

A MEDIAÇÃO E OS ADR'S (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS) - A EXPERIÊNCIA NORTE- AMERICANA

*MEDIATION AND ADRs (Alternative Dispute Resolutions) – THE NORTH AMERICAN
EXPERIENCE*

*LA MEDIACIÓN Y LOS ADR's (Alternative Dispute Resolutions) – LA EXPERIENCIA
NORTEAMERICANA*

Lília Maia de Moraes Sales¹
Mariana Almeida de Sousa²

- 1- Bolsista PQ/CNPq, Pós-doutora pela Universidade de Columbia, com formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard, junto ao Program on Negotiation (EUA). Idealizou e coordena os projetos: Multidoor Courthouse System (CAPES/CNJ), Mediação escolar, Flores do Bom Jardim e Núcleo de Mediação de Conflitos do 30º Distrito de Polícia Civil de Fortaleza. É professora do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado/UNIFOR e Vice-Reitora de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza.
- 2 - Mestre em Direito Constitucional Público pela UNIFOR – Universidade de Fortaleza. Graduada em Direito pela UFC – Universidade Federal do Ceará. Participa do projeto de pesquisa intitulado Multidoor Courthouse System (CAPES/CNJ) Foi professora no Projeto Flores do Bom Jardim. Analista Jurídico da Agência Nacional de Telecomunicações.

Resumo: O uso de mecanismos alternativos de solução de conflitos (ADR's) nos Estados Unidos da América e sua realização junto ao Poder Judiciário americano como meio eficaz de solução de conflitos é o objetivo deste estudo. Neste artigo, apresenta-se a experiência norte-americana e a implementação desses meios alternativos de solução de conflitos pelo sistema jurisdicional brasileiro.

Palavras-chave: Experiência americana. ADR's. Meios alternativos. Sistema jurisdicional brasileiro.

Abstract: The use of alternative dispute resolutions (ADRs) in the United States, and their implementation through the American Judicial System (Court connected ADRs), as an effective response to conflict resolution, is the main goal of this analysis. This paper describes the North American experience with ADRs and the implementation of alternative conflict resolution in the Brazilian judicial system.

Keywords: American experience. ADRs. Alternative means. Brazilian judicial system.

Resumen: El uso de mecanismos alternativos de solución de conflictos (ADR's) en los Estados Unidos de América y su realización junto al Poder Judicial americano como medio eficaz de solución de conflictos es el objetivo de este estudio. En este artículo se presenta la experiencia norteamericana y la implementación de esos medios alternativos de solución de conflictos por el sistema jurisdiccional brasileño.

Palabras clave: Experiencia americana. ADR's. Medios alternativos. Sistema jurisdiccional brasileño.

A experiência norte-americana, com a vasta e eficaz utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos (ADR's), reflete uma realidade na qual o Poder Judiciário valoriza esses métodos de solução e na qual o indivíduo participa ativamente da solução do seu problema. Essa experiência pode auxiliar a consolidação desses mecanismos no Brasil e impactar em um grande avanço no sistema jurisdicional brasileiro.

O objetivo desse estudo é conhecer essa experiência, os tipos de ADR's existentes, e indicar como esse relato pode auxiliar a implantação e a consolidação dos meios alternativos de solução de conflitos antes ou durante o processo judicial.

MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTIONS (ADR)

Métodos Alternativos (hoje melhor denominados "Adequados") de Resolução de Conflitos (tradução do inglês *Alternative Dispute Resolution – ADR*) são mecanismos de solução de conflitos que, com características, habilidades e técnicas próprias, oferecem a administração adequada aos diferentes tipos de conflitos. São mecanismos confidenciais e sigilosos, que apostam, prioritariamente, no diálogo colaborativo para a solução de um problema. São utilizados antes ou depois do processo judicial instaurado, prevenindo possíveis ações judiciais ou auxiliando na resolução da questão, uma vez o processo judicial já iniciado.

Conforme Manual dos Juízes, nas cortes americanas os ADR's são entendidos como:

Um conjunto de práticas, técnicas e métodos para resolver e administrar em larga escala processos de curta duração levados às cortes judiciais. Os procedimentos alternativos de resolução de conflitos possuem diferentes formas de abordagens para o tratamento de cada espécie de problema. A partir desta ideia, as cortes judiciais que já adotam o ADR em seu cotidiano se utilizam de uma variedade de formas para alcançar

uma variedade de metas. Uma corte deve determinar que um método alternativo é uma reação apropriada para as necessidades locais; outra, por sua vez, pode concluir que o mesmo método é prejudicial para as condições locais ou simplesmente não é capaz de promover a justiça em sua jurisdição. (Tradução Livre).¹

Os processos alternativos de resolução de conflitos possuem algumas características coincidentes², como eficiência, confidencialidade, competência e imparcialidade do terceiro facilitador do diálogo.

O estudo e a prática desses mecanismos ganharam destaque nos Estados Unidos, na década de 70, quando o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, W. Burger³, apontou para a necessidade da utilização dos processos de negociação e arbitragem.

No ano de 1976, em conferência realizada em Minnesota nos Estados Unidos, ressaltou-se a crise na Administração da Justiça e a insatisfação do povo americano com o Poder Judiciário, apresentando-se assim a possibilidade de implementação de vários meios (alternativos) de solução de conflitos, que tinham por base o poder de determinação das partes envolvidas e o diálogo que ficaram conhecidos como *ADR's – Alternative Dispute Resolutions* (Meios alternativos de resolução de conflitos).

As cortes americanas passaram, então, a utilizar os *ADR's* como um meio de atender à eficiência processual⁴ e à qualidade da prática de acordos preventivos

1 ADR is a group of practices, techniques and approaches for resolving and managing disputes short of full-scale court process. Different ADR processes target different problems and use different problem-solving approaches. Courts approach ADR in a variety of ways and to achieve varied goals. One court may determine that ADR is an appropriate response to local needs; another may conclude that ADR is ill-suited to local conditions or does not advance justice in its jurisdiction. (NATIONAL ADR INSTITUTE FOR FEDERAL JUDGES, 2003, p. 39).

