

COORDENAÇÃO

Carlos Alberto de Salles
Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini
Paulo Eduardo Alves da Silva

NEGOCIAÇÃO, MEDIAÇÃO e ARBITRAGEM

Curso básico para programas
de graduação em Direito

Autores

Adolfo Braga Neto
Alfred Habib Siouf Filho
Camila Portilho Lopes Rego
Carlos Alberto de Salles
Célia Regina Zapparolli
Diego Faleck
Fernanda Tartuce
Luis Fernando Guerrero
Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini
Paulo Eduardo Alves da Silva
Rafael Francisco Alves
Samantha Pelajo
Tania Almeida



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U. e Forense Universitária, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



SÃO PAULO

- ✓ ANGRY MEN ("Doze homens e uma sentença", filme). Direção de S. Lunet. Estados Unidos: 1957.
- ✓ Programa "Justiça Comunitária". Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/just/prog_jcomun.asp>.
- ✓ BARBOSA, F. Reforma de valores: como é importante o que você faz no dia-a-dia. Comunicação feita na TEDxSP, nov. 2009. Disponível em: <<http://www.tedxsaopaulo.com.br/fabio-barbosa/>>.
- ✓ FRANCO, A. Redes Sociais. Como funcionam as ligações entre as pessoas? Apresentação feita na TEDxSP, Nov/2009. Disponível em: <<http://www.tedxsaopaulo.com.br/augusto-de-franco/>>.
- ✓ COPENHAGEM (peça de teatro). Escrita por M. Frayn. London Premiere. 1998.

3

"SISTEMA MULTIPORTAS": OPÇÕES PARA TRATAMENTO DE CONFLITOS DE FORMA ADEQUADA¹

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini

Sumário: Introdução – 1. Conflitos por toda parte – 2. Métodos alternativos – 3. ADR movement e os métodos alternativos – 4. Modalidades de meios alternativos: 4.1 Mediação; 4.2 Arbitragem; 4.3 A avaliação do terceiro neutro ("Early Neutral Evaluation" – ENE); 4.4 Outras modalidades na experiência norte-americana: o "minitrial" e o juiz de aluguel ("rent a judge"); 4.5 Med-Arb ("Mediation-Arbitration") – 5. Os tipos de conflito – 6. Sistema Multiportas: os modelos possíveis – 7. O modelo multiportas a partir de um tribunal (*court annexed*) – 8. Aspectos fundamentais em um modelo multiportas a partir de um tribunal: 8.1 A seleção e o seu responsável; 8.2 O ambiente e o momento – 9. A escolha do método adequado – 10. Sistema Multiportas no Brasil. A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – 11. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Não é apenas o Poder Judiciário que resolve conflitos. Como é intuitivo, sempre que há um impasse na vida, os envolvidos – sozinhos ou com o auxílio de um terceiro – tentam buscar uma solução. Quando o conflito envolve um alegado direito amparado em lei, o dissonante, com a ausência de solução, tende a procurar o Poder Judiciário, em face do Estado, encarregado justamente de resolver os conflitos intersubjetivos surgidos em sociedade.

¹ O presente trabalho é baseado em algumas reflexões do autor contidas em sua tese de doutoramento intitulada *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias*: convivência e formas de pacificação social: uma sugestão de integração. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006, inédita, e contém trechos e adaptações da mesma.

Este artigo tem a finalidade de demonstrar que um conflito não solucionado entre pessoas pode ser resolvido por outras vias que não a adjudicada oferecida pelo Estado-Juiz.² O *Sistema Multipartas* é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem à sua disposição para tentar solucionar um conflito. Este sistema pode ser articulado ou não pelo Estado, envolver métodos heterocompositivos ou autocompositivos, adjudicatórios ou consensuais, com ou sem a participação do Estado. Ele será mais ou menos amplo em razão de diferentes características do conflito.

1. CONFLITOS POR TODA PARTE

Nos primeiros anos do curso de Direito no Brasil, a disciplina *Teoria Geral do Processo*³ nos ensina que onde há sociedade, há direito. Ensina, ainda, que, em sociedade, inúmeros conflitos surgem e são resolvidos todos os dias, sem que sejam levados ao conhecimento do Poder Judiciário. Uma parte pode desistir daquilo que inicialmente pretendeu, aceitar o pretendido pela outra parte ou as partes podem simplesmente transacionar sobre aquilo que é objeto de controvérsia. Isso pode acontecer apenas entre as partes ou com a interferência de um terceiro, estranho ao conflito. A partir desta ideia, a *Teoria Geral do Processo* introduz os temas da *jurisdição*, *ação* (e *defesa*) e *processo*, para ensinar que, ao cidadão que não tem o seu conflito resolvido amigavelmente, resta procurar o órgão estatal encarregado de resolvê-lo. Para tanto, é preciso provocá-lo. Uma vez provocado, o Poder Judiciário atuará na justa medida da provocação e, desde que atendidos certos pressupostos, o ente estatal apresentará uma resposta que, com sua decisão, dirá a quem cabe razão, pacificando assim o conflito.

A forte presença e dependência que as pessoas têm do Estado na sociedade brasileira talvez explique o quanto este discurso conforta aquele que se encontre desamparado diante da ausência de solução para um impasse da vida. Em certos casos, a solução via Poder Judiciário é a mais indicada; muitas vezes, necessária. Mas assim como a vida em sociedade é dinâmica e existem conflitos de toda sorte, é natural que a solução dos conflitos ocorra por meio de métodos diferentes, respeitando as peculiaridades das partes, do tema em disputa e outras circunstâncias que não cabem na resposta única da solução adjudicada dada pelo Poder Judiciário.

² Mesmo ao adjudicar, o Estado-Juiz está fazendo uma escolha de interpretação entre várias, para proferir a sua decisão. Ou seja, dá solução a um caso concreto por meio de sua sentença, entre outras soluções possíveis.

³ Ver, por todos, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO. *Teoria geral do processo*.

2. MÉTODOS ALTERNATIVOS

Kazuo Watanabe observa que a visão que se tem dos métodos alternativos nos países de *civil law* da Europa Ocidental não é a mesma que nos países de *common law*.⁴ Para ele, a solução via Poder Judiciário na realidade norte-americana é a regra, o que autorizaria os outros métodos que não a jurisdição a ganharem o rótulo de alternativos. Já as soluções sem a intervenção estatal seriam a regra nos países de tradição *civil law*, de modo que não caberia adjetivá-los como alternativos.

A despeito desse dado cultural importante, uma vez que ele molda como esses métodos são percebidos nos diferentes países, é inegável que em sua raiz o direito brasileiro filia-se à visão de alguns cientistas europeus, segundo a qual a solução via Poder Judiciário é alternativa. Prova disso é o instituto de direito processual *interesse de agir*: Para estar em juízo, é preciso que a pessoa atenda aos pressupostos da *necessidade* e da *adequação*, binômio que condensa o *interesse de agir*. A *necessidade* de estar em juízo deve ser demonstrada, provando-se que não foi possível resolver o conflito levado ao Poder Judiciário de outra forma civilizada. Contudo, este requisito, ainda presente nos dias de hoje para quem procura o Poder Judiciário, condição para quem pretende demandar, perdeu-se no tempo. Nos dias que correm, o Estado-Juiz não exige nenhuma demonstração concreta de que se tentou resolver o conflito de forma diferente da solução adjudicada proposta pelo ente estatal. Trata-se de requisito formal que se traduz em mera afirmação feita na petição inicial, peça escrita que normalmente marca o início do processo judicial. Com isso, a solução via Estado-Juiz passou a ser a regra na sociedade brasileira e revela uma forte dependência das pessoas ao Estado, o que em parte explica o excesso de demandas submetidas ao Poder Judiciário para solução. Busca-se o pronunciamento estatal não apenas em virtude de sua autoridade e força. Quando as relações não se encontram equilibradas, a intervenção via Estado-Juiz, de fato, pode vir a ser a mais indicada. Mas não se pode negar também a parcela de comodismo daqueles que, em uma relação equilibrada, preferem entregar na mão de outro – no caso, o Estado –

⁴ Kazuo Watanabe, *Modalidades de mediação*, p. 43, explica: “Quando se fala em meios alternativos de solução de conflitos, os americanos, que usam o termo ADR – Alternative Dispute Resolution, têm uma visão, e os europeus, outra. Para os americanos, ao que pude apreender, os meios alternativos são todos aqueles que não sejam o tratamento dos conflitos pelo Judiciário. Nesses meios, incluem-se a negociação, a mediação, a arbitragem e, eventualmente, outros que possam ocorrer para o tratamento dos conflitos. Para alguns cientistas europeus, o meio alternativo é a solução pelo Judiciário, porque, historicamente, os conflitos foram solucionados pela sociedade sem a intervenção do Estado organizado, à época em que não havia ainda a força, um Estado bem organizado”. Isso não impede que, na realidade norte-americana, a esmagadora maioria dos conflitos seja resolvida por intermédio de meios alternativos.

a solução de um problema. Esta postura que, estereótipos à parte, se amolda a um modelo paternalista de relação entre cidadão e Estado, fez com que os métodos de solução de controvérsias diferentes da sentença judicial não se desenvolvessem a contento. Apenas depois da segunda metade do século XX é que, impulsionados pelo movimento de acesso à justiça, aliados a outros fatores (v.g. aumento do grau de informação, esclarecimento e escolaridade da população) os aqui chamados métodos alternativos de solução de controvérsias ganharam atenção. Ingrediente importante nesta mudança de paradigma é a noção de *empowerment* (traduzido para o Português muitas vezes pelo neologismo *empoderamento*). Entre outras ideias, *empowerment* transmite a noção diametralmente oposta de dependência: “*empoderar-se*” pressupõe não entregar a solução de um impasse a outra pessoa, mas sim participar ativamente dessa solução e, por consequência, do seu próprio destino. Nos métodos alternativos, é possível, com maior ou menor grau de liberdade, escolher o método, seu funcionamento, a lei aplicável, o procedimento e até o terceiro encarregado de encaminhar ou solucionar o conflito; em suma, é possível construir a solução. Isso se faz sentir de modo mais evidente nos métodos consensuais, cujo exemplo clássico é a *mediação*, mas também nos métodos adjudicatórios, como a *arbitragem*. Daí o lugar comum de que os métodos alternativos contribuem para o *empoderamento*, já que ninguém sai o mesmo depois de passar por um conflito, como também a solução de um conflito tem a capacidade de transformar e *empoderar* uma pessoa.

