

FUGA DA JURISDIÇÃO? REFLEXÕES SOBRE A BUSCA DE ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO

Trail jurisdiction? Reflections on the search for alternatives to jurisdiction

ELAINE HARZHEIM MACEDO

Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1972), especialização (1990) e mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003). E-mail: elaine@fhm.adv.br

EUGÊNIO FACCHINI NETO

Doutor em Direito Comparado, pela Università Degli Studi di Firenze (1996-2000), Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1986), graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1978), licenciado em Estudos Sociais pela Universidade de Passo Fundo (1978). Atualmente é professor titular (TI) dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: facchini@tj.rs.gov.br

Convidados

Recebido em: 16/02/2016

Aprovado em: 16/02/2016

DOI: 10.5585/rdb.v11i5.353

RESUMO

O presente ensaio analisa o movimento das ADR (Alternative Dispute Resolution) – meios alternativos de resolução de conflitos –, sua origem, evolução, ideologia, especialmente nos Estados Unidos. Faz-se referência às diversas técnicas lá utilizadas, referem-se os argumentos favoráveis e, em especial, as críticas ao referido movimento. Agregam-se as experiências brasileiras seja quanto às técnicas de sumarização da jurisdição como a construção de espaços públicos ou privados para a composição alternativa de conflitos de interesses.

PALAVRAS-CHAVE: ADR – RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS - JUSTIÇA NORTE-AMERICANA – DIREITO COMPARADO - EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS.

ABSTRACT

The present essay analyses the so-called ADR movement (Alternative Dispute Resolution) –, its origin, development and ideology, specially in the United States. References are made to the different ADR techniques that are used, and the arguments that commonly are invoked to sustain or to criticize it. It also focus on Brazilian experiences either on summarization of jurisdiction techniques or the construction of public or private spaces for alternative dispute resolution.

KEY-WORDS: ADR – ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION – AMERICAN JUSTICE – COMPARATIVE LAW – BRAZILIAN EXPERIENCES.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Origem do movimento. Objetivos e Ideologia. 3. A experiência europeia. 4. O caso norte-americano. As primeiras experiências. 5. Tipologia básica das A.D.R. 6. Dimensão subjetiva das A.D.R. – Quem são os atores? 7. Técnicas de A.D.R. endoprocessuais e extraprocessuais. 7.1. A court-annexed arbitration. 7.2. A court-annexed mediation. 7.3. O summary jury trial. 7.4. O minitrial. 7.5. O early neutral evaluation – ENE. 7.6. A settlement conference. 7.7. A appellate mediation. 8. Alterações legislativas mais recentes. 9. Argumentos favoráveis ao movimento das A.D.R. 10. Críticas ao movimento das A.D.R. 11. Formas alternativas de composição de conflitos no direito brasileiro: fragilidades e conquistas. 11.1. Juizados de Pequenas Causas versus Juizados Especiais Cíveis. 11.2. Arbitragem. 11.3. Mediação. 11.4. Técnicas de sumarização da jurisdição e os provimentos antecipatórios. 12. Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Queixa-se que a justiça tradicional é demasiadamente cara e lenta para poder fazer frente ao aumento das demandas judiciais, fenômeno esse que se reproduz em todos os sistemas jurídicos do mundo ocidental. Essa a razão pela qual uma boa parte das disputas nem mesmo chegam ao sistema judiciário formal. Ou as demandas simplesmente não são ajuizadas, ou as partes procuram outras formas de dirimir seus conflitos.

O fenômeno fez com que surgisse um interesse crescente nas últimas décadas pela busca de alternativas ao modelo judicial tradicional. Embora universal, o fenômeno é mais nítido e perceptível no cenário norte-americano. Lá, mais do que em qualquer outro país, é acentuada a tendência de se implementar meios alternativos de resolução de litígios, denominados genericamente de *A.D.R.* – *Alternative Dispute*

Resolution, expressão cujo sentido pode ser traduzido como “meios alternativos de resolução de conflitos”.