2 Os princípios citados no texto, apesar de serem, no trabalho, tratados como características dos diversos métodos alternativos de resolução de conflitos merecem estudo aprofundado, visto que em toda a esfera da Administração Pública Pátria, inclusive os atos administrativos e judiciais promovidos pelo Poder Judiciário, estão pautados nos princípios exaltados na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 37, *caput* (CARVALHO FILHO, 2011).

3 Para maior aprofundamento sobre W. Burger: Schwartz, Bernard, ed. HYPERLINK "<http://isbn.nu/0195122593>" The Burger Court: Counter-Revolution or Confirmation? Oxford University Press, 1998.

4 Interessante atentar para o fato de que o princípio da eficiência é exaltado também no Brasil. Com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, este princípio passou a constar expressamente no texto constitucional, em seu art. 37, *caput*, com a seguinte redação: "A

de litígios. Isso foi feito por meio de algumas ações como: encorajamento aos advogados e partes para a utilização dos ADR's, aperfeiçoamento do fluxo de informações de modo prévio, aumento da participação do cliente no litígio, promoção do realismo (atentar para o fato concreto e para a verdade material⁵) e aceleração à resolução do processo na resolução dos casos. A meta primordial nesse caso foi fazer com que as partes envolvidas na "querela" economizassem tempo e dinheiro⁶.

Outra razão considerável para a instauração do ADR nas cortes americanas⁷ foi expandir as espécies de métodos para equacionar disputas disponíveis aos litigantes na própria estrutura física das cortes, produzindo, assim, resultados mais satisfatórios em certos tipos de casos, e aumentando a satisfação do público com o sistema jurisdicional.

ADR'S - CLASSIFICAÇÕES E CONCEITOS

As classificações, bem como termos e conceitos dos ADR's, são variadas, podendo, por exemplo, diferenciar-se em função: 1) da **obrigatoriedade ou não do encaminhamento do caso para o sistema de ADR**; 2) quanto à **forma da participação do terceiro** ou 3) quanto à **vinculação da decisão**. No primeiro caso cita-se a diferenciação feita entre *Mandatory* (obrigatório) e *Voluntary* (voluntário) ADR.

administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte" [...]. (BRASIL, 2010).

5 O ordenamento brasileiro aplica o princípio da verdade material nos processos administrativos, em especial quando se verifica a possibilidade do *reformatio in pejus*, ou seja, no art. 64 da Lei 9.784 está prevista a possibilidade de o julgamento de recurso prejudicar o recorrente. A verdade material é uma das principais diferenças do processo administrativo em relação aos processos judiciais, na qual impera a verdade formal.

6 Acerca da temática da instituição do *Alternative Dispute Resolution* no Poder Judiciário, convém a leitura de obra editada pelo catedrático de Harvard Frank Sander. Cf. *Institutionalizing ADR Programs In Courts*, in *Emerging ADR Issues in State and Federal Courts* (F. Sander, Ed.) (ABA Litigation Section, 1991).

7 Convém lembrar que os aspectos considerados para a implantação do *Alternative Dispute Resolution* nas cortes americanas podem ser, em larga escala, aplicados para justificar, de modo altamente fundamentado, a instauração desse sistema no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro. As metas, objetivos e razões que deram respaldo à aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos devem ser analisados, na leitura do presente trabalho, sob uma perspectiva macro. Faz-se mister, pois, verificar as coincidências entre o sistema norte-americano e o sistema jurisdicional brasileiro.

No primeiro caso, esses termos descrevem como os casos são levados até as cortes no decorrer do procedimento. Se o ADR é baseado unicamente no consentimento das partes para sua utilização, este é considerado voluntário. Se, por outro lado, as partes são compelidas pela corte, então será o caso de ADR mandamental (ou compulsório).

No segundo caso, conforme a participação do terceiro, divide-se em *Adjudatory* (adjudatórios) e *Consensual* (consensuais) processos. O primeiro ocorre quando há um terceiro que decide o conflito. No procedimento consensual, ao contrário, as partes é que decidem a situação final do conflito⁸.

O terceiro caso refere-se ao poder vinculante da decisão: **obrigatórios** ou **voluntários** (*binding* ou *nonbinding*). Tal nomenclatura é comumente utilizada no sistema jurisdicional brasileiro como vinculante ou não vinculante. Assim é que n Manual de ADR do Instituto dos Juizes Federais (*National ADR Institute for Federal Judges*) indica que o termo *nonbinding* significa que as partes não estão obrigadas a nenhum acordo ou resolução, salvo na hipótese de ambos os lados decidirem que vão se vincular ao que for decidido. A título de exemplo, uma arbitragem mandatária, nos Estados Unidos, produz um resultado não vinculante⁹.

Outra informação importante sobre o sistema de ADR existente nos Estados Unidos é a referência à realidade do *court-annexed* (anexado, atrelado à corte) para designar os programas de ADR autorizados e utilizados efetivamente pela corte. Originalmente utilizado para distinguir arbitragem nas cortes de arbitragem privada, o termo atualmente é utilizado para fazer considerações acerca de todas as espécies de programas existentes na estrutura de determinada corte (*court-based*).

Há que se considerar, ainda, a distinção feita por Stempel¹⁰ sobre o “velho” e o “novo” ADR. É possível, segundo ele, fazer um traçado histórico sobre o que ele

8 Texto adaptado de material não publicado de Frank Sander, professor da *Harvard Law School* e Margaret L. Shaw, mediadora e consultora sênior do Projeto Judicial, referente a aulas e oficinas ministradas em Cambridge, Harvard Law School, em 2010.