3. ADR MOVEMENT E OS MÉTODOS ALTERNATIVOS

Sem negar a evolução histórica e a tradição do direito da *civil law* no direito brasileiro, deve-se ao direito norte-americano o fato de emprestar aos diferentes meios de solução o rótulo de *alternativos*. Também coube a ele o tratamento dos meios alternativos sob a forma de um *gênero*, congregando várias espécies, e popularizar a expressão *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), fruto do que se convencionou chamar *ADR movement*.⁵ Em geral, identifica-se uma linha que reconhece o *ADR movement* como fruto dos movimentos sociais que realçaram a vida em comunidade e a afirmação dos direitos civis. Uma vez que existem outras instituições como a família e a igreja que atuam na vida social⁶, o *ADR movement* pôs em destaque aquilo que é até mesmo intuitivo: a resolução das controvérsias pode ser

⁵ SANDER, *Alternative methods of dispute resolution: an overview*, p. 1.

⁶ Como demonstra GALANTER, *La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux*, p. 151-188, certas instituições decidem e exercem controle social, funcionando como filtros, pois evitam que certos conflitos sejam resolvidos pelo Poder Judiciário ou outro método alternativo. Apesar disso, estão elas sujeitas à observância de seus procedimentos e regras.

obtida fora do ambiente do Poder Judiciário e muitas vezes não depende dele. Foi assim que na década de 1960 do século XX surgiram iniciativas como o *Civil Rights Act Congress*, de 1964, que estabeleceu o *Community Relations Service* no âmbito do Ministério de Justiça norte-americano, sem dizer do *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*, criados pela Fundação Ford.⁷ Ao lado desta corrente que realça a participação da sociedade civil, há quem enxergue também a consagração do *ADR movement* pelos agentes econômicos, que viram nos meios alternativos uma forma de obter uma solução das controvérsias de maneira mais rápida e barata, favorável ao mundo dos negócios.⁸

4. MODALIDADES DE MEIOS ALTERNATIVOS

O objetivo deste artigo não é dissecar cada uma das modalidades de solução de controvérsias. Mas é importante frisar que os meios alternativos não se esgotam na *mediação* e *arbitragem*. Na experiência norte-americana, várias outras modalidades existem, do mesmo modo que a própria *mediação* e *arbitragem* têm, isoladamente, várias linhas e abordagens. O desafio é conceber meios de solução adaptáveis a determinados tipos de conflitos e à cultura dos envolvidos, já que, em essência, antes de alternativo, o meio de solução de controvérsia deve ser *adequado, apropriado*.⁹

4.1 Mediação

A exemplo da conciliação, a mediação é um método que conta com um terceiro imparcial entre as partes.¹⁰ A ideia é que ela restabeleça o diálogo

⁷ Ford Foundation, *New approaches to conflicts resolution*.

⁸ Sobre as várias teorias que explicam as origens da ADR, CARRIE MENKEL-MEADOW, *Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR*, p. 1 e ss. Para maiores esclarecimentos sobre este tema, consulte-se a já citada *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*: uma sugestão de integração, p. 101 e ss.) Neste trabalho, faz-se referência às mencionadas origens do *ADR movement*, assim como à polêmica envolvendo esta dupla origem: “Essa dupla origem das ADRs é contestada por alguns e acompanha todo o debate em torno de sua adoção. Há quem negue sua raiz comunitária e veja a ADR como forma de conciliar as ideologias, evitando que as pessoas exerçam seus direitos em juízo”. A propósito, LAURA NADER, *Controlling processes in the practice of Law: hierarchy and pacification in the movement to reform dispute ideology*, p. 3.

⁹ Sobre a expressão *ADR* como *Appropriate Dispute Resolution*, JAMES HENRY, *Some Reflections on ADR*. Ainda, CARRIE MENKEL-MEADOW, *Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers’ Responsibilities*, p. 787 e ss.

¹⁰ GOLDBERG et alii, *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. “Mediation is an assisted and facilitated negotiation carried out by a third party”.

entre os envolvidos, de modo que eles enxerguem, por si mesmos, outros aspectos do impasse, de modo a chegar a uma solução. Dependendo de como a mediação teve início – e se foi no ambiente do Poder Judiciário ou não – o mediador pode ser contratado pelas partes ou indicado por um órgão, sendo remunerado ou voluntário. No entanto, não pode ter qualquer interesse direto ou indireto nos fatos discutidos. Por isso, é imprescindível que haja uma norma ética a pautar seu comportamento. Além de ajudar as partes a pensar a controvérsia sob diferentes ângulos, tirando-as de posições preconcebidas, o mediador visa dar objetividade ao diálogo, a incentivar os mediandos a exercitar o *ouvir*, o *falar* e o *refletir*, para que não haja discussões estereis e agressividade. Cabe a ele também encontrar o local mais adequado para o desenvolvimento dos trabalhos e zelar por um clima que convide à mediação. É sua atribuição, ainda, definir o procedimento, as regras e combinações em que a mediação vai se desenrolar. Mas, sobretudo, é sua tarefa identificar a pretensão das partes.¹¹ Um dos mitos que cercam os meios alternativos é o de que, em razão de sua informalidade, eles não têm procedimento nem seguem uma pauta de organização. A confidencialidade, a flexibilidade e a informalidade, de fato, são atributos da mediação,¹² mas o que se verifica é uma *processualização* da mediação, mediante a adoção de atos e procedimentos, muitos deles importados do processo judicial.¹³ Conivem, assim, a mediação sem procedimentos preestabelecidos e a mediação com regras procedimentais.¹⁴

O dilema entre informalidade – grande atrativo deste meio de solução – e processualização da mediação já mereceu a atenção dos estudiosos.¹⁵ Com a informalidade, é possível explorar a naturalidade, atributo que as regras

¹¹ Assim como existem negociadores facilitadores e avaliadores, também há mediadores facilitadores e avaliadores. Nos tribunais, há quem defenda que os mediadores devam ser facilitadores, pois assim as partes ficam livres para construir o resultado final e não sucumbir ao que o mediador sugere. Sobre o assunto, KOVACH e LOVE, Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin, p. 124 e ss.

¹² COOLEY, A advocacia na mediação, p. 31.

¹³ WELSH, Making Deals In Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It?, p. 830 e ss.

¹⁴ COOLEY, op. cit., p.40-43, elenca como etapas da mediação: (i) início; (ii) preparação; (iii) apresentação; (iv) declaração do problema; (v) esclarecimento do problema; (vi) geração e avaliação de alternativas; (vii) seleção de alternativas; e (viii) acordo, caso se chegue a bom termo, sendo certo que a tarefa de sua redação cabe às partes ou seus advogados, quando é o caso de estes participarem. Por sua vez, BRAGA NETO e SAMPAIO, *O que é mediação*, p. 44 e ss. elencam: (i) pré-mediação; (ii) abertura; (iii) investigação; (iv) agenda; (v) criação de opções; (vi) avaliação de opções; (vii) escolha das opções; e (viii) solução.

¹⁵ WELSH, Making Deals In Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It?, p. 830 e ss.

rígidas procedimentais tendem a tirar das partes. E um dos ingredientes para uma mediação chegar a bom termo é a atitude espontânea, notadamente por que na mediação, a despeito de o conflito poder girar em torno de disputa comercial ou econômica, não são tratados apenas aspectos objetivos, mas também sentimentos.¹⁶ Por outro lado, a processualização da mediação a dota de transparência para os envolvidos, que podem controlar o que ocorre ao longo do procedimento. Uma mediação facilitadora não indica uma solução nem recomenda como o impasse deve ser resolvido. Isso é tarefa de uma mediação avaliativa. Por essa razão, a primeira tende a ser informal. É comum associar o mediador avaliativo a um espírito de liderança e objetivo, e responsável por sugerir uma transação entre as partes.¹⁷ A mediação é, por essência, um método multidisciplinar, o que exige dos mediadores familiaridade com diferentes áreas do conhecimento humano e sensibilidade. Daí decorre que o mediador, além de imparcial, independente e diligente, deve, se necessário, e desde que as partes concordem, atuar com comediantes. A mediação pode ser utilizada para tentar solucionar conflitos de diferentes áreas, naturezas e abordagens, como, por exemplo, a mediação familiar, empresarial, trabalhista, ambiental, comunitária, escolar e do terceiro setor.¹⁸

4.2 Arbitragem

No contexto norte-americano, a arbitragem representa o menos formal dos modos de solução de controvérsia com natureza adjudicatória. De fato, se a mediação representa uma forma consensual de resolução de controvérsias, a arbitragem situa-se no outro extremo e consiste em duas ou mais partes que confiam a um terceiro imparcial – uma pessoa ou várias reunidas em um órgão colegiado (painel) – a decisão a respeito de uma controvérsia. Classicamente, ocorre fora da esfera pública, embora seja a maneira que mais se aproxima da forma estatal por também ser adjudicatória. Contudo, a semelhança para aí, já que ela reina na esfera privada das partes, na qual o procedimento, inclusive os relacionados com a prova, não leva em conta necessariamente a lei, embora submetido a regras do *due process*. A decisão final de uma arbitragem é vinculativa e a invalidade de suas decisões pelos tribunais restringe-se a aspectos envolvendo algum desvio praticado pelo árbitro.¹⁹ Em geral, as decisões dos árbitros não são passíveis de revisão pelos tribunais.

