

1ª edição - 2013

© Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME

CIP-Brasil. Catalogação na fonte.

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

G112m

Gabbay, Daniela Monteiro

Mediação & judiciário no Brasil e nos EUA : condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário / Daniela Monteiro Gabbay ; coordenadores: Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe. - Brasília, DF : Gazeta Jurídica, 2013.

356 p. : 23 cm. (MASC - Meios alternativos de solução de conflitos ; 1)
Inclui bibliografia e índice
ISBN 978-85-66025-09-5

1. Ação judicial - Brasil. 2. Ação judicial - Estados Unidos. 3. Poder judiciário - Brasil. 4. Poder judiciário - Estados Unidos. 5. Mediação - Brasil. 6. Mediação - Estados Unidos. I. Pellegrini, Ada. II. Watanabe, Kazuo. III. Título. IV. Série.

13-0863.

CDU: 347.9

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer forma ou meio, inclusive eletrônico. Sanções previstas nos artigos 102 e 104 da Lei dos Direitos Autorais – Lei 9610, de 19 de fevereiro de 1998 e no artigo 184 do Código Penal – Decreto-Lei 2848, de 7 dezembro de 1940.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS PELA

GAZETA JURÍDICA EDITORA E LIVRARIA LTDA ME

SHIS. QL 02, Conjunto 5 Casa 14, Lago Sul

CEP: 71610-055 - Brasília - DF

Diretora: ADRIANA BELTRAME

Presidente do Conselho Editorial: PETRONIO CALMON

IMPRESSO NO BRASIL / printed in Brasil

Apresentação

Coleção MASC

A Coleção ADRs renova-se e prossegue, agora com novo nome, mais afeiçoado à tradição latino-americana (MASC-Meios alternativos de solução de conflitos) e com nova editora, Gazeta Jurídica, conduzida por Petrónio Calmon e Adriana Beltrame, especialistas na matéria, que dão continuidade às obras publicadas pela Gen-Forense. A coordenação continua confiada a Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.

A partir de junho de 2011, quando se iniciou a série ADRs, foram publicados 5 volumes da coleção, todos dedicados à arbitragem, à mediação e à conciliação, ou seja à heterocomposição e à autocomposição, vistas, aliás, não apenas como meios alternativos de pacificação de conflitos fora da Justiça estatal, mas como meios complementares de acesso à Justiça e à ordem jurídica justa, num amplo quadro de política judiciária: relembrase a série de volumes editados pela Gen-Forense, composta das seguintes obras: 1 - MIN. CÉSAR PELUSO e MORGANA RICHA: “Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional” – junho de 2011; 2 – CARLOS ALBERTO DE SALLES: “Arbitragem em Contratos Administrativos” – 2º semestre de 2011; 3 – NILTON CÉSAR ANTUNES DA COSTA: “Decisões e Sentenças Arbitrais” – 1º semestre de 2012; 4 – ANA LÚCIA CATÃO, LÚCIA FIALHO CRONENBERGER e SILVANA CAPPANARI: “Mediação no Judiciário – desafios e reflexões sobre uma experiência” – 2º semestre de 2012; 5 – VALERIA FERJOLI LAGRASTA LUCHIARI: “Mediação Judicial” – dezembro de 2012.

âmbito do Judiciário, e de simplificar e flexibilizar mais o processo judicial, quando em contato com a mediação.

Isso representaria o predomínio da privatização ou da publicização do processo? Seria o triunfo ou o declínio da adjudicação? São questionamentos que Judith Resnik levanta para responder com base no desenvolvimento de uma terceira via, um terceiro modelo processual, que não deixa de representar um marco do declínio da adjudicação⁸¹.

Nessa relação entre os aspectos privados e contratuais da mediação e os aspectos públicos do processo judicial, surgiria um **terceiro modelo processual** para dar conta da mediação no Judiciário. Segundo Resnik, esse modelo funde aspectos públicos e privados (*aspects of privately-based dispute resolution with the public processes*). Nos últimos quarenta anos, o Judiciário teria se apropriado de modelos privados de solução de disputas e feito com que as partes que o acessam, mesmo que não possuam relação continuada, tenham que utilizar esses mecanismos que ainda permanecem privados, mas cujo processo é regulado pelo Estado e não mais pelo contrato entre as partes⁸².