9 NATIONAL ADR INSTITUTE FOR FEDERAL JUDGES, Op. Cit., p. 31.

10 STEMPEL, Jeffrey W. Reflections in Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996.

chama de “novo” ADR, assim considerado como um moderno movimento do ADR dos últimos vinte ou vinte e cinco anos. Stempel denomina os métodos alternativos de resolução de conflitos aplicados antes do ano de 1970 como *velho* ADR.

Nessa temática, o supracitado estudioso assevera que o “novo” ADR difere do “velho” em diversos aspectos. São algumas das diferenciações: a) o “novo” ADR é um instrumento dedicado às massas, ou seja, pode ser utilizado por uma larga gama de pessoas ou entidades, se comparado ao “velho ADR”, dedicado a um restrito grupo de pessoas; b) o “novo” ADR envolve primordialmente conflitos de ordem pessoal, familiar e empresarial, enquanto o “velho” tratava usualmente de demandas comerciais ou empresariais; c) enquanto que no “velho” ADR se dava primazia ao conteúdo constante nos contratos, regulamentos de empresas ou mesmo em atitude anteriores das partes, no “novo” ADR é privilegiado o que está prescrito na legislação atualizada e nas opções de solução que as próprias partes disponibilizam¹¹.

Por fim, consoante o documento publicado pelo *Ohio State Journal on Dispute Resolution*¹², o ADR “novo” não deve necessariamente receber um exame judicial minucioso distinto do que era aplicado ao ADR “velho”.

Nos Estados Unidos, quando da possibilidade de aplicação do “velho” ADR às cortes (década de 1960), impuseram uma nítida resistência a esse instituto. Em vez de tirarem proveito de um sistema que possibilitava a celeridade processual, as cortes eram hostis mesmo ao *Alternative Dispute Resolution* autorizado pelo Congresso, negando-se a homologar acordos lícitos previamente construídos. Alguns litígios levados ao Poder Judiciário da época foram bem emblemáticos, como o foi os casos *Aktieselskabet Korn-Og Foderstof Kompagniet versus Rederiaktiebolaget Atlanten (1920)*¹³ e *Moseley versus Electronic & Missile*

11 STEMPEL, Jeffrey W. Op. Cit, p12.

12 Idem.

13 O ato normativo que institucionalizou a arbitragem foi aprovado alguns anos após 1925, mas não até 50 anos depois do citado litígio que a Suprema Corte efetivamente aplicou este método alternativo ao caso em questão. *The trial court in the Southern District of New York, the Second Circuit, and the Supreme Court (Oliver Wendell Holmes, J.) all found a broadly worded arbitration clause inapplicable because the clause spoke of disputes over "performance of the contract" and no party was completely denying the contract. Imag-*

Facilities, Inc. (1963)¹⁴.

Assim, em resumo, a distinção entre o ADR “velho” e o “novo” pode servir como aprimoramento do regulamento judicial do “novo” ADR. A história e as experiências, não só as positivas como também as que o refutaram, podem servir de embasamento para o debate atual e para o desenvolvimento das técnicas, de modo a tornar este instituto mais eficaz na resolução dos diversos conflitos em que pode ser utilizado.

Nota-se, pois, que o ADR chega ao século XXI como um conjunto de procedimentos a serem adotados em vez de um único processo. Todavia, não se deve olvidar a confusão não esporadicamente praticada de seus diversos desdobramentos. À guisa de exemplo, Lela Love ressalta a prática comum, em função do crescimento da mediação, que se tem em denominar todos ou quase todos os métodos alternativos de mediação de conflitos.

O SISTEMA DE MÚLTIPLAS PORTAS NO PODER JUDICIÁRIO E TIPOS DE ADRS

A discussão e a prática dos ADR's nos Estados Unidos fizeram surgir o projeto do Sistema de Múltiplas Portas no Poder Judiciário, como uma proposta à parte da litigância, considerando que os conflitos devem ser avaliados para que se possa oferecer o mecanismo adequado para a sua administração e ainda que a solução do “perde-ganha¹⁵” não é a melhor escolha para a resolução de diversos

ine trying this defense the next time you have an argument with Visa or Mastercard (´We don´t have a dispute over late payment subject to arbitration; I deny the validity of credit card agrément; perhaps Bank America´s credit card customers can use this in the Wake of the Badie decision. The Federal Arbitration Act passed a few years later in 1925, but it was not until nearly 50 years later that the Supreme Court effectively overruled the Korn-Og approach to arbitration enforcement. (STEMPEL, Op Cit., p. 56-57).

14 Nesse caso concreto, a Corte se recusou em “homologar” uma cláusula de possibilitar a arbitragem em contratos em andamento devido a uma objeção de uma das partes, alegando que tinha sido induzida a concordar com uma cláusula injusta de ADR que promovia o instituto da arbitragem no estado de Nova York. *The Moseley holding is really more of an unconscionability opinion, although it is largely clothed in the language of fraudulent inducement. [...] It can also be ascribed to author justice Hugo Black´s occasionally embarrassing populism and fear of corporations and city slickers taking advantage of country folk. In: National Equipment Renat Ltd. Versus Szukhent, 375 U.S. 311, 1964.*

15 Sobre o assunto, interessante se faz a leitura da obra *Mediação de Conflitos – Família, Escola e Comunidade*, que afirma que “no modelo tradicional de solução de conflitos – Poder Judiciário -, existem partes antagônicas, lados opostos, disputas, petição inicial, contesta-

conflitos existentes na sociedade.

Assim, além da adjudicação, às partes deve ser oferecido um leque de alternativas, como mediação, arbitragem (obrigatória ou não, a depender do sistema jurisdicional de cada país), conciliação, dentre outras. As partes deveriam, ainda, ter acesso à assistência no mapeamento do problema a ser equacionado, ou mesmo à avaliação do conflito, a fim de determinar qual método para a resolução da alteração é o mais apropriado¹⁶.