¹⁶ FISCHER e BROWN, *Como chegar a um acordo*. A construção de um relacionamento que leva ao sim, p. 163 e ss.

¹⁷ MOORE, The mediation process: practical strategies for resolving conflict, p.18.

¹⁸ Cfr. BRAGA e SAMPAIO, *O que é mediação?*, p. 95 e ss.

¹⁹ REUBEN, *Public justice: toward a state action theory of alternative dispute resolution*, p. 577 e ss.

Não sem razão, a arbitragem é o mecanismo preferido pelo mundo dos negócios. Com ela, as partes podem harmonizar a forma de resolver as controvérsias com as suas necessidades, inclusive quanto à escolha do árbitro que, no caso de disputas comerciais, significa alguém do meio e com conhecimento acerca do funcionamento desse mundo. No direito norte-americano, contudo, aconteceram mudanças a partir de 1920, quando da entrada em vigor do *Federal Arbitration Act (FAA)* com a finalidade de disciplinar aspectos específicos quanto ao cumprimento dos contratos, notadamente com relação à arbitragem como instrumento para resolver controvérsias, sem, entretanto, inibir sua utilização. A partir daí, vários estados passaram a adotar regras mais rígidas para sua utilização. Mais recentemente, a Suprema Corte decidiu questões envolvendo a FAA, eliminando várias restrições, inclusive de caráter estadual para seu uso.²⁰ Desde então, houve um novo *boom* em torno da arbitragem, à qual se submetem investidores, empregados, representantes e agentes comerciais, usuários de planos de saúde, entre outros. Contudo, em regra, a lei do contrato é seguida. Subtraída a via do processo estatal, a arbitragem, não raro, prevê cláusulas limitando responsabilidade e prefixando valores e garantias, o que é uma forma de o empresário se proteger contra valores não esperados decorrentes de qualquer problema que envolva a execução do contrato. A arbitragem é escolhida em razão da sua confidencialidade, da liberdade na escolha do árbitro e da flexibilidade das regras envolvendo a colheita das provas, além da estrutura de seu procedimento, que tende a entregar uma decisão mais célere que aquela proferida pelo Judiciário.²¹ As normas federais acerca do procedimento na colheita da prova (*Federal Rules of Evidence*) não têm, em geral, aplicação. Como se não bastasse, as decisões arbitrais cingem-se a declarar o resultado da apreciação do pedido e o modo de perseguir-lo, de vez que os árbitros não são obrigados a fundamentar suas decisões, podendo não se fiar na regra do *case precedent*.²²

No Brasil, a arbitragem ganhou enorme impulso com a Lei 9.307/1996. Depois de contestada a constitucionalidade de alguns de seus artigos,²³ firmou-se no cenário brasileiro, notadamente para resolver conflitos comerciais de valor expressivo, embora sua aplicação em outros campos não seja vedada.

²⁰ CHRISTOPHER DRAHOZAL, *Federal Arbitration Act Preemption*, p. 393, observa que há duas gerações de casos submetidos à FAA. Na primeira, as leis estaduais passaram a invalidar disposições contratuais prevendo a arbitragem. Na segunda, foi dada primazia à lei federal.

²¹ GOLDBERB et alli, op. cit., p. 234.

²² JUDITH RESNIK, *Competing And Complementary Rule Systems: Civil Procedure And Adr: Procedure As Contract*, p. 594 e ss.

²³ Homologação de Sentença Estrangeira SE 5.206-7 (STF – Pleno, maioria; RTJ 190/908).

4.3 A avaliação do terceiro neutro (“Early Neutral Evaluation – ENE”)

Na realidade norte-americana, a avaliação do terceiro neutro é um método de resolução de disputas na qual uma pessoa, que não o julgador, depois de analisar o caso, pode, além de ter acesso a documentos, entrevistar as partes, seus advogados, colher elementos de convencimento, para em seguida emitir seu parecer fundamentado. Essa decisão é oral e normalmente não vincula as partes.²⁴ Com isso, não raras vezes, o terceiro neutro auxilia em uma mediação ou conciliação em um tribunal, razão pela qual não é considerada uma técnica isolada, já que o parecer emitido por ele é ponto de partida para que as partes se componham.²⁵ Esse método é indicado principalmente nos casos em que grava forte polêmica em torno de um elemento de prova ou, ainda, quando uma das partes tem uma expectativa exagerada de sua posição na disputa.²⁶

Não existe impedimento legal nem necessidade de maior regulamentação para que a técnica do terceiro neutro seja adotada na realidade brasileira. A rigor, é ferramenta importante da qual todo e qualquer mediador pode se utilizar, desde que esclareça aos envolvidos o caráter não vinculante do resultado da avaliação.

4.4 Outras modalidades na experiência norte-americana: o “minitrial” e o juiz de aluguel (“rent a judge”)

4.4.1 Minitrial

Se a utilização do terceiro neutro tem razão de ser no âmbito de um tribunal, o minitrial tem origem privada e reproduz um julgamento. A exemplo da avaliação de um terceiro neutro, essa modalidade também serve de técnica auxiliar na mediação. Foi criado em 1977 para casos envolvendo disputas de marcas e patentes, mas logo se espalhou sua utilização para controvérsias comerciais e matérias envolvendo o Poder Público (indenizações, construção

²⁴ GOLDBERB et alli, op. cit., p. 372

²⁵ A simples avaliação pelo terceiro neutro não tem utilidade. Como anota BARBARA A. PHILLIPS, *Mediation: Did We Get It Wrong?*, p. 652-53, a partir de estudo realizado em US. District Court de San Francisco, os advogados e as respectivas partes não escolhem o ENE voluntariamente. Uma vez apresentado seu parecer, faltam aos avaliadores habilidades de mediador para conduzir a negociação, o que faz com que as partes e seus advogados busquem, a partir daí, a via judicial. Com base nisso, o Programa da referida corte no tocante a ENE se apresenta dentro de uma mediação, o que, em regra, é uma tendência em vários outros tribunais.

²⁶ OPPERMAN, *The Pros and Cons of ADR, Including ADR/Litigation Hybrids*, p. 79 e ss.

civil e também antitruste).²⁷ Geralmente, seu funcionamento e procedimento são previamente definidos em contrato, inclusive quanto à confidencialidade e a utilização das informações colhidas ao longo do processo, caso as partes recorram ao Poder Judiciário depois que o *mini-trial* fracassar. Tenta-se reproduzir o *trial* judicial, porém sem a tensão que uma disputa no tribunal envolve, já que as decisões não são vinculantes nem o terceiro neutro que preside os trabalhos tem poderes de coerção.²⁸ Esse terceiro pode ser um operador do direito (v.g., advogado) ou um especialista em uma determinada área do conhecimento. O procedimento do *mini-trial* é voltado para que no final as partes se componham. O próprio condutor dos trabalhos de *mini-trial* pode pedir uma opinião a outro terceiro neutro, cujo entendimento, de acordo com o contratado, pode ser vinculante ou não.²⁹ Embora não seja o mais recomendável, o terceiro neutro que preside os trabalhos do *mini-trial* pode atuar como conciliador ou mediador, chegando a emitir um documento em que expõe os principais pontos do caso.³⁰ Costuma-se ver a experiência do *mini-trial* como bem-sucedida em virtude do envolvimento das partes, com a vantagem de se antecipar, em certa medida, a discussão de temas que podem ocorrer em juízo.³¹

4.4.2 Juiz de aluguel ("rent a judge")

No âmbito de alguns tribunais estaduais norte-americanos, as partes, de comum acordo, podem indicar uma pessoa para ser o julgador (*decision maker*), árbitro ou mediador de um caso. Em geral, escolhem um juiz aposentado que tenha especialidade no assunto tratado na controvérsia.³²

Quando chamado na qualidade de julgador, ele aplica a lei material e processual do caso concreto, pois atua como verdadeiro juiz contratado pelas partes. Seu poder na direção do processo é semelhante ao de um juiz estatal, exceção feita ao uso da força. A praxe é que suas decisões sejam vinculantes, embora se possa dispor em contrário por escrito. No caso de vinculação, a decisão do juiz de aluguel tem plena validade a ponto de desafiarem recurso a uma corte competente.³³ É possível, ainda, a utilização do

²⁷ GREEN, Growth of the mini-trial, p. 12.

²⁸ HOELLER, The mini-trial, p.48-50

²⁹ OPPERMAN, The Pros and Cons of ADR, Including ADR/Litigation Hybrids, p. 79 e ss.