O presente artigo tem por objetivo expor algumas experiências que vem sendo vivenciadas em diversos países, mas com especial atenção aos Estados Unidos, onde isso ocorre há mais de trinta e cinco anos, e que são pouco conhecidas entre nós. O estudo não é laudatório. Procura-se a neutralidade na exposição, buscando-se a descrição de uma situação, com a menção aos seus resultados positivos, mas também com referência às críticas que se fazem a tal sistema.

Discorrer-se-á sobre a origem do movimento, seus objetivos, a ideologia subjacente, a experiência européia, a norte-americana, os principais tipos de meios alternativos em uso nos Estados Unidos, os argumentos favoráveis e a crítica que se faz a essa tendência.

Ao final, dedicaremos algumas reflexões sobre a experiência brasileira nessa área, discorrendo sobre os juizados especiais, arbitragem, mediação, técnicas de sumarização da jurisdição e os provimentos antecipatórios.

2 ORIGEM DO MOVIMENTO. OBJETIVOS E IDEOLOGIA

Em 2003, a Universidade de Florença promoveu um seminário internacional sobre meios alternativos de resolução de conflitos. Dos relatórios nacionais então apresentados, extraiu-se a conclusão de que havia uma “crescente incapacidade dos sistemas institucionais de administração da justiça civil para fazer frente à demanda de justiça proveniente dos mais diversos sujeitos, sobre matérias diversificadas e novas, incapacidade essa devida aos limites da justiça estatal, normalmente ineficiente, custosa e incerta, e talvez não apta, em alguns setores, a garantir uma satisfatória composição das lides”¹.

Dentre os fatores principais que explicam a expansão do movimento em direção a formas conciliadoras de solução de controvérsias, lembrados por D. Smith², destacamos dois:

- 1) A dificuldade de acesso à justiça ordinária pelos mais carentes, e o custo e duração do processo ordinário para aqueles que podem pagar por tal acesso.
- 2) Uma crescente insatisfação com o formalismo e tecnicismo imperante no ambiente judiciário, conjuntamente com a valorização de um papel mais ativo das próprias partes na tomada de decisões que dizem respeito à sua vida privada.

Esta espécie de ‘fuga da jurisdição’ em direção a formas alternativas de resolução de conflitos não segue um paradigma único. Ao contrário, são diversificadas

1 VARANO, Vincenzo. *L’Altra Giustizia*. Milano: Giuffrè, 2007, p. XI/XII.

2 “A Warmer Way of Disputing: Mediation and Conciliation”, no volume *Law in the USA in the Bicentennial Era*, suplemento do vol. 26 do *American Journal of Comparative Law*, 1978, p. 205, *apud* Denti, Vittorio. I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative, *Rivista di Diritto Processuale*, 1980, p. 412.

as experiências em curso.

Frequentemente estas iniciativas são descritas com expressões diversas. Cada uma delas tende a por em evidência um ou outro aspecto que se entende mais relevante; fala-se, assim, em A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*) como técnica de “justiça informal” (para sublinhar sua simplicidade), ou então se fala em “procedimentos sumários” (para destacar sua celeridade), ou então de procedimentos que facilitam o “acesso à justiça” (para realçar sua reduzida onerosidade ou até a sua gratuidade), ou então como uma espécie de “justiça menor” (apontando para o fato de que esses meios alternativos se ocupam de questões de módico valor).

O que unifica todas essas experiências é o objetivo comum: trata-se de resolver litígios com o uso de técnicas processuais simplificadas, menos custosas e mais céleres³.

Vittorio Denti⁴ identifica duas tendências relativamente ao movimento em direção a formas alternativas de resolução de litígios: uma tendência à *desformalização* e outra tendente à *deslegalização*.