Assim, apresentam-se a seguir alguns ADRs existentes nos Estados Unidos como mediação, *private arbitration, mediation – arbitration (med-arb), Judge-hosted settlement conferences, Fact-finding panels, Mini-trials, Multi-step ADR e Summary jury trials*, impulsionando a resolução dialogada das questões.

MEDIAÇÃO (MEDIATION)

A Universidade de Harvard, um dos maiores centros de estudos em mediação de conflitos no mundo, tem um conceito interessante sobre o tema:

Mediação é um processo de resolução de conflitos flexível e consensual, no qual uma terceira parte neutra e imparcial – o mediador – facilita a negociação entre as partes para ajuda-las a chegar a um acordo. Uma característica marcante da mediação é sua capacidade de expandir as formas de acordo tradicionais em discussões para resoluções mais abrangentes e diversas opções, frequentemente indo além dos métodos legais de solução de controvérsias¹⁷.

Mediação é um procedimento no qual uma terceira pessoa imparcial, com qualificação e técnicas específicas, facilita o diálogo entre pessoas em conflito

ção, réu, enfim, inúmeras formas de ver o conflito como uma disputa em que um ganha e o outro perde”. Para ela, a mediação, a qual se analisou neste trabalho nos pontos 2.3.1.1 e 2.3.2.1, tem como uma de suas principais propostas fazer com que ambos os indivíduos envolvidos “ganhem”. (SALES, 2007, p. 27).

16 Acerca do tema: SAVAGE, Cynthia A.; STUART, Keneth K. *The Multi-door Courthouse: How It's Working*. Colorado Lawyer, October, 1997, p. 1-7.

17 Mediation is a flexible, nonbinding dispute resolution process in which an impartial neutral third party – the mediator – facilitates negotiation among the parties to help them reach settlement. A hallmark of mediation is its capacity to expand traditional settlement discussion and broaden resolution options, often by going beyond the legal issues in controversy. (NATIONAL ADR INSTITUTE FOR FEDERAL JUDGES. Op. Cit., p.32. CPR Legal Program).

auxiliando-as no encontro de convergências e na construção do consenso. O processo de mediação empodera¹⁸ os participantes, à medida que estes assumem detidamente o controle da situação colocada e encontram soluções que coadunam com ambos os interesses e necessidades. É, ainda, em regra, um processo privado, além de voluntário e informal, no qual o mediador ou mediadores auxiliam as partes ao alcance de uma solução satisfatória para ambos os litigantes.

A análise da mediação é feita com base em algumas de suas peculiaridades. E um primeiro ponto a ser observado é o de que o **conflito é visto pela mediação como algo natural**, à medida que a contradição e a controvérsia são instrumentos de aprimoramento e crescimento, um momento de intranquilidade representa um momento transformativo.

A mediação, pela profundidade com a qual trabalha o conflito, identifica conflitos aparentes escondendo os reais problemas causadores da insatisfação. Assim, torna clara a necessidade de observar cuidadosamente as questões para se evitar solucionar, em uma análise superficial, os conflitos verbalizados, porém eminentemente aparentes.

Outra característica da mediação é viabilizar a resolução das demandas a partir de uma visão que as pessoas podem colaborar entre si e assim viabilizar o ganha-ganha. No modelo processual brasileiro de resolução de demandas, verifica-se a presença de partes antagônicas e, ao final, um vencedor e um perdedor. Na mediação, as partes são incentivadas a identificar todos os pontos convergentes que as fazem parceiras e não adversárias. Substitui-se a competição pela cooperação.

O mediador, qualificado tecnicamente para ouvir, comunicar-se e facilitar a comunicação, auxilia as pessoas quando consagra a comunicação entre as partes, ajuda cada uma das partes a clarificar seus entendimentos e interesses reais¹⁹,

18 Acerca do empoderamento: Empoderamento, palavra derivada do inglês *empowerment*, é um termo conceituado no Dicionário Oxford como: 1. *authorize, license*. 2. *give power to* (autorizar, permitir, dar poder a). No entanto, esse conceito contradiz a ideia de empoderamento estudo de profissionais das ciências sociais, uma vez que, nesse caso, empoderamento significa avanço, conquista e superação por parte do próprio sujeito ativo do processo, ou seja, aquele que se empodera. Uma (senão a primeira) das primeiras pessoas a tratar desse conceito no Brasil foi Paulo Freire.

19 Sobre o assunto, interessante o estudo sobre conflitos reais e conflitos falsos apresenta-

investiga as forças e as fraquezas de cada parte envolvida, explora as consequências da ausência de entendimento entre os indivíduos e quando gera, a partir da iniciativa das próprias partes, opções satisfatórias a ambos os envolvidos²⁰. Na mediação, diferentemente do que ocorre em processos no âmbito da esfera jurisdicional tradicional, são as partes que decidem de que forma a solução do conflito se dará (ou não, pois o conflito, em alguns casos, pode não ser resolvido, por opção das partes). Ou seja, o mediador atua como facilitador do diálogo entre as partes para que elas, sem a intervenção de outrem, encontrem a melhor solução para suas controvérsias.

O mediador “ideal”, ainda, comunica-se não só por meio da palavra, mas *fala* com corpo e gestos. Lela Love, professora de Direito e coordenadora do Programa de Resolução de Conflitos da Universidade Benjamin Cardozo, em Nova Iorque, delinea uma interessante imagem desse terceiro imparcial:

Nesta imagem se vê uma figura sentada junto às partes, suas mãos alcançando cada um dos indivíduos como se para suportar juntamente com eles o “problema”, assim como para adverti-los na escuta um do outro e sopesarem com mais cuidado as palavras utilizadas. É igualmente possível que suas mãos estejam direcionadas às partes para lembrá-las da responsabilidade de tratar com sensibilidade a situação, além de se manifestar após refletir sobre a matéria. Ainda, o mediador, a partir de gestos, posicionamento físico e serenidade, pode auxiliar as partes a compreender as oportunidades e os riscos inerentes em várias escolhas, e estimular sua faculdade criadora no vislumbre de soluções para o conflito²¹. (Tradução livre)

do por Vezzulla. O autor afirma que se pode “definir que existe um conflito real se há uma real oposição entre os desejos e direitos de uma pessoa e os desejos e direitos de outra pessoa ou grupo. Deixamos o nome de falso para aqueles conflitos que por falhas na comunicação parecem produzir, até que as coisas sejam esclarecidas, uma aparente oposição”. (VEZZULLA, 2004).