³⁰ OPPERMAN, op. cit., p. 79 e ss.

³¹ OPPERMAN, op. cit., p.79 e ss.

³² RICHARD CHERNICK, The Rent-a-Judge Option: A Primer for Commercial Litigators, p. 18 e ss.

³³ REX R. PERSCHBACHER e DEBRA LYN BASSETT, The End of the Law, p. 1

juiz de aluguel para decidir uma questão incidente de um processo confiado ao tribunal que requeira uma prova mais demorada e complexa. Resolvida a questão incidente, o tribunal está habilitado a cuidar das outras questões atinentes ao processo. Os atos transcorridos e registrados no âmbito do procedimento conduzido pelo juiz de aluguel não são transpostos para os autos do processo público; só a sua decisão. Trata-se de método indicado para controvérsia envolvendo grandes valores em dinheiro. Assim, como em todo método em que há uma decisão cercada de confidencialidade (métodos heterocompositivos, como a arbitragem), as críticas se voltam para a falta de publicidade das decisões. No direito norte-americano, existe o instituto do precedente judicial, ou seja, as decisões do tribunal são tomadas com base em casos iguais ou semelhantes anteriormente julgados.³⁴ Essa crítica é feita de forma generalizada aos métodos heterocompositivos cercados da cláusula de confidencialidade. A ausência de visibilidade e publicidade nos acordos celebrados e nas decisões tomadas à sombra da lei (*in the shadow of law*) minariam a noção pública de justiça e distorceriam a lei e o direito.

4.5 Med-Arb ("Mediation-Arbitration")

Não raras vezes, a solução de uma controvérsia pode envolver mais de um meio alternativo, seja ele autocompositivo ou heterocompositivo. A forma mais conhecida que simboliza este hibridismo é a "*med-arb*". Trata-se de modalidade geralmente prevista em cláusula contratual em que, de forma escalonada, tenta-se inicialmente mediar as partes para que elas encontrem uma solução para o impasse. Fracassada a mediação, esse mesmo terceiro passa para a arbitragem. Essa mais conhecida forma híbrida de ADR é criada por concentrar em uma só pessoa as duas funções, o que distorceria a função do mediador, embora não haja proibição. No entanto, é mais indicado que o mediador seja pessoa diferente do árbitro.³⁵ Nos casos em que o mediador e árbitro são a mesma pessoa, há quem veja na convivência anterior entre o terceiro e as partes durante a mediação como frutífera e boa para o transcurso dos trabalhos de arbitragem. Contudo, isso não evita de todo o debate acerca da imparcialidade do árbitro em razão da função antes desempenhada. Essa forma híbrida faz pensar a respeito do comportamento das partes. É que o clima e a visão das partes em uma mediação são

³⁴ LUBAN, Settlements and the Erosion of the Public Realm, p. 2619 e ss.

³⁵ DEBORAH R. HENSLEY, Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement Is Re-Shaping Our Legal System, p. 166. A *med-arb* é forma que tem crescido em contratos bancários celebrados entre o banco e o consumidor.

diferentes em uma arbitragem.³⁶ Durante uma mediação, as partes revelam fatos que nem sempre revelariam na frente de alguém que fosse julgar o seu caso, e o acúmulo de funções do terceiro pode comprometer, por mais esse motivo, o seu trabalho como mediador. Diante disso, é uma tendência que seja designada uma pessoa diferente para conduzir a arbitragem, ainda mais diante da dificuldade de se recrutar alguém que reúna as qualidades de bom mediador e árbitro.³⁷ O que se tenta é harmonizar a *flexibilidade* da mediação com a *finalidade* da arbitragem.³⁸

Há várias modalidades de *med-arb*. As diferenças situam-se no fato de o mediador e o árbitro serem a mesma pessoa ou não, assim como o caráter vinculativo ou não da arbitragem.³⁹

A fim de evitar o inconveniente da mediação prévia, existe a *arb-med*. Trata-se de processo contratual por excelência que tem início com a arbitragem. Depois de tomada a decisão, seu conteúdo não é revelado até o fim da mediação. Se ela chega a bom termo, o resultado da arbitragem não é revelado. Se não se chega a um consenso, a decisão da arbitragem é proclamada. Com essa inversão, procura-se neutralizar o inconveniente de um árbitro ter servido antes do mediador.

Mas, como dito, as formas híbridas podem congregar mais de dois métodos de solução de controvérsias. De fato, considerando vários passos ou estágios a percorrer, é possível a justaposição de diferentes meios.⁴⁰

³⁶ FULLER, Collective bargaining and the arbitrator, p. 248-250, apud GOLDBERG et alii, op. cit.,

³⁷ KRUGLER, ADR Update: Are You Maximizing All ADR Has To Offer?, p. 1120 e ss.

³⁸ HUNT, Arb-Med: ADR In The New Millennium, 29 e ss.

³⁹ LANDRY, Med-arb: mediation with a bite and an effective ADR model, p. 266 e ss. lista alguns: Med-arb same, Med-arb Diff, Med-Arb Different-Recommendation, Non Binding Med-Arb, Med-Arb Show case, Mediation and Last Offer Arbitration (MEDALOA).

⁴⁰ REUBEN, Constitutional Gravity: A Unitary Theory Of Alternative Dispute Resolution And Public Civil Justice, p. 971: "While med/arb is an example of the blending of two ADR processes into a single process, conflict resolution managers often take the concept one step further, developing tiered structures in which disputes are routed through a series of stages, with a different type of dispute resolution process used at each stage. For example, unions and large construction contractors in California and a handful of other states sometimes enter into collective bargaining agreements that, in effect, partially privatize worker's compensation for specific construction projects, including the delivery of health care services and the system by which disputes arising from workplace injuries are resolved. The dispute resolution systems typically call for a four-step process, in which the dispute is handled by an ombudsman before going to mediation, arbitration, and finally, if it is still unresolved, back into the public worker's compensation system for possible trial de novo".

5. OS TIPOS DE CONFLITO

Nos primórdios do *ADR movement*, foi possível mapear os tipos de conflito e os meios indicados⁴¹ (causas cíveis e comerciais, trabalhistas, litígios de consumo, conflitos intersubjetivos de relação continuada e conflitos envolvendo interesse público e políticas públicas).⁴²

Este rol resume a quase totalidade dos tipos de conflito não penais que podem ser levados para serem resolvidos por intermédio de um meio alternativo.⁴³ A partir dele, é possível constatar que a existência de um ente público em uma controvérsia não é empecilho intransponível para que ela seja resolvida por meio de uma modalidade de *ADR*. Da mesma forma, em uma disputa em que se encontre uma pessoa vulnerável se comparada com a parte oposta não é impedimento para que a controvérsia seja solucionada por um meio alternativo. Outro ponto importante é que não existe uma modalidade de método alternativo como o mais indicado aprioristicamente para um tipo de conflito. É verdade que há certas características do conflito e do direito em jogo que consagram determinado método. Há situações em que se forma uma identidade entre os contornos do conflito e o método, a ponto de um desavisado pensar que determinado método é indicado apenas para aquela modalidade. É o caso da mediação e as questões de direito de família. Como a mediação já mostrou sua eficiência neste campo do direito, o leigo pensaria que a mediação não caberia em mais nenhum outro ramo de direito. Não é verdade. A mediação é indicada para a solução de controvérsias de naturezas diversas. Fenômeno semelhante ocorre com a arbitragem. A arbitragem não se resume à solução de disputas comerciais e empresariais. O seu mundo é mais amplo que esse. No campo do Direito Público, por exemplo, é possível a sua aplicação com adaptações.⁴⁴

⁴¹ SANDER, op. cit., p. 3, a partir de GREEN, GOLDBERG e SANDER, op. cit., com adaptações.

⁴² Vizinhança, família, entre outras.

⁴³ Alude-se aqui a causas não penais, embora as causas penais sejam fértil para aplicação da mediação e da justiça restaurativa. Este artigo, contudo, propõe-se a apresentar um panorama de conflitos não penais.

⁴⁴ SALLES, *A arbitragem na solução das controvérsias contratuais da Administração Pública*, especialmente p. 291 e ss. BENETTI, Notas sobre a adequação da arbitragem a questões de direito público na atualidade, p. 630-631.

Tanto a mediação como a arbitragem podem resolver conflitos trabalhistas, sejam eles individuais ou coletivos,⁴⁵ embora os nossos tribunais não sejam claros sobre a plena admissibilidade desses meios.⁴⁶

Da mesma forma, mediação e arbitragem são métodos adequados para resolver controvérsias de Direito Privado. Os tribunais norte-americanos chegam a recomendar o uso de uma modalidade de *ADR* se a controvérsia envolve uma relação jurídica comercial.⁴⁷

Já nos litígios de consumo, a vulnerabilidade do consumidor deverá ser considerada, seja por um árbitro, seja por um mediador. O desequilíbrio entre um consumidor hipossuficiente e um fornecedor hipersuficiente é resolvido na lei brasileira com previsões envolvendo a proteção ao primeiro tanto no plano do direito material como no plano do direito processual. Neste último, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é a demonstração mais evidente desta preocupação, de modo que a introdução de um método alternativo não altera este cenário, já que um mediador, um árbitro ou qualquer outro aplicador de um método alternativo não poderá perder este aspecto de vista. Perigo há se o método pretender afastar a tutela protetiva do consumidor, já que o contrato que predispõe sobre uma arbitragem pode querer dispor sobre determinada lei aplicável, afastando, por exemplo, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Nesse caso, o vício estará na cláusula que prevê a não aplicação desta lei, e não do método alternativo escolhido. Eventuais desvios ou má-aplicação do CDC podem ocorrer tanto em juízo como fora dele. Entretanto, como o árbitro não é agente do Estado, há quem

⁴⁵ A literatura norte-americana relata a solução de controvérsias decorrentes do vínculo de trabalho, como também aquelas indenizações decorrentes de perdas e danos (discriminação no trabalho e assédio sexual). Nos direitos coletivos, a mediação tem papel importante; já nos serviços públicos essenciais a arbitragem de oferta final (*final offer selection*) tem aplicação; segundo ela, cada parte faz sua proposta em separado e o árbitro, sem saber das respectivas propostas, decide. A decisão do árbitro é substituída pela proposta que mais se aproximar da decisão do árbitro. Cf. MCDERMOTT e BERKELEY, *Alternative Dispute Resolution in the Workplace: Concepts and Techniques for Human Resource Executives and Their Counsel*; NOLAN Labor and Employment Arbitration in a Nutshell.

