

## AUTOCOMPOSIÇÃO E PROCESSOS CONSTRUTIVOS: UMA BREVE ANÁLISE DE PROJETOS-PILOTO DE MEDIAÇÃO FORENSE E ALGUNS DE SEUS RESULTADOS<sup>1</sup>

*André Gomma de Azevedo*<sup>2</sup>

I. Introdução. II. Perspectivas Autocompositivas do Direito Processual, a Mediação Forense e a transição para processos construtivos. III. O papel do magistrado no moderno ordenamento jurídico processual perante processos autocompositivos estatais. IV. Conclusão. V. Bibliografia

### I. Introdução

O Direito Processual há algum tempo direciona crescente atenção aos mecanismos autocompositivos (*i.e.* mediação ou conciliação<sup>3</sup>) como forma de assegurar maior efetividade ao ordenamento jurídico processual. Isto porque, como corolário da tendência

<sup>1</sup> Meus agradecimentos especiais aos pesquisadores Artur Coimbra de Oliveira, Fábio Portela Lopes de Almeida e Francisco Schertel Mendes pelas críticas e comentários bem como pelo trabalho de revisão de texto.

<sup>2</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Mestre em Direito pela Universidade de Columbia em Nova Iorque – EUA (CLS). Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV/RJ) e em São Paulo (FGV/SP). Ex-mediador no *Institute for Mediation and Conflict Resolution* (IMCR), em Nova Iorque – EUA. Ex-mediador no *Harlem Small Claims Court*, em Nova Iorque – EUA. Ex-Consultor Jurídico na *General Electric Company* (GE), em Fairfield, CT – EUA.

<sup>3</sup> Os conceitos de conciliação e mediação são frequentemente caracterizados como distintos institutos, sendo aquela forma autocompositiva definida por alguns como “uma forma de intervenção mais passiva e menos estruturada do que a mediação” (YARN, Douglas E., *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999, p. 102). Outros sustentam que “a conciliação é o componente psicológico da mediação na qual uma terceira parte busca criar uma atmosfera de confiança e cooperação que seja produtiva como negociação” (MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998, p. 177). Neste trabalho ambos conceitos são adotados como sinônimos relativos por não se produzirem efeitos jurídicos distintos decorrentes da utilização desses termos. Cabe registrar que essa unificação terminológica tem se mostrado como tendência moderna já adotada em diversos países como o Canadá, o Reino Unido e a Austrália (SINGER, L. R. *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*. Coulter, CO: Ed. Westview, 1990). Ademais, no contexto brasileiro, quando o legislador buscou inspiração no direito comparado para

do direito processual de preocupar-se com o acesso a justiça, passou-se a considerar que o ordenamento jurídico processual possui um função dúplice: um meio pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos [heterocomposição] e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado [autocomposição assistida por agentes estatais]<sup>4</sup>.

Vale frisar que a autocomposição é definida<sup>5</sup> como a forma de solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro. Assim, na medida em que as partes conseguem encontrar uma forma de adequação dos interesses originalmente contrapostos, tem-se por resolvida a disputa. Na heterocomposição, a justiça é definida a partir de valores impostos por um terceiro, juiz ou árbitro. Por outro lado, na autocomposição a justiça é alcançada a partir da anuência das próprias partes quanto ao procedimento adotado e conteúdo alcançado pelo discurso argumentativo. Assim, se na heterocomposição a justiça é definida por valores impostos, na autocomposição esta é alcançada em razão de valores consensuados<sup>6</sup>.

Na orientação de solução de disputas sob os auspícios do Estado, a autocomposição serve não apenas como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais<sup>7</sup>, mas também como forma de reestruturar a relação entre as partes no intuito de melhor capacitá-las a tratar suas questões com base em suas necessidades e interesses, mesmo que estes não sejam juridicamente tutelados<sup>8</sup>.

incorporar ao nosso ordenamento jurídico estrutura semelhante aos *small claims courts* norte-americanos, introduziu, com os juizados especiais (Lei nº 9.099/95), o que nos EUA se denominava *mediation* (mediação), usando o termo “conciliação” possivelmente por ser este o termo utilizado no Brasil desde as Ordenações Filipinas até a Constituição Federal atual. Especificamente sobre esse tema, apresentando a conclusão de que a conciliação e a mediação seriam espécies de um gênero comum, vide PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada*. in: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Também abordando tangencialmente o tema vide RISKIN, Leonard. *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed in Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, Primavera de 1996.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988., p. 8.

<sup>5</sup> ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposición e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 77 *apud* CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *ob. cit.*, p. 19.

<sup>6</sup> Nota-se, portanto, o patente abandono do positivismo jurídico que impõe o domínio da norma sobre a vontade consentida. Pelo positivismo jurídico, encontrado em autores como Hobbes, “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva” (BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, n. 13 esp. p. 36 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 12). Atualmente, a posição consentânea é de que o justo enquanto valor pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente, e que caso estas não consigam atingir tal consenso, um terceiro as substituirá nessa tarefa indicando, com base na lei, o justo diante de cada caso concreto. Por meio da autocomposição, o conceito de justiça se apresenta em umas de suas acepções mais básicas: a de que a justiça da decisão é adequadamente alcançada em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento destas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na autocomposição a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso e tanto pela forma como pelo resultado estão satisfeitas com seu termo. Constatou-se de plano que, nesta forma de resolução de disputas, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição, passando a ser considerado também em função da *satisfação das partes* quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª Ed., 1990. p. VII.

<sup>8</sup> Exemplificativamente, ao perguntar às partes o que as levou àquele processo de mediação, o mediador está introduzindo a possibilidade de estas apresentarem seus interesses de forma genérica, ainda que estes não sejam juridicamente tutelados.

Zamora Y Castillo sustentava que o processo rende, com freqüência, muito menos do que deveria – em “função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandone”<sup>9</sup>. Cabe acrescentar a esses “defeitos procedimentais” o fato de que em muitos casos, o processo judicial ao tratar exclusivamente<sup>10</sup> daqueles interesses juridicamente tutelados (*i.e.* Direitos), exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados<sup>11</sup>. Assim, uma vez identificado que o sistema processual “rende menos do que deveria”, cabe examinar quais orientações podem ser adotadas para adequadamente endereçar essa questão.

Morton Deutsch, em sua obra *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*<sup>12</sup> apresentou importante classificação de processos de resolução de disputas ao indicar que esses podem ser *construtivos* ou *destrutivos*. Para Deutsch, um processo destrutivo é caracterizado pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito freqüentemente se torna “independente de suas causas iniciais”<sup>13</sup> assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, no mais das vezes errônea, de que os interesses das partes não podem ser ambos satisfeitos. Em outras palavras, as partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com esmaecimento de sua relação social.

Por sua vez, processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado ou mediador) a motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição culpa; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses<sup>14</sup> e iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam

<sup>9</sup> ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238.

<sup>10</sup> GOLDBERG, Stephen B. *et alii*, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, Cambridge, MA: Ed. PON Books, 1993.

<sup>11</sup> v. SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988.

<sup>12</sup> DEUTSCH, Morton, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven:Yale University Press, 1973. Cabe destacar que três capítulos desse trabalho estão, graças à generosidade do Prof. Morton Deutsch e da Yale University Press, presentes neste 3º Volume de Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.

<sup>13</sup> DEUTSCH, *ob. cit.*, p. 351.