Quanto à primeira tendência – no sentido de uma *desformalização* –, funda-se ela na tomada de consciência no sentido de que a acentuação das garantias formais no direito processual civil contemporâneo conduziu a um aumento do custo e da duração do processo, “tornando-o um instrumento inadequado para certos tipos de lide que exigem uma rápida intervenção na composição dos conflitos”. Por outro lado, também é consensual a constatação de que é “impossível resolver o problema do acesso à justiça dos jurisdicionados carentes através do aumento generalizado de assistência judiciária gratuita”, por causa do seu custo intolerável. Além disso, segundo Denti, o aumento quantitativo e a maior complexidade do trabalho do juiz moderno não podem ser enfrentados mediante o simplório aumento constante do quadro de magistrados. Há limites orçamentários não ultrapassáveis, diante da necessidade do Estado social contemporâneo direcionar os recursos limitados para obras sociais que aliviem o presente e transformem o futuro (educação, saúde, saneamento básico, obras de infraestrutura, etc), em vez de aumentar ilimitadamente a verba direcionada a um setor do Estado que se ocupa em dirimir conflitos passados. Ou seja, exige-se que haja ganho de eficiência, fazendo-se mais e melhor com a verba orçamentária disponível. Essa é outra razão pela qual se sustenta que a diminuição do volume de trabalho dos magistrados deve passar também pela composição extrajudicial de lides de menor complexidade, reservando-se o recurso à justiça tradicional, com suas inerentes garantias, às causas de maior importância e complexidade.

A outra tendência apontada por Denti – aquela referente à *delegalizzazione* das controvérsias – não é um fenômeno propriamente novo. Realmente, diz ele, “na

3 Guido Alpa, Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile, in: BESSONE, Mario (org), **L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino : Giappichelli, 1997, p. 291/292.

4 Vittorio Denti, *op. ult. cit.*, p. 422ss.

origem da criação dos ‘escritórios de paz e de conciliação’ (*bureaux de paix et de conciliation*), logo após a Revolução francesa, encontrava-se a fé iluminista na razão natural do homem em desfavor da *artificial reason* dos juristas e dos juizes”, bem como uma desconfiança em relação à profissão forense e ao mundo dos juristas. Deslegalização significa, nesse contexto, desde as origens históricas do fenômeno, a busca de uma solução não legalista das controvérsias, e, portanto, com maior ênfase na prevalência da composição da lide do que na definição do certo e do errado⁵.

Em suma, como afirma E. Silvestri:

“A difusão dos métodos alternativos do tipo conciliatório representa uma evidente rejeição da ‘cultura da decisão’ em proveito daquela que se poderia definir como uma ‘cultura do compromisso’. A tendência em direção à *deregulation* atinge também a administração da justiça: ao processo visto como instrumento através do qual são implementados os valores incorporados nas normas do ordenamento, prefere-se uma ‘gestão privada’ da solução das controvérsias. Isto significa que é reconhecida às partes uma substancial liberdade para escolher seja o procedimento tido como o mais adequado para atingir um acordo, seja o conteúdo em si do acordo. Nesse contexto, a autonomia privada pode permitir às partes a definição da controvérsia de acordo com critérios mais flexíveis, não suscetíveis de serem adotados por um juiz, vinculado que está ao princípio da legalidade”⁶.

Se é um menor rigorismo e formalismo que se deseja, então se poderia pensar seriamente em uma reforma processual que concedesse uma maior flexibilidade ao juiz para conduzir o processo, adotando-se efetivamente um modelo de tutela diferenciada de resolução de litígios. Além disso, poder-se-ia permitir ao juiz faculdades mais amplas de uso da equidade (o Código Civil de 2002 acolheu essa tendência⁷), além de incentivá-lo a aplicar a lei com maior liberdade interpretativa, não só quanto à resolução do conflito mas igualmente em relação ao próprio procedimento, com a adoção de mecanismos adequados de materialização

5 Vittorio Denti, *op. ult. cit.*, p. 426/427.

6 Elisabetta Silvestri, Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999, n. 1, p. 327/328.

7 No campo da responsabilidade civil, por exemplo, o Código Civil de 2002 expressamente autorizou o julgamento por equidade, em inúmeras situações. No novel estatuto, o julgamento equitativo comparece às vezes como exceção ao princípio da reparação integral (como nos casos de responsabilidade extracontratual previstos nos arts. 928; 944, parágrafo único; 952, parágrafo único; bem como, no plano contratual, nos arts. 413; 738, parágrafo único), e às vezes como princípio autônomo (como é o caso do art. 953, parágrafo único; art. 954; e em todos os demais casos de arbitramento dos danos não patrimoniais).