⁴⁶ As Comissões de Conciliação Prévia visam a aplicação de um método consensual mais próximo da conciliação, na linha adotada pela Justiça do Trabalho no Brasil desde a sua implantação. Mais recentemente, a Justiça do Trabalho de São Paulo reconheceu a legalidade de uma disputa trabalhista individual envolvendo um executivo de uma empresa, resolvida por meio de arbitragem (*Jornal Valor Econômico*, 15.02.2012).

⁴⁷ É o que anotam CHRIS A. CARR e MICHAEL R. JENCKS, *The Privatization Of Business And Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision*, in *Kentucky Law Journal*, n. 1, p. 183 e ss., a respeito da cortes federais e a do Estado da Califórnia. Os mesmos autores remetem a STEPHEN P. YOUNGER, *Effective Representation of Corporate Clients in Mediation*, p. 951: "With increasing frequency, our courts are encouraging litigants to use ... (ADR) procedures—such as mediation, early neutral evaluation, binding arbitration and summary jury trial—to clear up overburdened court calendars".

veja com reservas confiar a solução a ele.⁴⁸ Na realidade norte-americana, as disputas individuais podem ser apresentadas perante comitês ou escritórios criados pelos próprios fornecedores, como o Better Business Bureau (BBB),⁴⁹ ou então por meio administrativo, mediante procuradorias estaduais.⁵⁰ Este modelo, em certa medida, também existe no Brasil, seja por iniciativa de empresas, seja pelo abrangente sistema de defesa de consumidor existente no ordenamento jurídico brasileiro que, entre outras coisas, prevê órgãos na esfera federal e estadual.⁵¹ Na via judicial, o consumidor tem à sua disposição as *small claim courts*, que inspiraram os nossos juizados especiais de pequenas causas,⁵² hoje juizados especiais cíveis,⁵³ assim como, dependendo do caso, a *class actions*, igualmente inspiradoras das ações coletivas brasileiras.

⁴⁸ No direito norte-americano, RICHARD A. BALES, *The Laissez-Faire Arbitration Market and the Need for a Uniform Federal Standard Governing Employment and Consumer Arbitration*. LINDA J. DEMAINE & DEBORAH R. HENSLEY, "Volunteering" to Arbitrate Through Predispense Arbitration Clauses: The Average Consumer's Experience; JEAN R. STERNLIGHT & ELIZABETH J. JENSEN, *Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse?* Neles, fica claro que a previsão de cláusula contratual condicionando a solução da controvérsia a uma arbitragem é polêmica e não é admitida indiscriminadamente pelos tribunais. Em geral, uma linha de raciocínio adota a necessidade de se submeter à vontade do contrato; outras questionam a arbitralidade das questões sujeitas à arbitragem. Nas duas posições, os desvios e desmandos do árbitro podem ser objeto de revisão judicial que, contudo, é criativa na admissão de alguma forma de interferência sobre a decisão privada. No Brasil, embora as causas submetidas à Lei 9.099/1995 não sejam apenas de consumo, é preciso lembrar que para essas, em reforço, o art. 4º, V, do Código de Defesa do Consumidor prevê como política nacional de consumo o incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos. Nesse sentido, SELMA LEMES, *Arbitragem e direito do consumo*, p. 141-149, anota a sugestão de adotar nos órgãos extrajudiciais de defesa do consumidor, desde que regulamentada a matéria, tendo em vista a experiência do Conselho Arbitral de São Paulo – Caesp. Nada impede que essa experiência também seja adotada, uma vez apresentada a reclamação perante o Juizado Especial Cível. A arbitragem em direito de consumo constitui, como bem lembra a autora, um tabu.

⁴⁹ Sobre as atividades do BBB, basta consultar www.bbb.org

⁵⁰ JOHNSON, KANTER E SCHWARTZ, *Outside the courts: a survey of diversion alternatives in civil cases*.

⁵¹ Nesta última, há os conhecidos Procons (Departamento de Defesa de Proteção ao Consumidor).

⁵² Lei 7.244/1984, revogada pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/1995), hoje em vigor.

⁵³ Com inspiração declarada no sistema das *small claim courts* de Nova Iorque, o sistema dos juizados especiais cíveis brasileiro é vanguarda no que diz respeito a meios alternativos no Brasil. De forma pioneira, prevê um sistema multiportas com a possibilidade de julgamento via juiz estatal (togado ou leigo) ou a porta da arbitragem (art. 24 da Lei 9.099/1995). Além disso, antes da solução adjudicada, prevê uma enorme ênfase na conciliação dos conflitos submetidos a este sistema, com a possibilidade de designação de conciliadores distintos dos julgadores (art. 22 da Lei 9.099/1995).

No âmbito dos conflitos intersubjetivos, como é o caso de conflitos de vizinhança, os juizados especiais desempenham papel fundamental. Questões de vizinhança e de família clamam a aplicação de uma *justiça coexistencial*, expressão cunhada por Capelletti para se referir a conflito no qual as partes envolvidas têm uma relação continuada, e o conflito não evitará que elas continuem a se encontrar ou se relacionar. Com disputas desta natureza, os métodos autocompositivos parecem ser os mais indicados, a despeito de, como já referido, não existir um padrão preestabelecido que autorize dizer que determinado método é mais indicado para certo tipo de conflito.

Por fim, os conflitos envolvendo políticas públicas, como aqueles que digam respeito, exemplificativamente, à política urbana, meio ambiente, desigualdades ou até mesmo improbidade na Administração Pública, ainda que submetidos a uma ação judicial, também podem utilizar as técnicas e os métodos alternativos, ainda que no curso da demanda judicial.

6. SISTEMA MULTIPORTAS: OS MODELOS POSSÍVEIS

Espera-se que já tenha sido possível perceber que o grande desafio da aplicação dos meios alternativos de resolução de controvérsias é responder as perguntas básicas, tais como *com quem*, *onde* e *quando* são aplicados.

Como tudo o que envolve as *ADRs*, a resposta não é única. Mas é possível que tudo fique mais claro se se pensar nos modelos existentes.

Pode-se pensar que uma pessoa, diante de um conflito, tem à sua disposição várias alternativas para tentar solucioná-lo. Pode procurar diretamente a outra parte envolvida e tentar negociar o impasse sem a interferência de ninguém. Mas pode também procurar um terceiro e este propor diferentes métodos de solução existentes (mediação, arbitragem, entre outros). Pode ainda procurar um ente estatal que, dependendo do conflito, ainda que não seja o Poder Judiciário, tente intermediar o impasse.⁵⁴ Pode, ainda, procurar o Estado-Juiz para ajuizar uma demanda. Cada uma das alternativas corresponde a uma *porta* que a pessoa se dispõe a abrir, descortinando-se a partir daí um caminho proposto pelo método escolhido. Neste cenário, o envolvimento do Estado é uma eventualidade, pois provocar o Estado-Juiz ou a Administração, é abrir uma das *portas*. A pessoa disposta a resolver o conflito pode fazer a escolha sem a ajuda de um terceiro, mas pode também procurar um técnico, como é o caso de um advogado, que poderá orientá-la. O Estado, além de por à disposição uma *porta* ou várias *portas*, pode também influir neste cenário disciplinando por lei aspectos básicos desses métodos privados e regras de conduta dos envolvidos (Código de Ética para

⁵⁴ Cujo exemplo pode ser uma disputa de consumo em que se procura um Procon ou algum órgão da Administração.

mediadores, árbitros e terceiros neutros em geral). Uma norma disciplinando a mediação e a arbitragem privada, isto é, aquela que ocorre longe dos olhos do Estado, teria sentido neste cenário, mas com o cuidado de não penetrar ou interferir indevidamente na *liberdade* das partes. Além de disciplinar pode o Estado também por à disposição pessoas e órgãos da Administração encarregados de orientar sobre as *portas* existentes, como escolhê-las, além de, como já dito, por à disposição uma *porta* como caminho que tentará resolver o impasse da vida.

Sem anular este modelo, é possível pensar que uma pessoa, uma vez tendo procurado a *porta* do Poder Judiciário, se depare com um leque de opções em que a solução sentença judicial passa a ser uma das opções (leia-se, uma das *portas*). Ou seja, aberta a porta do Poder Judiciário, haveria como que uma antessala em que novas portas estariam à disposição, cada uma representando um método diferente, incluindo aí a própria *porta* do Poder Judiciário, o que significa continuar a resolver o conflito por meio de uma sentença do Estado-Juiz.