<sup>14</sup> DEUTSCH, *ob. cit.* P. 360.

influenciando a relação (social) das partes. Exemplificativamente, mesmo um casal em via de separação pode ser orientado por meio de um processo construtivo na medida em que o condutor desse procedimento estiver apto a motivar as partes para que, diante de inevitável ruptura de vínculo conjugal, estas possam desenvolver a melhor relação possível na fase posterior à separação – presumindo, no exemplo, que as partes manterão algum vínculo em razão da existência de filhos.

Assim, retornando ao conceito de Zamora Y Castillo, o processo [judicial], de fato, rende, com freqüência, menos do que poderia, em parte por que se direciona, sob seu escopo social<sup>15</sup>, a pacificação fazendo uso, em grande parte, de mecanismos destrutivos de resolução de disputas a que esse autor mexicano denominou “defeitos procedimentais”.

Buscando atender ao predicado de efetividade para que, quando possível, sejam incluídos processos construtivos de resolução de disputas, os ordenamentos jurídico-processuais modernos estão sofrendo sensíveis alterações na medida em que passam a ser compostos de vários processos distintos. Esse espectro de processos (*e.g.* processo judicial, arbitragem, mediação dentre outros) forma um mecanismo denominado *sistema pluri-processual*<sup>16</sup>. Com o pluri-processualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto.

Nessa complementaridade, são consideradas as características intrínsecas ou aspectos relativos a esses processos na escolha do instrumento de resolução de disputa (*v.g.* custos financeiros, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos ou desgastes emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade). Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que ainda irão relacionar-se no futuro (*e.g.* disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse de estabelecer um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (*e.g.* disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores), recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que seja pouco sigiloso (*e.g.* processo judicial). A

<sup>15</sup> Cf. ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991 e DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

<sup>16</sup> Cf. SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976; STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, nº 13, 1998, p. 303; e BARBOSA, Ivan Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

moderna doutrina registra que essa característica de afeição do procedimento às peculiaridades de cada litígio decorre do chamado *princípio da adaptabilidade*<sup>17</sup>.

Em grande parte, esses distintos processos já estão sendo aplicados por tribunais como forma de emprestar efetividade ao sistema. A chamada institucionalização<sup>18</sup> desses instrumentos iniciou-se ainda no final da década de 1970, em razão de uma proposta do professor Frank Sander<sup>19</sup> denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas)<sup>20</sup>. Esta organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um poder judiciário como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir apenas uma “porta” – o processo judicial – que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um amplo sistema com vários distintos tipos de processo que formam um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas ao processo adequado a cada disputa. Nesse sentido, nota-se que o magistrado, além da função jurisdicional que lhe é atribuída, assume também uma função gerencial<sup>21</sup>, pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e acompanhamento<sup>22</sup> para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento jurídico processual, ou, no mínimo, que os auxiliares (e.g. mediadores) estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos.

Pode-se afirmar que, por intermédio do pluri-processualismo, ao magistrado se oferecem opções para que este possa dirigir as partes em conflito a um processo construtivo. Isso porque, em regra<sup>23</sup>, ao se apresentar perante determinado tribunal, a parte passa por um procedimento de triagem para se verificar qual processo seria mais recomendável para a situação concreta que o levou ao Poder Judiciário. Em alguns sistemas processuais, a triagem chega a ser compulsória – não podendo a parte deixar de utilizar o processo indicado pelo tribunal<sup>24</sup>.

Dos diversos exemplos encontrados no Brasil de sistemas pluri-processuais (nos quais são encontrados, em regra, programas de mediação forense), merecem destaque, por

<sup>17</sup> v. Princípio da adaptabilidade do órgão às exigências do processo in CALAMANDREI, Piero, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I § 54, p. 198 apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000, p. 290.

<sup>18</sup> GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.* p. 432.

<sup>19</sup> SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.

<sup>20</sup> Cf. STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution* nº 13, 1998, p. 303.

<sup>21</sup> RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, nº 96, p. 435.

<sup>22</sup> Cf. ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *University of Chicago Law Review* nº 53, p. 323.

<sup>23</sup> v. STIPANOWICH, Thomas J., *ob. cit.* p. 304.

<sup>24</sup> GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.* p. 433.

serem bastante ilustrativos e já terem obtido excelentes resultados, o Serviço de Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Núcleo de Conciliação Prévia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o Serviço de Mediação de Família do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Programa de Mediação no Sistema Financeiro de Habitação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Programa de Mediação Comunitária do Tribunal de Justiça do Acre e o Fórum de Múltiplas Portas instituído no Juizado Especial em Curitiba pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Esses projetos, claramente se propõem a ser modelos de resolução de disputa que possam configurar como complementos da prestação jurisdicional na primeira instância.

Nesse contexto, constata-se que aos poucos o juiz passa a ser mais do que um prolator de sentenças para ser também um administrador de processos de resolução de disputas ou um “gestor de conflitos”<sup>25</sup>, analisando quais demandas, diante de circunstâncias e fatos concretos, devem seguir para um processo autocompositivo (e.g. mediação) e quais podem ser resolvidos por heterocomposição sem perda de legitimidade ou estímulo à perpetuação da litigiosidade mesmo após o trânsito em julgado da decisão<sup>26</sup>. Ademais, como parte significativa da “gestão de conflitos” pelo magistrado, constata-se patente preocupação com a escolha do processo de resolução de disputas para que as partes sejam dirigidas, sempre que possível, a processos construtivos como forma de efetivamente produzir, perante o jurisdicionado, a pacificação social a que se destina, sob a óptica social, o ordenamento jurídico.

## II. Perspectivas Autocompositivas do Direito Processual, a Mediação Forense e a transição para processos construtivos.

Como indicado em outra oportunidade<sup>27</sup>, a moderna Teoria Geral do Processo<sup>28</sup> sustenta que a jurisdição, enquanto função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses contrapostos para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos impondo imperativamente determinadas decisões, é caracterizada basicamente por diversas propriedades fundamentais uma das quais merece especial atenção: a substitutividade. Esta é tida como a atribuição

<sup>25</sup> RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, Harvard Law Review, nº 96, 1986.

<sup>26</sup> Quanto à permanência de litigiosidade após o trânsito em julgado da decisão, em outra oportunidade (v. nota de rodapé nº 25) foi definida *litigiosidade remanescente* como aquela que persiste entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados adequadamente. Em regra, constata-se sua existência no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos) seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada perante o Estado.

<sup>27</sup> AZEVEDO, André Gomma, *Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993, p. 131

do Estado de substituir a vontade das partes envolvidas no conflito (e que poderiam ter transacionado) para, quando provocado, definitivamente compor a lide.

Chiovenda sustenta ainda que a jurisdição é uma atividade secundária<sup>29</sup>, definindo-a, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando a composição de lides em razão de essa resolução de controvérsia não ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Cabe registrar que, sob esta óptica, *o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes* – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade ou, segundo a óptica de Garth e Cappelletti, intervir para estimular a autocomposição sob os auspícios do Estado.

Cabe mencionar que historicamente muitos processualistas renomados, como Zamora Y Castillo, Goldschmidt, Chiovenda, dentre outros, consideravam a conciliação como um mecanismo muito eficiente de resolução de disputas<sup>30</sup> e merecedor de incentivos – sejam estes doutrinários ou legislativos. Todavia dos diversos ensaios e tentativas de implementar mecanismos autocompositivos dentro de sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, não há quaisquer registros fidedignos de bom êxito desses ensaios e tentativas. De fato, há indicações de que, quando a autocomposição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Em relação a essa conduta, também denominada de pseudo-autocomposição<sup>31</sup>, muito se escreveu para criticá-la. Nesse sentido, vale registro da opinião de Francesco Carnelutti segundo o qual “infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes [a autocomposição] se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes<sup>32</sup>”

Pode-se afirmar que a razão do insucesso dessas propostas legislativas do final do século XIX e início do século XX decorre da forma com que a mediação/conciliação era conduzida. Dos registros existentes<sup>33</sup> constata-se que esses modelos baseavam-se fortemente em uma mediação intuitiva na qual caberia ao conciliador conduzir o processo segundo critério subjetivo de “bom senso”<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *ob. cit.* p. 18.

