BREVE ABORDAGEM DOS MEIOS “ALTERNATIVOS”

MEIOS “ALTERNATIVOS” – O PORQUÊ DO TERMO

Os meios “alternativos”, apesar de já praticados pela humanidade ao longo da história, a instituição do termo e reunião dos meios que o compõem ocorreu, de forma mais vastamente propagada, a partir de um discurso de Frank Sander proferido na *The Pound Conference: perspectives on justice in the future*, no ano de **1976**, nos **EUA**.

Nesse discurso, Sander cunhou o termo *alternative dispute resolution* (*ADR*), para se referir aos **meios de resolução de conflitos distintos do processo judicial**. Assim como ocorre no Brasil, desde o início do século XX, aproximadamente, tiveram início, nos EUA, discussões sobre a efetividade dos meios jurisdicionais de resolução de conflito, tendo início o estudo de outros modos de se resolver as controvérsias.

Com base nos estudos de Roscoe Pound, percebeu-se que o processo judicial estava criando uma “briga de egos”. O desejo de “ganhar a demanda” estava se tornando superior à essência da resolução de conflitos. Por isso, **em torno da década de 1970, nos EUA, iniciou-se o movimento para difusão desses meios ditos alternativos de resolução de conflitos**.

ALTERNATIVO x APROPRIADO

A utilização do termo “meios alternativos” gera algumas **críticas**, havendo diversas discussões no sentido de que chamar tais procedimentos de alternativos coloca o processo judicial na posição de meio por excelência, figurando os demais apenas como meios subsidiários. Portanto, **semanticamente**, defende-se a utilização do termo “meios adequados”.

O uso da expressão “meios alternativos” pode ser considerado, também, um **reflexo da tradição jurídica de utilização do processo judicial como primeira opção procedimental pela grande maioria da população**.

No caso **brasileiro**, essa distinção de nomenclatura entre meios alternativos e meios adequados é parcialmente mitigada porque, nos termos do CPC/2015 e da Lei de Mediação de 2015, existem as figuras da mediação e da conciliação judicial. Portanto, **os meios consensuais estão, muitas das vezes, inseridos no âmbito da jurisdição estatal, não havendo mais tanta distinção sobre o que são meios alternativos, adequados ou apenas fases procedimentais que se complementam**.

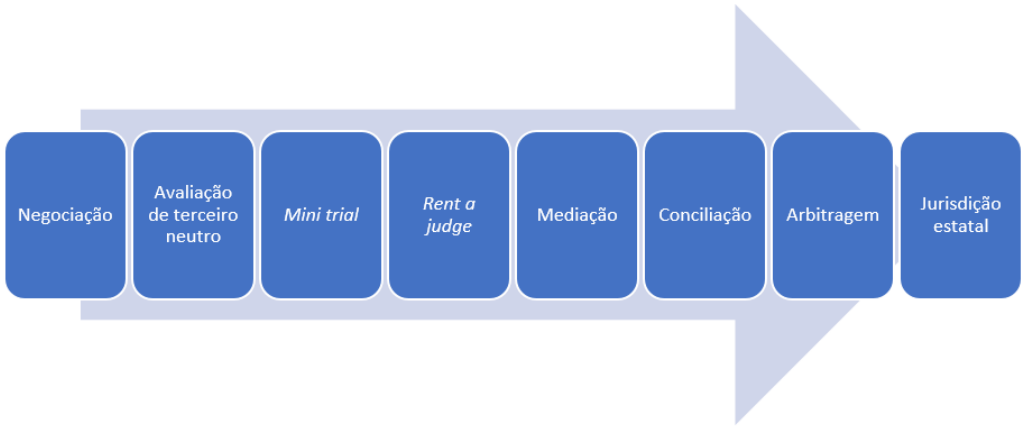
UMA OUTRA VISÃO

Apesar de todas as vantagens difundidas e reais dos meios consensuais, é importante frisar que existem **críticas** à utilização desses procedimentos. O mais antigo e notório crítico desses meios, o qual serviu de inspiração para diversos outros estudos sobre o tema, foi Owen Fiss, autor do texto "*Against the settlement*", no ano de **1984**.