do processo e sumarização da jurisdição

Outro campo propício à expansão de um modo consensual de resolução de conflitos é aquele que os sociólogos chamam de “*total institutions*”, isto é, instituições como escolas, hospitais, grandes empresas, officios burocráticos, condomínios, nas quais as pessoas são compelidas a conviver juntas e a manter contato diário com seus colegas, vizinhos, etc. Em tais situações, a técnica da chamada *avoidance* (*to avoid* = evitar), ou seja, o afastamento daqueles ambientes quando surge um conflito importante, é mais difícil, às vezes impossível, pois envolveria a necessidade de mudar de trabalho, profissão, escola, cidade ou bairro, etc. – alternativas essas que não se podem adotar tão facilmente. Nestes casos, torna-se evidente que uma solução em moldes tradicionais do conflito, no sentido de examinar retrospectivamente o litígio e indicar qual das partes tem razão e quem está errado, em vez de resolver o conflito, acaba por exacerbá-lo ainda mais. A solução melhor, em tais condições, é a que olhe o conflito em termos prospectivos, mirando o futuro, buscando manter as relações pessoais e serenar os espíritos por meio de uma conciliação.

Um dos meios alternativos de resolução de conflitos mais em voga no direito comparado é a mediação⁸. Cornu e Foyer⁹ explicam que a mediação representa um ‘apelo à participação’, no sentido que o mediador não tem nem o poder, nem o dever de resolver o conflito. Sua tarefa é aquela de auxiliar as partes a elaborar um projeto próprio de solução do conflito, ou, no máximo, ajudá-las a identificar os pontos de desacordo insuperáveis. Evidentemente que isso pressupõe que as partes estejam dispostas a encontrar uma solução para seu conflito em bases cooperativas.

De acordo com um dos maiores especialistas mundiais em mediação, Christopher W. Moore, numa perspectiva internacional, “sistemas que utilizam a mediação têm sido desenvolvidos para lidar com grandes números de disputas de emprego, acusações de discriminação, queixas de consumidores e controvérsias ambientais”¹⁰.

O sucesso da mediação depende muito da posição do mediador relativamente às partes. Quanto maior for sua autoridade, tanto maior será a probabilidade de êxito da composição amigável. Por outro lado, se é verdadeiro que o conhecimento das normas jurídicas não é tão relevante quanto no sistema tradicional de justiça, permanece o fato de que as regras jurídicas desempenham um grande papel para o

8 Essa tendência também é válida para a Inglaterra, segundo Neil Andrews – “A discussão sobre os meios alternativos para resolução de conflitos tem mostrado certa tendência a considerar mediação como uma forma ligeiramente mais aconselhável” – ANDREWS, Neil.

O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50.

9 **Procedure civile**, p. 54.

10 MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos.** 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 324.

esclarecimento da matéria controvertida. Da conjugação destes dois fatores resulta que o juiz é considerado quase sempre como o melhor mediador¹¹, desde que tenha uma preparação adequada para desempenhar tal papel.

De fato, as experiências norte-americana e alemã mostram que as perspectivas de uma resolução consensual são muito mais favoráveis quando é o próprio juiz encarregado de resolver o conflito que indica às partes os possíveis desenlaces para o conflito¹².

A seguir, veremos algumas experiências em curso no direito comparado.

3 A EXPERIÊNCIA EUROPEIA

Em 1999, na reunião de Tampere, o Conselho da Europa convidou os países membros a instituir procedimentos extrajudiciais para garantir um melhor acesso à justiça. Em razão disso, a Comissão da União Européia apresentou, em 2004, uma proposta de diretiva a esse respeito, com ênfase no mecanismo da mediação. Em março de 2007 o Parlamento Europeu aprovou tal diretiva.

Ainda no âmbito internacional, os “*Principles of Transnational Civil Procedure*”, aprovados em conjunto pela *American Law Institute* e pelo *UNIDROIT*, em 2004, que pretendem ser um modelo para as legislações nacionais, também tratam do tema. O *principle* 24.2 dispõe que: “*The court should facilitate parties’s participation in nonbinding alternative dispute-resolution procedures at any stage of the proceeding*” (em tradução livre: “o juízo deverá facilitar a participação das partes em procedimentos alternativos de resolução de conflitos, de natureza facultativa, em qualquer estágio do procedimento”).