<sup>30</sup> ZAMORA Y CASTILLO, *ob. cit.*, pp. 13, 22 e 31.

<sup>31</sup> ZAMORA Y CASTILLO, *ob. cit.*, p. 31.

<sup>32</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil – Volume II*, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 70

<sup>33</sup> v. notas de rodapé de números 28 a 30.

<sup>34</sup> Vale mencionar que, contemporaneamente, há corrente absolutamente minoritária apregoando ainda tal procedimento intuitivo. Nesse sentido, v. WARAT, Luis Alberto (Org.), *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Almed, 1998.

Em razão dos resultados positivos de algumas iniciativas autocompositivas<sup>35</sup> baseadas em teoria multidisciplinar a partir de meados do século XX aos poucos a “mediação intuitiva” foi substituída por uma “mediação técnica”<sup>36</sup>. Um exemplo característico da utilização desses instrumentos como *alternativas técnicas* à atuação Estatal foi a implantação de mediação por líderes comunitários<sup>37</sup> nos Estados Unidos no início da década de 1970<sup>38</sup>. Cabe mencionar que esta teoria multidisciplinar deu-se em função do desenvolvimento de pesquisas aplicadas e voltadas a assegurar maior efetividade a esses processos autocompositivos. Exemplificativamente, desenvolveu-se no campo da psicologia cognitiva uma série de projetos voltados à compreensão do modo por intermédio do qual as partes percebem a realidade quando encontram-se em conflito<sup>39</sup>. No campo da matemática aplicada, desenvolveram-se estudos em aplicação de algoritmos<sup>40</sup> para a resolução de disputas<sup>41</sup>. No campo da economia, passaram-se a aplicar conceitos retirados da Teoria dos Jogos, como o Equilíbrio de Nash, que, quando aplicados à resolução de disputas, sugerem possibilidades para que partes consigam alcançar acordos sem que haja necessariamente a submissão a interesses de outrem ou a concessão mútua<sup>42</sup>. Nota-se, portanto, o abandono da prática intuitiva da conciliação em favor de uma técnica específica desenvolvida para esses novos instrumentos<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> Cf. AUERBACH, Jerold S., *Justice without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983.

<sup>36</sup> Para referências bibliográficas acerca dessas técnicas e processos de resolução de disputas reportamo-nos ao endereço eletrônico do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> – bibliografia) onde poderá ser encontrada lista detalhada de obras. Destacam-se, contudo, os seguintes trabalhos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

<sup>37</sup> GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992, p. 6.

<sup>38</sup> Existem registros indicando a utilização de meios autocompositivos, em especial a mediação, desde a colonização norte-americana (AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983) contudo os primeiros registros de mediadores profissionais são da década de 1940 (AARON, Benjamin, BURGOON, Donald, et. alii (Orgs.), *The Railway Labor Act at Fifty*, Washington, DC: Ed. National Mediation Board, 1977). Sobre a história da implementação da mediação nos Estados Unidos vide GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. *ob. cit.* p. 7.

<sup>39</sup> Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.

<sup>40</sup> Entende-se por algoritmo o processo de resolução de um grupo de questões semelhantes, em que se estipulam, com generalidade, regras formais para a obtenção de resultados, ou para a solução dessas questões.

<sup>41</sup> Cf. BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.

<sup>42</sup> Acerca desses novos conceitos desenvolvidos vide ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*; PERRONI, Otávio, *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação*; e AZEVEDO, Gustavo Trancho, *Confidencialidade na mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

<sup>43</sup> Para maiores detalhes acerca da metodologia pedagógica referente à formação de mediadores e advogados vide SCHMITZ, Suzanne J., *What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 2001; HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 1999; NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 *Washington University Law Quarterly*, 47, 1996.

Outra característica dessa mediação técnica é sua procedimentalização. Entende-se que, para se aplicarem as técnicas de forma adequada, faz-se necessária a utilização de uma estrutura lógica e cronológica. Assim, apesar de possuir um rito mais informal do que o processo judicial<sup>44</sup>, a mediação possui uma organização lógica característica de um processo de resolução de disputas.

Assim, sendo a mediação um processo caracterizado pela flexibilidade procedimental, muito se diverge sobre seu procedimento. John W. Cooley, aposentado juiz federal norte-americano, divide o processo de mediação em oito fases: i) iniciação, momento no qual as partes submetem a disputa a uma organização pública ou privada ou a um terceiro neutro em relação ao conflito, para que seja composta; ii) preparação, fase na qual os advogados se preparam para o processo, coletando um conjunto de informações, tais como os interesses de seus clientes, questões fáticas e pontos controversos; iii) sessão inicial ou apresentação, momento no qual o mediador explica a natureza e formato do processo de mediação aos advogados e partes; iv) declaração do problema, quando as partes, por já estarem debatendo acerca da disputa abertamente, delimitam os pontos controversos que deverão ser objeto de acordo; v) esclarecimento do problema, fase na qual o mediador isola as questões genuinamente básicas em disputa buscando melhor relacionar os interesses das partes com as questões apresentadas; vi) geração e avaliação de alternativas, momento no qual o mediador estimula as partes e advogados a desenvolver possíveis soluções para a controvérsia; vii) seleção de alternativas, estágio no qual as partes, diante das diversas possibilidades desenvolvidas na fase anterior, decidem quanto a solução; viii) acordo, momento no qual o mediador esclarece os termos do acordo a que tiverem chegado as partes e auxilia na elaboração do termo de transação<sup>45</sup>.

Quanto à mediação forense, ante a flexibilidade procedimental acima referida, os diversos tribunais justiça no Brasil têm também adotado procedimentos ligeiramente distintos entre si. Contudo, todos esses procedimentos têm em comum as seguintes fases de processos autocompositivos: i) postulação, a partir do discurso direto da parte, de questões e interesses; ii) identificação, por parte dos mediadores, de partes, interesses, sentimentos e questões necessários para o adequado desenvolvimento do processo; e iii) resolução das questões com auxílio de técnica interdisciplinares.

Contudo, mais do que possuírem em comum fases do processo de mediação, os programas ora existentes no Brasil têm explícita ou implicitamente se direcionado a transformar o processo estatal de resolução de disputas em um processo construtivo – um meio pelo qual as partes possam, de forma eficiente, tratar suas questões, necessidades e interesses a ponto de permitir que os vínculos sociais existentes entre essas partes possam sair fortalecidos.

<sup>44</sup> Cf. BACELLAR, Roberto Portugal, *Juizados Especiais – A Nova Mediação Paraprocessual*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>45</sup> Cf. COOLEY, John W, *A advocacia na mediação*, Brasília: Ed. UnB, 2000.