Para Barbosa Moreira, no caso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, deve prevalecer a publicização desses meios sobre a privatização do processo e da Justiça estatal. Nas palavras deste autor, “falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa”⁸³. Esta posição vai ao encontro do sustentado por Reuben no item acima, ao defender que os meios alternativos de solução de conflitos são influenciados pela ação estatal e submetem-se ao devido processo legal mínimo, com a publicização dos meios alternativos suplantando a privatização do processo judicial. Trata-se de teoria unitária de uma justiça civil pública⁸⁴.

A pesquisa empírica realizada neste livro tem em seu cenário esses dois movimentos, de publicização e privatização, no Brasil e nos EUA,

81 RESNIK, Judith. For Owen M. Fiss: some reflections on the triumph and the death of adjudication. *University of Miami Law Review*, vol. 58, 2003, p. 191.

82 *Ibidem*, p. 191.

83 Barbosa Moreira, José Carlos, *Privatização do Processo cit.*, p. 17.

84 REUBEN, *Constitutional Gravity: a Unitary Theory cit.*, pp. 952-954.

considerando as novas formas de participação social na administração na Justiça⁸⁵ e os diferentes papéis dos atores envolvidos: juízes, advogados, mediadores, partes, e Judiciário.

1.5 Distinções entre os meios autocompositivos: mediação, conciliação e negociação

Muito embora a distinção entre a mediação e a conciliação não tenha efeitos práticos para este livro – que trata da institucionalização dos meios autocompositivos no Judiciário – é válido ressaltar que há importantes diferenças a serem consideradas entre a mediação, a conciliação e a negociação. Entre as duas primeiras e a negociação há uma diferença formal consistente na presença do terceiro imparcial (mediador ou conciliador), por, sendo a negociação bilateral há apenas uma relação entre as partes para a produção de um acordo. Trata-se da diferença entre a autocomposição direta (negociação) e a assistida (mediação e conciliação).

As distinções substanciais entre a conciliação e a mediação recaem sobre a forma de atuação e capacitação do terceiro, o controle exercido sobre o processo, o tipo de conflito e a relação entre as partes, questões que influem diretamente nos objetivos das técnicas autocompositivas.

Quanto à atuação do terceiro, ela pode ser mais ou menos ativa, facilitadora ou avaliativa⁸⁶ das possibilidades de acordo, situando-se os

85 Ada Pellegrini ressalta que a cultura da conciliação, nos países em desenvolvimento, tem como um dos seus importantes desdobramentos a institucionalização de novas formas de participação na administração na Justiça, além da gestão racional dos interesses públicos e privados, e também o de assumir relevante papel promocional de conscientização política. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASSA NETO, Caetano (Org.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional e guia prático para a instalação do setor de conciliação*, mediação. São Paulo: Atlas, 2008, p.2.

86 Segundo Wayne Brazil, quanto mais avaliativa e menos imparcial for a postura do mediador, maior é o risco de as partes litigarem e competirem para tentar “ganhar” a causa diante do mediador. Nas palavras deste autor: *Our concern about the possibility “litigation” of mediation has additional implications for court-sponsored ADR program design. As suggested above it’s likely that the risk of “litigation” increases with the extent to which the ADR proceedings are explicitly “evaluative”.* In an ADR

conciliadores entre aqueles mais ativos e diretivos da sessão, e que podem inclusive propor ideias de acordo às partes. O tipo de conflito e a relação continuada entre as partes também são elementos importantes na definição da técnica compositiva, pois a mediação tende a trabalhar mais profundamente as facetas do conflito e os interesses das partes que estão por trás das disputas, inclusive no âmbito emocional, para manter a relação entre elas, enquanto a conciliação tende a se dar no âmbito da disputa, muitas vezes limitada ao objeto do processo, quando na esfera judicial. Na conciliação, o procedimento é mais simples e a sessão mais rápida, pois normalmente não se entra no mérito do caso, que é direcionado ao acordo, enquanto na mediação o acordo não é a meta, mas apenas um dos resultados possíveis⁸⁷.