Ainda no âmbito da União Européia¹³, uma preocupação específica com a proteção do consumidor é sentida, como se vê do *memorandum* apresentado pela Comissão européia ao Conselho da Europa, em 4 de janeiro de 1985 (“*A proteção jurídica dos consumidores*”, suplemento 2/75 do Boletim da Comissão Européia, Luxemburgo, 1985). Parte-se da premissa que se deve garantir aos consumidores uma eficiente tutela de seus direitos fundamentais conexos a relações de consumo. Entre estes, a tutela da saúde e dos interesses econômicos, especialmente sob o viés do direito à reparação integral dos danos sofridos. Ressaltou-se, em tal documento, que o reconhecimento de tais direitos não é pleno, se não for efetivo e que a efetividade

11 Nessa perspectiva, v. G. Bierbrauer, J. Falke e K.-F. Koch, *Conflict and its Settlement: An Interdisciplinary Study Concerning the Legal Basis, Function and Performance of the Institution of the Schiedsmann*, in: CAPPELLETTI, Mauro (org.), **Access to Justice**, v. II, book 1 (Promising Institutions), p. 54.

12 Segundo P. Schlosser, *Alternative Dispute Resolution (uno stimolo alla riforma per l’Europa?)*, **Rivista di Diritto Processuale**, 1989, p. 1021.

13 De acordo com Sergio Chiarloni, *Avvocature e ordinamento giudiziario*, **Rassegna Forense**, 1995, n. 1-2, p. 135.

só é alcançada se for facilitado o acesso à justiça. O memorando divide a matéria em quatro perspectivas: a disponibilização de procedimentos judiciais simplificados, o reconhecimento de legitimação processual a entidades representativas de interesses difusos e coletivos, maior uso de técnicas de conciliação e arbitragem, e criação de centros de assessoria jurídica. As propostas do conhecido memorando foram acolhidas pelo Conselho da Europa com a resolução de 25 de junho de 1987. Mais tarde, em 1993, a Comissão europeia aprovou o chamado “Livro Verde” dispondo sobre o acesso dos consumidores à justiça, prevendo o uso harmônico e não excludente de procedimentos judiciais e extrajudiciais¹⁴.

A partir de uma análise de direito comparado, constata-se que todos os ordenamentos contemporâneos procuraram resolver o problema da chamada ‘*informal justice*’ por vias nem sempre iguais. Nos sistemas romano-germânicos predominou a tentativa de enfrentar o problema com reformas processuais tendentes a simplificar o procedimento, encorajar soluções consensuais, ampliar tutelas cautelares e antecipatórias, aumentar os poderes do juiz para que ele possa agir no sentido de uma mais rápida solução do litígio e buscar o reequilíbrio processual de partes materialmente desiguais. Esses mecanismos endoprocessuais foram adotados com o intuito de manter sob o controle do judiciário o sistema de composição dos litígios, afastando-se do modelo norte-americano, que tendencialmente rompe com o modelo estatal de monopólio da jurisdição. Como variável, constata-se a uma revalorização do instituto da arbitragem¹⁵.

Inúmeros fatores atuam para frear o desenvolvimento de sistemas de *informal justice* na Europa. Antes de tudo, o peso de uma tradição milenar a favor da justiça togada. Em segundo lugar, o conexo mito da unidade da jurisdição, que faz ver com extrema desconfiança qualquer tentativa de erosão do monopólio atribuído aos juízes estatais. Um ulterior motivo, provavelmente o mais significativo, é o fato de que o procedimento formal regular dos sistemas judiciários europeus ocasiona menos problemas relativamente a custos e complexidade técnica, do que aquilo que acontece com o *adversary system*¹⁶ norte-americano.

14 Guido Alpa, Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile, in: BESSONE, Mario (org), **L’attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività**, p. 299ss.