De um lado, esses programas nada mais fazem do que emprestar efetividade à característica substitutiva da jurisdição na medida em que criam um mecanismo de resolução de disputas pelo qual o Direito deixa de ser a principal fonte de solução de questões para assumir função secundária. Isto porque, em primeiro lugar, as partes são estimuladas a dirimir suas diferenças com base nos seus interesses<sup>46</sup>. Somente quando não lograrem êxito nessa resolução com base em interesses é que as partes são dirigidas ao processo heterocompositivo estatal no qual se examinarão os fatos envolvidos na disputa para em seguida se aplicar o Direito. Em suma, constata-se na mediação forense a efetivação da característica da substitutividade da jurisdição ao se estabelecer que a heterocomposição estatal somente deve ocorrer como atividade secundária após esgotadas as efetivas tentativas da atividade primária – a autocomposição – desenvolvidas considerando as características intrínsecas dessa forma de resolução de disputas.

Cabe destacar que esses novos modelos autocompositivos visam permitir que partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias<sup>47</sup>, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca<sup>48</sup>.

Os resultados colhidos em alguns projetos-piloto de mediação forense no Brasil demonstram que, após serem submetidas a esse processo autocompositivo a maioria das partes acredita que a mediação as auxiliará a melhor dirimir conflitos futuros. Exemplificativamente, na pesquisa realizada no Programa de Mediação Forense do TJDFT com partes que não alcançaram acordo na mediação forense, constatou-se que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) dos entrevistados<sup>49</sup> acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro<sup>50</sup>. Programas similares em outros países<sup>51</sup> também apresentam resultados semelhantes – dos quais se pode concluir marcante tendência nos ordenamentos jurídico-processuais de direcionar procedimentos para que tratem do futuro da relação social das partes em disputa (i.e. para que sejam prospectivos na forma de endereçamento de questões), e para que sejam mais do que conjuntos de atos coordenados lógica e cronologicamente seguindo brilhantes

<sup>46</sup> Cf. GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.*

<sup>47</sup> RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

<sup>48</sup> Cf. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

<sup>49</sup> Na pesquisa realizada com partes que conseguiram transacionar todos responderam acreditar que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro.

<sup>50</sup> Para maiores detalhes quanto um desses resultados no Brasil vide relatório do Projeto Piloto em Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado na internet na página <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>.

<sup>51</sup> Cf. PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nova Iorque: Center of Public Resources, 1992 e RHODE, Deborah, *ob. cit.*

modelos teóricos que lamentavelmente se projetam na prática como morosos, ineficientes e, em relação à classificação de Deutsch, em regra, destrutivos.

A discussão acerca da introdução de mecanismos aptos a permitir que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a arbitragem fossem panacéias para um sistema em crise<sup>52</sup>. Dos resultados obtidos nos diversos projetos-piloto no Brasil, conclui-se que não há como impor um único procedimento de mediação em todo Brasil ante patentes diferenças nas realidades fáticas (*fattispecie*<sup>53</sup>) em razão das quais foram elaboradas.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas<sup>54</sup>, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente da qualidade dos programas. Uma recente pesquisa do Instituto RAND<sup>55</sup> constatou que não houve vantagens significativas para a mediação quando comparada ao processo heterocompositivo judicial e concluiu que esses resultados insatisfatórios decorreram de programas que não foram adequadamente desenvolvidos para atender os objetivos específicos que os usuários de tal processo buscavam. Esses projetos examinados pelo Instituto RAND tiveram, como conclui essa pesquisa, insuficiente treinamento de mediadores e oportunidades inadequadas para a participação dos envolvidos<sup>56</sup>.

Segundo a professora Deborah Rhode<sup>57</sup>, a maioria dos estudos indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (accountability) no sistema<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Há diversas situações em que a mediação ou a arbitragem não são recomendadas – e.g. demandas que versem sobre interesses coletivos ou que requeiram elevado grau de publicização (e.g. Ações Cíveis Públicas decorrentes de danos a saúde causados pelo uso do amianto como isolante térmico).

<sup>53</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo*, n. 6, p. 11 apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

<sup>54</sup> v. RHODE, Deborah, *ob. cit.* p. 132.

<sup>55</sup> O Instituto RAND é uma organização não governamental (ONG) estruturada como uma Sociedade Anônima (Corporation) e tem como propósito conduzir pesquisa multidisciplinares tanto no setor público como no privado com o intuito de auxiliar o desenvolvimento de políticas públicas por intermédio de pesquisas empíricas e analíticas. Para maiores informações v. <http://www.rand.org/>.

<sup>56</sup> HENSLER, Deborah, R. *Puzzling over ADR: Drawing Meaning from the RAND Report*, *Dispute Resolution Magazine* no. 8, 1997, p. 9 apud RHODE, Deborah, *ob. cit.* p. 133.

<sup>57</sup> *ob. cit.* p. 135.

<sup>58</sup> Lind e Taylor, *Procedural Justice*, 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judicial ADR*, 353-354 apud Rhode, *ob. cit.* p. 135.

Nesse sentido, alguns exemplos brasileiros merecem destaque, como o programa de mediação do TRF da 4ª Região<sup>59</sup>, onde se flexibilizou a confidencialidade característica da mediação para permitir que as partes possam acompanhar as mediações de réus em demandas similares referentes ao Sistema Financeiro de Habitações, possibilitando o acesso pelos usuários do sistema a maiores informações acerca das espécies de acordos firmados em casos semelhantes e das relevantes questões de fato e de direito. Dessa forma, os Juizes Federais encarregados de conduzir o processo de mediação conseguiram emprestar maior transparência e celeridade a esse processo.

Em suma, constata-se que, lentamente, o Direito Processual está se desenvolvendo independentemente de uma equivocada orientação de que o ordenamento jurídico processual somente se desenvolve por intermédio de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas. Com o desenvolvimento de bem sucedidos projetos-piloto em mediação forense, conclui-se que é possível o desenvolvimento de processos construtivos sob os auspícios do Estado. Naturalmente, isso somente ocorrerá se, seguindo as conclusões alcançadas a partir da pesquisa acima referida elaborada pelo Instituto RAND, houver: i) adequado planejamento do programa de mediação forense considerando a realidade fática da unidade da federação ou até mesmo da comunidade; ii) adequado treinamento de mediadores; e iii) adequadas oportunidades para que as partes possam diretamente participar do processo.

### **III. O papel do magistrado no moderno ordenamento jurídico processual perante processos autocompositivos estatais.**

Diante de um complexo ordenamento jurídico processual composto de distintos e novos processos cuja efetividade em grande parte se liga à engenhosidade ou criatividade com a qual estes são geridos, pode-se seguramente afirmar que a inserção de um sistema de mediação forense não se destina apenas a reduzir o volume de trabalho do magistrado. A uma porque independente da proporção de magistrado por habitante, juizes em estados democráticos de direito sempre terão muito trabalho. Um exemplo patente é o da Alemanha onde há, proporcionalmente à população, aproximadamente 16 (dezesseis) vezes mais juizes do que no Brasil<sup>60</sup> e em ambos os sistemas há abundante trabalho a ser realizado pelos magistrados. De fato, com a inserção de um sistema de mediação forense o que se alcança é uma maior especialização do trabalho do magistrado na medida em que este passa a julgar somente casos em que as partes, mesmo utilizando técnicas autocompositivas idôneas, não conseguiram resolver diretamente.

<sup>59</sup> Os dados apresentados nesta oportunidade foram colhidos da palestra do Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos realizada no dia 04.03.2004 no 4º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça realizado pelo Conselho da Justiça Federal.

<sup>60</sup> BRASIL, Diagnóstico do Poder Judiciário, Brasília: Imprensa Oficial, 2004.

