASCs

Ap. Apelação

art. artigo

CCBC Câmara de Comércio Brasil Canadá

CC Código Civil Brasileiro, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002

CCI Câmara de Comércio Internacional

CDC Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

CLT Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943

Convença de Viena ou CISG *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Good*, Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

CP Código Penal Brasileiro, Decreto-lei n.º 2.488, de 7 de dezembro de 1940

CPC Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973

CPP Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei n.º 3.689, de 7 de dezembro de 1940

Des. Desembargador

ed. Edição

FAA Federal Arbitration Act (EUA)

FDIC Federal Deposit Insurance Corporation

IACCM International Association for Contract & Commercial Management

Lei da Ação Civil Pública Lei n.º 7.437, de 24 de julho de 1985.

Lei de Arbitragem Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996

Lei de Introdução ao Código Civil	Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942
Lei dos Juizados Especiais Cíveis	Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995
Lei Uniforme da UNCITRAL	Lei Modelo da Uncitral sobre Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 21 de junho de 1985
MASC	Método Adequado de Solução de Controvérsias
Min.	Ministro
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
Op. Cit.	Obra já citada
p. / pp.	Página/Páginas
PLS	Projeto de Lei do Senado
Projeto de Código de Processo Civil	Projeto de Lei do Senado n.º 166 de 2010, Emenda n.º 1 – CTRCPC – Substitutivo.
REsp	Recurso Especial
RExt	Recurso Extraordinário
RISTF	Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal
SEC	Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Tribunal de Alçada Civil
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
T.	Turma
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade and Labour
Vol.	Volume

ÍNDICE

1. – Introdução e Objetivo 6
PARTE I 13
2. – Sistema Multiportas de Solução de Conflitos 13
3. – Autocomposição e Heterocomposição – Adjudicação e Consenso no contexto dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – Âmbito de Aplicação 17
4. – O Direito Processual e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – A Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada 25
PARTE II 30
5. Os Métodos de Solução de Controvérsias 30
5.1. Os Métodos de Solução de Controvérsias Básicos 30
5.2. Os Métodos de Solução de Controvérsias Combinados ou Secundários 39
PARTE III 44
6. As Convenções de Solução de Controvérsias 44
6.1. As Bases de Direito Privado – Transação e Compromisso 44
6.1.1 O Compromisso e as Cláusulas Simples 50
6.1.2 A Transação 61
6.2 A Planificação das Soluções de Litígios, *Screening* e *Design* – A Instauração Extrajudicial dos MASCs 72
6.3. *Caseflow* e o *Case Management* – A Instauração Judicial dos MASCs 78
6.4. As Cláusulas Escalonadas – Aspectos Dinâmicos dos Métodos de Solução de Controvérsias 89
PARTE IV 98
7. Técnica do Efeito Vinculante da Cláusula Compromissória e da Cláusula (MASC) 98
7.1 Os Pressupostos Processuais e as Condições da Ação: O Efeito Negativo dos MASCs 98
7.2 Os MASCs como Questões Prévias 110
7.3 Os MASCs e o Processo 118
7.4 O Estado como Agente Garantidor dos MASCs – Iniciativas Políticas e Legislativas 151
7.5 Cláusulas Penais 157
7.6 Indenizações 160
7.7 O Dever de Mitigar o Próprio Dano 172
7.8. Possibilidade de Execução Extrajudicial (*de lege ferenda*) – O Exemplo da Venda de Excussão 181
7.9. Execução por Transformação – A Técnica da Substituição da Vontade do Devedor – Procedimento do art. 7.º da Lei de Arbitragem e o art. 466-B Código de Processo Civil 188
8. A Confidencialidade dos Métodos de Solução de Controvérsias *vis-à-vis* a Publicidade do Processo- Questão de Eficácia? 195
9. Conclusão 216
BIBLIOGRAFIA 221
RESUMO 247
ABSTRACT 250

1. – Introdução e Objetivo

Os métodos de solução de controvérsias estão na gênese do Estado brasileiro. Já na Constituição de 1824, a primeira de nosso país já independente, estipulava-se a utilização das partes para se usar a arbitragem como forma de solução de controvérsias (art. 160), bem como se impedia que qualquer processo judicial tivesse início sem ser demonstrada *"tentativa de reconciliação"* (art. 161) entre as partes.

Esse ideário repetiu-se nas Constituições seguintes[1], com alguns hiatos[2], mas com as mesmas limitações de ordem prática. O processo judicial cada vez mais se tornou a fórmula de solução de controvérsias padrão para todos os tipos de demandas em paralelo ao fortalecimento e consolidação do Estado brasileiro..

Recentemente apenas, o processo passou a ser visto como método de trabalho na medida em que tem por objetivo produzir resultado idêntico àquele resultante da atuação espontânea das regras substanciais e que é[3], informado pela técnica, sendo ser constituído por objetivospara que seja útil socialmente, e não um mero campo intelectual de exercício teórico sem aplicação prática.

Trata-se, pois, de auxílio para que o operador do direito alcance uma tutela jurisdicional eficaz (segura) e efetiva (que produza efeitos) na solução dos conflitos de interessestrazidos a juízo, garantindo-se o acesso à ordem jurídica justa, que as partes saibam o que esperar dos métodos de solução de controvérsias do ponto de vista de seus resultados e não, simplesmente, o acesso ao Poder Judiciário.

---

[1] As constituições de 1934 (art. 4.º), 1946 (art. 4.º) e de 1967 (art. 7.º) previam métodos de solução de controvérsias apenas para conflitos internacionais.

[2] As Constituições de 1891 e de 1937 não continham disposição a respeito. A primeira, provavelmente, como forma de rompimento geral com as regras de solução de controvérsias do antigo regime, e a segunda como forma de concentrar todos os poderes no Executivo, situação na qual até mesmo o Judiciário foi esvaziado sendo impedido até de conhecer questões exclusivamente políticas (art. 94).

[3] *Cf.* J. R. DOS S. BEDAQUE, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 77.

O ordenamento deve prever instrumentos hábeis a conceder às partes todos os meios necessários para que realizem de forma adequada suas posições processuais e provem suas alegações. Tal situação deve ser aplicada inclusive aos métodos alternativos de solução de controvérsia[4] na medida em que se amplia o conceito de jurisdição. O direito de ação deve ser entendido como um direito do indivíduo contra o Estado no tocante à obtenção de mecanismos eficientes de solução de controvérsias, aptos a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão na esfera patrimonial de quem não se acha obrigado a suportá-la.

Há que ser feita uma conjugação entre a técnica processual estabelecida e a instrumentalidade do processo[5], visto como método de solução de conflitosde modo a garantir a sua efetividade na medida em que a técnica deve estar a serviço da eficiência do método de trabalho de solução de conflitos[6].

Exatamente nesse sentido, processo efetivo é aquele que propicia o equilíbrio entre segurança e celeridade proporcionando às partes o resultado desejado pelas partes e previsto no ordenamento jurídico direito material[7]. Nesta esteira, ver-se-á de que modo e as regras fixadas para os métodos alternativos de solução de controvérsias estão de acordo com a técnica processual e se, na mesma medida, garantem a efetividade do processo, correspondência entre o modelo estabelecido em lei e a realidade[8].

Na Constituição Federal em vigor, os métodos adequados ou alternativos de solução de controvérsias ou MASCs retomam papel de destaque para

---

[4] O vocábulo controvérsia pode ser substituído pelo tradicional vocábulo lide, de conceituação de FRANCESCO CARNELUTTI como conflito de interesses caracterizado como uma pretensão resistida (*Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1936, n.º 14) ou litígio na conceituação de JOSÉ DE MOURA ROCHA (*Do Contrato de Transação Judicial*, Recife, Mousinho, 1958, pp. 6-8).

[5] F. L. YARSHELL, *Tutela Jurisdicional*, 2.ª ed., São Paulo, DPJ, 2006, pp. 20-21. Ao se manifestar sobre o assunto, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE propunha uma revisitação dos institutos processuais (*Direito e Processo*, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 12-14). No caso em tela, a visita ainda precisa ser feita, posto que os métodos alternativos de solução de controvérsias não foram analisados sobre esta perspectiva.

[6] C. R. DINAMARCO, *Instrumentalidade do Processo*, 14.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 225.

[7] J. R. DOS S. BEDAQUE, *Efetividade... Op. Cit.* , p. 49.

[8] J. R. DOS S. BEDAQUE, *Direito e Processo... Op. Cit.* p. 59.

aplicação no âmbito do direito interno e privado. O art. 114 prevê a utilização de negociação coletiva e de arbitragem para conflitos coletivos de trabalho. Ademais, não se pode esquecer que o preâmbulo da Constituição indica ser o Brasil um Estado Democrático e comprometido *"(...) na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias"*.

Em termos de legislação infraconstitucional, são diversas as previsões para utilização e efetivação dos métodos de solução de controvérsias. Há grande destaque na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, que em seu art. 2.º incentiva, *"sempre que possível, a conciliação e a transação"*[9], e no art. 24, que cria uma espécie de escalonamento de solução de controvérsias entre conciliação e arbitragem, com a possibilidade de não realização desta e recurso ao processo judicial previsto na referida lei. Não se pode esquecer da própria lei de arbitragem, que além desse método de solução de controvérsias incentiva a conciliação, nos arts. 7.º, § 2.º, e 21, § 4.º.

Ademais, merece destaque a Resolução n.º 125 do CNJ, de 29 de novembro de 2010[10], que ampliou institucionalmente, no âmbito do Judiciário, o *"(...) direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa"*, criando um flanco importante para a utilização dos métodos de solução de controvérsias, estabelecendo *"(...) política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses"*.

É grande o número de Tribunais no Brasil que têm referência e destaque a métodos de solução de controvérsias em suas páginas iniciais na *Internet*[11].

---

[9] Apesar de uma haver uma imprecisão técnica ao se equiparar um método de solução de controvérsias, conciliação, com um instrumento jurídico para a utilização de tal método, a transação.

[10] http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010.

[11] São 16 dos 27 Tribunais de Justiça, 59,25% do total: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – *"Conciliar é Legal"* - http://portal.tjpr.jus.br/web/conciliacao, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - http://www.tj.sp.gov.br/Conciliacao/Default.aspx, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – *"Quero Conciliar"* - http://www.tjmg.jus.br/, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/pagina-inicial/mediacao, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo - http://www.tjes.jus.br/Seriços-ao-Cidadão/precatorios.html, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado de Goiás

– *"Conciliação Goiás"* - http://www.tjgo.jus.br/conciliacao/index.html?opc=consulta e "*Centro de Pacificação Social"* http://www.tjgo.jus.br/index.php?sec=institucional&item=projetoseacoes&subitem=pacificacaosocial, acessados em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins – *"Quero Conciliar"* – http://www.tjto.jus.br/, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Pará – http://www.tjpa.jus.br/aconteceNoTJ/2011/AVISOS/edital_selecao_de_conciliador_edital-01_e_02-2011.pdf, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas – http://nds.tjam.jus.br/cn/, acessado em 10 de agosto de 2011, com sistema em manutenção, Tribunal de Justiça do Estado de Roraima – *"Justiça Comunitária"* – http://www.tjrr.jus.br/sistemas/php/joomla/index.php/institucional/justica-comunitaria, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – *"Quero Conciliar"* e *"Conciliando a Gente se Entende"* – http://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/projetos-sociais/327-conciliacao.html, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado do Piauí – *"Núcleo de Solução de Conflitos"* - http://www.tjpi.jus.br/site/modules/htmlcontent/Page.mtw?id=612, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco – Coordenadoria Geral das Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem – http://www.tjpe.jus.br/concilia/, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas – *"Direito das Sucessões e Conciliação"* - http://www.tjal.jus.br/ e Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – *"Programas e Projetos"* - http://www5.tj.ba.gov.br/index.php, acessado em 10 de agosto de 2011. No caso dos Tribunais Regionais Federais são 4 dos 5 Tribunais, 80% do total: Tribunal Regional Federal da 2.ª Região – *"Núcleo de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TRF-2.ª Região"* – http://www.trf2.jus.br/conciliacao/index.html, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional Federal da Terceira Região – http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=11&op=noticia&id_materia=2458, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional Federal da 4.ª Região – *"Sistema Conciliação"* - http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=sistcon_inicial, acessado em 10 de agosto de 2011 e Tribunal Regional Federal da 5.ª Região – "Gabinete de Conciliação" – http://www.trf5.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=513&Itemid=438, acessado em 10 de agosto de 2011. Finalmente, 12 Tribunais Regionais do Trabalho de 24, no total, o que corresponde a 50% apresentam disposições no mesmo sentido: Tribunal Regional do Trabalho da 1.ª Região – *"Conciliar é a Nossa Praia"* – http://portal2.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/PORTAL.wwv_media.show?p_id=13675726&p_settingssetid=381905&p_settingssiteid=73&p_siteid=73&p_type=basetext&p_textid=13675727, acessado em 10 de agosto de 2011 Tribunal Regional do Trabalho da 2.ª Região – "Núcleo Permanente de Solução de Conflitos" - http://www.trt2.jus.br/, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 3.ª Região – *"Conciliar é nossa missão"* - http://www.trt3.jus.br/conciliacao/, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 4.ª Região – "Projeto Conciliação" – http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/servicos/projetoConciliacao, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 5.ª Região – *"Projeto Conciliar"* – http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/servicos/projetoConciliacao, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 6.ª Região – *"Movimento pela Conciliação"* – http://www1.trt6.gov.br/consultaOnline2/index.php?metodo=exibeFormularioAcordo, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 7.ª Região – *"Conciliando a Gente se entende"* - http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=983, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região – *"Juízos de Conciliação"* - http://www.trt7.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=983 - acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 13.ª Região – *"Quer Conciliar"* – http://www.trt13.jus.br/engine/subinterna.php?pag=acordo_conciliar_form.php&tipo=L, acessado em 10 de agosto de 2011, Tribunal Regional do Trabalho da 18.ª Região – *"Projeto Conciliação em Ação"* - http://www.trt18.jus.br/content/TRT18/CONSULTAS/PCA/pca.pdf, acessado em 10 de agosto de 2011 e Tribunal Regional do Trabalho da 24.ª Região – *"Projeto Conciliar"* - http://www.trt24.jus.br/www_trtms/pages/projeto_conciliar.jsf, acessado em 10 de agosto de 2011. Quando se analisa o volume populacional que está sob a jurisdição dos tribunais mencionados, vê-se que a imensa maioria dos brasileiros está contida. A tendência é antiga sendo o apoio institucional

Sem dúvida, os métodos adequadosde solução de controvérsias e as suas relações fazem parte do dia a dia dos brasileiros.

Esse contexto torna necessária uma análise do modo com o qual as cláusulas contratuais que estipulem métodos de solução de controvérsias, consensuais ou adjudicatórios >>>, como métodos de trabalho[12] de solução de conflitos, e são dotados de eficácia específica e vinculação.

Esse trabalho preocupar-se-á com a categoria de medidas externas ao processo que se se destinam à obtenção de formas efeticientes de obtenção de tutela; e de que modo poder-se-á obter a efetivação do que foi decidido ou acordado? Quais são os mecanismos que o nosso sistema dispõe para solucionar as crises de efetividade dos MASCs ?

Nesse aspecto, com a notável melhora dascondições econômicas do Brasil e novos elementos jurídicos que incentivam a celebração de contratos complexos e duradouros, que geralmente contêm as cláusulas escalonadas de solução de controvérsias, ganha relevo essa discussão.

O trabalho analisará o liame contratual que serve de base para os métodos adequados de solução de controvérsias e, principalmente, de que modo tais métodos podem se relacionar, no plano contratual, em situações de escalonamento, bem como as consequências processuais e materiais que podem ser atribuídas às relações entre eles.

---

mencionado acima reflexo dessa situação. Nesse sentido: M. DE A. RICHA, *Evolução da Semana Nacional de Conciliação como Consolidação de um Movimento Nacional Permanente da Justiça Brasileira in* A. C. PELUSO e M. DE A. RICHA (coord.), *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, São Paulo, Forense, 2011, p. 61-72.

[12] CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO considera que o processo é *"(...) o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descrevem os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício de seus poderes fundamentais: ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu"* (*Instituições de Direito Processual Civil*, 6.ª ed., Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 295). Nesse sentido, arbitragem e mediação como métodos de solução de conflitos também podem ser classificados como métodos de trabalho, embora tenham características próprias que serão analisadas neste trabalho.

Ademais, serão verificadas recentes interpretações acerca de conceitos tradicionais, tal como jurisdição, especialmente seu aspecto teleológico, a execução específicadas obrigações de utilizar determinado modo de solução de controvérsiase a efetivação dos resultados obtidos, jurisdicional ou não.

Trata-se de um ponto de contato entre aquilo que KAZUO WATANABE denominou de *"cultura da sentença e cultura da pacificação"*. Embora seja corrente o entendimento da cultura da sentença, os julgadores preferem proferir sentença em vez de tentar conciliar as partes, cultura da pacificação. A alteração de paradigma, unindo a academia e a práxis, incentiva o *case management*, gerenciamento do processo, com uma atuação mais próxima do julgador[13].

No entanto, é preciso também uma alteração cultural das partes, especialmente ao estabelecerem os métodos de solução de controvérsias que seja, *via design*, quser seja para efetivá-los quando o conflito emerge e uma postura ativa do Judiciário, que não deve interferir nos métodos de solução de controvérsias diversos do processo, e sim incentivá-los.

Os métodos alternativos de solução de controvérsias têm importante impacto no tocante à duração razoável no processo, que no Brasil tornou-se um princípio constitucional pela Emenda Constitucional n.º 45 (art. 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), tornando a questão ainda mais relevante em nosso ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, de acordo com LUIGI PAOLO COMOGLIO, a demora do processo pode ser caracterizada como uma espécie de pecado original ou vício congênito dos sistemas processuais, transformando uma justiça tardia em uma, em verdade, injustiça. Nesse aspecto, são de duas naturezas as medidas que podem ser tomadas. As primeiras são endoprocessuais, atacando diretamente o denominado vício congênito com

[13]- K. WATANABE, *Cultura da sentença e cultura da pacificação* in F. L. YARSHELL E M. Z. DE MORAES (orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005, p. 684-685 e 688-690.

medidas que tenham por objetivo acelerar e concentrar o curso do procedimento judicial, controlando com mais rigor o tempo e o ritmo do processo. De outro lado, há uma categoria de medidas de nível externo que se utiliza da premissa implícita de imutabilidade dos vícios congênitos do processo, voltando-se para a individualização, disciplina e obtenção de recurso a formas eficientes de proteção e tutela. Aqui estão inseridos os MASCs. [14]

Apresentar-se-á, ainda, com base nesse vínculo contratual e processual estabelecido entre os contratantes, as soluções adotadas em outros países para o problema tratado, buscando-se relacioná-las com as soluções que podem ser empreendidas no Brasil de modo a garantir a efetividade da opção das partes por um sistema de solução de controvérsias.

[14] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada... Op. Cit.,* p. 40. No mesmo sentido afirmam JUDITH M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague, Klower International, 2003, p. 513-515.

Parte I

2. – Sistema Multiportas de Solução de Conflitos

O *sistema multiportas* é uma tendência, não necessariamente nova, de se buscar formas de solução de conflitos que possam coexistir ou até mesmo fazer as vezes do tradicional sistema judicial de solução de conflitos. Essas formas podem ser realizadas a partir de uma postura amigável ou adversarial das partes.

A tendência não é recente na medida em que tal preocupação com outras formas de solução de conflitos foi proposta no Brasil já pela obra *Participação e processo*,[15] há mais de vinte anos. Contudo, a discussão vem se aprofundando e medidas práticas vêm sendo adotadas nesse no sentido de permitir acesso mais fácil a métodos de solução de controvérsias com base em um arcabouço legal (lei brasileira de arbitragem de 1996[16] e a discussão sobre o Projeto de Lei de Mediação de 1998).[17]

Inúmeros são os motivos que incentivam a busca pelos métodos adequados de solução de conflitos, especialmente a longa duraçãodos processos judicias e os custos envolvidos na sua utilização, com o objetivo de obter analisar diversos requisitos, especificamente celeridade, racionalidade e economia na sistemática dos interesses em jogo.[18]

É por isso que se fala em *sistema multiportas*, visto que a parte interessada poderá ter acesso a diferentes formas de solução de conflitos, sendo o

---

[15] A. G. BIDART, *Conciliación y Processo*, A. P. GRINOVER, *A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo*, C. A. CARMONA, *Arbitragem e Jurisdição* e W. M. DE OLIVEIRA, *Do Juízo Arbitral* in A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO E K. WATANABE (coords.), *Participação e Processo*, São Paulo, RT, 1988

[16] Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.

[17] Projeto de Lei n.º 94/2002 (Senado Federal). Na Câmara dos Deputados brasileira o projeto de lei recebeu o número 4.827/1998. Hoje há também o Projeto de Lei nº. 517/2011 so Senado.

[18] F. AROSSA e F. BENIGNI, *Le Procedure "ADR"* in F. BENIGNI E F. FRANZINI (orgs.) *Composizione delle Controversie Commerciali com le Procedure "ADR" . Oppotunità per le Imprese*, Milano, Giuffré, 2004, p. 8. No mesmo sentido, R. L. MARCUS, M. H. REDISH e E. F. SHERMAN, *Civil Procedure. A Modern Approach*, 4.ª ed., St. Paul, IOB Thompson, 2005 pp. 108-109.

advogado responsável por oferecer e discutir com o seu cliente as maneiras de solução adequadas de modo que este possa definir o que quer da solução de conflitos e qual seria a melhor maneira de atingir este objetivo. *"Como nos sentiríamos se um medico sugerisse uma cirurgia sem explorer outras possibilidades?"*.
[19]

Nos Estados Unidos observa-se uma grande variedade de métodos de trabalho de solução de conflitos (*mini-trial*, avaliação neutra de terceiro, *summary jury trial*, *private-judging* etc.), buscando-se sempre o mais apropriado para a solução do conflito, sendo admissível ainda a combinação de tais métodos. Trata-se do chamado sistema de *multi-door courthouse*, com o qual se visa ao fornecimento da melhor forma possível de solução de determinado conflito.[20]

O direito saxão ainda apresenta outras perspectivas da mesma situação, tratando as cláusulas de solução de controvérsias, nos dizeres de DAVID JOSEPH Q. C., como um verdadeiro regulamento dos métodos de solução de controvérsias, comparando-se o litígio com o jogo de xadrez[21]. No manual indica-se de que forma o jogador poderá fazer determinado movimento, como se verá aqui na hipótese de recusa de adoção de um método, e em que tempo tal movimento deve ser executado, tal como se deverá proceder aqui em relação aos *time limits*. Na mesma linha, NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO ensina que qualquer processo é a forma estabelecida pelo Estado como padrão para solucionar conflitos de toda classe. Trata-se, portanto, de um "manual de instruções" institucionalizado. Todavia, em nenhum lugar os litígios se submetem ao mesmo modelo processual[22] ou de solução de controvérsias. No entanto, a forma de solução de controvérsias autocompositivas básica a transação, pode decorrer de diferentes

---

[19] "*How would we feel about a doctor who suggest surgery without exploring other choices"* S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Process*, 4.ª ed., New York, 2003, p. 323. No mesmo sentido: A. G. DE AZEVEDO (org.), *Estudos de Arbitragem, Negociação e Mediação*, Vol. III, Brasília, UNB, 2004, p. 322.

[20] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación y Mediación*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2006, pp. 60-61.

[21] D. JOSEPH Q. C., *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 3.

[22] N. A.-Z. Y CASTILLO, *Proceso, Autocomposicion y Autodefensa*, Ciudad de Mexico, UNAM, 1970, pp. 134-142.

processos[23], dentre os quais os mais conhecidos são a negociação, a conciliação e a mediação.

A prática de determinado método de solução de controvérsia, embora seja uma grande expressão da instrumentalidade dos meios para solução de conflitos, não pode ser desprovida de técnica jurídica. Como afirma KIMBERLEE K. KOVACH, a existência da prática não a legitima[24]. É necessário saber, com base no arcabouço jurídico existente, quais são as possibilidades de cada uma das formas de solução de conflitos e quais são os seus limites.

Além da prática de determinado método de trabalho, é fundamental que ele tenha representação para aqueles indivíduos da sociedade que não participam do procedimento. Como sustenta NIKLAS LUHMANN, *"(...) a legitimação é a institucionalização do reconhecimento de decisões como obrigatórias"* .[25]Deve existir a sensação de que o procedimento se passa naturalmente e com que esforço sério, justo e intenso se investigarão a verdade e a justiça. Na mesma linha, a institucionalização do procedimento será algo também relevante, isto é, deverá haverconsenso sobre determinadas expectativas que sugerem o fundamento da ação[26] ou no caso concreto acerca do método adequado de solução de controvérsia adotado.

Esse trabalho responderá de que maneira os métodos alternativos de solução de conflitos podem vincular as partes e produzir resultados, especialmente em uma comparação entre aqueles nos quais se verifica a participação de um terceiro que decide (métodos heterocompositivos) e daqueles que contam com um terceiro que apenas auxilia as partes na busca de solução do conflito (métodos autocompositivos), exemplificados na arbitragem e na mediação, respectivamente.

---

[23] N. A.-Z. Y CASTILLO, *Proceso... Op. Cit.*, pp. 82-83.

[24] K. K. KOVACH, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin´s Grid* in Harvard Negotiation Law Review nº 71, LEXSEE, 1998, p. 77, acessado em 10 de fevereiro de 2009.

[25] N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, CÔRTE REAL, Maria da Conceição, (trad. alemão), *Legitimação pelo Procedimen*to, Brasília, UNB, 1980 p. 104.

[26] N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren... Op. Cit.*,, pp. 105-106.

Obviamente, o ideário dos métodos de solução de controvérsia só será atingido se as partes tiverem informação e orientação para conhecerem as possibilidades e a efetividade do método de solução de conflitos escolhido[27]. Analisar-se-á a questão com base na contraposição possível entre os efeitos de heterocomposição e de autocomposição, tendo como exemplos práticos a arbitragem e a mediação, respectivamente.

[27] K. WATANABE, *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna* in A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO E K. WATANABE (coords.), *Participação e Processo... Op. Cit.*, p. 133.

3. – Autocomposição e Heterocomposição – Adjudicação e Consenso no contexto dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – Âmbito de Aplicação

Na técnica processual já legislada e naquele ainda projetada, *de lege ferenda*, os métodos alternativos ao Judiciário para solução de controvérsias só poderão ser utilizados em questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, exemplo claro da arbitragem (art. 1.º da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996), ou questões nas quais se permitam transação, exemplos da mediação (art. 1.º do Projeto de Lei n.º 94/2002) e da conciliação (art. 331 do Código de Processo Civil).

No caso da arbitragem, o direito será considerado patrimonial quando possuir expressão monetária, isto é, quando puder fazer parte da universalidade de bens e direito de um indivíduo. Além disso, um direito será disponível na medida em que puder ser exercido livremente por seu titular, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência[28].

Poderão ser objeto de arbitragem as questões para as quais o Estado não tenha criado limitações, tornando determinados bens como um elemento fora do comércio em virtude da proteção de interesse público, ou seja, que se possa dispor livremente do bem objeto da controvérsia.

Os limites objetivos dos MASCs envolvem todos aqueles bens e direitos que podem ser objeto de contrato[29]. Arrematando o entendimento no sentido que podem ser arbitradas questões abrangendo todos os bens e direitos em relação aos quais as partes possam criar obrigações[30], e, como afirma ÁLVARO MENDES

---

[28] A. MENDONÇA DE LIMA, *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, RT, 1986, p. 225.

[29] O compromisso não se confunde com um contrato, é ato jurídico, já que não extingue, altera ou conserva direitos (J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4.ª ed., Vol. XIV, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951, p. 11). Contudo, como se refere a um negócio jurídico, serão arbitráveis questões que envolvem bens e direitos passíveis de serem incluídos nos negócios jurídicos.

[30] Cabe mencionar também que: *"A chamada capacidade objectiva, isto é, a determinação do que possa ser objeto de um contrato é um requisito legal sujeito a mutações, segundo as peculiaridades que caracterizam as diversas convenções".* In A. M. PIMENTEL, *Da Cláusula... Op. Cit.*, p. 139. Assim, o objeto da arbitragem em um contrato administrativo deve ser analisado de modo diferente de um contrato comercial, tendo em vista as peculiaridades de cada ramo jurídico.

PIMENTEL,diferenciaria transação de compromisso:

> *"A transação ultima a contenda; si uma das partes tentar renova-la, oppôr-lhe-á a outra exceptio per transationem finitae. O compromisso affirma o litígio para que o arbitro o dirima.*
>
> *É da substancia da primeira ser um contacto commutativo. É da natureza do segundo nada cederem as partes nas suas pretensões.*
>
> *Naquella dá-se renuncia de direito, cada parte entende alienar uma porção do objecto da transação para conservar incontestado o restante. Neste só se pactua a derrogação da ordem legal das jurisdicções para submeter à decisão arbitral todo o objecto do litígio – compromittere est simul promittere stare sentiae arbitri".*[31]

Verifica-se a interpretação da lei tem com base na patrimonialidade e a disponibilidade destes direitos, isto é, quando for possível a transmissão ou atribuição a outrem destes direitos por ato de vontade. Embora possa ser questionada a padronização destes conceitos, estes são os critérios mais objetivos existentes no nosso ordenamento.

Do ponto de vista subjetivo, por partirem da autonomia da vontade, os métodos de solução de controvérsias dependem da capacidade dos agentes que pretendam utilizá-los como tal.

A capacidade do agente representa um dos elementos indispensáveis do negócio jurídico, ao lado da licitude e possibilidade do objeto e da forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 e incisos do Código Civil), e sua análise deve ser pautada caso a caso, verificando-se a situação de cada parte ou agente em uma determinada situação, com base nas regras estabelecidas, em geral, pelo Código Civil ou especificamente por normas acerca da interpretação dos negócios jurídicos, especialmente com a introdução de conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, tais como aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

---

[31] A. M. PIMENTEL, *Da Cláusula... Op. Cit.,* p. 164 No mesmo sentido, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil... Op. Cit.,* p. 11.

A capacidade jurídica de fato é tratada com mais relevância em relação à capacidade de gozo, uma vez que somente a primeira terá o condão de permitir que a parte realize, sem o auxílio de terceiros, negócios jurídicos que darão origem a métodos de solução de controvérsias ou que poderão concluí-los.

A capacidade de gozo, todavia, deve ser analisada com o mesmo cuidado porque, não obstante não permita que a parte participe sem representação de um negócio jurídico[32], atribuiu a ela a possibilidade de ser titular de direitos e obrigações que podem ser objeto dos litígios, a serem dirimidos.

A disciplina sobre a capacidade de pessoas físicas é dada pelos arts. 1.º a 6.º do Código Civil, enquanto a das pessoas jurídicas dependerá do cumprimento dos requisitos previstos na regra geral das pessoas jurídicas e no seu tipo societário ou associativo presentes no Código Civil, arts. 40 a 69 e 966 a 1.195, e na legislação empresarial específica.

Tradicionalmente, as formas de solução de conflitos são divididas em métodos autocompositivos e métodos heterocompositivos com características, âmbitos de atuação, como já visto (exemplo da arbitragem para os métodos heterocompositivos e da mediação para os métodos autocompositivos), e resultados diversos do ponto de vista da técnica processual, mas não necessariamente do ponto de vista da efetividade do processo como forma de solução de controvérsias. Nesse sentido, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO consideram que:

> *"A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz da atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas. Esses conflitos caracterizam-se por situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque (**a**) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (**b**) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão (p. ex., a pretensão punitiva do Estado não*

[32] J. ABREU FILHO, *O Negócio... Op. cit.*, p. 111.

pode ser satisfeita mediante um ato de submissão do indigitado criminoso)".[33]

É comum na doutrina brasileira a referência a métodos de solução de controvérsias a partir de gênero representado pela presença ou não de terceiros imparciais na sua condução ou na facilitação, como conformado por NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO no início da década de 1970.[34]

Há crítica aos denominados métodos autocompositivos na medida em que eles, supostamente, tornariam as partes que deles fazem uso suscetíveis a imposições causadas por desequilíbrio de poder e pressões para a celebração de acordos. Não se oferece orienta ção para a sociedade na medida em a autilização dos métodos autocompositivos é específica para o caso concreto, não se formando precedentes e que dependem da vontade das partes.[35]

Nessa esteira, há crítica ainda em relação à própria classificação e ao alcance da participação de terceiros em tais métodos. CARLOS ALBERTO DE SALLES considera a dicotomia autocomposição – heterocomposição inadequada, pois, nos métodos autocompositivos em que há a participação de um terceiro, a classificação mencionada desconsidera o papel daquelena condução dos métodos de solução de controvérsias e na conformação dos interesses das partes. De outro lado, quanto à classificação em métodos heterecompositivos, muitas vezes se despreza o objetivo de desenvolvimento do consenso entre os litigantes que deve estar presente nos MASCs.[36]Realmente, tais críticas são razoáveis e decorrem da utilização prática de tais métodos, contudo devem ser empregados de modo que sejam mitigadas discussões teóricas

---

[33] A. C. ARAÚJO CINTRA, A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 26.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 20.

[34] N. A.-Z. Y CASTILLO, *Proceso... Op. Cit.*, pp. 71 e seguintes. Nesse sentido: F. TARTUCE, *Mediação nos Conflitos Civis*, São Paulo, Método, 2008, pp. 46-85 e P. CALMON, *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*, Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 31 e seguintes.

[35] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación y Mediación*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, pp. 43-45. Crítica quanto à não formação de precedentes também é apresentada por STEPHEN B. GOLDBERG, FRANK. E. A. SANDER, NANCY H. ROGERS E SARAH R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit*., p. 167.

[36] C. A. DE SALLES, *A Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, p. 145.

sobre sua utilização e tais métodos possam ser adequados aos litígios em discussão com total conhecimento das partes.

Essa é exatamente a dicotomia apresentada pela Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, ao apresentar a mediação e conciliação como formas consensuais de solução de controvérsias – e a quando considerando o Judiciário como uma forma adjudicatória de solução de controvérsias – art. 1.º, parágrafo único.

Vê-se, portanto, que o âmbito de atuação dos métodos adequados de solução de controvérsias difere sutilmente se estipulados contratualmente. Nos chamados métodos consensuais são tratados aqueles direitos para os quais haja litígio tendo a transação sempre um efeito extintivo com concessões recíprocas, mas nem sempre envolvendo só direitos disponíveis. Já nos métodos heterocompositivos extrajudiciais são analisadas somente aquelas questões que possam fazer parte do patrimônio das partes e que sejam passíveis de disposição.

Nesse sentido, outro aspecto a ser analisado para se traçar uma relação entre os métodos autocompositivos e heterocompositivos é a jurisdição do ponto de vista adjudicatório e o consenso utilizado pelos MASCs.

A definição de jurisdição estruturada a partir do direito romano é aquela segundo a qual se opõem o *iurisdictio* e o *imperium* representando uma redução do campo jurisdicional ao seu momento declaratório não no sentido moderno, mas no sentido de declarar o direito àquela situação concreta apresentada.[37]

Atualmente, porém, o conceito de jurisdição clássico que mais se destaca no direito brasileiro é aquele trazido por GIUSEPPE CHIOVENDA, tendo-a como: *"(...) função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la*

[37] O. A. BAPTISTA DA SILVA, *Jurisdição na Tradição Romano Canônica*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007, pp. 36-37.

praticamente efetiva"[38]. Nesse sentido, ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, a partir de suas anotações do curso ministrado por GALENO LACERDA, sumariza o entendimento retratando que o julgador deve aplicar o direito ao caso concreto, tendo poder de coerção, de documentação e de investigar a matéria de fato.[39]

Obviamente a diversidade de conceituação do início do século XX para o direito romano é clara. É possível notar

a relevante influência do conceito de Estado e exercício de poder nesse conceito em relação àquele romano, caracterizado pelo poder jurídico para a consecução de fins específicos.[40]

E não há como negar a sabedoria das palavras de PIERO CALAMANDREI, para quem: *"(...) não se pode dar uma definição do conceito de jurisdição absoluta, válida para todos os tempos e para todos os povos"*. [41]

Nesse sentido, hoje, há um entendimento de que a jurisdição seja considerada a partir de uma visão teleológica de aplicação do direito ao caso concreto como atividade central, independentemente da atuação direta do Estado. Pode-se dizer, a partir desta interpretação, que a jurisdição é realizada por aquele que aplica o texto legal a uma situação concreta, seja sua função decorrente de uma função institucional ou da vontade das partes, desde que sejam respeitados alguns requisitos como o contraditório e a ampla defesa. É o conceito conhecido como teleológico de jurisdição.

Como mencionado, aqui se adota o conceito teleológico[42], mais voltado ao objetivo principal, de pacificação da sociedade, e baseado na *cognitio* como faceta principal de seu conceito. Mesmo assim, há outro ponto que difere os métodos autocompositivos e heterocompositivos de solução de controvérsias. Tal diferença diz respeito ao fato de não existir jurisdição, aplicação do direito ao caso concreto, na atuação

---

[38] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1.ª ed., Vol. II, Napole, Jovene, 1928, p. 3.

[39] A. G. CARNEIRO, *Jurisdição e Competência*, 15.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 8.

[40] D. A. DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 111.

[41] D. A. DALLARI, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 111.

[42] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Jusrisdição... Op. Cit.*, pp. 305-306.

dos mediadores e conciliadores, ao contrário do que se verifica na jurisdição estatal e na arbitragem. Nesse sentido, CARITA WALLGREN afirma:

> *"ADR é também baseada em um contrato que indica terem as partes envolvidas em um litígio concordado em envolver um Imparcial. Ao contrário de processos judiciais e arbitragem, entretanto, o Imparcial não tem jurisdição sobre qualquer uma das partes. Isso significa que se as partes em disputa concordaram que o Imparcial apresentará uma opnião vinculante, ela será vinculante para as partes somente do ponto de vista contratual". (...)".*[43]

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ainda apresenta o interessante conceito de *"justiça parajurisdicional"* no sentido de que a tutela jurisdicional fornecida pelo Estado não é o único meio de alcançar a ordem jurídica justa.[44]

Há, para o referido autor, a autocomposição unilateral, que ocorre com modalidades de renúncia ou submissão (arts. 269, incisos II e V, e 794, incisos I e III, do Código de Processo Civil), são categorizadas como autocomposições legítimas na medida em que são previstas em nosso ordenamento jurídico.[45]

De outro lado, há a autocomposição facilitada, com a presença de terceiros, caracterizada pela presença de mediadores ou conciliadores, *"interscceção de uma terceira pessoa"*[46], nos dizeres do referido autor. Entretanto, a principal decorrência desse conceito é a ideia de equivalentes jurisdicionais já presentes em FRANCESCO CARNELUTTI[47]. Nesse aspecto, há a consideração de uma equivalência

---

[43] *"ADR is also based on contract which provides that the parties in dispute agree to involve a Neutral. Contrary to court proceedings and arbitration, however, the Neutral has no jurisdiction over any party. This means that even if the parties in dispute have agreed that the Neutral shall present a binding opinion, it will be binding upon the parties as a contractual term only"* (tradução livre). *ADR and Business in* J. C. GOLDSMITH (org.) *ADR in Business,* 1 .ª ed., Alphen aan den Rijin, Klower Law International, 2006, p. 9 (trad. livre). Trata-se de uma vinculação contratual com importantes consequências no âmbito processual, especialmente no direito brasileiro e o art. 158 do Código de Processo Civil, como será analisado.

[44] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.,* Vol. I, pp. 121-122.

[45] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.,* Vol. I, p. 123.

[46] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.,* Vol. I, p. 125.

[47] F. CARNELUTTI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1929, p. 85.

funcional entre os métodos de solução de controvérsias e o processo civil tradicional em uma perspectiva teleológica na medida em que buscam os mesmos objetivos e estão destinados a prover a mesma utilidade social.[48]

Como se vê, há um espaço para alocação dos métodos de solução de controvérsias ditos alternativos ou adequados no âmbito da ciência processual tradicional. O escopo social do processo ganha cada vez mais relevância em uma análise que deve ser feita com foco nos resultados e na utilidade dos provimentos.

[48] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op, Cit.,* Vol. I, p. 126.

4. – O Direito Processual e os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – A Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional Recolocada

A necessária inafastabilidade da tutela jurisdicional é ponto relevante quando se analisa de que modo os métodos alternativos produzirão efeitos e, em última análise, qual é e de que maneira se relacionam com o Judiciário, isto é, como o direito processual atua em face de tais métodos e com quais objetivos.

Inicialmente não se pode abandonar a ideia de que tais mecanismos e o Judiciário, em certas situações, podem ser sucedâneos, complementares[49] ou até mesmo excludentes. Assim, considerando-se também contexto democrático e de pacificação social[50], algumas linhas comuns existem entre todas as formas de solução de controvérsias, como aquelas baseadas fortemente na soberania nacional ou mesmo em regras de direito do comércio internacional, por exemplo, a *Lex mercatoria* como garantias de efetivação dos métdos adequados de solução de controvérsias devendo a análise da tutela jurisdicional passa a ser feita de modo diverso.[51]

O direito processual, como corriqueiramente trata a doutrina, é o conjunto de normas e princípios destinados a regular a forma de solução de conflitos por meio do poder estatal.[52]

O desafio é saber como esse conjunto de regras e princípios, que regula uma forma de solução de conflitos, se comporta na ausência de poder estatal ou na sua presença apenas de modo indireto. Isso porque alguns métodos de solução de controvérsias podem ocorrer em contextos nos quais a identificação de um poder estatal como garantidor da efetivação de decisões proferidas, exemplo das arbitragens

---

[49] A noção de bens sucedâneos e complementares é trazida por F. NUSDEO, *Curso de Economia*, 2.ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 38.

[50] C. R. DINAMARCO, *Instituições..*, Vol I,. *Op. Cit.*, p. 39.

[51] C. A. SALLES, *Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias e Acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada* in L. FUX, N. NERY JUNIOR e T. A. A. WAMBIER, *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006, pp. 779-792.

[52] C. R. DINAMARCO, *Instituições...*, Vol. I, *Op. Cit.*, p. 39, e O. A. BAPTISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 5.ª Ed., São Paulo, RT, 2001, p. 14.

internacionais, ou algumas formas nas quais não há sequer exercício de poder por um terceiro neutro[53], pelo menos não de um poder estatal ou institucionalizado.

Portanto, não há uma relação uníssona entre o direito processual e os métodos de solução de controvérsias em termos de profundidade ou amplitude, mas pode-se dizer que o direito processual serve do mesmo modo para todos esses métodos, isto é, comportar-se-á do mesmo modo, variando apenas a intensidade com a qual interage com os diferentes métodos de solução de controvérsias.

Nesse aspecto, o direito processual se apresenta como uma moldura de regras e princípios, um direito comum cuja aplicação representa uma garantia ao jurisdicionado de boa justiça, ou então de um processo equitativo. O direito europeu, por exemplo, aceita tal postulado, especialmente pela dicção do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.[54]

---

[53] *"No Brasil, costuma-se falar apenas em imparcialidade, chegando-se mesmo a repudiar a neutralidade como atributo do julgador. A neutralidade, no entanto, presente na literatura americana sobre mecanismos alternativos, se bem compreendida, aponta para características antecedentes àquela da imparcialidade, ou mais exatamente, dizem respeito à posição do árbitro, juiz, mediador ou conciliador em relação às partes envolvidas na controvérsia. Funciona assim como uma espécie de condição para aquela ser alcançada. (...). É a neutralidade, enquanto posição de equidistância e independência em relação às partes, portanto, o que efetivamente importa na produção de efeitos processuais"* (C. A. SALLES, *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro, Forense, 2011, pp. 51-52).

[54] X. LAGARDE, *Droit Processuel et Modes alternatifs de Réglement dês Litiges* in P. CHEVALIER Y. DESDEVISES e P. MILBURN, *Les Modes Alternatifs de Réglement dês Litiges: lês voies nouvelles d´une autre justice*, Paris, La Documentation Française, 2003, 45. Nesse sentido: *"Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo) – 1- Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso a sala de audiências pode ser proibido a imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo: quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. 2- Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. 3- O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo"* (http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/cesdh.html#artigo_6, acessado em 14 de setembro de 2010).

Trata-se de um instrumento utilizado para garantir a autoridade do ordenamento jurídico com a aplicação e o atendimento de necessidades concretas em uma determina situação[55], ou à vontade das partes. É a partir *"(...) das características, condicionantes e peculiaridades de uma área que se deve avaliar e construir a resposta processual"*. [56]

As regras que regulam o direito processual incidirão sobre qualquer meio jurisdicional de solucionar uma determinada controvérsia ou sobre um método consensual que esteja ligado a um método jurisdicional via escalonamento. Não é por outra razão, por exemplo, que a Lei de Arbitragem brasileira prevê em seu art. 21, § 2.º, que o procedimento arbitral, independentemente daquele escolhido pelas partes, deverá respeitar os princípios do contraditório, da igualdade entre as partes e da imparcialidade e do livre convencimento pelos árbitros.

Em um método jurisdicional de solução de controvérsias, como é, por exemplo, a arbitragem, as partes devem ser tratadas de modo isonômico (as diferenças devem ser relevadas na medida da desigualdade entre as partes), permitindo-se a exposição de suas razões e a resposta aos argumentos da parte contrária. De outro lado, o julgador deve ser equidistante às partes e julgar de acordo com o seu livre convencimento.

Esse é o corolário genérico, o quadro, que o legislador considerou razoável para um método de solução de controvérsias, e toda a sua origem e fundamentação repousam no processo civil.

E, ainda que alguns terceiros não decidam, os chamados facilitadores do consenso, conciliadores e mediadores, têm um papel nesse contexto de pacificação social. Não se trata de instrumentos de direito processual, e sim de algo influenciado por ele como molde que é ou referência oficial, mas a ele equivalente.

---

[55] A. C. ARAÚJO CINTRA, A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO, *Teoria Geral... Op. Cit.,* p. 46.

[56] C. A. DE SALLES, *A Arbitragem.. Op. Cit.,* , p. 25.

Mesmo adotando-se uma visão procedimentalista do processo civil, não haverá espaço para se excluírem outros métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais, como a mediação e a conciliação, na medida em que, embora o terceiro imparcial não aplique o direito ao caso concreto, existirá *"(...) o desenvolvimento de um processo*[57] *comunicativo pelo qual se dá, por um lado, a resolução dos problemas e, por outro, a aplicação de um direito efetivamente válido"*.[58]

Portanto, sendo o aprofundamento do processo de negociação, com a sua facilitação, caso da mediação, ou um processo para que as partes consigam atingir consenso sobre uma determinada situação prática, transacionando, caso da conciliação, estará configurada a possibilidade de aplicação do direito ao caso concreto, não por um terceiro, mas por acordo entre as partes, sozinhas, caso da negociação, ou a partir de um procedimento facilitador, como a mediação e a conciliação.

---

[57] Nesse caso, processo deve ser entendimento como procedimento, conjunto encadeado de atos (*Cf.* C. R. DINAMARCO, *Vocabulário do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2009, p. 223).

[58] J. E. E. ROMÃO, *A Mediação como Procedimento de Realização de Justiça no Âmbito do Estado Democrático de Direito* in A. G. DE AZEVEDO (org.), *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. II, Brasília, UNB, 2003, pp. 62-63.

Parte II

5. Os Métodos de Solução de Controvérsias

5.1. Os Métodos de Solução de Controvérsias Básicos

A doutrina dos métodos alternativos de solução de controvérsias geralmente indica três métodos como básicos[59] ou primários: *(i)* negociação; *(ii)* mediação; e *(iii)* arbitragem.

A negociação é um processo de comunicação que tem por escopo atingir uma decisão conjunta entre as partes envolvidas em um determinado conflito. Trata-se de um método voluntário e consensual no qual as partes controlam a conformação e o desenvolvimento do modo pelo qual obterão um acordo.[60]

Na negociação, seguindo a chamada Escola de Harvard,, o foco da estratégia das partes para a solução do conflito deve estar na matéria discutida, que deu origem ao conflito, e, em segundo lugar, de que modo que a negociação será conduzida.

Não se trata de discutir com uma postura mais ou menos transigente, e sim de buscar: *(i)* a separação entre a pessoa, cuja posição é antagônica, e o problema discutido, a esse propósito as emoções são indissociáveis dos seres humanos, mas devem ser controladas no contexto da negociação; *(ii)* o foco das partes deve centrar-se nos seus interesses, não em suas posições; *(iii)* criação de possibilidades, suplantando a contraposição de ideias entre as partes e ampliando os pontos de vistas para conciliar interesses diversos; e *(iv)* busca de resultados lastreados em critérios objetivos, refletindo,

---

[59] A. C. ARAÚJO CINTRA, A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO, *Teoria Geral... Op. Cit.*, p. 25. No mesmo sentido: R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación y Mediación*, 2.ª ed., Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2006, p. 40.

[60] T. F. GIBBONS e J. W. MORROW, *Mediation Trainning*, Chicago, Northwestern University, 2008, p. 24.

por exemplo, as necessidades de um mercado específico e organizado no qual o conflito tenha se originado.[61]

O processo para solução da controvérsia de acordo com esse método envolve três fases, sendo a primeira delas de análise e diagnóstico das circunstâncias que envolvem a controvérsia, a segunda de planejamento, filtrando quais são as questões que devem ser levadas em consideração e de que modo, objetivamente, quais são os escopos que se pretende alcançar. Por fim, há a discussão propriamente em que as análises e os objetivos estabelecidos pelas partes serão contrapostos com o escopo de gerar opções. É o momento no qual as frustrações, angústias e raiva das partes, bem como dificuldades de comunicação, devem ser contornadas.[62]

Esse flexibilidade do método permite que a negociação seja conduzida e concluída de diferentes modos, mas sempre tratando de questões, posições e interesses das partes. As questões, nesse caso, indicam aquele conjunto de bens da vida, geralmente concretos e tangíveis pelos quais as partes disputam e que são permeados por perspectivas, nesse caso diversas, que encerram as posições. Por fim, os interesses são as necessidades e as motivações que levam as partes a adotar uma determinada perspectiva sobre certo bem da vida.

A negociação não pode ser vista como um jogo de "perde e ganha" entre as partes, isto é, uma agindo para obter vantagem em detrimento da outra, porém como um método que permite a criação de soluções com maiores possibilidades de êxito e resultados mais duradouros.[63]

O método nesse caso é indubitavelmente autocompositivo e consensual. Qualquer solução dependerá única e exclusivamente da vontade e da atuação

---

[61] Em relação à adequação da negociação a âmbitos específicos de Mercado, verificar: R. FISHER, W. URY, e B. PATTON, *Getting to Yes*, 2.ª ed., New York, Penguim Books, 1991, pp. 13 e seguintes. No mesmo sentido: D. M. GABBAY, *Negociação in* A. C. PELUSO e M. DE A. RICHA (coord.), *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, São Paulo, Forense, 2011

[62] R. FISHER, W. URY, e B. PATTON, *Getting to Yes… Op. Cit.*, pp. 18 e seguintes.

[63] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación..., Op. Cit.*, p. 41.

das partes por meio de uma solução consensuada, que de nenhum modo será influenciada ou facilitada por terceiros.

No direito norte-americano, por exemplo, a negociação é comparada à divisão de uma torta, sendo seu ponto fundamental definir como será a sua divisão e a quem caberá cada um dos pedaços[64]. Na verdade, a questão parte de um problema alocativo, da escassez de um bem e dos critérios de justiça para realizar a atribuição desse bem. E é exatamente com esse problema alocativo que lida a negociação e, mais, relacionando as partes que foram responsáveis pelo corte da torta – forma de dividir e pela escolha do pedaço – forma de atribuição do bem da vida.

A grande crítica em relação a tal método diz respeito à possibilidade de imposição de uma solução dada à diferença de poder entre as partes[65]. Pela solução partir diretamente das partes e delas depender não há nenhuma instância de controle ou de minimização do eventual desequilíbrio de força entre as partes negociantes. Há ainda um comportamento vetorialmente contrário entre os agentes, bem como uma percepção distinta acerca da forma de tratamento do problema alocativo apresentado.[66]

A mediação, por sua vez, é um processo de solução de controvérsias no qual um terceiro imparcial facilita as negociações entre duas ou mais partes para que elas obtenham um acordo[67]. Nesse sentido, FERNANDA TARTUCE considera que a mediação e a conciliação são as duas técnicas de autocomposição, sendo a conciliação aquela na qual o terceiro imparcial, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliará as partes a celebrarem um acordo, até mesmo expondo pontos fortes

---

[64] Em relação aos aspectos práticos da negociação, verificar: S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.,* p. 82.

[65] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación...*, *Op. Cit.*, p. 43.

[66] Tratando da mediação: A. R. FREITAS JUNIOR, *Conflitos de Justiça e Limites da Mediação para Difusão da Cultura da Paz* in C. A. SALLES (coord.), *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Estudos em Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 518. A utilização de uma nota tratando da mediação em nada desqualifica a citação, considerando que a mediação pode ser vista como uma negociação facilitada. No mesmo sentido: *Exposição de Motivos do "Projeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação" in* A. P. GRINOVER, *O processo – estudos e pareceres*, São Paulo, DPJ Editora, 2005, p. 610.

[67] T. F. GIBBONS e J. W. MORROW, *Mediation Trainning… Op. Cit.,*, p. 24.

e fracos de suas posições e propondo acordo[68]. A mediação, por sua vez, conta com a participação de terceiros que auxiliarão as partes no conhecimento das origens multifacetadas do litígio fazendo com que elas próprias, após esse conhecimento ampliado, proponham soluções para os seus litígios[69]. PETRÔNIO CALMON, por sua vez, considera que a mediação é a ingerência de um terceiro facilitador, mediador, em uma negociação já existente entre as partes que apenas ampliará os canais de comunicação entre elas, sem qualquer poder de decisão. Já a conciliação seria realizada diretamente pelo juiz ou por pessoa que faça parte do aparelho judiciário, com o marcante traço de que o terceiro imparcial, conciliador, *"manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo (...)"*.[70]

A mediação é indicada como algo inerente ao convívio humano na medida em que a esse convívio é marcada por situações nas quais um terceiro age como um facilitador da comunicação entre as partes, com o uso da razão, não da violência[71].

O mediador geralmente é uma pessoa não envolvida com o litígio e/ou com a matéria em litígio. O primeiro fundamento, portanto, é a aceitação das partes de um terceiro que não tenha nenhuma relação com a controvérsia ou com o assunto em controvérsia.[72]

O mediador não tem poder de decidir, o que diferencia claramente tal método da arbitragem ou do Judiciário, mas isso, contudo, não significa que o mediador não possa ter nenhuma influência no processo de solução de controvérsias das partes. Elementos como a confiança depositada pelas partes no mediador e o conhecimento que ele detém com a atuação em casos semelhantes são fundamentais para auxiliar no

---

[68] F. TARTUCE, *Mediação nos Conflitos Civis*, São Paulo, Método, 2008, p. 66-69.

[69] F. TARTUCE, *Mediação… Op. Cit.,* p. 69-74.

[70] PETRÔNIO CALMON, *Fundamentos... Op. Cit.*, pp. 119-122.

[71] D. M. KOLB, *The Mediator*, Cambridge, The MIT Press, 1985.

[72] C. W. MOORE, *The Mediation Process*, 3.ª ed., San Francisco, Jossey-Bass, 2003, p. 16.

processo de solução de controvérsia e até mesmo influenciar as partes na solução por elas obtidas.

Essa intervenção do terceiro no conflito representa a participação em um sistema de relações entre pessoas ou grupos com o propósito de ajudá-las[73], sendo fundada essencialmente no diálogo, ou na negociação com o envolvimento de um terceiro que irá atribuir uma nova dinâmica para a interação entre as partes.[74]

Como caracteres gerais, tem-se que a mediação é pautada pela existência de uma disputa e que a comunicação entre as partes esteja comprometida. Embora possa mitigar as consequências de um litígio, é certo que o processo de mediação depende da existência de um impasse entre as partes para que um terceiro possa exercer sua atividade e facilitar a comunicação entre elas.[75]

De outro lado, a figura que atuará como terceiro imparcial deve ter sido aceita pelas partes, sendo a chave do processo e a responsável pela condução do MASC que deve culminar em uma solução mutuamente satisfatória entre as partes. Há a necessidade de demonstrar às partes que o acordo pode maximizar a satisfação com a solução da controvérsia a partir de um método que elas mesmas construíram e ajudaram a conduzir. [76]

Por fim, o processo decorre da autodeterminação das partes, que não serão objeto de imposição de qualquer entendimento pelo terceiro imparcial, bastando que qualquer uma das partes manifeste sua vontade de não continuar para que ele

---

[73] C. ARGYRIS, *Intervention Theory and Method: A Behavioral Science View*, Boston, Addison-Wesley, 1970, p. 15.

[74] C. W. MOORE, *The Mediation Process… Op. Cit.*, p. 16.

[75] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación...*, *Op. Cit.*, p. 200.

[76] M. GALANTER, *The Quality of Settlements*, Mo. J. Disp. Res. 55, pp. 67-68 e 82-83.

termine. Essa característica se liga a outra que diz respeito à informalidade e à flexibilidade do processo de mediação[77]. A autonomia de vontade das partes na condução desse processo é mais ampla.

Do ponto de vista normativo, as disposições sobre mediação se restringem a menções esparsas, especialmente no âmbito do direito do trabalho[78], com exceção dos serviços educacionais e da Lei n.º 9.870, de 23 de novembro de 1999, e a regras próprias de Tribunais. [79]

A ideia, no direito brasileiro, especialmente ,do Projeto de Código de Processo Civil[80] parece ser a de tornar sinônimos a conciliação e a mediação avaliadora dos EUA. Nesse caso, o terceiro poderia propor soluções às partes, ao passo que na mediação avaliadora ou na mediação, como se pretende adotar no Brasil, o terceiro imparcial não apresentaria nenhuma solução. Essa é a proposta do art. 144 do Projeto de Código de Processo Civil. Na mesma linha, o Projeto de Lei de Mediação, que parece perder força com o Projeto do Código de Processo Civil, em seu art. 2.º prevê a posição do mediador como alguém que *"(...) escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções"*.

Não se pode esquecer, nesse sentido, o papel avaliativo que o mediador pode desempenhar durante o processo de facilitar a comunicação entre as partes. E no direito brasileiro se esquece o caráter avaliativo que a mediação pode ter conforme a corrente que se adote, reduzindo-a a um método de facilitação de controvérsias entre as partes.

---

[77] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación...*, *Op. Cit.*, p. 201.

[78] A. BRAGA NETO, *Mediação de Conflitos e Legislação Brasileira* in Valor Econômico, 24 de setembro de 2004, caderno E2.

[79] Além das já mencionadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Resolução n.º 125 do CNJ, há também 2.348, de 17 de dezembro de 2001, que dispõe sobre a Justiça Comunitária no referido estado (*Vf.* F. Tartuce, F. TARTUCE, *Mediação nos Conflitos Civis... Op. Cit.*, pp. 252-259).

[80] Versão do PLS nº 166, de 2010 (http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496).

No modelo americano, a conciliação, comum em nosso sistema jurídico[81], é colocada entre uma mediação facilitadora e uma mediação avaliativa caso seja considerado um espectro de participação e influência do terceiro imparcial no método de solução de controvérsias. [82]

Nesse aspecto, JULIANA DEMARCHI parece apontar para uma diferença de técnica do terceiro imparcial nos processos de mediação e conciliação, e não necessariamente uma diferença entre os próprios métodos. A atuação do mediador parte das técnicas da conciliação de exposição e discussão do conflito, porém o mediador atua de maneira mais profunda no litígio e com perguntas mais genéricas, de modo a se preocupar também com a relação pretérita das partes e não ficar centrado nas circunstâncias da controvérsia. Quanto à postura perante a negociação das partes, não se indica uma flagrante diferença entre a postura do mediador e a do conciliador. [83]

A partir desse estudo, pode-se concluir pela aproximação da mediação e da conciliação como forma de solução de conflitos idênticos quanto ao processo, alterando-se apenas a postura do terceiro imparcial, sendo a conciliação, portanto, uma espécie avaliativa de mediação.

Por fim, a arbitragem é método de solução de controvérsias que difere dos demais na medida em que há um terceiro imparcial que julga uma determinada demanda trazida entre as partes, tendo a decisão tomada por este terceiro ou por um grupo de terceiros a mesma eficácia de uma sentença judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem). Nos dizeres de CHARLES JARROSON *"(...) é a instituição pela qual um terceiro julga as diferenças que opõe duas ou mais partes, no exercício da função jurisdicional que a ele foi confiada por elas"*. [84]

---

[81] Presente nos arts. 277, 278, 331, 447 a 449, 475-N, inc. III, e 740 do Código de Processo Civil.

[82] T. F. GIBBONS e J. W. MORROW, *Mediation Trainning… Op. Cit.*,, p. 75.

[83] J. DEMARCHI, *Técnicas de Conciliação e Mediação* in A. P. GRINOVER, K. WATANABE e C. LAGRASTA NETO, *Mediação e Gerenciamento do Processo*, São Paulo, Atlas, 2007, pp. 58-62.

[84] C. JARROSON, *La Notion d´Arbitrage*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987, p. 372 (trad. livre).

Como dito, a arbitragem é instituto também presente há muito no ordenamento jurídico brasileiro, sendo responsável pela solução de conflitos históricos internacionais envolvendo o Brasil, por exemplo, a Questão Christie, na qual o governo brasileiro rompeu relações com o governo inglês, terminandoa questão por ser resolvida pelo rei Leopoldo II da Bélgica, e as questões territoriais relativas à fronteira das Guianas e ao espólio da Guerra do Paraguai. [85]

Mesmo assim a arbitragem não tinha alcançado *status* de método de solução de controvérsias de utilização corriqueira no Brasil, tanto para conflitos internacionais quanto para conflitos internos. Tal estado de coisas alterou-se apenas recentemente, com a vigência da Lei de Arbitragem.

No âmbito internacional, o instituto desenvolveu-se a partir da superação da dicotomia entre a natureza contratual ou jurisdicional da arbitragem que dominou a primeira metade do século XX. Com a conclusão de que a arbitragem tem uma natureza *sui generis* ou mista[86], contratual na origem e jurisdicional quanto ao processo, o instituto passou a ser estruturado de um modo diverso.

No Brasil, o quadro alterou-se definitivamente com a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996 e com o julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da referida lei[87]. Fortaleceram-se assim duas alterações legislativas que são fundamentais para a consolidação do instituto nos dias de hoje: *(i)* execução específica da convenção de arbitragem; e *(ii)* autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato que a contém. [88]

Assim, a parte interessada na utilização da arbitragem como forma de solução de controvérsias pode exigir da parte contrária, em situações de

---

[85] J. H. RODRIGUES e R. A. S. SEITENFUS, *Uma História Diplomática do Brasil*, 1531-1945, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995, pp. 173-183, 184-200 e 241.

[86] E. GAILLARD, *Legal Theory on International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Lieden, 2010, pp. 13.

[87] STF, AgR na SE 5206 – Espanha, Tribunal Pleno, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 12.12.2001.

[88] Tais conceitos estão inseridos no Projeto de Lei n.º 517/,2011 doso Senado Federal. A cláusula compromissória também será o instrumento instituidor da mediação, com previsão de execução específica (art. 16, *caput*) e sendo autônoma em relação ao contrato que a contémcontem (art. 17).

recalcitrância, que o processo se desenvolva, produzindo os efeitos previstos pela convenção, especialmente quanto à produção de uma sentença. De outro lado, mesmo alegações de nulidade do contrato que continha a cláusula compromissória passarão a não impedir a realização da arbitragem, sendo os árbitros competentes para analisarem essa questão preferencialmenteao Judiciário.