15 Na Inglaterra, a lei de arbitragem é de 1996 (*Arbitration Act*). Segundo Andrews, as principais razões pelas quais as partes de um litígio comercial – onde ela é mais frequente - optam pela arbitragem, além da sua maior celeridade, é a *confidencialidade* e *controle das partes* (que envolve a possibilidade de escolher o árbitro, ao contrário da justiça formal em que não se escolhe o juiz, bem como a possibilidade escolha das regras de fundo e do procedimento mais adequado ao caso) – ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50.

16 Nestes termos se manifesta Sergio Chiarloni, Nuovi modelli processuali, in: VISINTINI, Giovanna (org.), **Il diritto dei nuovi mondi**, p. 417, e La conciliazione stragiudiziale come

P. Schlosser¹⁷ refere que o movimento em direção a alternativas ao processo judicial é mais forte nos Estados Unidos do que na Europa porque aquele país, desde o final da segunda guerra mundial, é o principal mercado para as novas idéias, inclusive no campo jurídico. Além disso, o direito processual norte-americano, por causa da *pretrial discovery*, é bem mais custoso e demorado do que o congêneres europeu. Em terceiro lugar, o fato de que, salvo exceções expressamente previstas em lei, não há previsão de ressarcimento de despesas processuais, ou seja, não é adotado o instituto da sucumbência em solo norte-americano. Ainda que vencendo a causa, a parte vencedora gasta ingentes somas que normalmente não lhe são reembolsadas. Em quarto e último lugar, o juiz de *common law* não está habituado a se envolver ativamente no processo. Em seu papel clássico, ele comporta-se como um árbitro neutro, somente levando em consideração o que as partes diretamente lhe apresentam. É verdade, porém, que as reformas mais recentes, especialmente nos últimos 15 anos, vêm sendo no sentido de tornar o juiz processualmente mais ativo, inclusive conferindo-lhe poderes conciliatórios. Mas também isso, porém, lá é visto como uma forma de *alternative dispute resolution* (endoprocessual, no caso).

Por outro lado, não se pode esquecer que, nos Estados Unidos, aproximadamente 95% das causas são compostas diretamente pelas partes (ou melhor, por seus advogados), antes da sentença final¹⁸. Assim, em realidade, o movimento em direção às ADR não significa tanto uma tentativa de “afastar as partes do ambiente forense – coisa que naturalmente sempre ocorreu – mas sim de compeli-las a uma mais precoce tentativa de resolução do litígio” já no início do processo. E isso para tentar evitar que o acordo seja alcançado apenas “*on the courthouse steps*” (nas escadarias do tribunal), somente depois que elevadas somas já tenham sido gastas na fase do *pretrial*¹⁹. Este elevado índice de extinção de processos por acordo alcançado pelas partes, antes da sentença, não se verifica em outros sistemas judiciários. Este contexto não pode ser desconsiderado em qualquer tentativa de imitar formas de ADR fora dos Estados Unidos. Mas também explica o recente impulso que tais formas alternativas à jurisdição estão tendo na Inglaterra, especialmente após a grande reforma processual de 1998, com as *Civil Procedure Rules*, pois também lá “uma porcentagem muito alta de ações civis inglesas não

mezzo alternativo di risoluzione delle dispute, **Rivista di Diritto processuale**, 1996, II, p. 699.

17 Peter Schlosser, *Alternative Dispute Resolution (uno stimolo alla riforma per l'Europa?)*. **Rivista di Diritto processuale**, 1989, p. 1006-1008.

18 Segundo informação de Vincenzo Varano, na sua “*presentazione*” ao livro por ele organizado – **L'Altra Giustizia**. Milano: Giuffrè, 2007, p. IX.

19 Sobre o tema, v. G. de Palo e G. Guidi, **Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti**, 1999, p. 17. Para um confronto entre a situação americana e a européia (especialmente a italiana), consulte-se a pág. 125 e seguintes.

chega até o julgamento”²⁰.

Conclui-se, em resumo, que no continente europeu o ritmo do desenvolvimento de sistemas de *informal justice* é muito mais lento e restrito a situações particulares, embora dando sinais de aceleração nos últimos tempos, como resultado de imitação da experiência norte-americana. Conflitos familiares, tutela dos trabalhadores e especialmente dos consumidores parece ser o setor em que o fenômeno é mais evidente.