20 O manual para juízes das cortes norte-americanas, editado pela *Harvard Law School* trata dessa temática de forma detalhada, abordando os conceitos sobre os vários métodos alternativos de resolução de conflitos, bem como traça uma espécie de guia para o operacional nas Cortes no que tange ao tratamento dos conflitos utilizando *Alternative Dispute Resolution* como instrumento. O presente estudo se utilizará desse guia como uma de suas principais fontes bibliográficas no capítulo em análise.

21 *In this image one sees a figure sitting with the parties, her hands reaching towards each of them as if to support them in telling their tale or to caution them in listening to each other to weigh the matter more carefully. It is also possible that her outreached hands are pointing to the parties to remind them of their responsibility for dealing thoughtfully with their situation and each other, understanding the opportunities and risks inherent in various choices, and summoning their creativity in addressing the conflict.* (LOVE, 2000, p. 29-35).

Mediadores agem assim como facilitadores. Uma de suas mais notáveis características é exatamente a de que o mediador não decide, sequer opina, mas apenas facilita o diálogo entre as partes, com fulcro na resolução do conflito. Assim, o mediador auxilia a identificar e remoldurar os aspectos contestados por cada uma das partes, focando nos interesses e nas necessidades dos envolvidos, assim como nas opções disponíveis e nas suas consequências. Diferentemente de um juiz ou árbitro, o mediador não está interessado em conhecer as informações, objetivando determinar o que aconteceu de fato e encontrar um culpado. Ademais, o mediador não decide quem está certo ou errado e não impõe soluções. São as partes os responsáveis pela decisão.

MEDIAÇÃO FACILITATIVA E AVALIATIVA

Em função do crescimento da utilização da mediação de conflitos por profissionais de diversas áreas e em vários setores da sociedade norte americana, Leonard Riskin, professor da Faculdade de Direito da Universidade Missouri, apresentou, em meados dos anos 90, uma proposição para contemplar as mais variadas práticas de solução de conflitos, denominando-as mediação, enquadrando-as em uma “grade” na qual, dependendo do grau de influência do mediador, a mediação seria denominada facilitativa (mediador facilita o diálogo), avaliativa (mediador avalia o mérito, às vezes, inclusive juridicamente) ou transformativa (pouquíssima interferência do mediador diretamente sobre o conflitos – havendo um maior foco na transformação das pessoas envolvidas). Conforme afirma Lela Love²², Riskin criou uma espécie de mapa do universo da mediação – the Riskin Grid²³ (A Grade de Riskin), na qual:

A mediação é dividida em quatro quadrantes, cada um definindo como um mediador deve se orientar a partir de duas correntes: papel facilitativo-avaliativo e definição do problema em níveis micro e macro.

22 *The Grid divides mediation into four quadrants, each defined by a mediator's orientation with respect to two continuums: evaluative-facilitative role and narrow broad problem definition. The grid has made a substantial contribution both by clarifying the state of mediation practice today by sparking a vigorous debate about the direction the practice should take in the future.* (LOVE, 1998, p. 72.)

23 Ver: RISKIN, Leonard L. *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed.* Harv. Neg. L. Rev., v. 1, n. 7, p. 25, 1996.

A grade foi uma contribuição substancial não só para clarificar como se dá a mediação naquela época, mas também a mediação no futuro. Essa proposta suscita a questão de se considerar ou não metade do universo da mediação como avaliativo, ou seja, a possibilidade de o mediador agir de forma opinativa. (tradução livre)

Lela Love, afirma que, conforme Riskin, mediadores se utilizam da ferramenta de avaliar o conflito a fim de promover a celeridade da resolução deste e fazer como que as partes progridam na discussão. Mixar métodos avaliativos e facilitativos, para Love, pode ser proveitoso, mas se deve ter muito cuidado para não ferir a essência da mediação, facilitando e não induzindo a uma solução. Ressalta a autora que se deve, em vez de denominar uma variedade de mecanismos de solução de conflitos como mediação, identificar qual procedimento dos ADR's está sendo utilizado²⁴.

Leonard Riskin²⁵, posteriormente, publicou um artigo no qual ele reformulou seu pensamento, denominado *Quem decide o quê? Repensando a rede para orientação dos mediadores* (tradução livre). Ele afirma que mesmo com a sua teoria tendo um número considerável de adeptos, ao passo que a mediação avaliativa passou a ser utilizada ativamente como forma alternativa de resolução de conflitos e com essa denominação, ele percebeu que a mediação avaliativa, da forma com a qual estava sendo utilizada, desvirtuava todo o conceito originário de mediação. Assim, Riskin procurou reformular sua teoria, tentando demonstrar que a mediação facilitativa e a mediação avaliativa não são opostas, mas que, pelo contrário, se completam.

De todo modo, faz-se necessário não confundir conceitos e, em especial no Brasil, a mediação é tida como um método em que *um terceiro imparcial facilita a resolução de uma divergência*²⁶. Já nos Estados Unidos, não esporadicamente se observam indivíduos que trabalham no âmbito do ADR avaliando os méritos das disputas e se autodenominando mediadores. Carol Liebman²⁷, contudo, aponta pelo menos três razões dessa incoerência:

24 Para maior aprofundamento sobre o assunto: LOVE, Lela. *The Top Ten Reason why Mediators should not evaluate*. Florida State University Law Review, v. 24, 1997. p. 937.