Em relação a essa segunda peculiaridade da convenção de arbitragem, importou-se um brocardo do direito processual alemão (*Kompetenz-kompetenz*). Para evitar o afastamento da análise de questões de nulidades contratuais da arbitragem, a lei criou esse antídoto, embora não se ignorem situações em que, por terem origem comum, as nulidades aplicáveis ao contrato e à cláusula sejam idênticas.[89]

Com isso, o instituto foi dotado de um caráter vinculativo capaz de atuar na autonomia de vontade das partes como nunca visto anteriormente, sendo uma das razões fundamentais para o atual estágio de sucesso do instituto como forma de solução de conflitos no direito brasileiro. É uma característica marcante do ponto de vista de efetivação de uma cláusula inserindo um MASC.

A arbitragem será ou não utilizada como forma de solução de controvérsias a partir de uma convenção de arbitragem, que em geral, é um negócio jurídico processual[90] que tem por escopo transferir a capacidade de aplicação do direito ao caso concreto em demandas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis por terceiros, sendo acompanhada de um processo, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa, produzindo uma sentença que será considerada um título executivo judicial (CPC, art. 475-N, inciso IV).

A diferença marcante entre negociação, mediação e conciliação, de um lado, e arbitragem, de outro, está no fato de as primeiras não conterem a

---

[89] Tais conceitos estão inserindos no Projeto de Lei n.º 517/,2011 doso Senado Federal. A cláusula compromissória também será o instrumento instituidor da mediação, com previsão de execução específica (art. 16, *caput*) e sendo autônoma em relação ao contrato que a contémcontem (art. 17).

[90] As demais cláusulas de solução de controvérsias também o são.

adjudicação como traço marcante, mas sim o consenso como modo de solução de controvérsia.

5.2. Os Métodos de Solução de Controvérsias Combinados ou Secundários

Além de métodos básicos de solução de controvérsias, existem outros baseados na autonomia de vontade das partes, seguindo legislação específica, que podem surgir a partir da combinação daqueles básicos ou ser apenas nele pautados para a solução de controvérsias.

A distinção se torna importante na medida em que métodos combinados, fundados em métodos de solução de controvérsias com legislação específica, como é o caso da arbitragem, terão consequências de acordo com a lei que os regula..

É exatamente nesse aspecto que os americanos comparam a atividade daquele que desenvolve um método de solução de controvérsias à atividade de arquitetos, que constroem prédios a partir de uma estrutura já existente ou, conforme o caso, são obrigados a desenvolver soluções específicas para determinados casos concretos, identificando objetivos e situações desagradáveis, criando prioridades e métodos adequados para os problemas apresentados, implementando o método para superar relutâncias e afinar o seu desenvolvimento.[91]

Em relação à combinação de métodos, o sistema norte-americano é pródigo em oferecer opções. Podem ser destacadas as *Final Offer Arbitrations* que combinam negociação e arbitragem para a discussão de termos de um contrato e a sua celebração. Há também a *Arbitration under a "High-Low" Contract* em que se estabelecem limites indenizatórios entre as partes. Também associa a negociação e a arbitragem, mas com conteúdo adjudicatório, posto que limita obrigações entre as partes. Essas são apenas algumas das formas de combinação. O mais famoso dos métodos

[91] S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.,* pp. 285-287.

combinados, porém, talvez seja a *med-arb*. Nesse caso, o terceiro imparcial primeiramente atuará como mediador e, se necessário, caso as partes não alcancem um acordo, atuará como árbitro em um processo arbitragem subsequente. Há a possibilidade também de que outro terceiro seja indicado como árbitro.[92]

Quanto aos métodos desenhados, há grande destaque para os *Dispute Boards*, que se aplicam a contratos de média ou longa duração, permitindo que questões que antes permaneciam sem solução ou até como fontes de tensão entre as partes sejam solucionadas. É um caso típico de *design* para situações específicas, com larga utilização em contratos de construção e infraestrutura, por exemplo.

O *Dispute Board* é um órgão permanente e independente cuja função é auxiliar as partes a resolver, por elas mesmas, qualquer disputa que apareça durante a execução do contrato, podendo proferir recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards*) ou decisões (no caso dos *Dispute Adjudication Boards*) ligadas à execução do contrato[93].[94]

Na hipótese de uma das partes não concordar com a recomendação em um prazo estabelecido contratualmente, a disputa poderá ser solucionada por meio de arbitragem. De qualquer modo, há um procedimento prévio, permanente e próximo às partes que fomenta a confiança e pode, sem dúvida nenhuma, diminuir a litigiosidade entre elas. Há um acompanhamento dos membros do *Dispute Board* no canteiro de obras, ouvindo queixas das partes e solucionando questões ainda em fase embrionária[95].

---

[92] S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.*, pp. 285-294.

[93] http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4528/index.html, acessado em 31 de julho de 2011. Há ainda a possibilidade de o *Dispute Board* ser combinado: *Combined Dispute Board*.

[94] http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4528/index.html, acessado em 31 de julho de 2011. Há ainda a possibilidade de o *Dispute Board* ser combinado: *Combined Dispute Board*.

[95] F. MARCONDES, *Os "Dispute Board" e os Contratos de Construção* in L. O. BAPTISTA e M. A. PRADO, *Construção Civil e Direito*, São Paulo, Lex Magister, 2011, p. 124.

Nesse caso, há um sistema de origem negocial, que pode ser ou não adjudicatório, com evitando que o ambiente negocial existente entre as partes para a celebração de um contrato transmute-se para um ambiente competitivo na execução do contrato, gerado pelas tensões que a realidade dos problemas surgidos e imprevistos gera entre as partes[96]. De qualquer modo, ANTONIO FERNANDO MELLO MARCONDES indica que 97% das disputas surgidas têm análise final nos *Dispute Boards*, evitando-se recursos para a arbitragem ou para o Judiciário.[97]

Outro exemplo de *design* foi desenvolvido pela CCBC para o Comitê de Solução de Controvérsias em Nomes de Domínio[98]. Como se sabe, os nomes de domínio devem ser registrados em órgãos estabelecidos por cada um dos países. No caso do Brasil, o órgão responsável pelo registro é o denominado *registro.br*.

Por se tratar de um bem escasso, visto que domínios idênticos não coexistem, ao contrário de marcas com denominações idênticas que podem coexistir, o *registro.br*, em convênio com a CCBC, passou a se valer de um método de solução de controvérsias entre titulares de registro e terceiros reclamantes. Desenvolveu-se um método adjudicatório de solução de controvérsias no qual um comitê, após um processo, decide a pertinência da reclamação, podendo inclusive determinar que o *registro.br* realize a transferência de domínio do titular para o reclamante.

A atuação do órgão é restrita, bastante delimitada, podendo ser precedida por conciliações e mediações e resultar em arbitragem ou processos judiciais nos quais se discutirão apuração de danos, eventuais práticas de crimes, etc., não abarcados pelos limites de sua competência.

Ainda no contexto do desenho de mecanismos, , há o sistema de solução controvérsias estabelecido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, com o fito de prover uma justiça tempestiva para os jurisdicionados, criado por meio do Decreto

---

[96] P. M. GENTON, *The Dispute Board and the ICC DB Rules in* J. C. GOLDSMITH (org.) *ADR in Business… Op. Cit.,*, p. 94.

[97] F. MARCONDES, *Os "Dispute Board"... Op. Cit.,* p. 124

[98] http://www.ccbc.org.br/ccrd.asp, acessado em 31 de julho de 2011.

Judiciário n.º 20/1997, de 31 de janeiro de 1997, designado por Projeto de Câmaras de Conciliação e Arbitragem (CCA). Estruturou-se, nesse caso, uma atuação entre o Judiciário, Ordem dos Advogados do Brasil e entidades de classe. Com isso, foram criadas diversas Câmaras no Estado de Goiás e na capital, Goiânia, principalmente aplicando a arbitragem como forma de solução de controvérsias.

O primeiro ponto polêmico dessa iniciativa, porém, diz respeito à forma de vinculação das partes e ao pleno conhecimento dos órgãos aos quais elas estariam ligadas para a solução de seus conflitos. Para o leigo, não havia uma clara distinção entre o público, Judiciário, e o particular, arbitragem.

De outro lado, ainda havia a figura de um juiz revisor, designado pelo Judiciário para revisar decisões proferidas pelas Câmaras de Conciliação e Arbitragem. No entanto, algo não se coadunaria com a disposição da Lei de Arbitragem na medida em que o árbitro é juiz de fato e de direito (art. 18) e eventual questionamento da decisão proferida pode ser analisada apenas pelo Judiciário nas hipóteses de ação de anulação de sentença arbitral (art. 32). Tais questões foram apontadas, também, em pesquisa coordenada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR) e pela Fundação Getulio Vargas de São Paulo[99]. De outro lado, ainda mais, se previa a nomeação de árbitros pelo presidente do Tribunal de Justiça com mandato de dois anos.

Analisando o caso, o Conselho Nacional de Justiça julgou o Procedimento de Controle Administrativo n.º 0001101-19.2011.2.00.0000, instaurado a pedido Ministério Público do Estado de Goiás em face do Tribunal de Justiça do mesmo Estado, para que não houvesse nenhuma vinculação entre qualquer órgão do Judiciário e arbitragem. O conselheiro JOSÉ ADONIS CALLOU DE ARAÚJO SÁ ponderou em seu voto: *"(...) Permanece a indevida vinculação do Tribunal de Justiça com as cortes de arbitragem, seja em razão da previsão de um juiz supervisor, seja pelo fato do decreto*

[99] http://www.cbar.org.br/PDF/Relatorio_final_pesquisa_GV_CBAR.pdf, acessado em 31 de julho de 2011, p. 14.

estipular a nomeação dos árbitros, pelo presidente do tribunal, por prazo determinado de dois anos". [100]

Sem dúvida, a iniciativa é importante no contexto de solução de controvérsias, mas deve se tomar cuidado para que a parte que deseja se valer de um método de solução de controvérsias tenha plena ciência dos seus limites e efetividade. Não se critica o apoio do Judiciário aos MASCs, mas deve ser condenada a sua ingerência. Esse até seria o caso das *Court-Annexed Arbitrations*, mas elas são vedadas no direito brasileiro[101]. A arbitragem deve ser afastada da estrutura do Judiciário embora outros métodos possam ser organizados e coordenados pelo Judiciário desde que se garanta a independência do terceiro imparcial que dele tomará parte.

[100] http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14844:cnj-considera-ilegal-intervencao-do-tjgo-nas-cortes-de-conciliacao-do-estado, acessado em 31 de julho de 2011.

[101] S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.*, p. 294.

Parte III

6. As Convenções de Solução de Controvérsias

6.1. As Bases de Direito Privado – Transação e Compromisso

A autonomia da vontade é preceito basilar quando se discutem contratos. É ela que permite a manifestação livre de vontade por um indivíduo ou grupo, e é ela que vai permitir a junção dessa manifestação de vontade livre com outra de mesma natureza emitida por outro indivíduo representando diverso polo ou grupo de interesses, que se unem para atingir um determinado fim comum.

Em poucas palavras, essa seria a definição singela de contrato, fundado sempre na autonomia da vontade. Como sustentou CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: *"Em suas linhas gerais eis o princípio da* autonomia da vontade *que genericamente pode enunciar-se como a* faculdade que têm as pessoas de concluir livremente os seus contratos*"*[102]. Trata-se de ainda da expressão de uma *"declaração de vontade constante da lei para a formação do contrato sem a intenção das partes é coisa sem qualquer possibilidade na formação das convenções individuais"*. [103]

FRANCESCO GALGANO complementa tal conceito afirmando que o contrato é a forma máxima de aquisição de propriedade e circulação de riquezas. Nesse aspecto, a liberdade de contratar significa que as partes podem definir, e só elas podem constituir, regular ou extinguir um negócio jurídico de natureza patrimonial.[104]

Pratica-se a autorregulamentação dos interesses privados diante de pressupostos de igualdade e liberdade entre titulares de direitos, definindo regras

---

[102] C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1963, pp. 17-18.

[103] A. FERNANDES, *O Contrato no Direito Brasileiro*, Vol. I, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Editor, 1945, pp. 84-85.

[104] F. GALGANO, *Diritto Privato*, 14.ª ed., Padova, CEDAM, 2008, pp. 223-224.

da referida contratação e optando, inclusive pela não vinculação.[105]

A liberdade de contratar indica a possibilidade de celebrar ou não um negócio jurídico, e, no caso dos MASCs, a lei permite que as partes deles se valham para solucionar seus conflitos. Contudo, a outra vertente da autonomia da vontade, liberdade contratual, limita o conteúdo do contrato. Nesse caso, em relação ao ADR há limitações impostas pela lei, especialmente de acordo com os arts. 1.º e 2.º da Lei de Arbitragem e o art. 134, § 1.º e seguintes, do Projeto de Código de Processo Civil, que .

Enquanto a arbitragem pode ser utilizada para direitos patrimoniais disponíveis, os demais MASCs podem ser utilizados para questões passíveis de transação, sendo esse objeto mais amplo e ligado apenas à disponibilidade dos direitos, como se verá no item 6.1.2 a seguir..

Obviamente, autonomia contratual não é absoluta. Cada Estado, no limite de sua soberania, ou órgão internacional, nos limites de suas atribuições, impõem limites para a liberdade das partes, selecionando questões que podem ser objeto da da disposição das partes. No entanto, tal autonomia se apresenta sob duas formas distintas, podendo indicar aspectos da liberdade de contratar e da liberdade contratual[106]. São impostas limitações éticas de interesse privado e de interesse coletivo, também social e de ordem econômica, que se ligam a princípios informadores de ordem pública em todas as atividades[107].

A origem da escolha dos métodos de solução de controvérsias é algo que tem sua gêneseno direito privado. Usualmente, as partes detêm autonomia, proveniente de lei, para escolherem qual é a melhor forma de solução de controvérsias para o conflito que apresentam. Nesse aspecto, tratando da utilização dos MASCs no âmbito da administração pública norte-americana, CARLOS ALBERTO DE SALLES afirma:

> *"A utilização de mecanismos alternativos no âmbito da Administração Pública norte-americana, como ademais em*

---

[105] C. A. BITTAR, *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990, pp. 34-35.

[106] A. WALD, *Direto Civil Brasileiro – direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Lux, 1962, pp. 151-152.

[107] A. FERNANDES, *O Contrato no Direito Brasileiro*, Vol. I... *Op. Cit.*, p. 85.

> *relações privadas, costuma ser precedida de uma espécie de contrato ou convenção, denominada* ADR agreement *(...). É através dessa* convenção *que as partes, com auxílio de seus advogados realizam o conhecido* design *(desenho) do mecanismos de solução de controvérsias".*[108]

Como afirma ainda ARNOLD WALD, *"(...) a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interêsse social nas relações interindividuais"*[109]. Nesse aspecto, há a crescente interferência do Estado na ação dos indivíduos, não só como agente econômico, mas também como regulador da esfera de atuação dos particulares. Nesse aspecto, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA demonstra ainda que as leis proibitivas e imperativas limitam a ação livre de cada um, sem deixar aos particulares a liberdade de derrogá-los, e também até certos limites, por meio de pactos privados. *"Os contratos sujeitam pois sua vontade ao ditado dos princípios de* ordem pública[110]*, e dos* bons costumes*".* [111]

Ademais, o Código Civil em vigor no Brasil traz à baila dispositivos referentes à boa-fé objetiva[112], arts. 113 e 422[113], que são fundamentais para a

---

[108] C. A. SALLES, *A Arbitragem... Op. Cit.*, pp. 175-176;

[109] A. WALD, *Direto Civil Brasileiro... Op. Cit.*, p. 152.

[110] Há um alargamento do campo de atuação da ordem pública de direito material. As bases contratuais vêm sendo limitadas, não existindo mais a noção de autonomia contratual absoluta (R. DE C. APRIGLIANO, *Ordem Pública e Processo – O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*, São Paulo, Atlas, 2011, pp. 25-26).

[111] C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições ... Op. Cit.*, p. 18.

[112] G. TEPEDINO, *Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002* in G. TEPEDINO (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, pp. XXXI e XXXII. *"Tanto no direito brasileiro como no direito comparado, a boa-fé objetiva provoca substanciais modificações no direito obrigacional, flexibilizando-o e, em certos casos, afastando o princípio da autonomia privada, (...) A conveniência da inserção do princípio da boa-fé objetiva em cláusula geral, como ocorre no Projeto de Reforma do Código Civil, resulta, ainda, da circunstância de evitar, esta técnica, tanto a ocorrência de rupturas sistemáticas quanto a exacerbação da atividade legislativa, porquanto enseja o contínuo desenvolvimento do direito e a sua maleabilidade às novas exigências sociais"* (J. M. COSTA, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1.ª ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 517-518). Nesse contexto, determina-se com que diligência deve ser exercido o dever de informar e de lealdade, buscando-se o equilíbrio das prestações com a proteção da confiança entre as partes (A. M. DA R. MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 660).

[113] J. M. OTHON SIDOU apresenta críticas ao referido artigo do Código Civil em primeiro lugar porque se tratou de emenda tardia e em segundo lugar porque não adicionou nada ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que só repetiu ditames do art. 170 da Constituição Federal de 1988 e afirmou o óbvio, pois a atividade econômica se instrumentaliza pelo contrato (*Sobre o Novo Código Civil*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 49).

interpretação de disposições contratuais, fornecendo uma fundamental conexão entre a lei e a ordem constitucional vigente, tendo como baseo art. 170 da Constituição Federal[114].

Essa concepção é clara e relevante tradicionalmente. A autonomia privada passa a fazer parte de uma variada gama de preceitos fundamentais que englobam a função social do contrato, a boa-fé e a justiça contratual[115]. Depois da lei, tal corolário também está presente na jurisprudência a partir do Enunciado n.º 23 do CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.[116]

Estabelecidos esses preceitos básicos, observam-se, em relação aos MASCsMASCs, duas situações muito interessantes. A primeira delas é a cada vez maior planificação de solução de controvérsias na qual as partes criam praticamente um sistema de solução de controvérsias tornando-o adequado para o litígio que possuem. De outra banda, há situações em que um litígio já é existente e está sendo manejado sob as regras de um método de solução de controvérsias jurisdicional, Judiciário ou arbitragem, que permitem a aplicação do que se convencionou chamar, na *Common Law*, de *case managment*, como será analisado com mais vagar a seguir no item 6.3.[117]

É muito comum a referência ao princípio da autonomia da vontade quando se discutem MASCs, no Brasil, especialmente arbitragem. Isso porque os terceiros que participarão de qualquer método de solução de controvérsias, exceto o juiz

---

[114] Tal dispositivo legal impõe um equilíbrio entre a liberdade de atuação econômica e os requisitos protetivos de cunho social. É uma expressão macroscópica da dicotomia entre liberdade contratual e liberdade de contratar. *Cf.* N. N. COSTA e G. M. ALVES, *Constituição Federal Anotada e Explicada*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, pp. 465-468 e A. DE MORAES, *Constituição do Brasil Anotada e Legislação Constitucional*, 5.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, pp. 2.003-2.005.

[115] N. ROSENVALD, in C. PELUSO (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri, Manole, 2007, pp. 313-314.

[116] *"**23** - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.".*

[117] Como ensina MARCO ANTONIO GARCIA LOPES LORENCINI, essas são as duas formas de instauração dos MASCs, a partir de um sistema de solução de controvérsias já instituído, como o Judiciário, tendo este o papel de incentivar a utilização dos métodos alternativos de solução de controvérsias. E, de outro lado, modos contratuais. De qualquer modo, deve haver uma superação do formalismo e a sua superação como instrumento de segurança (M. A. G. L. LORENCINI, *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias convivência e formas de pacificação social: uma sugestão de integração*, Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, pp. 172-178).

togado, receberão os seus poderes por meio de uma convenção privada celebrada entre as partes. Como considera CARLOS ALBERTO CARMONA, a Lei de Arbitragem permitiu o grau máximo de autonomia da vontade para as partes ao possibilitar inclusive que elas escolhessem a lei aplicável ao mérito do litígio, podendo inclusive optar por usos e costumes internacionais, regulamentos de corporações etc.[118]

Nesse contexto também estão presentes regras de boa-fé indicadas pela doutrina como fundamentais para a interpretação da manifestação de vontade das partes no tocante à intenção de arbitrar[119]. Tal entendimento pode ser estendido, sem muito risco, aos demais métodos de solução de controvérsias, especialmente porque a origem contratual de métodos adjudicatórios e consensuais é semelhante.

É por isso que se pode dizer com tranquilidade que na fase contratual dos métodos de solução de controvérsias todos os preceitos basilares dos contratos, especialmente a autonomia da vontade e as suas limitações como a função social do contrato e os preceitos de boa-fé ganham força. Está-se tratando de um momento de deliberação entre as partes no qual elas debatem, em conjunto, de que modo a controvérsia será solucionada.

Tal debate é mais ou menos difícil se existente ou não o conflito. Se inexistente, na maioria das vezes, as partes estarão discutindo a forma de solução de controvérsias de modo genérico e futuro, por meio de cláusulas contratuais, instituindo um método de solução de controvérsias ou mesmo misturando-os ou até mesmo prevendo uma escala entre vários, nas chamadas cláusulas escalonadas de solução de controvérsias que serão analisadas com mais vagar a seguir. Do contrário, já presente o conflito, as partes em geral disciplinam formas de solucioná-los por meio de

---

[118] C. A. CARMONA, *Arbitragem...*, *Op. Cit.*, p. 15. Nesse contexto, o Professor JACOB DOLINGER analisa a possbilidade de escolha da lei aplicável à solução de um determinado litígio à luz do direito brasileiro. A conclusão é a de que as partes deverão sempre ter em mente, quando contratam, em que local será proferida a sentença arbitral para que não se corra o risco de perder todo o trabalho realizado. No mais, deve prevalecer a vontade das partes (*A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no direito internacional brasileiro in* S. M. F. LEMES, C. A. CARMONA e P. A. B. MARTINS (coord.), *Arbitragem... Op. Cit.*, pp. 72-111.

[119] L. F. GUERRERO, *Convenção de Arbitragem... Op. Cit.*, pp. 38-39.

compromissos, especialmente em situações nas quais tais conflitos são submetidos a alguma entendade de solução de conflitos vinculada ao Poder Judiciário.[120]

Dificilmente as partes, por si, estarão juntas para debater o MASC mais adequado e suas regras para a solução do seu conflito depois que ele eclodiu. Esse era um dos principais motivos para o insucesso da arbitragem no Brasil até 1996, até o advento da execução específica da cláusula compromissória.

A arbitragem, contudo, padecia por não poder utilizar a salvaguarda do Judiciário, posto que é um método jurisdicional, ao passo que a mediação e a conciliação não o são. Somente depois da criação de um sistema de salvaguarda para a arbitragem, utilizando-se o Judiciário apenas para garantir a sua efetivação, sem interferir no seu desenvolvimento (art. 8.º da Lei de Arbitragem), que o panorama mudou.

É fundamental fazer uma análise de dois relevantíssimos institutos de direitos civil para os MASCs, quais sejam transação e compromisso, fundamentais para o bom funcionamento de qualquer método de solução de controvérsias, estabelecendo diferenciações entre eles e, mais do que isso, bases conceituais rigorosas tendo em vista a enorme confusão encontrada na doutrina entre método e resultado.

Buscar-se-á deixar claro que a mediação e a conciliação, assim como a arbitragem, no tocante à sua origem contratual, não constituem acordo sobre mérito do litígio, embora nele possam resultar, mas, sim, significam uma concordância de vontades acerca de um método de solução de controvérsias.

A seguir, serão analisados os institutos fundamentais quando se trata de solução de controvérsias de modo independente da manifestação de jurisdição do Estado.

---

[120] Repise-se que não há nenhuma diferença teleológica entre tais formas de instituir um ADR. Ideia semelhante em relação à arbitragem já foi apresentada em C. V. DE LIMA, *Ensaio sobre os efeitos do Uso da Expressão "Convenção de Arbitragem" na Lei n.º 9.037/96 in* A. N. PUCCI (coord.), *Aspectos Atuais da Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 68-74, e L. F. GUERRERO, *Convenção de Arbitragem... Op. Cit.*, p. 10.

6.1.1 O Compromisso e as Cláusulas Simples

A Lei de Arbitragem, quando promulgada em 1996, revogou todos os dispositivos do então Código Civil em vigor que tratavam do compromisso, bem como todas as disposições do Código de Processo Civil que disciplinavam o instituto da arbitragem.

No entanto, nem por isso o compromisso deixou de existir em nosso ordenamento. Até porque os arts. 11 e seguintes da Lei de Arbitragem preveem regras sobre o compromisso arbitral, bem como, com o novel Código Civil, surgiram os arts. 851, 852 e 853 para disciplinar de modo genérico o instituto.

A definição contida no art. 851, indubitavelmente, recebeu um avanço funcional, bem como uma melhor alocação do instituto jurídico, posto que deixou de constar como um método extintivo das obrigações como no Código Civil de 1916, para ser uma modalidade de contrato no Código vigente (incluído no *Título VI – Das Várias Espécies de Contratos, Capítulo XX*). Tal alteração tem o escopo nítido de atender às atribuições que o legislador deseja do instituto. Assim, a ausência de disposição específica pode representar dúvida para importação dessa modalidade contratual para outros métodos de solução de controvérsias.

Durante muito tempo a doutrina discutiu qual seria a natureza desse instituto, se inserido no âmbito do direito processual ou se no âmbito do direito material. Contudo, aqueles que consideram que o compromisso é um instituto de direito processual se equivocam já que, embora tenha efeitos processuais, o compromisso tem origem no acordo de vontade entre as partes e natureza contratual. Embora a arbitragem possa surgir de um compromisso não se confunde com ele. De outro lado, a arbitragem pode resultar em uma transação, mas, também, não se confunde com ela. .[121]

De outro lado, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO,

[121] Nesse sentido é a lição de ALFREDO BUZAID: *Do Juizo Arbitral in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. LV, São Paulo, EDUSP, 1960, p. 187.

contudo, indica que o compromisso teria uma *"(...) analogia com a arbitragem do direito internacional. Aquele e esta constituem modos de solução para determinada controvérsia, mediante julgamento de um estranho e por acordo dos próprios interessados".* [122]

Inicialmente, há que esclarecer não haver diferença de natureza e efeitos entre a arbitragem nacional e a arbitragem internacional, exceto pela presença de um elemento de estraneidade na segunda. E tal dicotomia sequer foi abarcada pela legislação nacional que se limita a diferenciar entre arbitragens nacionais e estrangeiras de acordo com o critério do local de proferimento da sentença (art. 34 da Lei de Arbitragem, art. I, I da Convenção de Nova Iorque - Sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, e art. 4º da Convenção do Panamá – Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional).

Ademais, o revogado Código Civil, em nenhum momento, indicava que o compromisso seria utilizado para a solução de litígios, mas sim que poderia definir métodos, no caso explicitamente a arbitragem, para a solução desses litígios, o que é bastante diferente!

Essa indicação do instituto de direito civil responsável pelo vínculo entre as partes para definição de um MASC com a própria forma de solução de controvérsias já era combatida por J. M. CARVALHO SANTOS para quem:

> *"O juízo arbitral, em uma alta análise, é a própria potencialidade do compromisso de traduzir-se em ação, de desempenhar a sua finalidade, representando o nexo indispensável entre o direito em abstrato e a sua concreta atuação. Sem o compromisso, o juízo arbitral não teria eficácia, por lhe faltar o ponto de apoio e a sua razão de ser, não podendo ele sobreviver sem o vínculo de relação com o direito substancial".* [123]

---

[122] W. DE B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 31.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 325.

[123] J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro... Op. Cit.*, 4.ª ed., Vol. XIV, p. 7. No mesmo sentido: ARNOLDO WALD (A. WALD, *Direito Civil Brasileiro... Op. Cit.*, p. 99). Há que se mencionar ainda o antiquíssimo e relevante parecer de lavra de F. MENDES PIMENTEL de 1916, para quem a arbitragem era uma forma de solução de controvérsias como qualquer outra, com a restrição de que a sentença arbitral, na época, deveria ser homologada (F. MENDES PIMENTEL, *Fornecimento de Energia Electrica in* Revista Forense, Vol. XXVI, Rio de Janeiro, Forense, 1916, pp. 76-100).

Atualmente, a cláusula compromissória tem a mesma eficácia do compromisso de acordo com o arts. 3.º e seguintes da Lei de Arbitragem, mas pode-se apenas acrescentar que sem o compromisso, acordo de vontades, nenhum método de solução ocorreria já que a forma de adesão aos MASCs é contratual.

Modernamente, sem dúvida, o compromisso pode ter aplicação mais ampla. Pode ser utilizado em qualquer sucedâneo ao Judiciário como forma de extinção de conflitos e de obrigações. Nesse aspecto, são corretas as palavras de CLÓVIS BEVILACQUA: *"(...) a sua collocação nos Codigos civis deve ser entre as regras das obrigações e, em particular, entre os modos de extingui-las. Mas os Codigos civis devem limitar-se a estabelecer o instituto, e deixar as leis de organização judiciária e do processo as condições do seu funcionamento e da sua ritualidade"*[124]. Desta feita, o instrumento jurídico está estabelecido e as partes podem, utilizando a autonomia da vontade e os limites das leis processuais, em certos casos, disciplinar suas formas de solução de controvérsias.

Transação e compromisso são instrumentos jurídicos. Arbitragem, mediação, conciliação, de outro lado, são métodos de solução de controvérsias que utilizam institutos jurídicos diversos em seu bojo. Assim, a posição esposada por SILVIO RODRIGUES parece mais razoável na medida em que *"o compromisso é um ato de vontade capaz de criar relações na órbita do direito e, por conseguinte, é negócio jurídico. Ele se ultima pelo consenso de vontade de duas ou mais pessoas que indicam árbitros e se vinculam a acatar as suas decisões"*. [125]

Frise-se sempre que o entendimento sobre compromisso não se restringe à arbitragem, embora ela seja o MASC mais tradicional. Em qualquer caso, indubitavelmente, trata-se de negócio jurídico com consequências processuais.[126]

Portanto, o compromisso se mostra um meio idôneo para que

---

[124] C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.*, p. 190.

[125] S. RODRIGUES, *Direito Civil*, Vol. III, 30.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 380.

[126] L. F. GUERRERO, *Convenção de Arbitragem...*, pp. 7-25.

as partes definam de que modo o conflito entre elas será solucionado, indicando de que modo eventual terceiro neutro[127]atuará e quais serão as consequências dessa atuação. Tal terceiro poderá ser um facilitador da comunicação entre as partes e aí estaremos diante de um compromisso para mediação.

Sem dúvida, o compromisso pode servir de base para a instituição de qualquer método de solução de controvérsias que as partes desejarem, ressalvadas as especificidades e as exigências legais de cada um.

Nesse sentido, o compromisso poderá ser judicial ou extrajudicial de acordo com a dicção do art. 851 do Código Civil. Disposição semelhante é encontrada no art. 9.º da Lei de Arbitragem, nele sendo estipulado também que o compromisso deve ter a forma escrita[128], podendo ser considerado nulo se não o for.

Ademais, o compromisso pode ter a forma de instrumento público ou particular assinado por duas testemunhas (Lei de Arbitragem, art. 9.º, § 2.º). A necessidade formal de o instrumento particular de compromisso ser firmado por duas testemunhas ou ser celebrado por instrumento público tem o único escopo de conferir maior efetividade ao instituto. Isso porque o Código de Processo Civil vigente prevê, em seu art. 585, inciso II (assim como o Projeto de Código de Processo Civil o faz em seu art. 743, incisos II e III), que esses documentos são títulos executivos extrajudiciais, se tiverem tais características.

Se for celebrado judicialmente, o compromisso retirará do juiz togado a possibilidade de analisar aquela matéria que lhe fora submetida por inteiro ou em parte, pois nada impede que as partes celebrem um compromisso para solução de apenas parte do seu litígio, permanecendo o restante para ser solucionado pelo Judiciário.

Embora o Código Civil não tenha estabelecido requisitos

---

[127] Vide nota nº 53.

[128] É disposição recorrente que o compromisso deve ser celebrado por escrito (art. 1.449 do Código de Processo Civil Francês). Sua prova pode ser oferecida por todos os meios, inclusive por troca de correspondência, desde que exista recíproca aceitação entre as partes. No mesmo sentido: I. STRENGER, *Comentários à Lei de Arbitragem*, São Paulo, LTr, 1998, p. 75.

necessários para a celebração de um compromisso, sendo intuitivo que tal instituto siga as regras gerais do contrato, vigendo também aqui o princípio da autonomia da vontade[129], tendo como referência os elementos indispensáveis e facultativos do compromisso arbitral estabelecidos pela Lei de Arbitragem.[130]

Assim, além dos elementos obrigatórios e facultativos, poderão existir também elementos convencionais, que originarão o compromisso. A ausência de um dos elementos obrigatórios não levará necessariamente à nulidade do compromisso de plano, exatamente como previsto desde o sistema revogado do Código de Processo Civil (art. 1.074), podendo gerar impedimentos para a utilização do MASC escolhido.

Os elementos fundamentais que devem constar do compromisso arbitral, e de acordo com o presente estudo em qualquer compromisso que intitua um MASC, estão previstos no art. 10 da Lei de Arbitragem, e se referem à qualificação das partes e dos árbitros, ou da entidade que os indicará se a arbitragem for institucional, e ainda não houver indicação dos árbitros, a matéria que dirimida pelos julgadores ou analisada por mediadores e conciliadores e o local em que a sentença arbitral deverá ser proferida[131] (art. 10 da Lei de Arbitragem) ou em que o acordo for celebrado. O objetivo é claro de indicar, com clareza, que são as partes que submeteram seu litígio a um terceiro e em que local têm interesse que esse pronunciamento ou acordo sejam efetivados.

Não obstante a presença e a importância de tais requisitos,

---

[129] Isso quer dizer que as partes podem estabelecer de modo livre, nos limites da utilização dos ADR, cláusulas específicas para o caso que estejam discutindo. Não podem, contudo, abrir mão das cláusulas ditas obrigatórias.

[130] A dicotomia entre requisitos obrigatórios e facultativosfaculdade já existia quando o compromisso era regulado pelo Código Civil de 1916. Lálá se previam, arts. 1.039 e 1.040, requisitos facultativos que hoje seriam esdrúxulos, como a possibilidade de recurso da decisão proveniente do compromisso (C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.*, pp. 192-193). A ideia de recurso de uma decisão decorrente de um método ADR, acertado por meio de um compromisso, ofende a ideia de equivalente jurisdicional que já era esposada e exposta por JOSÉ DE MOURA ROCHA (*Do Contrato... Op. Cit.*, pp. 24-26) a partir das ideias de FRANCESCO CARNELUTTI, para quem havia uma nítida equivalência entre as soluções contratuais e jurisdicional da lide. Os dois métodos seriam capazes de solucionar a lide de modo justo (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, Padova, CEDAM, 1933, p. 87).

[131] Fundamental para a aferição de necessidade de procedimento de homologação de sentença estrangeira caso a sentença arbitral seja proferida fora do Brasil. Os países do MERCOSUL possuem a facilidade do Protocolo de Las Leñas, procedimento simplificado para a homologação de sentenças estrangeiras.

eles devem ser mitigados e analisados com parcimônia sempre que possível porque a ausência de uma correta indicação de endereço ou a incorreção de algum dado qualificativo de uma das partes ou dos árbitros pode ser, no mais das vezes, suprida, não devendo as partes se concentrar e procurar filigranas para dificultar a utilização do método de solução de controvérsias[132]. Tal ideia, todavia, não significa que as partes tenham liberdade total para a celebração de um compromisso e não tenham nenhum limite legal.

Obviamente, precisarão estar atentas para disposições relativas ao regime de casamento e possibilidade de demandar, especialmente de acordo com os arts. 10 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como com a capacidade das partes para contratar, em geral, e a natureza dos direitos envolvidos que devem ser patrimoniais disponíveis.

No caso da arbitragem, por exemplo, estando clara a vontade para arbitrar, as partes estarão completamente vinculadas e até a demanda prevista no art. 7.º da Lei de Arbitragem poderá ser utilizada para que efetive a utilização do instituto, suprindo-se judicialmente alguma falha que ele contenha e que não seja decorrente da natureza do direito envolvido ou relativa à capacidade das partes, vícios em geral insanáveis. Em relação à mediação e à conciliação, como se verá, a análise da vinculação e os efeitos do compromisso e da cláusula compromissória são um pouco diversos pela própria natureza de tais métodos de solução de controvérsias. Nesse diapasão, o Projeto de Lei n.º 517, de 2011, relativo à mediação, garante a efetivação do método por meio da execução especfífica da cláusula compromissória (art. 16, *caput*), mas não impõe resultado por meio de acordo (art. 22, *caput*)

Ainda no caso da mediação e da conciliação, por não haver conteúdo decisório, na atividade do terceiro, o compromisso arbitral pode indicar uma eleição de foro ou, se nada for disposto a respeito, podem ser aplicadas as regras do art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil, com o brocardo *locus regit actum*.

---

[132] C. A. CARMONA, *Arbitragem e processo... Op. cit.*, pp. 177. No mesmo sentido: P. A. B. MARTINS, *Aspectos Jurídicos do Compromisso* in P. A. BATISTA MARTINS, S. M. F. LEMES e C. A. CARMONA (orgs.), *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pp. 238-240.

No tocante aos requisitos facultativos do compromisso, no art. 11 da Lei de Arbitragem são indicados os seguintes: *(i)* local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; *(ii)* a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; *(iii)* o prazo para apresentação da sentença arbitral; *(iv)* a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; *(v)* a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e *(vi)* a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

O local ou locais em que se desenvolverá a arbitragem traz à baila o conceito de sede da arbitragem, que não é adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, tal requisito é apenas facultativo.

Para o direito brasileiro, tem relevância apenas o local em que será proferida a sentença arbitral, definindo-se aí se ela será nacional ou internacional. O local em que se praticam os atos do processo arbitral é algo que fica na esfera de voluntariedade e interesse das partes, exceto se daí decorrer algum prejuízo ao contraditório e à ampla defesa. Tal situação se verifica, por exemplo, quando a oitiva de uma testemunha é determinada para local distante somente para dificultar o deslocamento de uma das partes. Esse tipo de comportamento, por óbvio, não pode ser tolerado.

No entanto, a sede da arbitragem tem relevância para se determinar com clareza, por exemplo, se o Judiciário conferirá medidas de apoio à arbitragem, a despeito da nacionalidade das partes ou local de proferimento da sentença arbitral, sem que seja necessária maior divagação.[133]

No tocante aos itens *(ii)* e *(iv)* acima, relativos ao julgamento

---

[133] *"Ao ponderar possíveis sedes, a análise do risco/benefício deverá envolver tanto a lei nacional quanto as convenções que envolvam a questão. Sucintamente, o estudo da sede, do ponto de vista jurídico, tem repercussão para: (i) definição da nacionalidade do laudo com reflexos na execução; (ii) definição da competência do Judiciário para controle do laudo via ação de nulidade; (iii) a lei da sede tem papel subsidiário para regular a validade da convenção arbitral; e (iv) a lei da sede também desempenha papel importante nas disposições procedimentais imperativas"* (A. BRAGHETTA, *A escolha da Sede da Arbitragem* in Revista do Advogado n.º 87, São Paulo, AASP, 2006, p.10 e a *A Importância da Sede da Arbitragem*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010).

por equidade e indicação de regras para julgamento, menciona-se que se dirigem aos árbitros podendo as partes indicar, de antemão, sob quais regras desejam ver o seu caso julgado. E tais requisitos se aplicam somente à arbitragem porque somente nesse MASC haverá julgamento.

Valendo-se da equidade, os julgadores poderão aplicar entendimentos diversos daquele vigente nos ordenamentos jurídicos aplicáveis, que podem estar relacionados com o caso concreto, valendo mais o seu senso de justiça para cada caso do que as disposições legais ou regulamentares. Assim, exclui-se a aplicação direta de uma lei, jamais do direito.[134]

A arbitragem *ex aequo et bono*[135] indica que o árbitro, se houver a permissão das partes na convenção de arbitragem, poderá afastar-se da lei, portanto, para realizar o seu julgamento. Trata-se de uma atividade intuitiva do julgador na qual este não utiliza a lei como a sua fonte de julgamento, mas pode se valer de outras regras[136]. Há uma permissão das partes para que os julgadores busquem fonte de obrigações que considerem mais adequadas para o caso concreto.

Por isso, o julgamento por equidade não pode ser considerado *contra legem*, pois sempre haverá um substrato do ordenamento jurídico aplicável a embasá-lo[137]. A análise, portanto, será sempre *secundum legem*, com aplicação de regras que o julgador considerar mais adequadas. Julgar por equidade não quer dizer que o julgador estará desobrigado de fundamentar o seu livre convencimento. Este terá que continuar sendo motivado.

---

[134] E. J. COUTURE, *Vocabulário Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 258.

[135] Ou no direito francês a figura do *amiable compositeur*. O entendimento no referido ordenamento jurídico é o de que algumas disputas podem ser tão complexas que por vezes é razoável permitir que os árbitros julguem além da lei, isto é, tenham instrumentos além da lei para analisar a demanda (J. L DELVOLVÉ, J. ROUCHE and G. H. POINTON, *French Arbitration Law and Pratice*, The Hague, Klower Law International, 2003, pp. 152-153 e D. VIDAL, *Droit Français de L'Arbitrage Commercial International*, Paris, Gaulino, 2004, p. 245).

[136] M. ROTONDI, *Equitá e Principì Generali di Diritto* in M. ROTONDI, *Studio di Diritto Comparato e Teoria Generale*, Padova, CEDAM, 1972, p. 23.

[137] M. ROTONDI, *Equitá... Op. Cit.*, , p. 31.

Ademais, tal determinação não significa que o julgador deva necessariamente se afastar da lei, como sustenta CARLOS ALBERTO CARMONA, mas somente dela se afastar naquela situação concreta verificar que a disposição legal não lhe parece justa[138], adequando-se a norma particularmente ao caso que se pretende resolver[139]. Não se trata de um juízo que se desvincula do juízo legal, sendo conferida tutela jurisdicional por meio de uma derivação deste. Há nítida liberdade para o julgador, mas esta não é absoluta, ela deve estar em conformidade com o ordenamento jurídico aplicável[140].

Nos dizeres de SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *"(...) o juízo de equidade tem as seguintes funções: (a) interpretativa; (b) quantificadora; (c) supletiva; (d) corretiva; (e) substitutiva"*, mas o juiz e o árbitro, quando julgam por equidade na acepção da Lei de Arbitragem, exercem apenas a função substitutiva, posto que estarão autorizados a se valer de uma norma diversa da lei para proferir o seu julgamento[141].

Esse tipo de regra de julgamento, contudo, não é comum em arbitragens brasileiras e internacionais envolvendo partes brasileiras, tendo em vista resistências culturais, e a utilização da equidade não ofenderá a ordem pública nacional[142]. CHIARA TENELLA SILLANI, por sua vez, afirma existir um renascimento desse tipo de arbitragem por equidade a partir do aprofundamento da globalização e da maior influência do direito francês. As raízes latinas do instituto ainda são bastante vivas no direito francês, e essa influência vem se irradiando a partir da figura do *amiable compositeur*[143] ou compositor amigável.

---

[138] C. A. CARMONA, *Arbitragem...*, *Op. Cit.*, p. 66.

[139] G. VERDE, *Profili Del Proceso Civile*, Napole, Jovene, 1982, pp. 99-100.

[140] V. M. J. DE FRADERA, *Aspectos Problemáticos na Utilização da Arbitragem Privada na Solução de Litígios relativos a Direitos Patrimoniais Disponíveis – Comentários à Lei de Arbitragem in* C. L. MARQUES E N. DE ARAÚJO (orgs.), *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 407.

[141] S. M. F. LEMES, *A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado* in S. M. F. LEMES, C. A. CARMONA e P. A. B. MARTINS (coord.), *Arbitragem – Estudos... Op. Cit.*, , pp. 72-111 p. 196.

[142] J. T. DE P. MUNIZ e A. T. P. BASÍLIO, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing, 2006, pp. 40-41.

[143] C. T. SILLANI, *L'Arbitrato di Equitá*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 254-255.

Essa tendência, verificada do comércio internacional, realmente ainda não ganhour no Brasil, mas deve evoluir na medida em que a arbitragem e os métodos de solução de controvérsias em geral se tornarem mais utilizados e fizerem parte do dia a dia dos profissionais do direito.

Além disso, há a possibilidade de fixação do prazo para a sentença arbitral, requisito que invariavelmente é redimensionado pelos árbitros, pois somente eles, ao tomarem conhecimento do volume da causa, conhecedores do seu ritmo de trabalho e estimando as provas que consideram necessárias, poderão fixar com clareza um prazo para que a sentença seja proferida. Não por isso, tal requisito também é facultativo e serve de norte para os árbitros.

Não obstante, não havendo acordo entre as partes, não se pode olvidar que, de acordo com o art. 12, inciso III, da Lei de Arbitragem, se referido prazo não for cumprido, o compromisso arbitral poderá até ser extinto. É um alerta para que as partes e os árbitros fixem prazos razoáveis e palatáveis.

Finalmente, os itens *(v)* e *(vi)* acima indicam regras de atribuição de ônus de sucumbência que podem ser repartidos entre as pessoas que participarão da arbitragem, serem arcados pelo vencido, pela parte economicamente mais forte no caso de um MASC consumerista, enfim, há ampla liberdade para as partes. É importante, todavia, que os árbitros, conciliadores, mediadores e as respectivas câmaras prevejam mecanismos seguros para a remuneração do seu trabalho e efetivo recebimento.

Assim, na linha de ampliação dos dispositivos da Lei de Arbitragem para os demais MASCs, não se poderia esperar que o legislador de 1996 antevisse o horizonte atual, com a ampliação dos métodos de solução de controvérsias ao, aparentemente, restringir o instituto do compromisso somente para a arbitragem. Não obstante, tal interpretação não é a mais razoável. A Lei de Arbitragem pode ser vista sim como um norte, uma referência para os métodos de solução de controvérsias. É necessário porém que as disposições relativas à arbitragem, método de solução de controvérsias jurisdicional, não sejam aplicadas indistintivamente para os métodos consensuais em todas as situações. No entanto, algumas soluções que o direito brasileiro prevê para a arbitragem,

podem ser utilizadas para os métodos consensuais. A disciplina da relação entre a arbitragem e o Judiciário, e os efeitos positivos e negativos da convenção de arbitragem, são as bases para o tratamento na categoria de questões prévias dos MASCs consensuais em relação ao Judiciário, como se analisará no item 7.2 e 7.3 abaixo.

Tanto é assim que o art. 851 do Código Civil apresenta disposição ampla, de modo a abarcar todas as formas de solução de controvérsias, nos limites do art. 852 do mesmo Código.

Os fundamentos legais para a larga utilização do instituto do compromisso como substrato para os métodos de solução de controvérsias, inclusive tendo o compromisso arbitral como referência Não se pode olvidar também que todas as disposições do compromisso podem estar em um contrato mais amplo e a manifestação de vontade para utilização de um MASC pode estar presente em cláusulas simples de solução de controvérsias, exatamente como na arbitragem, nos termos dos arts. 853 do Código Civil e 3.º e seguintes da Lei de Arbitragem.

O contrato que contiver a cláusula de solução de controvérsias deverá reunir todos os elementos essenciais previstos pela lei para o compromisso, exceto a indicação pormenorizada do litígio, uma vez que, ao serem celebrados o contrato e a cláusula de solução de controvérsias, não se sabe com certeza quais litígios poderão advir daquele negócio jurídico.

6.1.2 A Transação

O conceito de transação apresentado pelo art. 840 do Código Civil indica que tal método de extinção das obrigações pode ser utilizado como forma de extinção ou prevenção de conflitos.

Como indica CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, transação é uma modalidade especial de negócio jurídico que tem por escopo pôr termo a litígio existente ou a litígio eventual entre as partes. *"Podemos defini-la como um acôrdo liberatório, com a finalidade de extinguir ou prevenir litígios, por via de concessões recíprocas das partes"*.[144]

No sentido técnico, posto que transação pode ainda representar qualquer relação comercial, constitui um negócio jurídico bilateral e oneroso pelo qual as partes, mediante concessões mútuas, põem termo a um determinado litígio ou a um possível litígio. Nos dizeres de FRANCISCO CAVALCANTE PONTES DE MIRANDA:

> *"A transação é o negociação jurídico-bilateral, em que duas ou mais pessoas acordam em concessões recíprocas, com o propósito de pôr termo a controvérsia sobre determinada, ou determinadas relações jurídicas, seu conteúdo, extensão, validade, ou eficácia. Não importa o estado de gravidade em que se ache a discordância, ainda se é quanto à existência, ao conteúdo, à extensão, à validade ou à eficácia da relação jurídica; nem, ainda, a proveniência dessa, de direito das coisas, ou de direito das obrigações, ou de direito de família, ou de direito das sucessões, ou de direito público"*[145].

A mesma observação feita em relação ao instituto do compromisso, no item anterior, também serve para a transação. É que o art. 840 também realocou o instituto, assim como foi feito com o compromisso, passando estes a constarem como uma espécie de contrato (incluído no *Título VI – Das Várias Espécies de Contratos,*

---

[144] C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições ... Op. Cit.*, p. 214.

[145] F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Tomo XXV, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1959, p. 117.

Capítulo XIX)[146]. Nesse aspecto , é fundamental a lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: *"Mas na sua nova conceituação, de tipicidade contratual, admite-se que as concessões recíprocas das partes possam criar, modificar ou extinguir relações iguais ou diversas da que tiver dado origem à pretensão ou contestação"*[147]. No mesmo sentido, CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY considera que a transação não se compadece com uma forçosa natureza declarativa, especialmente pela sua nova alocação e conceituação no direito civil, sendo muito mais razoável que seja constitutiva na medida em que enseja criação, modificação e extinção de direitos, e não apenas essa última, exatamente como nos Códigos Civis italianos (art. 1.965) e português (art. 1.248). [148]

Trata-se de uma interpretação que se chama em sede doutrinária de neoclássica da trasação, aplicando-se a ela efeitos constitutivos também. Tal teoria foi desenvolvida por LOUIS BOYER[149] e no Brasil foi descrita por CARLOS ALBERTO DABUS MALUF[150]. Supera-se a teoria clássica da natureza declaratória da transação e a teoria traslativa da transação que considera que ele realiza transferência mútua de direitos entre as partes. [151]

Em relação à incerteza que se pretende extinguir com a transação, do ponto de vista do direito brasileiro, esta não precisa ser objetiva, isto é, a questão não precisa ser litigiosa. É por isso que se diz que a transação é possível em lides

---

[146] CLÓVIS BEVILACQUA considera que a transação não seria propriamente um contrato porque seu momento preponderante é o da extinção de obrigações (*Código Civil... Op. Cit.,* pp. 176-177). No entanto, consideramos que a alteração promovida pelo Código Civil atual foi adequada porque o que fazem os contratos em geral senão criar e extinguir obrigações. Considerar de modo diverso seria extinguir a categoria jurídica dos contratos. De outro lado, as transações não só extinguem obrigações, como também podem criá-las, dependendo da vontade das partes. CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, já em 1999 discutia a natureza do instituto e os seus reflexos para o direito processual civil. O grande ponto para ponderação era exatamente a característica de a transação não se restringir a uma forma de extinção das obrigações (*A Transação no Direito Civil e no Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1999, pp. 32-38). No mesmo sentido, comentando sobre o sistema italiano: F. GALGANO, *Diritto Privato... Op. Cit.,* pp. 631-632.

[147] C. M. DA S. PEREIRA, *Instituições ... Op. Cit.,* p. 216.

[148] C. L. B. DE GODOY in C. PELUSO (coord.), *Código Civil... Op. Cit.,* p. 713.

[149] L. BOYER, *La Notion de Transation*, Paris, Sirey, 1947, pp. 333-334.

[150] C.A. D. MALUF, *A Transação... Op. Cit.,* , p. 99.

[151] C.A. D. MALUF, *A Transação... Op. Cit.,* , pp. 94-103.

presentes ou futuras A incerteza, nesse caso, portanto, pode ser somente de ordem subjetiva, ser *"(...) imperante no espírito dos interessados"*, nos dizeres de FRANCESCO CARNELUTTI.[152]

A transação ainda tem um duplo fundamento econômico de, de um lado, permitir a migração de uma situação insegura para outra segura. Há um contrato de concessões mútuas, indicado há muito pela doutrina como uma relação de duas vias, de equivalência, um sinalagma, indicativo também de um título oneroso entre as partes e com uma *alea* acerca das obrigações estabelecidas.[153]

Contudo, embora o Código Civil de 1916 trate a qualidade de imutabilidade dos efeitos da transação de modo idêntico à qualidade de imutabilidade dos efeitos da sentença, atribuindo-lhe a aptidão de produzir coisa julgada[154], o atual Código Civil não repetiu tal disposição. A natureza do instituto, todavia, não se alterou e em alguns pontos o legislador buscou fortalecer a sua utilização. Em uma primeira análise, poder-se-ia dizer que a ausência dessa disposição seria um desprestígio aos métodos de solução de controvérsias, o que não se configura verdade, pois essa equiparação de efeitos nunca representou uma equiparação funcional como a que ocorre entre sentença judicial e sentença arbitral.

O grande avanço está exatamente naquilo em que a legislação mais recente, com destaque para as alterações do Código de Processo Civil e para o novo Código Civil, fez, ao conferircada vez mais efetividade às formas convencionais de solução de controvérsias, especialmente nas situações em que há descumprimento por uma das partes.

---

[152] F. CARNELUTTI, *Sulla Causa Della Transazione in* Rivista di Diritto Commerciale, 2.ª Parte, Milano, Casa Edittrice Dottore Francesco Vallardi, 1914, p. 575.

[153] *Cfr.* L. CUNHA GONÇALVES, *Dos Contratos em Especial*, Lisboa, JM, 1955, p. 343.

[154] *"Art. 1.030. A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa"*.

Está sedimentado o entendimento de que a transação representa uma forma de prevenção ou extinção de litígios, não necessariamente de obrigações. Ampliou-se, portanto, o campo de utilização do instituto, conferindo-lhe um caráter relevantíssimo na disciplina dos métodos de solução de controvérsias.

Como bem assinala CARLOS ROBERTO GONÇALVES, a transação não se confunde com a conciliação. Para referido autor, esta seria um *"(...) momento processual"*[155]. Tal entendimento vai ao encontro do que se sustenta neste trabalho porquenão se considera a conciliação como um "momento processual", e sim como um método de solução de controvérsias. O instrumento não se confunde com o processo, o resultado não se confunde com o meio, não obstante estejam relacionados

O art. 840 do Código Civil, por sua vez, nada diz sobre as formas de obtenção da transação ou de que modo se chega a ela. Essa é função dos métodos de solução de controvérsias, especialmente os métodos ditos consensuais.

O objeto da transação se restringe aos direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do artigo meniocando acima, limitando também o objeto dos MASCs estipulados contratualmente.

Não está afastada a utilização de MASCs consensuais envolvendo direitos não patrimoniais, mas apenas disponíveis[156]. Contudo, tais MASCs não ocorrerão a partir de estipulações para instituição de métodos de solução de conflitos, mas sim em outras searas, tais como o Ministério Público com os Termos de Ajustamento de Conduta ou no Judiciário para questões envolvendo guarda de filhos ou alimentos.[157]

---

[155] C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, Vol. III, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 541.

[156] *"Em primeiro lugar, os conceitos estudados costumam qualificar uma determinada relação entre bens e sujeitos. Nesse sentido, a indisponibilidade costuma ser atribuída a determinadas categorias de bens, indicando a proibição de modificação da titularidade originária do bem jurídico, seja essa atribuída a um sijeito individual ou a uma coletividade. Observa-se que, quanto à relação entre bem e sujeito, a regra é da disposição, e a exceção, a da indisponibilidade. Os bens jurídicos, como regra geral, são disponíveis, isto é, podem ter sua titularidade modificada, direta ou indiretamente, pela vontade de seus titulares ou por decisão judicial. De forma excepcional, incide sobre determinadas modalidades de bens uma vedação jurídica quanto à disponibilidade, tornando bens dessa natureza insusceptíveis de terem alterada a sua titularidade, pro vontade das partes ou, até mesmo, por determinação judicial"* (C. A. SALLES, *Arbitragem... Op. Cit.*, p. 289-290).

[157] *"A instransacionabilidade resulta, sempre, da falta de poder de disposição e.g., as inalienabilidades importam, sempre, intransacionabilidade, sejam elas limitações ou sejam restrições ao poder de*

Quanto aos dos princípios relativos à transação, o primeiro a ser tratado é o da indivisibilidade[158]. A transação representa um monólito no tocante à manifestação de vontade das partes. Assim, se uma de suas cláusulas for considerada nula, todo o restante também o será, nos termos do art. 848 do Código Civil. No entanto, se existirem negócios independentes na mesma transação, somente aquele no qual a cláusula nula se refere será invalidado (art. 848, parágrafo único, do Código Civil). Ou seja, a transação deve representar um todo que abranja todo o negócio jurídico a que se refere, contendo todos os seus elementos, embora, tratando-se de diversos negócios jurídicos, como é natural nas relações econômicas complexas, um negócios não atingirá o outro.[159]

Esses dispositivos indicam a necessidade de um cuidado enorme que deve ser tomado pelas partes em qualquer procedimento que culmine em uma transação e principalmente nos procedimentos de MASC. A participação do terceiro também pode ser uma fonte invalidação das transações. Se a fonte invalidação das transações foi fruto de culpa ou dolo do terceiro imparcial, a ele poderá ser imputada responsabilidade civil. Tal situação exige cuidado extremo em situações em que se possam alegar vícios de consentimento ou do negócio que podem tornar uma nulidade ou anulabilidade mais simples de ser demonstrada. Trata-se do princípio da indivisibilidade da transação.

O Código Civil ainda estabelece, de outro lado, que a

---

dispor" F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado..., Op. Cit.,* p. 141. No mesmo sentido, ORLANDO GOMES afirma: "*Se bem que não se transmitam direitos pela* transação*, não pode transigir que não tenha o* poder de disposição *dos que constituem objeto do contrato"* (*Contratos... Op. Cit.*, p. 441), CARLOS ALBERTO DABUS MALUF, *"A totalidade dos escritores, dos mais antigos até os mais recentes, costuma repetir como ponto universalmente aceito que transigir é alienar, conceito que se deve entender no sentido de ser imprescindível à formação da transação a mesma capacidade que se requer para alienar"* (*A Transação... Op. Cit.*, 39) e FERNANDA TARTUCE: *"Conclui-se, assim, que a mediação, no âmbito das relações privadas propriamente ditas, em que é marcante o tom da disponibilidade dos direitos em jogo, constitui um mecanismo apto a ensejar a composição efetiva e válida da controvérsia"*, *Mediação... Op. Cit.*, p. 265.

[158] S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* pp. 370-371.

[159] C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.,* pp. 178. A doutrina clássica brasileira sempre teve o receio de indicar a aquisição de direitos na transação porque ela era conceituada como um modo de extinção obrigacional. Fazia-se um grande esforço para justificar que obrigações eventualmente adquiridas pelo instrumento de transação não decorreriam diretamente do método extintivo de obrigações, mas da relação anterior havida entre as partes. Modernamente, esse medo se esvaiu, dado que a transação é conceituada pelo Código Civil de 2002 como um negócio jurídico, portanto podendo abrigar sem nenhum problema obrigações novas e extinguir antigas.

transação deve ser interpretada restritivamente, pois indica uma renúncia a direitos (art. 843 do Código Civil). No entanto, o mesmo código ampliou os limites da transação, trazendo-a do restritivo campo das formas de extinção das obrigações para o rol das várias espécies de contrato, representando um contrato típico. Nesse aspecto, salientaram-se mais as características da transação como forma de extinção de litígios eventuais ou existentes e sepultou-se a ideia de que a transação somente extinguiria obrigações.

Posto isso, vê-se de modo cristalino que a dicção do art. 843 do Código Civil não pode mais ser interpretada apenas de modo literal. A alteração de alocação do instituto nas disposições do Código também leva a uma nova alocação objetiva. Ao eliminar litígios possíveis e/ou existentes, a transação permite não só a extinção de obrigações, com a renúncia a direitos, justificando-se a interpretação restritiva, como também permite a aquisição de obrigações, com prestações em que o indivíduo pode ser credor ou devedor.

A interpretação restritiva do art. 843 do Código Civil, assim, não atende de modo geral às necessidades do instituto. Será necessário que o intérprete analise as disposições da transação e possa se valer também dos métodos interpretativos dos arts. 112 e seguintes do Código Civil, o que torna a atividade hermenêutica e de aplicação do direito ao caso concreto mais ampla. A transação não necessariamente conterá renúncias que justificarão a interpretação restritiva, mas, na reorganização da relação jurídica entre as partes para extinguir ou prevenir litígios existentes ou eventuais, novos direitos e deveres poderão ser estipulados.

No tocante ao limite da interpretação jurídica, suas arestas serão aquelas dos negócios jurídicos entabulados entre as partes, isto é, aquilo que será objeto de disposição e de eventual interpretação. O limite de abrangência da transação será exatamente aquela questão a que as partes expressamente fizeram referência. *"Às*

transações não se estendem as dúvidas sobre as quais não se pensou.".[160]

Finalmente, o art. 847 do Código Civil em seu parágrafo terceiro admite a presença da pena convencional na transação. Esse é mais um resquício do entendimento da transação como um mero método de extinção das obrigações. Na medida em que a transação é considerada como um contrato, passa a ser desencadeamento lógico a possibilidade de prever cláusula penal[161], que de outro modo não costuma estar ligada aos modos de pagamento.[162]

Essa disposição era largamente aceita pela doutrina como razoável na medida em que a transação não era conceituada como um contrato[163]. Contudo, a alteração introduzida pelo Código Civil de 2002, considerando a transação um contrato, tornou esse dispositivo uma obviedade.

Por fim, anula-se a transação apenas por dolo, coação ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa, não se anulando por erro de direito, que, pressupõe-se, deve ser de amplo conhecimento e meditação pelas partes, nos termos dos art. 849 do Código Civil, não sendo admitido o erro ou ignorância. Nesse aspecto, como afirma SILVIO DE SALVO VENOSA, *"Como negócio jurídico que é, inelutável que se apliquem os regimes das anulabilidades na transação (...). na hipótese da transação, portanto, ao contrário da regra geral, não se admitirá ignorância ou erro de direito a respeito da matéria objeto do fundo de transação".* [164]

---

[160] J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado,* 3.ª ed., Vol. XIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 379.

[161] A cláusula penal não tem dupla função, sancionatória e moratória, mas sim pode ser de cada uma dessas espécies (No direito português, a cláusula penal é classificada como sancionatória e indneizatória A. P. MONTEIRO, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 547). No caso, o que se propõe é a cláusula penal pode ser sancionatória pelo mero descumprimento da realização do método ADR.

[162] S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* pp. 372, C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.,* pp. 186 e J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil... Op. Cit.,* p. 412.

[163] Nesse sentido: S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* pp. 372, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado,* 3.ª ed., Vol. XIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945, p. 379 e C. R. GONÇALVES, *Op. Cit.,*, p. 548.

[164] S. DE S. VENOSA, *Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. II, São Paulo, Atlas, 2003, pp. 313-314.

A transação também se tornará nula quando houver sentença passada em julgado cuja uma das partes não tenha conhecimento ou se em tal sentença foi reconhecido que uma das partes não era titular do direito alegado (art. 850 do Código Civil).

As disposições do art. 850 do Código Civil causam uma estranheza conceitual na medida em que só haverá sentença passada em julgado se as partes forem intimadas da decisão proferida em um caso e se desta não houver mais possibilidade de recurso ou se tomou ciência de uma decisão recorrível, mas não se apresentou recurso cabível.