Esse autor defendia que o juiz possui um duplo papel no exercício de suas funções: além de **promover a paz e solucionar o conflito**, também é **dever do magistrado assegurar a proteção dos direitos das partes**. Especialmente nos casos de assimetria de poder entre as partes, o juiz figuraria como uma pessoa apta a decidir a questão minorando tal diferença.

No âmbito do **processo consensual**, por sua vez, as partes podem não ter consciência do que estão aceitando e quais serão as reais consequências das decisões tomadas e das soluções construídas conjuntamente.

ESCALA DE INTERFERÊNCIA DE TERCEIROS NOS ADR



PROCESSO JUDICIAL

Apesar de não estar inserido na definição dos meios alternativos de resolução de conflitos, **o processo judicial é um dos meios que poderá ser adequado à solução do caso concreto**, devendo ser considerado no momento do desenho de sistema de disputas.

O **processo judicial** configura uma alternativa de caráter publicista, pela qual os particulares transferem a legitimidade decisória para o Estado, constituindo (na visão de Owen Fiss, por exemplo) um mecanismo de defesa aos hipossuficientes.

Apesar de ser possível contestar o alcance e efetividade dessa proteção, em termos práticos especialmente, o processo judicial possui disposições legais no sentido de favorecer a proteção das prerrogativas de igualdade das partes.

Ao final do processo judicial, deverá ser obrigatoriamente ser concedida uma decisão impositiva, não podendo o magistrado se eximir de decidir a questão no caso concreto. Nem sempre tal decisão será eficaz, especialmente se considerarmos o alto nível de execução de sentenças no sistema judiciário brasileiro, mas a obrigatoriedade de haver uma sentença proferida pode ser uma alternativa viável, a depender do caso concreto.

ARBITRAGEM

A **arbitragem**, à semelhança do processo judicial, constitui um meio adjudicatório. Entretanto, somente poderão ser processados por arbitragem os conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, sendo uma opção bastante utilizada por empresas de maior porte.

Diferentemente do processo judicial, também, **a arbitragem é uma forma de justiça privada**, com maior flexibilidade procedimental, podendo as partes acordarem como funcionará o procedimento. Ao final deste deverá ser entregue uma decisão pelo árbitro ou pelo conselho de árbitros, os quais oferecerão uma solução ao caso concreto.

A **sentença arbitral** possui eficácia de título executivo judicial, o que significa que as partes poderão executar tal decisão no judiciário. Em face da legitimidade conferida à arbitragem no âmbito jurídico e legislativo, não há como ingressar com recurso acerca do conteúdo da sentença arbitral, sendo possível apenas a sua anulação em caso de algum vício insanável.

CONCILIAÇÃO

A **conciliação**, por sua vez, é um meio em que as partes, conjuntamente, decidem qual a melhor solução, com a interferência de um terceiro. Ainda que essa intervenção seja mínima, é maior que a realizada na mediação, de acordo com o disposto no CPC/2015.

Portanto, apesar de suas sugestões não serem vinculantes, o conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. Ressalve-se que são **vedados constrangimentos e intimidação na busca pelo consenso**.

Importante ressaltar que, diferentemente do mediador, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes. Tais são as disposições previstas no texto do artigo 165, §2º do CPC/2015.

RENT A JUDGE

O meio de solução de controvérsias chamado de “alugue um juiz”, se traduzido para o português, é comumente utilizado pelos juristas norte-americanos. Basicamente, consiste na **contratação de um juiz**, geralmente aposentado e com experiência na área do conflito abordado, pelas partes, o qual terá a função de aplicar a lei material e processual ao caso concreto.