Na Alemanha, o aumento do volume de processos fez com que os Secretários de Justiça dos Estados (*Länder*), que são os responsáveis pela organização administrativa do sistema judiciário, buscassem estratégias para convencer os jurisdicionados a tentarem resolver suas disputas *out of court*. Segundo as estatísticas, tiveram sucesso na empreitada. Estima-se, por exemplo, que mais de 70% de todo o potencial contencioso civil relativo a seguros vem sendo resolvido fora do sistema ordinário de justiça, principalmente por atuação dos advogados e das companhias de seguro. Os modelos mais utilizados seriam aqueles da tradicional arbitragem e da conciliação extrajudicial. Na esfera judicial, a difusão do chamado *Stuttgart Model* permitiu uma sensível redução do tempo de tramitação dos processos, pois já em 1997 uma causa padrão estava sendo decidida numa média de seis a nove meses junto às cortes estaduais²¹. Interessante notar que a arbitragem, na Alemanha, está regulada amplamente no próprio Código de Processo Civil alemão (*Zivilprozessordnung - ZPO*), entre os parágrafos (como lá são denominados os artigos do código) 1.025 e 1.066. De forma peculiar, seu parágrafo 1.030, segunda seção, refere ser nulo o acordo de arbitragem relativo a locações residenciais.

Também na Inglaterra percebe-se um sensível aumento do interesse em relação aos modos alternativos de resolução de conflitos. Inúmeras organizações envolvidas com procedimentos extrajudiciais foram criadas já há alguns anos, como

20 ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 347.

21 Segundo dados fornecidos por P. Gottwald, *Civil Procedure Reform in Germany*, 45 **American Journal of Comparative Law** 753, 757 (1997). Sobre o chamado *Stuttgart Model* veja-se R. Bender, *The Stuttgart Model*, in M. Cappelletti (org.), **Access to Justice**, v. II, book 2, p. 431s. Esse modelo procura combinar os modelos opostos do procedimento oral e do procedimento escrito. Baseia-se na premissa de que o papel do conciliador (no caso, o juiz), é bastante facilitado quando ele conhece os fatos da causa. Assim, na primeira fase, segue-se o procedimento escrito: à introdução da demanda segue-se a resposta e uma réplica. Depois, os autos são conclusos ao juiz, que marca uma audiência em curto prazo. Nesta audiência, o juiz monocrático (ou colegiado), que já conhece os fatos e os pontos controvertidos, propõe uma solução. As partes se afastam para falar com seus advogados e em seguida voltam para manifestar-se sobre a proposta. Se a conciliação não ocorre, parte-se para a instrução do feito. Depois de ouvir as testemunhas, o juízo novamente propõe um acordo, que, desta vez, reveste o caráter de uma “proposta do juízo”, ou seja, a corte manifesta às partes qual será o possível êxito da causa. Em vista desta proposta, muitas vezes as partes resolvem conciliar.

o *Centre for Dispute Resolution (CEDR)*, o *British Academy of Experts*, a *Chartered Institute of Arbitrators*, o *IDR Europe Limited* (especializada em mediação), o *Royal Institute of Chartered Surveyors*, a *Society for Construction Arbitrators*, o *Forum for Initiatives in Reparations and Mediation (FIRM)*, etc.²²

Note-se que na importantíssima reforma processual de 1999, que praticamente revolucionou o processo civil inglês, foram introduzidos os chamados “*pre-action protocols*”, com o declarado propósito de forçar as partes a tentarem acordos antes de proporem uma ação.

Uma área em que ocorreu um notável deslocamento em direção à mediação é aquela dos conflitos familiares. Sirva de exemplo a figura do *médiateur* francês, que integra associações especializadas em tal setor, recebe uma preparação multidisciplinar específica e está submetido a um código deontológico próprio.