Originalmente, a ideia teria sido exposta em 1976, por ocasião de uma Conferência (*Pound Conference*), copatrocinada pela *American Bar Association (ABA)*, equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil, órgãos oficiais e presidentes de tribunais. A conferência tinha como pano de fundo um discurso proferido 70 anos antes (1906) em um evento da ABA, pelo professor de Harvard, Roscoe Pound, denominada *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*.⁵⁵ A Conferência de 1976 foi comandada pelo *Chief Justice* Warren Burger, então presidente da Suprema Corte norte-americana, e contou, entre os palestrantes, com um discurso do Professor Frank E. A. Sander, também de Harvard, intitulado *Varieties of Dispute Processing*. A base do Fórum de Multiportas (*Multidoor courtroom*) e vários aspectos envolvendo a relação entre tribunais e *ADR* foram expostos nessa ocasião.⁵⁶ Estava presente naquele pronunciamento a ideia de uma maior integração entre comunidade, agentes econômicos e Estado,⁵⁷ assim como a busca do método mais adequado, rejeitando o modelo *one-size-fits-at-all*.⁵⁸ A partir daí, a ideia se espraçou.

⁵⁵ The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future – “Varieties of Dispute Processing”.

⁵⁶ The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future – “Varieties of Dispute Processing”.

⁵⁷ Como observa RICHARD C. REUBEN, Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution. Ainda, JEFFREY W. STEMPEL, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?, p. 308

⁵⁸ Em tradução livre, um modelo serve para tudo.

7. O MODELO MULTIPORTAS A PARTIR DE UM TRIBUNAL (COURT ANNEXED)

Em um modelo gerenciado pelo Poder Judiciário, cabe a este último ser inicialmente o gestor do conflito a ele apresentado, indicando o método mais adequado, mesmo que não seja a sentença estatal. O meio selecionado pode ser obrigatório (*mandatory*) ou não, conforme o tribunal. É o caso da mediação. É possível que o tribunal determine que certo tipo de caso seja remetido obrigatoriamente a um programa para que se tente resolver a controvérsia por intermédio da mediação. Esta obrigatoriedade nem sempre é bem compreendida, pois se confunde a tentativa obrigatória de mediação (ou conciliação) com a obrigatoriedade de as partes se conciliarem. Por pressupor um ato livre de vontade das partes, conciliar ou obter êxito em uma mediação está fora do alcance de qualquer pessoa ou ente, se não das próprias partes do conflito. Coisa diversa é um programa ou tribunal prever *obrigatoriamente* a tentativa de conciliação ou mediação. Por um lado, esta obrigatoriedade teria o mérito de incutir nas pessoas a proposta da mediação, isto é, trabalhar na mudança de *mentalidade*, difundindo a cultura da mediação. Por outro, a *obrigatoriedade* da tentativa feriria a liberdade dos possíveis mediandos, um dos pilares em que a mediação está baseada. Obrigatória ou não a tentativa, essa característica difere da vinculação das partes ao resultado (*binding*). Uma corte pode determinar um meio e esse meio ser obrigatório naquele tribunal, porém a decisão não vincula; serve, as mais das vezes, para facilitar uma solução amigável.⁵⁹ Em uma arbitragem, por exemplo, é possível avançar antes se o seu resultado vincula as partes ou não.⁶⁰

⁵⁹ CARRIE MENKEL-MEADOW, Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or “the law of ADR”, p. 18. Nas cortes federais, existe The Alternative Dispute Resolution Act, de 1998, o qual obriga cada tribunal federal e respectivas cortes a contar com pelo menos um programa de ADR. Nessas, CAROLINE HARRIS CROWNE, The Alternative Dispute Resolution Act Of 1998: Implementing A New Paradigm Of Justice, observa, p. 1801-1802: “Court-sponsored ADR should preserve a great amount of party control, in order to promote self-determination, ensure that ADR processes do not become meaningless rituals, and preserve the right to trial. Those courts that decide to include arbitration in their ADR programs despite the problems identified above must do so on a completely voluntary basis. The Act provides that arbitration may not be mandatory or absolutely binding. Courts have discretion, however, to make other forms of ADR voluntary or mandatory”.

⁶⁰ No caso de não vincular, é de se indagar se o método merece o nome de arbitragem.

8. ASPECTOS FUNDAMENTAIS EM UM MODELO MULTIPORTAS A PARTIR DE UM TRIBUNAL

8.1 A seleção e o seu responsável

Em geral, um modelo multiportas a partir de um tribunal nasce com um *programa piloto* patrocinado pelo próprio tribunal. A ideia de programa piloto é rica e fundamental quando o assunto é integração entre o mundo formal da corte e os meios alternativos, já que não há fórmulas prontas e muito do que acontece é experimental e sujeito a aperfeiçoamentos. Esse experimentalismo não deve ser visto como fator de insegurança, mas sim como elemento de permeabilidade do sistema multiportas que, a qualquer momento, pode absorver novos métodos de solução de controvérsias diante de uma realidade que muda a todo instante. Nos Estados Unidos, o *Alternative Dispute Resolution Act*, de 1998, tenta traçar regras mínimas envolvendo a ADR.⁶¹ Nas cortes federais, cada seção deve contar com um programa que contemple pelo menos uma forma de ADR.

Tentando responder a pergunta *quem faz a seleção*, Solum⁶² explica que podem ser as partes isoladamente ou em consenso. A seleção também pode ser mecanicamente feita por um funcionário do tribunal, por um perito externo ou, ainda, pelo próprio julgador. No caso de pluralidade de autores, prevalece o critério da maioria. Nas hipóteses em que a escolha cabe a uma pessoa que não as partes, elas respondem a um questionário detalhado.⁶³ Fundamental, então, que o “porteiro” (*gatekeeper*) conheça cada método e suas características, sem o que não pode fazer a escolha. Dependendo do resultado, é possível a volta ao processo judicial ou a outro método, caso o inicialmente escolhido não tenha a capacidade de resolver a controvérsia. É o caso de uma mediação em que o conflito não é resolvido. A despeito do ganho que cada parte tenha adquirido com o que a mediação oferece

⁶¹ CAROLINE HARRIS CROWNE, The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new Paradigm of Justice, p. 1.790 e ss.

⁶² Alternative court structures in the future of the California judiciary: 2020 vision, p. 2.148-2.149.

⁶³ (i) a quantidade de partes envolvidas; (ii) os fatos e as possíveis questões daí advindas; (iii) pedidos; (iv) relacionamento entre as partes; (v) a natureza das questões a resolver. Essa análise objetiva é seguida de um outro formulário no qual a parte expõe o seu objetivo, respondendo sua expectativa com relação à (i) celeridade; (ii) confidencialidade; (iii) o interesse em preservar o relacionamento com a parte contrária; (iv) disposição em negociar com a parte contrária. Esses exemplos de formulários são da Superior Court of the District of Columbia, citados por IVAN BARBOSA, Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual, p. 258-259. Assim também procede The Multi-door Dispute Resolution Division of Washington, DC e a Middlesex Multi-door Courthouse, conforme SOLUM, op. cit., p. 2149

(*empowerment*), é possível que o caso volte para ser julgado pelo juiz, ou mesmo remetido a uma arbitragem ou para a avaliação de um terceiro neutro, enfim, para outro método.

8.2 O ambiente e o momento

O ambiente em que a escolha ocorre e o local em que se desenvolvem os trabalhos também são elementos importantes. O prédio do tribunal identifica-se com a ideia de litígio e formalismo, de modo que a busca de um novo paradigma também passa por encaminhar a tentativa de solução de conflito para um local diferente. Nesse caso, ainda que o tribunal seja o responsável pelo programa, o conflito não estará identificado com o ambiente do tribunal.

Outro ponto sensível é definir o momento da escolha do meio alternativo adequado. No caso da mediação, é possível pensar em um modelo em que a mediação precede o ajuizamento da demanda judicial. É possível pensar em outro em que, tão logo ajuizada a demanda, as partes são remetidas a um setor de conciliação ou mediação. Pensando sob a perspectiva do processo judicial, é possível deslocar o ato de sugestão de remessa (ou a ordem de remessa propriamente dita) a um meio alternativo em qualquer momento do arco procedimental, merecendo destaque no processo civil brasileiro o momento da audiência preliminar prevista no art. 331 do CPC. Assim como o juiz pode, a qualquer momento, convocar as partes para tentar conciliá-las, nada impediria que ele, a qualquer momento, convocasse as partes para recomendar a solução da controvérsia por um método mais adequado que a solução judicial.