25 RISKIN, Leonard. Who Decides What? Rethinking the Grid of Mediator Orientations. *Dispute Resolution Magazine*, v. 9, n. 2, p. 22, 2003.

26 SALES, Op. Cit., p. 23.

27 LIEBMAN, Carol. *The Risk of Evaluative Mediation*. City Bar Center for CLE. Basic Mediation Training: Conflict Resolution. Theory and Techniques, New York City Bar, 2010. p. 64.

- Primeiramente, assim como litigantes experientes sabem, é pouco provável que em poucas horas ou mesmo em poucos dias de mediação um mediador estará preparado para apurar ou predizer um resultado. Isso porque as partes, temerosas de não haver acordo na mediação, podem ocultar aspectos que preferem sejam levados ao julgamento.
- Ademais, caso as partes tenham ciência de que o mediador irá tomar uma decisão acerca dos conflitos, estas irão despender considerável lapso de tempo e energia em uma postura adversarial, tentando convencer o “mediador” a fim de “vencer” a disputa, em vez de trabalhar conjuntamente com o mediador e a outra parte a fim de chegar a uma solução.
- Finalmente, quando mediadores trabalham sabendo que deverão decidir e chegar a um resultado, focam em informações que irão subsidiar e fundamentar sua decisão, ao passo que deveriam estar preocupados em dar atenção a outros tipos de informação as quais iria satisfazer ambas as partes e cumprir o objetivo do *ganha-ganha*.

Nota-se que a avaliação na mediação (mediação avaliativa) não é a mais adequada forma de se conduzir uma mediação de conflitos, sob pena de desvirtuar suas reais características e objetivos.

Há um interessante ponto a ser observado. Em alguns casos, a mediação pode conduzir a outra forma de resolução de conflitos. Lela Love²⁸ considera a possibilidade de ocorrência de uma espécie de metamorfose de um método para outro na ação que os americanos denominam de “*change hats*” (trocar chapéus). O questionamento é se há a possibilidade de a mediação assumir outras formas no curso das sessões ou não.

Daí haver a necessidade de diversos métodos disponíveis à sociedade, a fim de que sejam efetivamente aplicados na busca pela melhor qualidade na administração dos pleitos da sociedade.

28 “Because the core service of an arbiter, judge or neutral expert is to render an opinion or award concerning issues in question, when a mediator performs that task the question becomes whether he or she should ‘change hats’ or continue to operate under the umbrella of ‘mediation’”. (LOVE, 2006, p. 296).

Esta subespécie de *Alternative Dispute Resolution* é largamente utilizada em desavenças em nível empresarial ou comercial e envolve a submissão da celeuma a uma terceira parte que interpreta a situação e, em pós, delibera após escutar os argumentos e revisar as evidências apresentadas. É caracteristicamente menos formal e complexo se comparado aos procedimentos judiciais ordinários²⁹. Na sua forma mais comum, na arbitragem vinculante (*binding arbitration*), as partes selecionam um árbitro e devem se submeter à decisão por ele proferida, quer seja por acordo ou mesmo baseando-se no ordenamento jurídico Pátrio, dispensando, contudo a atuação do Poder Judiciário.

No que concerne à arbitragem aplicada nas cortes norte-americanas, esta, por outro lado, pode ser entendida como processo adjudatório de resolução de disputa no qual um ou mais árbitros emitem um julgamento e acredita-se que é particularmente utilizada no âmbito das controvérsias contratuais nas quais está envolvido um valor relativamente baixo. Nesse caso, os custos da arbitragem são usualmente desproporcionais ao valor da causa em questão.

O encaminhamento dos casos à arbitragem pode ser dado ou pelo juiz atribuído como competente do caso, ou mesmo por escolha das partes. As sessões são conduzidas por um único árbitro ou por um painel de três árbitros.

Nos Estados Unidos, os árbitros são advogados que devem possuir qualificações básicas discriminadas pelas Cortes. Árbitros são selecionados por algum dos seguintes métodos: sorteio aleatório de uma lista com árbitros em potencial (nesse caso, as partes têm a oportunidade de escolher nomes); quando as partes entram em acordo sobre um determinado indivíduo; ou quando selecionado unicamente pela própria corte.

29 No tocante à terminologia procedimentos judiciais ordinários, procura-se tão somente fazer alusão ao fato de que o processo judicial é o meio "usual" de resolução de conflitos. Não se faz referência, nesse caso, aos ritos sumário, ordinário, executivo, constantes no Código de Processo Civil Pátrio.

MEDIATION – ARBITRATION (MED-ARB)³⁰

A denominada *med-arb* é uma inovação nas formas de resolução de disputa na qual o conhecido como *med-arbiter* é autorizado pelas partes a servir primeiramente como mediador e, posteriormente, como um árbitro com poderes para decidir quaisquer questões não solucionadas pelas partes em diálogo.

Nesse caso, há utilização do mesmo indivíduo terceiro imparcial em ambos os procedimentos (mediação e arbitragem). Deve-se atentar, contudo, para as desvantagens em se utilizar do mesmo condutor de conflitos para ambos os institutos. As partes, por exemplo, podem trabalhar com menos afinco na trajetória em solucionar o conflito elas próprias e pacificamente se já têm ciência de que o adjudicador irá resolver as questões que necessitam maiores cuidados. Ademais, as partes podem se reportar de forma menos amistosa para com o mediador. A fim de ultrapassar tais contratempos e, concomitantemente, preservar as vantagens do *med-arb*, é que duas pessoas distintas são, em alguns casos, necessárias para conduzir a *performance* de regras da mediação e da arbitragem.