Cumprе ressaltar que as experiências registradas neste artigo referem-se a projetos nos quais o magistrado mantém a liberdade de recomendar, diretamente ou por intermédio de um auxiliar, que as partes se utilizem de um processo autocompositivo (e.g. mediação) dependendo das circunstâncias e do contexto no qual estas se encontrem. Essa proposta, originalmente cunhada como *court referred* ou *court mandated mediation*<sup>61</sup> (mediação referida ou determinada pelo tribunal), acertadamente parte do pressuposto de que o desenvolvimento de um sistema que automaticamente selecione quais casos merecem ou não ser referidos à mediação muitas vezes exclui da autocomposição disputas que grandemente seriam favorecidas por esse processo e pelo instrutivo contato com o magistrado quanto à adequação da mediação para aquele contexto. De outro lado, nota-se também em situações de escolha de casos por critérios legislativos que frequentemente se impõe às partes um processo do qual não têm interesse em participar, proporcionando desnecessária perda de tempo e legitimidade.

De fato, os programas de mediação institucionalizada que apresentam maior grau de satisfação dos usuários são aqueles em que há um servidor encarregado de proceder com a triagem de quais casos seguirão para alguma forma de processo autocompositivo. Cabe destacar que, com alguma freqüência, essa triagem também é feita pelo próprio magistrado, como registra a bem sucedida experiência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios<sup>62</sup>.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por intermédio de seu Núcleo de Conciliação Prévia voltado às questões de família, tem adotado procedimento claramente dirigido a transformar a relação jurídica processual das partes em um processo construtivo<sup>63</sup>. Isso porque, tanto no contato com o magistrado como com o conciliador, há patente preocupação em não impor o acordo perante as partes e sim estimular para que estas apresentem propostas. Ademais, nesse programa, quando a conciliação resta frustrada há o encaminhamento das partes à unidade de apoio psicossocial.

Como retratado acima, diante de inovações que decorrem principalmente da diligência e engenhosidade de magistrados e servidores que fazem uso de doutrina<sup>64</sup> desenvolvida com cunho marcadamente interdisciplinar e com base legal no permissivo

<sup>61</sup> Sobre o tema, *vide*, entre outros, STREETER-SCHAEFFER, Holly, *A Look At Court Mandated Civil Mediation*, *Drake Law Review* no. 49, 2001, p. 367; WRIGHT NELSON, Dorothy, *ADR in the Federal Courts—One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* no 17, 2001, p. 1.; BARUCH BUSH, Robert A., *Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades*, *The Review of Litigation* no. 15, 1996, p. 455.

<sup>62</sup> v. relatório do Projeto Piloto em Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado na internet na página <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>.

<sup>63</sup> Para maiores detalhes quanto a esse Núcleo de Conciliação Prévia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia v. <http://www.tj.ba.gov.br/projetos/ncp/ncp.htm>.

<sup>64</sup> Como indicado acima, para referências bibliográficas acerca desses processos de resolução de disputas reportamo-nos ao endereço eletrônico do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> – bibliografia) onde poderá ser encontrada lista detalhada de obras. Destacam-se, contudo, os seguintes trabalhos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

contido no art. 125, IV do Código de Processo Civil<sup>65</sup>, alguns Tribunais de Justiça no Brasil já têm desenvolvido programas de mediação forense.

Naturalmente, com frequência muitos advogados apresentam dúvidas e questionamentos quanto a esses programas. Sem dúvida, muitas dessas preocupações decorrem do desconforto existente na participação de advogados na conciliação dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95) onde, por equívoco do legislador, não houve a previsão de treinamento para conciliadores que ocorreu exterior<sup>66</sup>. Ademais, até a presente data, alguns programas buscam, erroneamente, excluir o advogado da autocomposição prevista preliminarmente à audiência de instrução<sup>67</sup>. Todavia, há dados concretos<sup>68</sup> que indicam que a satisfação de advogados quando estão diante de processos autocompositivos é maior do que quando estão diante de processos heterocompositivos. Naturalmente, esses resultados de satisfação de advogados são obtidos tão somente quando há a aplicação de adequada técnica de mediação no que concerne a advogados<sup>69</sup>.

Ao magistrado, em audiência na qual constate a necessidade das partes passarem mais tempo explorando seus interesses, opções e necessidades cabe estimular os advogados e partes a participarem de mediações forenses indicando os seguintes pontos<sup>70</sup>: i) explicar no que consiste a mediação, como funciona o serviço de mediação forense e qual a importância da presença das partes<sup>71</sup>; ii) explicar porque a possibilidade da mediação está

<sup>65</sup> “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”.

<sup>66</sup> Cf. GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992.

<sup>67</sup> A boa técnica autocompositiva, segundo Cooley, recomenda que os advogados sejam recebidos em conciliações e mediações como os excelentes operadores de resolução de conflito que em regra são. Para tanto, faz-se necessária a instrução do advogado acerca dos diferentes papéis desempenhados em processos autocompositivos e heterocompositivos. Cabe registrar que esta instrução para a advocacia em mediação/conciliação deve ocorrer ao início de cada mediação com a declaração de abertura do mediador. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios são distribuídos livretos explicativos acerca da mediação e do desenvolvimento da advocacia nesses processos autocompositivos. Naturalmente, tal instrução deveria ocorrer também nas faculdades de direito, contudo com exceção da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e da Faculdade Unisinos no Rio Grande do Sul até o corrente ano não há cursos de mediação/conciliação no currículo de Faculdades de Direito no Brasil. Especificamente sobre o tema de advocacia na mediação vide COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*, Brasília: Ed. UnB, 2000.

<sup>68</sup> v. nota de rodapé nº 60.

<sup>69</sup> Cf. COOLEY, John, *The Mediator’s Handbook*, Ed. Nita, 2000,

<sup>70</sup> As indicações, recomendações e exemplos presentes nesse artigo, e em especial nas notas de rodapé 67-74, foram fortemente baseadas na experiência norte-americana (BRAZIL, Wayne D. *For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel* in 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution, nº 16, 2000, p. 165) e em razão da experiência na magistratura exercida pelo autor.

<sup>71</sup> E.g. “A mediação é um processo de resolução de disputas no qual um terceiro imparcial, auxilia as partes a melhor compreender seus interesses e direitos permitindo que estas alcancem um resultado que atenda da melhor forma possível às suas necessidades.

Em face dessa natureza conciliatória, a mediação é frequentemente definida como uma negociação assistida ou catalisada pela participação de um terceiro. Contudo, o mediador, diferentemente do juiz dentro do processo judicial, nada decide, nem profere decisão alguma. O mediador, no Serviço de Mediação Forense, não deve sugerir o acordo. Cabe mencionar que os mediadores não podem ser chamados para servir como testemunhas em um eventual processo judicial pois o que for debatido no processo de mediação permanecerá confidencial. Apesar de não haver restrições formais de tempo, uma sessão de mediação dura em média três horas. De fato, trata-se de um processo bastante diverso do judicial sendo que a participação dos advogados, quando corretamente dirigida, mostra-se de grande valia. Para isso foi desenvolvido um guia específico sobre esse tema que será entregue ao término dessa audiência (Vide SILVA, Cynthia Cristina Carvalho e AZEVEDO, André Gomma de. *Guia para a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares*, Brasília: Ed. TJDF, 2003, p. 7. Esse livreto está disponível pelo site <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>). Já há algum tempo os tribunais têm sido criticados por muitas vezes ignorar as partes usando procedimentos e vocabulário que para um leigo são frequentemente obscuros. É importante que

sendo apresentada às partes<sup>72</sup>; e iii) responder a questões específicas frequentemente apresentadas por advogados das quais se exemplificam: a) Se é necessária a Mediação forense mesmo se as partes já tentaram negociar<sup>73</sup>; b) Se o acordo realmente se mostra, diante de

as partes compreendam que a mediação forense busca precisamente desenvolver um processo no qual as partes tenham papel central utilizando uma linguagem que seja confortável, conveniente e produtiva.