Atualmente discute-se no Congresso Nacional brasileiro o Projeto de novo Código de Processo Civil e sua integração com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça.⁶⁴ Há argumentos para justificar a proposta de remessa à tentativa de conciliação ou mediação para diferentes momentos. Antes do ajuizamento da demanda judicial, a tentativa de solução via um método autocompositivo seria positiva porque as partes não estariam ainda desgastadas por tudo aquilo que a propositura de uma ação judicial representa. Logo no início do procedimento, o desgaste ainda não seria tão grande, ao passo que remeter a uma mediação ou conciliação antes do início da fase instrutória, ou mesmo depois de julgado em primeiro grau (na fase recursal), teria como argumento o custo (de tempo, dinheiro e, não raras vezes, emocional) que a solução judicial traz às partes. No entanto, o discurso que

⁶⁴ Para uma análise de algumas propostas, GRINOVER, Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil, p. 171-179.

envereda para a escolha do momento em que a tentativa de solução via conciliação ou mediação deve ser realizada não pode se sustentar apenas com o argumento do alto custo do processo judicial e suas mazelas. É verdade que o processo judicial demora, tem um custo financeiro e pode desgastar emocionalmente as partes. No entanto, em comparação com outros métodos, poderá haver os que custam mais (ou menos), demoram mais (ou menos) e podem desgastar tanto quanto – ou mais que – o processo judicial. Como se verá a seguir, cada meio de solução de conflitos tem características diferentes que sempre podem ser comparadas. Por essa razão, é sempre bom repetir que o método deve ser escolhido não apenas pelos alegados defeitos do processo judicial, mas sim pela ótica que identifique o mais adequado. A bem da verdade, os “defeitos” do processo judicial externam certos valores. A escolha do método mais adequado decorre da comparação entre eles, pois cada um tem suas peculiaridades. O processo judicial, por ser público, faz com que os precedentes sejam de fácil acesso e consulta. Por sua vez, os métodos alternativos, em geral, são confidenciais. Assim, na escolha do meio adequado, a opção entre o valor publicidade e confidencialidade estará em jogo, assim como a capacidade de um método gerar precedente e do outro não. Claro está que outros valores (custo financeiro, tempo etc.) também serão objeto de escolha. A qualidade da escolha dependerá da quantidade de valores e características que as partes quiserem livremente prestigiar. Fazer a escolha com base apenas em uma característica ou valor (no exemplo anterior, entre métodos que privilegiam a publicidade e os que permitem a confidencialidade), empobrece a qualidade da escolha. Por outro lado, quanto maior for a quantidade de características ou valores a analisar, maior será a complexidade da seleção.

9. A ESCOLHA DO MÉTODO ADEQUADO

Saber tão somente em que ramo do direito o conflito se enquadra não é suficiente para tirar a dúvida se é possível resolvê-lo por intermédio de um meio alternativo, nem para efetuar a escolha do método mais adequado. Saber o ramo é importante, mas não o bastante. Até mesmo porque um conflito pode, ao mesmo tempo, envolver diferentes ramos e áreas do conhecimento humano.

Na experiência norte-americana, a escolha do método mais adequado passa geralmente pelo preenchimento de um questionário em que as características do conflito e os valores buscados pelas partes são explicitados.

Sem a pretensão de esgotar as características ou valores em jogo, é importante saber das partes ou a partir de dados do próprio conflito: (i) se ele tem vários focos (conflito policêntrico) ou apenas um; (ii) se ele envol-

ve interesse público ou não; (iii) se se trata de uma relação continuada ou eventual; (iii) se esperam resolver a controvérsia de forma rápida ou não, assim como se o valor a ser gasto com a resolução do conflito é questão relevante ou não; (iv) se as partes pretendem resolver a controvérsia por método que preserve a confidencialidade; (v) ou, ainda, se elas pretendem, com a solução do conflito, gerar ou não um precedente. Essas balizas trazidas pelas partes são fundamentais para a escolha do método apropriado.

Fundamental é que o programa de um tribunal contemple o maior número de meios alternativos porque cada um, muitas vezes, privilegia um determinado valor ou tem certas características que as partes procuram.⁶⁵ Quanto maior o número de características ou valores coincidentes com aquilo que as partes procuram, mais adequado será o método.

Os critérios *supra* servem para avaliar a conveniência ou não de uma ADR na visão das partes. Mas alguns desses critérios orientam os tribunais.

⁶⁵ Em trabalho de minha autoria, *A contribuição dos Meios Alternativos para a solução das controvérsias*, p. 619 e ss., destaquei: “De forma original SANDER e ROZDEICZER, a partir de determinados objetivos a perseguir, propõem-se a analisar diferentes meios de solução de controvérsias (entre eles a adjudicação estatal), para no final estabelecer uma escala, levando em conta as características de cada modalidade de solução. É assim, portanto, que fica evidente constatar que se as partes pretendem resolver um impasse mediante sigilo, a solução via mediação é mais adequada e a via adjudicação é menos indicada. Por outro lado, se, com a solução de um impasse da vida, o objetivo é a formação de um precedente, a solução adjudicada estatal é mais indicada do que a solução via arbitragem que, por sua vez, é mais indicada do que uma solução via mediação. Da mesma forma, se as partes desejam ter o controle total da situação, podendo dizer até onde querem ir, a solução tende para que a mediação se imponha, já que este método pressupõe a possibilidade de uma das partes desistir, a qualquer momento, de seguir em frente, muito mais que uma solução por meio de uma arbitragem ou uma solução via sentença estatal”. Mais à frente (sem as notas de rodapé): “Segundo esta linha, a mediação teria o atributo de transformar as pessoas, atributo esse que perde força se a via escolhida é a arbitragem ou a sentença estatal. Por vezes, mais importante que controlar a solução final é controlar o próprio procedimento. Sob este prisma, o procedimento judicial estatal nada pode oferecer, tendo em vista que as regras processuais são previamente dispostas em lei, ao passo que a arbitragem dá margem ao exercício de uma liberdade maior, assim como ocorre também na mediação. Há vezes, ainda, que as partes não desejam envolver-se de corpo e alma no conflito, preferindo entregar a solução final a um terceiro. Nessa hipótese, quem nada pode oferecer são os meios autocompositivos, já que os métodos heterocompositivos são aqueles que, por excelência, podem atender a esta necessidade, desempenhando a opinião do terceiro neutro um papel intermediário entre estes dois extremos. O mesmo exercício pode ser feito para o elemento celeridade e custo do procedimento. Por fim, é preciso lembrar que, na maior parte das vezes, o objetivo perseguido ou aspecto em relevo não é um só, o que justifica um sistema de pontuação segundo o qual o meio de solução mais indicado é o que reunir maior pontuação dos objetivos e aspectos que as partes ou o programa de um tribunal entender importante privilegiar”.

10. SISTEMA MULTIORTAS NO BRASIL. A RESOLUÇÃO 125 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

A análise histórica demonstra que a arbitragem ganhou impulso com a edição da Lei 9.307/1996, embora ela existisse em nossa realidade jurídica há muito tempo. Alusão a ela sempre existiu nos diplomas processuais brasileiros. Da mesma forma, a conciliação.⁶⁶ Já a mediação é prática mais recente no Brasil, embora desde os idos de 1990 já houvesse discussão a respeito e projetos de lei sobre o tema.⁶⁷

Mas as discussões em torno desses métodos jamais contemplaram a ideia de um sistema multiortas.

Iniciativas em prol de um sistema multiortas integrado com o Poder Judiciário são mais recentes. No Estado de São Paulo, vale mencionar o Setor de Conciliação ou Mediação em Primeiro Grau de Jurisdição, instalado a partir do Provimento 893/2004, do Conselho Superior de Magistratura do Tribunal de Justiça daquele estado, assim como o Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição, instalado em virtude dos Provimentos 783/2002 e 843/2004.⁶⁸

Esses programas, calcados na mediação e na conciliação, não oferecem um leque de opções para a solução de uma controvérsia, como propõe o sistema multiortas. Contudo, são iniciativas que dão destaque aos meios autocompositivos e sempre representaram o germen para um sistema multiortas integrado ao tribunal.

Em termos legislativos, o que mais havia se aproximado do conceito de sistema multiortas integrado ao tribunal foi o sistema dos juizados especiais cíveis que, além de fincar seu sucesso na conciliação e mediação, prevê, frustrada a resolução consensual do conflito, a possibilidade de a controvérsia ser julgada por meio do processo judicial ou arbitragem (art. 24 da Lei 9.099/95).

Também o Anteprojeto de Processos Coletivos, elaborado e apresentado por iniciativa do Instituto Brasileiro Processual, contemplava a ideia do sistema multiortas na audiência preliminar (equivalente à do art. 331 do CPC).⁶⁹

⁶⁶ Sobre a trajetória destes meios no Brasil, remeto à minha tese de doutoramento, op. cit., e ao meu trabalho *A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias*, p. 606 e ss.

⁶⁷ Sobre isso, vale mencionar o Projeto de Lei 4.827/1998 e o Projeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

⁶⁸ Sobre o histórico destes provimentos e a participação decisiva do CEBEPEJ – Centro Brasileiro de Pesquisas Judiciais, LUCHIARI, A. Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: origem, objetivos, parâmetros e diretrizes para a implantação concreta, p. 238.

⁶⁹ Cf. Instituto Brasileiro de Direito Processual: <www.ibdpp.org.br>

Contudo, o marco do Brasil recente em termos de sistema multiportas veio com a Resolução 125, do Conselho Nacional de Justiça, a qual proclamou o Poder Judiciário brasileiro como o responsável pela Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses. Embora calado em métodos consensuais, a resolução cria vários órgãos, como o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Resolução de Conflitos, assim como Centros Judiciários de Solução de Conflitos, subdividido em (i) Setor de Solução de Conflitos Pré-Processual; (ii) Setor de Solução de Conflitos Processual; e (iii) Setor de Cidadania.