De um modo ou de outro, a "passagem em julgado", ou melhor, o trânsito em julgado, pressupõe ou presume o conhecimento da parte sobre uma decisão que é efetivamente final sobre um litígio ou que tem a potencialidade de ser uma decisão final.

Não parece razoável então que subsista uma hipótese de nulidade de uma transação que indique o desconhecimento de uma sentença transitada em julgado de um caso que envolve as partes em negociação. Ela fatalmente terá conhecimento de tal trânsito em julgado, não podendo ser o desconhecimento uma condição para o fim de uma anulação.

E essa situação já era citada até por CLÓVIS BEVILACQUA que, ao que parece, teve que aceitar a presença de tal disposição por iniciativa do legislativo da época: *"O Projecto primitivo não se referia á sentença passada em julgado pelo motivo, que bem pressentiu JOÃO LUIZ ALVES: não se póde admitir sentença passada em julgado sem conhecimento das partes"*. [165]

---

[165] C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.*, pp. 178. Nesse sentido, é uníssona a jurisprudência: *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IRREGULARIDADE NA INTIMAÇÃO DO PATRONO DA CAUSA. NOME GRAFADO INCORRETAMENTE. TRÂNSITO EM JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. 1. O exercício da advocacia nos grandes centros, como São Paulo, Santos e Belo Horizonte, pressupõe a utilização dos serviços prestados por empresas especializadas na leitura do diário oficial, que efetuam a busca de intimações, quer pelo meio físico quer por via da internet, com base no nome do advogado. Essa é a realidade atual, que não pode ser desprezada. 2. Enil e Ênio são expressões diferentes, não podendo o erro do Tribunal* a quo *ser*

De outro lado, não haverá nenhuma nulidade, ainda que as partes tenham conhecimento da sentença e que ela seja totalmente favorável a uma delas, pois, se os direitos passíveis de transação, patrimoniais disponíveis, são até renunciáveis, por qual motivo não poderiam ser transacionados?[166]

A resposta a essa questão vem sendo positiva, bastando que os requisitos formais e estruturais da transação sejam respeitados, e nada impede que as partes façam uma composição mesmo depois do trânsito em julgado de uma sentença. O raciocínio é o de que, contendo transações mútuas, ela estará configurada, e seus requisitos apenas sejam verificados. Com isso, privilegiam-se a economia e a celeridade processuais.[167]

Contudo, analisando a transação exclusivamente do aspecto judicial, o trânsito em julgado alterará a natureza do negócio. Nesse sentido, se o advogado, que tinha poderes para atuar em uma demanda, transacionar reconhecimento dos direitos da parte contrária após decisão que lhe foi desfavorável já transitada em julgado, na verdade estará praticando uma alienação, ineficaz tendo em vista a sua falta de poderes[168].

De acordo com o que se viu, não há justificativa para tal dispositivo do Código Civil.

No tocante à forma, a transação pode ser judicial ou

---

considerado insignificante. 3. É dever do Estado-juiz, enquanto entidade monopolista da prestação jurisdicional, intimar a parte corretamente. 4. Se o advogado não foi regularmente intimado, não há trânsito em julgado, não incidindo, por consequência, o enunciado da Súmula 268 do STF. 5. Recurso provido" (STJ, RMS 15298, Rel. Min. FRANCIULLI NETO, Rel. Acórdão Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. em 22.4.2003 in DJU 26.4.2004, p. 155).

[166] C. L. B. DE GODOY in C. PELUSO (coord.), *Código Civil... Op. Cit.*, p. 720.

[167] Por todos: 2.º TACCiv, AI n.º 594.690-00/6, Rel. Juiz AMÉRICO ANGÉLICO, j. em 31.8.1999 in *Revista dos Tribunais*, Vol. 773, São Paulo, RT, 2000, pp. 285-286.

[168] *Revista dos Tribunais*, Vol. 201, São Paulo, RT, 1952, pp. 163-171. Acórdão citado por SILVIO RODRIGUES: S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.*, pp. 373.

extrajudicial, mas não deixa de ser, em nenhuma das circunstâncias, um contrato solene, devendo obedecer à forma legal, quando exigida, podendo ser feito por instrumento particular nos demais casos[169]. A transação judicial será feita nos autos do processo com imediata homologação do magistrado, enquanto a transação extrajudicial dependerá mais do bem ou do negócio que envolver, por exemplo, móveis ou imóveis, para se definir a forma adotada (art. 842 do Código Civil). [170]

Há que mencionar que se fazia uma grande dicotomia entre a transação judicial e a transação extrajudicial na medida em que somente a primeira poderia ser homologada pelo juiz a fim de obter a sua eficácia máxima, ao passo que a segunda não poderia[171]. No entanto, a nova disciplina do Código de Processo Civil tornou possível a homologação judicial de documentos extrajudiciais, sendo tal categoria inclusive um título executivo judicial (art. 475-N, inciso V).

Tal pedido pode ser realizado por meio de uma demanda de natureza declaratória em que se pede que o juiz homologue determinado acordo, como se verá com mais profundidade adiante.

Essa medida representa grande incentivo aos métodos de solução de controvérsias adotada pelo Código de Processo Civil. Há a clara necessidade de que o Direito Civil e o Código Civil caminhem no mesmo sentido, tendo em vista a importância e a simbiose desses ramos do Direito quando se faz uma análise à luz dos métodos de solução de controvérsias.

A essa tendência é adiciona-se o propalado *"diálogo das fontes"*. Mais do que nunca, em institutos de origem contratual, mas com importantes consequências processuais, a utilização desse método interpretativo se torna fundamental: *"A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Hoje, a*

---

[169] C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.,* pp. 179. S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* pp. 374.

[170] C. R. GONÇALVES, *Op. Cit.,,* p. 549.

[171] S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* pp. 374.

superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas". [172]

Como se viu, o direito processual deu melhor tratamento à categoria jurídica da transação, ao passo que o direito civil, aparentemente, relegou à transação um papel de contrato de segunda classe e o legislador não se debruçou sobre ela como deveria, enquanto o processo civil enxerga nesse instituto um importante instrumento para a solução de controvérsias de modo efetivo. A teoria do diálogo das fontes deve ser aplicada nesse caso.

De outro lado, é necessária uma urgente atualização do Código Civil no tocante aos institutos da transação.

Sem dúvida, o longo tempo de maturação do Código Civil nas casas legislativas, mais de 25 anos, fez com que algumas disposições presentes em nossa legislação fossem apresentadas com certa defasagem aos clamores sociais. Tanto é assim que já se pensa, por exemplo, na redação de um novo Código Comercial[173].

A mesma defasagem se aplica aos institutos em comento. Os paradigmas instituídos no referido diploma legal por vezes são incoerentes e ainda contam com diversas disposições que simplesmente caíram em desuso. Não é demais notar que alguns desses vícios já apontados desde o Código Civil de 1916 foram mantidos, sem que nenhum cuidado fosse tomado para amenizá-los ou excluí-los do sistema.

---

[172] C. L. MARQUES, *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002 in* Revista da ESMESE n.º 7, Aracaju, ESMESE, 2004.

[173] Ministério da Justiça do Brasil: http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJA21B014BPTBRIE.htm, acessado em 19 de abril de 2011.

6.2 A Planificação das Soluções de Litígios, *Screening* e *Design* – A Instauração Extrajudicial dos MASCs

A planificação de solução de controvérsias, mais conhecida como *screening*, representa nos dizeres de CHRISTOPHER HONEYMAN a próxima fronteira da solução de controvérsias, caracterizada pela antecipação.[174]

Para CHRISTOPHER HONEYMAN, a mediação alcançou um nível de desenvolvimento semelhante ao atingido pela odontologia algum tempo atrás. Extrair dentes tornou-se uma atividade menos eficiente do que desenvolver novos materiais que pudessem criar dentes artificiais com um resultado mais efetivo, ou seja, o tratamento preventivo de situações chegou aos MASC do mesmo modo que alcançou a odontologia, criando-se um ambiente de sofisticação técnica, no caso dos métodos de solução de controvérsias, que permite um engajamento construtivo entre as partes.[175]

O engajamento das partes é a forma mais tradicional e intuitiva de instituição dos MASC. As partes, no momento da celebração de um contrato, a partir da já mencionada autonomia da vontade e da liberdade que a legislação que rege o negócio jurídico celebrado lhes permite, decidirão quais dos métodos de solução de controvérsias serão adotados. Na inexistência de qualquer determinação entre as partes, sempre será utilizado o Judiciário.

Destarte, a liberdade atua como pressuposto do consentimento, sendo responsável pela harmonização de dois ou mais, e vem indicada de modo claro, por exemplo, no art. 1.º da Lei de Arbitragem e no art. 144, § 1.º, do Projeto de Código de Processo Civil para a mediação e a conciliação com os princípios aplicáveis

---

[174] C. HONEYMAN, *The Next Frontier is Antecipation: Thinking ahead about Conflict to Help Clients Find Constructive Ways to Engage Issues in Advance*, *in Wiley Interscience*, www.interscience.wiley.com, Vol. 25, no. 6, 2007, p. 99.

[175] C. HONEYMAN, *The Next Frontier… Op. Cit.*, p. 100. PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA também indica essa possível origem do *case management* na área de saúde, como uma forma de incentivar a prevenção, impedindo-se o advento de uma patologia em vez de tratá-la depois de existente (P. E. A. DA SILVA, *Gerenciamento do Processo*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 37).

a tais métodos de solução de controvérsias: *"(...) princípios da independência*[176]*, da neutralidade*[177]*, da autonomia da vontade*[178]*, da confidencialidade*[179]*, da oralidade e da informalidade*[180]*".*

O *screening process* consiste no envolvimento imediato do profissional na triagem dos casos e na seleção de qual método de solução de controvérsias é mais adequado. É até intuitivo dizer que a arbitragem, por exemplo, tem ótima aplicação para os conflitos societários ou que os *dispute boards*[181] são interessantes para os contratos de construção.

---

[176] O princípio da independência institui que os mediadores e os conciliadores devem ceder à pressão de terceiros e nem das partes, estando pautada em critérios objetivos. O procedimento deve ser conduzido sem qualquer favorecimento de nenhuma das partes. Nesse sentido: SELMA MARIA FERREIRA LEMES, *Árbitro: Princípios de Independência e de Imparcialidade*, São Paulo, LTr, 199 p. 53.

[177] *Vf.* Nota nº 53 - Neutralidade é um termo de uso não muito comum no processo civil, mas indica a equidistância que os terceiros imparciais devem estar entre as partes, não se envolvendo ainda no problema que é apresentado ou ainda não possuindo nenhuma característica que indique que o objeto da discussão possa ser de seu interesse. Trata-se de um brocardo, portanto, semelhante ao princípio da imparcialidade. Poder-se-ia dizer que a utilização do vocábulo *"neutralidade"* seria incorreta, impertinente e ainda criaria uma dificuldade de linguagem por indicar uma segunda palavra para uma situação já existente em nosso ordenamento. Contudo, esse não é o caso e andou bem o legislador. Neutralidade não se confunde com imparcialidade. O primeiro de aplica àquela que não julgará, mas que tentará facilitar a comunicação entre as partes. Já a imparcialidade se aplica àquelas que julgam, portanto sendo interessante que exista nos métodos jurisdicionais de solução de controvérsias como o Judiciário e a arbitragem.

[178] A autonomia da vontade, por seu turno, é princípio tipicamente de direito privado. Indica-se por esse paradigma que as partes são livres para efetuarem a vinculação jurídica que desejarem, sendo obedecidas certas limitações físicas e legais, que podem variar de um sistema jurídico para o outro. *Cfr.* CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Mecanismos Alternativos... Op. Cit.*, pp. 779-792.

[179] *Vf.* item 8 abaixo.

[180] A informalidade indica que independentemente da forma dos atos praticados, eles serão considerados válidos sempre que atingem suas finalidades. Os atos dos procedimentos de mediação e de conciliação serão praticados de acordo com as formas que os conciliadores e os mediadores considerarem para cada caso, sempre com atenção para o escopo de tais medidas e para a segurança das partes. *Cfr.* CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, Vol. III, p. 819.

[181] Estrutura disponibilizada por Câmara de arbitragem, como a Câmara de arbitragem da CCI, que atua como órgão permanente para a solução de conflitos permanentes, até o final da execução do contrato, de modo comum, contratos de construção, conforme se verifica no *site*: http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4527/index.html, acessado em 8 de fevereiro de 2011. A grande vantagem é a de que tais órgãos, por exemplo, impedem a instituição de diversos painéis arbitrais, evitando todos os dramas que ocorrem entre a solicitação da arbitragem e o início dos trabalhos do painel, tornando os procedimentos de solução das controvérsias muito mais céleres. Vide item 5.2 acima.

A atividade de compreender adequadamente o conflito dependerá do grau de conhecimento que o advogado tem do litígio, mas também do interesse de seu cliente com aquele litígio em face da estratégia comercial da empresa no mercado em que atua. Portanto, além da técnica jurídica, o advogado deverá ter a capacidade de compreender o que a empresa espera da solução daquele conflito. Claro que a resposta mais intuitiva diz que a empresa pretende ganhar, porém de nada adiantará ganhar com custos apenas financeiros, mas também, por exemplo, de imagem, sobremaneira elevados para a empresa.

Nessa linha, conhecendo o litígio e o que a empresa espera do litígio, o advogado deverá também saber indicar qual o melhor MASC para a solução do conflito posto. O processualista, assim, deverá buscar aquela forma de solução de conflitos que considera mais adequada.

Assim, as partes por si ou com terceiros que irão assessorá-las devem definir quais serão os seus objetivos e interesses, verificar se eles permitem um acordo, quais são os obstáculos para atingi-lo e, finalmente, identificar quais métodos vão ao encontro do que pretendem.[182]

Como se fossem cores primárias, que originam todas as outras, negociação, mediação/conciliação, arbitragem e Judiciário/sistema adjudicatório servem de base para qualquer solução de controvérsias..[183]

Finalmente, escolhida a técnica, ela deve ser utilizada de modo a permitir que o litígio seja solucionado de maneira satisfatória para as partes. Tal afirmação pode parecer perigosa, mas o que se quer dizer é que, vencendo ou perdendo, o modo de solução de conflito seja incólume e o sucesso das partes na forma de solução do litígio decorra apenas dos fatos apresentados, convencimento realizado e, eventualmente,

---

[182] J. E. GRENIG, *Alternative Dispute Resolution*, Vol. I, 3a ed., New York, Thomson West, 2005, p. 24.

[183] S. S. NAGEL, *Broadening the Applicability of Multi-Criteria Dispute Resolution* in M. K. MILLS, *Systematic Analysis in Dispute Resolution*, New York, Quorum Books, 1991, p. 3.

da subsunção realizada por um terceiro neutro entre os fatos e norma aplicável, não de outros fatores, algumas vezes escusos, que podem gerar implicações éticas e jurídicas.

A postura das partes, de seus advogados e de terceiros eventualmente envolvidos, que podem atuar como árbitros ou mediadores, são fundamentais, portanto, para o sucesso da forma de solução de conflito. Nesse sentido que é fundamental a mudança de cultura e quanto melhor a compreensão das partes e de todos aqueles que atuarão na solução do litígio, mais eficaz será o resultado alcançado.

O *design* consiste na elaboração, pelas partes, de um método de solução de controvérsias que considerem adequado para o seu caso, adotando providências e mecanismos que podem pertencer a vários métodos, mas adequando-os e implantando novas características que possam, de um modo mais efetivo, atender às peculiaridades da disputa. É um método que origina, por exemplo, os mencionados *Dispute Boards* da CCI para contratos de construção ou o *Comitê de Controvérsias de Registros de Domínio* da CCBC.[184]

Nessa linha, KEREN AZULAY afirma que há a necessidade de aproximar a teoria da prática e incentivar as partes a deliberar sobre a forma de solução de controvérsias. Trata-se de uma iniciativa de dois passos, e, no primeiro, um terceiro neutro entrevistará as partes e apresentará a elas as formas de solução de controvérsias, fazendo com que eles se tornem parte desse processo decisório fornecendo soluções e sugerindo as adequações que considerem necessárias. Em um segundo momento, buscar-se-á que as partes demonstrem seus interesses de modo adequado, com a capacidade de apresentá-los e demandá-los.[185]

É necessário ainda o respeito a seis princípios para a criação de um método de solução de controvérsias: (i) prevenção: colaboração das partes antes de ações que possam causar efeitos na esfera de direitos da contraparte, garantindo-se sistemas de notificações e comunicações; (ii) foco no interesse: o sistema de solução de

[184] http://www.ccbc.org.br/ccrd.asp, acessado em 8 de fevereiro de 2011.

[185] K. AZULAY, *Knights Of The Round Table: Participant Selection Mechanism For Court-Related Deliberations* in 40 Creighton l. Rev., p. 734.

controvérsias será adequado na medida em que conseguir atender ao interesse das partes; (iii) encorajamento da negociação: criação de válvulas de escape para fuga de situações de impasse nas quais os limites para negociação entre as partes se tornem muito díspares; (iv) sequências de custos: em caso de escalonamento, devem ser estabelecida uma escala, dos métodos menos custosos até aqueles mais onerosos, de forma a incentivar à solução mais econômica da controvérsias; e (v) incentivo para a solução da controvérsias: o método escolhido ou desenvolvido deve conferir às partes confiança[186].

A doutrina até desenvolve parâmetros que auxiliam na escolha do método. Como se verá no próximo item, há análises técnicas comparativas dos diferentes métodos e de que modo eles podem auxiliar na solução de determinados tipos de conflitos.[187]

Sem dúvida, o espectro de soluções que o advogado pode oferecer ao cliente e que o Judiciário pode apresentar ao jurisdicionado aumenta sobremaneira, ainda mais quando programas de solução de controvérsias estão ligados a grupos, como associações, congregações religiosas etc., criando instrumentos que facilitem a solução de controvérsias[188]. Vê-se claramente que a construção de um método adequado de solução de controvérsias pelas partes, quer adotando-se modelos existentes, quer criando-se novos modelos a partir daqueles que já existem, torna a solução da controvérsia muito mais adequada e palatável. Como considera LINDA M. O'BANNON, nas soluções de conflitos trabalhistas, por exemplo, há um aumento de produtividade e melhora no ambiente de trabalho se os destinatários do método de solução de controvérsias tiveram participação na sua elaboração.[189]

---

[186] S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.,* pp. 308-315.

[187] T. J. STIPANOWICH, *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *13 Ohio St. J. on Disp. Resol,* p. 321.

[188] K. M. TURNER *et. al.*, Model Lawyers Guide do Legal Services, New York, American Bar Association, 1983, p. 1.

[189] L. M. O'BANNON, *Aba Section Focus: Alternative Dispute Resolution: Employment Dispute Resolution - Edr* in The Alaska Bar Rag, 2007, p. 30.

De outro lado, mesmo com todas as facilidades e possibilidades de vinculação entre as partes, há que se ter o cuidado de negociar e documentar, antes mesmo de o método de solução de conflito ser implantado, quais regras serão adotadaspelas partes e pelo terceiro que participará do procedimento[190]. Tal cautela evitará futuros e eventuais questionamentos, tornando o método adotado, qualquer que seja ele, tradicional ou híbrido, seguro e efetivo.

Há até discussões acerca da ética profissional na medida em que profissionais de um mesmo escritório podem atuar em um mesmo caso em diferentes formas de solução de controvérsias[191], por exemplo, incialmente um sócio sendo advogado em uma mediação e, posteriormente, outro sócio atuando como árbitro. É um problema que ainda não gera discussões no Brasil, mas que em breve demandará soluções semelhantes àquelas que se verificam nos EUA.

Como se viu, a atividade de escolher o método adequado para a solução de uma dada controvérsia dependerá não só do conhecimento que o profissional tiver, mas também das questões jurídicas envolvidas e a suas naturezas.

---

[190] D. PETERSON, *Getting Together: Appropriate Dispute Resolution Alternatives* in The Alaska Bar Rag, 2002, p. 8.

[191] C. MENKEL-MEADOW, *Ethics In Adr: The Many "Cs" Of Professional Responsibility And Dispute Resolution* in 28 Fordham Urb. L.J., 2001, p. 986.

6.3. *Caseflow* e o *Case Management* – A Instauração Judicial dos MASCs

O incremento do acesso à Justiça, com o cada vez mais crescente atendimento a demandas sociais por solução de conflitos diversificados, é um dos responsáveis pela denominada crise do Judiciário. Contudo, nos dizeres de PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, tal aspecto é até desejável em face de tal aumento de demanda ser resultado de uma evolução do sistema processual no sentido de oferecer diversos modos para solucionar uma controvérsia.[192]

A necessidade de um sistema adequado de solução de controvérsias revolve às décadas de 1970 e 1980 nos países de *Common Law*, especialmente os Estados Unidos e a Inglaterra. Partia-se da clara concepção de que o Judiciário não funcionava.[193]

A preocupação básica do sistema é lidar com uma organização complexa e gerir a indeterminabilidade e a incerteza a partir de critérios de racionalidade e efetividade para que o o método seja fechado.[194]

Passaram-se a buscar estratégias que farão com que o Judiciário consiga absorver e, mais do que isso, devolver à sociedade solucionado o número de casos que se apresentam. Esse é o *caseflow*, que caminha lado a lado com o *case managment*[195], ou gerenciamento do processo.

Cria-se a estrutura para que o Judiciário possa interferir logo

---

[192] P. E. A. DA SILVA, *Gerenciamento do Processo*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 29.

[193] R. NEELY, *Why Courts Don't Work*, New York, McGraw Hill, 1983, p. 7. Logo no início do livro há uma interessante frase dita por um *country lawyer* acerca do risco que corremos ao perder a noção de Justiça: *"When I was youngYoung I lost a lot of cases I should have won. Now I win a lot of cases I should lose. So overall justice is done"* (Quando eu era jovem eu perdi vários casos que eu deveria ter ganhado. Agora eu venço muitos casos que eu deveria perder. Então, no todo, a justiça foi feita" (tradução livre do inglês). A frase reflete uma total subversão da Justiça que deve ser buscada em qualquer forma de solução de conflitos.

[194] D. J. SAARI, *American Court Management – Theories and Partices*, Westport, Quorum Books, 1982, pp. 11-12.

[195] D. C. STEELMAN, *Caseflow Management – The Heart of Court Managment in the New Millennium*, Williamsburg, National Centre for State Courts, 2000, pp. xi-xii.

no início e continuamente no caso, tendo pleno controle sobre ele. O próximo objetivo é estabelecer pautas razoáveis e críveis de datas para os atos procedimentais, aumentando a confiança das partes na solução do conflito apresentado. O Judiciário, portanto, assume o controle do ritmo da solução do litígio, antecipando seus possibilidades e aplicando soluções racionais e sistêmicas com maior efetividade.[196]

O escopo será o de resolver o conflito de forma justa no menor custo e tempo possíveis. Os meios alternativos de solução de conflitos são amplamente incorporados ao sistema de garantia das tutelas jurisdicionais, conferindo solução mais rápida para os casos. Apenas uma minoria tem o seu julgamento final.[197]

Os principais ingredientes catalisadores dos movimentos de reforma são a verificação empírica de que o Judiciário, sozinho, não consegue mais responder aos anseios da sociedade, solucionando qualquer tipo de litígio, bem como a insatisfação com o formalismo exagerado, que afasta os indivíduos das maneiras instituídas de solução de conflitos.[198]

O juiz torna-se um administrador das estratégias das partes, tentando conhecê-las para oferecer-lhes uma melhor solução dos litígios, considerando o número de partes envolvidas, a ação de cada um dos litigantes e as informações detidas por cada qual das partes. Há uma escala de custos desde a negociação, passando pela conciliação, mediação e finalmente pela arbitragem ou pelo Judiciário. O juiz verificará de

---

[196] D. C. STEELMAN, *Caseflow… Op. Cit.,* p. 33 e seguintes.

[197] P. E. A. DA SILVA, *Gerenciamento Op. Cit.*, p. 36. Essa tendência se observa também na Austrália: *"To help improve conflict management in Australia on a federal level, the ALRC has already identified this concern and is suggesting more aggressive judicial management of case loads. (...). The ALRC also recognizes a need for greater judicial awareness and use of ADR to improve court screening and referral of disputes to court-supervised and external ADR programs". "Para ajudar a melhorar o gerenciamento de conflitos na Austrália em um nível federal, a ALRC [órgão responsável pelo gerenciamento das Cortes] já identificou essa preocupação e sugeriu um gerenciamento mais agressivo das levas de processos. A ALRC também reconheceu a necessidade de grande atenção do Judiciário e uso de ADR para melhorar a triagem das Cortes e reforçou a ideia de gerenciamento de órgãos externos de ADR pelas Cortes"* (tradução livre do inglês). L. M. PONTE, *Rico Thirty Years Later: A Comparative Perspective: Reassessing The Australian Adversarial System: An Overview Of Issues* in *Court Reform And Federal Adr Practice In The Land Down Under* in 27 Syracuse j. Int'l l. & com., 2000, p. 358.

[198] C. B. HARRINGTON, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternative Court*, Westport, Greenwood Press, 1985, p. 87.

que forma será realizada a alocação desses recursos e qual deles será necessário para cada caso.[199]

O Judiciário, ao verificar o problema, partes envolvidas etc. direciona-se a buscar qual seria a melhor ferramenta para enfrentá-la, a partir de um imediato envolvimento com o conflito[200]. O sistema não é simples, demanda grande estrutura, mas principalmente uma alteração de perspectiva na medida em que "novos processos" se abrem e novas formas de solução, com novas habilidades, se apresentam.

Nesse contexto, o magistrado pode lançar mão de sessões de conciliação, mediação, avaliação neutra de terceiro, *summary jury trial* etc. Há o exemplo do FEDERAL DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA, que conta com um projeto-piloto criado com o escopo de disponibilizar uma enorme gama de MASC, incluindo a possibilidade de arbitragem não vinculativa, mediação, conferências iniciais no Judiciário para acordo (*early magistrate judge settlement conferences*), conferência tardias no Judiciário para acordo (*later judicial settlement conferences*), avaliação neutra de terceiro, processo sumário do júri (*summary jury trial*) e encontro com especialistas (*appointment of special masters*). Nessas hipóteses, os advogados irão discutir entre si qual ou quais métodos poderão ser adotados, e, se possível, concordar com a escolha. Se não houver acordo, a decisão de encaminhar o caso para um MASC será adiada até o momento inicial do gerenciamento do processo.[201]

A escolha e a utilização de tais métodos mostraram-se como algo que acontece, via de regra, em decorrência da necessidade de superação de algum estrangulamento do Judiciário, para redução de custos ou para promover a satisfação dos litigantes. Contudo, o ritmo de tais métodos não é completamente ligado, como era de esperar, com o ritmo do Judiciário, sendo necessário que as partes sejam apresentadas ao método alternativo de solução de controvérsias no momento mais inicial do litígio, de

---

[199] M. C. T. PATRÍCIO, *Análise Econômica da Litigância*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 144-145. Referido autor realiza uma completa análise dos custos envolvendo os métodos alternativos com gráficos abrangendo os danos ressarcidos e as propostas indicadas e custos judiciais em face das propostas apresentadas, o que dá a ideia dos patamares de escolha das partes e das opções realizadas – p. 135.

[200] P. E. A. DA SILVA, *Gerenciamento Op. Cit.*, p. 141.

[201] T. J. STIPANOWICH, *The Multi-Door… Op. Cit.,* p. 321.

modo a assegurar maior efetividade e rapidez.[202]

É nesse contexto que surgem os *multidoors couthouses*, cuja ideia foi utilizada inicialmente pelo professor da Harvard Law School, FRANK E. A. SANDER, na célebre *Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (*Pound Conference*) de 1976[203]. LEONARD RISKIN e JAMES E. WESTBROOK dão o exemplo do *Dispute Resolution Center* do Estado de Massachusetts[204], nos Estados Unidos, dotado de sete portas, cada qual com um método de solução de controvérsias, desde o *screening clerk* até o *Ombudsman*. Ao responder qual processo é o mais apropriado em um sistema multiportas, como se viu, , conclui–se que o melhor é que cada método seja utilizado conforme a sua natureza, isto é, não será adequado uma sessão obrigatória de conciliação ou uma tentativa de conciliação em situações em que seja necessário o exercício da força por um terceiro.[205]

A lógica dos fóruns de múltiplas portas é racionalizar ainda mais o método de solução de controvérsias, verificando-se qual procedimento será o mais adequado para certo caso, maximizando as vantagens de determinado método e minimizando as suas desvantagens.[206]

Na maioria das *Courthouses* indicadas, a seleção do método de solução de controvérsias é feita de acordo com o tipo de caso trazido pelas partes ou das

---

[202] D. C. STEELMAN, *Caseflow… Op. Cit.,* pp. 164-165.

[203] F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, 70. F.R.D 79, 111,112, 130-133 (1976).

[204] São inúmeros os exemplos de estados que incentivam os MASCsADR: *(i)* New York: http://www.courts.state.ny.us/rules/chiefadmin/146.shtml#5; *(ii)* Maine: http://www.courts.state.me.us/court_info/adr/index.shtml; *(iii)* Massaschuchetts: http://www.mass.gov/courts/courtsandjudges/courts/probateandfamilycourt/adrlisting.html; *(iv)* California: http://www.courtinfo.ca.gov/forms/documents/adr101.pdf, possuindo formulário específico *online*; *(v)* Illinois: http://www.state.il.us/court /administrative/manarb/2010/newdevel10.pdf, e *(vi)* District of Columbia: http://www.dccourts.gov/dccourts/superior/multi/other.jsp, todos acessados em 28 de fevereiro de 2011.

[205] L. RISKIN e J. E. WESTBROOK, *Dispute Resolution and Lawyers*, Saint Paul, West Publishing, 1987, pp. 11-52.

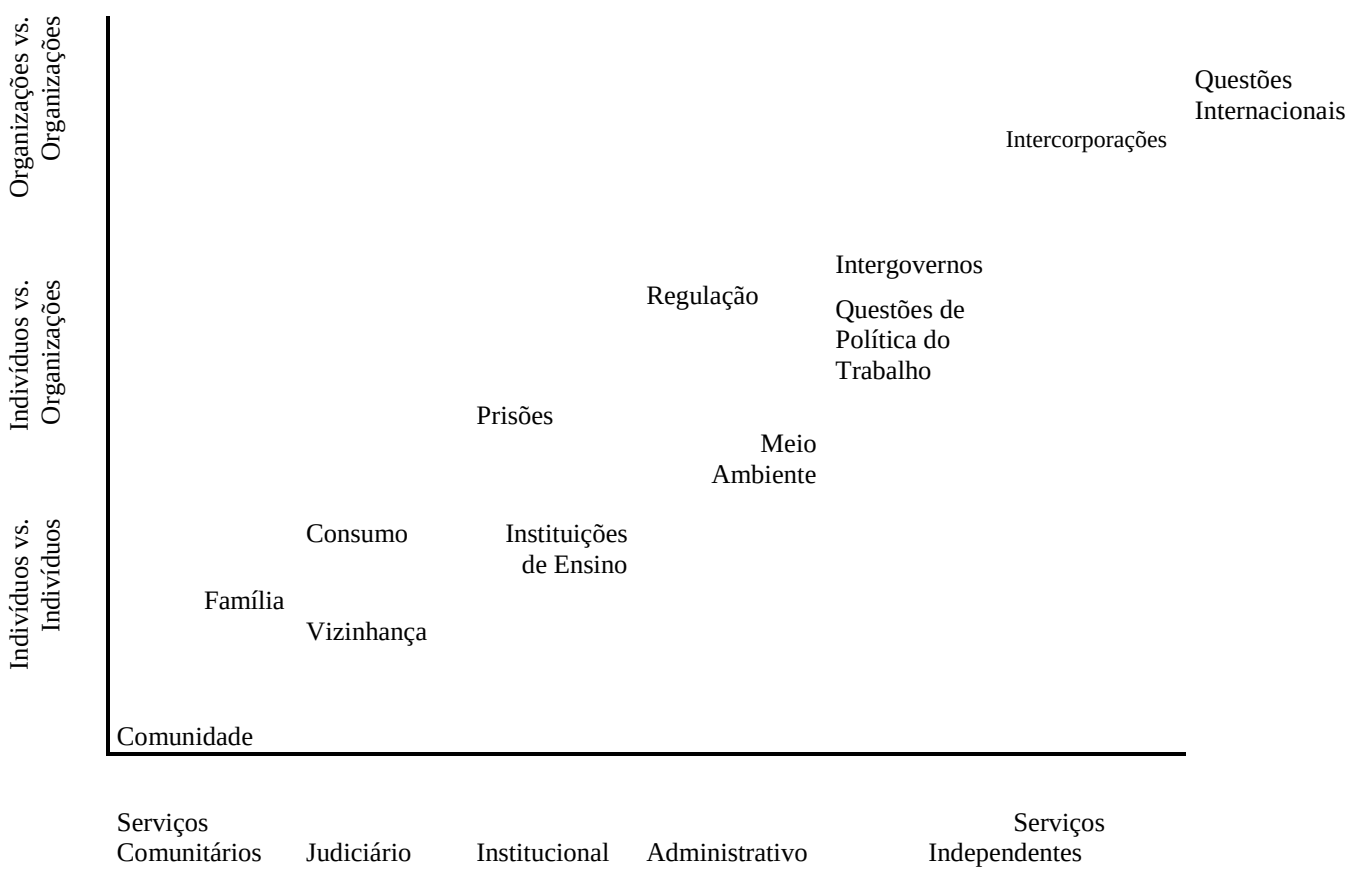
[206] I. M. BARBOSA, *Fórum de Múltiplas Portas: Uma Proposta de Aprimoramento Processual* in A. G. DE AZEVEDO (org.), *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. II, Brasília, UNB, 2003, p. 249.

formas de interação humana nele envolvidas. Assim, conflitos de vizinhança serão resolvidos de acordo com o método "A", conflitos comerciais de acordo com o método "B", e assim por diante:[207]

A análise é feita conforme a tabela e o gráfico abaixo:

Tipos de Métodos de Solução de Controvérsias		Formas de Interação Humana						
		Família	Vizinhança	Consumidor	Trabalho	Litígio	Disputas de Políticas Públicas	Internacional
	Negociação							
	Mediação							
	Arbitragem							
	Adjudicação							
	Exemplos	Acordo de Divórcio	Barulho	Qualidade do Produto	Remuneração	Responsabilidade Civil	Políticas Públicas para os Pobres	Conflitos entre Israel e a Autoridade Palestina

Ou ainda[208]:



[207] S. S. NAGEL e M. K. MILLS, *Multi-Criteria... Op. Cit.*, pp. 43 e 228.

[208] C. B. HARRINGTON, *Shadow Justice… Op. Cit.*, p. 87.

A grande exceção, nesse caso, é o *District of Columbia*. Nele, há uma avaliação realizada por meio de pontuação de alguns critérios apresentados em um formulário que é entregue às partes no momento em que apresentam o caso ou tomam conhecimento dele[209], no chamado sistema denominado *Best Choice Software*[210]. Existem muitas variações de tal sistema, mas a linha básica parte de uma comparação dos métodos de solução de controvérsias, de um lado, e sua alocação de acordo com critérios preestabelecidos e de acordo com a opção política do tribunal local.

. Depois de preenchido, tal formulário deve ser entregue no departamento específico da *Courthouse* que irá avaliá-lo a fim de definir qual método de solução de controvérsias é o mais adequado para aquele caso, bem como de acordo com as expectativas das partes.

Como os Três Métodos Alternativos Pontuam em Quatro Critérios					
Método de Solução	Atraso	Caráter Final da Decisão	Mútuo	Iniciativa	Total
Adjudicação	1,00	2,00	1,00	3,00	7,00
Arbitragem	2,50	3,00	2,00	2,00	9,50
Mediação	2,50	1,00	1,00	1,00	7,50

No caso do *District of Columbia*, o formulário que serve de base para a indicação de qual método de solução de controvérsias será utilizado, leva-se em conta: *(i)* atraso: capacidade que o método de solução de controvérsias tem de evitar o atraso; *(ii)* caráter final da decisão: capacidade de o método de solução de controvérsias fornecer uma decisão final para as partes, precluindo-se a oportunidade para interpor

[209] Referências a esse modelo são feitas em: I. M. BARBOSA, *Fórum... Op. Cit.*,p. 249 e S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.,* p. 432-441.

[210] D. SMOYER, *District of Columbia Superior Court, Multi-Door Dispute Resolution Division* in E. J. BERMAN and J. G. BICKERMAN, *Court-Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs*, Bethesda, American Bar Association, 1998, pp. 28-30. No mesmo sentido: S. S. NAGEL e M. K. MILLS, *Multi-Criteria... Op. Cit.*, p. 141.

recursos; *(iii)* mútuo: método a ser originado em benefício das partes, ao contrário de uma solução na qual uma parte claramente ganha e a outra claramente perde; e *(iv)* iniciativa: capacidade de iniciar a partir da ação de uma das partes, sem a necessidade de um acordo[211].

A pontuação, por sua vez, é fruto de análise empírica. Criou-se uma escala de 1 a 3, na qual o numeral 1 indica o maior nível de adversidade de um método em relação a um determinado critério; o numeral 2 indica um nível médio e o numeral 3, o nível mais baixo de adversidade a um determinado método de solução de controvérsias de acordo com um determinado critério[212].

De outro lado, o fato de a decisão ter caráter final ou não também terá variantes conforme o processo adjudicatório de referência, por exemplo, as matérias para ação de anulação de uma sentença arbitral são mais restritivas do que as matérias para anulação de uma transação em sede de mediação ou conciliação no Brasil, o que poderia gerar uma variante de pontuação quando se faz essa análise.

No caso da *iniciativa* da mediação também poderia haver alguma divergência, posto que o valor atribuído nesse gráfico decorre das mediações *Court Annexed* ou realizadas no bojo da estrutura judiciária, nas quais a participação é obrigatória, mas, como se viu, não condiz com a natureza convencional da decisão de participar de uma mediação ou de uma conciliação.

Não obstante a aparente dificuldade, o fato é que tais variações de critérios, métodos e pontuações, na verdade, permitem que a forma de indicação do método de solução de controvérsias adequado seja considerado de modo a permitir uma análise das necessidades dos locais em que serão aplicados, com maior ou menor detalhe. No direito brasileiro, por exemplo, deveria haver espaço para indicação da natureza dos direitos envolvidos, especialmente se são patrimoniais disponíveis, por exemplo.

---

[211] S. S. NAGEL e M. K. MILLS, *Multi-Criteria... Op. Cit.*, pp. 141-142.

[212] S. S. NAGEL e M. K. MILLS, *Multi-Criteria... Op. Cit.*, pp. 142-143.

No entanto, a comparação entre um método e outro exige que sejam atribuídos pesos diferentes para cada um dos quatro critérios estabelecidos. Em um determinado caso, por exemplo, um litígio em que não haja possibilidade de concordância das partes quanto à sua instituição dificilmente será solucionado por conciliação,, mediação ou arbitragem uma vez que este item terá um peso maior e a vantagem será pela solução da controvérsia por um método adjudicatório e de adesão não voluntária.

Há ainda clara referência ao treinamento necessário[213] e ao controle efetivo. Nesse aspecto, é fundamental destacar a capacitação do pessoal que será responsável pelo *case management* e pela coordenação do *case flow* como algo indispensável para o sucesso de qualquer medida[214] e especialmente para a utilização dos MASCs.

Além do conhecimento do método que se utiliza, é fundamental o controle da informação, algo que se tornou excessivo nos últimos anos. Deve haver estrutura para lidar com esse influxo de informação no sistema não só do ponto de vista material, bem como do ponto de vista da existência de pessoal habilitado.[215]

Há ainda alternativas em que os métodos de solução de controvérsias são adotados de modo fixo e combinados pelo ordenamento jurídico. Esse é o caso da mediação/conciliação realizada pelo direito argentino após a Ley 24.573, de 27 de outubro de 1995. A mediação/conciliação prévia é obrigatória para determinado grupos de casos.

---

[213] A importância do treinamento e do preparo para os advogados de *Common Law* é algo que chama bastante a atenção de estrangeiros. A preocupação com clínicas e aprimoramento e algo que pode ser observado desde a época colonial norte-americana em relação aos advogados que lá eram admitidos (R. POUND, *The Lawyer From Antiquity to Modern Times*, Saint Paul, West Publish, 1953, p. 157). Tal preocupação, sem dúvida louvável, deve ser adotada em nosso país para os projetos de solução de controvérsias. Felizmente, o projeto de Código de Processo Civil, a partir de seu art. 144 e seguintes, expressa tal preocupação em detrimento de outros critérios para escolha de profissionais que atuarão com ADR.

[214] H. O LAWSON AND B. J. GLETNE, *Workload Measures in the Court*, Williamsburg National Centre for State Courts, 1980, pp. 102-103.

[215] Há muito essa é uma preocupação no sistema Judiciário norte-americano: M. A. CLIFFORD and L. A. JENSSEN, *Court Case Management Information System Manual*, Williamsburg National Centre for State Courts, 1980, p. 15.

No direito brasileiro, os Provimentos CSM n.º 893 e n.º 953, de 2004 e 2005, respectivamente, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo instruíram os juízes paulistas para a prática do gerenciamento do processo, racionalizando-se as atividades cartoriais, com uma mudança de paradigma dos métodos de solução de controvérsias e a introdução de meios alternativos de solução de controvérsias[216]. Parte-se principalmente da regulamentação do art. 162, § 4.º, do Código de Processo Civil em vigor, para tratar o procedimento de modo adequado para uma determinada demanda apresentada, devendo-se indicar os passos decorrentes de certo despacho, *"(...) evitando-se novas conclusões ou publicações"*. [217]

De outro lado, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro também prevê treinamento para aqueles indivíduos que serão responsáveis por mediações e conciliações (art. 147, § 1.º do Projeto de Código de Processo Civil). Essa iniciativa é louvável, pois a técnica processual e a técnica dos MASCs só poderão ser bem aplicadas por indivíduos que efetivamente as conheçam.

A criação de mais válvulas de escape do sistema processual tradicional para os MASCs se mostra como uma realidade na medida em que a análise realizada pelos funcionários do Judiciário permite o intercâmbio entre trilhas de solução de controvérsias, especialmente o caso de a experiência brasileira privilegiar a conciliação e a mediação em setores ligados a órgãos do Judiciário. Como entende PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, *"(...) em última análise, os escopos e o próprio conceito de tutela jurisdicional parecem estar em processo de redimensionamento"*. [218]

E esse é o vocábulo correto. O processo civil está deixando de ser bidimensional, envolvendo apenas partes e juiz para a solução da controvérsia, mas inserindo uma terceira dimensão para a solução das controvérsias, sendo acoplados

---

[216] F. F. GAJARDONI, M. B. ROMANO e V. F. L. LUCHIARI, *O Gerenciamento do Processo* in A. P. GRINOVER, K. WATANABE e C. LAGRASTA NETO, *Mediação e Gerenciamento do Processo... Op. Cit.,* p. 19.

[217] F. F. GAJARDONI, M. B. ROMANO e V. F. L. LUCHIARI, *O Gerenciamento do Processo* in A. P. GRINOVER, K. WATANABE e C. LAGRASTA NETO, *Mediação e Gerenciamento do Processo... Op. Cit.,* p. 21.

[218] P. E. A. DA SILVA, *Gerenciamento Op. Cit.,* pp. 143-144.

métodos que antes caminhavam separadamente.

No direito brasileiro, a chamada ação para instituição de arbitragem, prevista no art. 7.º da Lei de Arbitragem, é uma das fontes dessa postura do magistrado que, em último caso, até mesmo indicará a instituição arbitragem para administrar o conflito entre as partes. Nesse caso, há uma manifestação de vontade anterior das partes para arbitrar, mas tal manifestação não é completa, tornando essa cláusula vazia.

Com a propositura de tal demanda, o juiz e as partes elaborarão uma convenção que terá todos os requisitos dos arts. 11 e 12 da Lei de Arbitragem e permitirão que essa forma de solução de controvérsias se realize sem maiores percalços. É um exemplo claro de *case management*, no qual o juiz não só administra o conflito, como lida com outras formas de solução de controvérsias.

De outro lado, mais uma vez o Projeto de Código de Processo Civil também prevê postura semelhante do magistrado em relação à conciliação e à mediação.

Os Tribunais terão setores de mediação e conciliação, o que permitirá uma maior utilização desses métodos de solução de conflitos no âmbito do Judiciário. Além disso, a mediação e a conciliação serão estimuladas por magistrados, advogados, etc. (art. 135 do Projeto de novo Código de Processo Civil).

O que se prevê com tal alteração legislativa é fornecer ao jurisdicionado e ao magistrado mais opções para a solução das controvérsias apresentadas. Definitivamente, com o Projeto de novo Código de Processo Civil, cria-se uma estrutura legislativa pronta a acolher a realidade que já contém setores de mediação e de conciliação. A o Projeto de lei responde aos estímulos da realidade, bem como a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Embora os MASCs não confiram impacto direto nas formas de *case management*, que pode de dar com outras medidas, o certo é que se verifica um largo incremento da sua utilização, fazendo com que o Judiciário garanta por meio deles

Justiça rápida e efetiva.[219]

Isso não quer dizer que tais métodos não tenham impacto para o Judiciário, nem é essa a discussão. Trata-se apenas da constatação de que os MASCs não substituem o Judiciário, não são a panaceia, mas podem ser importantes instrumentos auxiliadores.

O que se quer indicar também é a forma pela qual o Judiciário pode se ligar aos casos que lhe são apresentados e como os MASCs podem ser apresentados às partes como conciliação palatável de controvérsias.

Trata-se do ideário presente, por exemplo, nas disposições da Lei dos Juizados Especiais de 1996. O art. 24 da referida lei[220] permite que as partes sejam apresentadas à arbitragem e possam se valer dela. Não obstante, o Judiciário e, muito menos, pequenos Juizados Especiais Cíveis têm estrutura e capacitação para oferecerem tal forma de solução de conflitos ao jurisdicionado.

É exatamente isso que o *case managment* tenta evitar, e por isso tem os MASCs ao seu dispor. O magistrado analisará sua realidade e proporá o método adequado e factível de solução da controvérsia. O influxo deve ser inverso, da realidade para a lei, e não o contrário, sob pena de surgirem disposições sem nenhum valor prático.

---

[219] D. C. STEELMAN, *Caseflow… Op. Cit.*, pp. 173.

[220] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Juizados Especiais: Uma Miragem* in P. A. BATISTA MARTINS, S. M. F. LEMES e C. A. CARMONA (orgs.), *Aspectos Fundamentais... Op. Cit.*, pp. 60-62. Nesse artigo o Professor CARLOS ALBERTO CARMONA indica as principais dificuldades para a existência da arbitragem em um sistema de *small claims* funcional, como é o sistema dos juizados especiais cíveis no Brasil.

6.4. As Cláusulas Escalonadas – Aspectos Dinâmicos dos Métodos de Solução de Controvérsias

A locução *cláusula escalonada* tem sua utilização derivada do direito anglo saxão, com as chamadas *multi-tiered* ou *escalation clauses*, e do direito francês, as conhecidas *clauses niveaux*. No exemplo francês e no exemplo inglês, a função das cláusulas é a mesma, prevendo mais de um método de solução de controvérsias em consequência.

Em portugês,, embora o verbo *"escalonar"* conste da primeira edição do DICIONÁRIO CALDAS AULETE de 1881, com o sentido de *dar formato de escada*[221], seu emprego com sentido jurídico é bastante recente, importado, como já se viu, e decorre do crescimento dos chamados MASCs ou MASCs[222] a partir da Lei de Arbitragem (art. 21, § 4.º – permissão para que os árbitros realizem a conciliação e homologuem eventual acordo). Como afirma a doutrina, a permissão para o escalonamento de métodos de solução de controvérsias estaria no mencionado dispotivo legal da Lei de Arbitragem[223]. Embora essa seja uma referência marcante, tal simbiose pode ver verificada em outros diplomas legais, como o próprio Código de Processo Civil[224], simbiose entre conciliação e processo judicial, na Lei dos Juizados Especiais Cíveis, entre conciliação, arbitragem e processo judicial específico.[225]

---

[221] F. J. CALDAS AULETE, *Dicionário Caldas Aulete apud,* A. HOUAISS, M. de S. VILLAR e F. M.de M. FRANCO, *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, Editora Objetiva, 2002. Nos dias de hoje, pode-se atribuir o sentido de "dividir ou espaçar por um certo período de tempo"* (*vocábulo escalonar* in F. J. CALDAS AULETE, *IDicionário Aulete*, São Paulo, Lexikon Editora Digital, 2004, http://aulete.uol.com.br, acessado em 6 de junho de 2010). Nesse caso, o que se divide são as formas de solução de conflitos.

[222] *Alternative Dispute Resolution* ou *Métodos de Solução de Controvérsias*.

[223] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem* in *Resultado – Informativo de Mediação e Arbitragem Empresarial*, CACB – Confederação das Associações Comerciais do Brasil, Brasília, 2005, pp. 40-42 http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo49.pdf, acessado em 18 de maio de 2010.

[224] *"Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. (Redação dada pela Lei n.º 10.444, de 7.5.2002)".*

[225] *"Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.*

É bom destacar que as mencionadas legislações, porém de nada adiantará ganhar com custos apenas financeiros, mas também de imagem, se inserem no mesmo contexto histórico da década de 1990.

Tal década também verificou um avanço da atividade econômica para setores diversos com as privatizações e a abertura do comércio internacional no Brasil. Esse contexto definitivamente serviu para o florescimento de novos tipos de negócios, de maior complexidade, que tornavam necessárias formas de solução de conflitos que permitissem a continuidade da execução de grandes obras ou prestação de relevantes serviços.[226]

Nesse contexto, portanto, é criado o caldo de cultura para o desenvolvimento e importação dos mais variados métodos de solução de controvérsias, como a conciliação, a mediação etc., perceptível também em diversos países da América Latina, tais como Argentina, Venezuela e México[227].

O *formato de escada* tem perfeita aplicação nesse contexto e porém de nada adiantará ganhar com custos apenas financeiros, mas também de imagem, uma analogia à chamada *escalada do conflito*. Tal situação representa o aprofundamento de um comportamento antagônico de agentes. Ocorre em situações nas quais se encontre, em conjunto, no plano objetivo, um problema alocativo de bens tidos como escassos. Já no plano comportamental, há contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos e no plano anímico de percepções diferenciadas entre os agentes de como se tratar o problema

---

§ 1.º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2.º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos."

[226] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada... Op. Cit.,* p. 40. No mesmo sentido afirmam JULIAN M. LEW, LOUKAS A. MISTELIS e STEFAN MICHAEL KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague, Klower International, 2003, p. 513-515.

[227] PALMER, Eduardo e LOPEZ, Eliana, *The Use of Multi-Tired Dispute Resolution Clause in Latin America: Questions of Enforceability in* The American Review of International Arbitration n.º 14, Juris Publishing, 2003, pp. 293-294.

alocativo.[228]

Por definição, a cláusula escalonada é aquela que indica formas de solução de conflitos graduais, seguindo uma escala de modo a incentivar que, inicialmente, as partes busquem a solução consensual direta de seus conflitos, podendo, caso não alcancem resultado, solucioná-los com o auxílio de um terceiro, e, por fim, persistindo o impasse, pelo julgamento de um árbitro, que decide de modo definitivo ao controvérsia.

Em geral, verifica-se também que as cláusulas escalonadas combinam métodos iniciais de natureza não jurisdicional (negociação, mediação e conciliação) com algum método de natureza jurisdicional (arbitragem) ou processo judicial. Isso garante de um lado seguir a escalada do conflito e o seu tratamento de modo inicialmente amigável até situações mais graves que dependam de uma decisão definitiva e que vincule as partes não só quanto ao resultado, mas também quanto à sua participação no processo (judicial ou arbitragem). Contudo, , não seriam escalonadas aquelas cláusulas que envolvem métodos de solução de controvérsias que não contem com terceiros como a negociação direta[229], como afirma SELMA MARIA FERREIRA LEMES:

---

[228] A. R. FREITAS JUNIOR, *Conflitos de Justiça...Op. Cit.,*, p. 518.

[229] *Por exemplo: "7.1 Por ocasião de uma disputa entre as PARTES, a PARTE desejosa de declarar a DISPUTA deve enviar a outra PARTE um aviso por escrito identificando a questão em disputa (NOTIFICAÇÃO DE DISPUTA).*

7.2 Cada uma das Partes deverá indicar um administrador sênior em até 5 (cinco) dias úteis do recebimento da notificação enviada de uma Parte à outra. Os administradores seniores terão 30 (trinta) dias a partir da data de notificação da controvérsia (ou outro prazo caso venha a ser acordado entre as Partes) para apreciar e, em boa-fé, tentar resolvê-la. Na hipótese de vencimento do prazo de 30 (trinta) dias sem que os administradores cheguem a uma solução, quaisquer das Partes poderá dar início ao procedimento arbitral.

7.2.1 Caso qualquer das Partes não nomeiem seu respectivo administrador sênior no prazo acima indicado, a controvérsia poderá ser submetida diretamente à arbitragem.

7.3 Qualquer controvérsia ou divergência, bem como os casos omissos, oriundos do Contrato que não forem dirimidos amigavelmente pelas Partes no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação de controvérsia enviada por uma Parte à outra Parte, será resolvida e definitivamente decidida por arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96. A arbitragem será realizada e administrada pela Câmara (...)".

Em outras situações não há dúvidas:

"12.1 Por ocasião de uma disputa entre as PARTES, a PARTE desejosa de declarar a DISPUTA deve requerer o início de mediação de acordo com o procedimento prevista pela Câmara (...)

> *"Mas algumas situações não se trata de cláusulas escalonadas. Assim se verifica quando as partes salientam que surgida a controvérsia envidarão seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente e, não sendo possível, instituirão um procedimento arbitral, regulando em seguida a arbitragem. A proposição de solução amigável, tal como acima mencionada, mesmo quando fixa prazo para que as partes tentem uma solução amigável, representa um procedimento informal e de condução de uma simples negociação, considerando-se verificada, sem maiores formalidades, com o início de troca de correspondências, com atas de reuniões entabuladas para esse fim, inclusive envolvendo altos escalões da empresa, com o objetivo de alcançar solução para a pendenga".* [230]

De outro lado, MICHAEL PRYLES, por exemplo, considera escalonada a *"cláusula que fornece para estágios distintos, envolvendo processos autônomos, para solucionar conflitos"*, tendo uma postura ampliativa, permitindo que negociação e mediação, por exemplo, façam parte dessas cláusulas.[231]

De acordo com o exposto, parece possível que existam cláusulas com maior ou menor escalonamento, com mais ou menos métodos de tentativa da solução da controvérsia que emergiu.

Uma situação diversa da cláusula escalonada é aquela na qual métodos de solução de controvérsias iguais são escolhidos para solucionar conflitos diversos, o que se pode chamar de *cláusulas segregadas de solução de controvérsias*. Exemplificadamente, uma arbitragem de procedimento simples é utilizada para definir o preço, e uma arbitragem de natureza mais complexa é usada para definir o inadimplemento.

12.2 Não obtido acordo na mediação, o conflito será resolvido e definitivamente decidido por arbitragem nos termos da Lei n.º 9.307/96. A arbitragem será realizada e administrada pela Câmara (...)".

[230] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada... Op. Cit.*, p. 40. Dessa maneira, há que se fixar de modo claro os limites e as condições dos MASCs de modo claro (M. SCHERER, *Introduction to the Case Law* in ASA Bulletin 3/2011, September, pp.618-619).

[231] M. PRYLES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, 18 Journal of International e Arbitration, vol. 18, 2.ª ed., 2001.

A determinação de uma ou de outra situação é exclusivamente fruto da redação que se deu à cláusula. Uma palavra dúbia ou a frouxidão no estabelecimento de prazos determinados e condições específicas trará sérias consequências às partes, especialmente algumas que elas sequer imaginaram.[232]

É exatamente a clareza a exigência da teoria do *contractual time limits*[233], ou seja, os prazos estabelecidos em contrato são impositivos às partes que devem respeitá-los em quaisquer circunstâncias, inclusive para as soluções de controvérsias. Nesse sentido, arbitragens administradas de acordo com as regras da CCI já analisaram o estabelecimento de prazos prescricionais pelas partes: CCI n.º 4.862/1986[234], CCI n.º 11.039/2002[235] e Caso CCI n.º 6.230/1990[236]. Em todos esses casos, as regras aplicáveis à solução das controvérsias eram as denominadas condições FDIC. [237]

Nos dois primeiros casos, CCI n.º 4.862/1986 e CCI n.º 11.039/2002, as partes celebraram contratos com prazos prescricionais específicos de acordo com o art. 67 das Condições FDIC.

---

[232] No mesmo sentido: L. G. M. MOSER, *Contrato Internacional de Licenciamento – Cláusula Escalonada ou Sequencial – Reconhecimento da Validade da Sentença Arbitral sem a Observância ao Procedimento Pré Arbitral* in Revista Brasileira de Arbitragem n.º 15, São Paulo, IOB Thompson, 2007, pp. 181-199, e E. C. PITOMBO, *Palestra Proferida na Mesa Redonda "Cláusula Combinada de Soluções de Disputa"* in *Seminário de Arbitragem e Infraestrutura, Curitiba, 25 e 26 de fevereiro de 2010, Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, Instituto de Engenharia do Paraná – IEP e Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba* apud S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada ou Combinada: Mediação, Conciliação e Arbitragem* in C. FILKENSTEIN, J. B. VITA e N. CASADO FILHO, *Arbitragem Internacional, Unidroit, CISG e Direito Brasileiro*, 1.ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2010, p. 169.

[233] Os *time limits* são comuns nos métodos de solução de controvérsias (GARY B. BORN, *International Commercial Arbitration in the United States*, Deventer, Klower, 1994, p. 78)

[234] Caso CCI n º 4862 de 1986 *in* S. JARVIN, Y. DERAINS, J. J. ARNALDEZ, *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, The Hague, Kluwer Law, 1994, pp. 310-311.

[235] Caso CCI n º 11039 de 2002 *in ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 19, n.º 2, Paris, ICC Publication, 2008, pp. 96 e seguintes.

[236] Caso CCI n º 6230 de 1990 *in* J. J. ARNALDEZ, Y. DERAINS, E D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)* The Hague, Kluwer Law, 1997, pp. 95-96.

[237] Nesse sentido, *Cfr.* T. M. NUNES, *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, Tese de Doutorada apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, janeiro de 2011, p. 73 e seguintes.

Os painéis arbitrais responsáveis pelo julgamento desses dois casos adotaram a mesma *ratio* de decisão a analisaram se a disposição das partes sobre os prazos prescricionais estavam de acordo com a legislação material por elas escolhidas para serem aplicáveis aos litígios.

Verificando que as legislações escolhidas permitiam a fixação de prazos contratuais, considerou-se válido que as partes os fixassem. Contudo, se a lei escolhida pelas partes não permite tal situação, a fixação dos prazos deve ser excluída. Assim foi decidido no Caso CCI n.º 6.230/1990.

Como sugere ANTONIO LUIZ CÂMARA LEAL, a decadência tem o seu plano de incidência relacionado com o direito, e este deve ter existência em potencial, isto é, deve ser possivelmente exercido pelo titular, sem a necessidade de algum outro ato de terceiro, tendo o direito e a ação nascedouro no mesmo ato.[238]

ORLANDO GOMES, partindo de raciocínio semelhante de que decadência atinge direitos potestativos, considera que a decadência mira o direito, diferenciando-se da prescrição e conceituanfo-se pelo fato de o prazo nascer com o próprio direito[239], isto é, a decadência para utilização de um MASC decorre do desrespeito aos prazos estabelecidos pelas partes, por exemplo. No momento em que surge o conflito (condição estabelecida em contrato para utilização do MASC), já se desencadeia o prazo decadencial, não sendo necessário outro ato. O caso é diferente, na visão do mencionado autor, daquele em que se discute a violação de um direito autoral, que é de prescrição, justamente porque não surge no mesmo momento em que a proteção à propriedade intelectual se inicia.[240]

---

[238] A. L. C. LEAL, *Da Prescrição e Decadência*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982. No mesmo sentido, AGNELO AMORIM FILHO, *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência in* Revista dos Tribunais – Edição Histórica, São Paulo, RT, 2010, pp. 736-737. Nesse caso, há uma diferenciação entre os direitos potestativos que seriam fortes e os direitos colaborativos que seriam fracos, posto que os primeiros também decorreriam de um poder de exercício atribuído ao titular.

[239] O. GOMES, *Introdução ao Direito Civil*, 18.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 507.

[240] O. GOMES, *Introdução... Op. Cit.*, p. 507.

Assim, YUSSEF CAHALI considera que a decadência funda-se também em direitos potestativos independemente do concurso de vontade da outra parte ou de qualquer atitude dela. Seriam *"(...) poderes ideais, concebidos pela lei, embora, por vezes, sobre a base de um pacto"*. [241]

Nas cláusulas MASC, pode-se sugerir o recurso a um método adjudicatório após um determinado prazo, caso já tenha sido realizado outro. Ademais, pode até imaginar o impedimento de se buscar um método adjudicatório caso um método consensual anterior não tenha sido realizado em um determinado prazo por culpa de uma das partes.

A natureza jurídica das cláusulas que intituam MASCS é a de negócio jurídico[242] processual na medida em que o fim do acordo de vontades celebrado entre as partes. A indicação realizada pode envolver a realização de um determinado método ou a impossibilidade de utilização de um método seguinte caso a situação compreenda cláusulas escalonadas.[243]

Nesse sentido, a não utilização de um MASC por um determinado prazo levará à extinção do direito à utilização de um método futuro em caso de escalonamento, visto que a decadência pressupõe um direito nascido e não exercido[244]. Nesse aspecto, pode-se dizer que a eficácia do MASC está condicionada ao seu exercício, no caso dos *time limits*, dentro de um prazo fixado.

Partindo de um pressuposto de cooperação entre as partes e de total aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, pode-se dizer que tal obrigação é mútua, não só daquela parte que deseja valer-se de um método de solução de controvérsias. Com isso, a partir do momento em que concordaram com a utilização de um MASC, as

---

[241] Y. CAHALI, *Prescrição e Decadência*, 2.ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 26.

[242] *"(...) sobre a base um pacto"* (Y. CAHALI, *Prescrição...Op. Cit.*, p. 26) e nos termos do art. 211 do Código Civil.

[243] Nesse sentido, CARLOS ROBERTO GONÇALVES afirma que a decadência pode atingir direitos potestativos no âmbito judicial ou extrajudicial: C. R. GONÇALVES, *Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005, p. 487.

[244] A. L. C. LEAL, *Da Prescrição... Op. Cit.*, pp. 100-101.

partes estarão sujeitas a uma condição, surgimento do conflito, para a utilização de um método de solução de controvérsias em um determinado lapso temporal. Sendo a lealdade um predicado dessa relação, não podem as partes se furtar das consequências aplicáveis nesse caso, inclusive, a perda da faculdade de analisar a questão por meio de outro método de solução de controvérsias.

A alegação deve ser feita a qualquer momento e grau de jurisdição e, por que não dizer, em qualquer MASC ou qualquer etapa de solução de controvérsias em que haja adjudicação, pois assim poder-se-á atingir um resultado mesmo que uma das partes se negue a praticar qualquer ato, sendo indeferida a petição inicial, se a discussão culminar em demanda judicial, nos termos do art. 295, inciso IV, do Código de Processo Civil.