A respeito da postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes, o conciliador pode assumir um lugar de poder, pois embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes, as técnicas de que se utiliza buscam conduzir as partes à realização do acordo. Esta situação é

process that will include an express assessment of the merits of the parties' positions by the neutral, the lawyers and their clients have a substantial incentive to compete to try to "win" the neutral's mind. Cf. BRAZIL, Waive. Continuing the Conversation about the current status and the future of ADR: a view from the Courts. Journal of Dispute Resolution, vol. 11, 2000, p. 33.

87 Conforme Adolfo Braga, a conciliação não requer relacionamento significativo no passado ou contínuo entre as partes no futuro, que preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim à controvérsia ou ao processo judicial: aplica-se ao caso de acidente de veículos e relações de consumo em que as partes não possuem vínculos afetivos, profissionais ou sociais e não conviveram e não irão conviver após aquele ato, somente necessitando de um terceiro que as ajude a refletir qual seria a melhor solução para a controvérsia, evitando os desgastes de uma batalha judicial. O objetivo maior da conciliação seria a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial. BRAGA, Reflexões sobre a Conciliação e a Mediação cit., pp. 489/491-492. Nesse mesmo sentido, Juan Vezzulla ressalta que a grande diferença ao escolher entre a conciliação e a mediação reside na existência ou não de relacionamento entre as partes (família, comerciantes com um longo trabalho conjunto, relações laborais, relações de vizinhança, relações contratuais em que as partes desejam manter o relacionamento). A sua existência exige um trabalho de mediação e a sua ausência ou a existência de simples relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuação ou aprofundamento (acidentes de aviação, compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) permitem a aplicação rápida e econômica da conciliação, que trata o conflito de forma menos aprofundada do que a mediação. Cf. VEZULLA, *Mediação cit.*, p. 83.

especialmente comum nas conciliações institucionais, como as que ocorrem no Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelo juiz⁸⁸. O conciliador assume um papel na sessão de conciliação diferente daquele assumido pelo mediador na sessão de mediação, onde o protagonismo recaí sobre as partes e em sua responsabilidade para decidir o conflito.

Tanto a mediação quanto a conciliação, quando incidentais ao processo judicial, tem em seu cenário o poder-dever do juiz de decidir o litúrgio, que está suspenso enquanto as formas autocompositivas atuam no conflito e o poder de decisão cabe às partes, mas que pode ser retomado pelo juiz caso não haja uma solução consensual entre as partes. No caso da institucionalização dos meios autocompositivos no Judiciário, uma das questões que é abordada a seguir, inclusive na pesquisa empírica, é se o terceiro (conciliador e mediador) está mais próximo das partes ou do juiz, na medida em que o procedimento da mediação/conciliação é em parte influenciado pelo Judiciário.

A pesquisa empírica realizada neste livro analisou tanto programas de mediação quanto de conciliação, não sendo o seu objetivo firmar conceitualmente uma distinção entre ambos. Esta diferença está mais presente em países de língua latina⁸⁹, não se observando a mesma preocupação em distinguir estas técnicas autocompositivas nos países de *common law*, muito embora as diferenças entre os tipos de mediação e postura do mediador (transformativa, avaliativa e facilitativa) reflitam preocupações semelhantes às que estão subjacentes à distinção entre mediação e conciliação. Importante destacar que muitos programas denominados nos EUA de mediação seriam tidos no Brasil como programas de conciliação.

Em termos práticos, observou-se no âmbito judicial que quanto maior é o volume de demandas submetidas ao programa, maior é a probabilidade de o programa ser de conciliação e não de mediação, pois este último tende a trabalhar o conflito de forma mais profunda, com base nos interesses e nas relações continuadas entre as partes, o que exige mais tempo destinado às sessões e ao desenrolar do processo de mediação. No caso da

88 COSTA, *Cartografia dos métodos cit.*, p. 181.

89 Cf. BRAGA, SAMPAIO. *O que é mediação cit.*, p. 17.

conciliação, algumas sessões observadas foram marcadas em um intervalo de 15-20 minutos, para casos que não envolviam relação continuada entre as partes e que foram direcionados a acordo.

O item seguinte sobre Escolas de Mediação é uma forma de didaticamente expor diferentes premissas e definições que podem ser adotadas tanto no âmbito teórico quanto no âmbito prático da mediação.