Neste Tribunal entendemos que procedimentos legais podem muitas vezes ser intimidadores e confusos para aqueles que não são formados em Direito ou não trabalham na área. Um dos deveres do magistrado é precisamente reduzir esse desconforto e apresentar para as partes as diversas formas de se revolver uma disputa para que estas escolham fundamentadamente a que provavelmente produzirá melhores resultados”.

<sup>72</sup> e.g. “Faz parte das minhas atribuições como magistrado debater com as partes acerca dos benefícios que a mediação pode apresentar a esta demanda. Antes de entrarmos nesse tema preciso registrar, para não ser mal compreendido, que o objetivo deste Tribunal não é pressionar as partes para que cheguem a um acordo – nem como juiz de direito pretendo livrar-me de casos como este ou reduzir a minha pauta de julgamentos. Sempre haverá muito trabalho para juízes de direito neste Tribunal e este caso indo ou não para a mediação continuarei tendo a mesma jornada de trabalho.

Levanto a questão da mediação porque acredito que parte do meu trabalho seja estimular as partes a ponderar acerca da melhor forma de resolver, de modo construtivo, as questões que os trouxeram aqui. Um importante aspecto do meu trabalho consiste em determinar, em conjunto com as partes, se, diante de seus valores e interesses, se faz sentido tentarmos alguma forma autocompositiva ou conciliatória de resolução de disputas.

Assim, trago esse debate à tona não para compelir ou impor, mas para racionalizar com as partes e advogados qual forma de resolução de disputa possui maior probabilidade de se mostrar eficiente diante das circunstâncias específicas de cada demanda.

Há neste Tribunal um projeto piloto de mediação forense que tem obtido resultados notáveis. O índice de satisfação das partes, mesmo em casos em que não se chega a um acordo, é acima de 85% (O presente exemplo refere-se ao projeto piloto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para maiores informações sobre esse projeto *vide* <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>). Em alguns casos, as partes conseguem, auxiliadas por um mediador devidamente treinado, alcançar resultados em tempo significativamente menor do que seriam apresentados na sentença – economizando assim tempo e reduzindo o desgaste emocional decorrente de uma ação judicial. Em outros casos, as partes chegam a elaborar um termo de transação com soluções que não poderiam ser determinadas em uma sentença. Na maior parte dos casos enviados à mediação as partes conseguem, em razão da atuação dos mediadores, melhor compreender a situação, os argumentos, os interesses e as questões presentes na demanda levada à mediação.

Assim, mesmo quando não há um acordo em decorrência da mediação, a maior parte de seus usuários gosta muito desse processo seja porque ajuda a trilhar um possível acordo no futuro seja porque a mediação possibilitou que se compreendesse melhor quais são os pontos em debate permitindo que enfocasse em questões que são realmente relevantes para as partes.

Em suma, a mediação forense, potencialmente se mostra como uma ferramenta muito útil, que devemos considerar, em especial em função de algumas características que acredito estarem presentes nessa demanda.

Registro ainda que caso queiram fazer uso do serviço de mediação forense, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda”

<sup>73</sup> E.g. “Advogado: ‘Nós já tentamos negociar e não houve êxito nessas tratativas’ Magistrado: ‘Frequentemente as partes apresentam-se perante um juiz de direito com uma demanda que foi negociada diretamente pelas partes ou por intermédio de advogados. A experiência tem mostrado que mesmo nesses casos a mediação pode ser útil na medida em que um mediador com treinamento adequado auxilia a melhor delimitar as questões a serem debatidas e identificar os interesses subjacentes – aqueles que apesar de muitas vezes não serem juridicamente tutelados são relevantes para as partes. Existem muitos tipos de dificuldades surgidas em negociações que um bom mediador pode auxiliar a ultrapassar. Assim, um eficiente mediador pode reduzir o risco de que alguma questão artificial ou evitável venha a impedir as partes a chegarem a uma solução construtiva. Por exemplo, algumas vezes as partes deixam de chegar a um consenso por terem interpretado erroneamente a comunicação da outra parte ou porque tenham se equivocado quanto às alternativas que possuem para a eventualidade do acordo não ser alcançado. Assim, há casos em que uma parte entra com uma ação de indenização pleiteando R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) de danos morais por negativação indevida no SPC e efetivamente acreditando que receberá um valor semelhante ao pedido. De fato, sabemos que somente em situações muito excepcionais algum juiz de direito fixaria condenação em tal montante.

Vale mencionar também que um bom mediador fará uso da confidencialidade desse processo para se reunir individualmente com cada parte para obter informações mais seguras sobre as expectativas, os interesses e as necessidades de cada um. A experiência tem mostrado que as partes são frequentemente mais francas e flexíveis quando eles lidam com um mediador que confiam pois este permite que visualizem melhor o tipo de solução consensualizada que podem obter.

Ainda, um bom mediador pode reduzir a chamada “reação desvalorizadora” – um conceito de psicologia cognitiva referente à tendência em uma negociação das partes desacreditarem, desconfiarem ou desvalorizarem certa proposta tão somente porque foi apresentada pela parte contrária. Para auxiliar a resolver essa questão, o mediador frequentemente se coloca como fonte de eventuais propostas ou as apresenta de forma neutra e recontextualizada.

As partes muitas vezes reduzem efeitos negativos de confrontos de personalidades e outros conflitos interpessoais. Isso porque algumas vezes a personalidade de uma das partes ou advogados prejudica a dinâmica da negociação. Um mediador adequadamente treinado pode neutralizar esse tipo de problema pelo modo com que requer que as partes se tratem, orientando a forma da comunicação entre estas e utilizando, quando necessário, de sessões individuais.”

determinado caso concreto como a melhor solução<sup>74</sup>; c) se em determinados casos em que há grande envolvimento emocional a mediação forense deve ser utilizada<sup>75</sup>; d) como proceder em casos em que o acordo não é possível<sup>76</sup>; e e) se a mediação é recomendável em disputas nas quais as partes divergem exclusivamente acerca de questões de direito<sup>77</sup>.

## IV. Conclusão

Diante da significativa contribuição de Morton Deutsch ao apresentar a definição de processos construtivos de resolução de disputas, pode-se afirmar que ocorreu alguma recontextualização acerca do conceito de conflito na medida em que se registrou ser este um elemento da vida que inevitavelmente permeia todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações. Nesse sentido, com base em construções teórica de caráter multidisciplinar corroboradas por projetos-piloto existentes no Brasil, pode-se afirmar que, se conduzido construtivamente, o conflito pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional<sup>78</sup>. A abordagem do conflito de que este pode, se conduzido com técnica adequada, ser um importante meio de conhecimento,

<sup>74</sup> E.g. "Advogado: 'Qualquer avaliação feita pelo mediador será direcionada ao acordo e esse não é necessariamente o objetivo das partes'. Magistrado: 'Frequentemente advogados em diligente defesa dos interesses de seus constituintes manifestam receio com pressões por conciliadores ou mediadores para se aplicar uma 'decisão salomônica' – isto é, se dividir a diferença entre oferta e pedido. Da mesma forma há receio de que o mediador tente pressionar as partes para um acordo. Esses são receios legítimos e que devem ser apresentados para o mediador em uma sessão individual. Os mediadores que trabalham junto ao Serviço de Mediação Forense foram cuidadosamente selecionados e treinados, sendo diligentes e éticos nas suas atuações. Todavia, caso haja qualquer forma de pressão por parte do mediador recomendamos que a parte encerre a mediação e comunique esse fato à Secretaria do Serviço de Mediação Forense. Cumpre ressaltar que até a presente data não houve reclamações nesse sentido. Vale mencionar também que ao recomendar que uma demanda siga para a Mediação o que o Tribunal busca é apresentar para as partes oportunidades que o processo judicial tradicional não permite – oportunidades de participar em um procedimento mais flexível e informal a fim de que tanto o advogado como o cliente possam encontrar um moto mais rápido, menos oneroso e que proporciona como regra geral maior grau de satisfação'."