De um lado, contudo, nos métodos consensuais, não há uma potestatividade necessária para que se opere a decadência. Assim, estariam excluídos desses efeitos a negociação e a mediação facilitativa, sendo interessante que as partes previssem métodos adjudicatórios básicos ou até derivados ou secundários para que a solução da controvérsia pudesse ser abreviada e ocorrer de acordo com aquilo que foi estabelecido pelas partes. De outro lado, porém, existem situações, nos métodos consensuais, em que uma das partes negou-se a participar. Em momento futuro, de utilização de um método seguinte em escalonamento de solução de controvérsias, não poderá alegar que o método no qual os *time limits* estabelecidos foram encerrados não se realizou. Em regra geral, portanto, poder-se-á falar em potestatividade nesse caso, posto que, a partir do negócio jurídico entre as partes para a adoção de um MASC, qualquer uma delas terá o poder de instaurar tal método, *"(...) a inércia continuada durante um certo lapso de tempo"* gerará efeitos no exercício de seus direitos futuros[245]. A vinculação a uma eventual decisão dependerá, contudo, da natureza do método escolhido.

Ademais, a decadência convencional não é cognoscível de ofício pelo juiz ou julgador em método adjudicatório de solução de controvérsias por se

[245] A. L. C. LEAL, *Da Prescrição... Op. Cit.*, p. 100.

tratar de um direito dispositivo[246]. Deve, de qualquer modo, ser alegada pela parte que dela pudesse aproveitar (art. 193 do Código Civil).

É bom destacar que tais regras não precisam estar explicitadas na cláusula, mas podem ser indicadas por referência, mediante menção ao regramento de uma determinada instituição de solução de conflitos. A manifestação de vontade com a aceitação de um determinado regulamento, de modo genérico, é suficiente para que se entenda qual era a intenção das partes e que se permita a completude de sua utilização[247]. Por tudo isso, é fundamental que as partes tenham plena ciência dos limites de suas vinculações com muito cuidado e vagar.

Como se vê, as partes podem definir, por acordo de vontade, etapas para a solução do conflito de maneira muito ampla, partindo da negociação até formas adjudicatórias, com a imposição de uma decisão proferida por um terceiro neutro. Nesse contexto, é fundamental que cada uma das etapas tenha um prazo claro e com etapas determinadas, permitindo a sucessão dos métodos de solução adequados de solução de controvérsias estabelecidos. A teoria da prescrição e da decadência, portanto, podem ser importantes instrumentos viabilizadores de tais métodos e, em última análise, da própria solução da controvérsia.

---

[246] Y. CAHALI, *Prescrição...* p. 189.

[247] Esse é o caso das cláusulas compromissórias vazias. Existindo regra para indicação dos árbitros, o processo pode se realizar.

Parte IV

7. Técnica do Efeito Vinculante da Cláusula Compromissória e da Cláusula (MASC)

7.1 Os Pressupostos Processuais e as Condições da Ação: O Efeito Negativo dos MASCs

A Constituição Federal de 1988 tem em seu bojo a base para o sistema processual, especialmente no que, de acordo com a lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO[248], representa um conjunto de promessas e limitações para a concessão da tutela jurisdicional, quando dispõe que *"(...) a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* em seu art. 5.º, inciso XXXV.

De acordo com tal entendimento, o sistema processual brasileiro, portanto, deve ser capaz de oferecer um direito de ação, mais amplo possível, porém abstrato, para a obtenção da tutela jurisdicional. No entanto, serão impostas limitações, previstas no próprio sistema, que se verificarão no âmbito do direito material. As condições da ação nesse contexto atuam como uma primeira linha de filtros impostas pelo sistema para o julgamento de mérito[249], voltando-se *"(...) à admissibilidade do processo considerado em sentido amplo (...), por definição, as defesas processuais, todas elas, são sempre* indiretas *porque nada dizem respeito à finalidade última da atuação jurisdicional (...), elas são chamadas, com acerto de 'preliminares'"*.[250]

---

[248] C. R. DINAMARCO, *Instituições, Vol. I... Op. Cit.*, pp. 109-112.

[249] Embora seja uma análise realizada no interior do processo ou de qualquer forma de solução de conflitos, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE ensina que a análise deste fenômeno deve ser feita visando a relação de direito material. Assim, embora tecnicamente processual, as condições da ação analisarão a relação de direito material (J. R DOS SANTOS BEDAQUE, *Direito e Processo... Op. Cit.*, , pp. 83-84).

[250] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. II, Tomo I, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 140-141.

A análise, de acordo com o escopo deste trabalho, relaciona-se com a possibilidade de que os MASCs possam ser considerados pressupostos negativos para o desenvolvimento do processo. Isso quer dizer que a verificação de um desses métodos para o caso impedirá a continuidade do processo. Todavia, há que se analisar a conveniência dessa situação. Para tanto, é preciso determinar o que se consideram pressupostos processuais, quais seriam as suas categorias.

Há, assim, a divisão entre dois planos de análise para a solução dos conflitos, cuja origem é romana[251]. No processo romano, havia uma primeira fase, destinada à verificação de alguns requisitos para o julgamento da demanda, pressupostos processuais (*ProceBvoraussetzungen*), como se fosse um trâmite preparatório (*in iure iudicem*), e um outro procedimento, depois de realizado este anterior com sucesso, perante o pretor, ou modernamente perante o magistrado, chamado *apud iudicem*, que era executado perante o *iudex*, em uma atividade próxima da arbitragem.

Existiriam, portanto, a análise, pelo julgador, de dois objetos processuais, um procedimento preparatório na doutrina alemã (*Vorbereitungsverahren*) e uma fase destinada à análise do procedimento principal (*Hauptverfahren*). Embora no processo romano duas fases distintas tenham deixado de existir com o advento do *cognitio extra ordinem*, a doutrina seguiu influenciada por esta divisão, mesmo que no seio de um mesmo procedimento, destinados à análise de objetos distintos.

Sedimentada a ideia de que a análise de um litígio deveria ser realizada em dois âmbitos, resta saber o que OSKAR VÖN BÜLOW considerava como pressupostos processuais. Para este autor, os pressupostos processuais seriam todos os elementos constitutivos do processo e exteriores ou *iudicium*, mérito (seriam tais elementos os relacionados às seguintes questões: *(i)* competência, capacidade e não suspeição do tribunal; *(ii)* capacidade processual das partes; *(iii)* legitimação dos representantes das partes; *(iv)* qualidades próprias e imprescindíveis de uma matéria litigiosa civil; *(v)* a

[251] O. VON BÜLOW, *La Teoria de las Excepciones Procesales… Op. Cit.,* pp. 1-17.

redação e a comunicação (ou notificação) da demanda e a obrigação do autor pelas cauções processuais; e *(vi)* a ordem entre vários processos – existência ou não de decisões sobre a mesma questão litigiosa[252]).

O entendimento atual, na Alemanha, é o de que existem duas ordens de questões a serem analisadas pelo órgão julgador, quais sejam: *(i)* pressupostos processuais; e *(ii)* mérito. Embora haja discussões nas doutrinas italiana e brasileira, o entendimento é o de que existem três ordens de questões a serem analisadas pelo órgão julgador, a saber: *(i)* pressupostos processuais; *(ii)* condições da ação; e *(iii)* mérito[253]. Para OSKAR VÖN BÜLOW, portanto, o conceito de pressupostos processuais tem maior amplitude e engloba algumas das condições da ação como a legitimidade de agir. O interesse de agir é deslocado para o mérito.

A divisão dos requisitos do julgamento do mérito em duas categorias, como será demonstrada a seguir, coube aos italianos, os quais foram os primeiros a afirmar serem os pressupostos processuais requisitos de validade, e não de existência da relação jurídica processual.

Comentando acerca dos pressupostos processuais, GIUSEPPE CHIOVENDA sustentou: *"(...) mancando uma di queste condizioni, non nasce l'obbligo del giudice di provvedere in mérito"*, muito embora tenha o juiz, mesmo assim, o dever de *"dichiarare la ragion, e per cui non può provvedere in merito"*[254]. E ENRICO TULLIO LIEBMAN seguia o mesmo raciocínio: *"não se creia que sejam pressupostos do processo, mas antes pressupostos de um processo regular, isto é, susceptível de conduzir a efetivo exercício da função jurisdicional"* embora negasse que os pressupostos tenham qualquer relevância para a existência de um processo.[255]

---

[252] O. VON BÜLOW, *La Teoria... Op. Cit.*, , pp. 20 e seguintes.

[253] K. WATANABE, *Da Cognição... Op. Cit.*, p. 71-74.

[254] G. CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1.ª ed., Napole, Jovene, 1928, p. 60.

[255] E. T. LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, 3.ª ed., Vol. I, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (trad. It.), São Paulo, Malheiros, 2005, p. 82.

Os pressupostos processuais são aqueles requisitos que devem existir ou inexistir, quando negativos, antes que se verifique a possibilidade de prestação da tutela jurisdicional àquele que a pede. Referem-se à existência e à validade do processo, sendo tal diferenciação resultante da dinâmica da relação processual.

Os pressupostos de existência são aqueles relativos ao processo como método de solução de controvérsias, devendo existir antes da propositura da demanda para que possa haver um processo, como instrumento apto para solucionar determinado conflito, e os pressupostos de validade, aqueles que atuam sobre o processo individual, sobre a pertinência de aquele determinado processo resolver um dado tipo de controvérsia, devendo existir antes da propositura da demanda para que possa ter desenvolvimento de um processo.[256]

A relação processual, para a doutrina italiana, teria os seus requisitos de validade (pressupostos processuais), e a ausência de qualquer um deles teria o condão de produzir a invalidade do processo e a impossibilidade de o juiz passar ao exame do mérito da causa, e é claro, desde que a falta não puder ser corrigida. Nesses casos, segundo ENRICO TULLIO LIEBMAN, seria dever do juiz libertar o réu da sujeição do processo, declarando e fundamentando essa impossibilidade por meio de uma sentença.

Para os italianos, desta maneira, a falta de um dos pressupostos processuais não impede a constituição do processo; apenas faz com que o juiz deixe de apreciar o mérito, embora permaneça para ele o poder-dever de declarar as razões pelas quais se abstém de prover o mérito. Mais recentemente, verificou-se que os italianos, assim como os brasileiros, optaram por uma linha de raciocínio em que se evita falar em validade da relação jurídica processual, mas sim de sua viabilidade, justamente por se tratar de um conceito de mais fácil aplicação ao processo como um todo[257].

---

[256] C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 14.ª ed., Torino, G. Giappochelli, 2002, p. 400-402. p. 41.

[257] G. CHIOVENDA, *Istituzioni... Op. Cit*, p. 60 e E. T. LIEBMAN, *Manual... Op. Cit*.

De modo geral, os pressupostos processuais seriam os requisitos para a regular constituição da relação processual, e sua ausência constitui óbice à preparação da causa (*trattazione*) e ao exame do mérito, de cuja cognição não fica o juiz validamente investido. São pressupostos processuais para os italianos: *(i)* a validade e regularidade formal dos atos processuais; *(ii)* a jurisdição e a capacidade específica (competência) do juiz perante o qual a ação foi proposta; *(iii)* a capacidade e legitimação formal das partes. Tudo isso sem deixar de considerar, previamente, a ausência de impedimentos decorrentes da litispendência e do compromisso arbitral.

O ordenamento italiano estrutura como categorias autônomas os pressupostos processuais, as condições da ação e o mérito da causa, sendo dois planos processuais preliminares de análise – condições da ação e pressupostos processuais[258]. No entanto, destaque-se que a discriminação entre pressupostos processuais e condições da ação, levada a efeito pelos processualistas brasileiros e italianos, não tem qualquer razão de ser para a doutrina alemã, conforme mencionado.

Assim, há de se ter em conta que os pressupostos processuais e as condições da ação não são requisitos para o provimento final de acordo com a pretensão deduzida pelo demandante, mas apenas aqueles requisitos suficientes para o nascimento de um processo válido, sendo aplicável tal entendimento ao procedimento arbitral. A doutrina brasileira, muito influenciada pela doutrina italiana, adotou tal conceituação e inovou no que tange às classificações acerca dos pressupostos processuais.

O sistema francês apresenta funcionamento semelhante com a disciplina das *exceptions de procédure*[259], especialmente para questões ligadas à competência, prescrição[260] ou relacionadas com nulidades processuais, tendo por escopo declarar o processo irregular.

---

[258] J. C. BARBOSA MOREIRA, *Sobre os Pressupostos Processuais* in *Temas de Direito Processual (quarta série)*, 1.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, p. 83.

[259] S. GUINCHARD e F. FERRAND, *Procédure Civile*, 28.ª ed., Paris, Dalloz, 2006, p. 201 e H. SOLUS e R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé – Procédure de Prémiere Instance*, Tomo III, Paris, Sirey, 1991, pp. 210-211.

[260] No sistema brasileiro trata-se de matéria de mérito: CPC, art. 269, IV.

Trata-se de uma categoria muito bem definida no direito francês e que se coloca de modo anterior à análise do mérito da demanda. A questão, contudo, é analisada de modo bastante simplificado em relação à doutrina italiana, por exemplo, sem grandes categorizações, limitando-se as questões a três grandes grupos de competência, prescrição e nulidades.

A grande diferença da doutrina nacional em relação às doutrinas estrangeiras, em especial a italiana, alemã e francesa, está no fato de haver uma série de visões a respeito do fenômeno *pressupostos processuais*, com variações em relação a elementos que o integram, à terminologia utilizada para a definição desses elementos, ao seu agrupamento em categorias. É uma questão muito mais conceitual do que prática, embora as diferentes conceituações possam levar a resultados práticos diversos.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE considera os pressupostos processuais como *"(...) exigências legais destinadas à proteção de determinados valores inerentes às partes e à jurisdição, visando a possibilitar que o processo seja efetivo instrumento de acesso à ordem jurídica justa – ou, em outras palavras, que ele represente método équo e justo de solução de controvérsias"*[261]. Apresentando sua posição, este autor considera os pressupostos processuais como determinados requisitos para que a forma de solução de controvérsia[262] nasça e se desenvolva, sendo uma espécie de filtro a permitir ou não a passagem de demandas por suas tramas que terão o julgamento do mérito. Além disso, para se considerar existente uma forma de solução de controvérsias, o autor julga necessária apenas a jurisdição.[263]

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO considera que *"(...) não há necessidade de distinguir muito precisamente esses óbices ao julgamento do mérito, sendo tendência moderna o agrupamento de todos na categoria dos pressupostos do julgamento*

---

[261] J. R. dos S. BEDAQUE, *Efetividade... Op. Cit.*, pp. 177-180.

[262] Em sua obra o autor faz menção apenas ao processo, mas o sentido de sua expressão não exclui um entendimento que considere a necessidade de obediência a alguns requisitos para o julgamento da arbitragem.

[263] J. R. dos S. BEDAQUE, *Efetividade... Op. Cit.*, p. 229-232.

(ou pressupostos processuais, como está na lei e doutrina dos alemães)"[264]. Está estabelecida a premissa, em nossa doutrina, de que não se devem exacerbar classificações e teorias, mas, sim, sobre a essência dos elementos condicionantes do julgamento do mérito e as suas consequências para o jurisdicionado, quer seja no processo, que seja na arbitragem.

De qualquer modo, o estabelecimento válido da relação processual, bem como o seu desenvolvimento, dependem de certos elementos. E a inexistência destes impedirá a relação jurídica processual. Portanto, os pressupostos processuais são dados à análise de viabilidade do exercício do direito de ação.[265]

Ademais, os pressupostos processuais e as condições da ação são matéria de ordem pública e, portanto, *"(...) são de ordem pública as normas processuais destinadas a assegurar o correto exercício da jurisdição (que é uma função pública, expressão do poder estatal), sem a atenção centrada de modo direto ou primário nos interesses das partes conflitantes"*. [266]

A doutrina brasileira entende, a partir da premissa acima, que as deliberações acerca dos pressupostos processuais não precluem e podem ser analisadas a qualquer tempo no processo, independentemente da indagação das partes. No entanto, em situações mais avançadas do processo, após o curso de tempo considerável, pode-se permitir que a análise de tais questões seja mitigada e o mérito seja analisado independentemente de um defeito formal.[267]

Quanto às condições da ação, o interesse de agir é tradicionalmente conceituado pela doutrina pelo *binômio necessidade – adequação*, embora, como conceito geral, o interesse de agir seja *utilidade*, consistindo na relação de complementaridade entre a pessoa e o bem, tendo aquela a necessidade deste para a

---

[264] C. R. DINAMARCO, *Instituições, Vol. I... Op. Cit.*, p. 128.

[265] H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 38.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 54-55.

[266] C. R. DINAMARCO, *Instituições, Vol. I... Op. Cit.*, pp. 144-145.

[267] J. R. dos S. BEDAQUE, *Efetividade...Op. Cit.*, p. 565-575.

satisfação de uma necessidade, e sendo o bem capaz de satisfazê-la. O interesse de agir surge quando o provimento jurisdicional postulado for capaz de efetivamente de ser útil ao demandante, operando uma melhora em sua situação, quando for capaz de trazer a tutela jurisdicional.[268]

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, seguindo tal conceito, considera que o *"(...) interesse de agir constitui expediente destinado a evitar processos injustificados, permitindo a verificação da utilidade social da iniciativa judicial, só admissível se apta a contribuir de forma real para a efetivação do direito e a pacificação social"*.[269]

Em resumo, o interesse de agir seria instrumental e secundário ao interesse primordial ou primário apresentado pela parte, que é a obtenção da tutela jurisdicional, pressupondo uma afirmação de lesão a esse interesse primário e a aferição da possibilidade do provimento satisfazê-lo.

O interesse de agir será apurado por meio de um juízo de utilidade e da necessidade[270] realizado pelo julgador em relação à demanda apresentada pelo demandante. A aferição ou não da existência de interesse depende da análise do caso concreto e da verificação do resultado que o provimento proporcionará.[271]

De outro lado, a demanda é juridicamente impossível, sendo a sentença que a julga de carência da demanda, quando de algum modo colide com as regras superiores do direito nacional e, por isso, sequer comporta apreciação mediante exame de seus elementos concretos.[272]

---

[268] C. R. DINAMARCO, Arbitragem e Processo... *Op. Cit..*, Vol. II, pp. 299-300. Alguns autores, como JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, há muito substituem a necessidade pela utilidade, embora o sentido seja o mesmo (J. C. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo*, Vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 335).

[269] J. R. DOS SANTOS BEDAQUE, *Op. Cit.*, p. 290.

[270] S. H. DA COSTA, *Condições... Op. Cit.*, p. 62.

[271] H. THEODORO JÚNIOR, *Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar* in Revista de Processo n. 50, São Paulo, RT, 1988, pp. 15-16.

[272] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, V. II, p. 298.

JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE considera que a análise da possibilidade jurídica do pedido e o seu acolhimento equivaleriam a um julgamento antecipado da demanda, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil. A pretensão jurídica do autor não encontraria amparo no ordenamento jurídico e, por isso, deveria ser rejeitada.[273]

E é exatamente por essas situações, de falsas carências, que o sistema francês aplica uma natureza mista às condições da ação[274]. As condições da ação representam uma categoria inserida entre as questões processuais que são analisadas por exceções como defesas e o mérito propriamente dito[275]. A discussão é muito recente e destacada na doutrina processual brasileira.[276]

A impossibilidade jurídica revela que a ela se chega por exclusão e pelas situações negativas, sendo mais fácil falar dela do que da própria possibilidade, esta, para o Código de Processo Civil, uma condição da ação, uma vez que decorre da *garantia do controle jurisdicional* portadora da regra de que, em princípio, todas as pretensões de tutela jurisdicional serão apreciadas, não o sendo apenas aquela que não ultrapassar as barreiras do sistema de promessas e garantias para a concessão da tutela jurisdicional previsto na Constituição Federal de 1988.

ENRICO TULLIO LIEBMAN, por sua vez, considerou, a partir da terceira edição de seu *Manuale di Processo Civile*, que esta categoria não deveria mais ser considerado uma condição da ação, e sim ser incluída no interesse de agir tendo em vista que a falta de pertinência de um pedido em face de um ordenamento jurídico indicaria a

---

[273] J. R. DOS S. BEDAQUE, *Efetividade Op. Cit.*, p. 261. Este autor ainda afirma que tal situação verificada de plano seria suficiente para que o julgador declarasse a improcedência da demanda.

[274] A disciplina no sistema francês é muito semelhante à do direito brasileiro. As condições da ação estão inseridas no bojo dos *"fins de non recevoir"*. As questões aqui tratadas também devem ser reconhecidas de ofício pelo magistrado (art. 125 do Nouveau Code de Procedure Civil).

[275] S. GUINCHARD e F. FERRAND, *Procédure Civile...* p. 206 e H. SOLUS e R. PERROT, *Droit Judiciaire...*, pp. 106-107.

[276] É célebre entre os discípulos e alunos do Professor JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE a diferenciação entre mérito e mérito, sendo o primeiro relativo àquelas situações em que o julgador adentra o mérito e pronuncia uma carência de ação e a segunda àquelas em que o julgamento ocorre com resolução do mérito.

sua falta de adequação. Embora tenha ocorrido esta mudança de posição, o entendimento acerca do trinômio das condições da ação, criado por este mesmo autor e influenciador do nosso Código de Processo Civil, não foi abandonado por nossa legislação[277].

Parte da doutrina, de outro lado, foi mais além e critica ainda que a possibilidade jurídica do pedido não representasse um exame preliminar ao mérito, mas sim um próprio exame de mérito[278]. FREDIE DIDIER JÚNIOR complementa tal visão afirmando que a sentença que reconhece a inexistência da possibilidade jurídica do pedido de produzir coisa julgada material, e a extinção será feita com análise do mérito.[279]

Por fim, a última das condições da ação, de acordo com o entendimento manifesto no Código de Processo Civil, a legitimidade *ad causam*, pode ser conceituada como a correspondência entre demandante e demandado na relação de solução de conflitos e o sujeito ativo e ou sujeito passivo na relação jurídica de direito material. É a pertinência subjetiva da ação, descontados detalhes processuais e de nominalismo, como afirma ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, a partir de lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN e ALFREDO BUZAID.[280]

Nesse aspecto, a legitimidade da ação *"consiste em individualizar a pessoa a quem pertence o interesse de agir (e, pois, a ação) e a pessoa com referência à qual [nei cui confronte] ela existe"*[281], dependendo de uma verificação *prima facie* da relação jurídica de direito material *in status assetiones*[282].

---

[277] E. T. LIEBMAN, *Manuale… Op. Cit.*, pp. 204-205.

[278] T. A. A. WAMBIER, *Nulidades da Sentença*, 1.ª ed., São Paulo, RT, 1987, pp. 17-19.

[279] F. DIDIER JÚNIOR, *Pressupostos Processuais e Condições da Ação*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 227. OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA vai ainda mais longe e, alinhando-se à teoria alemã exposta acima, considera que não existem as chamadas condições da ação. As hipóteses elaboradas por ENRICO TULLIO LIEBMAN nada mais seriam do que decisões que o magistrado profere acerca da pretensão do autor, isto é, sobre o mérito (O. A. B. DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 5.ª ed., São Paulo, RT, 2001, pp. 105-110).

[280] A. F. FABRÍCIO, *Extinção do Processo e Mérito da Caus*a in Revista de Processo, n.º 58, São Paulo, RT, 1990, p. 7-32, conforme E. T. LIEBMAN, *Manuale... Op. Cit.*, p. 211 e A. BUZAID, *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956, p. 89.

[281] E. T. LIEBMAN, *Manuale... Op. Cit.*, p. 208.

[282] J. R. DOS SANTOS BEDAQUE, *Efetividade... Op. Cit.*, p. 277.

A questão nos MASCs estaria centrada no interesse de agir, na falta de necessidade do provimento judicial ou arbitral, sem se passar pelos demais métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais.

Em suma, a premissa deve ser a de que, em uma classificação ou em outra, pressupostos processuais ou condições da ação, não se pode deixar de utilizar o trabalho despendido no processo por meras questões formais; deve-se buscar a efetividade na medida do possível, destacando que tal busca também não pode ser absoluta. A procura por qualquer MASC é pela efetividade, mas principalmente pela celeridade e pela satisfação das partes. Obviamente, também há limites nesses métodos e busca-se, cada vez mais, impedir que questões apresentadas no seu curso venham posteriormente dar ensejo a demandas anulatórias, atrasando a prestação da tutela jurisdicional. Não importam, no entanto, os nomes e as classificações, e sim que tais fenômenos devem ser explicados e adequados, bem como que se permita a total efetivação[283] quer de qualquer método de solução de controvérsias, ou de qualquer processo, e, nesse sentido, a discussão ora travada ganha relevância.

A análise do interesse de agir em um processo judicial ou em uma arbitragem deve levar em conta a existência de um MASC para se aferir a continuidade do método jurisdicional como forma de solução da controvérsia.

A utilidade prática do MASC analisado no interesse de agir só será verificada se a sua análise for feita *"in status assetiones"*, com base nas alegações apresentadas pelas partes, em tese, como ensina JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE: "*o exame das condições da ação implica análise da relação jurídica material. (...) Trata-se, portanto de análise das questões de mérito feita ainda no condicional, hipoteticamente*"[284].

---

[283] Quando se usa o vocábulo "efetivação" quer-se dar a este o sentido empregado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO como aquela *"(...) atividade destinada a tornar realidade a disposição do Estado, anunciada abstratamente na lei, de produzir os resultados práticos determinados pelas normas substanciais. Essa predisposição do Estado chama-se, numa linguagem bastante conhecida, vontade sancionatória abstrata. Ela se torna concreta quando realizadas as atividades executivas"* (C. R. DINAMARCO, *Execução Civil*, 8.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 114). A importância do tema do presente trabalho ganha relevância a partir do momento em que, para a efetivação das decisões arbitrais, se torna necessária a atuação do Estado.

[284]- J. R. DOS S. BEDAQUE, *Direito e Processo... Op. Cit.*, p. 84.

Depois de uma enorme demora, não fará nenhum sentido extinguir um processo, depois da realização de diversos atos porque a conciliação ou a mediação não foram utilizadas.

Em última análise, a existência de um MASC é, portanto, uma situação que atinge o interesse de agir. Todavia, sua utilidade prática, em face da realizadade brasileira, com a demora para análise dessas questões pelo Judiciário e mesmo em arbitragens, permitirá que outra solução que não têm o escopo de extinguir o método jurisdicional de solução de controvérsias possa ser adotada como se verá no item a seguir.

7.2 Os MASCs como Questões Prévias

Além das preliminares, que indicam etapas antecedentes para o julgamento do mérito mediante a verificação de conformidade com as regras do processo, existe outra ordem de questões existente no processo civil, que são aquelas decorrentes das relações jurídicas trazidas pelo autor em sua demanda como fundamentos de sua pretensão. Não se trata de um filtro constitucional, como é o caso das condições da ação ou dos pressupostos processuais.

A origem do instituto está no direito romano, especificamente no período justinianeo com o *iudicium* e *cognitio*. A ideia era a mesma. Existiam fórmulas denominadas *praeiudicia* que indicavam juízos preparatórios para outros juízos e que passaram a permitir processos autônomos[285]. De qualquer modo, a ideia de prejudicialidade e encaminhamento lógico das questões para efetivação do julgamento já estava estruturada.

Esses fundamentos trazidos pelo autor são denominados pontos. A controvérsia sobre esse ponto do autor, eventualmente, trazida pelo réu em sua contestação, cria a discussão e faz aquela construção lógica presente nos autos do processo ser tratada como uma questão.

O ponto é fundamento de uma afirmação que se refere ao mérito da demanda, podendo ser feita pelo autor e pelo réu, e tendo o magistrado como destinatário. Concluindo esse raciocínio, FRANCESCO CARNELUTTI indica ainda a dúvida como elemento fundamental para que o ponto seja transmutado em questão, indicando que tal conceito pode se referir tanto a situações de fato como a situações de direito[286]. O ponto controvertido passa a ser denominado como questão, portanto.[287]

---

[285] A. S. FERNANDES, *Prejudicialidade: Conceito, Natureza Jurídica, Espécies Judiciais*, São Paulo, RT, 1988, p. 11.

[286] F. CARNELUTTI, *Sistema di Diritto... Op. Cit.*, p. 353.

[287] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado...* ,Vol. II, Tomo I, *Op. Cit.*, p. 179.

E é exatamente sobre as questões apresentadas pelas partes que ocorrerá o pronunciamento judicial. Na lição de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, é sobre o pedido apresentado pelo autor que julgará o magistrado de modo *principaliter* e, sobre os fundamentos, a atuação do magistrado será *incidenter tantum*. É por essa razão que o art. 469 do Código de Processo Civil retira do alcance da coisa julgada material todos os fundamentos da sentença[288]. O mesmo entendimento é compartilhado por CRISANTO MANDRIOLI.[289]

Nesse contexto, a prejudicialidade, por sua vez, decorre do fato de existirem ordens de questões de valoração jurídica ou fática que devem ser decididas antes da questão principal, nesse caso denominada prejudicada[290]. LUIZ FUX assevera que tal situação *"(...) precisa ser apreciada como premissa lógica integrante do itinerário do raciocínio do juiz, antecedente necessário ao julgamento. Saltar sobre ela significaria deixar sem justificativa a conclusão sobre o pedido"*. [291]

Existem questões, porém, que predeterminam a questão ainda pendente de solução e, diferentemente da preliminar, vincula o resultado da outra decisão[292]. Por isso, *"Quando duas demandas se relacionam de forma relevante para o sistema, é desejável o seu tratamento conjunto (...) para evitar julgamentos contraditórios e obter economia processual"*. [293]

Esse não é o caso das disposições que dizem respeito à utilização dos métodos de solução de controvérsias. Aqui, não há qualquer relação de antecedência lógica de resultados, mas apenas uma preferência quanto à utilização de um método de solução de controvérsias ou de outro e, muitas vezes, se o método não for adjudicatório, sequer se verificará uma demanda. Falar-se-á em questões, mas não em demanda.

---

[288] C. R. DINAMARCO, *Instituições...*, Vol. III, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 207.

[289] C. MADRIOLI, *Diritto Processuale... Op. Cit.*, p. 168.

[290] F. DA C. TOURINHO FILHO, *Processo Penal*, 22.ª ed, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 532.

[291] L. FUX, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 434.

[292] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado...* ,Vol. II, Tomo I, *Op. Cit.*, p. 180.

[293] C. F. L. LEITE, *Prejudicialidade no Processo Civil*, 1.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, pp. 233-234.

Partindo desse princípio, o art. 158 do Código de Processo Civil trata de esclarecer uma relação entre os negócios jurídicos processuais e os métodos adjudicatórios de solução de controvérsias: *"(...) atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais"*.

Nesse contexto, a manifestação de vontade indicando um MASC pode ter consequências que se projetarão para eventual processo. Há, nesse caso, pela atuação comissiva das partes, nos dizeres de EGAS DIRCEU MONIZ DE ARAGÃO, a constituição de direitos processuais[294]. Trata-se, portanto, de atos processuais, que nos dizeres de MARCOS AFONSO BORGES são dotados de *"conteúdo processual",* destinados a interferir na *"(...) constituição, conservação (sic) desenvolvimento e modificação e encerramento"* do processo.[295]

A realização desses atos, assim, independe do concurso de qualquer autoridade, podendo tais atos ser praticados até mesmo antes do processo. A produção de efeitos no processo judicial ou na arbitragem decorrerá, contudo, da sua notícia aos julgadores. É nesse aspecto que ARRUDA ALVIM[296] menciona e ANTONIO DALL'AGNOL[297] cita que a manifestação de vontade será produzida *"imediatamente"* à sua juntada no processo ou envio ao painel arbitral.

Julgando caso relacionado à desistência recursal, o Superior Tribunal de Justiça já vem decidindo desde 1992 que o mencionado artigo tem aplicação ampla[298], e, como afirma NELTON DOS SANTOS, *"(...) o CPC impõe às partes, como regra,*

---

[294] E. D. M. DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 22.

[295] M. A. BORGES, *Sentença e Equivalentes Jurisdicionais* in J. R. CRUZ E TUCCI (coord.), *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 180-181.

[296] ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, 6.ª ed., São Paulo, RT, 1997, p. 421.

[297] A. DALL´AGNOL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2.ª Ed., São Paulo, RT, 2007, pp. 251-252.

[298] STJ, REsp n.º 18942-SP, 2.ª Turma, Rel. Min. PEÇANHA MARTINS, j. em 20.5.1992 *in* DJ 29.6.1992.

a irretratabilidade das posições jurídicas processuais assumidas"[299]. A posição jurídica, no caso em comento, é a de usar um método de solução de controvérsias antes de um outro método adjudicatório, ou até mesmo prever regimes de preferência entre métodos de solução de controvérsias.

Tal situação deve ser observada pelo magistrado ou pelo árbitro, zelando-se pela manifestação de vontade das partes. A partir do momento em que houver a manifestação de vontade acerca do método de solução de controvérsias, as partes já estarão vinculadas, não cabendo nenhum juízo dos terceiros julgadores em relação à escolha feita, mas apenas no tocante à forma, capacidade e objeto da manifestação de vontade das partes, nos termos do art. 104 do Código Civil.

A conclusão acima é estruturada em tese de direito privado, já acolhida pelo Judiciário no tocante aos métodos de solução de controvérsias, especialmente a arbitragem. Não pode ser outra a interpretação em face da segurança jurídica que o sistema processual visa a conferir às partes.

É exatamente com esse raciocínio que ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR apresenta um elemento inderrogável ao contrato preliminar[300], no caso, a disposição das partes para realização de um MASC, ainda que consensual, caso surja algum litígio. É essa a factibilização contratual, vinculando a *"(...) introdução diferida do regramento dos interesses dos figurantes, o qual incide sobre bem ou bens que deverão se alcançados, de acordo com aqueles interesses, mediante a conclusão, ou a conclusão e a complementação, do contrato definitivo"*. [301]

---

[299] N. DOS SANTOS in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 439.

[300] A. TOMASETTI JUNIOR, *Execução do Contrato Preliminar*, Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982, p. 20.

[301] A. TOMASETTI JUNIOR, *Execução... Op. Cit.*, p. 20. No mesmo sentido: C. S. ZANETTI, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeitos de Forma*, Tese apresentada para obtenção do título de Professor Livre-Docente na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, pp. 154-158.

Nesse tipo de contrato há elementos particulares que têm pertinência com a primeira vinculação entre as partes, são reflexos. São os elementos particulares e, no caso dos contratos que intituam MASCs, destacam-se os *time limits*.[302]

A execução do contrato preliminar poderia até dar-se de acordo com o revogado art. 639 do Código de Processo Civil[303], substituído pelo art. 466-B do mesmo Código[304]. Nesse sistema manteve-se, portanto, a regra da execução específica do pré-contrato, com a garantia do cumprimento *in natura* da obrigação preliminarmente estipulada entre as partes.

Como arremata ainda ALCIDES TOMASETTI JÚNIOR, ainda comentando sobre o revogado art. 639 do Código de Processo Civil, tal dispositivo tem sentido e significado no plano processual, o que se coaduna com o objeto deste trabalho. O magistrado, ao analisar o caso, terá *"(...) balizas, genericamente predispostas, para a possibilidade prática do juízo de tutela do contrato preliminar"*, tendo o contrato preliminar *"(...) toda uma dimensão processual que passou a ser componente indissolúvel da problemática que é a própria categoria"*.[305]

Ou seja, a análise conjunta do art. 158 e do art. 466-B, ambos do Código de Processual Civil, não permite outra conclusão senão aquela de que qualquer disposição referente a método de solução de controvérsias é vinculante e dotada de execução específica.

A vinculação, portanto, é de fácil verificação. E as consequências processuais são imediatamente impostas, como já se viu, de acordo com o art. 158 do Código de Processo Civil. Haverá uma ulterior complementação do contrato. A

---

[302] A. TOMASETTI JUNIOR, *Execução... Op. Cit.*, p. 21.

[303] *"Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado"*.

[304] *"Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado."*

[305] A. TOMASETTI JUNIOR, *Execução... Op. Cit.*, pp. 41-42.

cláusula que institua um MASC representa um vínculo definitivo entre as partes com a potencialidade de dar origem a um método de solução de controvérsias.

No caso concreto, a locução *"sendo isso possível"* do referido artigo é um pressuposto, nos dizeres de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA[306], que parece ser superável no caso dos métodos de solução de controvérsias. Isso porque a vontade do devedor para realização do método já está manifesta em algum documento e sem nenhuma ressalva[307], apenas em momento posterior se nega a utilizar a forma escolhida de solução da controvérsia: *"(...) ao juiz não é dado estipular cláusulas e condições, mas apenas fazer desnecessária, por meio de sentença, a declaração de vontade que, incidindo sobre cláusula e condições* já *estipuladas, daria corpo ao negócio definitivo"*.[308]

O art. 466-B do Código de Processo Civil, atual artigo 639 do mesmo Código, estaria para os métodos consensuais da mesma forma que o art. 7.º da Lei de Arbitragem está para as convenções de arbitragem vazias. Trata-se de instrumentos viabilizadores dos métodos de solução de controvérsias.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou ao julgar a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. A manifestação de vontade das partes para solucionar um litígio, ainda que indeterminado, não retiraria a eficácia da convenção de arbitragem, como se verá com mais vagar adiante.

Daí se extrai que há uma relação de prevalência temporal dos métodos consensuais em relação aos métodos adjudicatórios quando os primeiros são previstos como uma possibilidade de solução de controvérsias. Nesse contexto, uma previsão para que uma mediação ou uma conciliação aconteçam limita o acesso ao

---

[306] J. C. BARBOSA MOREIRA, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 211.

[307] T. NEGRÃO, J. R. F. GOUVÊA e L. G. A. BONDIOLI, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, 43.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, nota 3, art. 466-B, p. 538 e RT 672/176.

[308] J. C. BARBOSA MOREIRA, *O Novo... Op. Cit.*, p. 211. No mesmo sentido, P. H. DOS S. LUCON in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, p. 1519.

Judiciário, por exemplo, dando-se preferência para que se realize o método de solução de controvérsias estabelecido pelas partes.

No direito brasileiro, a regra geral sobre o assunto está no art. 265 do Código de Processo Civil. De acordo com inciso II do referido artigo, o processo pode ser suspenso por vontade das partes e essa deve ser conseqüência das disposições bilateriais que utilizem métodos de solução de controvérsias, observado o limite de seis meses indicado no § 3.º do mesmo artigo.[309]

Embora não haja nenhuma indicação específica para os MASCs, pode-se considerar que a eles se aplicam as regras constantes do inciso II do referido artigo, sendo que o processo judicial deverá ser suspenso por convenção das partes até a realização de um MASC não jurisdicional. A mediação ou a conciliação são tentadas e, posteriormente, o julgamento pode se realizar.

O ideal, contudo, é que a disposição para que eventual processo judicial ou arbitral futuros sejam suspensos até que as partes realizem os MASCs previstos conste do negócio jurídico. Essa disposição tornará indiscutível a opção das partes pelos métodos de solução de controvérsias de forma escalonada.

A questão prejudicial, portanto, indica mérito da demanda, e poderia ensejar outro processo[310]. No caso dos MASCs não jurisdicionais, poder-se-ia pensar em uma obrigação de fazer para efetivá-los, embora a execução *específica* seja possível, mas pouco eficaz. Nos dizeres de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, aplica-se uma *"condição suspensiva"* sobre o processo[311].

A despeito da tutela específica, os MASCs não jurisdicionais podem ser vistos como questões prévias, e, uma vez existindo questão sobre eles, o magistrado deverá suspender o processo, tendo em vista a convenção das partes (art. 265,

---

[309] A. C. MARCATO in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo... Op. Cit.*, p. 801 e C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, Vol. III, p. 174).

[310] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado...* ,Vol. II, Tomo I, *Op. Cit.*, p. 180.

[311] H. THEODORO JÚNIOR, *Curso...*Vol. I, *Op. Cit.*, p. 275.

inciso II do CPC) aplicando *contractual time limits* e exigindo a tentativa de sua realização. Em caso de recusa ou insucesso na negociação, mediação ou conciliação, o processo civil ou a arbitragem prosseguiriam, em uma ordem absolutamente lógica de questões.

7.3 Os MASCs e o Processo

Expostas algumas ideias sobre os pressupostos processuais e questões prévias, há que se investigar se os métodos de solução de controvérsias podem ser enquadrados como pressupostos negativos de desenvolvimento do processo ou se esta classificação deve ser reservada somente à categoria dos métodos alternativos jurisdicionais, com destaque para a arbitragem.

Esse é o chamado efeito negativo da convenção de arbitragem. Tendo em vista que a arbitragem é um método jurisdicional de solução de controvérsias, a existência de uma convenção de arbitragem impedirá que o juiz estatal exerça a sua jurisdição de modo pleno. Esta será desempenhada apenas em algumas situações, como na execução das decisões do árbitro, e de modo complementar.

Diante de tal efeito, a arbitragem tem a sua eficácia garantida. Na medida em que existe a determinação das partes em realizar o procedimento arbitral, os processos judiciários que envolvam a mesma questão de mérito contida na convenção de arbitragem não contarão com os seus pressupostos de existência, posto que os juízes togados serão desprovidos de jurisdição[312]. Como leciona JAN KLEINHEISTERKAMP, o efeito negativo da convenção de arbitragem tem o escopo de proteger a parte de se ver obrigada a solucionar sua demanda no Judiciário, mesmo tendo definido anteriormente que ela seria julgada mediante processo arbitral.[313]

Esse efeito, portanto, atribuído à convenção de arbitragem, liga-se à existência do processo. Verificado tal pressuposto negativo, o processo deve ser extinto, não sendo o caso de se propor nova demanda para analisar a questão. Existindo, portanto, cláusula compromissória cheia, isto é, aquela que aponte a forma de indicação dos árbitros ou se refira a regras institucionais para tanto, a jurisdição estatal estará

---

[312] E. C. PITOMBO, *Os Efeitos da Convenção de Arbitragem – Adoção do Princípio Kompetenz-kompetenz no Brasil in* S. M. F. LEMES, C. A. CARMONA e P. A. B. MARTINS (coord.), *Arbitragem – Estudos... Op. Cit.*, pp. 330-331. No mesmo sentido: L. F. GUERRERO, *Convenção de Arbitragem... Op. Cit.*, pp. 125-130.

[313] JAN KLEINHEISTERKAMP, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2005, p. 149.

automaticamente excluída. Como afirma CARLOS ALBERTO CARMONA, *"(...) tanto a cláusula como o compromisso excluem a jurisdição estatal"*.[314]

Como se observa, a tendência mundial de conformação dos métodos de solução de controvérsias em sistemas processuais é uma nítida no cenário mundial. O esforço do direito brasileiro em relação à arbitragem é claro. Como sustenta CASSIO SCARPINELA BUENO:

> *"A convenção de arbitragem, a exemplo da perempção, da litispendência e da coisa julgada (...) e também da falta de caução (...) é pressuposto processual* negativo. *A arbitragem é fator de inibição da atuação do Estado-juiz. Naqueles casos e entre as pessoas entre as quais ela é admitida (...), fica afastada, por definição, a atividade jurisdicional. (...) a hipótese deve ser compreendida no contexto mais amplo de meios alternativos de resolução de conflitos (...)"*[315].

A relação entre a arbitragem e o processo civil parece ser algo consolidado em diversos sistemas, e o caminho natural é que tal interação se torne cada vez mais tranquila. No entanto, em que medida tal situação e tal tratamento se aplicam aos métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais?

Pode parecer à primeira vista um pouco estranho que se tente classificar os métodos de solução de controvérsias como pressupostos negativos de desenvolvimento regular do processo. Entretanto, tal ideia encontra-se presente no ordenamento jurídico brasileiro e em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Contudo, a necessidade de economia processual e o caráter não jurisdicional da conciliação, por exemplo, fizeram essa regra deixar de ser vinculativa e de provocar a extinção do processo judicial. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à arbitragem, quando esta for o processo jurisdicional do escalonamento. E por quê? Quais seriam as premissas para se interpretarem essas duas situações?

---

[314] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Processo... Op. Cit.,* p. 16.

[315] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado...* Vol. II, Tomo I, *Op. Cit.,* p. 146.

De um lado, a convenção que institua um MASC seria um pressuposto negativo de desenvolvimento do processo, tendo os mesmos efeitos da convenção de arbitragem. No entanto, pelo que se viu, a natureza diversa da arbitragem e dos métodos autocompositivos não permite esse tipo de interpretação. De outro lado, a análise não poderia ser tão ampla e outras soluções deveriam ser empregadas. Essas são as duas consequências adotadas pela doutrina.[316]

A obrigatoriedade da cláusula compromissória para a realização da arbitragem determina que as partes se propuseram a solucionar eventual litígio que surja de relação jurídica determinada pela via arbitral.

Tal exigência decorre de princípio estabelecido no direito material do *pacta sunt servanda* expresso como força obrigatória nos contratos que, uma vez celebrados, devem ser adimplidos na sua integralidade, inclusive com a execução *in natura* ou específica das obrigações e pelo princípio da *Kompetenz-kompetenz* (art. 8.º da Lei de Arbitragem).

Com o objetivo de garantir a efetivação desses princípios, foram estabelecidos na legislação brasileira mecanismos já adotados em convenções internacionais, como a mencionada execução *in natura* da convenção de arbitragem[317], presente nos arts. 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem.[318]

A Lei de Arbitragem supera a ideia vigente no direito brasileiro até 1996 e expressa no Código de Processo Civil (revogado art. 1072) de que a recusa de uma das partes em promover a arbitragem só poderia resolver-se em perdas e danos. A parte que tiver interesse na arbitragem poderá tomar todas as medidas necessárias

---

[316] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada... Op. Cit.*, pp. 171-173.

[317] Regra já adotada pelo Protocolo de Genebra de 1923 e pela Convenção Interamericana de Arbitragem (do Panamá de 1975).

[318] Embora existam críticas, pois o juiz estatal participa da redação do compromisso. Considera-se essa uma intervenção judicial muito profunda, ainda mais porque, no caso do direito brasileiro, há submissão ao duplo grau de jurisdição do *descisum* que celebrou o compromisso arbitral judicialmente (J. B LEE e C VALENÇA FILHO, *MBV Commercial and Export Management Establishment C. Resil Indústria e Comércio Ltda*. in Revista Brasileira de Arbitragem n.º 3, São Paulo, IOB Thompson, 2004, pp. 124-125).

para que ela ocorra, visto que o efeito positivo da convenção de arbitragem faz com que o litígio só possa ser solucionado via arbitragem.

No direito romano, assim como no direito brasileiro até 1996, a cláusula arbitral não era sancionatória e a sentença não era vinculante[319]. A cláusula compromissória era simples contrato preliminar, e mesmo o compromisso arbitral era encarado com eficácia limitada pelos tribunais.

A maioria dos sistemas arbitrais nacionais garante, portanto, a execução específica da cláusula compromissória[320], sendo esta medida, em nosso direito, responsável em grande parte pelo maior desenvolvimento do instituto. Com isso, o procedimento arbitral se inicia e se desenvolve mesmo que uma das partes se negue a dele participar.

Contudo, havendo alguma falha quanto à indicação dos árbitros, o procedimento não poderá se iniciar, ensejando-se medidas como ação para lavratura de compromisso arbitral. Assim, essa ausência não impedirá a utilização da arbitragem para a solução de conflito entre as partes vinculadas na cláusula compromissória.[321]

Há clara relação desses mecanismos com o chamado efeito vinculante da convenção de arbitragem. Ela possui gênese decorrente do direito material, mas com eficácia processual nítida. Decorre da livre manifestação de vontade das partes e, pelo seu caráter convencional, permite-se a vinculação das partes.

A cláusula compromissória cheia ou o compromisso arbitral

---

[319] P. FOUCHARD, E. GAILARD E B. GOLDMAN, *Traité de L´Arbitrage Commercial International,* 1.ª ed., Paris, Litec, 1996, p. 399.

[320] P. FOUCHARD, E. GAILARD E B. GOLDMAN, *Traité… Op. cit.,* p. 400.

[321] A Legislação suíça sobre Direito Internacional Privado é exceção ao permitir, em situações como essa, que as partes solucionem o conflito via Justiça Estatal (art. 7.º da Lei Federal suíça sobre Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987).

hígido permitem que os efeitos positivos da convenção de arbitragem sejam produzidos[322] nos limites dos direitos patrimoniais disponíveis, da maioridade das partes e termos da convenção celebrada ou de manifestações posteriores consentâneas das partes, especificações ou aditamentos.[323]

Nitidamente, portanto, os sistemas arbitrais, tal como o brasileiro (arts. 267, inciso VII, e 301, inciso IX, do CPC[324]), bem como a Lei Uniforme da UNICTRAL (art. 8.º, 1 e 2), adotada como referência de muitos países como Espanha, Portugal e até o Brasil, tratam a convenção de arbitragem como pressupostos negativos de desenvolvimento regular do processo. Vale dizer, a inexistência da convenção de arbitragem permite o desenvolvimento regular do processo. O mesmo pode ser dito em relação ao direito norte-americano, e julgados recentes demonstram tal entendimento.[325]

---

[322] M. M. BONILHA, *Do Efeito Vinculante da Cláusula Arbitral* in Revista de Arbitragem e Mediação n.º 3, São Paulo, RT, 2004, pp. 138-141.

[323] Esse é o caso do chamado "Termo de Arbitragem" nos quais as partes e os árbitros definem com precisão o conteúdo do litígio a ser solucionado. Tal instrumento é previsto em regulamentos de órgão arbitrais como o Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá (art. 7.1 e seguintes) e da Corte Internacional de Arbitragem da CCI (art. 23).

[324] Há que se mencionar suposta contradição entre esses artigos e a solução dada pelo projeto de Código de Processo Civil: *"Já o art. 327 do projeto de Código de Processo Civil faz às vezes do art. 301 do Código de Processo Civil de 1973, indicando que incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar convenção de arbitragem (inciso X do art. 327 do projeto de Código de Processo Civil). Todavia, caso não cumpra tal incumbência, o réu não estará renunciando à convenção de arbitragem ao contrário do que se pode pensar. Primeiro, porque a renúncia a um negócio jurídico, distrato, deve ser realizada da mesma forma em que foi realizada a contratação, nos termos do art. 472 do Código Civil. No caso estaria ocorrendo uma contratação expressa e uma renúncia tácita, o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Segundo porque o projeto de Código de Processo Civil sacramenta a questão em seu artigo 472, inciso X, ao dizer que 'o juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando verificar a existência de convenção de arbitragem'. Ou seja, o magistrado deverá fazer tal investigação ainda que o réu tenha olvidado qualquer referência à convenção de arbitragem. A redação desse artigo em seu* caput *e em seu inciso é bem mais incisiva, com o perdão do trocadilho do que a disposição do inciso VII do art. 267 do Código de Processo Civil de 1973. No projeto não há dúvidas da consequência da medida. O parágrafo quarto do art. 327 do projeto de Código de Processo Civil supre falha constante do parágrafo quarto do art. 301 do Código de Processo Civil de 1973, substituindo a categoria compromisso arbitral por convenção de arbitragem. Tal situação era decorrente de um equívoco de atualização do Código de Processo Civil de 1973 com o advento da Lei de Arbitragem. Foram substituídas todas as locuções compromisso arbitral do mencionado diploma legal, mas esta permaneceu. Aparentemente a questão era singela, mas a letra da lei era clara, tal situação era restrita à cláusula compromissória e não a cláusula compromissória, embora se saiba que tais categorias são espécies do gênero convenção de arbitragem e não tenham nenhuma diferença teleológica"* (L. F. GUERRERO, *Os Métodos de Solução de Controvérsias in* C. R. DINAMARCO *et. al. Dinamarco e Rossi Advocacia, 20 anos, no prelo*).

[325] *Intertec Contracting A/S et. Al. vs. Turner Steiner International, S.A,* 2000 U.S. Dist. LEXIS 7413 e *N-Tron Corporation* vs. *Rockwell Automation, Inc.*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 14130.

Tal entendimento pode ser transportado para as cláusulas MASC em geral, uma vez que formas de solução de conflito, especialmente autocompositivas, são voluntárias não só quanto à adesão, mas o procedimento, como se viu, pode ser obrigatório. A obtenção de um resultado, por sua vez, dependerá de outra manifestação de vontade. A recusa de uma das partes no prosseguimento do processo autocompositivo impedirá sua continuidade porque o terceiro eventualmente envolvido não terá que apresentar uma decisão e não poderá decidir e impor eventual decisão às partes.

Nessa linha, CARITA WALLGREN leciona: *"This also means that a dispute subject to ADR can be resolved as soon as the parties are ready to settle, and that the settlement need not mirror the parties legal rights"*[326]. Desta maneira, nem ao mediador nem ao conciliador é conferida a capacidade de julgar, cabendo às próprias partes a busca pela solução do litígio.[327]

Tal situação, contudo, não representa um retrocesso no Brasil, especialmente se for feita uma comparação com a situação da arbitragem antes da Lei de Arbitragem. Isso porque a natureza da arbitragem, método heterocompositivo e jurisdicional de solução de conflitos, permite a vinculação à sua utilização, bem como ao seu resultado. Já os métodos autocompositivos ou consensuais, por dependerem exclusivamente da vontade das partes e eventualmente só contarem com o auxílio de terceiros, pode-se até obrigá-las a participar[328], mas, sem dúvida, não se pode obrigá-las a obter um acordo[329]. Assim, o Projeto de Lei de Mediação indica em seus arts. 30, § 5.º, e 37, § 4.º, que: *"Não sendo encontrado o requerido, ou não comparecendo qualquer das partes, estará frustrada a mediação"*.

---

[326] *"Isso também significa que a disputa sujeita a um ADR pode ser resolvida assim que as partes estiverem prontas para acordar, e que o acordo não precisa levar em conta os direitos das partes"* (tradução livre) – C. WALLGREN, *ADR and Business in* J. C. GOLDSMITH (org.) *ADR in Business… Op. Cit.,*, p. 9.

[327] C. R. DINAMARCO, *Vocabulário... Op. Cit.,*, p. 96.

[328] Embora o Projeto de Lei n.º 94/2002 do Senado brasileiro trate da mediação obrigatória (art. 29).

[329] Essa é uma das críticas apresentadas por ROQUE J. CAIVANO, MARCELO GOBBI e ROBERTO E. PADILLA aos métodos autocompositivos (R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación...*, *Op. Cit.*, p. 44).

Esse é um dos grandes problemas práticos das cláusulas escalonadas porque pode-se chegar ao procedimento arbitral ou judicial sem que tenham sido seguidos todos os passos ou degraus do escalonamento previsto em contrato, muito comuns nas condições aplicáveis a obras da engenharia civil e do Dispute Board da CCI[330]. O outro é definir quando uma das etapas efetivamente terminou e quando a outra deve começar.[331]

Todavia, há posições no sentido de que a não jurisdicionalidade, a instabilidade do procedimento, faz que acordos prevendo métodos autocompositivos para solução de controvérsias sejam inexequíveis e não criem obrigações vinculantes. Essa é a resposta tradicional dos ordenamentos jurídicos de *common law*[332], especialmente a partir do *leading case* denominado *Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd.*, de 2002.[333]

No mencionado caso, a cláusula existente no contrato foi considerada escalonada, as partes deveriam negociar, e, caso esta falhasse, deveria ocorrer mediação. Após as negociações falharem, uma das partes simplesmente desconsiderou a mediação e veiculou uma demanda nas *High Courts* inglesas. O magistrado COLMAN J. decidiu suspender o processo judicial para que a cláusula MASC fosse cumprida, embora tenha se reconhecido que a mediação poderia ser improdutiva[334]. De qualquer modo, prestigiaram-se tais cláusulas.

No caso do *Channel Tunnel* também eram previstas cláusulas escalonadas que foram privilegiadas. A *High Court* considerou que a parte que decidir usar um método de solução de controvérsias deve apresentar boas razões para posteriormente

---

[330] M. M. COSTA, *Comentários ao Laudo Final Proferido em 27 de janeiro de 2000 no Procedimento CCI n.º 10.551* in Revista Brasileira de Arbitragem n.º 2, São Paulo, IOB Thompson, 2004, pp. 154-155.

[331] M. PRYLES, *Multi-Tiered… Op. Cit.,* (tradução livre).

[332] B. M. CREMADES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, Madrid, CPR Institute for Dispute Resolution, 2004, p. 10, M. PRYLES, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*," 18 Journal of International e Arbitration, vol. 18, 2.ª ed., 2001, pp. 159-176 e P. BIENVENU, *The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Canada and the United States*, Annual Convention, International Bar Association (2002).

[333] Cable & Wireless v. IBM United Kingdom Ltd. [2002] 2 All ER (Comm) 1041, Colman J.

[334] N. ANDREWS, *The Modern Civil Process… Op. Cit.,* pp. 273 e 276.

deixar de utilizá-lo[335]. E tal entendimento foi tão relevante que acabou incorporado pela legislação inglesa sobre arbitragem (Arbitration Act, Section 9 (2)). [336]

Já no direito francês o entendimento dos tribunais é fundado no art. 1.134 do Código Civil, que traduz o princípio do *pacta sunt servanda* traduzido no brocardo de que o que fora acórdão entre as partes só poderá deixar de sê-lo na hipótese de mútuo consentimento ou por causas autorizadas pela lei.

O entendimento tem origem tradicional, e, anteriormente a 1949, como leciona PETER HERZOG, era obrigatório que demandas civis passassem por uma sessão prévia de conciliação antes do seu ajuizamento[337]. Alguns casos são até célebres pelos resultados obtidos em mediações, como a *"mediation de Madame de Rozès"*. Tal situação decorre para alguns autores, como MATTHIEU DE BOISSÉSON, do trabalho dos *Tribunel de Grande Instance de Paris*, que incentivaram largamente o instituto.[338]

Na década de 1970, HENRY SOLUS e ROGER PERROT comentavam sobre a *"clause de conciliation préalable"* considerando a inobservância de tais cláusulas como um vício de incompetência do processo, levando ao não recebimento da demanda. Esse não recebimento não seria perpétuo, não impediria a repropositura da demanda, mas esta só seria recebida se o método de solução de controvérsias não jurisdicional fosse realizado.[339]

Já na década de 1990, todavia, CADIET tratava a questão, como uma hipótese de não recebimento da demanda, considerando-a como uma condição

---

[335] *Channel Túnel Group Ltd. (UK) and France Manche S.A. (Fr.) vs. Balfour Beatty Construction Ltd. (UK) et. al.*, [1992] Q.B. 656 (C.A.).

[336] B. M. CREMADES, *Multi-Tiered.. Op. Cit.*, p. 12.

[337] Em 1967, o entendimento estava em desuso na França, mas foi resgatado nas décadas seguintes (P. HERZOG, *Civil Procedure in France*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967, pp. 234-235).

[338] M. DE BOISSÉSON, *Le Droit Français de L'Arbitrage – interne et international*, Paris, GLN, 1990, pp. 195-196.

[339] H. SOLUS e R. PERROT, *Droit Judiciaire Privé – La Compétence*, Tomo II, Paris, Sirey, 1973, p. 685-686.

do exercício do direito de ação[340], por meio do exercício de uma exceção processual apresentada pela parte, levando ao seu não recebimento.[341]

As cláusulas que intituem MASCs têm por escopo afastar a atuação do Judiciário, ao menos momentaneamente sendo obrigatória a passagem por essa fase se as partes assim contrataram antes de se colocarem perante um juiz ou um árbitro buscando a solução de sua controvérsia.[342]

E tal incentivo é levado muito a sério na França. O julgado proferido pela *Cour de Cassation* em 28 de novembro de 1995[343] já indicava também tal entendimento. Nessa oportunidade, uma das partes queria renunciar a uma cláusula de conciliação prévia a uma arbitragem, e o entendimento era o de que tal renúncia só poderia ocorrer se fossem seguidas as regras atinentes ao instituto da renúncia. Sem a formalização da renúncia, a cláusula que institui um MASC permanece hígida e plenamente eficaz. As partes foram obrigadas a realizar a conciliação.

É interessante analisar ainda o comentário de CHARLES JARROSSON de 1996[344] acerca da situação demonstrando sua perplexidade quanto ao encaminhamento da demanda, uma vez que, após tanta discussão e seis anos no Judiciário, *"cette future conciliation est bien mal engagé"*[345], isto é, a futura conciliação estava muito mal encaminhada ou começaria bem mal.[346]

Essa visão foi observada no caso *Poiré vs. Tripper* do ano de 2003, mencionado por BERNARDO CREMADES[347], sendo mais um exemplo do entendimento

---

[340] O que o diferencia da doutrina processual francesa.

[341] L. CADIET, *Droit Judiciaire Prive*, Paris, Litec, 1992, pp. 424-425.

[342] L. CADIET, *Droit... Op. Cit.*, pp. 387-388.

[343] *Peyrin et autres c/ Soceitè Polyte chnique des Fleurs*.

[344] C. JARROSSON, *Jurisprudence Française* in *Revue de L'Arbitrage*, 1996, nº 4, Paris, Litec, 1996, pp. 613-619.

[345] C. JARROSSON, *Jurisprudence... Op. Cit.*, p. 619.

[346] Tradução livre do francês.

[347] B. M. CREMADES, *Multi-Tiered… Op. Cit.*, pp. 12-13.

amplamente difundido no direito francês de que, caso as partes tenham adotado um MASC não jurisdicional para a solução de suas controvérsias, as Cortes francesas não aceitarão demandas judiciais que envolvam a matéria submetida a tais métodos até que eles sejam dados por concluídos[348]. Ou seja, alcancem acordo ou o terceiro imparcial informe não é mais possível prosseguir auxiliando na negociação entre as partes.

A tendência é que os juízes, no sistema francês, atribuam eficácia específica ou *in natura* à disposição das partes de utilizar um MASC consensual antes do Judiciário ou da arbitragem[349], sendo tratada como questão preliminar pelo magistrado.[350]

A questão, porém, é polêmica e antiga, embora a conclusão pareça estar por ora definida e seja tradicional no direito francês. Ainda 1991, o *Tribunal Administratif* considerou que a conciliação preliminar à arbitragem deveria ser respeitada e a demanda apresentada considerava-se *irrecevable*, isto é, não poderia ser recebida pelo juiz administrativo[351]. Mais ou menos como se fosse barrada por conter pressuposto processual negativo.

Tratar-se-ia de uma renúncia ao direito ao juiz, que será válida se for livre e inequívoca, daí a consequência de ser irretratável se presentes os requisitos indicados.

Como se afirma no direito francês, a generalização dos métodos alternativos de solução de controvérsias é entendida como legítima concorrente dos modos jurisdicionais, o que autoriza a pensar no surgimento de um ramo autônomo do direito. Há o direito de impor um método de solução de controvérsias, portanto, que uma

---

[348] T. PORTWOOD, *France in* S. BUSHELL (org.) *Dispute Resolution in 48 Jurisdictions Wordwide*, London, Law Business Research, 2010, p. 82.

[349] G. COUCHEZ, *Procédure Civile*, 12.ª ed., Paris, Dalloz, 2002, p. 122.

[350] G. COUCHEZ, *Procédure…*, p. 238.

[351] C.E, 9 décembre, 1991, *Snoy, Rec.* p. 423.

passagem obrigatória para a solução de litígios, exigindo o não recebimento de demandas judiciais que envolvam aquela questão.[352]

Como afirmam ainda PASCAL ANCEL e MARIANNE COTTIN, as cláusulas de solução de conflitos se situam na "*intersecção entre o convencional e o jurisdicional"*, com efeito processual direto que retarda o acesso ao Judiciário[353], sendo condição para o não recebimento da demanda desde que envolva direitos que sejam passíveis de transação.[354]

Em recente tese sobre o assunto, CAROLINE BARNAUD afirma que o não recebimento tem origem convencional nesse caso, uma inovação também no direito francês, aplicando-se o mesmo entendimento da cláusula compromissória arbitral no tocante aos seus efeitos positivos e negativos às demais cláusulas que instituam MASCs.[355]

A questão gerou perplexidade não só para qualquer intérprete estrangeiro, mas também para a doutrina francesa, já que aplica consequências idênticas a métodos que não têm a mesma natureza no tocante à jurisdição. Nesse sentido, o orientador de CAROLINE BARNAUD, THOMAS CLAY, sustenta: *"*A Cour d'appel *de Paris está mais preocupada em respeitar a cláusula de conciliação e que o Judiciário não será competente se não for tentada a conciliação conforme determinando em contrato"*, entendimento que foi consagrado pela *Chambre Mixte* ao criar a categoria dos *contrats relatifs aux litiges*.[356]

Ou seja, há até a tendência no direito francês de realizar uma aproximação entre as cláusulas de solução de controvérsias, o que parece um exagero que vai contra a natureza de cada uma das cláusulas. Contudo, mesmo com esse entendimento

---

[352] S. GUINCHARD *et. al.*, *Droit Processuel – Droit Commun et Droit Comparé du Process*, 3.ª ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 1.026-1.027.