JUDGE-HOSTED SETTLEMENT CONFERENCES³¹

Essa é mais comum forma de ADR utilizada em cortes federais e estaduais em uma conferência para se colimar a um acordo presidido por um juiz. O papel clássico de um acordo realizado por um juiz é articular julgamentos sobre o mérito do caso e facilitar a transação. Alguns juízes negociadores usam ainda técnicas de mediação nas conferências de acordo para melhorar a comunicação entre as partes, desvencilhar-se de barreiras a fim de se chegar ao acordo, além de auxiliar na formulação de resoluções. Em algumas cortes, um juiz ou magistrado específico é designado como *juiz negociador*. Em outras, o juiz designado preside as conferências de negociação em vários pontos durante o litígio, normalmente previamente ao julgamento.

30 In: STONE, Katherine V.W. *Private Justice: The Law of ADR*. University Casebook Series, 2003.

31 NATIONAL ADR INSTITUTE FOR FEDERAL JUDGES, Op. Cit., CPR Legal Program.

Caracteriza-se por ser um procedimento utilizado de tempos em tempos no setor público de dissídios coletivos. O *fact finder* (ou juiz de fato), baseando-se nas informações providas não só pelas partes, mas por meio de pesquisas adicionais e instrumentos comprobatórios, recomenda a resolução de cada tópico pendente do conflito. Tal procedimento é tipicamente voluntário e prepara o caminho para negociações adicionais e também para a mediação.

MINI-TRIALS

É um método desenvolvido para o âmbito privado que auxilia no resgate de um acordo negociado em casos de litigância corporativa. Uma *mini-trial* típica deve envolver um período de pesquisa limitada sobre quais advogados disponíveis no mercado apresentam as melhores experiências em assunto similar antes de administradores com autoridade iniciarem o processo de acordo, e na maior parte das vezes, contrata-se, ainda, os serviços de um juiz aposentado ou de um advogado de grande respaldo. A partir daí os administradores dão início às tentativas de acordo. O juiz e o advogado referido servem como uma espécie de “termômetro”, a fim de verificar como a corte (o Poder Judiciário) decidiria o litígio.

MULTI-STEP ADR

Partes que representam empresas ou negócios devem concordar, seja quando uma disputa surge ou mesmo já previsto em cláusula contratual, em se comprometer em uma série progressiva de procedimentos de resolução de disputas.

O primeiro passo normalmente é alguma forma de negociação, não esporadicamente *face-to-face* entre os litigantes. Caso não haja sucesso, outro nível de negociação é intentado, mas, dessa vez, as partes são pessoas

32 Idem, p. 56.

hierarquicamente superiores na empresa ou negócio. O próximo nível pode ser a mediação ou outro método facilitativo a partir de um terceiro imparcial. Se uma resolução consensual não for alcançada, o acordo pode ser obtido por meio de um método vinculativo, como arbitragem, adjudicação privada ou outro.

SUMMARY JURY TRIALS

O *summary jury trials*³³ – julgamento sumário com jurados (tradução livre) é um processo flexível, não vinculativo do ADR, projetado para promover acordos em casos com julgamentos prontos dirigidos por jurados permanentes. O processo fornece aos litigantes e aos seus respectivos assessores jurídicos uma sentença consultiva após uma audição curta em que a evidência é apresentada pelos assessores a partir de um relatório sumário. A sentença não vinculante dos jurados é usada como uma base para negociações subsequentes, a fim de colimar em um acordo entre as partes.

Originada por meio da experiência do Chefe de Justiça Thomas D. Lambros do Distrito Norte de Ohio, o *summary jury trial* tem o objetivo de promover o acordo em casos de respaldo nos quais os litigantes divergem de modo significativo acerca do desfecho dado pelo júri. O *summary jury trial* é um processo para demandas reservado para casos nos quais há o envolvimento de cortes superiores e recursos dos litigantes. Parte ou toda a disputa pode ser submetida ao *summary jury trial*.

O *summary jury trial* é utilizado para reforçar possibilidades de resolução de um conflito por meio das seguintes técnicas:

- "Predizendo" os prováveis resultados do julgamento;
- Oferecendo uma *semi-formal* "dia na corte";
- Expondo as partes (nesse caso, clientes) às perspectivas contrapostas das evidências;

33 Sobre esse instituto, verificar o artigo de Dionna K. Mitchell e Leslie C. Smith, advogada e juiz, respectivamente, nos Estados Unidos. *When Mediation Fails: The Summary Jury Trial Alternative*.

- Salientando as incertezas e as despesas do julgamento antes de sua realização.

Alguns “distritos” norte-americanos possuem regras normatizadas que autorizam o processo do *jury summary trial*; em outras localidades, juízes se utilizam desse procedimento de modo *ad hoc*. Detidamente observado por alguns juízes, a utilização judicial e o estudo empírico desse dispositivo que antecede aos julgamentos têm sido limitados. Uma variação desse instituto é o *summary bench trial* – julgamento sumário pelo que preside (tradução livre), que, como o próprio nome já deduz, resulta em um parecer consultivo pelo indivíduo neutro que preside acordo em vez de um veredito consultivo do júri (corpo colegiado).

Assim como os outros procedimentos do ADR, o *summary jury trial* é flexível e pretende ser adaptado às necessidades de cada caso individualmente considerado. Pode-se afirmar que tal instituto é basicamente uma espécie de “júri simulado”, no qual as partes podem inclusive se utilizar de dilação probatória e que, findo, as partes decidem se levam o caso à corte “real” ou não. Ademais, além de provocar o “desafogamento” no setor jurisdicional público, promove-se, ainda, a celeridade da resolução do litígio, uma vez que, ciente dos resultados, as partes esporadicamente estarão interessadas em submeter seu processo às instâncias recursais.

Todos esses mecanismos são utilizados nos Estados Unidos e incentivam a solução de conflitos por caminhos distintos, variados e adequados aos problemas vivenciados. Esse fato alerta a sociedade brasileira para necessidade de diversificação de procedimentos de solução de controvérsias, especialmente a **mediação de conflitos**, que na experiência norte-americana apresentou-se como o mecanismo mais utilizado na atualidade.