1.6 Escolas de mediação: entre o descritivo e o prescritivo

Não há uma definição única de mediação nem um consenso quanto a suas características e seus objetivos. Isso reflete a diversidade de pensamento e perspectivas, e as Escolas de mediação demonstram estas diferenças, inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e também prescritivo de como a mediação deve ser realizada⁹⁰. Nenhuma definição é mais correta do que a outra, e elas não se restringem às três Escolas tratadas a seguir. Trata-se de receitas e não de seitas⁹¹.

É comum ouvir-se falar na possibilidade de um *mix* e combinação entre os diferentes tipos e Escolas de Mediação, utilizando e misturando

90 Bush e Folger fazem esta distinção das Escolas a partir de quatro diferentes estórias do processo de mediação: *the satisfaction story* (considera a mediação uma ferramenta para satisfazer os interesses das partes e reduzir a morosidade e volume de processos nas cortes, promovendo justiça de mais qualidade aos casos individuais); *the social justice story* (mediação como um veículo para que as partes e comunidades melhor se organizem em torno de interesses comuns e obtenham um tratamento socialmente mais justo); *the oppression story* (mediação como uma forma de controle e opressão social) e *the transformative story* (mediação como uma forma de transformar qualitativamente a interação entre as partes). BUSH, Robert Baruch, FOLGER, Joseph. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey Bass, 2005, pp. 8-9.

91 A primeira vez que esta autora ouviu a expressão (receitas e não seitas) relacionada às Escolas de Mediação foi em disciplina sobre Mediação em Conflitos de Justiça, Cultura da Paz e Promoção dos Direitos Humanos II, na Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), em aula ministrada pelo Professor Antônio Rodrigues de Freitas Jr.

as ferramentas da mediação de acordo com a demanda do caso concreto”⁹². Bush e Folger veem problemas nesta combinação. Consideram que ainda que diferentes teorias sobre o conflito e mediação possam ser válidas, não seria possível combiná-las ou integrá-las de forma coerente, nem no nível teórico nem no prático, em face dos diferentes objetivos e premissas separando os quais se baseiam. Apenas uma delas poderia ser aplicada, coerentemente, por vez⁹³. Assim, para esses autores não seria possível haver uma mediação transformativa e ao mesmo tempo voltada ao acordo (*settlement transformative version of mediation*). Os valores e ideologia que estão por trás de cada uma são diferentes e incompatíveis, ora voltados ao controle do conflito e à sua percepção como algo negativo, ora direcionados à sua transformação e à oportunidade de melhorar a relação entre as partes. Há por trás disso diferentes visões sobre a sociedade e os conflitos, que podem ser vistos como algo positivo ou negativo, e isso se reflete diretamente nos objetivos de controle e neutralização dos seus efeitos ou no objetivo de trazê-los à tona para propiciar às partes maior senso e percepção de si e do outro⁹⁴.

De todo modo, é certo que cabe às partes decidirem o modelo a seguir, e o papel do mediador é qualificar esta escolha ao informá-las e deixá-las conscientes sobre os objetivos, premissas e práticas de cada modelo. O mais importante é que as partes estejam de acordo com a forma de mediação a ser seguida. A seguir, uma breve descrição de diferentes formas de autocomposição dos conflitos.

92 Nancy Welsh, com base em pesquisa empírica sobre mediação escolar que levou em consideração a perspectiva das partes mediadas, crítica a rígida distinção entre a mediação transformativa, facilitativa e avaliativa, que se torna secundária diante das questões centrais a serem buscadas na mediação, voltadas à justiça do processo e do resultado: *The voices of these disputants suggest that rigid distinctions between transformative, facilitative, and evaluative interventions are much less important than the answers to the following questions: Were the mediators' interventions procedurally and grounded in a procedurally just process? Did the mediators' interventions assist the disputants in making progress toward resolution of the issues they had identified and using norms they perceived as legitimate?* Cf. WELSH, Nancy. Stepping back through the looking glass: real conversation with real disputants about institutionalized mediation and its value. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2004, p. 6-1

93 BUSH, FOLGER. *The promise of mediation cit.*, p.45.

94 *Ibidem*, pp. 231-232/239-258.