[353] P. ANCEL et M. COTTIN, *L'efficacité Procédurale des Clauses de Conciliation ou de Médiation in* Recuil Le Dalloz, n.º 21, 2003, p. 1.387 e 1.391 (tradução livre do francês).

[354] P. ANCEL et M. COTTIN, *L'efficacité… Op. Cit.*, p. 1.391.

[355] C. BARNAUD, *L'efficacité des clauses relatives aux litiges*, Tese de Doutorado em Direito apresentada na Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009, pp. 199-200.

[356] T. CLAY, *Vive La Chambre Mixte in* Recuil Le Dalloz, n.º 22, 2003, p. 2.480.

consolidado, é interessante notar ainda que a conciliação e a mediação não interrompem a prescrição[357], embora possam ser consideradas pressupostos processuais negativos no direito francês.

Por não serem métodos jurisdicionais, o entendimento parece razoável, mas, considerando-se as premissas do direito francês, que até os reputam jurisdicionais, é também contraditório mantê-lo em face das consequências jurídicas aplicadas. O processo, capaz de interromper a prescrição, pode ser extinto pela não utilização de um MASC, mas eles próprios não impedem o curso da prescrição.

Não se pode, ainda, permitir que a cláusula de solução de controvérsias e suas consequências no direito francês sejam utilizadas pela parte que apenas deseja postergar a solução do conflito e impede o desenvolvimento da atividade judicial[358]. Isto é, depois de impedir que a parte adversa obtivesse sucesso em utilizar o MASC, ainda, em processo judicial ou arbitral, alega a sua não utilização como forma de extinção do processo.

Por qualquer ângulo que se analise a questão, insistir nessa situação, como já criticou CHARLES JARROSSON de 1996[359], provavelmente afetará a economia processual, além de apresentar algumas perplexidades. Se não interrompe a prescrição, os MASCs não jurisdicionais não podem ainda ser concorrentes dos métodos jurisdicionais.

O direito americano apresenta soluções interessantes.

Há que se mencionar inicialmente que o sistema de filtros existentes no sistema americano para exercício do direito de ação não diverge muito dos sistemas analisados da família romano-germânica, mas é bastante simplificado.

---

[357] G. COUCHEZ, *Procédure…*, p. 121.

[358] X. LAGARD, *L'Efficacité de Clauses de Conciliation ou de Mediatión in Revue de L'Arbitrage*, 2000, n.º 3, Paris, Litec, 2000, pp. 401-402.

[359] C. JARROSSON, *Jurisprudence... Op. Cit.*, pp. 613-619.

No estágio entre a apresentação da demanda e o início da *discovery*, dilação probatória, as partes apresentarão *motions*, moções, sobre questões legais ou de ordem procedimental para que a Corte se pronuncie sobre questões específicas[360].

Nesse contexto estão incluídas as questões que diriam respeito aos pressupostos processuais, condições da ação ou questões prévias, embora o sistema americano, bem como sua doutrina, não se preocupem em fazer diferenciações[361], até porque o rol apresentado no *Federal Rules of Civil Procedure* não é exaustivo[362].

O momento para que o pronunciamento sobre tais questões, *preterial motions*[363] ou *pre-answer motions*[364], ocorra é realmente preliminar, praticamente uma análise separada do mérito do litígio com uma fase bastante delimitada e sem muita flexibilidade para que o julgador a deixe para outros momentos procedimentais mais avançados.

Esse sistema permite testar a demanda apresentada de diferentes maneiras, verificando a potencialidade que ela terá de produzir um julgamento

---

[360] G. HAZARD JR. e M. TARUFFO, *American Civil Procedure – An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993, p. 109.

[361] G. HAZARD JR. e M. TARUFFO, *American Civil Procedure… Op. Cit.,* p. 110.

[362] S. B. MCZEE, W. M. JANSSEN and J. B. CORR, *A Student's Guide to the Federal Rules of Civil Procedure*, 11.ª ed., Saint Paul, Thompson West, 2008, p. 324.

[363] G. HAZARD JR. e M. TARUFFO, *American Civil Procedure… Op. Cit.,* p. 109.

[364] Rule 12 (b) of Federal Rules of Civil Procedure: *"(b) How to Present Defenses. Every defense to aclaim for relief in any pleading must be asserted inthe responsive pleading if one is required. But aparty may assert the following defenses by motion:*

(1) lack of subject-matter jurisdiction;
(2) lack of personal jurisdiction;
(3) improper venue;
(4) insufficient process;
(5) insufficient service of process;
(6) failure to state a claim upon which relief can be granted; and
(7) failure to join a party under Rule 19.

A motion asserting any of these defenses must be made before pleading if a responsive pleading is allowed. If a pleading sets out a claim for relief that does not require a responsive pleading, an opposing party may assert at trial any defense to that claim. No defense or objection is waived by joining it with one or more other defenses or objections in a responsive pleading or in a motion".

de mérito efetivo, impedindo que o processo seja utilizado apenas como instrumento de pressão, ameaça ou abuso de qualquer natureza.[365]

É algo muito parecido com a função exercida pelas condições da ação e pelos pressupostos processuais.

As questões envolvendo os MASCs, via de regra, passam por discussões envolvendo o exercício de jurisdição em concorrência do processo com outros métodos de solução de controvérsias ou em que ordem de preferência tais jurisdições serão exercidas.

Partindo dessa premissa sistêmica e procedimental, o primeiro julgado coletado[366] no direito norte-americano, *International Association of*

[365] S. ISSACHAROFF, *Civil Procedure*, New York, Thompson West, 2005, pp. 27-28.
[366] Referência de Julgados Norte-americanos sobre Cláusulas Escalonadas e de Tratamento no Direito Norte-americano:

CASO	CORTE	ANO	TRATAMENTO DOS ADR NÃO VINCULATIVOS COMO PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS (MOTION TO DESMISS – SIM/NÃO)	PRINCIPAL TEMA TRATADO	TEMPO DE JULGAMENTO (EM ANOS)
International Association of Machinists and Aerospace Workers, AFL-CIO vs. National Mediation Board et al.	*United States District Court for the District of Columbia*	1969	Não (A demanda foi extinta em favor da mediação)	Cláusula Escalonada – Mediação – Arbitragem	Sem Informação
Thomas Crimmins Contracting Co., Inc. and Cayuga Construction Co. vs. City of New York et al.	*Supreme Court of New York, Appellate Division, First Department*	1988	Sim	Avaliação Neutra de Terceiro e Judiciário	1,2
Wayne Kirschenman et al. vs. The Superior Court Of Contra Costa County	*Court Of Appeal Of California, First Appellate District, Division Four*	1994	Não (Determinada a realização de sessão adicional de mediação a fim de que essa seja realizada de acordo com as regras estabelecidas)	Mediação – Indicação do Mediador	Sem Informação
State of the Arts, Inc. vs. Congress Property Management Corp.	*Supreme Judicial Court of Maine*	1997	Não	Grupo de Contratos – Cláusula Escalonada – Mediação – Arbitragem – Falta de Clareza da Cláusula	0.041
Alliance Corporate Resources, Inc., vs. American Greetings Corporation	*Court of Appeals of Ohio, Tenth Appellate District, Franklin County*	1999	Sim (Necessária utilização dos MASCs estabelecidos em contrato, mediação e arbitragem	Cláusula Escalonada ADR	1,5
Loren k. Sharp and Teresa a. Sharp, vs. Union street development company, inc. and Union Street Limited Partnership	*Court of Appeals of Washington, Division Three, Panel Six*	2000	Sim	Cláusula Escalonada – Mediação – Arbitragem	Sem Informação

Sphinx International, Inc. and Raju Shivdasani, vs. National Union Fire Insurance Company, PA. and Genesis Indemnity Insurance Company	*United States District Court for The Middle District of Florida, Orlando Division*	2002	Não (Mediação já realizada)	Cláusula Escalonada – Mediação – Arbitragem	0.005
Michael Flanigan and Kimberly Flanigan, Michael Flanigan, Casey Flanigan and Nell Flanigan, vs. NVR, inc., Ryan Homes Sunrise Concrete Co., Delaware Valley Concrete Co., Inc., J.L. Watts' Excavating, Inc., Christensen and Martin, Inc., and Aquarian Plumbing and Heating, Inc.	*Common Pleas Court of Bucks County, Pennsylvania*	2006	Não (Mediação já realizada)	Cláusula Escalonada – Reconhecimento da Clareza da Redação	0.16
Taylor building Corp. of America, vs Marvin Benfield, et al.	*Court of Appeals of Ohio, Twelfth Appellate District, Clermont County*	2006	Não (O processo judicial foi suspenso, mas a decisão final considerou a cláusula ADR nula)	Cláusula Escalonada – Mediação – Arbitragem	Sem Informação
Dobson Brothers Construction vs. Ratliff American Contractors Indemnity	*United States District Court for The District of Nebraska*	2008	Não (A cláusula não era clara, mas foi afastado qualquer julgamento pelo Judiciário, às partes foi conferida uma nova oportunidade para determinação do método ADR, mediação ou arbitragem)	ADR – Clareza da Cláusula – Método ADR escolhido	No mesmo dia
Dart mechanical corporation vs. xl specialty insurance, defendant. Franco belli plumbing and heating & sons, inc. vs. Xl Specialty Insurance	*United States District Court For The Eastern District Of New York*	2008	Não (Falta de clareza na fixação dos MASCs para solução da controvérsia)	Grupo de Contratos – Cláusula Escalonada – Falta de Clareza da Cláusula	Sem Informação
3-J Hospitality, LLC America's backyard vs. Big Time Design, INC., S. FT. Lauderdale Beach Blvd., LLC, Callin Fortis and Kenneth Barilich	*United States District Court For The Southern District of Florida*	2009	Sim (A demanda foi extinta em favor da mediação)	Cláusula Escalonada – Mediação como Condição Precedente para a Arbitragem	No mesmo dia
Richard Gray, Beth Gray, et al. vs. Province-Grace, LLC, Province Development, Inc., et al.	*United States District Court For The Northern District Of Georgia, Atlanta Division*	2009	Sim	Cláusula Escalonada – Mediação como Condição Precedente para o Judiciário	No mesmo dia
Sekisui TA Industries, LLC vs. Quality Tape Supply, Inc.	*United States District Court For The District Of Maryland*	2009	Não (Apenas determinada a suspensão do feito para a mediação)	Cláusula Escalonada – Mediação como Condição Precedente para a Arbitragem	0.75
Thomas Girdlestone vs. Ace Limited	*United States District Court for the Eastern District of Tennessee*	2010	Não (Apenas determinada a suspensão do feito para a mediação)	Cláusula Escalonada – Mediação como Condição Precedente para a Arbitragem	Sem Informação

Machinists and Aerospace Workers, AFL-CIO, vs. National Mediation Board et al. de 1969[367], tratava de disposição do *Railway Labor Act* para busca inicial de solução consensuada que pudesse surgir entre trabalhadores e empresas.

Nesse caso, o Judiciário determinou a continuidade do processo com a fase de instrução probatória para verificação do descumprimento de eventuais obrigações trabalhistas por parte da empresas envolvidas em face do desacordo das partes com a atuação da *National Mediation Board*. E durante muitos anos o entendimento permaneceu isolado nos EUA.

Existem julgados mais recentes nesse entendimento em situações de cláusulas escalonadas. No entanto, por diversos motivos, o método não jurisdicional já havia perdido o seu objeto. Trata-se dos casos (i) *State of the Arts, Inc. vs. Congress Property Management Corp.*[368]*;* (ii) *Sphinx International, Inc. and Raju Shivdasani, vs. National Union Fire Insurance Company*[369]*;* (iii) *PA. and Genesis Indemnity Insurance Company* e *Michael Flanigan and Kimberly Flanigan, Michael Flanigan, Casey Flanigan and Nell Flanigan, vs. NVR, inc., Ryan Homes Sunrise Concrete Co., Delaware Valley Concrete Co., Inc., J.L. Watts' Excavating, Inc., Christensen and Martin, Inc., and Aquarian Plumbing and Heating, Inc*[370], sendo o primeiro de 1997, o segundo de 2002 e o último de 2006.

N-Tron Corporation, vs. Rockwell Automation Inc	*United States District Court For The Southern District of Alabama, Southern Division*	2010	Não (Apenas determinada a suspensão do feito para a mediação)	Cláusula Escalonada – Mediação como Condição Precedente para o Judiciário	No mesmo dia

[367] United States District Court for the District of Columbia, *International Association of Machinists and Aerospace Workers, AFL-CIO vs. National Mediation Board et al.*, 425 F.2d 527, 1969 in *www.lexisnexis.com*.

[368] Supreme Judicial Court of Maine, *State of the Arts, Inc. vs. Congress Property Management Corp*, 1997 ME 18; 688 A.2d 926; 1997 in *www.lexisnexis.com*.

[369] United States District Court For The Middle District Of Florida, Orlando Division, *Sphinx International, Inc. and Raju Shivdasani, vs. National Union Fire Insurance Company, 2002 U.S. Dist.*, 2002 in *www.lexisnexis.com*.

[370] United States District Court for the District of Columbia, *International Association of Machinists and Aerospace Workers, PA. and Genesis Indemnity Insurance Company* e *Michael Flanigan and Kimberly Flanigan, Michael Flanigan, Casey Flanigan and Nell Flanigan, vs. NVR, inc., Ryan Homes Sunrise Concrete Co., Delaware Valley Concrete Co., Inc., J.L. Watts' Excavating, Inc., Christensen*

É interessante notar, em todos os casos indicados acima, que o comparecimento à mediação foi considerado satisfatório e não era obrigatório. A etapa de solução de controvérsias foi bem realizada, embora não tenha logrado êxito nos dois últimos.

No primeiro caso, a questão foi a falta de clareza da cláusula que institua um MASC, pois não havia certeza quanto à manifestação de vontade das partes para utilizar a mediação como método de solução de controvérsias. Nesse aspecto, as partes não foram obrigadas a realizar a mediação, e o processo judicial prosseguiu.

No final da década de 1980, o caso *Thomas Crimmins Contracting Co., Inc. and Cayuga Construction Co. vs. City of New York et al.*[371] inaugura a ideia do *motion to desmiss* ou da falta de pressuposto para o prosseguimento do processo. A cláusula que estipule um MASC, considerando-se a vinculação e a força de lei dos contratos, impede que as partes realizem qualquer discussão sobre os seus casos no Judiciário. Ademais, as cláusulas que estabelecem MASCs são consideradas salutares, até mesmo para instituições públicas:

> *"Pode-se perceber que as clásusulas que instituem MASCs tal qual aquela mencionada aqui tem um propósito salutar. A vantagem para a municipalidade evitando processos judiciais e atrasos que consommé tempo em projetos públicoe é óbivia""*[372].

A ideia do *motion to desmiss*, considerando a força vinculante dos contratos no direito norte-americano, é muito relevante. Essa foi a tendência da década de 1990 para aplicação dos métodos de solução de controvérsias previstos nas

---

and Martin, Inc., and Aquarian Plumbing and Heating, Inc, 2006 Pa. Dist. & Cnty. Dec. 2006 in *www.lexisnexis.com*.

[371] Supreme Court of New York, *Thomas Crimmins Contracting Co., Inc. and Cayuga Construction Co. vs. City of New York et al.*, 138 A.D.2d 138; 530 N.Y.S.2d 779; 1988 in *www.lexisnexis.com*.

[372] *"It should be noted that ADR clauses such as the one involved here serve a salutary purpose. The advantage to the municipality in avoiding litigation and time-consuming delays in public projects is obvious" Vf. Thomas Crimmins Contracting Co., Inc. and Cayuga Construction Co. vs. City of New York et al. in* Supreme Court of New York, *Thomas Crimmins Contracting Co., Inc. and Cayuga Construction Co. vs. City of New York et al.*, 138 A.D.2d 138; 530 N.Y.S.2d 779; 1988 in *www.lexisnexis.com*, p. 14.

cláusulas escalonadas por meio de princípios contratuais e aplicação do FAA, como se verifica no caso *Cecala vs. Moore*[373].

Na mesma esteira vieram os casos, *Alliance Corporate Resources, Inc., vs. American Greetings Corporation* e *Loren k. Sharp and Teresa a. Sharp, vs. Union street development company, inc. and Union Street Limited Partnership*, de 1999[374] e 2000[375], respectivamente. No segundo desses casos, inclusive, indica-se que todas as etapas de solução de controvérsias em escalonamento devem ser seguidas na medida em que tal disposição decorre exclusivamente de manifestação contratual.

E, mais recentemente, *3-J Hospitality, LLC America's backyard vs. Big Time Design, INC., S. FT. Lauderdale Beach Blvd., LLC, Callin Fortis and Kenneth Barilich*[376] e *Richard Gray, Beth Gray, et al. vs. Province-Grace, LLC, Province Development, Inc., et al.*, ambos de 2009[377]. Nesses dois casos, o entendimento foi o de que a mediação era uma condição precedente da arbitragem. Contribuiu para tal conclusão o cuidadoso trabalho de redação das cláusulas compromissórias: *"Dispute Resolution: Any claim, dispute or other matter in question arising out of or related to this agreement shall be subject to mediation as a condition precedent to arbitration (...)"*[378], bem como *"If the parties cannot resolve the claim through negotiation, they must submit it*

---

[373] *Cecala vs. Moore*, 982 F. Supp. 609 (ND III 1997) e B. M. CREMADES, *Multi-Tiered.. Op. Cit.*, p. 11.

[374] *Cfr.* Court of Appeals of Ohio, Tenth Appellate District, Franklin County, *Alliance Corporate Resources, Inc., vs. American Greetings Corporation* e *Loren k. Sharp and Teresa a. Sharp, vs. Union street development company, inc. and Union Street Limited Partnership*, 1999 Ohio App. LEXIS 4173 in *www.lexisnexis.com* e .

[375] *Cfr.* Court of Appeals of Washington, Division Three, Panel Six, *Loren k. Sharp and Teresa a. Sharp, vs. Union street development company, inc. and Union Street Limited Partnership, 2000 Wash. App. LEXIS 2121* in *www.lexisnexis.com*.

[376] United States District Court for The Southern District of Florida, *3-J Hospitality, LLC America's backyard vs. Big Time Design, INC., S. FT. Lauderdale Beach Blvd., LLC, Callin Fortis and Kenneth Barilich*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100601.

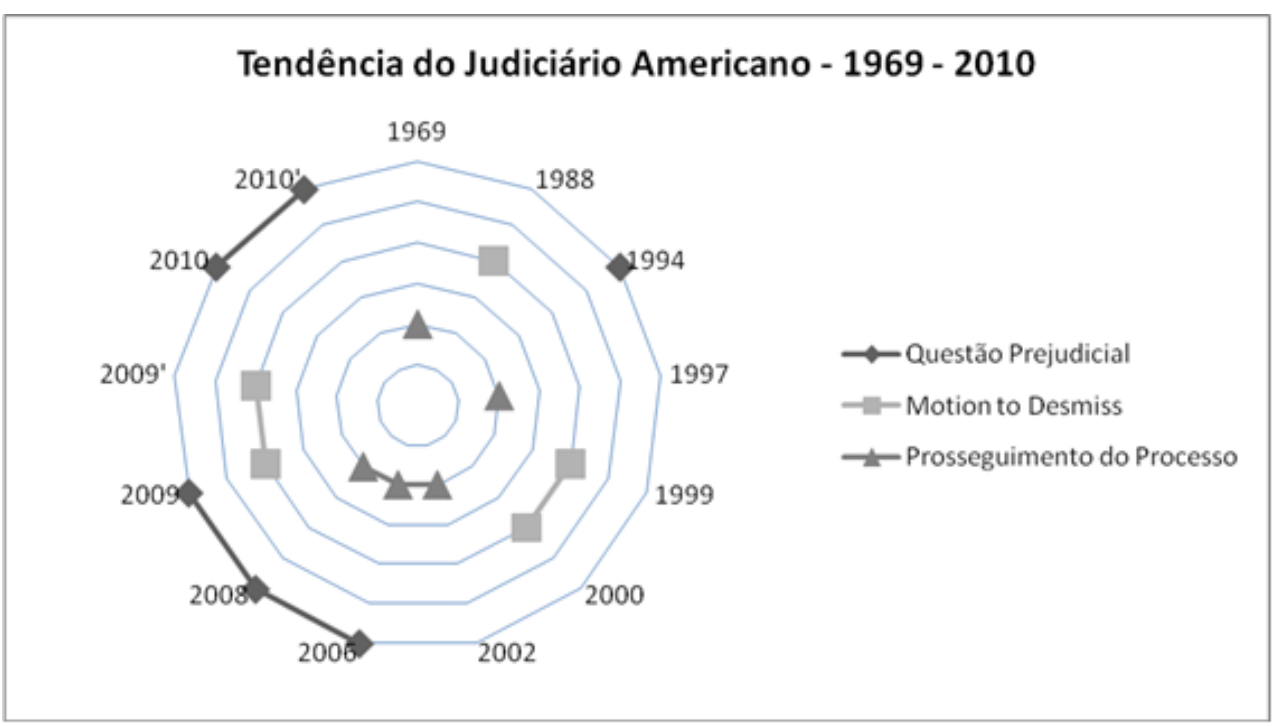
[377] United States District Court For The Northern District Of Georgia, Atlanta Division, *Richard Gray, Beth Gray, et al. vs. Province-Grace, LLC, Province Development, Inc., et al.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 7534.

[378] *"Solução de Disputas: Qualquer reclamação ou outro conflito que surja ou esteja relacionado a este contrato deve ser submetido à mediação como condição precedente à arbitragem" Vf.* United States District Court for The Southern District of Florida, *3-J Hospitality, LLC America's backyard vs. Big Time Design, INC., S. FT. Lauderdale Beach Blvd., LLC, Callin Fortis and Kenneth Barilich*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100601, p. 2.

to mediation. If the mediation fails, the parties may proceed to court", indicando nesse caso um escalonamento completo, com negociação, negociação facilitada via mediação e um método heterocompositivo de solução de controvérsias – Judiciário.[379]

Finalmente, a partir da metade final da primeira década dos anos 2000, começou a ganhar força nos EUA a ideia de os MASCs não jurisdicionais serem considerados questões prévias para os métodos jurisdicionais de solução de controvérsias, arbitragem e Judiciário.

O precedente mais antigo, porém isolado, é de 1994. Nesse episódio, *Wayne Kirschenman et al. vs. The Superior Court Of Contra Costa County*[380], determinou-se a realização de uma nova sessão de mediação, dado que a primeira não havia contado com a presença do réu. Consta do acórdão, ainda, a indicação para que, não verificado novamente o comparecimento da parte, fossem impostas medidas coercitivas futuramente. Naquele momento, o processo foi suspenso.



[379] *"Se as partes não resolverem as controvérsias por meio de negociação, eles devem submetê-la à mediação como uma condição precedente à arbitragem." Vf.* United States District Court For The Northern District Of Georgia, Atlanta Division, *Richard Gray, Beth Gray, et al. vs. Province-Grace, LLC, Province Development, Inc., et al*., 2009 U.S. Dist. LEXIS 7534.

[380] Court of Appeal of California, First Appellate District, Division Four, *Wayne Kirschenman et al. vs. The Superior Court Of Contra Costa County*, 30 Cal.App.4th 832 , 36 Cal.Rptr.2d 166.

Como se vê no gráfico acima, a tendência no direito norte-americano, principalmente após 2006, *Taylor building Corp. of America, vs. Marvin Benfield, et al.*[381], tem sido a de considerar a existência dos MASCs não jurisdicionais como questões prévias ao prosseguimento da mediação ou do processo judicial, embora ainda seja forte o entendimento de que tais métodos devam ser considerados pressupostos processuais, especialmente pelos julgados de 2009, mencionados anteriormente.

Em 2010 esse entendimento parece ter se consolidado com os casos *Thomas Girdlestone vs. Ace Limited*[382] e *N-Tron Corporation, vs. Rockwell Automation Inc*[383], bem como o caso *Sekisui TA Industries, LLC vs. Quality Tape Supply, Inc.* de 2009[384]. Ou seja, a mediação deixou de ser considerada simplesmente "*wasteful and futile"* para ser um motivo de suspensão do processo e negativa do *motion do desmiss* requerido.[385]

Na média, os julgados selecionados tiveram um tempo de espera, entre ajuizamento e uma resposta sobre o escalonamento métodos de solução de controvérsias pelo Judiciário de apenas 0,37 ano, ou seja, 135 dias, pouco mais de quatro meses. Isso quando, em diversas situações, como mais recentemente, a resposta do Judiciário não foi dada no mesmo dia em que a demanda fora ajuizada.

O tempo de espera no Brasil, como se sabe, é muito maior. A questão muitas vezes não é decidida antes de uma audiência, antes da contestação. Imagine-se então adotar o modelo francês em nosso país. Ajuíza-se a demanda e só depois

---

[381] Court of Appeals of Ohio, Twelfth Appellate District, Clermont County, *Taylor building Corp. of America, vs Marvin Benfield, et al*, 168 Ohio App. 3d 517; 2006 Ohio 4428; 860 N.E.2d 1058; 2006 Ohio App. LEXIS 4350 in *www.lexisnexis.com*.

[382] United States District Court for The Eastern District of Tennessee, *Thomas Girdlestone vs. Ace Limited*, 2010 U.S. Dist. LEXIS 87879 in *www.lexisnexis.com*.

[383] United States District Court for the Southern District of Alabama, Southern Division**,** *N-Tron Corporation, vs. Rockwell Automation Inc,* 2010 U.S. Dist. LEXIS 14130 in *www.lexisnexis.com*.

[384] United States District Court for the District of Maryland, *Sekisui TA Industries, LLC vs. Quality Tape Supply, Inc.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 61983 in *www.lexisnexis.com*.

[385] *"Desgastante e fútil" Vf.* United States District Court for the District of Maryland, *Sekisui TA Industries, LLC vs. Quality Tape Supply, Inc.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 61983 in *www.lexisnexis.com*. (tradução livre do inglês), p. 4.

da audiência verifica-se que há, sim, mediação, e, adotado o modelo francês, essa será vinculativa, assim como o será no modelo brasileiro.

Perdeu-se tempo no processo, o método alternativo será realizado e, possivelmente, voltar-se-á para o Judiciário. Tal solução não parece razoável. Suspender o processo, como vem fazendo o modelo norte-americano, para que o processo MASC seja realizado parece uma solução lógica.

Ou seja, o MASC não jurisdicional é visto como questão prévia, e não como pressuposto processual ou consequência contratual vinculativa do acordo de vontade entre as partes. Essa questão tem relevante impacto do ponto de vista da economia processual, especialmente no direito brasileiro e a reconhecida demora no julgamento de processos. A experiência do direito norte-americano pode ser reveladora.

Como se sabe, o desenvolvimento e a cada vez mais dinâmica atividade social assumiu particular importância para a análise do problema do tempo necessário para a realização do processo e alcaçar a solução dos conflitos[386]. É aquilo que CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA chama de *overload*.[387]

Há um aumento considerável na quantidade de processos que são descarregados no Judiciário. Como antídoto, buscam-se formas de estabelecer uma tutela jurisdicional não só acertada do ponto de vista técnico, mas também tempestivo. Há um balanço cada vez crescente entre a técnica e a rapidez na obtenção de um julgamento técnico.

A tutela jurisdicional, vista mais como a produção de uma situação mais favorável do que a situação na qual se encontrava a pessoa quando a pleiteou após a realização de procedimentos necessários para se proferir uma decisão correta, justa, deve ser também entendida como aquela obtida no menor tempo possível e com o menor dispêndio de recursos sem que se desrespeite a estrutura do sistema processual, garantindo-

[386] J. C. BARBOSA MOREIRA, *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito* in Revista de Direito, Renovar, Vol. 23, 2003, p. 45.

[387] C. A. A. DE OLIVEIRA, *Do Formalismo no Processo Civil*, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 89.

se o contraditório e a ampla defesa. Nesse diapasão, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI afirma que *"Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste (direito no processo), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça"*. [388]

Ou seja, a espera por todo um *iter* lógico e uma cognição profunda por parte do julgador podem criar situações de perecimento de direito por inteiro quando chegado o momento do mal definitivo. Em outras situações não se consuma uma lesão definitiva, mas as angústias e prejuízos da espera, somados ao estado de privação que se prolonga, constituem males a serem evitados.

Qualquer medida de aceleração, contudo, deve respeitar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Não se pode permitir, assim, que as partes sejam surpreendidas por uma decisão acerca de questão da qual não tenham tomado parte[389].

Desse modo, deve-se primar inicialmente pela economia processual, com o máximo aproveitamento de atos processuais produzidos e a ponderação acerca da realização de alguns atos processuais que possam ser sobremaneira onerosos para as partes ou incapazes de produzirem os efeitos desejados. Produz-se ou busca-se, assim, a máxima efetividade dos atos processuais.

Como entende EDUARDO COUTURE, o processo, que é um meio, não pode exigir um dispêndio superior ao valor dos bens que estão em debate, que é o fim. Uma necessária proporção entre o fim e os meios deve presidir a economia do processo.[390]

De outro lado, o provimento judicial não pode ser inútil em função do dispêndio de recursos e tempo desenvolvido pelo Estado para a solução de

---

[388] J. R. CRUZ E TUCCI, *Tempo e Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 87-88.

[389] Nesse sentido, C. A. A. DE OLIVEIRA, *Do Formalismo... Op. Cit.*, p. 263.

[390] E. J. COUTURE, *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, 4.ª ed., Buenos Aires, Editorial BdeF, 2005, p. 155.

conflitos. Garante-se a correta análise da necessidade e da utilidade do provimento judicial para aquele que o postula, como sustenta LUIGI PAOLO COMOGLIO[391].

Na mesma linha, o princípio da razoável duração do processo, inserido na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional n.º 45 de 2004. Como assevera JOSÉ AFONSO DA SILVA, *"(...) o que se tem não é uma garantia abstrata da celeridade, mas o dever de preordenar meios de ser alcançada"*[392]. Do mesmo modo como afirmado em relação ao princípio da economia processual, o tempo sempre deve ser coadunado com os meios necessários para a obtenção de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, garantindo o contraditório e a ampla defesa das partes.

Como se vê, não há como exigir a participação de um processo de solução de controvérsias autocompositivo se uma das partes não tem interesse na sua realização. Não se está a defender o inadimplemento obrigacional. Contudo, a recusa injustificada certamente permite a cobrança de perdas e danos pela parte prejudicada, exatamente como se indicava para a arbitragem no Brasil antes do advento da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Seria interessante até a inclusão de cláusula penal nos contratos para a hipótese em discussão.

O direito finlandês apresenta solução interessante, impondo tratamento diverso entre arbitragem e Judiciário. O poder do segundo decorre da lei; portanto, se as etapas da solução de controvérsias não são seguidas, pode haver no máximo a suspensão do processo. De outro lado, na arbitragem, como a origem é contratual, assim como a dos demais métodos de solução de controvérsias, há que se seguirem todas as etapas. É fundamental, porém, que todas as indicações sejam claras a esse respeito nas cláusulas utilizadas, indicando-se também *contractual time limits*[393]. Os métodos não jurisdicionais de solução de controvérsias podem ser vistos como pressupostos processuais da arbitragem. Embora o entendimento seja interessante, não nos parece razoável, já que o

---

[391] L. P. COMOGLIO, *Il Principio di Economia Processuale*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1980, p. 129.

[392] J. A. DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, 1.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 176.

[393] M. SAVOLA, *Multi-tiered Dispute Reslution Clause under Finnish Law*, AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Adr & the Law*, 20.ª ed., Huntington, JP Juris, 2006, pp. 244-246 e 265. Parte-se do pressuposto, nesse caso, de que a arbitragem tem natureza contratual.

critério adotado deve ser o dos efeitos do método de solução de controvérsias, e não o da sua origem.

Indubitavelmente, é um grande filtro de demandas que poderiam chegar ao Judiciário, sem que, no entanto, a preocupação estivesse em desenvolver novos métodos sucedâneos de solução de controvérsias. Ao contrário, a solução parece ser muito mais uma tentativa de desafogar o Judiciário local, diminuindo a quantidade de demandas eventualmente ajuizadas.

Contudo, como expõe XAVIER LAGARDE, os métodos autocompositivos de solução de controvérsias impõem duas obrigações bem diferentes e de fácil verificação. A primeira delas é de resultado, na medida em que as partes devem realizar o método de solução de controvérsias, isto é, utilizar todos os esforços para que eles se realizem. Na sequência, há uma obrigação de meio, isto é, as partes devem utilizar todos os esforços para um acordo, mas não precisam necessariamente realizá-lo.[394]

Assim, temos uma obrigação finalística quanto à realização do método autocompositivo de solução de controvérsias e uma obrigação de meio quanto ao seu resultado. De qualquer modo, tal situação não altera a ausência de caráter vinculativo da obrigação de modo a torná-la exequível *in natura*, apenas sendo critério de avaliação do seu cumprimento.[395]

Ademais, a demonstração de realização do procedimento autocompositivo ou do seu insucesso deve ser uma condição para análise do mérito da demanda, uma discussão preliminar ao procedimento jurisdicional, judicial ou arbitral. A questão não se altera quando se verifica também a jurisprudência estrangeira. Desta maneira, o Tribunal Federal suíço analisou a questão em julgamento de 6 de junho de 2007, comentado por LUIZ GUSTAVO MEIRA MOSER.[396]

---

[394] X. LAGARD, *L´Efficacité dês Cláuses… Op. Cit…*, pp. 385-389.

[395] Nesse sentido: T. J. STIPANOWICH, *The Multi-Door Contract… Op. Cit.,* p. 395-396.

[396] L. G. M. MOSER, *Contrato Internacional de Licenciamento... Op, Cit.,* pp. 181-199. Acórdão 4.ª-18/2007. Ire Cour de Droit Civil, j. em 6.6.2007.

Naquela oportunidade a discussão dizia respeito a duas empresas de eletrodomésticos que celebraram contrato de licenciamento para exploração de uma de suas marcas. Surgido o conflito entre as partes, iniciou-se uma arbitragem, não tendo sido respeitado o escalonamento ou sequenciamento previsto em contrato.

O Tribunal Federal suíço considerou válido o procedimento arbitral por julgar que a mediação, etapa anterior à arbitragem, seria ineficiente.

Como bem comentado e criticado, pelo menos à luz do direito brasileiro, a justificativa apresentada pelo referido Tribunal merece, de fato, reparos. A natureza jurídica contratual dos institutos de solução de controvérsias autocompositivo, obviamente, exige consequências contratuais. Contudo, não é a sua chance ou possibilidade de um acordo satisfatório que determina sua utilidade ou não.

Quando as partes decidiram utilizar um procedimento escalonado tinham clara a sua necessidade, ou pelo menos deveriam ter. Se por algum motivo decidem não utilizá-lo, consequências de mesma natureza jurídica do que a disposição que tiveram, no caso contratual ou consensual, também devem ser impostas.

É comum ainda, como já se viu em alguns julgados norte-americanos, que umas das partes considere a mediação ou a conciliação uma etapa inútil dos sistemas de solução de controvérsias, especialmente no caso *Sekisui TA Industries, LLC vs. Quality Tape Supply, Inc.* de 2009[397]. Tal posição é ilustrada por julgado filipino, envolvendo *Hutma-RSA Joint Operations Inc. vs. Citra Metro Manila Tollways Corporations*[398], pelas consequências jurídicas que apresenta.

A empresa HUTMA apresentou um pedido de arbitragem acerca da construção do metrô de superfície da cidade de Manila. Tal pedido foi contestado pela empresa CITRA, uma vez que o pedido de arbitragem seria prematuro pelo desrespeito de uma condição precedente, qual seja a submissão do caso a um *Dispute Adjudication*

[397] Vide nota 302 acima.

[398] *Hutma-RSA Joint Operations Inc. vs. Citra Metro Manila Tollways Corporations*, G. R. n.º 180640, 24 de abril de 2009.

Board, previsto no contrato. A *Construction Industry Arbitration Comission* (CIAC) deu prosseguimento à arbitragem. A CITRA recorreu ao Judiciário e a *Court of Appeals* considerou que a instituição arbitral CIAC não teria jurisdição. A *Supreme Court* das Filipinas, por sua vez, considerou que o método jurisdicional prevalecia para o estabelecimento da sequência dos métodos de solução de conflitos, sendo válida a decisão do CIAC que deu início à arbitragem.[399]

Não obstante a discussão seja muito interessante, sua conclusão parece incorreta na medida em que tomá-la como verdadeira faria caírem por terra todas as disposições acerca das resoluções de conflitos estabelecidas pelas partes. A decisão de realizá-los ou não sempre estaria nas mãos daqueles que tomarão parte do método jurisdicional indicado, relegando a vontade das partes a um segundo plano.

É bom destacar ainda que o sistema jurídico brasileiro já enfrentou situações desse tipo no processo do trabalho, tratando a submissão da disputa a uma Comissão de Conciliação Prévia como uma nova condição da ação no tocante ao interesse de agir.

A Justiça do Trabalho no Brasil sempre teve sua atuação ligada à forte utilização da conciliação para solucionar controvérsias. Comentando sobre a origem da Justiça do Trabalho brasileiro, logo em 1944, ARNALDO SUSSEKIND comentava que tal instituto não era exclusivo do direito do trabalho, sendo a sua presença em nosso ordenamento um resquício das Ordenações do Reino de Portugal[400]. A conciliação foi inserida no sistema como *"Um dos princípios cardeais do processo do trabalho"*. [401]

O sistema brasileiro, à época, não adotava a conciliação obrigatória, não obstante premisse um sistema de dupla proposta de conciliação, *"De fato, ao juiz trabalhista incumbe propor e insistir na conciliação antes de qualquer apreciação*

---

[399] L. ARROYO, *Philippines* in B. & M. *The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook*, MockBa, Wolters Kluwer, 2009, pp. 66-68.

[400] A. SUSSEKIND, *Manual da Justiça do Trabalho*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1944, p. 330.

[401] A. F. CESARINO JUNIOR, *Tratado de Direito Social Brasileiro – Direito Processual do Trabalho*, Vol. IV, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1942, p. 245.

sobre o objeto do litígio e, mais tarde, após a instrução e antes de proferir a decisão fazer nova tentativa"[402], sendo classificada como conciliação prévia e final[403]. Esse era o retrato do então art. 764 da CLT.

Quase 60 anos depois, uma série de alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, especialmente a transformação das Juntas de Conciliação e Julgamento em Varas do Trabalho, a extinção da figura dos juízes classistas etc., realizou uma revolução no processo do trabalho.

Nessa esteira de acontecimentos, a alteração introduzida pela Lei n.º 9.958, de 12 de janeiro de 2000, incluiu o Título VI-A, com os arts. 625-A a 625-H na CLT, tratando das Comissões de Conciliação Prévias, podendo empresas e sindicatos criá-las. Na disposição do art. 625-D, contudo, uma vez instituída tal comissão, todas as demandas que surgem em uma empresa ou que envolvem a categoria que a criou deve necessariamente passar por ela: *"Qualquer demanda de natureza trabalhista* será *submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria"*. Nesse aspecto, VALENTIN CARRION afirma:

> *"Sua constituição é obrigatória, não obstante o legislador utilize 'poderá' no art. 625-A: é que o art. 625-D,* caput, *dispõe que 'qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão' e seus §§ 2.º e 3.º exigem a juntada da declaração de tentativa conciliatória frustrada com a descrição do objeto, quando do ajuizamento da ação. Essa exigência coloca-se como condição da ação trabalhista, já que, inobservado esse requisito, faltaria interesse de agir"*[404].

---

[402] A. SUSSEKIND, *Manual... Op. Cit.*, p. 330.

[403] A. F. CESARINO JUNIOR, *Tratado.... Op. Cit.*, p. 245.

[404] V. CARRION, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 33.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 482. No mesmo sentido é o entendimento da doutrina mais abalizada com destaque para: *"Discute-se se a obrigatoriedade de tentativa de conciliação prévia ao processo judicial afeta o princípio da inafastabilidade do direito à jurisdição; a resposta nos parece negativa, uma vez que nada impede a parte de ir ao Judiciário, pois, não havendo conciliação, poderá ingressar com a ação judicial. (...).* A. M. NASCIMENTO, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 21.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 3, e *"Emprega o art. 625-D da CLT o verbo 'será', no imperativo. Isso indica que o empregado terá de submeter sua reivindicação à comissão antes de ajuizar a ação na Justiça do Trabalho. O § 2.º do mesmo artigo também usa o verbo 'dever' no imperativo para efeito de juntar com a petição inicial da reclamação trabalhista a declaração frustrada da tentativa de conciliação".* S. P.

Reforça ainda essa doutrina do tratamento das Comissões de Conciliação Prévia como uma das condições da ação a teoria já mencionada acerca da escalada de situações jurídicas, bem como aquele que indica a não taxatividade das condições da ação, podendo ser impostas restrições para o exercício do direito de ação, sem se descumprir o disposto no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Nesse aspecto, ADA PELLEGRINI GRINOVER afirma: *"(...) o direito de ação não é absoluto, sujeitando-se a condições (as condições da ação), a serem estabelecidas pelo legislador"*. [405]

Contudo, não há um entendimento uníssono sobre o assunto.

O STF recebeu nada menos do que quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade sobre a questão, a saber: *(i)* 2.139[406], *(ii)* 2.160[407]; *(iii)* 2.148[408]; e *(iv)* 2.237[409]. As ADIs indicadas nos itens *(iii)* e *(iv)* acima estiveram sempre sobrestadas, tendo em vista sua prevenção. A ADI indicada no item *(ii)* acima foi apensada à ADI listada no item *(i)*.

Não obstante, mesmo na pendência dessa disputa judicial, em 2002, o Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, com sede em São Paulo-SP, editou a Resolução Administrativa n.º 08/2002, contendo a Súmula n.º 2 de Jurisprudência, afastando-se a obrigatoriedade de o empregado comparecer à COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA.

MARTINS, *Direito Processual do Trabalho*, 25.ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 55, bem como em S. P. MARTINS, *Comissão de Conciliação prévia e Procedimento Sumaríssimo*, 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 39.

[405] A. P. GRINOVER, *A Conciliação Extrajudicial na Justiça do Trabalho in* A. P. GRINOVER, *O Processo Civil em Evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996, p. 94. No mesmo sentido: K. WATANABE, *Controle Jurisdicional (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico de mandado segurança contra atos judiciais)*, São Paulo, RT, 1980, pp. 49-57.

[406] STF, ADI n.º 2.139 – DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA.

[407] STF, ADI n.º 2.160 – DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA.

[408] STF, ADI n.º 2.148 – DF, Rel. Min. OCTAVIO GALOTTI.

[409] STF, ADI n.º 2.237 – DF, Rel. Min. CARMEN LÚCIA.

> *"**Súmula 2.** O comparecimento perante a Comissão de Conciliação Prévia é uma faculdade assegurada ao Obreiro, objetivando a obtenção de um título executivo extrajudicial, conforme previsto pelo artigo 625-E, parágrafo único, da CLT, mas não constitui condição da ação, nem tampouco pressuposto processual na reclamatória trabalhista, diante do comando emergente do artigo 5.º, XXXV, da Constituição Federal"*[410].

E desde então esse entendimento é o que prevalece na prática, embora ainda não houvesse uma decisão jurídica final sobre o assunto.

Em 2010, O STF deferiu parcialmente medida cautelar pleiteada, conferindo, no seu entender, interpretação conforme a Constituição ao dispositivo, desconsiderando-se a COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA como uma condição da ação na medida em que ela poderia ser criada para algumas categorias, e não para outras, existindo uma nova condição da ação apenas para algumas categorias, e não para outras.

Ainda não há um posicionamento final sobre o assunto. Não há como negar que a disposição da COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA poderia representar uma condição da ação, tal qual a possibilidade jurídica do pedido sem qualquer ofensa constitucional. Infelizmente, a decisão do STF deixou esse ponto em aberto, embora o parecer da Advocacia Geral da União pareça caminhar nesse mesmo sentido consentâneo à doutrina processual citada.[411]

Na técnica dos métodos de solução de controvérsias, a ideia permaneceu. Tal entendimento, não fosse a ofensa à isonomia, poderia ter sido aplicado no Brasil..

Mesmo com tal polêmica, fruto da ousadia o legislador, é importante salientar que toda a discussão surge em um contexto de incentivo que a CLT

---

[410] http://www.trtsp.jus.br/, guia jurisprudência, opção Súmulas do TRT02, acessado em 22 de março de 2011.

[411] Fls. 197-208 dos autos da ADI n.º 2.139 *in* http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1809852, acessado em 22 de março de 2011.

apresenta ao escalonamento de solução de controvérsias, prevendo ainda a possibilidade de conversão do juízo do trabalho em juízo arbitral, em perfeito escalonamento de solução de controvérsias nos termos do art. 764, § 2.º, da CLT, disposição semelhante ao art. 24 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis.

Essa hipótese, já se viu, poderia não ser razoável para o direito brasileiro por se tratar de uma ofensa à economia processual na linha de que a não utilização dos MASCs gera eficácia apenas contratual, não com a imposição do *pacta sunt servanda* a custo de alguns julgados norte-americanos, mas como forma de garantia de eficácia dos métodos de solução de controvérsias, algo que SELMA MARIA FERREIRA LEMES qualifica como *Eficácia Contratual da Cláusula Escalonada*[412].

De outro lado, se a análise das condições da ação for realizada *in status assetiones*[413], a economia processual não seria afetada e, tecnicamente, não haveria equívoco em considerar que a não realização de um MASC afetaria o interesse de agir do demandante em uma arbitragem ou no processo judicial.

Portanto, na presença de cláusulas escalonadas são quatro interpretações possíveis: *(i)* MASC como condições da ação, como no sistema francês e nas Comissões de Conciliação Prévia brasileiras; *(ii)* pressupostos processuais, como no sistema argentino; *(iii)* questões prévias, como no sistema americano; *(iv)* sistema misto, aplicado na Finlândia, em que há uma questão prejudicial na arbitragem e uma não obrigatoriedade no Judiciário; e *(v)* simplesmente desconsiderar os métodos não jurisdicionais.

Em locais de pronunciamento judiciário lento, tornar a análise dos MASCs como matéria de pressupostos processuais é perigoso e pode atentar contra o princípio da economia processual. Tornar um método não jurisdicional obrigatório e realizá-lo à força é ferir-lhe a natureza, é atuar sem técnica.

---

[412] S. M. FERREIRA LEMES, *Cláusula Escalonada... Op. Cit.*, pp. 171.

[413] *"Para os assetivistas, o juiz deve examinar a presença das condições da açãono direito aformado pelo autor na petição inicial"* (S. H. DA COSTA, *Condições da Ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 43).

Tratar os métodos não jurisdicionais como questões prévias parece a solução acertada e que, importada do direito norte-americano, pode ser adotada no Brasil. Simplesmente desconsiderar os métodos não jurisdicionais de solução de controvérsias seria fechar a possibilidade de soluções consensuadas que eles oferecem, esquecendo a litigiosidade que podem encerrar e o relevante papel de pacificação social que podem desempenhar em nosso sistema.

A solução do direito finlandês, com o tratamento diverso da questão quando o método jurisdicional final é a arbitragem – toda a escala é obrigatória, ou quando é Judicial – só o Judiciário é obrigatório, não é razoável em face do nosso sistema, tendo em vista os arts. 18 e 31 da Lei de Arbitragem.

O que não se pode é incluir em grau de exclusão métodos jurisdicionais e não jurisdicionais. Ao contrário do que afirmou o Judiciário baiano no caso *Odebrecht vs. Gradin*[414], arbitragem e mediação não se excluem, ainda que haja alternatividade na cláusula. A interpretação correta, em caso de alternatividade, é a de que os dois métodos são passíveis de solucionar a controvérsia, devendo ser realizada em primeiro lugar a mediação e depois a arbitragem, med-arb, obviamente, nos limites objetivos das cláusulas compromissórias. O TJBA reconheceu a *med-arb*, mas não lhe aplicou as consequências adequadas. [415]

Se a premissa, no entanto, é incentivar o uso de MASCs, deve haver incentivo para o seu fortalecimento não pela vinculação e execução *in natura*, que são contrários à sua natureza, mas pela imposição de outras medidas, como cláusulas penais e perdas e danos, conforme se verá nos itens 7.5 e 7.6 a segir.

O sistema processual brasileiro permite e incentiva a conciliação no seio do processo (judicial – arts. 125, IV, 331, *caput* e § 3.º, e 447,

---

[414] TJBA, AI nº 0001278-41.2011.805.0000-0, 4ª Câm. Civ., Rel. Juíza Convocada GARDÊNIA PEREIRA DUARTE, j. em 10.2.2011.

[415] No caso ainda existe a hipótese de execução específica de medidas via acordo de acionistas. Tais medidas estão fora da cláusula *med-arb*.

parágrafo único, e 448 do CPC ou arbitral – art. 20, § 4.º, da Lei de Arbitragem). E tal possibilidade pode ser utilizada e exercida a qualquer tempo.

Nesse sentido, não parece adequado que a não realização de uma conciliação pré-processual impeça o desenvolvimento do processo judicial ou arbitral. Em situações assim, a conciliação não representará economia[416] nenhuma.

Na mesma linha, no direito norte-americano, entende-se que a coerção em métodos autocompositivos, especialmente a mediação, apenas acelera o ressentimento e estimula a ausência de boa-fé no processo em questão, tornando o método contraprodutivo em termos de satisfação duradoura das partes.[417]

Assim, parece mais adequado tratar os MASCs não jurisdicionais não como pressupostos negativos de desenvolvimento regular do processo, atuando como aparadores da jurisdição do terceiro imparcial, mas sim como condicionantes da eficácia jurisdicional dos terceiros imparciais, árbitros ou juízes. Assim, uma mediação não realizada impediria o exercício, por ora, da jurisdição estatal ou arbitral, exatamente de acordo com a solução que vem sendo dada em alguns casos do sistema norte-americano.

A convenção de solução de controvérsias de mediação e conciliação, por exemplo, não teria um efeito negativo sobre o processo civil ou o processo arbitral, mas atuaria como uma condição suspensiva destes. Vale dizer, enquanto a mediação ou a conciliação não se realizar, o método de solução de controvérsias jurisdicional e vinculativo intentado por uma das partes não poderá prosseguir.

---

[416]- Nesse sentido, NELSON HANADA expõe que a conciliação pode ser um método econômico em comparação com o Judiciário, e por que não dizer da arbitragem (NELSON HANADA, *Direito de Processo – Atualidades (Reflexões)* in C. A. DE SALLES, *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, 1.ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009). Mas tal afirmação é válida apenas via de regra. Em situações como a que se discute nesse capítulo, esse não parece ser o caso.

[417] S. B. GOLDBERG, F. E. A. SANDER, N. H. ROGERS e S. R. COLE, *Dispute Resolution… Op. Cit.*, pp. 286-287.

A ligação, nesse caso, não é com a existência do processo, e sim com a sua validade. O reconhecimento da existência de um método de solução de controvérsias não jurisdicional não impedirá absolutamente que os métodos jurisdicionais atuem. Tratar-se-á apenas de uma condicionante, não de um impedimento que deve levar à extinção do processo.

Conforme descrito, os MASCs são legitimados socialmente, e a visualização de tais cláusulas como instrumentos exclusivamente contratuais pode dar abertura para criação de obrigações da parte recalcitrante.

7.4 O Estado como Agente Garantidor dos MASCs – Iniciativas Políticas e Legislativas

Já em 1988 ADA PELLEGRINI GRINOVER tratava da necessária mudança de postura do processualista que deveria abandonar ou ao menos atenuar a cientificidade até então adotada e vislumbrar o processo como um instrumento substancialmente capaz de atingir os escopos políticos, sociais e jurídicos da jurisdição, em uma clara forma de incentivar a utilização de MASCs e de abertura para uma nova realidade no direito processual.[418]

Do ponto de vista do Estado, o papel de agente transformador e incentivador dos métodos de solução de controvérsias está indicado no escopo político do processo. Como afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, o próprio direito tem um fim político que se destina a traduzir aquilo que o Estado utiliza para alcançar seus objetivos[419]. A premissa adotada pode ser vista à luz do processo judicial, mas também de outros métodos de solução de controvérsias.

A prática dos MASCs tem suas bases teóricas e legislativas há muito estabelecidas no direito brasileiro, mas o seu exercício, embora cada vez mais ampliado, ainda não é disseminado em nosso ordenamento jurídico. Há um influxo do dia a dia da prática de solução de controvérsias em iniciativas oficiais.

É muito comum em outros países, como os Estados Unidos, a organização e estruturação de métodos de solução de controvérsias em âmbitos institucionais públicos e a forte disseminação de tais práticas por esses mesmos órgãos e por agentes governamentais. Assim, CARLOS ALBERTO DE SALLES resume: *"Há cotidiana prática de pactuação dos mais variados mecanismos, sendo a sua formalização contratual realizada mesmo no âmbito dos órgãos judiciais e administrativos de decisão"*[420].

---

[418] A. P. GRINOVER, *A Conciliação Extrajudicial* in A. P. GRINOVER, C. R. DINAMARCO e K. WATANABE, *Participação e Processo..., Op. Cit.,* p. 279-280.

[419] C. R. DINAMARCO, A Instrumentalidade do Processo... Op. Cit., pp. 198-202.

[420] C. A. DE SALLES, *A Arbitragem... Op. Cit.,* p. 288.

Partindo desse ideário, começam a ser verificadas mais iniciativas governamentais e de modo cada vez mais amplo para se incentivarem os MASCs. Esse, por exemplo, é o mote da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça criou e passou a gerir a denominada "Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses" com o escopo de garantir a todos a utilização de meios adequados de solução de controvérsias com o oferecimento de métodos de solução de controvérsias, além do processo civil, como a mediação e a conciliação, e também orientar o cidadão a respeito de tal possibilidade.

São criados núcleos permanentes de solução de conflitos para o desenvolvimento de políticas localizadas, sendo os chamados Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania os responsáveis pela efetivação de tais práticas e realização dos métodos de solução de controvérsias junto ao cidadão. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo instituiu esse centro por meio do Provimento n.º 1.892, de 26 de maio de 2011.

Esse é um exemplo de iniciativa política, sem alteração legislativa para tornar a prática mais incentivadora.

No direito europeu, são diversas as iniciativas adotadas para os métodos de solução de controvérsias, quer do ponto de vista político, quer do legislativo.

Há ainda no âmbito europeu um relevante princípio de que as obrigações precisam ou devem ser cumpridas ainda que se tornem mais onerosas do que o previsto. O art. 6:111 dos *Principles of European Contractual Law*[421] prevê que o

[421] *Cfr.* http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm, acessado em 3 de julho de 2011.

Judiciário poderá alterar ou declarar rescindido o contrato se a negociação entre as partes falhar. Não se impõe uma obrigação de negociar, mas se cria um requisito para a atuação judicial. De outro lado, não há discussão se aquele que se negou a negociar seja responsável pelos danos causados por não tê-lo feito. O art. 6.2.3, por seu turno, prevê princípio semelhante. Apenas se não conseguirem renegociar o contrato em um tempo razoável, as partes deverão buscar o auxílio do Judiciário[422]. Essas são as cláusulas *hardship*.

Dentre os motivos que justificam a revisão contratual, chama a atenção a exigência de que o devedor tenha buscado uma solução negociada. Mais uma vez o Estado atua como fiador dos métodos de solução de controvérsias, na medida em que de modo razoável e de boa fé proporcionou tempo para um processo de negociação.

Na essência, as partes devem, portanto, renegociar de boa-fé e respeitar paradigmas de lealdade. Contudo, como não poderia ser diferente, não se obriga que as partes alcancem um acordo sob determinada questão. Há assim um incentivo por opção política do legislador, mas não uma obrigação de celebrar acordos, o que desnaturaria o instituto da negociação.[423]

No direito inglês, é mencionada como procedimento bastante comum a utilização de arbitragem ou de métodos alternativos combinados ou secundários com elementos de arbitragem para a solução de conflitos envolvendo a revisão de contratos e suas vantagens em face do Judiciário.[424]

O direito argentino, por seu turno, apresenta uma resposta mais simples à questão da economia processual e da utilização dos MASCs. A mediação e a conciliação são obrigatórias[425] e prévias à maioria das demandas de natureza cível, sendo

---

[422] C. VON BAR e E. CLIVE, *Principles of European Contractual Law*. Draft Common Frame of Reference, Vol. I, Munich, Sellier, 2009, pp. 710-718.

[423] J. GOMES, *Cláusulas de Hardship* in A. P. MONTEIRO (coord.), *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 188-190.

[424] N. ANDREWS, *The Modern… Op. Cit.,* pp. 242-244 e J. GOMES, *Cláusulas... Op. Cit.*, p. 196.

[425] D. R. VÍTOLO, *Alternative Dispute Resolution – Enforcement of Foreign Judgements and Arbitration Awards – An Argentine Overview*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003, p. 82.

excluídas aquelas que digam respeito a direito patrimonial indisponível de acordo com o ordenamento jurídico argentino, bem como questões envolvendo medidas cautelares e de urgência, nos termos do art. 2.º da Ley 24.573, de 27 de outubro de 1995[426]. Nesse caso, a mediação/conciliação são, nitidamente, pressupostos processuais.

Em que pese a mediação ser um procedimento voluntário, também de acordo com a doutrina argentina, a obrigatoriedade foi adotada pela legislação local e não desnatura o instituto. A mediação não se tornou obrigatória, isto é, participar de uma mediação não é algo que pode ser exigido de modo coercitivo, o que se obriga é o comparecimento ao programa de mediação e conciliação para que a parte se manifeste sobre o seu interesse na participação. E, aparentemente, esse resultado foi atingido. Em 1997, foi realizada pesquisa pela *Fundación Libra*, sob os auspícios da *Fundación Konrad Adenauer*[427], cujo resultado indicou um expressivo descongestionamento da distribuição de demandas, garantia de acesso à Justiça para demandas de menor magnitude econômica e diminuição da duração dos processos relativos a demandas que forma objeto de mediação prévia.[428]

O sistema, porém, não está livre de críticas, que são razoáveis. A mediação obrigatória ofende a Constituição argentina na medida em que os mediadores são indicados pelo Ministério da Justiça argentino, e não pelo Judiciário. Há

---

[426] *"**Art.2.-** El procedimiento de la mediación obligatoria no será de aplicación en los siguientes supuestos:*
***1.** Causas penales.-*
***2.** Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.-*
***3.** Procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación.-*
***4.** Causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte.-*
***5.** Amparo, hábeas corpus e interdictos.-*
***6.** Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas, agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la mediación.*
***7.** Diligencias preliminares y prueba anticipada.-*
***8.** Juicios sucesorios y voluntarios.-*
***9.** Concursos preventivos y quiebras.-*
***10.** Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo".*

[427] G. S. ÁLVAREZ, *La Mediación y El Acceso a Justicia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003, p. 283 e seguintes.

[428] G. S. ÁLVAREZ, *La Mediación... Op. Cit.*, pp. 300 e seguintes.

clara ingerência do Poder Executivo na esfera de atuação do Poder Judiciário. Diversos são os julgados nesse sentido, indicados por MARCO A. RUFINO[429].

A explicação para se considerar a mediação prévia um sucesso é objetiva. Não se pode descartar, porém, que alguma parcela desse sucesso decorra também do fato de as partes, cansadas ou já cientes da delonga que enfrentarão para a satisfação de um conflito, acabarem aceitando aquilo que o Estado lhes oferece, sem qualquer razoabilidade na escolha do método. Ou seja, não se sabe, efetivamente, quem faz mediação porque tal método é adequado ou melhor. Por óbvio, contudo, oferecer uma oportunidade para que as partes possam dialogar sobre sua causa e as possibilidades que ela apresenta é algo bastante razoável.

É nesse aspecto que ROQUE J. CAIVANO, MARCELO GOBBI e ROBERTO E. PADILLA afirmam que os MASCs podem ter consequências interessantes para o funcionamento do Judiciário, desde que não se veja o processo judicial como o caminho a ser trilhado caso surja um conflito, ganhando rapidez e qualidade no método de solução a ser empregado.[430]

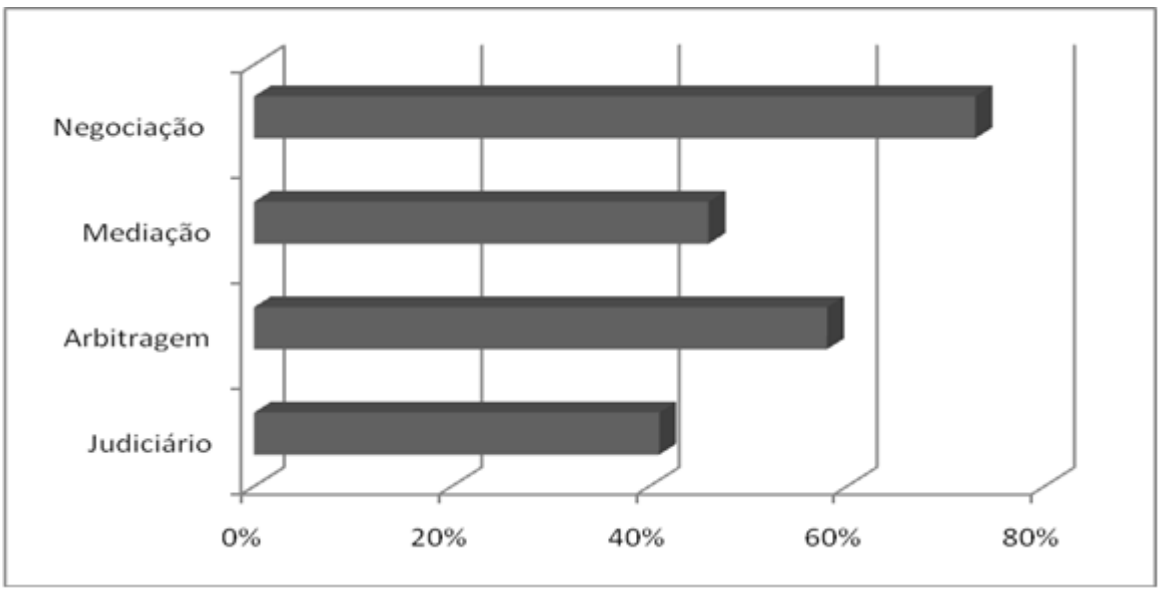
Cumpre ressaltar que, comparando-se Judiciário, arbitragem, mediação/conciliação e negociação, pelo menos do ponto de vista dos litígios comerciais, que, diga-se, estão englobados pelo modelo de mediação obrigatória argentino, a combinação mediação/conciliação e Judiciário tem a menor preferência dos entrevistados. O gráfico da pesquisa realizada pela INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW sobre *escalation clauses* ou cláusulas escalonadas é elucidativo:[431]

---

[429] M. A. RUFINO, *Mediación e Conciliación segun La Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, p. 23.

[430] R. J. CAIVANO, M. GOBBI e ROBERTO E. PADILLA, *Negociación…*, p. 33.