O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E O ESTÍMULO PARA IMPLEMENTAR AS ADR'S NO BRASIL

O Conselho Nacional de Justiça no Brasil apresentou em 29 de novembro de 2010, a Resolução nº 125, expondo a importância e necessidade de aperfeiçoar

o a condução do processo jurisdicional e apontando a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação como mecanismos adequados para resolver determinadas demandas.

A resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a necessidade da criação de núcleos de mediação e de conciliação junto às estruturas do Poder Judiciário brasileiro, estimulando a realização de audiências preliminares, como caminhos para estimular o diálogo e o possível acordo entre as partes.

O artigo primeiro da resolução estabelece que a política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses deve assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridades, incumbindo aos órgãos judiciais, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Os mediadores e os conciliadores, de acordo com a resolução, são pessoas aptas à condução do diálogo e que devem ser habilitadas para a melhor administração dos litígios, exercem suas atividades sob a análise e a observância do magistrado competente para o caso em discussão.

O mediador promove a comunicação entre as pessoas, cujo desgaste pode haver comprometido a relação de cordialidade e o próprio diálogo. Sem avaliar ou sugerir, o mediador, terceiro imparcial, possui a tarefa de construir a possibilidade de consenso, empoderando as pessoas e estimulando-as à tomada de decisão.

O conciliador, por sua vez, auxilia a comunicação entre os envolvidos, fornecendo a orientação necessária, por vezes sugerindo soluções que resultem em um acordo entre as partes.

Por suas características a mediação e a conciliação trazem consigo a liberdade de escolha, a informalidade de procedimento, a não litigiosidade, o aprofundamento das discussões sobre os conflitos e sua transformação, o fortalecimento do cidadão e do diálogo colaborativo.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça é fundamental ainda a

preocupação com a formação dos mediadores e dos conciliadores e do aperfeiçoamento de tais institutos, estabelecendo contínuos aprimoramentos, orientando inclusive quanto o conteúdo dos cursos de capacitação e treinamento, sempre com o enfoque teórico-prático. Aponta a preocupação de que os métodos consensuais de administração de conflitos atendam ao desenvolvimento de uma política judiciária cada vez mais adequada à realidade dos fatos.

A iniciativa do Conselho Nacional de Justiça demonstra atuação inovadora e condizente com as experiências norte-americanas que tem apresentado resultados interessantes.

Importante ressaltar, no entanto, a preocupação de que essa aproximação entre a mediação e o Poder Judiciário, que com a Resolução nº 125/2010 do CNJ se consolida, resulte na democratização da Justiça e no acesso ao Judiciário, e não na formalização e na descaracterização dos meios consensuais de solução de conflitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os métodos alternativos de resolução de conflitos são, pois, ferramentas democráticas que auxiliam os cidadãos a dirimir seus conflitos. A implementação e a utilização ampla desses mecanismos junto ao Poder Judiciário norte-americano já existem há vários anos, sendo bastante estimuladas e consolidadas.

No Brasil a proposta de implementação desses meios como forma efetiva e institucionalizada de solução de demandas ainda é inicial, se comparados com a experiência norte-americana. Ressalta-se, no entanto, que a escolha da mediação e da conciliação pelo CNJ, como mecanismos a serem estimulados, desde já mostra coerência com a experiência internacional que aponta a mediação como o ADR mais utilizado nos Estados Unidos.

Interessante é, portanto, fazer a detida análise das teorias e das práticas adotadas nos Estados Unidos, suas peculiaridades, para que, dentro da realidade brasileira, se possa adotar a política adequada que resulte efetivamente na melhor qualidade da resposta judicial às demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 44. ed. Saraiva: São Paulo, 2010.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Lúmen Júris, 2011.
- LIEBMAN, Carol. *The Risk of Evaluative Mediation*. City Bar Center for CLE. Basic Mediation Training: Conflict Resolution. Theory and Tecniques, New York City Bar, 2010. p. 64.
- LOVE, Lela. *ADR: An Eclectic Array of Processes, Rather than One Eclectic Process*. *Journal of Dispute Resolution*. Center for the Study of Dispute Resolution. School of Law. University of Missouri, Columbia, 2006. p. 296.
- _____. *Images of Justice*. Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, v. 1, n. 29, p. 29-35, 2000.
- _____. *Mapping Mediation: The Risks of Riskin Grid*. Harvard Negotiation Law Review, v. 3, n. 71, p. 72, 1998.
- _____. *The Top Ten Reason why Mediators should not evaluate*. Florid State University Law Review, v. 24, p. 937, 1997.
- NATIONAL ADR INSTITUTE FOR FEDERAL JUDGES. *Judge's Deskbook on Court ADR*. Harvard Law School, nov. 12-13, 2003, p. 39.
- NATIONAL EQUIPMENT RENAT LTD. VERSUS SZUKHENT, 375 U.S. 311, 1964.
- RISKIN, Leonard L. *Understanding Mediator's Orientations, Strategies and Techninques: A Grid for the Perplexed*. Harv. Neg. L. Rev., v. 1, n. 7, p. 25, 1996.
- _____. *Who Decides What? Rethinking the Grid of Mediator Orientations*. *Dispute Resolution Magazine*, v. 9, n. 2, p. 22, 2003.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 23.
- SANDER, Frank. Cf. *Institutionalizing ADR Programs In Courts*, in *Emerging ADR Issues in State and Federal Courts* (F. Sander, Ed.). ABA Litigation Section, 1991.
- SAVAGE, Cynthia A.; STUART, Keneth K. *The Multi-door Courthouse: How It's Working*. Colorado Lawyer, October, 1997, p. 1-7.

STEMPEL, Jeffrey W. Reflections in Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996.

STONE, Katherine V. W. *Private Justice: The Law of ADR*. University Casebook Series, 2003.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria, Prática e Mediação*. Mediação e Arbitragem no Brasil. Santa Catarina, 2004.