Essas decisões, contudo, costumam ter poder vinculante, podendo tratar tanto da questão como um todo ou de uma questão incidente sobre a qual as partes não estão conseguindo acordar em um procedimento consensual, para resolver essa questão e elas terem a possibilidade de continuar em suas tratativas.

MINI-TRIAL

O *mini-trial*, assim como o *rent a judge*, é comumente utilizado pelos juristas norte-americanos. O *mini-trial* consiste na reprodução de um julgamento com regras definidas contratualmente entre as partes, com decisões geralmente **não** vinculantes, servindo apenas para que as partes recebam a **opinião de um especialista no assunto**, o qual poderá **indicar qual seria o resultado em um julgamento** ou mesmo oferecer opções que não foram pensadas pelas partes.

AVALIAÇÃO DE TERCEIRO NEUTRO

A **avaliação de terceiro neutro**, mais próxima da prática brasileira, consiste na emissão de opinião por um terceiro, distinto do terceiro interventor (julgador, mediador, conciliador etc), sobre os fatos que envolvem o conflito. Esse terceiro **entende dos assuntos** que envolvem o conflito e **opina** sobre **possíveis soluções e desdobramentos**.

Esse terceiro neutro colherá elementos de convencimento, para conceder um **parecer fundamentado** sobre a questão controversa. Aproxima-se, portanto, da figura do perito judicial. Geralmente, essa avaliação é oferecida de forma **oral e não vinculante**.

OPÇÕES DE *DESIGN* DE SISTEMAS DE DISPUTAS

Tendo sido estudadas as formas de resolução de controvérsias, com exceção da mediação, a qual será estudada mais profundamente em aulas posteriores, retomaremos brevemente o estudado em aulas anteriores sobre o desenho de sistemas de disputas.

A **melhor opção** para a resolução de um conflito **nem sempre envolverá apenas um procedimento**, podendo ser utilizado mais de um meio de resolução de controvérsias, de forma conjunta ou sucessiva.

Como exemplo, podemos citar a **avaliação de terceiro neutro no âmbito da mediação**. Caso haja um entrave na comunicação por falta de consenso sobre a abordagem da questão, pode-se chamar um terceiro neutro que avaliará todos os elementos apresentados e conceder um parecer de caráter não vinculante que **poderá auxiliar nas tratativas sobre o tema**.

Outro exemplo, esse um pouco mais conhecido, é o da **cláusula *med-arb*** (*mediation-arbitration*). Ao estabelecer tal cláusula, as partes concordam em resolver eventuais conflitos tendo como **procedimento inicial a mediação**; caso **não** seja obtida **composição**, o **árbitro decidirá** o caso concreto.

> IMPORTANTE! Há críticas quando o mediador é a mesma pessoa que eventualmente julgará a questão como árbitro. Isso porque, nos moldes de uma conciliação feita pelo juiz, o conhecimento pelas partes de que as informações que fornecerem poderão ser utilizadas para o julgamento final da questão poderá desestimular que apresentem os fatos e desenvolvam o diálogo de uma forma franca. Ou seja, a troca de informações entre as partes poderá ser prejudicada caso elas não queiram que algum fato seja utilizado no momento do julgamento arbitral.

Por fim, tem-se o exemplo da **cláusula *arb-med***, pelo qual o **árbitro** colhe os elementos de convencimento e **elabora uma decisão**, a qual **não** é **divulgada** inicialmente. Antes de apresentar sua decisão às partes, **o árbitro atuará como mediador** e tentará compor as partes.

Desse modo, ainda que a figura do mediador e do árbitro sejam comuns, **os fatos apresentados pelos envolvidos no conflito não influenciarão na decisão final**, pois esta já estará pronta e somente será apresentada ao final caso não haja composição entre as partes.

NEGOCIAÇÃO

A negociação é uma forma de diálogo direto entre as partes, sem que haja intervenção de um terceiro. O estudo desse método será aprofundado nos próximos materiais, pois as técnicas da **negociação baseada em princípios**, conhecida como o método de Harvard, são muito utilizadas no âmbito da mediação.