[431] Perguntou-se aos entrevistados quais métodos geralmente eram incluídos em suas cláusulas de solução de controvérsias. Os motivos mais indicados para a presença de tais cláusulas dizem respeito à celeridade da solução de controvérsias e a maior velocidade com que os argumentos são apresentados, posto que, mesmo que não funcionem, os métodos ditos "não adversariais" permitem essa situação – PACE INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW and IACCM, *Drafting Step Clauses: Na Empirical Look at Their Practicality and Legality in http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/ODR/Pace_Law_and_IACCM_Step_Clause_Drafting_Manual.pdf*, acessado em 17 de março de 2011. A pesquisa foi realizada com os 133 membros da IACCM e com mais 25 escritórios de advocacia selecionados.



Mesmo em situações nas quais os métodos escolhidos pareçam não ser os mais adequados quando combinados, o fato é que há melhora da prestação do serviço do Judiciário, ao menos porque alguns tipos de controvérsia são melhores apreendidos por um método diverso do processo judiciário, como dispõe, por exemplo, o quarto considerando da Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Eventual demora adicional na resolução daqueles conflitos não bem apreendidos pelo método anterior, no exemplo argentino, a mediação, parece ser um risco que a sociedade possa correr em prol de um benefício geral do melhor funcionamento do sistema judiciário. O fundamental é haver um critério claro e eficiente para definir quais métodos são mais adequados para quais casos e de que modos tais métodos também podem ser adequados para atender um maior número de situações.

De acordo com o exposto, a iniciativa estatal pode ser política, com o incentivo de propagar a irradiação dos métodos de solução de controvérsias, bem como legislativa, estimulando a utilização de MASCs em diversas situações.

Uma forma ou outra é fundamental para a criação de uma cultura dos MASCs, bem como para um desenvolvimento tutelado e que evite abusos e prejuízos à população que deles faça uso.

Nesse aspecto de educação do jurisdicionado e de conhecimento dos métodos judiciais, iniciativas oficiais cumprem um papel relevante, desde que tenham em conta as características consensuais dos métodos de solução de controvérsias, especialmente na sua origem.

7.5 Cláusulas Penais

A forma mais simples de atrelar consequência pela não realização de um MASC é o estabelecimento de uma cláusula penal prevendo a situação em que uma parte se recuse a utilizá-lo. Em geral é fixada em dinheiro, com expressão monetária, não dependendo da liquidação dos prejuízos que eventualmente sejam causados, *"(...) sendo o modo mais prático e usado para avaliá-la"*.[432]

No direito brasileiro, a disciplina da cláusula penal está contida nos arts. 408[433] a 416 do Código Civil. Na legislação anterior a cláusula penal era tratada como uma modalidade de obrigação pelo Código Civil de 1916 e agora passou a ser inserida no capítulo do inadimplemento das obrigações, sendo que *"(...) essa nova sistematização auxilia a melhor compreender a própria noção de cláusula penal"*[434].

---

[432] JOSÉ ALVES FERREIRA, *Da Cláusula Penal in Revista dos Tribunais* nº 301, São Paulo, RT, 1960, p. 15.

[433] CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA aponta uma imprecisão do art. 408 do Código Civil que persiste desde o Código de 1916: *"O que pretende o dispositivo estabelecer, tal qual o velho Código, é que a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou um de seus itens, como pode com a mesma eficácia ser avençada em instrumentos à parte"* (*Instituições ... Op. Cit.*, p. 145)

[434] J. M. COSTA, *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 409. No mesmo sentido: S. DE S. VENOSA, *Direito Civil*, 4ª ed., Vol. II, São Paulo, Atlas, 2004, pp. 167-168.

A cláusula penal é uma cláusula acessória[435] estipulando penas ou multas em face daqueles que deixem de prestar uma obrigação de modo a incentivar o seu cumprimento voluntário[436]. Nos dizeres de CLÓVIS BEVILACQUA a cláusula penal é *"(...) um meio mais prompto de coagir o devedor a cumprí-la* [a obrigação] *(...) sendo um modo de atuar no ânimo do devedor"*.[437]

O art. 410 do Código Civil trata da hipótese de escolha do credor entre o cumprimento específico da obrigação e o recebimento da cláusula penal em situações de inadimplemento total. No caso dos MASCs, contudo, a aplicação do art. 410 do Código Civil será limitada. Tal afirmação decorre da natureza da obrigação em comento ter uma efetividade limitada para obtenção de tutela específica. Garante-se apenas a realização do MASC, mas não se pode garantir o seu resultado.

De qualquer modo, na prática, o único benefício do credor será valer-se da cláusula penal. A sua existência em um contrato que preveja um MASC terá o condão de "(...) *a) estimular o contratante ao cumprimento da obrigação, mediante a ameaça de pagar a importância da pena; b) servir de sucedâneo da indenização de perdas e interesses"*[438], sem permitir que o devedor desvincule-se da obrigação principal oferecendo o valor correspondente à cláusula penal de modo pré determinado[439].

---

[435] Nos termos do art. 409 do Código Civil. A nulidade da cláusula penal não acarreta a nulidade da cláusula principal, mas o contrário é verdadeiro. Tal situação é consequência direita da acessoriedade da cláusula. E tal posição é uníssona da doutrina: JOSÉ ALVES FERREIRA *Da Cláusula Penal... Op. Cit.,* p. 14, J. M. COSTA, *Comentários... Op. Cit.,* p. 411.

[436] ORLANDO GOMES tem uma visão diferente sobre a função da cláusula penal: *"Sua função é pré liquidar danos. Insiste-se em considerá-lo meio de constanger o devedor a cumprir a sua obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito as cláusula penal é acidental"* (*Obrigações... Op. Cit.,* p. 159).

[437] C. BEVILACQUA, *Código Civil... Op. Cit.,* p. 64. No mesmo sentido: R. L. FRANÇA, Teoria e *P*rática da *C*láusula *P*enal, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 7. FÁBIO MARIA DE MATTIA ainda afirma que *"(...) a função sancionatória constituiria a natureza constante do instituto"* (*Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal não Pura* in *Revista dos Tribunais* nº 385, São Paulo, RT, 1967, p. 41,

[438] J. M. CARVALHO SANTOS, J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado,* 4.ª ed., Vol. XI, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 301. No mesmo sentido, S. RODRIGUES, *Direito Civil... Op. Cit.,* p. 83. Tratando do caráter punitivo da cláusula penal: J. M. COSTA, *Comentários... Op. Cit.,* p. 409.

[439] *Cfr.* O. GOMES, *Obrigações... Op. Cit.,* p. 162.

Questão bastante complicada poderá ser aquela que diz respeito à limitação do valor da cláusula penal, que deverá ser o valor da obrigação (art. 412 do Código Civil)[440]. No caso dos MASCs poderá ser difícil quantificar o valor de um método não realizado, mas parece razoável que todos os custos que seriam incorridos com honorários de profissionais, advogados e terceiros imparciais e com estrutura física para a sua realização podem ser somados para corresponder ao valor da cláusula penal. Em última análise, tudo aquilo que puder ser incluído no conteúdo econômico da obrigação.[441]

A grande vantagem da cláusula penal em relação a qualquer discussão atinente à responsabilização civil é a desnecessidade, no primeiro caso, de alegação de prejuízo, nos termos do art. 416 do Código Civil, e muito menos, de demonstração de prejuízo. No entanto, se o credor decidir pleitear indenização, o que pode ser possível e se verá com mais vagar no item 7.6 a seguir, a cláusula penal servirá como um mínimo de indenização e o credor, dessa feita, deverá provar o dano excedente, de acordo com o art. 416, parágrafo único do Código Civil.

A disciplina da cláusula penal pode ser utilizada em conjunto com os *time limits* que sejam estabelecidos pelas partes. Desse modo, não se discutirá apenas a realização do método de solução de controvérsias, mas também o respeito à cláusula penal sob pena de sua incidência.

Quando se discute a utilização dos MASCs e a possibilidade de redução parcial do valor da cláusula penal (art. 413 do Código Civil), a hipótese cabível é aquela na qual o terceiro imparcial teve papel relevante no insucesso do método, não o realizando de modo adequado, em instituição não especializada, sem qualificação ou com

---

[440] Comentando sobre o art. 920 do Código Civil de 1916, com redação idêntica à do art. 412 do atual Código, CLÓVIS BEVILACQUA afirmava que *"O limite imposto à pena por este artigo não se justifica. Nasceu da prevenção contra a usura, e é uma restrição à liberdade das convenções que mais pertuba do que tutela os legítimos interesses processuaes"* (C. BEVILACQUA, C*ódigo Civil... Op. Cit.*, p. 68). No caso dos MASCs, a crítica de CLOVIS BEVILACQUA ganha eco e solução nas palavras de ORLANDO GOMES: *"O limite percentual só se aplica aos contratos feneratícios"* (*Obrigações... Op. Cit.*, p. 161) e a previsão de um MASC não envolve lucro ou retorno financeiro, entendimento seguido por S. DE S. VENOSA, *Direito Civil... Op. Cit.*, pp. 174-176. Já SILVIO RODRIGUES considera o limite real razoável já que *"(...) o preceito se inspira em preocupação justa"* (*Direito Civil... Op. Cit.*, p. 92).

[441] No sentido do conteúdo econômico da cláusula penal, *vf.* STJ, REsp nº 1119740-RJ, 3ª Turma, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, j. em 13.10.2011.

parcialidade. Nesse contexto, parte da responsabilidade do insucesso não poderia recair sobre a outra parte, causando a diminuição do valor da cláusula penal. Eventual prejuízo causado pelo terceiro poderia ser cobrado com a apuração de penas e danos.

Finalmente, pode-se pensar até na possibilidade de definição do pagamento das custas de um MASC que venha a ser utilizado em uma hipótese de escalonamento[442]. Assim, a não realização de uma mediação fará com que a parte recalcitrante tenha que custear a arbitragem que se realizará posteriormente. Essa questão, todavia, dependerá de previsão expressa das partes.

Nesse contexto, a parte que pretendesse não utilizar um método de solução de controvérsias teria que justificar completamente a sua escolha sob pena de arcar, conforme previsão contratual, com os custos de uma arbitragem ou do processo judicial, por exemplo, imediatamente seguintes a uma conciliação ou mediação.

A cláusula penal, sem dúvida, incentivaria a escolha das partes pela realização dos métodos consensuais.

7.6 Indenizações

Considerando-se ainda a hipótese de perdas e danos como consequência prática da não utilização de uma determinada etapa do escalonamento de solução de controvérsias, há que verificar em quais categorias de responsabilização civil estaria inserida a não utilização de um determinado método não jurisdicional.

Obviamente, a não utilização de um dos métodos de solução de controvérsias pode gerar diversos efeitos, dentre os quais se destacam atrasos, impossibilidade de conclusão de obras ou serviços, danos à imagem a uma determinada

---

[442] Comentando sobre a hipótese de descumprimento da sentença arbitral, FRANCISCO CAVALCANTE PONTES DE MIRANDA previra a possibilidade de se estabelecer cláusula penal no compromisso: *"Assim no negócio jurídico de compromisso, como no negócio jurídico entre o comitente e o árbitro, pode ser inserta a cláusula penal. A pena convencional para o caso de insubmissão ao laudo arbitral estabelece alternativa: ou submeter-se ao laudo arbitral, ou prestar o quanto da pena"* (*Tratado de Direito Privado.... Op. Cit.,*, p. 328).

empresa ou empresários. Tudo isso poderá ser decorrente da manutenção do conflito e, sem dúvida, poderá ser ressarcido com base em algum método jurisdicional e vinculativo.

Nessa toada, os danos materiais e os danos morais poderão estar relacionados com a não utilização de um MASC e, indubitavelmente, criarão dificuldades para a parte interessada, posto que suas obrigações podem ficar comprometidas pelo inadimplemento de outra ou pela pendência do litígio.

E cada contrato, cada situação, provocará consequências específicas. O negócio realizado entre as partes pode estabelecer regras peculiares de indenização para situações em que há recusa em se utilizar de um MASC.

Contudo, o que aqui se pretende apresentar é um resultado não do negócio acordado entre as partes, mas sim pela não utilização dos métodos consensuais, pois para os métodos vinculativos, Judiciário e arbitragem, a consequência da revelia pode ser aplicada no caso de recalcitrância de uma das partes.

Na impossibilidade de utilizar a disciplina da revelia e aplicar suas consequências peculiares para aquela parte recalcitrante em participar de um processo, pode-se aplicar aquilo que vem sendo conhecido na doutrina civilista brasileira como a perda de uma chance.

O instituto da perda de uma chance teve a sua gênese na jurisprudência francesa para situações de falha de auxiliares da Justiça e grande difusão em situações de ausência ou falha de um tratamento médico, impedindo a chance de uma cura. Inicialmente, a disciplina era aplicada somente aos casos de responsabilidade civil médica[443], com a extensão cada vez mais comum para o campo jurídico.[444]

---

[443] G. ANDREASA JUNIOR, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance* in N. NERY JUNIOR e R. M. DE A. NERY, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil – Direito de Obrigações e Direito Negocial*, Vol. II, São Paulo, RT, 2010, p. 542 e R. PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, São Paulo, Atlas, 2007, p. 19. No mesmo sentido, SÉRGIO CAVALIERI FILHO conceitua: "*Caracteriza-se essa perda de uma chance quando, em virtude da conduta de outrem, desaparece a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima, como progredir na carreira artística ou militar, arrumar um melhor emprego, deixar de recorrer de uma sentença desfavorável pela falha do advogado, e assim por diante. Deve-se, pois, entender por* chance

No caso emblemático do direito norte-americano *Dougert vs. Pappas*, entendeu não ser possível transportar a questão da perda de uma chance do domínio médico para o jurídico, na medida em que, malgrados registrados equívocos cometidos pelo advogado, a natureza de sua obrigação com o cliente e a natureza de sua atuação não permitiriam a aplicação do referido instituto por uma ausência de causalidade que, como se verá, vem sendo substituída por um *Relaxed Causation Approach*.

Trata-se de uma evolução das categorias indenizatórias que decorre do progresso do ramo da responsabilidade civil, caminhando-se para uma chamada teoria da reparação integral, isto é, tenta-se fazer com que todos os fatos da vida sejam indenizados na medida em que estejam presentes os requisitos da responsabilização civil, conduta culposa ou dolosa ilícita do agente, dano e nexo de causalidade entre o primeiro e o segundo.[445]

Nesse caso, não há reparação por um dano, que, como já dito, poderá advir e ser indenizado pela não utilização de um método de solução de controvérsias, mas sim pela perda de uma chance real de solucionar o litígio. A perda de uma chance exige, para que enseje o dever indenizatório, sua correlação com evento que impossibilite o ganho[446]. O que é reparado, nesse caso, é a mera retirada de uma possibilidade, e não a certeza do resultado; aquela impossibilidade de a sorte atuar retirada pelo causador do dano trata-se efetivamente de categoria autônoma de reparação civil.[447]

Como assevera JEAN CARBONNIER, desde a década de 1970, o Judiciário francês se vê envolvido em questões desse tipo, tendo como atividade lógica realizar a avaliação da chance, estimando a probabilidade, atribuindo a uma chance um

---

a probabilidade de se obter um lucro ou de se evitar uma perda" (*Programa de Responsabilidade Civil*, 9.ª ed., São Paulo, Atlas, 2010, p. 77).

[444] *Dougert vs. Pappas*, 704 P.2d 600 (Wash. 1985).

[445] C. MÜLLER, *La Perte d'une Chance*, Berne, Stæmpfli Editions, 2002, p. 54.

[446] Nesse sentido, o julgamento do TJRS, 14.ª Câm Civ. n.º 70009264375, Rel. Des. ROBERTO CARVALHO FRAGA, j. em 28.4.2005.

[447] C. LARROUMET, *Droit Civil*, Tome III, 3.ª ed., Paris, Economica, 1996, pp. 686-687.

determinado correspondente pecuniário, este sim um dano certo, que deve ser indenizado, geralmente com uma porcentagem do que se pretendia ganhar caso o resultado esperado tivesse ocorrido.[448]

Assim, há uma tentativa de sistematização na doutrina brasileira entre duas espécies da perda de uma chance: *(i)* causalidade e dano; e *(ii)* dano presente e dano futuro.[449]

A impressão que se tem de todas as conceituações é a de que a perda de uma chance deve envolver duas categorias existentes, quais sejam lucros cessantes e danos emergentes, daí a necessidade de danos atuais e danos futuros, representando a perda de uma chance uma porcentagem da análise conjugada desses elementos. Será apenas parcial na medida em que os esperados resultados, em uma categoria e em outra, não se efetivaram pelo advento da situação danosa, retirada da chance.

A causalidade e dano indicam sempre um dano final de fácil identificação, a perda da vantagem esperada pela vítima. Nesse caso, contudo, a perda do resultado final, mais especificamente a não celebração do acordo, não pode ser indenizada, dado que a participação da contraparte não seria condição *sine qua non* para a sua ocorrência. Essa noção passou a ser tratada como fundamental, principalmente a partir do século XIX, com uma nova perspectiva, conferindo nova interpretação ao instituto da chance, devendo ser buscados critérios de causalidade objetivos para sua fixação. Desse modo, a causalidade ganha uma relação com a probabilidade, mas não uma probabilidade estática, e sim uma probabilidade estimativa, comparativa nos casos concretos[450].

Embora a questão tenha a sua origem no direito continental europeu, sua aplicação se espraiou por países da *Common Law*, tal qual é o caso dos EUA. Como declara CHRISTOPH MÜLLER em monografia sobre o tema no direito norte-

---

[448] J. CARBONNIER, *Droit Civil*, Tome 4, 22.ª ed., Paris, PUF, 2000, p. 388.

[449] R. PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, pp. 102-110.

[450] C. MÜLLER, *La Perte... Op. Cit.*, p. 49.

americano, apresenta a análise de acordo com o *substantial chance approach* em oposição à *relaxed causation approach*[451], que parece prevalecer no direito brasileiro.

Com o *relaxed causation approach*, a já mencionada suposta falta de causalidade apontada pela jurisprudência norte-americana para afastar a aplicação da teoria da perda de uma chance no caso *Dougert vs. Pappas* é superada na medida em que permite a aplicação de uma causalidade parcial, que não tem relação direta com o resultado esperado, mas apenas com a atuação do agente para a redução das chances[452].

Diminuem-se, portanto, as exigências do ponto de vista de provas para que se demonstre a efetiva perda de uma chance. No sistema brasileiro, diversos instrumentos jurídicos, tal qual a inversão do ônus das provas, arts. 333 do Código de Processo Civil e 6.º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor, já exercem tal função de diminuição de exigências probatórias para o autor, em determinadas situações, como nas relações de consumo.

Indica-se a possibilidade de reparação mesmo tratando-se de possibilidade de sucesso inferior a 50%, mas com atuação negligente de uma das partes e sem que a outra tenha contribuído para o evento danoso. A análise decorre do caso *Hicks vs. United States*[453], no qual um paciente militar foi examinado em uma base por estar sentindo dores, tendo sido diagnosticado e medicado erroneamente, vindo a falecer. Como as chances do paciente foram tolhidas, embora o quadro já fosse bastante grave, a perda de uma chance se verificou.

De outro lado, não se podem confundir o dano e o evento danoso, posto que este último sempre precede àquele. No entanto, deve-se considerar que apenas o prejuízo eventual não pode ser indenizado, mas somente aquele que é futuro

---

[451] C. MÜLLER, *La Perte... Op. Cit.*, pp. 107-109.

[452] C. MÜLLER, *La Perte... Op. Cit.*, pp. 107-109.

[453] *Hicks vs. United States*, 368 F.2d 626 (4th Cir. 1996).

como prolongação de um estado de coisas atual e suscetível de estimação imediata deve ser indenizado[454].

Contudo, embora essa indenização total não seja possível, há que se analisarem apenas as chances subtraídas, e não o seu resultado final[455]. É necessário apenas que o ato danoso do ofensor retire de uma vez por todas as chances que detinha a vítima. Desta maneira, RAFAEL PETEFFI DA SILVA afirma que haveria um conceito específico e independente de dano e uma causalidade parcial que o respaldaria em relação ao dano final[456]. Não obstante tal relação de independência com o dano final seja clara, parece que a perda de uma chance não deve ser enquadrada como uma *tertia via* ou lucros cessantes.

A perda de uma chance deve ser enquadrada como dano emergente na medida em que não representa uma expectativa daquilo que se poderia ganhar, em uma análise prospectiva, e sim o tolhimento, certo, de uma possibilidade, em uma análise perspectiva.

Como afirma SÉRGIO SAVI, *"(...) Enquanto a completa realização da possibilidade deve ser considerada de difícil demonstração em razão da incerteza que envolve os seus elementos constitutivos, o problema da certeza resta implicitamente superado como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão"*[457]. Nesse contexto, a chance integra-se à esfera patrimonial do agente, não sendo a sua perda algo indireto ou hipotético, mas que atinge sua esfera de direitos.

No caso *Show do Milhão*[458], o caráter hipotético ou indireto da chance de sucesso fora afastado na medida em que uma questão mal formulada impediu

---

[454] F. NORONHA, *Direito das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 578. No mesmo sentido, C. M. DA S. PEREIRA, *Responsabilidade Civil*, 9.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 42.

[455] Para afastamento da indenização do dano hipotético e sua não indenizabilidade *cfr*. R. STOCCO, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 5.ª ed., São Paulo, RT, 2004, p. 1.184, item 1.02.

[456] R. PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, pp. 103-104.

[457] S. SAVI, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, 2.ª ed., São Paulo, Atlas, 2009, pp. 111-112.

[458] STJ, REsp n.º 788.459-BA, 4.ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. em 08.11.2005 in DJ 13.3.2006, p. 334.

que a participante do programa arriscasse alguma resposta. Tal análise foi feita pelo MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

> *"Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza – ou a probabilidade objetiva – do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.*
>
> *"Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano".*

E, no caso dos MASCs, a não utilização de uma conciliação que estava acordada, sem dúvida, interrompe imediatamente o processo aleatório que teria início ou continuidade para a celebração ou não de um acordo e para a possível solução de uma controvérsia.

De acordo com o ensinamento de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a defesa ordinária dos interesses da parte é obrigação do advogado. Nesse aspecto, seguir todas as etapas previstas em contrato para a utilização de um determinado MASC também deve ser encarado dessa forma. A responsabilidade de indenizar pela perda de uma chance e saber quem será o responsável no âmbito civil, parte ou advogado, dependerá da análise casuística, mas o fato é que o jurista, pelo seu conhecimento técnico, deve alertar a parte e esta, como não pode se furtar de cumprir as obrigações que contraiu, deve efetivá-las.[459]

A presença de um processo judicial ou arbitral no balanço de uma empresa e a necessidade de provisão de fundos certamente geram danos de imagem, o

[459] C. M. DA S. PEREIRA, *Responsabilidade Civil.. Op. Cit.*, pp. 163-164.

que uma negociação, conciliação ou mediação[460], caso fossem realizadas, poderiam evitar sem sombra de dúvida. Já em 2002 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA tecia comentários sobre esse ponto: "*Mas esta* [reparação] *será devida se se considerar dentro de uma ideia de perda de uma oportunidade* (perte d'une chance) *e puder situar-se na* certeza do dano"[461]. Parece claro que, na hipótese em comento, a não realização de um método MASC e a exposição empresarial, por exemplo, podem gerar algum dano reparável.

Embora haja, via de regra, um método jurisdicional e vinculativo na sequência do escalonamento de solução de controvérsia, aquela oportunidade de autocomposição pode ter sido perdida por ato exclusivo de uma das partes e, certamente, com prejuízos para a contraparte, no mínimo, de contratação de advogados para um procedimento contencioso, mobilização de recursos humanos e financeiros para preparação da defesa de seus interesses em um processo adversarial etc.

Sem dúvida, a recalcitrância a um método de solução de controvérsias não pode ser vista como uma saída possível e impune para as partes. E, de acordo, com os critérios aqui expostos, podem gerar indenização.

Para que ocorra a perda de uma chance deverá estar presente o nexo causal entre a conduta daquele que se negou a utilizar um MASC consensual e a chance perdida pela parte contrária de solucionar o conflito.

A não utilização de um MASC, assim, diminui em algum percentual quantificável a possibilidade de solução do conflito no momento adequado e

---

[460] As regras desses MASCs são similares com a exceção de que na conciliação o conciliador sugere soluções para as partes e, na mediação, tal sugestão não pode ser feita pelo mediador. Essas definições constam do Projeto de Código de Processo Civil (art. 145, §§ 1.º e 2.º). A Lei Modelo da Uncitral para Conciliação no Comércio Internacional em seu art. 1.º (3) trata referidos processos como sinônimos, não fazendo nenhuma diferença conceitual ou processual: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf, acessado em 17 de março de 2011. MAURO CAPPELLETTI e BRYANTH GARTH se referem à mediação e à conciliação sem fazer muita diferença entre elas, tratando-as, aparentemente, como formas diversas de se referir ao mesmo fenômeno de *"conciliatory forms of Justice"* ou formas conciliatórias de Justiça (M. CAPPELLETTI and B. GARTH, *Settlement of Disputes ou of Court: A Comparative Report the Trend Toward Conciliation* in H. KÖTZ and R. OTTENHOF (orgs.), *Les Conciliateurs, La Conciliation, un étude comparative*, Paris, Economica, 1983, pp. 4.

[461] C. M. DA S. PEREIRA, *Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, p. 42.

acordado. E, para tanto, deverão ser analisadas a condição das partes, a natureza do conflito e a potencial chance de composição.

De outro lado, existem sistemas de cálculo indicados no direito estrangeiro.

O primeiro desses métodos é o da porcentagem, já mencionado e comum no direito internacional. Em primeiro lugar, utiliza-se o valor do dano total, caso a situação se efetivasse na completude daquilo que o agente pretendia.

Posteriormente, deve ser realizada uma análise profunda das chances existentes em uma operação complexa na medida em que possam faltar dados confiáveis para se verificar, por exemplo, a chance real de um cavalo vencer uma corrida ou de uma das partes vencer determinada demanda, permitindo que sejam utilizadas regras de experiência e a própria discricionariedade do juiz. Em resumo, o gráfico é da seguinte forma[462]:

Valor da chance perdida =
Valor da indenização total
X
% de chances de obter a indenização total

Esse foi o método adequado no caso *Show do Milhão*[463]. Considerando o valor da questão formulada incorretamente (R$ 500.000,00), aplicou-se a porcentagem de 25%, correspondente a uma em quatro chances de acerto, resultando no *quantum debeatur* de R$ 125.000,00.

Ademais, há um método discricionário em que a avaliação se dá a partir de princípios de equidade para se avaliar qual é o valor da indenização pela

[462] C. MÜLLER, *La Perte... Op. Cit.*, pp. 380-381.

[463] STJ, REsp n.º 788.459-BA, 4.ª Turma, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, j. em 08.11.2005 in DJ 13.3.2006, p. 334.

perda de uma chance, refletindo as percepções do julgador sobre o caso e sua experiência em situações semelhantes ou análogas.[464]

Apesar dos problemas, o método discricionário parece ser o de aplicação mais palatável no direito brasileiro, indicando que todas as hipóteses de cálculo devem levar em conta a experiência e o prudente arbítrio do julgador, com situações verificadas caso a caso.

A doutrina brasileira, por seu turno, sumariza tais elementos nos seguintes termos: *(i)* situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse se realizado; *(ii)* a chance em si mesma valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoque sua frustração; e *(iii)* o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver se concretizado a chance e obtido o benefício esperado[465].

Em relação à situação *(i)*, devem ser consideradas as partes envolvidas no contrato e a probabilidade de acordo em uma situação de mediação, conciliação ou arbitragem. As partes podem demonstrar que tais situações não teriam êxito em face do relacionamento entre as partes ou do ponto crítico que as negociações alcançaram, por exemplo.

No tocante ao item *(ii)* acima, podem ser utilizados os índices de acordo de uma determinada instituição ou de um determinado serviço de conciliação judicial, por exemplo. A capacidade de o serviço escolhido resolver a controvérsia deve ser analisada entre as partes.

Por fim, em relação ao item *(iii)*, o vulto da discussão entre as partes deve ser considerado, e aquele que verificar a indenização em face deste item deverá proceder a uma análise do mérito do litígio e observar qual resultado seria mais provável.

---

[464] J. H. KING JR., *Causation, Valuation and Chance in Personall Injury Torts in* 90 YLJ, 1981, p. 1.381.

[465] A. J. DOS SANTOS, *Dano Moral Indenizável*, São Paulo, Método, 2001, p. 115.

No caso dos MASC, a indenização total não deve ocorrer ainda mais um cálculo, na medida em que o valor da indenização total em métodos consensuais não poderá ser o mesmo daquele indicado em um processo arbitral ou judicial. Isso porque, nos métodos consensuais, há um outro ingrediente a ser levado em conta, que é a necessidade de concessões mútuas entre as partes, via de regra, para obtenção de um acordo.

Essa necessidade de conceder uma parte daquilo que se pretende logicamente já faz reduzir aquele valor total pretendido, de modo que essa nuance típica dos métodos de solução de controvérsias consensuais, como a mediação e a conciliação, não pode ser desconsiderada.

De qualquer modo, é importante mencionar que a perda de uma chance não tem qualquer relação direta com a possibilidade de se vencer o litígio, sendo esse apenas um dos itens a ser reputados na quantificação dos benefícios que devem ser atribuídos para se compensar a perda de uma chance.

Nesse sentido, deve vir à baila paradigmático julgamento do Superior Tribunal de Justiça de relatoria do Min. ILMAR GALVÃO acerca da participação em um processo licitatório, muito semelhante com um MASC consensual, na medida em que não há como garantir o resultado máximo desejado pelas partes, quais sejam vitória na licitação ou acordo em um MASC:

> *"Por fim, esclareça-se, para melhor entendimento, que, ao aventar o despacho agravado a possibilidade de indenização de mera chance, quis referir hipótese em que essa chance, por si só, apresenta valor econômico, como é o caso do exercício do direito de ação. Como se sabe, não são raras as cessões de direito de ação, o que demonstra que se trata de mera chance com valor econômico"*[466].

[466] STJ, AgRg no Ag n.º 4364, 2.ª T., Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. em 10.10.1990 in RSTJ 22/17. E inúmeros são os julgados sobre o assunto desde então. Para tanto, *Cfr*. também R. PETEFFI DA SILVA, *Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, pp. 192-200.

É interessante notar, de acordo com o julgado acima, que o Judiciário brasileiro considerou que o exercício do direito de ação tem um conteúdo econômico. Infelizmente o STJ, nessa oportunidade, não analisou a expressão dessa chance na medida em que não considerou razoável a indenização pela desqualificação da parte em um certame licitatório, mas, mesmo que tivesse feito, haveria outro grande trabalho para averiguar de que modo a chance de uma transação seria verificada.

Ao que parece razoável, o valor da chance de uma transação deve corresponder a algo inferior à metade da chance de êxito de uma demanda judicial em termos monetários para cálculo de uma indenização. Entre o piso e a metade para se chegar até o teto que uma demanda judicial pode envolver, será necessária a análise causística.

De qualquer modo, vê-se, portanto, que a disciplina da perda de uma chance pode ser usada como consequência natural e compensatória para a não utilização de um determinado MASC consensual no momento adequado e estipulado pelas partes em um contrato, por exemplo, sendo aplicados métodos de cálculo aritméticos com fundamentos discricionários para se apurar a que, efetivamente, corresponde aquilo que foi perdido em termos monetários.

7.7 O Dever de Mitigar o Próprio Dano

O *duty to mitigate the loss* ou o dever de mitigar o próprio dano é brocardo comum no direito do comércio internacional para indicar a atuação de boa-fé de uma parte que sofreu danos em função do comportamento de outra.

Quando se pensa em MASC, parece adequado que, após demonstrar a possibilidade de indenização, ainda que pela perda de uma chance de solucionar a controvérsia, da parte que desejava utilizar o MASC, sejam determinados os limites de tal atuação.

O brocardo do dever de mitigar o próprio dano está plasmado na Convenção de Viena, que obviamente não é aplicável para esse tipo de situação, mas certamente é uma referência, ainda mais, como se verá, à luz do direito brasileiro que tem o brocardo como referência do art. 422 do Código Civil.

A conhecida Convenção de Viena foi aprovada em 1980 em reunião da ONU, ocorrida na capital austríaca. Inicialmente aprovada por 10 membros da ONU, hoje a CISG conta com a adesão de 76, e o Brasil ainda não é um deles.[467]

O documento foi desenvolvido em sua maioria por representantes de países de *Civil Law*, e tal tradição está refletida no documento, sem que este tenha deixado da apresentar seu caráter internacional[468]. Como afirma ERIC BERGSTEN, embora uma interpretação 100% uniforme não seja possível, a aproximação interpretativa já é suficiente e a revisão periódica do texto tem um papel importante.[469]

---

[467] http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, acessado em 8 de março de 2011.

[468] J. O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under de 1980 United Nations Convention*, 4ª ed., The Hague, Wolters Kluwer, 2009, p. 17.

[469] E. BERGSTEN, *Methodological Problems in the Drafting of the CISG* in A. JENSSEN e O. MEYER (eds.), *CISG Methodology*, Munich, European Law Publishers, 2009, pp. 30-31.

Em primeiro lugar, buscou-se disciplinar o contrato como instrumento-base para a transferência de riquezas e para a efetivação das trocas comerciais. Essa foi a essência do ponto de vista material[470]. Sem deixar de lado a interpretação dos negócios jurídicos, a Convenção lhes conferiu destaque. Nesse sentido, a Convenção de Viena foi estruturada para incluir o princípio da boa-fé no âmbito das relações comerciais internacionais em face do tratamento distinto que o instituto recebe nos mais diversos países. Tal disposição está presente em seu art. 7.º(1)[471]. Boa-fé esta que, como já se viu, é fundamental também para a interpretação dos negócios jurídicos, especialmente daqueles que darão origem a métodos de solução de controvérsias.

E, de acordo com tal entendimento, dois problemas interpretativos surgem de antemão. O primeiro deles é saber de onde se extrair o princípio da boa-fé[472]. É por isso que parte da doutrina ainda sugere uma interpretação *a contrario sensu* na medida em que o princípio será reconhecido quando a atuação de boa-fé não existir, *"you'll know it when you don't see it"*[473]. A boa-fé é indicada como um daqueles princípios em que a sua falta é claramente sentida, mas a sua presença não necessariamente é notada.

O segundo problema é definir o exato limite de boa-fé.[474]

Como preceito uniforme, a boa-fé tem o significado de atuação de modo honesto e justo de modo a cumprir as obrigações contratuais estipuladas, esperando-se razoabilidade na relação entre as partes[475]. A ideia de razoabilidade é muito presente na doutrina, sendo uma etapa lógica para a atuação das partes e a sua interação

---

[470] J. O. HONNOLD, *Uniform… Op. Cit.,* pp. 3 e 4.

[471] B. ZELLER, *The Observance of Good Faith on International Trade* in A. JENSSEN e O. MEYER (eds.), *CISG Methodology… Op. Cit.,* pp. 133-134. No mesmo sentido, A. JANSSEN e S. C. KIENE, *The CISG and its General Principles* in A. JENSSEN e O. MEYER (eds.), *CISG Methodology… Op. Cit.,* p. 265-266, apresentando a ideia de preenchimento de lacuna ou *"gap-filling"* que tais princípios exercem.

[472] P. HUBER and A. MULLIS, *The CISG: A New Textbook for Students and Practioners*, Munich, European Law Publishers, 2007, p. 8.

[473] J. KLEIN, *Good Faith in International Transactions*, Liverpool Law Review, Vol. 15, 1993, pp. 155 e seguintes.

[474] P. HUBER and A. MULLIS, *The CISG… Op. Cit.,* p. 8.

[475] B. ZELLER, *The Observance… Op. Cit.,* p. 144.

contratual, com destaque no texto, em negrito[476]. Dessa maneira, busca-se também mitigar a diferença de significados que a expressão boa-fé pode ter.

Nitidamente, tem-se por escopo evitar comportamentos oportunistas e contraditórios das partes depois que o negócio jurídico está estabelecido, observando-se as regras de usos e costumes do lugar em que se celebrou o negócio jurídico.[477]

É importante notar que o princípio da boa-fé não é uma super-regra, embora exerça papel relevantíssimo, de servir de válvula de escape[478] interpretativa para o sistema, tal como no sistema civil brasileiro, bem como permitir ao intérprete ser o método-padrão quando outros métodos interpretativos apontarem caminhos diferentes.[479]

A Convenção de Viena, portanto, é de interpretação absolutamente palatável para o direito brasileiro na medida em que a tradição jurídica nela exposta não nos é estranha, e um de seus pontos centrais, qual seja o princípio da boa-fé nas relações jurídicas, é um paradigma de nosso sistema jurídico, com grande relevância no direito privado, especialmente a partir de 2002 com a entrada em vigor do novo Código Civil.

Partindo do mencionado princípio, o art. 77 da Convenção de Viena estabelece que a parte que alega a quebra de um contrato deve tomar as medidas necessárias para reduzir as suas perdas. Se ela quedar-se inerte, a parte acusada da quebra pode pedir a redução das perdas[480], ou seja, há uma clara limitação ao direito da parte que

---

[476] J. LOOKOFSKY, *Understanding the CISG*, 3.ª ed., The Hague, Wolthers Klower, 2008, p. 37.

[477] J. O. HONNOLD, *Uniform… Op. Cit.,* p. 95.

[478] Retoma-se a ideia de *"gap filling"* ou preenchimento de lacunas exercida pelo princípio da boa-fé.

[479] P. HUBER and A. MULLIS, *The CISG… Op. Cit.,* p. 8.

[480] "*A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída.*"

sofreu o dano de exigir a sua reparação[481], e a falha nessa mitigação pode até fazer precluir o direito à reparação.[482]

O objetivo é claro: garante-se de um lado a inocorrência de danos adicionais que seriam desnecessários, bem como a eficiência econômica do negócio jurídico realizado, com interpretação que deve ser ampla[483]. Com isso, permite-se até que o indivíduo que desejar adquirir uma mercadoria ou um MASC possa calcular com mais segurança a potencialidade dos danos a que está exposto e, com certeza, avaliar melhor as suas escolhas.[484]

O limite está exatamente na reclamação apresentada pela parte que foi prejudicada. Não há que cumprir o próprio contrato para que a mitigação do dano se verifique, mas apenas em relação ao dano causado, tomando as medidas para que ele não se amplie, também na proporção da razoabilidade[485], e cabendo ao réu nessa demorada demonstrar que a mitigação, eventualmente, não foi realizada.[486]

Claramente podem surgir controvérsias, pois aquilo que representa mitigação para uma parte pode não sê-lo para outra, dependendo do grau de cuidado e zelo de cada uma[487]. O que é razoável variará caso a caso, todavia o critério da razoabilidade em termos das medidas que devem ser adotadas é exatamente aquele que o homem médio ou *bonus pater familiæ* aplicaria na situação. Não se exigem medidas extremas ou extraordinárias.[488]

---

[481] R. A. BRAND *et al.*, *Guide to the International Sale of Goods Convention*, Vol. I, Eagan, West, 2010, §1:41, p. 1-74.8.

[482] A. E. BUTLER, *A Practical Guide to CISG*, The Hague, Aspen Publishers, 2010, §8.02 [B], p. 8-10.2. No mesmo sentido: J. LOOKOFSKY, *Understanding… Op. Cit.,* p. 153.

[483] B. K. LEISINGER, *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, Munich, European Law Publishers, 2007, pp. 83-85.

[484] M. C. T. PATRÍCIO, *Análise... Op. Cit.*, pp.139-154.

[485] P. HUBER and A. MULLIS, *The CISG… Op. Cit.,* p. 289.

[486] P. SCHLECHTRIEM and P. BUTLER, *UN Law on International Sales*, Heidelberg, Springer, 2009, pp. 220-221.

[487] J. O. HONNOLD, *Uniform… Op. Cit.,* p. 418.

[488] P. HUBER and A. MULLIS, *The CISG… Op. Cit.*, p. 290.

Um bom exemplo da aplicação do direito na busca e no incentivo do comportamento cooperativo é a abstração do *duty to mitigate the loss*, ou mitigação do próprio prejuízo, aplicável a partir da cláusula geral de boa-fé (art. 422 do Código Civil). Tal entendimento, inclusive, constou do Enunciado n.º 169 da III Jornada de Direito Civil: *"(...) o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*". [489]

Nesse sentido, a boa-fé apresenta-se como um cânone hermenêutico integrativo destinado ao preenchimento de lacunas que nem sempre são previstas pelos contratantes[490]. Esse é o já mencionado e comumente referenciado *gap filling* desempenhado pelo instituto. Nesse sentido: *"Com a edição de conceitos abertos como o da boa-fé, é possível ao magistrado adequar a aplicação do direito aos influxos de valores sociais, pois os limites dos fatos preconizados nas cláusulas gerais são móveis e passíveis de concretização variável"*. [491]

O resultado dessa interpretação seria uma espécie de preenchimento do princípio da boa-fé objetiva com um conteúdo que não é obrigacional, não permitindo reparação por meio da aplicação da responsabilidade contratual, e nem seria possível exigir o cumprimento do dever de mitigar o próprio dano *in natura*[492].

Essa impossibilidade, porém, não nos parece permitir que o caso envolvendo o dever de mitigar o próprio dano seja reduzido a uma questão de culpa concorrente, pois o fato de não se exercer a mitigação não torna aquele que violou o contrato inicialmente menos descumpridor do contrato e menos responsável pelo cumprimento de suas obrigações, nos termos do art. 392 do Código Civil.

---

[489] Segundo justificativas da autora do enunciado, a professora VERA MARIA JACOB DE FRADERA, ele tem inspiração no art. 77 da Convenção de Viena de 1980.

[490] J. M. COSTA, *A Boa-Fé... Op. Cit.*, pp. 428-430.

[491] N. ROSENVALD *in* C. PELUSO (coord.), *Código Civil... Op. Cit.*, p. 314.

[492] C. WITZ, *L´Obligation de Minimiser son popre Dommage dans lês Conventions Internationales: L´Exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale* in *Petites Affiches*, 21 mars 2002, p. 50 e segs.

Não há paralelismo entre a conduta das partes se, de um lado, uma deixa de entregar uma matéria-prima no prazo avençado e, se de outro, a parte que não a recebeu deixa de buscar outros fornecedores. São dois fatos distintos, duas ordens de danos diversas, aqueles evitáveis e estes inevitáveis.

E essa inexistência de paralelismo se reflete exatamente na impossibilidade de compensação entre o dano causado e a desídia do ofendido em mitigá-lo. O que ocorre é que a ofensa causada pelo dano é acrescida pelos custos razoáveis da mitigação dos prejuízos. Se nenhuma atitude foi tomada para a mitigação, não há soma a ser realizada, mas conceitualmente jamais poderia haver compensação, concorrência de culpas. O dever de mitigar o próprio dano faz o papel de um dever acessório[493] que é parte do caminho para o ressarcimento dos danos experimentados e um grande indicativo da conduta de boa-fé de cumprimento da avença nos moldes em que foi prevista.

Nesse contexto, LILIAN CECILIA SAN MARTÍN NEIRA considera que aquele dano evitável será excluído do montante[494] o qual o ofensor estaria obrigado a ressarcir pelo descumprimento contratual originário. Ainda nesse caso, não haveria culpa concorrente, e sim culpa exclusiva da vítima no tocante à responsabilidade decorrente dos danos evitáveis. Esse é o limite do dever de mitigar o próprio dano.

A expressão dano evitável não é cara ao nosso ordenamento jurídico[495], mas o conceito é o de que:

> *"(...) o devedor tem a obrigação de realizar as atividades tendentes à minoração do dano e a sua falta de atividade é vista como uma omissão que interrompe o nexo de causalidade, para fins de* quantum respondeatur, *entre o descumprimento do devedor e aquela parte do dano que pode ser reduzida, a qual se verá já não como uma consequência do descumprimento, senão como uma*

[493] V. M. J. DE FRADERA, *Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo?* in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, 2004, p. 118.

[494] L. C. S. M. NEIRA, *Del Debber del Acredor de Evitar o Mitigar el Daño: Estudio Histórico Comparado*, Tese para obtenção do Título de Doutora na Universitá degli Studi di Roma "Tor Vergata", Facoltá di Giurisprudenza, Roma, 2010, p. 193.

[495] L. C. S. M. NEIRA, *Del Debber de Acredor... Op. Cit.*, pp. 273-274.

consequência da desídia do credor, será, portanto, uma consequência indireta ou não necessária, e como tal fora do quantum respondeatur*"*[496].

O dano originário e inevitável será de responsabilidade exclusiva do ofensor e, em relação a ele, não há que falar em culpa concorrente, havendo sim uma ruptura do nexo causal em relação apenas aos danos evitáveis.

De acordo com esse posicionamento, surge outra dimensão existente do princípio, não muito referenciada no âmbito da CISG, mas decorrente da aplicação do cânone interpretativo mencionado acima: a exigência também é um padrão de conduta das partes, com a criação de deveres jurídicos[497], especialmente o de comportar-se de modo cooperativo tão comum no âmbito do comércio internacional como no ambiente das soluções de controvérsias. Significa impor a interpretação integrativa e supletiva de modo a corrigir e suprir o contrato de acordo com a exigência de comportamento legal dos contratantes.[498]

Essa não é a tradução do agir conforme o homem médio o faria, mas sim ter uma postura ativa em relação ao negócio jurídico. Mais do que interpretar uma situação e verificar o melhor caminho a ser tomado, essa exigência de comportamento indica a necessidade de criação de um padrão de conduta das partes, com a aplicação dos denominados *deveres instrumentais* de conduta[499]. Algo que vem cada vez mais sendo absorvido pelos tribunais brasileiros, retratando o padrão de comportamento leal de conduta, como demonstra o acórdão proveniente do *site brasileiro autônomo da Convenção de Viena*.[500]

---

[496] L. C. S. M. NEIRA, *Del Debber de Acredor... Op. Cit.*, p.350.

[497] Essa consequência está indicada no Enunciado n.º 24 do Conselho da Justiça Federal: *"Art. 422: em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa"*. *Vf.* J. M. COSTA, *A Boa-Fé... Op. Cit.*, pp. 437. No mesmo sentido: F. DE P. EGASHIRA, *A Reconstrução da Teoria Contratual sob o Enfoque do Princípio da Boa-fé Objetiva no Código Civil de 2002*, Curitiba, Edições Bagaço, 2008, p. 73 e seguintes.

[498] N. NERY JUNIOR e R. M. A. NERY, *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, 2.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, pp. 340-341. No mesmo sentido: S. DE S. VENOSA, *Direito Civil... Op. Cit.*, p. 378.

[499] J. M. COSTA, *A Boa-Fé... Op. Cit.*, pp. 438.

[500] *"Com o realce da função social do contrato, o princípio da boa-fé objetiva levou ao surgimento do Enunciado n.º 26, do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, pelo qual 'A*

Não basta agir conforme a interpretação literal das regras, mas conforme aquela percepção que aquelas regras trazem ao homem médio, de acordo com aquilo que se deriva da lei ou do texto contratual, vista a obrigação como um processo em seu caráter dinâmico de alterações das condições dos agentes e das circunstâncias que a envolvem.[501]

Assim, no caso dos métodos de solução de controvérsias consensuais, a parte que alegar descumprimento da parte adversa sobre a realização de um MASC deve tomar as medidas necessárias para mitigar suas perdas. No caso de uma cláusula escalonada, a parte que não viu cumprida a obrigação de se realizar o MASC deve, além de exigir verbas indenizatórias da parte contrária, dar sequência ao escalonamento para solução da controvérsia.

Isso significa, aplicando-se tal raciocínio para um MASC, que a parte que gostaria de se valer de um método consensual de solução de controvérsias deve utilizar o método vinculativo determinado em contrato ou a regra geral da legislação

---

cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes'.
A par deste, aplica-se outro princípio. Um que vigora há muito, ou seja, o princípio 'duty to mitigate the loss', ou mitigação do prejuízo pelo próprio credor, ou não oneração do devedor a causar-lhe maior prejuízo, o que levou à aprovação do Enunciado n.º 169 na III Jornada de Direito Civil daquele mesmo Conselho: 'O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo'. Tal Enunciado surgiu por proposta da Professora Vera Maria Jacob de Fradera, da Universidade do Rio Grande do Sul, onde ressaltado o dever de colaboração das partes, em todas as fases do contrato.
Inspirou-se ela no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre venda internacional de mercadorias: 'A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída'.
Já em 1.º de julho de 1.964, na Convenção de Haia, art. 88, estabeleceu-se o princípio do dever do credor de mitigar o dano, com respeito à Lei Uniforme sobre a venda internacional de objetos móveis corporais. Também quanto aos contratos de comércio internacional, os princípios publicados em Roma, em 1994, e o Código Europeu de Contratos.
Isso constitui um dever de natureza acessória, um dever 'anexo', derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes." TJSP, 16.ª Câm. Dto. Priv., Ap. 1.170.013-1, Rel. Des. WINDOR SANTOS, j. em 03 de julho de 2007 *in* http://www.cisg-brasil.net/doc/tjsp1.htm, acessado em 23.10.2010.

[501] C. C. E SILVA, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Editora GV, 2007, pp. 32 e 33 e J. M. COSTA, *A Boa-Fé... Op. Cit.*, pp. 453.

aplicável ao contrato antes de exigir a indenização, que deve corresponder somente àquele período de exposição entre a negativa da parte contrária e a instauração do método definitivo e vinculativo de solução de controvérsias.

Ganha destaque, nesse caso, o brocardo *tu quoque*, em relação ao desequilíbrio material da relação jurídica como uma violação da boa-fé. Não pode haver diferença entre o julgar e o julgar-se, conforme veda expressamente o art. 187 do Código Civil. O rompimento, nesse caso, não decorre daquele que encerrou a negociação, e sim daquele que criou um ambiente desfavorável ao desfecho de insucesso, por ação desleal[502].

O rompimento, portanto, não será necessariamente daquele indivíduo que deu fim ao contrato ou negou-se a usar um MASC. As circunstâncias do caso deverão ser analisadas de modo que fique bastante claro qual foi a causa determinante para a não utilização de um método de solução de controvérsias.

De qualquer modo, não é razoável que a parte prejudicada aguarde até o início do método adjudicatório previsto no escalonamento para se manifestar acerca da não utilização de um MASC consensual, e, mais do que isso, exija os danos que alega ter sofrido.

A resposta das partes deve ser imediata, com a célere tomada de providência de modo a mitigar seus danos e a traduzir a postura cooperativa exigida.

---

[502] C. S. ZANETTI, *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005, p. 204.

7.8. Possibilidade de Execução Extrajudicial (*de lege ferenda*) – O Exemplo da Venda de Excussão

Como se viu, no direito positivo brasileiro, a figura da execução é concebida como a atividade de realizar praticamente, efetivar, tornar efetivo o direito já declarado.

Em nosso sistema legal, como afirma a doutrina, tal atividade pode ser tanto judicial como extrajudicial. Via de regra, tal atividade sempre foi desempenhada pelo Estado, mas nos últimos anos o legislador, com a escusa de tornar mais célere a atividade executiva, autorizou a existência de execuções sem a necessidade de um processo judicial.[503]

O primeiro dos exemplos de tal execução extrajudicial seria aquele previsto na Lei n.º 4.591/1964, bem como o Decreto-lei n.º 70/1966 e a Lei n.º 9.514/1997, além de dois projetos de lei que pretendem inserir hipóteses de execução extrajudicial, um para a criação da chamada "penhora administrativa" e outro para reforma da lei da execução fiscal.

Contudo, como ato representativo do exercício do poder do Estado e de invasão na esfera patrimonial do devedor, a constitucionalidade de tais medidas foi posta em xeque.

A constitucionalidade da execução extrajudicial é vista inicialmente antes dos cânones estabelecidos pela Constituição de 1988. Nesse aspecto, a doutrina já se inclinava pela inconstitucionalidade de tais execuções por diversos motivos,

[503] E. H. DE O. YOSHIKAWA, *Execução Extrajudicial e Devido Processo Legal*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 34-41.

especialmente pela sua incompatibilidade com o princípio do juiz natural e o caráter tipicamente jurisdicional da execução forçada.[504]

Depois da Constituição Federal de 1988 são relevantes as posições doutrinárias favoráveis à constitucionalidade de tais execuções. Nesse sentido, MARCELO TERRA e MELHIM CHALHUB consideram não haver ofensa ao monopólio estatal da execução. Uma vez que tal garantia não está na Constituição, não há ofensa ao princípio do juiz natural, pois o procedimento é aplicável a todos os casos, e não há ofensa à proporcionalidade, dado que esta solução é justificada pelo elevado nível de inadimplência e, finalmente, não há ofensa ao acesso à justiça, posto que a jurisdição não é a única forma de composição de conflitos.[505]

O julgamento do Supremo Tribunal Federal considerou que as execuções extrajudiciais são compatíveis com a Carta Constitucional por ser prevista uma fase de controle judicial, ainda que posterior, e não impede que qualquer ilegalidade perpetrada durante o procedimento seja imediatamente reprimida. E tais pontos foram profundamente discutidos no voto do Ministro Relator ILMAR GALVÃO.[506]

No entanto, as críticas doutrinárias não cessaram. OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA questionou veementemente tal julgado ao instituir a cláusula *solve et*

---

[504] Nesse sentido: A. P. GRINOVER, *O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia*, in Revista de Processo n.º 29, São Paulo, RT, 1983, pp. 22-23, J. I. B. DE MESQUITA, *O Princípio da Liberdade na Prestação Jurisdicional* in *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, Vol. II, São Paulo, RT, 2005, pp. 41-42 e E. F. DOS SANTOS, *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, Revista Jurídica n.º 261, Sapucaia do Sul, 1999, p. 22.

[505] M. TERRA, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei n.º 9.514/97, primeiras linhas)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998, pp. 53-54, e M. N. CHALHUB, *Negócio Fiduciário*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pp. 292-321.

[506] STF, RE n.º 223.075-1-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. em 23.6.1998 in DJ6.11.1998, ementário n.º 1930-08.

repete, o que seria vedado pelo nosso ordenamento jurídico[507]. Na mesma linha, JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA questiona a privação que é imposta ao réu para só depois ser permitido o devido processo legal[508].

A crítica é grande e relevante, mas a análise foge da natureza da relação jurídica de direito material entabulada entre as partes nas hipóteses de alienação em garantia (Lei n.º 4.591/1964, bem como o Decreto-lei n.º 70/1966 e a Lei n.º 9.514/1997).

Historicamente, esses tipos de negócio jurídico denominado fiduciário dividiram-se entre várias espécies, sendo uma das mais difundidas a alienação fiduciária em garantia, fundamento muito comum das chamadas execuções extrajudiciais ora em comento[509]. De modo indubitável, porém, o inadimplemento *per se* não representa esbulho ou turbação à propriedade do credor, mas sim a recusa na devolução do bem[510]. Tal situação justifica não só a consolidação da propriedade, mas a adoção das medidas judiciais para imissão na posse do bem.

Como asseverava ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, antes da égide da Constituição de 1988:

> *"A venda e compra com fins de garantia é, pelo menos, entre nós, uma das mais comuns aplicações do negócio fiduciário, principalmente ante as seguidas crises econômico-financeiras que*

---

[507] O. A. BATISTA DA SILVA, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 7.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 135.

[508] J. I. B. DE MESQUITA, *As Novas Tendências do Direito Processual: Uma Contribuição para o seu Reexame in Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, Vol. I, São Paulo, RT, 2005, pp. 291-292.

[509] A. BUZAID, *Alienação Fiduciária em Garantia (Histórico)* in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 77-79.

[510] A. BUZAID, *Alienação Fiduciária... Op. Cit.*, p. 86.

atacam nosso país, avassalando nossa moeda e colocando em graves riscos a classe dos credores.

O importante que se deve distinguir nesta venda é que as partes aceitam uma garantia, não havendo uma dação em pagamento (v.). Assim, a transferência da propriedade não importa extinção da dívida, mas tão somente, garante seu pagamento, para que, depois de saldada, haja a correspectiva retrocessão da coisa fiduciada ao fiduciante"[511].

O credor transfere o domínio e a posse indireta de uma coisa sem que haja sua tradição efetiva. Tal coisa é dada em garantia do pagamento de uma obrigação a que acede resolvendo-se o direito do adquirente com a solução da dívida garantida. Com o inadimplemento da obrigação garantida e constituição em mora do devedor, o proprietário poderá vender a coisa e aplicar o resultado de tal venda na solução de seu crédito, bem como nas despesas com a cobrança.[512]

Nesse sentido, o credor, proprietário do bem, realiza a venda por excussão. O devedor prossegue como detentor, possuidor indireto, do bem garantia até que uma medida judicial de imissão na posse seja intentada e deferida por um magistrado. Em nenhum momento se suplanta o monopólio do uso da força do Estado para consolidação da propriedade pelo credor.[513]

Ou seja, o credor tem o seu bem na sua esfera patrimonial e ele servirá como garantia do pagamento do empréstimo por ele realizado ao devedor, no negócio fiduciário ou, na sua espécie, alienação fiduciária em garantia. Nesse sentido,

---

[511] A. V. AZEVEDO, *Negócio Fiduciário* in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 54, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 167.

[512] C. M. DA S. PEREIRA, *Alienação Fiduciária em Garantia (Doutrina)* in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 55-64.

[513] P. RESTIFFE NETO e P. S. RESTIFFE, *Garantia Fiduciária*, 3.ª ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 683-684.

como invadir a esfera patrimonial de um indivíduo que não tem o bem em seu patrimônio?[514]

O máximo que se faz é consolidar a propriedade do bem na esfera do patrimônio do credor, na qual já estava. Posteriormente, as medidas que demandem o uso da força para que o bem seja recuperado são tomadas na esfera judicial, sem nenhuma ofensa a tais princípios. Não há, portanto, aplicação da cláusula *solve et repete*, pois o devedor não precisará quitar o que está em aberto para discutir a regularidade da venda realizada e, se for o caso, recuperar o bem.

O máximo que se pode permitir sem ferir garantias constitucionais é a venda de excussão, é a exatamente isso o que se faz. Vê-se que o modelo de vendas de excussão é absolutamente cabível em MASCs, posto que não há qualquer invasão à esfera patrimonial do devedor.

Não se trata de execução em sentido técnico.

Encerrado o procedimento, o terceiro imparcial apenas chancela a transferência do bem para a parte vencedora, podendo aquela que se considerar prejudicada requerer a atuação do Judiciário conforme o art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1998, sem que seus ditames sejam ofendidos.

A arbitragem seria realizada com um sistema de *demand guarantees*[515], como no âmbito do comércio internacional, por opção das partes, para

[514] Diferente é a disposição do art. 9.º do Projeto de Lei n.º 5.080 de 2009 (nova execução fiscal). Nesse caso há invasão da esfera patrimonial do devedor.

garantir a efetividade do procedimento arbitral que será realizado. Tal cláusula de garantia seria acessória à cláusula compromissória e vinculativa entre as partes.

De outro lado, a execução, neste caso, poderia ser aplicada permitindo-se a realização de sanções institucionais caso o MASC ocorra no âmbito de uma corporação como a BOVESPA ou a BM&F. Por seu turno, as partes poderiam apresentar garantias antes do início do procedimento e, ao seu final, haveria uma transferência realizada pelo julgador da esfera patrimonial do vencedor para a esfera patrimonial do perdedor.

A sanção não é diretamente patrimonial, mas pode resolver o conflito. Nesse aspecto, o Regulamento do Novo Mercado[516], no seu item 12.1. do Regulamento, permite a imposição de multas para o descumprimento de qualquer item do Regulamento, inclusive da arbitragem (item 6.4, *(vii)*, 8.4, 11.5, 12.4.4, 12.5.1 *(iv)*, 13.1, Anexo B, segundo parágrafo, Anexo C, segundo parágrafo, Anexo D e Anexo F, item 2).

Mais adiante as consequências são mais graves. O item 12.4, *(ii)*, permite a suspensão da negociação de valores mobiliários, enquanto o item 12.5 admite ainda a rescisão do Contrato de Adoção de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa do Novo Mercado se o descumprimento de qualquer ordem ou item do Regulamento não for sanado após notificação para tanto. A obrigação surge de uma disposição contratual, mas não se trata de sanções menos graves do que aquelas que podem ser impostas por uma sentença.

---

[515] Para maiores detalhes sobre as *demand guarantees*: http://www.investopedia.com/terms/u/urdg.asp, acessado em 29 de junho de 2010.

[516] http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/mercados/download/RegulamentoNMercado.pdf

O magistrado, em face do questionamento a esses métodos e à eventual invasão da esfera patrimonial do devedor, deverá analisar, entre outras coisas, a possibilidade de apresentação de defesa, a comunicação adequada, o direito de ter um devedor no processo e o de obter uma decisão fundamentada.

Tão somente com base nesses princípios é que se pode pensar em qualquer limitação à esfera de direitos individuais na perspectiva de qualquer processo de solução de controvérsias com regras de proporcionalidade[517]. Em MASCs nos quais não haja tais garantias, tal possibilidade também não pode existir.

Como se vê, os MASCs não jurisdicionais estão excluídos dessa possibilidade, uma vez que não há decisão, nem sequer um terceiro que decida de alguma outra forma. Parece razoável, seguindo esses cuidados, que se permita a execução extrajudicial das decisões obtidas nos métodos de solução de controvérsias e que essa eficácia seja a elas aplicada como forma de torná-los mais efetivos, bastando garantir o controle *a posteriori* de licitude do objeto, capacidade das partes e legalidade da forma do procedimento.

---

[517] Como ensina LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: *"(...) o objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais"* (L. V. A. DA SILVA, *O Proporcional e o Razoável* in RT, São Paulo, RT n.º 798, 1997, p. 149). No mesmo sentido: N. Nery Júnior, *Princípios Processuais na Constituição Federal*, São Paulo, RT 2002, p. 161. Ademais, MARCELO JOSÉ MAGALHÃES BONÍCIO conclui: *"Karl Larenz entende, com acerto, que há 'princípios com forma de proposição jurídica' e, em contraposição, 'princípios abertos' e, longe de ser possível estabelecer uma distinção nítida entre estes princípios, no primeiro caso há uma regra a ser observada, enquanto, no segundo caso, o princípio não tem caráter de norma. (...) É interessante observar que, conforme ensina Larenz, o princípio do 'meio mais idôneo', da 'restrição menor possível' e da 'ponderação de bens', subprincípios do princípio da proporcionalidade, são 'princípios com forma de proposição jurídica', enquanto o princípio da proporcionalidade, em sua formulação mais geral, é um 'princípio aberto', porque não exige uma valoração adicional, isto é, não trata de 'outra coisa senão da ideia da justa medida', do 'equilíbrio', que está indissociavelmente ligada à ideia de justiça"* (M. J. M. BONÍCIO. *Proporcionalidade e Processo – A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*, São Paulo, Atlas, 2006, p. 74).

7.9. Execução por Transformação – A Técnica da Substituição da Vontade do Devedor – Procedimento do art. 7.º da Lei de Arbitragem e o art. 466-B Código de Processo Civil

A demanda prevista no art. 7.º da Lei de Arbitragem materializa a possibilidade de tutela específica da convenção de arbitragem celebrada entre as partes, tornando tal modo de solução de controvérsias claramente vinculativo até mesmo para as cláusulas compromissórias denominadas vazias, ou seja, que não indiquem claramente forma de indicação dos árbitros[518], criando um procedimento específico.

Anteriormente, no regime da arbitragem disciplinado pelo Código de Processo Civil, a arbitragem não era vinculativa quando estivesse contida em uma cláusula compromissória, isto é, surgido o conflito, uma das partes poderia se negar a fazer a arbitragem, mesmo tendo uma disposição contratual anterior nesse sentido. A questão se resolvia em perdas e danos.