<sup>75</sup> E.g. Advogado: 'Na presente demanda há grande carga emotiva envolvida na disputa, não parece um caso que deva ir à Mediação sob pena das partes chegarem às vias de fato'. Magistrado: 'A Mediação tem sido especialmente bem sucedida em casos envolvendo acentuada animosidade ou grande carga emotiva. Em diversos casos, como demonstrado em pesquisas de psicologia aplicada, comunicações e negociações não conseguem se desenvolver até que uma ou mais partes tenha tido uma oportunidade de expressar sua irrisignação, raiva ou outro sentimento. O mediador pode, aplicando técnicas adequadas para tanto, promover um ambiente seguro e construtivo para que isso ocorra. Em alguns casos, os litigantes precisam ter alguma pessoa neutra que possa ouvir e registrar a intensidade de tais sentimentos antes que o caso esteja pronto a ser debatido com objetividade. Assim, considerem a utilização da mediação ao menos para auxiliar a resolver tais questões emotivas e estimular negociações construtivas'."

<sup>76</sup> E.g. "Advogado: 'Nesse caso a mediação seria uma perda de tempo porque não há como chegarmos a um acordo nesse caso'. Magistrado: 'Agradeço a franqueza quanto à sua apreciação do presente caso. Neste Tribunal estamos fortemente engajados em respeitar o direito de ação da parte bem como o dever ético do advogado de orientar da melhor maneira possível seu cliente. Por esse motivo, indicamos que com muita frequência ouve-se de partes que determinado caso não chegará, em hipótese alguma, a acordo e constata-se que, passado algum tempo, a parte eventualmente transaciona. Considerando que ao buscar-se a mediação como forma de resolução de disputas praticamente não há quaisquer prejuízos ao cliente e as partes que inicialmente indicam que não há possibilidade de acordo e que posteriormente seguem para a mediação há grande índice de satisfação quanto a esse processo – independentemente do resultado da mediação'."

<sup>77</sup> E.g. "Advogado: 'Trata-se de debate tão somente sobre matéria de direito – cada parte acredita que tem o direito ao seu lado e que irá vencer'. Magistrado: 'Possivelmente seria vantajoso às partes cogitarem resolver suas disputas não apenas baseados em seus direitos ou provas que possuem mas também com base em interesses e necessidades recíprocas. Algumas vezes outros fatores além dos "Direitos" acabam desempenhando papel fundamental na resolução de uma disputa.

Registro ainda que, caso queiram fazer uso do serviço de mediação forense, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda'."

<sup>78</sup> Cf. DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000.

amadurecimento e aproximação de seres humanos impulsiona relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional.

Semelhantes alterações ocorreram em meados do século XIX, período no qual muitos médicos ainda vestiam, no exercício de seus ofícios, pesados casacos de pele e roupa preta como sinal de distinção. Nesta época, o médico Húngaro Ignaz Semmelweis, ao perceber que muitos profissionais saíam da sala de autópsia para a sala de parto do Hospital Geral da Viena sem trocar de roupa ou sequer lavar as mãos, concluiu que algum desconhecido “material cadavérico” causava a elevadíssima taxa de mortalidade em parturientes de aproximadamente 13% (treze por cento)<sup>79</sup>. Ao propor que os médicos lavassem as mãos com uma solução a base de cloro, Semmelweis constatou queda de aproximadamente 85% (oitenta e cinco por cento) na taxa de mortalidade reduzindo esta para 2% (dois por cento) dos casos. Posteriormente quando voltou para a Hungria e conseguiu persuadir colegas médicos a abandonarem os trajes de peles escuras e utilizarem roupas brancas, alcançou nova redução do índice de mortalidade de cerca de 60% (sessenta por cento) chegando a níveis de letalidade de 0,85% (oitenta e cinco centésimos de por cento) dos casos. As idéias acerca da transmissibilidade de microorganismos patogênicos (germes) por intermédio dos médicos foram recebidas com muito cepticismo na Áustria, onde Semmelweis desenvolveu tal teoria. Em parte, muitos médicos resistiram à idéia de terem que mudar diversas convenções sociais e utilizarem roupas brancas – vestimentas inusitadas para a época. Por outro lado, muitos não acreditavam que poderiam estar servindo como meio de transmissão de doenças.

Semelhantemente à relação de médicos com agentes patológicos, no Direito moderno, em especial diante do conceito apresentado por Morton Deutsch de processos construtivos de resolução de disputas, constata-se que em grande parte o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se em torno de processos destrutivos lastreados em procedimentos fundados, em regra, somente no direito positivo. As partes quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos em regra têm o conflito acentuado ante a procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual contudo na prática acabam por se mostrar ineficientes e freqüentemente enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as parte em conflito. Quando um juiz de direito sentencia, determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, põe fim, sob a perspectiva do direito positivado, a um determinado litúgio, todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos<sup>80</sup>. Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida

<sup>79</sup> v. RISSE, G.B., Semmelweis, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Giles, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.

<sup>80</sup> v. artigo do Prof. Alexandre Araújo Costa nesta obra.

indicar o direito aplicável à espécie (subsunção), o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.

Com a incorporação de diversos processos ao sistema processual, constata-se que o operador do direito deve passar também a: i) preocupar-se com a *litigiosidade remanescente* – aquela que persiste entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos), seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada perante o Estado; ii) voltar-se, em atenção ao princípio do empoderamento<sup>81</sup>, a um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos, educando-as com técnicas de negociação e mediação; e iii) dirigir-se como instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito (i.e. compreensão recíproca), em atenção ao princípio da validação ou princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos<sup>82</sup>.

Na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gerenciamento de disputas (ou gestão de processos de resolução de disputas). Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercerem suas atividades profissionais, devem se voltar para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais **eficiente e construtiva**. Criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um efetivo pacificador ou no mínimo como um solucionador de problemas (ou questões).

As perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um efetivo pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos “sob os auspícios do Estado”, de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (e.g. mediadores e árbitros), ainda que somente quando requisitado – como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”<sup>83</sup>.

<sup>81</sup> v. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994

<sup>82</sup> BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *ob. cit.* p. 191 e segs.

<sup>83</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*, *ob. cit.*, p. 29.

Ao se proceder alegoricamente aos conceitos de higiene organizacional apresentadas por Semmelweis, conclui-se que se de um lado os operadores da área de saúde têm a responsabilidade profissional voltada ao prolongamento da vida, por outro, os operadores da área do direito estão deontologicamente ligados à pacificação social e à preservação e aperfeiçoamento de relações sociais. Ainda, da mesma forma com que muitos médicos, principalmente no passado, a despeito da evidente boa intenção de preservar a vida infectavam pacientes com agentes patológicos, operadores do direito – na maior parte das vezes muito bem intencionados – têm grandes dificuldades (por falta de treinamento técnico) em auxiliar as partes em disputa a construtivamente resolverem disputas. Como exemplificado acima, quando um juiz de direito sentencia determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, põe fim, para fins do direito positivado, a um determinado litígio, todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades entre os divorciandos/separandos bem como para os filhos.