11. CONCLUSÃO

O protagonismo do Poder Judiciário brasileiro fez com que este tomasse a frente das discussões envolvendo o tratamento adequado dos conflitos. Com isso, esse tratamento passou a ser Política Pública do Estado brasileiro, levada a cabo pelo Poder Judiciário. Sem prejuízo da utilização de qualquer meio alternativo de controvérsia sem o seu conhecimento ou intervenção, o Poder Judiciário passou a ser o responsável por gerir os conflitos que lhes são apresentados, encaminhando ao meio mais adequado, com o trabalho de terceiros cadastrados e treinados. Este é apenas o começo de um futuro promissor. Assim como toda pessoa não é a mais a mesma depois que passa por uma medição, os meios alternativos no Brasil não são mais os mesmos depois da mencionada resolução.

A tarefa agora é de *tropicalizar* os métodos alternativos de solução de controvérsias e o sistema multiportas, criar meios e técnicas aderentes à realidade cultural brasileira, assim como continuar o trabalho incessante de mudança de mentalidade, a começar pelos estudantes. Definir a profissionalização e remuneração dos terceiros (mediadores, árbitros e terceiros neutros), sem prejuízo do trabalho voluntário que alguém queira desempenhar. Enfim, finalmente, as portas estão abertas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BALES, Richard A. The Laissez-Faire Arbitration Market and the Need for a Uniform Federal Standard Governing Employment and Consumer Arbitration, *52 University of Kansas Law Review* n. 52, 2004, p. 583 e ss.
- BARBOSA, Ivan. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: UnB, Editora Grupos de Pesquisa, 2003. vol. 2.

BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução Alternativa de Conflitos (ADR) e constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Nova Série n. 9, jan.-jun. 2002.

BENETI, Sidnei. Notas sobre a adequação da arbitragem a questões de direito público na atualidade. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. *O que é mediação*. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRAZIL, Wayne D. Comparing Structures for delivery of ADR Services by Courts. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 14, 1998, p. 739.

CARR, Chris A.; JENCKS Michael R. The Privatization Of Business And Commercial Dispute Resolution: A Misguided Policy Decision, in *Kentucky Law Journal*, n. 1, 2000, p. 183 e ss.

CHERNICK, Richard. The Rent-a-Judge Option: A Primer for Commercial Litigators, *L.A. Law*, oct. 1989, p. 18 e ss.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COOLEY, John W. *O processo de mediação*. Brasília: UnB, 2001.

CROWNE, Caroline Harris. The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice. *New York University Law Review*, n. 76, 2001, p. 1768 e ss.

DEMAINE, Linda J.; HENSLEY, Deborah R. “Volunteering” to Arbitrate Through Predispute Arbitration Clauses: The Average Consumer’s Experience, *Law & Contemporary Problems*, 2004, p. 675 e ss.

DRAHOZAL, Christopher R. Federal Arbitration Act Preemption, *Industrial Law Journal*, n. 79, 2004, p. 393 e ss.

FISCHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Como chegar ao sim*. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

—; —; —; BROWN, Scott. *Como chegar a um acordo*. A construção de um relacionamento que leva ao sim. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

FORD FOUNDATION. *New approaches to conflicts resolution*. New York: Ford Foundation publications, 1978.

GALANTER, Marc. La justice ne se trouve pas seulement dans le decisions des tribunaux. In: CAPPELLETTI, Mauro. *Accès a la justice et État-Providence*. Mexico: Editora Económica, 1984.

———. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, n. 9, 1974, p. 95 e ss.

GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy. *Dispute resolution: negotiation, mediation and other processes*. 3. ed. New York: Aspen Books, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e mediação judiciais no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHIA, Morgana de Almeida. *Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Coleção ADRs.

HENRY, James. Some reflection on ADR. *University of Missouri Journal of Dispute Resolution*, 2000, p. 63 e ss.

HOELLERLING, The mini-trail, The Arbitration Journal n. 37, December 1982, p. 48 e ss.

HUNT Elizabeth. Arb-Med: ADR In The New Millennium. Orange County Lawyer n. 29, January, 2000, p. 42 e ss.

KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin. In: GOMMA DE AZEVEDO, André (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: UnB, Editora Grupos de Pesquisa, 2004. vol. 3.

KRUGLER, Beth. ADR Update: Are You Maximizing All ADR Has To Offer? Texas Bar Journal n. 61, 1998, p. 1120 e ss.

LANDRY, Sherry. Med-arb: mediation with a bite and an effective ADR model. *Defense Counsel Journal*, n. 63, 1996, p. 263 e ss.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

LUBAN. Settlements and the Erosion of the Public Realm, Georgetown, *Law Journal* n. 83, September 1995, p. 2619 e ss.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagasta. A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça: Origem, Objetivos, Parâmetros e Diretrizes para a Implantação Concreta. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHIA, Morgana de Almeida. *Conciliação e mediação: estrutura da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Coleção ADRs.

MCDERMOTT, E. Patrick; BERKELEY, Arthur Eliot. *Alternative Dispute Resolution in the Workplace: Concepts and Techniques for Human Resource Executives and Their Counsel*. Westport: Quorum Books, 1996.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers’ Responsibilities, *S Texas Law Review*, n. 38, 1997, p. 407 e ss.

———. Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2000, p. 161 e ss.

———. Pursuing settlement in an adversary culture: a tale of innovation co-opted or The law of ADR. *Florida State University Law Review*, n. 19, 1991, p. 1 e ss.

MOORE, Christopher. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. Jossey-Bass Publishers, 1984.

NADER, Laura. Controlling processes in the practice of Law: hierarchy and pacification in the movement to reform dispute ideology. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 9, 1993, p. 1 e ss.

OPPERMAN, Vance K. The Pros and Cons of ADR, Including ADR/Litigation Hybrids. *The Sedona Conference Journal*, n. 1, July, 20001, p. 79 e ss.

PERSCHBACHER Rex R.; BASSETT Debra Lyn. The end of the law. *Boston University Law Review*, n. 84, fev. 2004, p. 1 e ss.

PHILLIPS, Barbara A. Mediation: Did We Get It Wrong? *Willamette Law Review*, n. 33, 1997, p. 649 e ss.

RESNIK, Judith. Competing And Complementary Rule Systems: Civil Procedure And ADR: Procedure As Contract, *Notre Dame Law Review*, n. 80, p. 593

———. Democracy and Dispute Resolution: The Problem of Arbitration, *Law & Contemporaneous Problems*, n. 67, 2004, p. 279 e ss.

REUBEN, Richard C. Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice. *UCLA Law Review*, n. 47, 2000, p. 949 e ss.

———. Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution. *California Law Review*, n. 85, 1997, p. 577 e ss.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução das controvérsias contratuais da Administração Pública*. Tese (Livre-docência). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010. Versão fac-símile.

SANDER, Frank E. Alternative methods of dispute resolution: an overview. *University of Florida Law Review*, v. XXVII, n. 1, 1985, p. 118.

———. Varieties of Dispute Processing. In *The Pound Conference: perspectives in the Future* 337, A. Leo Levine & Russel R. Wheeler Editors, 1976.

———; ROZDEICZER, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. *Harvard Negotiation Law Review* 11, Rev.1, Spring, 2006.

SOLUM, Lawrence B. Alternative court structures in the future of the California judiciary: 2020 vision, *Southern California Law Review*, July 1993, p. 2121 e ss.

STEMPEL, Jeffrey W. Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?, *11 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 11, p. 297 e ss. 297

STERNLIGHT Jean R.; JENSEN, Elizabeth J. Using Arbitration to Eliminate Consumer Class Actions: Efficient Business Practice or Unconscionable Abuse. *Law & Contemporary Problems*, n. 67, 2004, p. 75 e ss.

WATANABE, Kazuo. Modalidades de mediação. *Série Cadernos do CEL*, Brasília, Conselho da Justiça Federal, n. 22, p. 43-50, 2001.

WELSH, Nancy. Making Deals In Court-Connected Mediation: What's Justice Got To Do With It? Washington University Law Quarterly, Fall, 2001, p. 787 e ss.

YOUNGER, Stephen P. Effective Representation of Corporate Clients in Mediation, *Alb. Law Review*, n. 59, 1995, p. 951-952.

QUESTÕES PARA ORIENTAR A LEITURA E O DEBATE EM SALA DE AULA

1. Existe alguma diferença no tratamento dos métodos ditos como alternativos nos países de *civil law* e *common law*? Se sim, quais?
2. Qual a principal razão de os métodos alternativos de resolução de conflitos terem se fortalecido apenas após a segunda metade do século XX?
3. Quais as principais diferenças entre as formas alternativas de resolução de conflitos?
4. Em quais áreas do direito as ADRs podem ser utilizadas?

5. Quais os valores importantes para a escolha do melhor método de resolução do caso?

6. Segundo o autor do texto, quais medidas poderiam ser tomadas para uma concretização das ADRs como métodos de resolução de conflito efetivos no cenário brasileiro?

SUGESTÕES DE MATERIAL COMPLEMENTAR

✓ SANDER, Frank; ROZDEICZER, Lukasz. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. *Harvard Negotiation Law Review* 11, Rev.1, Spring, 2006.

➤ para compreender os critérios em jogo para fazer a escolha do método adequado em um sistema multiportas.

✓ Amores possíveis (filme) Direção: Sandra Werneck filme – ano 2001
➤ para refletir como uma história pode mudar de acordo com a atitude dos envolvidos e outros fatores.

✓ Ou isto ou aquilo. Poema de Cecília Meireles.
➤ para refletir sobre as opções na vida.

✓ A separação (A separation) (filme). Direção de Asghar Farhadi. Irã, 2011 (123 min).

➤ para pensar sobre os diferentes fatores envolvidos na solução de vários conflitos sobrepostos e a inter-relação entre eles.