Como se sabe, tal situação era desastrosa[519]. As exigências do mundo moderno prestigiam o *facere*. O obrigado, nesse tipo de obrigação, presta um ato ou

---

[518] "*Art. 7.º 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 lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.*

§ 1.º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2.º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3.º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2.º, desta Lei.

§ 4.º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5.º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6.º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7.º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral."

[519] C. A. CARMONA, *Arbitragem...*, *Op. Cit.*, p. 156.

atividade, se positiva, ou uma omissão, se negativa. Nesse caso, o *facere* representa uma declaração de vontade.[520]

Contudo, há que se fazer o devido enquadramento da questão.

Nesse sentido, vê-se que a questão aqui não é de simples obrigação de fazer. E a doutrina discutiu muito tal situação, embora hoje a questão esteja consolidada. FLÁVIO LUIZ YARSHELL afirma que:

> *"(...) a tutela jurisdicional que se opera pela prolação de uma sentença substitutiva dos efeitos de declaração de vontade caracteriza-se como uma típica providência cognitiva, não se revestindo de caráter executivo, exceto se adotada para este último uma perspectiva ampla e genérica"*[521].

CASSIO SCARPINELA BUENO, por seu turno, sustenta que não se trata de uma obrigação de fazer lastreada em título executivo extrajudicial, posto que:

> *"Para os casos em que o ordenamento jurídico dispensa a necessidade de prévio reconhecimento jurisdicional do direito para as obrigações de fazer e não fazer, o referencial das atividades jurisdicionais voltadas à satisfação do direito reconhecido pelo título executivo (um título executivo extrajudicial) está nos arts. 632 a 643 (...)"*[522].

Cumpre destacar que o art. 639 do Código de Processo Civil, relevantíssimo para essa questão teve sua disciplina transferida após a reforma imposta pela Lei n.º 11.232/2005 para o art. 466-B do Código de Processo Civil. A relevância do antigo art. 639 do Código de Processo Civil remonta ao julgamento acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem realizado pelo Supremo Tribunal Federal em 2001. Naquela oportunidade, o voto-vista do Min. ILMAR GALVÃO admitiu serem constitucionais as disposições do art. 7.º da Lei de Arbitragem. A execução específica da cláusula compromissória baseava-se no art. 639 do Código de Processo Civil:

---

[520] A. ASSIS, *Manual da Execução*, 13.ª ed., São Paulo, RT, 2010, pp. 642-643.

[521] F. L. YARSHELL, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 55.

[522] C. S. BUENO, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. III, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 461.

> *"(...) o art. 639 do CPC, diferentemente do que ocorria com o art. 1.006, § 2.º, do CPC de 1939, não condiciona, para que a sentença produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado, que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo, bastando-se a possibilidade de substituição (...)".*[523]

Este entendimento aplica-se à cláusula compromissória (contrato preliminar) e ao compromisso arbitral (contrato definitivo). De outro lado, tratava-se de mera adequação do Brasil à sua legislação, infelizmente pouco conhecida na época como a Convenção do Panamá de 1975.

O Min. ILMAR GALVÃO ainda explicitou, em consonância com a doutrina, que o art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal não está destinado a particulares, mas sim aos legisladores e membros do executivo, como forma de coibir abusos por parte destes. Ressalta também que Espanha e Itália possuem dispositivos análogos ao art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sem ter havido, no entanto, discussão acerca da constitucionalidade da arbitragem nesses países. No mesmo sentido votaram os Min. NELSON JOBIM, MAURÍCIO CORREA, MARCO AURÉLIO, ELLEN GRACIE, CELSO DE MELLO e CARLOS VELLOSO, sempre prevalente no referido julgado.

Do ponto de vista da técnica processual, o que ocorre nesse tipo de situação é uma execução por transformação. A obrigação de declarar vontade não envolve comportamento físico do obrigado e as disposições atuais do Código de Processo Civil são aquelas do art. 466-B e do art. 7.º da Lei de Arbitragem.

A prestação que se pede tem natureza fungível e tem por objetivo o suprimento de declaração de vontade inexistente, com aplicação clara em situações de contratos preliminares.

O resultado de tal procedimento será uma sentença constitutiva, criando ou alterando uma situação jurídica existente. Nesse caso, não há como

---

[523] STF, Ag.Reg. no SEC n.º 5.206-7, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 12.12.2001 in http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889.

falar em imposição de *astreintes*, pois a substituição de manifestação de vontade do devedor impede que este fique em mora.[524]

Especificamente sobre a aplicação de tal técnica processual aos métodos de solução de controvérsias, a legislação brasileira dispõe do art. 7.º da Lei de Arbitragem.

Com o intuito de incentivar a solução de conflitos por arbitragem, o magistrado pode suprir a lacuna deixada pela manifestação de vontade das partes, independentemente dos dados faltantes da convenção de arbitragem[525]. Esse é o caso da instauração de instância a partir da cláusula em branco, como sustenta CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, posto que esta forma de convenção de arbitragem é despida de eficácia *per se* e é apenas nessa situação que o Judiciário deve atuar.[526]

Como afirma ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, a disposição legal ainda é inteligente, pois colocará as partes diante do juiz que poderá, inclusive, tentar a conciliação acerca da totalidade do litígio, mesmo não sendo esse o objeto do processo que irá julgar eventualmente[527]. Trata-se de mais um caso de integração de um método de solução de controvérsias autocompositivo, conciliação, com outro método jurisdicional, arbitragem, como se apontou anteriormente.

O procedimento dessa demanda no sistema brasileiro é inspirado no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Cíveis. Há a consciência de que a forma de solução de controvérsias escolhida pelas partes é a arbitragem e que a passagem pelo Judiciário é mera etapa para a correta configuração dessa forma de solução de conflitos.[528]

---

[524] P. H. S. LUCON, *Art. 466-B* in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3.ª ed., São Paulo, Atlas, 2008, pp. 1519-1522. No mesmo sentido, A. ASSIS, *Manual... Op. Cit.*, pp. 653-654.

[525] C. A. CARMONA, *Arbitragem...*, *Op. Cit.*, p. 155.

[526] C. DE M. VALENÇA FILHO, *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*, 1.ª ed., Curitiba, Juruá, 2002, pp. 86-87.

[527] A. F. CÂMARA, *Arbitragem – Lei n.º 9.307/96*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 30-32

[528] C. A. CARMONA, *Arbitragem...*, *Op. Cit.*, p. 160.

Embora o procedimento não seja expresso acerca da instrução probatória, o que se justifica pelos motivos expostos acima, podem-se, de acordo com critérios de discricionariedade do magistrado, aplicar regras de distribuição do ônus da prova, especialmente o autor demonstrando fatos constitutivos do seu pedido de instauração de arbitragem e do réu apresentando fatos impeditivos ou modificativos para que não defira tal pretensão.[529]

Nesse aspecto, em relação aos fatos modificativos, é importante que se tenha em mente que o art. 8.º da Lei de Arbitragem garante a autonomia da cláusula compromissória em relação ao negócio jurídico que a contém. Sendo assim, várias alterações que possam implicar consequências diretas à eficácia do contrato não afetarão a cláusula, por exemplo, a nulidade de alguma cláusula contratual, até mesmo a compromissória cuja precedência de análise será do árbitro.

A causa de pedir, por sua vez, terá seu aspecto remoto encontrado nos arts. 1.º a 6.º da Lei de Arbitragem, especialmente a disposição do art. 4.º, *caput*, da Lei de Arbitragem. Ademais, o autor indicará os fatos ou conjuntos de fatos que justificam a sua pretensão de instituir a arbitragem[530]: *(i)* existência de cláusula compromissória vazia (art. 5.º da Lei de Arbitragem, *a contrario sensu*); *(ii)* notificação à parte contrária para instituir a arbitragem (art. 6.º da Lei de Arbitragem); e *(iii)* demonstração da recalcitrância ou desídia da parte contrária em instituir a arbitragem (art. 7.º, *caput*, da Lei de Arbitragem).

É conveniente ainda, como aponta PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS, que o autor instrua a sua petição inicial com condições relevantes que deverão nortear o processo arbitral, até mesmo com minuta do compromisso arbitral que será lavrado no Judiciário, servindo como proposta de acordo ou norte para o juiz.[531]

---

[529] J. R. DOS S. BEDAQUE, *Poderes Instrutórios do Juiz*, 4.ª ed., São Paulo, RT, 2009, pp. 117-1188.

[530] J. R. C. E TUCCI, *A* Causa Petendi *no Processo Civil*, 3.ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 26.

[531] P. A. B. MARTINS, *Apontamentos Sobre a Lei de Arbitragem*, 1.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 121.

Quanto aos meios de prova, há uma grande amplitude, pois podem ser deferidas provas testemunhais, periciais[532] ou de outra natureza que se considere adequada, especialmente para demonstração de situações de hipossuficiência e real manifestação de vontade de um dos contratantes.

O papel do magistrado deve ser o de alguém colocado entre as partes, mas acima delas, devendo nesse sentido o juiz buscar o seu livre convencimento e a máxima instrução para fundamentar a sua decisão.[533]

Sendo objetivo básico do sistema impedir a má-fé dos réus que já se comprometeram a utilizar uma determinada forma de solução de conflitos e, mesmo assim, ainda manifestam um comportamento recalcitrante, permite-se até que o juiz decida à revelia do réu se este não comparecer à audiência designada nos termos do art. 7.º, § 6.º da Lei de Arbitragem.

A sentença prolatada pelo magistrado terá os mesmos efeitos de um compromisso arbitral, tendo, como dito, natureza constitutiva, e permitirá o início dos procedimentos para instituição da arbitragem. Tal sentença poderá ser aclarada por embargos de declaração, e eventual apelação interposta não terá efeito suspensivo nos termos do art. 520, inciso VI, do Código de Processo Civil, alterado pelo art. 42 da Lei de Arbitragem.

Daí surgirão dois comandos, como afirma SELMA MARIA FERREIRA LEMES: *(i)* função supletiva em situações de convenção de arbitragem vazia, passando pelo procedimento; e *(ii)* regras sobre a escolha dos árbitros. Tais situações serão preenchidas pela vontade concordante das partes ou, em último caso, por decisão do juiz[534].

---

[532] C. A. CARMONA, *Arbitragem..., Op. Cit.*, p. 160.

[533] J. E. CARREIRA ALVIM, *Comentários à Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2002, pp. 69-70.

[534] S. M. F. LEMES, *Cláusulas Arbitrais Ambíguas* in P. A. B. MARTINS E J. M. R. GARCEZ (orgs.), *Reflexões Sobre Arbitragem*, São Paulo, LTR, 2002, p. 169-173.

No sistema brasileiro, o relatório do grupo responsável pela pesquisa da aplicação do art. 7.º da Lei de Arbitragem, no contexto da Pesquisa *Arbitragem e o Judiciário* capitaneada pelo COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM e pela FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, demonstrou que as ações fundadas no art. 7.º da Lei de Arbitragem são bem recebidas pelo Judiciário, que tem se esforçado em conferir efetividade a essas situações[535].

À guisa de conclusão, para os métodos de solução de controvérsias não jurisdicionais, embora possa ser proferida uma sentença substitutiva de declaração de vontade para que eles sejam realizados, tal situação poderá até inócua na medida em que a parte recalcitrante comparecerá e se negará a negociar, conciliar ou mediar, sem que nada possa ser feito, pois eventuais terceiros não decidirão. De qualquer modo, a vinculação das partes torna a solução por um MASC mais provável e o engenho das partes pode combinar métodos consensuais com métodos adjudicatórios, ampliando a eficácia do método adequado de solução de controvérsias.

[535] COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM E FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS, *Ação do art. 7.º da Lei de Arbitragem, Arbitragem e o Judiciário*, 2010, in www.cbar.org.br.

8. A Confidencialidade dos Métodos de Solução de Controvérsias *vis-à-vis* a Publicidade do Processo- Questão de Eficácia?

A questão da confidencialidade nos métodos de solução de controvérsias parte da dicotomia existente entre o sigilo convencional por vezes estabelecido pelas partes e o princípio da publicidade dos atos processuais.

Portanto, dever-se-ia pensar que nos métodos extrajudiciais esse problema se restringe à esfera de interesse das partes, mas, mesmo assim, haveria a questão da persistência do litígio caso um dos pontos discutidos sob a égide de cláusula de confidencialidade tivesse que ser trazido para o Judiciário. De outro lado, nos MASCs *Court Annexed* ou os que ocorrem no seio do Judiciário jamais, pelo menos no Brasil, poderia haver sigilo.

Entretanto, a resposta a esses pontos não é tão simples. Já se disse até que sigilo absoluto é uma ilusão[536], mas, para respondê-las, não basta uma análise geral dos métodos de solução de controvérsias, é preciso recuar e recorrer a todas as normas que os autorizam e os fundamentam. Como considera EDUARDO COUTURE[537], há uma tutela constitucional do processo e, por que não, dos métodos de solução de conflitos. É nesse viés interpretativo que se insere a questão. O ponto é saber de que modo os direitos fundamentais inscritos na Constituição, aqui especialmente o direito à publicidade dos atos processuais e a possibilidade de sigilo, devem ser analisados.

No direito brasileiro, em geral, a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas não é negado, mas tal interpretação deve levar em conta alguns valores, como o direito supostamente lesionado, nesse caso o acesso a

---

[536] M. V. B. PARTRIDGE, *Alternative Dispute Resolution: an essential competency for lawyers*, New York, Oxford, 2009, p. 142. Essa tem sido realmente a tendência nos EUA, como aponta D. QUEK, M*andatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program in* 11 Cardozo J. Conflict Resol. 479, p. 494.

[537] E. J. COUTURE, *Fundamentos... Op. Cit.*, p. 148.

informação processual ou a garantia da intimidade, o princípio da autonomia privada e o valor do pluralismo, por exemplo. A interpretação é complexa e multidimensional.[538]

A confidencialidade deve ser analisada em oposição à publicidade. Dessa maneira, recorremos ao art. 5.º, inciso LX, da Constituição Federal, que estabelece que qualquer restrição à publicidade dos atos processuais só é possível se tiver o fito de proteger a intimidade dos envolvidos ou se o interesse social o exigir.

A garantia à publicidade dos atos processuais é um corolário dos princípios também constitucionais do devido processo legal[539] e do direito à informação[540], uma garantia para que prestação jurisdicional, por meio de formas instrumentais adequadas – e isso inclui o processo e outras formas de solução de controvérsias –, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu.[541]

A matéria em referência é uma novidade da Constituição Federal de 1988 e tratada de modo formalmente constitucional[542]. O objetivo é conferir ao cidadão a possibilidade de tomar conhecimento de questões de seu interesse, particular ou geral. Tratando-se de processo civil, o objetivo é dar conhecimento dos atos processuais para permitir a participação do indivíduo.[543]

A finalidade, por conseguinte, é dúplice. De um lado, há o escopo de garantir a transparência e a fiscalização popular dos órgãos que exercem função pública, e de outro busca-se assegurar àquela que participa de um método de solução de

---

[538] J. R. G. PEREIRA, *Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares in* L. R. BARROSO (org.), *A Nova Interpretação Constitucional*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp.170-180 e 189-190.

[539] C. R. BASTOS, *Curso de Direito Constitucional*, 22.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 234.

[540] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 240.

[541] J. A. DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15.ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998, pp. 432-433.

[542] Para MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ainda nos primeiros momentos da Constituição Federal de 1988, a presença desse inciso no texto constitucional era desnecessária na medida em que esta questão estava regulada há muito nos Códigos de Processo Civil (M. G. FERREIRA FILHO, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1990, pp. 70-71).

[543] N. N. COSTA e G. M. ALVES, *Constituição Federal... Op. Cit.*, p. 33.

controvérsias a ciência de todos os atos e garantir a sua possibilidade de manifestação[544]. Assevera-se que o Judiciário resolve litígios às vistas da lei, com a sociedade como um todo, utilizando tal princípio como escudo e proteção contra arbitrariedades com julgamentos independentes e imparciais[545] e com participação de todos os envolvidos como atores ativos.

Na mesma linha, o processo civil define tal princípio a partir de uma interpretação constitucional, tornado tal norma de eficácia contida[546] adaptada ao nosso ordenamento jurídico garantindo harmonização ao sistema, especialmente porque dotado de normas promulgadas ou outorgadas sob a sua égide ou mesmo anteriormente.

Tal indicação está prevista em nosso sistema jurídico desde o Código de Processo Civil de 1939, arts. 5.º e 19, parágrafo único. De acordo com o preciso conceito de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

> *"No que diz respeito ao conhecimento pelas partes e seus patronos, as garantias constitucionais da publicidade dos atos do processo (Const., art. 5.º, inc. LX; art. 93, inc. IX) constituem apoio operacional à efetividade do contraditório, dado que as reações das partes são condicionadas à ciência dos atos que lhes dizem respeito"*[547].

O conhecimento das partes garante a higidez dos processos de solução de controvérsias em contraditório, e, nesse aspecto, se liga também ao ideal de segurança jurídica do sistema[548], com o tempero da instrumentalidade das formas como exigência dos ordenamentos jurídicos modernos, desde que o ato jurídico tenha atingido a

---

[544] A. DE MORAES, *Constituição do Brasil... Op. Cit.*, p. 401.

[545] N. A. M. DOS SANTOS, *Princípio da Publicidade in* O. DE OLIVEIRA NETO e M. E. DE C. LOPES, *Princípios Processuais Civis na Constituição*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008, pp. 175-176.

[546] Na medida em que o legislador pode, de modo subjetivo, impor limitações a ela, definindo o que são situações de necessária garantia da intimidade ou de interesse social (J. A. DA SILVA, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7.ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 113).

[547] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 240.

[548] Nesse sentido, comentando sobre a notificação judicial e a garantia de segurança jurídica: E. RIDENTI, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1957, p. 215.

sua finalidade[549]. Deve-se assim dar informação oficial às partes acerca dos acontecimentos processuais indicando também o que ocorrerá daqui em diante no processo de solução de controvérsias, conferindo segurança jurídica no método de solução de controvérsias.

Evidente que tal garantia não significa que os órgãos jurisdicionais tenham que certificar o conhecimento efetivo das partes acerca da notificação que encaminharam, mas, cumpridas as formalidades legais para intimação e cientificação das partes, será presumido que houve ciência. Comentando sobre esse aspecto, ENRICO TULLIO LIEBMAN afirmava que a notificação se considera existente e eficaz desde que se as prescrições legais sejam observadas.[550]

As disposições do Código Civil sobre o assunto caminham na mesma linha da Constituição, conferindo-se publicidade a todos os atos processuais, com exceção das situações previstas nos incisos do art. 155 do Código de Processo Civil (sendo o inciso I relativo a questões de interesse público e o inciso II relacionado à intimidade dos envolvidos), que coincidem até certo ponto com a disposição *in fine* do art. 5.º, inciso LX, da Constituição Federal.

A coincidência não é total na medida em que as hipóteses do inciso II do art. 155 do Código de Processo Civil se referem apenas às pessoas físicas, enquanto as disposições constitucionais permitem a utilização do princípio da publicidade e de sua restrição para pessoas jurídicas no tocante a questões que envolvam segredos industriais, estratégias empresarias etc..[551]

---

[549] C. MANDRIOLI, *Diritto Processuale...* pp. 400-402.

[550] E. T. LIEBMAN, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 4.ª ed., Milano, Giuffrè, 1980, p. 221.

[551] *"Segredo de justiça – Execução por título extrajudicial – Nomeação de administrador judicial da penhora, com acesso a todos os papéis e documentos de interesse econômico e financeiro da executada pessoa jurídica – Sigilo a ser preservado pelo juiz, a exemplo do que ocorre com declarações de bens à Receita Federal – Acesso aos advogados dos demandantes e a terceiros que o requererem mediante comprovação de interesse jurídico – Agravo provido em parte, com recomendação"* (TJSP, AI n.º 7.017.061-1, 12.ª Câm. de Dto. Privado, Rel. Des. CERQUEIRA LEITE, j. em 3 de agosto de 2005).

Os incisos do art. 155 do Código de Processo Civil indicam o chamado segredo de justiça, que impõe uma regra de publicidade restrita aos atos processuais sempre limitada aos valores envolvidos. Contudo, mesmo nesse caso, a restrição à publicidade não será absoluta, pois o terceiro que demonstrar interesse jurídico na causa poderá obter certidão do dispositivo da sentença, bem como do inventário e partilha resultante do desquite[552].

Com o sigilo, busca-se incentivar os métodos de solução de controvérsias como forma de solução de conflitos efetiva, evitando que as partes fiquem inibidas de utilizá-los em toda a sua potencialidade sem o receio de que informações relevadas e limites de negociação possam ser usados contra si próprias.

Não há como negar que os MASCs, em uma visão teleológica da jurisdição, representam uma face do escopo do processo, especificamente aquela que o indica como um instrumento de pacificação social. Transportando os ensinamentos de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, tem-se que o *"(...) escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade"*. [553]

Tratando especificamente desse aspecto da aplicação constitucional na arbitragem, ANTONIO MARIA LORCA NAVARRETE sustenta que a arbitragem tem uma natureza *"negocial-procesal"*, tratado como um sistema de garantias ordinárias de origem negocial[554]. Sendo uma determinada lei aplicada, portanto, o sistema de garantias sobre os quais ela gravita também será aplicado.

Partindo da análise da arbitragem como método de solução de controvérsias estabelecido no direito brasileiro, tem-se que não há impedimento para o sigilo que é comum nos processos arbitrais.

---

[552] N. DOS SANTOS, *Art. 155* in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado... Op. Cit.*, pp. 446-447.

[553] C. R. DINAMARCO, *Instituições... Op. Cit.*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 132.

[554] A. M. L. NAVARRETE, *Garantias Ordinarias Versus Garantias Constitucionales en el Arbitraje in* C. A. CARMONA e P. A. B. MARTINS (coord.), *Arbitragem – Estudos... Op. Cit.*, pp. 240-250.

Entretanto, há que se fazer um esclarecimento muito pertinente. Embora seja um procedimento que na maioria das vezes ocorre em sigilo, a arbitragem não é algo intrínseco do instituto, tal qual o princípio da autonomia da vontade. Nesse aspecto como indica CARLOS ALBERTO CARMONA, qualquer conflito entre publicidade e sigilo relativos à arbitragem trata-se de *"um falso dilema"*[555]. Isso significa que o sigilo pode ser estabelecido pelas partes e em geral o é, assim como pelos regulamentos de Câmaras de Arbitragem[556] nas hipóteses de arbitragens institucionais, mas nada impedirá que as partes renunciem a tal situação para que o procedimento deixe de ser sigiloso.

A CCI já teve a oportunidade de julgar casos envolvendo o sigilo da arbitragem algumas vezes.

No primeiro dos casos analisados, CCI n.º 2.745 e n.º 2.762/1977, reconheceu-se que o sigilo das informações não é algo estranho ao universo da arbitragem, e é utilizado com o escopo de que os litígios e as transações comerciais em discussão sejam levados ao conhecimento de terceiros, especialmente de concorrentes. Contudo, toda a análise de eventual violação e eventuais consequências do não

---

[555] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Processo... Op. Cit.,* p. 51.

[556] No caso da CCI, o sigilo é facultativo de acordo com o item 20.7: *"O Tribunal Arbitral poderá tomar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais".* Em sentido contrário é o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá: *"9.8. O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, dele participando somente as pessoas que tenham legítimo interesse. Nas audiências o presidente do Tribunal Arbitral diligenciará para que qualquer testemunha se retire do recinto da audiência durante o depoimento das partes ou de outras testemunhas"* (http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento português, acessado em 24 de fevereiro de 2011). A obrigatoriedade do sigilo foi mantida com outras palavras no regulamento da CCBC que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2012: *"14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem".* Na London Court of International Arbitration, o regulamento é no mesmo sentido: "*30.1 A menos que as partes acordem expressamente em contrário, por escrito, as partes obrigam-se, como princípio geral, a manter confidencial toda sentença na sua arbitragem, junto com todos os materiais no processo criados para os efeitos da arbitragem e todos os demais documentos apresentados por outra parte no processo que não sejam de outra forma de domínio público – salvo e na medida em que a revelação possa ser exigida de uma das partes por dever legal, para proteger ou fazer valer um direito legal, ou para fazer cumprir ou impugnar uma sentença em processo judicial de boa fé ante um tribunal nacional ou outra autoridade judicial"* (http://www.lcia.org/, acessado em 24 de fevereiro de 2011).

cumprimento do dever de sigilo são analisados à luz do direito material em discussão[557]. Por esse primeiro julgado pode-se verificar que o sigiloso não foi considerado um aspecto intrínseco da arbitragem, sendo decorrente do direito material, das legislações nacionais.

Nesse aspecto, em outro caso (CCI n.º 6.932/1992), a CCI aplicou o direito francês para o mérito a solução do litígio, considerou também existente uma tradicional confidencialidade nas arbitragens, mas com possibilidade de mitigação, por exemplo, em casos em que a publicação da sentença possa reparar danos a uma empresa ou produto[558]. Outro caráter importante: a confidencialidade deve ser analisada caso a caso e pode ser mitigada pelo árbitro.

Por fim, a cláusula de confidencialidade, quando existente ou decorrente da convenção de arbitragem, será *intuitu personae* nos termos do caso CCI n.º 7.983/1996 e à luz do direito suíço aplicado para a solução da controvérsia. Com a cessão do contrato principal, sem qualquer ressalva à cláusula não garante o sigilo primário[559]. Ou seja, a confidencialidade, quando se deseja a sua existência ou manutenção, deve ser explicitada.

A confidencialidade, portanto, é algo que se extrai com dos direitos nacionais e deve ser sopesado com os demais elementos do caso, por exemplo, as pessoas envolvidas e os limites de suas vinculações. Essa é a demonstração de que o sigilo não se confunde com a discrição, pode haver diferentes níveis de vinculação para diferentes pessoas que participam do procedimento. O árbitro deve ser discreto, tal qual exige a lei brasileira, mas não necessariamente tem obrigação de sigilo, assim como advogados[560], por exemplo. O papel do advogado terá consequencias contratuais no direito

---

[557] Caso CCI nnr. 2745 e 2762 de 1977 *in* S. JARVIN E Y. DERAINS, *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, The Hague, Kluwer Law, 1990, pp. 330.

[558] Caso CCI nr. 6719 de 1992 *in* J. J. ARNALDEZ, Y. DERAINS E D. HASCHER, *Collection... Op. Cit.*, p. 567.

[559] Caso CCI nr. 7983 de 1996 *in* J. J. ARNALDEZ, Y. DERAINS e D. HASCHER, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Wolters Klower, 2008, p. 574.

[560] Capítulo III do Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil. No caso dos advogados, exemplo mais claro de responsabilidade acerca de sigilo na área jurídica no direito brasileiro, há obrigação de o advogado não declarar nada daquilo que passou a ter conhecimento em razão de seu ofício (C. M. DA S. PEREIRA, *Responsabilidade Civil... Op. Cit.*, pp. 165-166).

brasileiro, ao contrário do direito francês em que o advogado exerce uma função pública.[561]

É em decorrência disso que se indica tal situação, geralmente, mas não sempre, como uma característica da arbitragem. De qualquer modo, há um tratamento diverso daquele dado à questão no tocante aos processos judiciais. Não obstante tal diferença, há que se discordar daqueles que veem no art. 13, § 6.º, da Lei de Arbitragem uma afirmação da obrigação de sigilo por parte do árbitro[562] e daqueles que consideram o sigilo como algo intrínseco do procedimento[563], e toda a questão se resolve no âmbito convencional. Mesmo sendo apontada como uma das principais vantagens da arbitragem, grande motivo para a escolha desse método de solução de controvérsias[564], a confidencialidade não pode ser vista como algo intrínseco ao procedimento.

Em primeiro lugar, a obrigação de o árbitro ser discreto, insculpida na referida norma legal, não se confunde com obrigação de confidencialidade. Sigilo e descrição são vocábulos com significados próximos, mas não são sinônimos. Enquanto o primeiro representa *"(...) aquilo que se deve manter totalmente privativo, sem o alheio conhecimento"*, o segundo indica *"circunspeção; sobriedade"*[565]. Como se vê, o fato de agir sem chamar a atenção dos demais, sem ter qualquer tipo de conduta espalhafatosa, não pode se confundir com a obrigação de guardar segredo. O discreto sabe selecionar aquilo que é conveniente falar, o sigiloso nada pronuncia sobre uma determinada questão.[566]

---

[561] A. E. DE QUEIROGA, *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 165.

[562] J. T. DE P. MUNIZ e A. T. P. BASÍLIO, *Arbitration Law... Op. Cit.*, p. 104.

[563] J. E. N. PINTO, *A Confidencialidade na Arbitragem* in http://www.ccbc.org.br/download/artarbit11.pdf, acessado em 24 de fevereiro de 2011, e C. LAMPERT e J. RENNÓ JR., *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública* in Revista Brasileira de Arbitragem n.º 4, São Paulo, IOB Thompson, 2004, p. 159.

[564] J. B. LEE, *O Princípio da Confidencialidade na Arbitragem Internacional in* C. M. VALENÇA FILHO e J. B. LEE, *Estudos de Arbitragem*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 286.

[565] F. J. CALDAS AULETE, *I Dicionário Aulete... Op. Cit.*, acessado em 24 de fevereiro de 2011.

[566] D. PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*, 19.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002, vocábulos *"discrição"* e *"sigilo"*.

Nesse aspecto, o árbitro poderia dizer, por exemplo, que há um processo arbitral sob os seus cuidados, sem maiores detalhes. Na regra geral, estaria sendo discreto, não violaria o art. 13, § 6.º, da Lei de Arbitragem[567]. Contudo, se tivesse alguma obrigação de confidencialidade, deveria dizer que não poderia se pronunciar sobre o assunto, aí estaria sendo mais do que discreto, estaria sendo sigiloso.

Assim, o árbitro deve ter comportamento circunspecto não comentando nada sobre causa que esteve ou está sob o seu cuidado, todavia o dever de segredo ou de confidencialidade deve ser definido expressamente[568] e de acordo com o princípio da autonomia da vontade[569]. Também é possível, como já se disse, que os regulamentos prevejam a arbitragem sigilosa. No entanto, de uma forma ou de outra, a solução é sempre convencional.

Em segundo lugar, porque de nada adiantaria apenas o árbitro ter obrigação de confidencialidade se os demais envolvidos no procedimento não a tiverem também. De nada adiantará exigir do árbitro o sigilo de suas informações se as partes estiverem liberadas para divulgá-las ou não tiverem nenhum dever legal de mantê-las sob sigilo. A existência desse dispositivo, havendo obrigação para que o árbitro aja sem expor o caso ou sobre ele fazer comentários, está muito mais ligada ao dever de imparcialidade e equidistância das partes que este tem do que com o eventual dever de tornar as informações da arbitragem confidenciais.

No âmbito internacional, YVES DERAINS ainda aponta um declínio da confidencialidade, sendo a arbitragem vítima do seu próprio sucesso, especialmente com a ampliação de procedimentos para obtenção de provas, devendo o

---

[567] O. CAPRESE, *A Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multiparte in* Revista Brasileira de Arbitragem n.º 8, São Paulo, IOB Thompson, 2005, p. 100.

[568] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Processo... Op. Cit.*, p. 246.

[569] Nesse aspecto é perfeita a conclusão do parágrafo final do texto de JOÃO BOSCO LEE, no sentido de que a autonomia da vontade é determinante para o sigilo na arbitragem (*O Princípio da Confidencialidade na Arbitragem Internacional in* C. M. VALENÇA FILHO e J. B. LEE, *Estudos de Arbitragem*, Curitiba, Juruá, 2008, p. 286.

processo ser protegido, e não eventuais situações que possam impedir o melhor julgamento[570].

Com entidades públicas o problema se agrava porque, além da publicidade genérica relativa a processos, aplica-se a publicidade dos atos da administração pública[571]. Como afirma DENNYS ZIMMERMANN, nesses casos, a arbitragem não poderá ser sigilosa[572]. Todavia, o sigilo presente no processo arbitral não afeta nenhuma regra da Constituição Federal, posto que os contratos administrativos que contenham cláusula compromissória serão divulgados, e a sentença arbitral decorrente de processo envolvendo o Estado também deverá ser divulgada.[573]

Na mesma linha, o Estado, por meio dos seus procuradores, advogados etc., não é obrigado a divulgar as peças elaboradas nos processos em que atua, mas a atuação da administração como um todo deve ser objeto de fiscalização e análise pelos administrados. É bom destacar ainda que a própria publicidades dos atos administrativos sofre limitações no caso dos contratos sigilosos previstos na Lei n.º 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e no Decreto n.º 4.553, de 27 de dezembro de 2002[574].

De todo modo, deve ser lembrado o caso do *Museu Gugguenhein* do Rio de Janeiro[575], o qual fora vetado, entre outros motivos, pelo sigilo exigido na cláusula compromissória do contrato que estipulava a sua construção. No caso, tratou-se de um grande equívoco do Judiciário brasileiro não só pela perda de um grande

---

[570] Y. DERAINS, *Evidence and Confidenciality* in *Confidenciality in Arbitration – 2009 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, ICC, 2009, pp. 57-71.

[571] C. A. CARMONA, *Arbitragem e Processo... Op. Cit.*, p. 51.

[572] D. ZIMMERMANN, *Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Princípios de Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que seja Interesse Público* in Revista de Arbitragem e Mediação, n.º 12, São Paulo, RT, 2007, p. 91.

[573] Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA manifesta o mesmo entendimento de que tal princípio não é absoluto, comentando acerca de pareceres: *"É de se ponderar, contudo, que os* pareceres *só se tornam públicos após sua aprovação final pela autoridade competente (...)". Comentário Contextual à Constituição,* São Paulo, Malheiros, 2005, p. 336.

[574] L. F. GUERRERO, *Convenção de Arbitragem... Op. Cit.*, p. 114.

[575] TJRJ, AI n.º 07839/2003, 13.ª Câmara Cível, Rel. Des. ADEMIR PIMENTEL, j. em 29.10.2003.

museu, mas também porque não se vislumbrou a exata dimensão da confidencialidade como aqui se expõe. Como assevera LAURO GAMA E SOUZA JÚNIOR:

> *"(...) não há antagonismo entre publicidade e arbitragem, cabendo à Administração, ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosas, mas, apenas, os aspectos da arbitragem que razoavelmente devam ser preservados da divulgação pública"*[576].

Nos demais MASCs, a lógica da confidencialidade apresenta especificidades.

Não obstante existam peculiaridades, que serão analisadas com vagar, é fundamental consignar que, assim como na arbitragem, a confidencialidade não é uma característica intrínseca da mediação ou da conciliação: *"A confidencialidade, embora com frequência considerada um aspecto importante e na verdade uma necessidade funcional da mediação, não é universalmente garantida ou necessária"*.[577]

Nesse Aspecto, GUSTAVO TRANCHO DE AZEVEDO afirma que tanto a confidencialidade não é uma característica inerente da mediação que não pode ser recomendada em setores públicos, por exemplo, não obstante a mediação seja utilizada e, no caso dos juizados especiais, haja a necessidade de se homologar o acordo decorrente de uma mediação por sentença, o que afasta o caráter sigiloso do procedimento. Contudo, duas necessidades do procedimento de mediação são apontadas para justificar a sua existência: *(i)* confiança no mediador: o poder do mediador sobre as partes é proporcional à confiança que as partes têm nele, é persuasivo, e a informação serve de papel fundamental para criar um clima de reciprocidade entre as partes; e *(ii)* proteção do processo: o esforço sincero na negociação é fundamental para que a mediação dê certo. Isso se torna mais fácil

---

[576] L. G. E SOUZA JR., *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado)* in Revista Brasileira de Arbitragem n.º 1, São Paulo, IOB Thompson, 2003, p. 35.

[577] G. T. DE AZEVEDO, *Confidencialidade na Mediação* in A. G. AZEVEDO, *Estudos de Arbitragem, Negociação e Mediação*, Vol. II, Brasília, UNB, 2003, p. 304.

quando as partes têm a garantia de que informações lá utilizadas não serão adotadas em outras esferas nem contra os seus interesses[578].

Verifica-se, portanto, a necessidade de proteção dos processos de mediação e de conciliação como métodos próprios de solução de controvérsias, e, de outro lado, especialmente para se impedir, por exemplo, que documentos produzidos, mas não efetivados em MASCs, possam ser transformados em pontos de partida para processos monitórios no sistema brasileiro, por exemplo, como se verá com mais vagar a seguir[579]. Isto é, o sigilo operaria uma proteção em face de implosões e explosões do sistema.

É exatamente sobre esse binômio que se fundam os processos de mediação ou de conciliação. Como métodos não jurisdicionais, a adesão é voluntária e, nesse aspecto, deverá haver confiança das partes naquele terceiro imparcial escolhido. De outro lado, por não serem vinculativos, a participação em tais processos também dependerá da vontade das partes, e a atuação proveitosa nesses processos, mais ainda.

Há muito existe o entendimento empírico de que a confidencialidade, de acordo com os termos expostos acima, é aspecto fundamental dos métodos de solução de controvérsias, principalmente a partir do caso *Macaluso*[580]. Nessa oportunidade consolidou-se o entendimento no sentido de que as partes estarão mais aptas a negociarem de modo amplo e aberto quando tiverem a garantia da confidencialidade. De outro lado, os mediadores, e o entendimento é plenamente aplicável aos conciliadores, não terão a sua neutralidade comprometida na medida em que poderão atuar com plena liberdade e segurança. Além disso, a obrigação de tornar o mediador uma testemunha certamente interferiria na sua neutralidade, pois, ao depor, estaria valorando, até

---

[578] G. T. DE AZEVEDO, *Confidencialidade... Op. Cit.*, pp. 305-308.

[579] Obviamente, a proteção a documentos no processo de mediação se restringe a documentos nele produzidos. Documentos produzidos em outras oportunidades não estarão sujeitos a proteção se apresentados no processo de mediação. Nesse sentido: Rojas vs. Superior Court, 33 Cal. 4th 407, 417 93 P.3d 260, 266 15 Cal.Rptr.3d 643, 650 (2004).

[580] *NLRB vs. Joseph Macaluso*, Inc., 618 F.2d 51 (9th Cir. 1980). Comentando sobre esse caso e seu impacto na análise da neutralidade do mediador, dentre outros: T. HOXIE, *Mediation Confidentiality in* L. FREEDMAN, C. HAILE and H. BOOKSTAFF (orgs.), *Confidentiality in Mediation: A Practitioner's Guide*, Los Angeles, ABA, pp. 112-113.

instintivamente, os fatos ocorridos, bem como poderia ser induzido a endossar a versão de uma das partes.[581]

Existe ainda um posicionamento intermediário que permite a comunicação entre mediadores e agentes governamentais, por exemplo, embora entenda-se que tal tipo de comunicação deva ser muito restrito e excepcional. Sugere-se até mesmo que os serviços de públicos, tais como promotores e agências, tenham contato com setores ou grupos de MASCs para terem conhecimento de informações, desde que aceitem cláusulas de confidencialidade[582]. Embora tal solução possa ser vista como uma aparente contradição, o fato é que, na verdade, não se viola nenhuma garantia de confidencialidade e, de outro lado, nem se permite que situações litigiosas se perpetuem e fiquem sem solução. Garante-se o acesso de órgãos públicos de investigação a tais documentos, permitindo-se a adoção de medidas legais cabíveis, ainda sob sigilo.

É exatamente esse o entendimento admitido pelo *Federal Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)*. De acordo com referido diploma legal, no qual as partes desde o momento em que aderem ao programa concordam em revelar todas as informações caso o Judiciário assim entenda necessário, há três situações específicas: *(i)* evitar manifesta injustiça; *(ii)* quando se indica violação da lei; e *(iii)* para impedir ameaças à segurança ou à saúde públicas.[583]

As situações indicadas pelo *Federal Administrative Dispute Resolution Act (ADRA)* para excepcionar a confidencialidade das mediações afiguram-se bastante adequadas. Obviamente a violação à confidencialidade, quando estabelecida, não deve ser uma regra, mas em situações excepcionais, como as ora comentadas, parece não

---

[581] Nesse sentido, pode ser destacado o posicionamento de R. BIRKE and L. E. TEITZ, *American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law: section ii u.s. mediation in 2001: the path that brought america to uniform laws and mediation in cyberspace* in 50 Am. J. Comp. L. 181, pp. 196-198. Para referidos autores, o sigilo na mediação deve ser absoluto.

[582] L. FREEDMAN, *Confidentiality: A Closer Look* in L. FREEDMAN, C. HAILE and H. BOOKSTAFF (orgs.), *Confidentiality… Op. Cit.,* p. 71.

[583] Comentando esse texto legal e seus dispositivos relacionados com os ADR: MAJOR T. J. TUTTLE, *Three's A Crowd: Why Mandating Union Representation At Mediation Of Federal Employees' Discrimination Complaints Is Illegal And Contrary To Legislative Intent in* 62 A.F. L. Rev. 127, pp. 141-142.

haver alternativa. O mesmo raciocínio é aplicado no Brasil em relação à arbitragem no setor público.

De outro lado, há o entendimento também comum na doutrina de que o interesse do Judiciário em alcançar a verdade material supera o interesse das partes e a garantia da confidencialidade. Há alguns casos relevantes sobre a questão da confidencialidade da mediação já decididos por cortes norte-americanas.

No caso *Olam vs. Congress Mortgage Co.* decidiu-se que o mediador pode ser obrigado a testemunhar em relação ao conteúdo final do eventual acordo celebrado no qual as partes dispensaram sua garantia de acordo com a legislação estadual de confidencialidade na mediação. Houve nesse caso ainda uma grande discussão sobre o papel do mediador em verificar o pleno exercício da capacidade jurídica pelas partes no momento da realização de uma mediação ou da celebração de um acordo. A grande questão era saber até que ponto o mediador poderia ser obrigado a prestar testemunho na medida em que as partes dispensaram a garantia legal do sigilo sem que, contudo, tal ato atingisse terceiros.[584]

No *In re Grand Jury Subpoena*, por sua vez, decidiu-se que os arquivos dos trabalhos decorrentes de uma mediação não teriam sujeição absoluta ao sigilo, especialmente, quando a informação lá obtida fosse relevante para um processo criminal[585]. É de imaginar a situação em que uma das partes revela que o crime praticado não foi cometido pela parte que está sendo acusada.

Até que ponto o sigilo deve ser absoluto e permitir a condenação de alguém que é inocente? Ou até mesmo em um processo cível em um relevante caso de responsabilização civil, na qual a sessão de mediação deixa claro que o problema se deu pelo mau uso de um produto, e não por uma falha em sua produção.

---

[584] *Olam vs. Congress Mortgage Co*, 68 F. Supp. 2d 1110 (N.D.Cal. 1999).

[585] *In re Grand Jury Subpoena*, 148 F.3d 47 (5th Cir. 1998). Diversos são os julgados nos sistemas de *Common Law* tratando da questão do sigilo nos processos de mediação, nesse sentido: N. H. ROGERS and C. A. MCEWEN, *Mediation: Law, Policy, Pratice*, Deerfield, Clark, Boardman, Callaghan, 1993, pp. 75 e seguintes.

Nessas hipóteses, parece claro que o sigilo, que embora importante não é intrínseco nem característico da mediação e da conciliação, seja, de alguma forma, mitigado. Nesse aspecto, deve ser trazida a lição de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA:

> *"Evidentemente, quando da confissão assim obtida se puder extrair fundado receio da prática de crimes futuros, não se poderá exigir o silêncio absoluto da testemunha, devendo ela diligenciar junto às autoridades a adoção das providências cabíveis (...)".*[586]

A mediação, portanto, flui em um ambiente de discussão livre a aberta. Entretanto, surgem questões importantes nesses aspectos, e o art. 408, (a), (2), do *Federal Rules of Civil Procedure*[587] norte-americano garante que provas ou afirmações obtidas durante negociações compromissadas de qualquer natureza não podem ser utilizadas no Judiciário. Nesse aspecto, a solução intermediária mencionada anteriormente parece bastante adequada[588]. O sigilo é importante para o desenvolvimento dos processos não jurisdicionais de solução de controvérsias, mas não pode ser absoluto.

Sistematizando o entendimento sobre os limites do sigilo na mediação no sistema norte-americano, TIMOTHY ROXIE afirma:

> *"Primeiro, deve-se proteger* ***todas*** *as comunicações feitas na mediação, excepcionadas até certo ponto aquelas informações*

---

[586] E. P. DE OLIVEIRA, *Curso de Processo Penal*, 7.ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2007. p. 356.

[587] *"**Rule 408. Compromise and Offers to Compromise***

(a) Prohibited uses. Evidence of the following is not admissible on behalf of any party, when offered to prove liability for, invalidity of, or amount of a claim that was disputed as to validity or amount, or to impeach through a prior inconsistent statement or contradiction:

(...)

(2) conduct or statements made in compromise negotiations regarding the claim, except when offered in a criminal case and the negotiations related to a claim by a public office or agency in the exercise of regulatory, investigative, or enforcement authority".

[588] No sistema brasileiro, a eficácia probatória extraída de tal disposição legal seria semelhante àquela existente no *"Art. 401. A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados"*. Há uma clara limitação dos meios de prova em relação a certas situações objetivas. No caso norte-americano, as informações obtidas na mediação não podem ser usadas como provas, e, no caso brasileiro, prova exclusivamente testemunhal não pode ser utilizada para demonstrar a existência de contratos de valor superior a dez vezes o do maior salário mínimo vigente.

> *entre as partes diretas ou por meio do mediador que forem: (a) necessárias para um processo decorrente de qualquer acordo resultante; ou (b) necessárias para demonstrar o descumprimento de qualquer obrigação de uma parte com outra, como a obrigação de negociar de acordo com regras de boa-fé. Segundo, deve-se evitar o testemunho do mediador, exceto se com o consentimento das partes e ainda se esse testemunho não impactar na efetividade da mediação".*[589]

No direito francês, a lógica também é semelhante. O art. 131-14 do *Code de Procédure Civile* prevê a confidencialidade na mediação, entendimento também aplicável na conciliação, das constatações obtidas pelo terceiro imparcial, bem como das informações trocadas pelas partes durante o processo.

De acordo com a *Cour de Cassation*, tal entendimento é ainda extensível àquelas hipótese em que, mesmo depois da realização de um acordo, há litígio judicial entre as partes que participaram de um MASC[590], considerando-se que quaisquer manifestações dos terceiros imparciais, ainda que no Judiciário, devem se limitar à informação de existência ou não de acordo entre as partes.[591]

A divulgação de informações de qualquer natureza por partes ou terceiros imparciais permite a obtenção de indenização civil pelos demais envolvidos no processo.[592]

Por seu turno, a Lei Modelo da UNCITRAL para Conciliação no Comércio Internacional dispõe em seu art. 9.º que a conciliação será confidencial a menos que o fornecimento de informações seja requerido pela lei ou para fins de efetivação

---

[589] *"First, it should protect* ***all*** *communications made in mediation except in so far as communications between parties either directly or through the mediator are: (a) necessary to a suit on any resulting agreement; or (b) necessary to prove breach of one's party's obligation to another, such as a duty to bargain in good faith. Second, it should prevent mediator testimony, except with the consent of both parties and the only when such testimony would not impair the mediator's future effectiveness"* T. HOXIE, *Mediation Confidentiality in* L. FREEDMAN, C. HAILE and H. BOOKSTAFF (orgs.), *Confidentiality… Op. Cit.*, pp. 116 (tradução livre do inglês).

[590] Cass. Crim., 28 février 2001, n.º 00-83.365, Évelyne X, Bull. n.º 54.

[591] A. TAVEL et J. L. LASCOUX, *Code de La Médiation*, Bordeaux, Médiateurs Éditeurs, 2009, p. 45.

[592] A. TAVEL et J. L. LASCOUX, *Code... Op. Cit.*, p. 45.

dos acordos celebrados[593]. Embora seja regra, a confidencialidade nesse caso não é vista como algo essencial ao processo de solução de controvérsias.

Mesmo em face do direito brasileiro, no qual existem dispositivos legais sobre a questão do sigilo profissional, a questão também é polêmica porque, via de regra, a obrigação de sigilo depende de uma função desempenhada pelo indivíduo na sociedade, quer seja ele médico, advogado ou religioso, por exemplo (arts. 5.º, inciso XIV, da Constituição Federal[594], 154 do Código Penal[595] ou 325 do Código Penal[596], dependendo do setor de atuação do profissional, se público ou privado,

---

[593] http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf, acessado em 17 de março de 2011.

[594] *"Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional."

[595] *"**Violação do segredo profissional***

Art. 154. Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação".

[596] *"**Violação de sigilo funcional***

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1.º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem: (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000)

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública; (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000.)

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito. (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000.)

§ 2.º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem: (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000.)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. (Incluído pela Lei n.º 9.983, de 2000.)

combinado com o art. 207 do Código de Processo Penal[597] e art. 229, inciso I, do Código Civil[598], combinado com o 406, inciso II, do Código de Processo Civil[599]).

Como ideia geral, a legislação brasileira trata a questão partindo do princípio de que algumas profissões, por peculiaridades específicas e pela necessidade de confiança nas informações que lhe são passadas, deve garantir sigilo.[600]

A legislação penal, composta pelos arts. 154 do Código Penal e art. 207 do Código de Processo Penal, trata como crimes a violação ao sigilo de alguns profissionais e, de outro lado, reforça e protege esse sigilo impedindo que tais profissionais sejam obrigados a depor. Do contrário, correr-se-ia o mesmo risco do sistema americano no sentido de que, de um lado há uma obrigação de garantir sigilo, mas de outro pode-se ser obrigado a depor de acordo com decisão judicial. Como já se viu, alguma mitigação talvez seja necessária em face de interesses sociais mais amplos.

Do ponto de vista da legislação civil brasileira, o Código de Processo Civil e o Código Civil também desobrigam aqueles que devam guardar sigilo profissional de prestar testemunho. Contudo, a questão da revelação é mais protetiva no tocante às testemunhas na medida em que evita que sejam obrigadas a qualquer revelação se isso puder causar-lhes prejuízo, pois o inciso III do art. 229 do CC pode ser aplicado e ensejar pedido de indenização daquele que foi prejudicado em face daquele que violou o dever de sigilo com base em regras de responsabilização civil[601]. De qualquer modo, os

---

[597] *"Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho".*

[598] *"Art. 229. Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:*

I – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo; (...)."

[599] *"Art. 406. A testemunha não é obrigada a depor de fatos:*

(...)

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo."

[600] Sobre a conceituação de função, ministério, ofício e profissão, *Vf.* J. F. MIRABETE, *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 488.

[601] F. G. TABOSA PESSOA, *Art. 406* in A. C. MARCATO (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado... Op. Cit.*, pp. 1.294-1.295.

comandos legais não representam a licença para o não comparecimento em audiências, apenas permite-se que não se revelem fatos.[602]

Como se vê, há certa diferença no tratamento entre o sistema penal e o sistema civil. Enquanto o primeiro permite a mitigação da confidencialidade em face de se permitir o esclarecimento de um crime, no sistema civil, a questão parece admitir menos exceções. Em função dos interesses com os quais um sistema e o outro lidam, tal diferenciação parece adequada, embora a questão seja polêmica e seja necessária uma análise criteriosa de exceções, não se podendo permitir que injustiças sejam mascaradas pela confidencialidade.

Além disso, parece não haver, hoje, amparo legal para que se exija a confidencialidade do mediador. O amparo, se existir, será apenas contratual. Em primeiro lugar, a função de mediador, termo que parece mais adequado na essência, na medida em que ele só exercerá tal função para determinados casos específicos, isto é, não estará investido do poder de mediar, não é, pelo menos por ora, regulamentada de algum modo, e, como se está analisando, o sigilo não é algo inerente da atividade, não pode decorrer do *"mero interesse de determinados grupos"*[603]. Em segundo lugar, ao que parece, a confidencialidade *per se* é apenas um facilitador do processo de mediação, uma espécie de agente potencializador da confiança e da sinceridade que as partes depositam nos mediadores ou conciliadores, posto que a segurança da confidencialidade surge muito mais para impedir que aquilo que foi explicitado pelas partes o fora em uma outra esfera do que necessariamente contribuir para o sucesso do procedimento.

O projeto de Código de Processo Civil, contudo, prevê não só a regulação da atividade de mediador, mas também especificamente o sigilo em procedimentos de mediação e conciliação. No caso, aplica-se a proteção ao interesse social na medida em que a ideia do legislador é utilizar os MASCs de modo auxiliar ao Judiciário e, nesse aspecto, os fatos revelados no seio desses procedimentos poderiam ser prejudiciais para os interesses das partes se fossem adotados no processo civil.

---

[602] N. DUARTE *in* C. PELUSO (coord.), *Código Civil... Op. Cit.*, p. 154.

[603] E. P. DE OLIVEIRA, *Curso... Op, Cit.*, p. 355.

Nesse aspecto, o legislador andou bem, pelos menos para os MASCs endoprocessuais, ao prever que mediadores e conciliadores, dada a natureza de suas funções, não poderão também depor sobre fatos ocorridos na sessão de mediação ou de conciliação (art. 144, § 2.º, do projeto de Código de Processo Civil). A questão da regulação, pelo menos *de lege ferenda*, será superada ao menos para os MASCs endoprocessuais. Vê-se que parte do problema estará resolvida, mas não se criará um sistema de solução de controvérsias amplo. A questão, para aquelas mediações e conciliações ocorridas fora do âmbito do Judiciário, permitidas pela nova sistemática de acordo com o art. 154 do projeto de Código de Processo Civil, continuará com o mesmo tratamento atual, vale dizer, contratual.

Ou seja, ainda de acordo com uma análise sistemática do direito brasileiro vigente e daquele que poderá entrar em vigor com o projeto de Código de Processo Civil, vê-se uma certa aproximação com o direito norte-americano e a razoabilidade de aplicação dos critérios de confidencialidade lá estabelecidos no direito brasileiro. A única exceção, *de lege ferenda*, parece ser a não obrigatoriedade de os mediadores e conciliadores brasileiros prestarem depoimentos, ao contrário do que ocorre em alguns casos no sistema americano, no qual, em algumas situações, tais profissionais podem ser compelidos a depor.

O que se busca garantir, portanto, é que o sigilo seja utilizado para prejudicar uma das partes. No entanto, quando todas participam do procedimento, embora sigiloso, não haverá ofensa à liberdade ou paridade de armas. É por isso que hoje o sistema processual brasileiro permite a tramitação de processos em segredo de justiça sem que tal permissão viole princípios constitucionais.

Assim, vê-se que a confidencialidade prevista nos métodos de solução de controvérsias não é intrínseca a elas nem da sua essência, mas tem uma razão de ser quando se pensa em um sistema integrado de solução de controvérsias sem que isso signifique uma subversão sistêmica. Divulgar informações de uma conciliação ou de uma conciliação certamente macularia seu bom resultado e interferiria no andamento de eventuais subsequentes arbitragens ou processos judiciais.

Caso a solução dada a essas situações pelo sistema norte-americano seja a mesma dada aqui, a adoção de instrumentos de confidencialidade impede dúvidas acerca da existência de um sistema legal de proteção de mediação nos MASCs no Brasil, bem como afasta os intérpretes norte-americanos de equívocos de aplicação de precedentes e regras jurídicas.[604]

De qualquer modo, uma violação de confidencialidade, por sua relação com os métodos de solução de controvérsias aqui apontada, não impedirá a produção de efeitos desses métodos, isto é, não interferirá nos seus resultados nem nos seus efeitos.

A simples existência de uma cláusula de solução de controvérsias não traz em si a ideia de confidencialidade. Caberá às partes interessadas, principalmente quando o direito brasileiro for aplicado, pensar na elaboração de um termo ou cláusula de confidencialidade, sem deixar de analisar com profundidade se a situação em comento pode ser abarcada por hipóteses de sigilo processual.

[604] J. E. GRENIG, *Alternative Dispute... Op. Cit.*, pp. 74-75.

9. Conclusão

A tendência observada hoje, não só no sistema jurídico brasileiro, é de um sistema de solução de controvérsias que permita diversas possibilidades ao jurisdicionado, conferindo a ele a possibilidade de adaptar o método de solução ao tipo de controvérsia que possa enfrentar.

Nesse contexto, são postos à disposição métodos de solução de controvérsias que podem ser caracterizados como consensuais, nos quais as próprias partes ou um terceiro imparcial não decidem, mas trabalham até que seja atingida uma solução, ou adjudicatórios, nos quais um terceiro imparcial escolhido pelas partes decide e impõe a sua decisão.

Nesse sentido, há uma recolocação do processo civil e sua relação com os demais métodos de solução de controvérsias a partir de uma releitura de institutos fundamentais, tais como a inafastabilidade da tutela jurisdicional e a própria jurisdição que deixa de ser vista como uma atividade exclusiva do Estado para ser aplicada a partir de um ponto de vista teleológico, especialmente para direitos patrimoniais disponíveis. Nesse aspecto, a tutela do Estado não se impõe com a mesma força, e os indivíduos podem se organizar de acordo com a lei, nas matérias em que podem realizar transações ou arbitragens, por exemplo. Cria-se um sistema multiportas de solução de controvérsias.

A análise dos objetivos dos métodos de solução de controvérsias, nesse sentido, demonstra de modo claro que a pacificação social é o liame que une todos os métodos de solução de controvérsias que se utilizam de diferentes instrumentos, poder estatal, acordo de vontade das partes e determinação legal para que a sua decisão tenha os mesmos efeitos de uma decisão judicial, vínculo contratual, persuasão etc. Em linhas gerais, a origem decorre da permissão estatal ou do acordo de vontade entre as partes.

E é exatamente a partir do fundamento de cada um dos métodos de solução de controvérsias que se verifica de que modo eles podem se organizar. Assim, o poder estatal pode disponibilizar métodos de solução de controvérsias em sua estrutura, bem como a lei pode permitir que as partes organizem métodos de solução de controvérsias sem depender da estrutura ou do funcionamento do Judiciário.

É interessante notar que há estruturas judiciárias que determinam os tipos de caso que serão solucionados por determinando método de solução de controvérsias; há outras que combinam métodos de solução de controvérsias para determinados assuntos e há aquelas que deixam tais decisões à escolha dos jurisdicionados. O mais correto, respeitando-se a natureza dos MASCs, é deixá-los à escolha dos indivíduos. Obviamente, devem ser estabelecidas regras que impeçam abusos e permitam a atuação de boa-fé das partes no exercício da suas autonomias de vontade.

De uma forma ou de outra, a adesão a qualquer método que não seja o Judiciário, pelo menos em um momento inicial, tem características contratuais, as bases são de direito privado. Estão edificados na autonomia da vontade, do *pacta sunt servanda* e da boa-fé. Todo o sistema é edificado em alicerces estabelecidos nesses princípios. Enquanto a primeira é responsável por permitir a liberdade de atuação dos indivíduos para a escolha do método de solução de controvérsias que mais lhe agrada, a segunda é fundamental para estabelecer os limites de tal exercício, com honestidade e lealdade das atuações das partes. O *pacta sunt servanda* representa a outra face da liberdade oferecida às partes, isto é, ela deve ser exercida com responsabilidade.

Nesse aspecto, o modelo brasileiro outorga instrumentos eficazes às partes, especialmente o compromisso e a transação, embora a recente alteração em nosso Código Civil não tenha correspondido à expectativas em alguns pontos. A figura do compromisso, por exemplo, poderia ter sido generalizada para não ficar restrita apenas à arbitragem, posto que tal instituto é dotado de legislação própria, e permitir a vinculação a outros métodos. A transação, por sua vez, deixou de ser uma forma de extinção de obrigações para ser um contrato, negócio jurídico, ampliando sua utilização como instrumento de solução de controvérsias. Desse modo, um instrumento de transação,

atualmente, pode ser utilizado com tranqüilidade para extinguir direitos e obrigações, mas também para regular relações jurídicas futuras.

Embora existam individualmente, os MASCs podem se dar em conjunto, em situações de sequência, sucessividade ou de escalonamento. A isso se chama escalonamento, etapas nas cláusulas de solução de controvérsias, representando um aspecto dinâmico dos métodos de solução de controvérsias. Nesse ponto surge um dos aspectos mais relevantes da conformação entre os métodos de solução de controvérsias, sendo necessário impor limites e realizar uma análise de acordo com as características de cada um deles. A arbitragem é um ponto de partida, porém, como se viu, apresenta características híbridas que ora a aproximam dos demais MASCs, especialmente na sua origem, mas tem também características que a aproximam do Judiciário. Desta maneira, regras como a do efeito vinculante da convenção de arbitragem não se aplicam aos demais MASCs, especialmente a mediação e a conciliação.

De que modo tais MASCs se relacionam entre si e com o Judiciário? Tais métodos podem ser vistos como verdadeiros sucedâneos do Judiciário, pressupostos processuais negativos, questões judiciais ou até condições da ação.

Dependendo do critério que se adote, as consequências serão diversas. Realidades muito diferentes empregam modelos também diferentes até por razões históricas e sociais. O estudo de modelos franceses, americanos e argentino, especialmente, e o conhecimento do modo finlandês, aplicados para o Brasil, permitem algumas conclusões.

A arbitragem no Brasil é consagradamente um método jurisdicional de solução de controvérsias, e, por isso, equiparar MASCs naturalmente não jurisdicionais, como mediação e conciliação, é algo inadequado, como faz o modelo finlandês. Da mesma forma, equiparar mediação e conciliação a métodos jurisdicionais, como alguns autores sugerem na França, padecerá do mesmo vício.

A natureza dos métodos de solução de controvérsias pode ser diferente, com consequências de vinculação e efetivação também diferentes.

Tratar os métodos consensuais como condições da ação ou pressupostos processuais, com exceção da arbitragem em relação ao Judiciário, posto que os dois últimos são métodos jurisdicionais, pelos motivos expostos é algo que tecnicamente pode ser feito em face da ausência de interesse de agir pela faceta da necessidade por aquele que pretende valer-se de um método jurisdicional sem valer-se de um MASC consensual, mas que pode gerar consequência práticas graves. Todavia, do ponto de vista de duração do processo e da demora da prestação da tutela jurisdicional, que não são nada razoáveis no Brasil, aguardar um pronunciamento judicial para que se confirme a necessidade da realização de uma conciliação ou uma mediação pré-processual após seis anos, como aconteceu em um caso francês aqui narrado, parece ser contrário aos objetivos buscados pelo sistema.

Tratar os MASCs consensuais como questões prévias parece ser a solução mais razoável. De um lado, tais métodos são efetivados e as partes, depois que os combinaram, devem realizá-los, mas apenas tendo o condão de suspender eventuais processos judiciais ou arbitrais para que todo o custo e esforço despendidos não sejam perdidos.

Entretanto, os métodos consensuais podem, como se disse, ocorrer fora do processo e, mesmo assim, não ser realizados. Nesse aspecto, a não realização de um método de solução de controvérsias consensuais pode ensejar indenização pela perda de uma chance ou por cláusulas penais que as partes tenham estipulado. Até o início do método de solução de controvérsias, sua disciplina é contratual e as partes podem fazer uso de regras de direito civil para fazer valerem os seus direitos. É fundamental lembrar que a exposição de um conflito não resolvido nos meios de comunicação, por exemplo, é algo que pode acarretar prejuízo para as empresas.

Como se vê, a execução por transformação com substituição da vontade de uma das partes não é possível apenas na arbitragem e no Judiciário, mas também nos demais métodos de solução de controvérsias pelo caráter vinculante aplicável a todos os MASCs no tocante à sua realização. Nesse contexto, além do que aqui se expôs,

destaca-se o Projeto de Lei do Senado n.º 517, 2011 do Senador RICARDO FERRAÇO, especialmente nos seus arts. 16 e 17.