Os projetos-piloto de institucionalização da mediação têm obtido notáveis resultados e já têm contribuído significativamente para o ordenamento jurídico processual brasileiro. Isto porque, todos os exemplos bem sucedidos citados acima foram desenvolvidos não em razão de um imperativo legal positivado e sim em função de: i) brilhantes operadores do direito que efetivamente planejaram tais projetos, lastreados em genérica norma processual prevista no art. 125, IV do Código de Processo Civil e considerando as características específicas de cada região ou unidade da federação; ii) foram utilizadas técnicas autocompositivas próprias por intermédio de mediadores adequadamente treinados<sup>84</sup>; iii) muitos programas foram desenvolvidos com claras orientações qualitativas (*i.e.* dirige-se o processo não apenas visando elevado número de transações mas sim elevada satisfação dos usuários quanto ao processo e ao seu resultado<sup>85</sup>); e iv) houve apoio dos magistrados envolvidos para que os programas fossem adaptados às necessidades e características de cada tribunal ou fórum e conduzidos com tempo suficiente para que as partes pudessem adequadamente se manifestar.

No que concerne ao papel do magistrado diante dessa nova realidade do ordenamento jurídico processual, cabe mencionar que essa nova conduta profissional está tão somente adequando-se à nova concepção de Direito apresentada contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Sousa Santos, segundo o qual

<sup>84</sup> Como indicado acima, sobre as diversas técnicas existentes v. o endereço eletrônico do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> – bibliografia) onde poderá ser encontrada lista detalhada de obras. Destacam-se, contudo, os seguintes trabalhos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

<sup>85</sup> Sobre as orientações qualitativas em mediação forense v. nota de rodapé nº 60.

<sup>86</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72 apud VEDANA, Vilson Malchow, *Programa de Mediação Comunitária*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, no prelo havendo ainda a possibilidade de alteração do título da obra.

“concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada<sup>86</sup>”.

Pode-se concluir que a crescente busca da mediação como meio de complementação da estrutura estatal de resolução de disputas é decorrente, principalmente, de dois fatores básicos do desenvolvimento da cultura jurídico-processual brasileira: (i) de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual<sup>87</sup>; (ii) por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é eliminar conflitos mediante critérios justos<sup>88</sup> e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente [positivadas]<sup>89</sup>”.

Com o citado abandono de fórmulas exclusivamente positivas para atuação do Estado na sua função de resolver de disputa mediante critérios justos, constata-se inevitável aproximação de técnica própria e assunção de novas funções para que todos os operadores do direito e em especial os magistrados efetivamente atuem como agentes catalisadores de pacificação social e sejam capazes de resolver lides construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias<sup>90</sup>, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca<sup>91</sup>.

No atual ordenamento jurídico processual brasileiro, há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis, mas determinantes para a efetividade do sistema processual. Os diligentes e engenhosos magistrados e servidores que brilhantemente desenvolveram os projetos-piloto exemplificados acima demonstram, tal como feito por Semmelweis na área de saúde, que ao operador do direito compete examinar com muito cuidado o quanto sua atuação e

<sup>87</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *ob. cit.* p. 83.

<sup>88</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. Malheiros, 8a. Edição, São Paulo, 2000, p. 161.

<sup>89</sup> Cabe destacar que a expressão utilizada por Dinamarco refere-se ao abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas (DINAMARCO, Cândido Rangel, *ob. cit.* p. 157), contudo diante de novas concepções acerca do que vem a ser “jurídico” ou não (v. SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72) optamos por substituir esta última palavra.

<sup>90</sup> RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

<sup>91</sup> BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

<sup>92</sup> Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973; DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; BUNKER, Barbara B. *et alii*, *Conflict, Cooperation & Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1995; MAYER, Bernard, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner’s Guide*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; MAYER, Bernard, *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2004.

técnica estão produzindo resultados *construtivos*, ao aproximar as partes em disputa e melhorar a relação social entre estas existentes, ou *destrutivos*, ao aplicar cruamente as normas processuais a ponto de eventualmente permitir que entre as partes em conflito subsista litigiosidade após a prolação de uma sentença, o que seguramente produz o enfraquecimento da relação social que vincula as partes. Diante da teoria de conflito existente<sup>92</sup>, não cabe mais ao operador do direito, e em especial ao membro do Ministério Público e ao magistrado, se posicionar atrás de togas escuras e agir sob um manto de tradição para permitir que partes, quando busquem do Estado auxílio para a solução de conflitos, recebam tratamento que não seja aquele voltado a estimular maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por conseqüência, maior realização pessoal bem como melhores condições de vida.

## V. Bibliografia

ARROW, Kenneth *et. alii*, *Barriers to Conflict Resolution*; Ed. W. W. Norton & Company, 1995.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

AUERBACH, Jerold S., *Justice without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

\_\_\_\_\_, *O processo de negociação: Uma breve apresentação de inovações epistemológicas em um meio autocompositivo*, Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no. 11, Jul./Dez. 2001, págs. 13 a 24.

\_\_\_\_\_, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, Gustavo Tranco, *Confidencialidade na mediação*, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARBOSA, Ivan Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994

BIRKE, Richard e FOX, Craig R, *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 4:1, 1999.

BRADENBURGER, Adam e NALEBUFF, Barry, *Co-opetition*, Nova Iorque: Ed. Currency Doubleday, 1996.

BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.

BRAZIL, Wayne D, *For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel in 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, nº 16, 2000

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Book-seller, 2001.

\_\_\_\_\_, *Instituições do Processo Civil, Vol. I*, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Forense, 2ª Ed., 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. São Paulo: Ed. Bookseller, 2ª Edição, 2000.

COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Notre Dame, IL: Ed. Nita, 2000.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Processal Civil*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958.

DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

\_\_\_\_\_, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003.

ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *University of Chicago Law Review* nº 53, 1986.

GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque, NY: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

- GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque, NY: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª Ed. 1990.
- HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 *Harvard Negotiation Law Review*. 189, 1999.
- LAX, David e SEBENIUS, James K., *The Manager as a Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, Nova Iorque, NY: Ed. Free Press, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981
- MENKEL-MEADOW, Carrie. *Toward Another View of Negotiation: The Structure of Legal Problem Solving*, 31 *UCLA L. Rev.* 754; 1984.
- MNOOKIN, Robert *et al.*, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Cambridge, MA: Ed. Harvard University Press, 2000.
- MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998;
- NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 *Washington University Law Quarterly*. 47, 1996.
- PERRONI, Otávio, Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação *in* AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.
- PIRES, Amom Albernaz, *Mediação e Conciliação: Breves reflexões para uma conceituação adequada* *in* AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, *in* *Harvard Law Review*, nº 96, 1986.
- RISKIN, Leonard. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* *in* *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, 1996.
- SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, *in* *The Pound Conference*, 70 *Federal Rules Decisions* 111, 1976.

SCHMITZ, Suzanne J., *What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 2001.

SHELL, Richard G, *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*, Ed. Viking Penguin Publishers, 1999.

SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003.

STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution* n° 13, 1998.

WATANABE, Kazuo, *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*, in WATANABE, Kazuo (Coord.), *Juizados Especial de pequenas causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

YARN, Douglas E. *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.