De qualquer modo, a situação descrita no parágrafo anterior não levará à realização de um MASC que não seja jurisdicional na medida em que a vinculação existe entre as partes será eminentemente consensual. Nesse aspecto, as cláusula penais ganham importante relevo para incentivar a utilização dos MASCs pelas partes sendo a economia um incentivo para utilização do método de solução de controvérsias mais barato.

Na mesma linha, mas com maior dificuldade. Obviamente, qualquer disciplina indenizatória, partindo do ponto da boa-fé que as partes devem ter, faz que qualquer pleito indenizatório seja permeado pela ideia de mitigação do próprio dano. A parte prejudicada deve demonstrar que tentou solucionar a controvérsia e reduzir seus prejuízos, sendo estes causados exclusivamente pela desídia da parte contrária.

E as consequências obrigacionais e processuais podem ser cumulativas, sem nenhum prejuízo.

Outro aspecto importante diz respeito à confidencialidade. Tal qualificador não é intrínseco a nenhum método de solução de controvérsias e diversas foram as situações em que o dogma da confidencialidade foi quebrado. Os métodos de solução de controvérsias subsistem sem a confidencialidade, embora ela seja relevante em diversos pontos e situações, como em conflitos empresariais que guardem segredos industriais ou gerenciais, questões de família, entre outros.

BIBLIOGRAFIA

ABBUD, André Albuquerque de Cavalcante, *Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, São Paulo, Atlas, 2008.

ÁLVAREZ, Gladys Stella, *La Mediación y El Acceso a Justicia*, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, 2003.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Adr & the Law*, 20ª ed., Huntington, JP Juris, 2006.

ANDOLINA, Ítalo, *Contributto alla Dottrina de Titulo Esecutivo*, Milano, Giuffré, 1982.

ANDREWS, Neil, *The Modern Civil Process*, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (trad. Ingl.), *O Moderno Processo Civil*, São Paulo, RT, 2009.

AMARAL, Francisco, *Direito Civil – Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 225.

AMARAL SANTOS, Moacyr, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Vols. I, II e III, Rio de Janeiro, Forense, 1983.

AMORIM FILHO, Agnelo, *Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência in* Revista dos Tribunais – Edição Histórica, São Paulo, RT, 2010.

ANCEL, Pascal et COTTIN, Marianne, *L'efficacité Procédurale des Clauses de Conciliation ou de Médiation in* Recuil Le Dalloz, nº 21, 2003.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, *Ordem Pública e Processo – O Tratamento das Questões de Ordem Pública no Direito Processual Civil*, São Paulo, Atlas, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos, GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria Geral do Processo*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros 2010.

ARMELIN, Donaldo, BONÍCIO, Marcelo José, CIANCI, Mirna, QUARTIERI, RITA, *Comentários à Execução Civil*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

ARNALDEZ, Jean Jacques, DERAINS, Yves e HASCHER, Dominique, *Collection of ICC Arbitral Awards (1991-1995)* The Hague, Kluwer Law, 1997.

_____, *Collection of ICC Arbitral Awards (1996-2000)*, Wolters Klower, 2008.

_____, *Collection of ICC Arbitral Awards (2001-2007)*, Wolters Klower, 2008.

ARRUDA ALVIM, *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, 6ª ed., São Paulo, RT, 1997.

ASSIS, Araken, *Cumprimento da Sentença*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____, *Manual de Execução Civil*, 13ª ed., São Paulo, RT, 2010.

AZARA, Antonio e AULA, Ernesto, *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XIII, 3ª ed., Torino, UTET, 1957.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Negócio Fiduciário* in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 54, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 155-169.

AZEVEDO, André Gomma (org.), *Estudos de Arbitragem, Negociação e Mediação*, Vol. II, Brasília, UNB, 2003.

_____ (org.), *Estudos de Arbitragem, Negociação e Mediação*, Vol. III, Brasília, UNB, 2004.

AZULAY, Keren, *Knights Of The Round Table: Participant Selection Mechanism For Court-Related Deliberations* in 40 Creighton l. Rev., pp. 733-773.

BAKER E MCKENZIE, *The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook*, MockBa, Wolters Kluwer, 2009.

BAPTISTA, LUIZ OLAVO e PRADO, Maurício, *Construção Civil e Direito*, São Paulo, Lex Magister, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Jurisdição na Tradição Romano Canônica*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

_____, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 5ª Ed., São Paulo, RT, 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Sobre os Pressupostos Processuais* in *Temas de Direito Processual (quarta série)*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 83-93.

_____, *Comentários ao Código de Processo*, Vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1981.

_____, *Notas sobre o Problema da Efetividade do Processo* in Ajuris, Vol. 29, Porto Alegre, 1983.

_____, *Os Limites Objetivos da Coisa Julgada no Sistema do Novo Código de Processo Civil* in Temas de Direito Processual, 1ª ed., Primeira Série, São Paulo, Saraiva, 1988.

_____, *Tendenze Evolutive del Processo Civile* in Temas Fundamentais de Direito Processual, 1ª ed., Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 31-44.

_____, *La Nuova Legge Brasiliana Sull´Arbitrato in Temas Fundamentais de Direito Processual*, 1ª ed., Sexta Série, São Paulo, Saraiva, 1997, pp. 273-290.

_____, *Privatização do Processo* in *Temas de Direito Processual*, 1ª ed., Sétima Série, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 7-18.

_____, *Estrutura da Sentença Arbitral* in Revista de Direito Civil e Processual Civil, nº 16, São Paulo, Síntese, 2002, pp. 5-12.

_____, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

_____ (coord.), *Estudos de Direito Processual e Homenagem a Luiz Machado Guimarães*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1977.

_____, *Tutela de Urgência e Efetividade do Direito* in Revista de Direito Renovar, Vol. 23, 2003, pp. 45-58.

_____, *A Sentença Mandamental – da Alemanha ao Brasil in Temas de Direito Processual (Sétima Série)*, São Paulo, Saraiva, 2001.

_____, *O Processo Civil Contemporâneo: um enfoque comparativo* in Revista Brasileira de Direito Comparado nº 25, Rio de Janeiro, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 2004.

_____, *Temas de Direito Processual (quarta série)*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989.

BARNAUD, Caroline, *L'efficacité des clauses relatives aux litiges*, Tese de Doutorado em Direito apresentada na Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2009.

BARROSO, Luis Roberto (org.), *A Nova Interpretação Constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

_____, *Competência: aspectos teóricos e práticos* in Revista do Advogado, ano XXV, nº 84, São Paulo, AASP, 2005.

_____, *Direito e Processo*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001.

_____,*Tutela Cautelas e Tutela Antecipada: Tutelas Sumária e de Urgência*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001

BENIGNI, Francesco, e FRANZINI, Fulvio (orgs.), *Composizione delle Controversie Commerciali com le Procedure "ADR" . Oppotunità per le Imprese*, Milano, Giuffré, 2004.

BERMAN, Edward J., and BICKERMAN, John G., *Court-Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs*, Bethesda, American Bar Association, 1998.

BEVILACQUA, Clóvis, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, 8ª ed., Vol. IV, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1950.

BIENVENU, Pierre, *The Enforcement of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in Canada and the United States*, Annual Convention, International Bar Association (2002).

BIRKE, Richard and TEITZ, Louise Ellen, *American Law in a Time of Global Interdependence: U.S. National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law: section ii u.s. mediation in 2001: the path that brought america to uniform laws and mediation in cyberspace* in 50 Am. J. Comp. L. 181, pp. 181-225.

BITTAR, Carlos Alberto, *Direito dos Contratos e dos Atos Unilaterais*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

BOISSÉSON, Matthieu de, *Le Droit Français de L'Arbitrage – interne et international*, Paris, GLN, 1990.

BOYER, Louis, *La Notion de Transation*, Paris, Sirey, 1947

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar, *O Novo CPC*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Proporcionalidade e Processo – A Garantia Constitucional da Proporcionalidade, a Legitimação do Processo Civil e o Controle das Decisões Judiciais*, São Paulo, Atlas, 2006.

BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Deventer, Klower, 1994.

BRAGA NETO, Adolfo, *Mediação de Conflitos e Legislação Brasileira* in Valor Econômico, 24 de setembro de 2004, caderno E2

BRAGHETTA, Adriana, *A escolha da Sede da Arbitragem* in Revista do Advogado nº 87, São Paulo, AASP, 2006.

_____, *A Importância da Sede da Arbitragem*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

BRAND, Ronald A. *et al.*, *Guide to the International Sale of Goods Convention*, Vol. I, Eagan, West, 2010.

BUENO, Cássio Scapinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Vol. II, Tomo I, São Paulo, Saraiva, 2009.

_____, *Curso Sistematizado de direito Processual Civil*, Vol. III, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

_____ e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Aspectos Polêmicos da Nova Execução*, Vol. IV, São Paulo, RT, 2008.

BÜLOW, Oskar von, *La Teoria de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*, LICHTSCHEIN, Miguel Angel Rosas (trad. al.), 1ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

BUSHELL, Simon (org.) *Dispute Resolution in 48 Jurisdictions Wordwide*, London, Law Business Research, 2010.

BUTLER, A. E., *A Practical Guide to CISG*, The Hague, Aspen Publishers, 2007.

BUZAID, Alfredo, *Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1956.

_____, *Alienação Fiduciária em Garantia (Histórico)* in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 64-87.

_____, *Do Juizo Arbitral in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. LV, São Paulo, EDUSP, 1960.

CADIET, Loïc, *Droit Judiciaire Prive*, Paris, Litec, 1992.

CAHALI, Yussef, *Prescrição e Decadência*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008, p. 26.

CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo e PADILLA, Roberto E., *Negociación y Mediación*, 2ª ed., Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2006.

CALAMANDREI, Piero, *Direito Processual Civil*, 1ª ed., Vol. I, Campinas, Bookseller, 1999.

CALDAS AULETE, F. J., *IDicionário Aulete*, São Paulo, Lexikon Editora Digital, 2004, http://aulete.uol.com.br.

CÂMARA, Alexandre Freitas, *Arbitragem – Lei nº 9.307/96*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

CAPELLETTI, Mauro, *Processo Civil no Direito Comparado*, CARVALHO, Hermínio A. (trad. fr.), 1ª ed., Belo Horizonte, Editora ler, 2001

CAPRESE, Olivier, *A Constituição do Tribunal Arbitral em Arbitragem Multiparte in* Revista Brasileira de Arbitragem nº 8, São Paulo, IOB Thompson, 2005 pp. 82-100.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Tome 4, 22ª ed., Paris, PUF, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto, *Arbitragem e Processo*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

_____, *Arbitragem e Processo*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.

_____, *Arbitragem e Processo*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

_____, *Ensaio sobre a Sentença Arbitral Parcial* in Revista Brasileira de Arbitragem nº 18, São Paulo, IOB Thompson, 2008, pp. 7-26.

_____, BATISTA MARTINS, Pedro Antonio e LEMES, Selma Maria Ferreira (orgs.), *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____, BATISTA MARTINS, Pedro Antonio e LEMES, Selma Maria (coords.), *Arbitragem – Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares in Memoriam*, São Paulo, Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão, *Jurisdição e Competência*, 15ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

_____, *Arbitragem. Cláusula Compromissória. Cognição e Imperium. Medidas Cautelares e Antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da Justiça Estatal in Revista Brasileira de Arbitragem* n. 3, São Paulo, IOB Thompson, 2004.

_____ e CALMON, Petrônio (orgs.), *Bases Científicas para um Renovado Direito Processual*, 2ª ed., Salvador, Jus Podivm, 2009.

_____, *Cumprimento de Sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1936.

_____, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1929.

_____, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, Padova, CEDAM, 1933.

_____, *Titolo Esecutivo* in *Rivista di Diritto Processuale Civil*, Vol. VIII, Parte I, Padova, Cedam, 1931.

_____, *Sulla Causa Della Transazione in* Rivista di Diritto Commerciale, 2ª Parte, Milano, Casa Edittrice Dottore Francesco Vallardi, 1914.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Comentários à Lei de Arbitragem*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002

_____, *Tratado Geral da Arbitragem – Interno*, 1ª ed., Belo Horizonte, Mandamentos, 2000.

CARRION, Valentin, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 33ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

CARVALHO SANTOS, J. M., *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4ª ed., Vol. XI, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951.

_____, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 4ª ed., Vol. XIV, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951.

_____, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 3ª ed, Vol. XIII, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1945.

CASELLA, Paulo Borba, *Arbitragem – Lei Brasileira e Praxe Internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1999.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora, *Proceso, Autocomposicion y Autodefensa*, Ciudad de Mexico, UNAM, 1970.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO, *Programa de Responsabilidade Civil*, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2010.

CESARINO JUNIOR, A. F., *Tratado de Direito Social Brasileiro - Direito Processual do Trabalho*, Vol. IV, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1942.

CHALHUB, Melhim Namem, *Negócio Fiduciário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

CHEVALIER, Pierre DESDEVISES, Yvon e MILBURN, Phillip, *Les Modes Alternatifs de Réglement dês Litiges: lês voies nouvelles d´une autre justice*, Paris, La Documentation Française, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, 1ª ed., Napole, Jovene, 1928.

_____, *Principii di Diritto Processuale Civile*, Napole, Jovene, 1928.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, *Teoria e Prática dos juizados Especiais Estaduais e Federais*, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

CLAY, Thomas, *Vive La Chambre Mixte in* Recuil Le Dalloz, nº 22, 2003.

CLIFFORD, Mary Louise, and JENSSEN, LYNN A., *Court Case Management Information System Manual*, Williamsburg National Centre for State Courts, 1980

CIANCI, Mirna e QUARTIERI, Rita, *Temas Atuais da Execução Civil*, 1ª ed., São Paulo, saraiva, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo, *Il Principio di Economia Processuale*, Vol. I, Padova, CEDAM, 1980.

_____, *La Durata Ragionevole Del Processo e Le Forma Alternative di Tutela* in Rivista di Diritto Processuale, Ano LXII (Seconda Série), nº 3, Padova, CEDAM, pp. 591-619.

COSTA, Marina Mendes, *Comentários ao Laudo Final Proferido em 27 de janeiro de 2000 no Procedimento CCI nº 10.551* in Revista Brasileira de Arbitragem nº 2, São Paulo, IOB Thompson, 2004, pp. 144-157.

COSTA, Susana Henriques da, *Condições da Ação*, São Paulo, Quartier Latin, 2005

_____(coord.), *A Nova Execução Civil – 11.232/05*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.

_____, *Execução Extrajudicial*, São Paulo, Quartier Latin, 2007.

COSTA, Nelson Nery e ALVES, Geraldo Magela *Constituição Federal Anotada e Explicada*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

COSTA, Judith Martins, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1ª ed., São Paulo, RT, 2000.

_____, *Comentários ao Novo Código Civil*, Vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 2003.

COUCHEZ, Gérard, *Procédure Civile*, 12ª ed., Paris, Dalloz, 2002.

COUTURE, Eduardo Juan, *Fundamentos Del Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial BdeF, 2005.

_____, *Vocabulário Jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1988.

CREMADES, Bernardo M., *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*,Madrid, CPR Institute for Dispute Resolution, 2004.

CRETELLA NETO, José, *Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CUNHA GONÇALVES, Luis, *Dos Contratos em Especial*, Lisboa, JM, 1955.

DALL´AGNOL, Antonio, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, 2ª Ed., São Paulo, RT, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000

DAVID, René, *L´arbitrage Dans Le Commerce International*, 1ª ed., Paris, Economica, 1981.

DELVOLVÉ, Jean-Louis, ROUCHE, Jean and POINTON, Gerald H., *French Arbitration Law and Pratice*, The Hague, Klower Law International, 2003.

DERAINS, Yves, *Evidence and Confidenciality* in *Confidenciality in Arbitration – 2009 Special Supplement ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, ICC, 2009, pp. 57-71.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, *Pressupostos Processuais* e *Condições da Ação*, 1ª ed., São Paulo, RT, 2005.

_____, WAMBIER, Luiz Rodrigues, e GOMES, Luiz Manoel (orgs.), *Constituição de Processo*, Salvador, Juspodivm, 2007,

DINAMARCO, Cândido Rangel, *Execução Civil*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 5ª ed., Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Vol. I, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Vol. II, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, 6ª ed., Vol. III, São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. IV, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

_____, *Vocabulário do Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009

_____, ASSIS, Araken de, e BEDAQUE, José Roberto dos, *A Nova Execução Civil (Lei n. 11.232/05)*, AASP, São Paulo, de 6 a 9 de fevereiro de 2006.

_____ *et. al. Dinamarco e Rossi Advocacia, 20 anos, no prelo.*

DOLLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

_____ e TIBURCIO, Carmen, *Arbitragem Comercial Internacional*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

EGASHIRA, Fábio de Possídio, *A Reconstrução da Teoria Contratual sob o Enfoque do Princípio da Boa-fé Objetiva no Código Civil de 2002*, Curitiba, Edições Bagaço, 2008

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *Extinção do Processo e Mérito da Caus*a in Revista de Processo, nº 58, São Paulo, RT, 1990, p. 7-32.

_____, *A Coisa Julgada nas Ações de Alimentos* in REPRO nº 62, São Paulo, RT, 1992.

FAZZALARI, Elio, *L´Arbitrato*, 1ª ed, Torino, UTET, 1997.

_____, *L'esperienza del Processo nella Cultura Contemporanea* in Rivista di Diritto Processuale, Vol. XX, Podova, CEDAM, 1965.

FERNANDES, Adaucto, *O Contrato no Direito Brasileiro*, Vol. I, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Filho Editor, 1945.

FERNANDES, Antonio Scarance, *Prejudicialidade: Conceito, Natureza Jurídica, Espécies Judiciais*, São Paulo, RT, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994.

FERREIRA, Sérgio de Andréa, *A arbitragem e a Disponibilidade de Direitos no Ius Publicum Interno* in P. A. B. MARTINS e J. M. R. GARCEZ (orgs.), *Reflexões sobre Arbitragem*, 1ª ed., São Paulo, LTr, 2002, pp. 29-56.

FERREIRA, JOSÉ ALVES, *Da Cláusula Penal in Revista dos Tribunais* nº 301, São Paulo, RT, 1960.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, São Paulo, Saraiva, 1990.

FERREIRA LEMES, Selma Maria, *Árbitro – princípios da independência e da imparcialidade*, 1ª ed., São Paulo, LTr, 2001.

_____, *Cláusula Escalonada, Mediação e Arbitragem* in *Resultado - Informativo de Mediação e Arbitragem Empresarial*, CACB – Confederação das Associações Comerciais do Brasil, Brasília, 2005, pp. 40-42 http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo49.pdf, acessado em 18 de maio de 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, *Arbitragem, Jurisdição e Execução*, 2. ed., São Paulo, RT, 1999.

FILKENSTEIN, Cláudio, VITA, Jonathan B. e CASADO FILHO, Napoleão, *Arbitragem Internacional, Unidroit, CISG e Direito Brasileiro*, 1ª Ed., São Paulo, Quartier Latin, 2010.

FISHER, Robert, URY, Willian e PATTON, Bruce *Getting to Yes*, 2ª ed., New York, Penguim Books, 1991.

FOUCHARD, Phillip, *L'Arbitrage Commercial International*, 1ª ed., Paris, Dalloz, 1965.

FRANÇA, Rubens Limongi, *Teoria e Prática da Cláusula Penal*, São Paulo, Saraiva, 1988.

FREEDMAN, Lawrence, HAILE, Christopher and BOOKSTAFF, Howard (orgs.), *Confidentiality in Mediation: A Practitioner's Guide*, Los Angeles, ABA, 1985.

FRADERA, Vera Maria Jacob, *Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo?* in Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, Padma, 2004, pp. 109-119.

_____,

FREDERICO MARQUES, José, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1ª ed., Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1960.

FURNO, Carlo, *Condana e Titulo Esecutivo* in Rivista Italiana per Le Scienze Giuridece, Roma, Universitá di Roma, 1937.

FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil***,** Rio de Janeiro, Forense, 2004

_____, NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo, RT, 2006.

GAILLARD, Emmanuel *Legal Theory on International Arbitration*, Martinus Nijhoff, Lieden, 2010.

GALANTER, Marc, *The Quality of Settlements*, Mo. J. Disp. Res. 55 in www.lexisnexis.com, acessado em 10 de julho de 2011, pp. 67-68 e 82-83.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, 14ª ed., Padova, CEDAM, 2008.

GARBAGNATI, Edoardo, *La Sostituzione Processuale*, Milano, Giuffré, 1942.

GARCEZ, José Maria Rossani, *Escolha da Lei Substantiva da Arbitragem* in Revista de Arbitragem e Mediação, Ano II, nº 4, São Paulo, RT, janeiro-março de 2005, pp. 49-61.

GASPAR, Renata Álvares, *Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil*, São Paulo, Atlas, 2009.

GIANNICO, Maurício, e MONTEIRO, Vitor José de Mello, *As Novas Reformas do CPC e de Outras Normas Processuais*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

GIBBONS, Thomas F. e MORROW, Jennifer W., *Mediation Trainning*, Chicago, Northwestern University, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro*, Vol. III, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

_____, *Direito Civil Brasileiro*, Vol. I, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.

GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank E. A., ROGERS, Nancy H., e COLE, Sarah Rudolph, *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation, and Other Process*, 4ª ed., New York, 2003.

GOLDSMITH, Jean-Claude (org.), *ADR in Business*, 1ª ed., Alphen aan den Rijin, Klower Law International, 2006.

GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GORCHS, Béatrice, *Le Contrôle Judiciare des Accors de Règlament Amiable* in *Revue de L'Arbitrage*, 2008, no 1, Paris, Litec, 1996, pp. 33-67.

_____, *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GRECO FILHO, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 14ª ed., Vol. II, São Paulo, Saraiva, 2000.

_____, *Homologação de Sentença Estrangeira*, São Paulo, Saraiva, 1978.

GRENIG, Jay E., *Alternative Dispute Resolution*, Vol. I, 3a ed., New York, Thomson West, 2005

GRINOVER, Ada Pelegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo (coord.), *Participação e Processo*, 1ª ed., São Paulo, RT, 1988.

_____, WATANABE, Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano (coord.), *Mediação e Gerenciamento do Processo*, São Paulo, Atlas, 2007.

_____, *Le Garanzie del Processo Civile nella Nuova Costituizone Brasiliana* in *Novas Tendências do Direito Processual*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

_____, *Considerações sobre os Limites Objetivos e a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada* in Revista de Direito Civil e Processual, Ano III, nº 16, São Paulo, Síntese, 2002, pp. 22-29.

_____, FILOMENO, José Geraldo Brito, FINK, Daniel Roberto, WATANABE, Kazuo *et. al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Cometado pelos Autores do Anteprojeto*, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.

_____, *O Princípio do Juiz Natural e sua Dupla Garantia*, in Revista de Processo nº 29, São Paulo, RT, 1983.

_____, *O Processo Civil em Evolução*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1996.

GUERRERO, Luis Fernando, *Arbitragem e Jusridição: Premissa ä Homologação da Sentença Arbitral Estrangeira* in Revista de Processo n. 159, São Paulo, RT, 2008.

_____, *Convenção de Arbitragem e Processo Arbitral*, São Paulo, Atlas, 2009,

GUINCHARD, Serge, *et. al.*, *Droit Processuel – Droit Commun et Droit Comparé du Process*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2005.

_____ e FERRAND, Fréderic, *Procédure Civile*, 28ª ed., Paris, Dalloz, 2006.

HARRINGTON, Christine B., *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternative Court*, Westport, Greenwood Press, 1985.

HAZARD JR., Geoffrey e TARUFFO, Michelle, *American Civil Procedure – An Introduction*, New Haven, Yale University Press, 1993.

HERZOG, Peter, *Civil Procedure in France*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1967.

HONEYMAN, Christopher, *The Next Frontier is Antecipation: Thinking ahead about Conflict to Help Clients Find Constructive Ways to Engage Issues in Advance*, *in Wiley Interscience*, www.interscience.wiley.com, Vol. 25, no. 6, 2007, p. 99.

HONNOLD, John O., *Uniform Law for International Sales under de 1980 United Nations Convention*, 4ª ed., The Hague, Wolters Kluwer, 2009.

HOUAISS, Antonio, VILLAR, Mauro de Salles e FRANCO, Francisco Manoel de Mello, *Dicionário Eletrônico Huaiss da Língua Portuguesa*, *Editora Objetiva, 2002*

HOUSZ, Arnold Ingen (editor), *ADR in Business*, Vol. II, New York, Wolter Klower, 2003.

HUBER, Peter and MULLIS, Alastair, *The CISG: A New Textbook for Students and Practioners*, Munich, European Law Publishers, 2007.

IMHOF, Cristiano, *Código Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, 2ª ed., Florianópolis, Conceito Editorial, 2009.

ISSACHAROFF, Samuel, *Civil Procedure*, New York, Thompson West, 2005.

JARVIN, Sigvard e DERAINS, Yves *Collection of ICC Arbitral Awards (1974-1985)*, The Hague, Kluwer Law, 1990.

_____ e ARNALDEZ, J. J., *Collection of ICC Arbitral Awards (1986-1990)*, The Hague, Kluwer Law, 1994.

JARROSSON, Charles, *Jurisprudence Française* in *Revue de L'Arbitrage*, 1996, no 4, Paris, Litec, 1996, pp. 613-619.

_____, *La Notion d´Arbitrage*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 1987.

JENSSEN, André e MEYER, Olaf (eds.), *CISG Methodology*, Munich, European Law Publishers, 2009.

JOSEPH Q. C., David, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, London, Sweet & Maxwell, 2005.

KLEINHEISTERKAMP, Jan, *International Commercial Arbitration in Latin America*, Dobbs Ferry, Oceana Publications, 2005.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, João Batista Machado (trad.), 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado Editora, p. 328-329

KING JR., John H., *Causation, Valuation and Chance in Personall Injury Torts in* 90 YLJ, 1981, p. 1.353 e seguintes.

KLEIN, John, *Good Faith in International Transactions*, Liverpool Law Review, Vol. 15, 1993, pp. 155 e seguintes.

KOLB, Deborah M., *The Mediator*, Cambridge, The MIT Press, 1985.

KÖTZ, Hein and OTTENHOF, Reynald (orgs.), *Les Conciliateurs, La Conciliation, un étude comparative*, Paris, Economica, 1983.

KOVACH, Kimberlee K., *Mapping Mediation: The Risks of Riskin´s Grid* in Harvard Negotiation Law Review nº 71, LEXSEE, 1998, p. 77, acessado em 10 de fevereiro de 2009.

LACERDA, Galeno, *Ação Rescisória e Homologação de Transação* in Ajuris nº 14, Porto Alegre, 1978.

LAGARDE, Xavier, *L'Efficacité de Clauses de Conciliation ou de Mediatión in Revue de L'Arbitrage*, 2000, nº 3, Paris, Litec.

LAGRASTA, Valéria, *O Anteprojeto De Código De Processo Civil, A Conciliação E A Mediação***,** in http://novo.direitoprocessual.org.br/content/blocos/109/1, acessado em 12.10.2010.

LAMPERT, Cláudio e RENNÓ JR., Joel, *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública* in Revista Brasileira de Arbitragem nº 4, São Paulo, IOB Thompson, 2004 pp. 109-161.

LARROUMET, Christian, *Droit Civil*, Tome III, 3ª ed., Paris, Economica, 1996.

LAWSON, Harry O. and GLETNE, Barbara J., *Workload Measures in the Court*, Williamsburg National Centre for State Courts, 1980.

LEAL, Antonio Luiz Câmara, *Da Prescrição e Decadência*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1982.

LEE, JOÃO BOSCO e VALENÇA FILHO, Clávio, *MBV Commercial and Export Management Establishment C. Resil Indústria e Comércio Ltda*. in Revista Brasileira de Arbitragem nº 3, São Paulo, IOB Thompson, 2004.

LEISINGER, Benjamin K., *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods*, Munich, European Law Publishers, 2007.

LEITE, Clarisse Frechiani Lara, *Prejudicialidade no Processo Civil*, 1ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.

LEW, Judith M., MISTELIS, Judith M. e KROLL, Stefan Michael, *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague, Klower International, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Vol. I, Cândido Rangel Dinamarco (trad. It.), São Paulo, Malheiros, 2005.

_____, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 4ª ed., Milano, Giuffrè, 1980.

_____, *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, Alfredo Buzaid e Benvindo Aires (trad. It.), Ada Pellegrini Grinover (atual.), 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

_____, *Le Opposizione di Merito nel Processo di Esecuzione*, Roma, Foro Italiano, 1931.

_____, *I Pressuposti dell`Esecuzione Forzata* in *I Problemi del Processo Civile*, Napoli, Morano, 1962.

_____, *Processo de Execução*, Araraquara, Bestbook, 2003.

LOOKOFSKY, Joseph, *Understanding the CISG*, 3ª ed., The Hague, Wolthers Klower, 2008.

LOPES, João Batista e CUNHA, Leonardo José Carneiro, *Execução Civil (Aspectos Polêmicos*, São Paulo, Dialética, 2005.

LORENCINI, Marco Antonio Garcia, *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias convivência e formas de pacificação social: uma sugestão de integração*, Tese apresentada para obtenção do Título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

LUHMANN, Niklas, *Legitimation durch Verfahren*, CÔRTE REAL, Maria da Conceição, (trad. alemão), *Legitimação pelo Procedimen*to, Brasília, UNB, 1980.

MCZEE, Steven Baicker, JANSSEN, William M. and CORR, John B., *A Student's Guide to the Federal Rules of Civil Procedure*, 11ª ed., Saint Paul, Thompson West, 2008.

MAGALHÃES, José Carlos, *Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros*, RT 740, São Paulo, RT, 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus, *A Transação no Direito Civil e no Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva, 1999.

MANDRIOLI, Crisanto, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, 14ª ed., Torino, G. Giappochelli, 2002.

MARCATO, Antonio Carlos, (coord.), *Código de Processo Civil Interpretado*, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 2008.

MARCUS, Richard L., REDISH, Martin H. e SHERMAN, Edward F., *Civil Procedure. A Modern Approach*, 4ª ed., St. Paul, IOB Thompson, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima, *Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência Entre o Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002 in* Revista da ESMESE nº 7, Aracaju, ESMESE, 2004.

_____ e ARAÚJO, Nadia de (orgs.), *O Novo Direito Internacional – Estudos em Homenagem a Erik Jayme*, rio de Janeiro, Renovar, 2005.

MARTINS, Pedro Antonio Batista, *Apontamentos Sobre a Lei de Arbitragem*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

_____ e GARCEZ, José Maria Rossani (orgs.), *Reflexões Sobre Arbitragem*, São Paulo, LTR, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito Processual do Trabalho*, 25ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

_____, *Comissão de Conciliação prévia e Procedimento Sumaríssimo*, 2ª ed. - São Paulo, Atlas, 2001.

MATTIA, FÁBIO MARIA DE, *Cláusula Penal Pura e Cláusula Penal não Pura* in Revista dos Tribunais nº 385, São Paulo, RT, 1967.

MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

MAZZARELLA, Ferdinando, *Contributo allo Studio del Titolo Esecutivo*, Milano, Giuffré, 1965.

MENDES PIMENTEL, Álvaro, *Da Cláusula Compromissoria no Direito Brasileiro*, Rio de Janeiro, Typ. Do Jornal do Commercio, 1934.

MENDES PIMENTEL, F., *Fornecimento de Energia Electrica in* Revista Forense, Vol. XXVI, Rio de Janeiro, Forense, 1916, pp. 76-100

MENDONÇA DE LIMA, Alcides, *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, RT, 1986.

MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2001

MENKEL-MEADOW, Carrie, *Ethics In Adr: The Many "Cs" Of Professional Responsibility And Dispute Resolution* in 28 Fordham Urb. L.J., 2001, pp. 979-990.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de, *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*, 1ª ed., Vols. I e II, São Paulo, RT, 2005.

MÜLLER, Christoph, *La Perte d'une Chance*, Berne, Stæmpfli Editions, 2002

MILLS, Mirian K., *Systematic Analysis in Dispute Resolution*, New York, Quorum Books, 1991

MIRABETE, Julio Fabrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo, Atlas, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, 33ª ed., Vol. V, São Paulo, Saraiva, 2001.

MONTEIRO, Antonio Pinto (coord.), *Contratos: Actualidade e Evolução*, Porto, Universidade Católica Portuguesa, 1997.

_____, *Cláusula Penal e Indemnização*, Coimbra, Almedina, 1999.

MOORE, Christopher W., *The Mediation Process*, 3ª ed., San Francisco, Jossey-Bass, 2003.

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil Anotada e Legislação Constitucional*, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.

MOSER, Luis Gustavo Meira, *Contrato Internacional de Licenciamento – Cláusula Escalonada ou Sequencial –Reconhecimento da Validade da Sentença Arbitral sem a Observância ao Procedimento Pré Arbitral* in Revista Brasileira de Arbitragem nº 15, São Paulo, IOB Thompson, 2007, pp. 181-199.

MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASÍLIO, Ana Tereza Palhares, *Arbitration Law of Brazil: Practice and Procedure*, Huntington, Juris Publishing, 2006.

NAGEL, STUART S. e MILLS, Miriam K., *Multi-Criteria for Alternative Dispute Resolution*, New York, Quorum, 1990.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Curso de Direito Processual do Trabalho*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.

NEELY, Richard, *Why Courts Don't Work*, New York, McGraw Hill, 1983.

NEGRÃO, Thetonio, GOUVÊA, José Roberto F., BONDIOLI e Luis Guilherme Aidar, *Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em Vigor*, 43ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

NEIRA, Lilian Cecilia San Martín, *Del Debber del Acredor de Evitar o Mitigar el Daño: Estudio Histórico Comparado*, Tese para obtenção do Título de Doutora na Universitá degli Studi di Roma "Tor Vergata", Facoltá di Giurisprudenza, Roma, 2010.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2002.

_____, WAMBIER, Luiz Rodrigues, SANTOS, Ernani Fidelis dos, e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Execução Civil, Estudos em Homenagem a Humberto Theodoro Júnior*, São Paulo, RT, 2007.

_____ e NERY, Rosa Maria de Andrade, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil – Direito de Obrigações e Direito Negocial*, Vol. II, São Paulo, RT, 2010.

_____, *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações*, São Paulo, Saraiva, 2003.

NUNES, Thiago Marinho, *Análise dos Efeitos da Prescrição Extintiva na Arbitragem Interna e Internacional com Visão a Partir do Direito Brasileiro*, Tese de Doutorada apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Sâo Paulo, São Paulo, janeiro de 2011.

NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.

O'BANNON, Linda M., *Aba Section Focus: Alternative Dispute Resolution: Employment Dispute Resolution - Edr* in The Alaska Bar Rag., 2007, pp. 29-30.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro, *Do Formalismo no Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de e LOPES, Maria Elizabeth de Castro, *Princípios Processuais Civis na Constituição*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008.

OTHON SIDOU, J. M., *Sobre o Novo Código Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.

PACE INSTITUTE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW and IACCM, *Drafting Step Clauses: Na Empirical Look at Their Practicality and Legality in http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/ODR/Pace_Law_and_IACCM_Step_Clause_Drafting_Manual.pdf*, acessado em 17 de março de 2011.

PALMER, Eduardo e LOPEZ, Eliana, *The Use of Multi-Tired Dispute Resolution Clause in Latin America: Questions of Enforceability in* The American Review of International Arbitration nº 14, Juris Publishing, 2003, pp. 285-294.

PARIZ, Ângelo Aurélio Gonçalves, *O Princípio do Devido Processo Legal*, 1ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

_____, *Alienação Fiduciária em Garantia (Doutrina)* in Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 6, São Paulo, Saraiva, 1978, pp. 55-64.

PARTRIDGE, MARK V. B., *Alternative Dispute Resolution: an essential competency for lawyers*, New York, Oxford, 2009.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira, *Análise Econômica da Litigância*, Coimbra, Almedina, 2005.

PELUSO, Antonio Cezar (coord.), *Código Civil Comentado*, Barueri, Manole, 2007.

_____ RICHA, Morgana de Almeida (coord.), *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*, São Paulo, Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil: Contratos*, 11ª ed., Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2004.

_____, *Instituições de Direito Civil: Fonte das Obrigações*, Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1963.

_____, *Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

PETEFFI DA SILVA, Rafael, *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*, São Paulo, Atlas, 2007.

PETERSON, Drew, *Getting Together: Appropriate Dispute Resolution Alternatives* in The Alaska Bar Rag, 2002, p. 8.

PINTO, José Emílio Nunes, *A Confidencialidade na Arbitragem* in http://www.ccbc.org.br/download/artarbit11.pdf, acessado em 24 de fevereiro de 2011.

PINTO, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades da Sentença*, 1ª ed., São Paulo, RT, 1987.

PLÁCIDO E SILVA, De, *Vocabulário Jurídico*, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

POUND, Rescoe, *The Lawyer From Antiquity to Modern Times*, Saint Paul, West Publish, 1953.

PRYLES, Michel, *Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses*, 18 Journal of International e Arbitration, vol. 18, 2ª ed., 2001.

PONTE, Lucille M., *Rico Thirty Years Later: A Comparative Perspective: Reassessing The Australian Adversarial System: An Overview Of Issues* in *Court Reform And Federal Adr Practice In The Land Down Under* in 27 Syracuse j. Int'l, 2000, pp. 335-362.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Tomo V, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

_____, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Tomo XV, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

_____, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Tomo II, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

_____, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Tomo XXV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

_____, *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., Tomo XXVI, Rio de Janeiro, Borsoi, 1959.

_____, *Tratado das Ações*, 1ª ed., Vol. I, São Paulo, Freitas Bastos, 1970.

PUCCI, Adriana Noemi (coord.), *Aspectos Atuais da Arbitragem*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

QUEIROGA, Antônio Elias de, *Responsabilidade Civil e o Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

QUEK, Dorkas, *Mandatory Mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program in* 11 Cardozo J. Conflict Resol. 479, pp. 479-515.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.

REDEFERN, Alan and HUNTHER, Marc, *Droit et Pratice de L'Arbitrage Commercial International*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1994.

RESTIFFE NETO, Paulo e RESTIFFE, Paulo Sérgio, *Garantia Fiduciária*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2000.

RIDENTI, Enrico, *Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1957

RISKIN, Leonard e WESTBROOK, James E., *Dispute Resolution and Lawyers*, Saint Paul, West Publishing, 1987.

ROCHA, José de Moura, *Do Contrato de Transação Judicial*, Recife, Mousinho, 1958.

RODRIGUES, Silvio, *Direito Civil*, 27ª ed. e 30ª ed, Vol. III, São Paulo, Saraiva, 2000 e 2005.

RODRIGUES, JOSÉ HONÓRIO e SEITENFUS, Ricardo A. S., *Uma História Diplomática do Brasil*, 1531-1945, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1995.

ROGERS, NANCY H. and MCEWEN, Caraig A., *Mediation: Law, Policy, Pratice*, Deerfield, Clark, Boardman, Callaghan, 1993

ROSS, Alf, *Direito e Justiça*, Edson Bini (trad.), 1ª ed., Bauru, EDIPRO, 2000.

ROTONDI, Mario, *Studio di Diritto Comparato e Teoria Generale*, Padova, CEDAM, 1972.

RUBINO- SAMMARTANO, Mauro, *Il Diritto dell´Arbitrato (Interno)*, 2ª ed., Podova, CEDAM, 1994.

RUFINO, Marco A., *El Processo Arbitral*, 1ª ed., Buenos Aires, ADHoc, 1992.

_____, *Mediación e Conciliación segun La Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999.

SAARI, David J., *American Court Management – Theories and Partices*, Westport, Quorum Books, 1982.

SALLES, Carlos Alberto de (coord.), *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro – Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*, 1ª ed., São Paulo, Quartier Latin, 2009.

_____, *Arbitragem na Solução de Controvérsias Contratuais da Administração Pública*, Rio de Janeiro, Forense, 2011.

SANDER, Frank, *Varieties of Dispute Processing*, 70. F.R.D 79, 111,112, 130-133 (1976).

SANTOS, Manoel J. Pereira, *Ordem Pública e Arbitragem*, in: *Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1999.

SANTOS, Ernani Fidélis, *As Reformas de 2005 do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2006.

_____, *Alienação Fiduciária de Coisa Imóvel*, Revista Jurídica nº 261, Sapucaia do Sul, 1999.

SANTOS, Antonio Jeová dos, *Dano Moral Indenizável*, São Paulo, Método, 2001.

SATTA, Salvatore, *Diritto Processuale Civile*, 1ª ed., Padova, CEDAM, 1973.

_____, *L'esecuzione Forzata*, 7ª ed., Turim, UTET, 1963.

SAVI, Sérgio, *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2009.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio, *Manual de Arbitragem*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2008.

SCHIZZEROTTO, Gianni, *Dell´Arbitrato*, 2ª ed., Milano, Giuffré, 1982.

SCHERER, Matthias, *Introduction to the Case Law* in ASA Bulletin 3/2011, September, pp.616-625.

SCHLECHTRIEM, Peter and BUTLER, Petra, *UN Law on International Sales*, Heidelberg, Springer, 2009.

SHIMURA, Sérgio Seiji, Título Executivo, 2ª ed., São Paulo, Método, 2005.

_____ e BRUSCHI, Gilberto Gomes, *Execução Civil e Cumprimento de Sentença*, Vol. III, São Paulo, Método, 2009.

SILLANI, Chiara Tenella, *L'Arbitrato di Equitá*, Milano, Giuffrè, 2006.

SILVA, Clóvis do Couto e, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Editora GV, 2007.

SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, 1ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

_____, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

_____, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

SILVA, Luis Virgílio Afonso da, *O Proporcional e o Razoável* in RT, São Paulo, RT nº 798, 1997, p. 149.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 5ª ed., São Paulo, RT, 2001.

_____, *Conteúdo da Sentença e Mérito da Causa in Sentença e Coisa Julgada (Ensaios e Pareceres)*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2003.

_____, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva, *Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.

SOLUS, Henry e PERROT, Roger, *Droit Judiciaire Privé – La Compétence*, Tomo II, Paris, Sirey, 1973.

_____, *Droit Judiciaire Privé – Procédure de Prémiere Instance*, Tomo III, Paris, Sirey, 1991.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Sobre o Sentido e a Função dos Pressupostos Processuais (Algumas Reflexões sobre o Dogma da Apreciação Prévia dos Pressupostos Processuais na Ação Declarativa)* in Revista de Processo nº 63, São Paulo, RT, 1991.

SOUZA JR., Lauro Gama e, *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado)* in Revista Brasileira de Arbitragem nº 1, São Paulo, IOB Thompson, 2003, pp. 7-42.

STEELMAN, David. C., *Caseflow Management – The Heart of Court Managment in the New Millennium*, Williamsburg, National Centre for State Courts, 2000.

STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *13 Ohio St. J. on Disp. Resol*, 1998, pp. 303-404.

STOCCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2004

STRENGER, Irineu, *Arbitragem Comercial Internacional*, São Paulo, LTr, 1996.

_____, *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, LTr, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo, *Manual da Justiça do Trabalho*, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1944.

TARTUCE, Fernanda, *Mediação nos Conflitos Civis*, 1ª ed., São Paulo, Método, 2008.

TARZIA, Gisuseppe, *Efficacia del Lodo e Impugnazioni nell´Arbitrato Rituale e Irrituale* in Rivista di Diritto Processuale, Anno XLII, nº 2, Bologna, CEDAM, 1987, pp. 15-50.

_____, *Nullità e annullamento del lodo arbitrale irrituale* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno XLV, nº 2, Milano, Giuffrè, 1983.

_____, LUZZATTO, Riccardo e RICCI, Edoardo F. (org.), *Legge 5 Genaio 1994, N. 25*, 1ª ed., Padova, CEDAM, 1995.

TAVEL, Agnes et LASCOUX, Jean-Louis, *Code de La Médiation*, Bordeaux, Médiateurs Éditeurs, 2009

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, (org.), *A Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996.

TEPEDINO, GUSTAVO (coord.), *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

TERRA, Marcelo, *Alienação Fiduciária de Imóvel em Garantia (Lei nº 9.514/97, primeiras linhas)*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo Cautelar*, 21ª ed., São Paulo, LEUD, 2004,

_____, *Pressupostos Processuais e Condições da Ação no Processo Cautelar* in Revista de Processo n. 50, São Paulo, RT, 1988, pp. 7-24.

_____, *Arbitragem e Terceiros. Litisconsórcio fora do pacto arbitral. Outras intervenções de terceiros* in Revista Forense nº 362, Rio de Janeiro, Forense, 2002, pp. 41-61

_____, *Tutela Jurisdicional de Urgência*, 1ª ed., Rio de Janeiro, América Jurídica, 2001.

_____, *As novas Reformas do Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2006.

_____, *Processo de Execução*, 22ª ed., São Paulo, Leud, 2004.

_____, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 38ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2002.

THEODORO NETO, Humberto, *Efeitos Externos do Contrato*, Rio de Janeiro, Forense, 2007.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides, *Execução do Contrato Preliminar*, Tese apresentada como requisito parcial para a obrtenção do título de Doutor na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*, 22ª ed, São Paulo: Saraiva, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Tempo e Processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

_____, *A Causa Petendi no Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo, RT, 2009, p. 26.

_____ (coord.), *Processo Civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de processo civil*, São Paulo, Saraiva, 1993.

TURNER, Karen M. *et. al.*, Model Lawyers Guide do Legal Services, New York, American Bar Association, 1983

TUTTLE, Major Timothy J. *Three's A Crowd: Why Mandating Union Representation At Mediation Of Federal Employees' Discrimination Complaints Is Illegal And Contrary To Legislative Intent in* 62 A.F. L. Rev. 127, pp. 129-196.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo, *Poder Judiciário e Sentença Arbitral*, 1ª ed., Curitiba, Juruá, 2002.

_____ e J. B. LEE, *Estudos de Arbitragem*, Curitiba, Juruá, 2008.

VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1971.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, Vol. II, São Paulo, Atlas, 2003.

VERDE, Giovanni, *Profili Del Proceso Civile*, Napole, Jovene, 1982.

VENOSA, Silvio de Salvo, *Direito Civil*, 4ª ed., Vol. II, São Paulo, Atlas, 2004, pp. 167-168

VIDAL, Dominique, *Droit Français de L'Arbitrage Commercial International*, Paris, Gaulino, 2004.

VIGORITI, Vicenzo, *Em Busca de um Direito Comum Arbitral – Notas sobre o Laudo Arbitral e sua Impugnação*, CARMONA, Carlos Alberto (trad. it.) in Revista de Processo nº 91, São Paulo, RT, 1998.

VILELA, Marcelo Dias Gomes, *Reflexões sobre a Tutela Cautelar na Arbitragem* in Revista Brasileira de Arbitragem n. 7, São Paulo, IOB Thompson, 2005.

_____, *Ação Cautelar Inominada Preparatória. Agravo de Instrumento. Efeito Ativo Concedido. Ciência da Posterior Instauração do Juizo Arbitral. Incompetência Superveniente da Justiça Estatal. Remessa dos Autos ao Árbitro para Manutenção ou não da Tutela Concedida* in *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, RT, 2008, pp. 191-199.

VÍTOLO, Daniel Roque, *Alternative Dispute Resolution – Enforcement of Foreign Judgements and Arbitration Awards – An Argentine Overview*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2003.

VON BAR, CHRISTIAN e CLIVE, Eric *Principles of European Contractual Law*. Draft Common Frame of Reference, Vol. I, Munich, Sellier, 2009.

WALD, Arnold, *Direto Civil Brasileiro – direito das obrigações*, Rio de Janeiro, Lux, 1962.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.), *Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela*, São Paulo, RT, 1997.

_____ (coord), Aspectos Polêmicos da Nova Execução, Vol. II, São Paulo, RT, 2006.

WATANABE, Kazuo, *Da Cognição no Processo Civil*, 2ª ed. Campinas, Bookseller, 2000.

_____, *Controle Jurisdicional (principio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico de mandado segurança contra atos judiciais)*, São Paulo, RT, 1980.

WITZ, Claude, *L´Obligation de Minimiser son popre Dommage dans lês Conventions Internationales: L´Exemple de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale* in *Petites Affiches*, 21 mars 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz, *Tutela Jurisdicional*, 2ª ed., São Paulo, DPJ, 2006.

_____, *Tutela Jurisdicional Específica nas Obrigações de Declaração de Vontade*, São Paulo, Malheiros, 1993.

_____ e BONÍCIO, Marcelo José Magalhães, *Execução Civil – Novos Perfis*, São Paulo, RCS, 2006.

_____ e M. Z. DE MORAES (orgs.), *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, São Paulo, DPJ, 2005

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, *Execução Extrajudicial e Devido Processo Legal*, São Paulo, Atlas, 2010.

ZANETTI, Cristiano de, *Responsabilidade pela Ruptura das Negociações*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2005.

_____, *A Conservação dos Contratos Nulos por Defeitos de Forma*, Tese apresentada para obtenção do título de Professor Livre Docente na Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Processo de Execução*, São Paulo, RT, 2004.

ZIMMERMANN, Dennys, *Alguns Aspectos sobre a Arbitragem nos Contratos Administrativos à Luz dos Pirncípios de Eficiência e do Acesso à Justiça: Por uma Nova Concepção do que seja Interesse Público* in Revista de Arbitragem e Mediação, nº 12, São Paulo, RT, 2007.

Jurisprudência:

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL: www.cjf.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: www.stf.gov.br

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: www.stj.gov.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: www.tj.sp.gov.br

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO: www.tst.jus.br

UNCITRAL: http://www.uncitral.org

Artigos e Jurisprudência:

LEXIS NEXIS: https://www.lexisnexis.com

WEST LAW: http://web2.westlaw.com

RESUMO

Este estudo examina as estipulações voltadas à instituição de meios multiportas de solução de controvérsias, mecanismo responsável por materializar a vontade da partes em solucionar os seus conflitos via métodos alternativos ou adequados de solução de controvérsias, tendo relevante papel na materialização do escopo social do processo.

Há uma clara dicotomia entre os denominados métodos de solução de controvérsias consensuais, nos quais a própria participação das partes levará à solução e à conformação do litígio e, de outro lado, os métodos adjudicatórios de solução de controvérsias, no qual haverá um terceiro imparcial escolhido pelas partes ou de acordo com mecanismos por elas estabelecido e que será responsável pela solução da controvérsia. Existem ainda métodos combinados ou mistos, em que são aglutinados elementos dos métodos denominados primários, quais sejam negociação, conciliação, mediação e arbitragem.

Clara a diferença entre essas categorias de métodos de solução de controvérsias, deve-se analisar, ainda, se há alguma diferença no tocante à vinculação das partes a cada uma das mencionadas categorias de solução de controvérsias e, com grande importância, de que modo métodos consensuais podem interferir no surgimento e desenvolvimento de métodos adjudicatórios.

Em relação à vinculação dos métodos de solução de controvérsias adjudicatórios, a grande referência no direito brasileiro é a arbitragem, que conta com legislação própria e deve muito de seu sucesso no atual estado dos métodos de solução de controvérsias no direito brasileiro a alterações relativas à sua vinculação e efetivação.

Nitidamente, há uma inserção das cláusulas de solução de controvérsias, seja qual for o método utilizado no âmbito da ciência processual. A base de tais cláusulas é de direito privado, fundamentando-se em institutos bastante conhecidos: transação e compromisso que ganharam a categorização jurídica de contrato após o Código Civil de 2002.

Do ponto de vista da adoção desses instrumentos jurídicos como veículos da utilização dos métodos de solução de controvérsias, são previstas técnicas diversas de uso. A primeira é extrajudicial, baseada na planificação de solução de conflitos, que pode ser feita pelas partes e seus advogados, e uma segunda, que é extrajudicial baseada no *caseflow* e no *case management*, nos quais o Judiciário assume o papel de coordenador e aplicador de tais métodos.

A relação entre os métodos de solução de controvérsias ganha caráter dinâmico na medida em que determinados sistemas de solução de controvérsias são combinados para uma dada questão. Trata-se das chamadas cláusulas escalonadas que têm por escopo acompanhar a escalada de litigiosidade que possa surgir em determinada discussão jurídica, combinando métodos consensuais e adjudicatórios de solução de litígios.

Em qualquer situação, de acordo com os termos dos arts. 158 e 466-B do Código de Processo Civil que podem analogamente ser comparados com os arts. 4.º e 7.º da Lei de Arbitragem, há a total vinculação das partes ao método de solução de controvérsias escolhido.

Questão bastante tormentosa é a inserção e a inter-relação dos métodos de solução de controvérsias, especialmente com o processo civil e os efeitos que daí podem decorrer. Nesse aspecto, sendo um método consensual, as partes que a ele aderiram terá que realizá-lo antes da busca de um método adjudicatório de adesão voluntária, como é a arbitragem, ou um método adjudicatório inevitável, como é o Judiciário. Trata-se do efeito negativo das cláusulas ADR.

Contudo, há que verificar que efeitos seriam gerados aos métodos adjudicatórios pela não realização de um método consensual precedente. Os métodos de solução de controvérsias poderiam ser encarados como pressupostos processuais, condições da ação ou questões prévias, promovendo diferentes resultados em um processo judicial ou arbitral. Há que se buscar a solução que melhor se adequar a um contexto de solução de controvérsias.

Desta feita, os MASCs devem ser colocados como hipóteses suspensão dos processos arbitral ou judicial, suspensão essa que deve durar até a realização do referido método acordado anteriormente, garantindo-se a sua eficácia. No tocante a este ponto, o Estado tem um relevante papel político e legislativo de modo a incentivar a utilização de tais métodos e garantir-lhes a eficácia.

Além disso, a parte que se furtar está sujeita a consequências contratuais que podem ser previstas, tais como a imposição de multas e cláusulas penais. Vislumbram-se também hipóteses de perda de uma chance, com o agravamento do litígio e prejuízos que podem advir do tolhimento da chance de um método de solução de controvérsias produzir um resultado. De qualquer modo, aquele que pretendia utilizar o método, para se valer dessas possíveis indenizações, tem o dever de mitigar o próprio dano como resultado da mesma cláusula geral de boa-fé que, ao reverso, obrigou o ex-adverso a utilizar o método e foi violada.

Pode-se pensar nesse contexto, ainda, a possibilidade de métodos alternativos de solução de controvérsias serem estabelecidos por meio de cláusulas que prevejam a venda de excussão entre as partes ou mesmo medidas corporativas, tais como ocorrem na BM&F Bovespa, apenas de acordo com a manifestação de vontade das partes de adesão ao referido sistema, sendo uma prova da força e extensão do vínculo surgido de uma estipulação de solução de controvérsias, ainda que consensual.

Há, de qualquer modo, uma execução por transformação em que a manifestação de vontade apresentada pelas partes pode ser efetivada pelo magistrado permitindo a utilização dos métodos de solução de controvérsias a partir do momento em que ocorreu a adesão das partes.

Por fim, a confidencialidade que pode ser aplicada aos métodos de solução de controvérsias tem natureza contratual, não interferindo na eficácia das cláusulas ADR.

ABSTRACT

This study examines the stipulations aimed to establishing alternative settled mechanism responsible for materializing the will of the parties to resolve their disputes through alternative or appropriate dispute settlement with a relevant role in the materialization of the social scope of the process.

There is a clear dichotomy between the called consensual methods of dispute resolution in which the participation of the parties will lead to the solution and the conformation of the dispute and, on the other hand, the called adjudicatory methods in which an impartial third party will be chosen by parties or in accordance with mechanisms established by them and will be responsible for resolving the dispute. There are also mixed or combined methods, which contains elements of the primary methods, namely, negotiation, conciliation, mediation and arbitration.

Differences between these categories of methods of dispute settlement shall be analyzed, even if there is any difference with respect the binding feature of those methods and, with great importance, so that consensual methods can interfere in the emergence and development of adjudicatory methods.

In relation to binding adjudicatory methods of dispute settlement, the most important reference in Brazil is Arbitration. Its Law is responsible for it succed as a method of dispute resolution in the Brazil, specially for ten. changes to their binding feature and enforcement of its result, now recognized as a sentence.

The legal basis of such clauses is private law and are based on well-known institutions: transaction and commitment that are a contractual legal categorie after the Civil Code. From the standpoint of using, these legal instruments are vehicles and are expected to use different techniques. The first rendition is based on planning for conflict resolution that can be made by the parties and their lawyers and a second which is based on caseflow and case management, in which the judiciary takes over the role to coordinate and implement these methods.

The relationship between the methods of dispute settlement became dynamic when individual methods of dispute settlement are

combined to a given question. These are the called staggered terms which seeks to track the escalation of litigation that may arise in a particular legal issue, combining both consensual and adjudicatory dispute resolution methods.

In any event, in accordance with the terms of the arts. 158 and 466-B of the Civil Procedure Code that can similarly be compared with the arts. 4o and 7o of the Arbitration Act, there is the share of binding feature of the method of dispute resolution chosen.

Question very stormy is the interrelationship of the insertion of dispute resolution methods, especially consensual and adjudicatory methodse. In this aspect, a method is agreed, the parties have to do it before the search for an adjudicatory method. This is the negative effect of ADR clauses.

However, there it is found that the effects would be generated by methods Adjudicative not performing a method consesual precedent. The methods of dispute settlement may be seen as procedural requisites, conditions of action or issues prior action by promoting different results in a lawsuit or arbitration. We must seek the solution that best fits the context of a multi door dispute settlement.

The conclusion is that the ADR methods should be placed as hypotheses of suspension for arbitration or judicial processes. That suspension should last until the completion of this method previously agreed, assuring its effectiveness. Concerning this point, the State has an important political and legislative role in order to encourage the use of such methods and guarantee their effectiveness.

In addition, the part that is subject to evade contractual consequences that can be provided such as the imposition of fines and penalty clauses. In case of ADR clauses breach the lost of a chance theory shall applyo, with increased litigation and damages that may arise from the chance of stunting a method of dispute resolution to produce a result. Anyway, who intended to use the breach of the other party to take advantage of possible damages, has the duty to mitigate the loss itself as a result of the same general clause on good faith that, in reverse, enforces the former adverse to using the method and was violated.

One might think in this context also the possibility of

alternative methods of dispute settlement be established by means of clauses providing for the sale of excussion between the parties or even *intracorporis* issues such as occur in the BM&F Bovespa, only in accordance with the manifestation the will of the parties to accede to such a system, a testament to the strength and extent of the relationship arising from a stipulation of settlement of disputes, even if consensual.

The intetion to use an alternative dispute resolution shall be given by the partíreis but in case of breach of this obligation the interested party can obtain an mandatory decision by the Judge indicating that the other party must attend the dispute resolution method.

Finally, the confidentiality that can be applied to methods of dispute settlement is contractual in nature, not interfering with the enforcement of ADR clauses.

RIASSUNTO

Questo studio esamina le disposizioni volto a stabilire meccanismo ADR di composizione delle controversie responsabile per materializzare la volontà delle parti a risolvere eventuali controversie attraverso la risoluzione alternativa o appropriate con un ruolo rilevante nella materializzazione della funzione sociale del processo .

Vi c'é una chiara dicotomia tra i metodi di risoluzione delle controversie consensuale in cui la partecipazione di azioni proprie porterà alla soluzione e la conformazione della controversia e, dall'altro, i metodi di risoluzione delle controversie adjudicative in cui una terza parte imparziale saró scelta da azioni o secondo meccanismi stabiliti da loro e sarà responsabile per la risoluzione della controversia. Ci sono anche metodi misti o combinati, che sono elementi fondamentali dei principali metodi consensuale o adjuro ative, cioè, la negoziazione, conciliazione, mediazione e arbitrato.

Vi c'é chiare differenze tra queste categorie di metodi di risoluzione delle controversie che devono essere analizzati, anche se non vi è alcuna differenza rispetto al legame tra le parti a ciascuna delle categorie indicate di risoluzione delle controversie e, con grande importanza, in modo che i metodi consensuale può interferire con la nascita e lo sviluppo di metodi adjudicative.

In relazione ai metodi adjudicative vincolanti di risoluzione delle controversie, il riferimento nella legge brasiliana è l'arbitrato che ha legislazione e deve molto del suo sucesso alle modifiche alla loro connessione e di esecuzione.

Chiaramente, vi è un inserimento di clausole di risoluzione delle controversie, qualunque sia il metodo utilizzato nella scienza di processo. La base di tali clausole è di diritto privato e sono basate su noti istituti: transazione e l'impegno che la categorizzazione giuridica del contratto dopo Codice Civile di 2002.

Dal punto di vista della utilizazzione di questi strumenti

giuridici come i veicoli degli metodi di risoluzione delle controversie si prevede di utilizzare tecniche diverse. La resa primo è basato sulla pianificazione per la risoluzione dei conflitti che possono essere fatte dalle parti ei loro avvocati e un secondo che si basa su *caseflow* giudiziali e la gestione dei casi, in cui la magistratura assume il ruolo di coordinare e attuare questi metodi.

La relazione tra i metodi di risoluzione delle controversie puó essere di carattere dinamico in particolare che i sistemi di composizione delle controversie sono combinati all'una determinata questione. Questi sono i termini sfalsati cosiddetta che cerca di seguire l'escalation di controversie che possono sorgere in un problema giuridico, che combina la risoluzione delle controversie sia consensuale e adjudicative.

In ogni caso, in conformità con i termini delle arti. 158 e 466-B del Codice di Processo Civile che può essere paragonato allo stesso modo con le arti. 4 e 7 della Lêgge di Arbitrato, c'è la quota del totale vinculaziome a il metodo di risoluzione delle controversie scelto.

Questione molto tempestosa é quella della interrelazione dei metodi di risoluzione delle controversie col processo civile e gli eventuali effetti che ne derivano. In questo aspetto, un metodo di adjudicazione, come è l'arbitrato, può impedire la ativitá Giudiziale. Questo è l'effetto negativo delle clausole ADR. Tuttavia, ci si è constatato che gli effetti siano generate da metode adjudicative como ci relazioneranno questi metodi col il processo civile? I metodi di risoluzione delle controversie può essere visto come prerequisiti procedurale, condizione di un'azione preventiva attraverso la promozione di risultati diversi in una domanda o in arbitrato. Dobbiamo cercare la soluzio e che meglio si adatta al contesto di una risoluzione delle controversie.

Questa volta, i metodi di ADR devanno ssere posizionati come ipotesi di sospensione del processo arbitrale o giudiziale. Che tale sospensione dovrebbe durare fino al completamento di questo metodo precedentemente concordato, garantendone la loro efficacia. A questo punto, lo Stato ha un importante ruolo politico e legislativo al fine di incoraggiare l'uso di tali metodi e garantire la loro efficacia.

Inoltre, la parte che è soggetta ad eludere le conseguenze contrattuali che possono essere forniti, come l'imposizione di multe e clausole penali. Immaginate è anche una possibilità di perdita di chance, con un aumento contenzioso e danni che possono derivare da la possibilità di arresto della negzione a un metodo di risoluzione delle controversie per produrre un risultato. Comunque, chi intende utilizzare il metodo per trarre vantaggio da questa eventuali danni, ha il dovere di mitigare il danno stesso a causa della stessa clausola generale di buona fede che, al contrario, costringendo l'ex avverse all'utilizzo del metodo e è stato violato.

Si potrebbe pensare, in questo contesto anche la possibilità di metodi alternativi di risoluzione delle controversie essere stabilito per mezzo di clausole che prevedono la vendita di escursione tra le parti o anche azioni aziendali, come si verificano nella Bovespa BM&F, solo in conformità con la manifestazione la volontà delle parti di aderire a tale sistema, la testimonianza della forza e la portata delle relazioni derivanti da una stipula di risoluzione delle controversie, anche se consensuale.

Ci sono, comunque, gestito da una trasformazione in cui l'espressione di intenti presentate dalle parti può essere fatta dal giudice permettendo l'uso di metodi di risoluzione delle controversie da quando è venuto in mente che possa screditare le parti.

Infine, la riservatezza che può essere applicata a metodi di risoluzione delle controversie è di natura contrattuale, non interferendo con l'efficacia delle clausole ADR.