Segundo Loïc Cadiet, na França os *Modes Alternatifs de Règlement des Conflits – MARC*, como são lá chamados, começaram a surgir na metade da década de noventa e “são menos uma categoria jurídica e mais um estado de espírito” a designar “o conjunto de procedimentos dirigidos a uma solução amigável dos conflitos”²³. Explica o professor da Sorbonne que também na França dividem-se os *MARCs* em judiciais e extrajudiciais. Os judiciais abrangeriam a conciliação judicial, a mediação judiciária e a amigável composição judiciária. Já os *MARCs* extrajudiciais envolveriam a conciliação extrajudicial e a mediação extrajudicial, sendo que esta subdividir-se-ia em mediação espontânea, mediação institucional e mediação instituída. Esta última sofreria uma ulterior subdivisão em mediação em matéria pública e mediação em matéria privada (com as variáveis: mediação individual e mediação coletiva).

Interessante notar que a lei francesa sobre mediação, que prevê que tal atividade deverá se desenvolver em ambientes criados apropriadamente para isso, denominados de “*Maison de justice et du droit*”, refere, em seu artigo 1º, que “*La Maison de justice et du droit tend à revaloriser le droit et à faciliter son accès*”, ou seja, através da mediação pretende-se a revalorização do próprio direito!

Para mantermos o foco, deixaremos de analisar a situação na América Latina, limitando-nos a referir que a Argentina dispõe, desde outubro de 1995, de uma interessante Ley de Mediación y Conciliación Civil y Comercial (Ley 24573), cujo art. 1º impõe genericamente a obrigação das partes submeterem-se à mediação prévia (‘con carácter obligatorio’) antes de ajuizarem uma ação. No art. 2º, porém,

22 Segundo M. Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, 56 **Modern Law Review**, 282, 293/294 (1993).

23 CADIET, Loïc, *I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità*. In: VARANO, Vincenzo. **L’Altra Giustizia**. Milano: Giuffrè, 2007, p. 70.

excetuam-se doze tipos de procedimentos (causas penais, pretensões não patrimoniais de direito de família, causas sucessórias, e outras).

Como a experiência norte-americana é incomparavelmente mais rica do que a europeia, a ela agora dedicaremos maior atenção.

4. O CASO NORTE-AMERICANO. AS PRIMEIRAS EXPERIÊNCIAS

A complexidade, o tecnicismo, além dos custos elevados, do tradicional processo judicial norte-americano, inspiraram diversas tentativas orientadas a encontrar um modo mais econômico e rápido de solução dos litígios. Muitos são os defensores de tal orientação. O último Presidente da Suprema Corte americana, por exemplo, avalia positivamente esse movimento, no qual vê um antídoto aos excessos do denominado *adversary procedure* (sistema processual acusatório, utilizado na *common law*). Partindo da premissa de que nem todas as causas necessariamente precisam ser veiculadas e discutidas no âmbito de um procedimento formal e completo, ele percebe no juiz uma espécie de *manager* (administrador, gerente, dirigente) processual, que teria, além de suas tradicionais atribuições, a função de encaminhar as demandas ao tipo de procedimento (alternativo) mais adaptado às suas peculiaridades²⁴.

Nos Estados Unidos costuma-se referir que o início do movimento a favor dos modelos alternativos ao processo clássico coincide com um simpósio jurídico ocorrido em 1976, para celebrar o septuagésimo aniversário do conhecido discurso de Roscoe Pound, um dos maiores juristas da primeira metade do século XX, sobre o tema “*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*” (“As causas da insatisfação popular com a administração da justiça”). Observou-se, naquele evento, que a despeito de todos os aperfeiçoamentos introduzidos no sistema judiciário e inobstante as inúmeras alterações e inovações no âmbito do processo civil, nos setenta anos transcorridos desde o discurso de R. Pound, persistia o baixíssimo índice de aprovação popular em relação ao funcionamento do poder judiciário e ao serviço por ele prestado. Diante de tal percepção, defendeu-se, no referido simpósio, que talvez pouco adiantasse reformar o processo civil tradicional. A coisa correta a fazer, foi então sustentado, seria “afastar do judiciário algumas espécies de controvérsias, que deveriam ser desviadas para órgãos alheios ao aparato judicial, de natureza particular, e que operassem segundo um procedimento mais flexível e informal”²⁵. Com isso, seria mantido o processo civil clássico da *Common Law* para as demandas mais complexas, de maior valor econômico e envolvendo

24 REHNQUIST, William H. Seen in a Glass Darkly: The Future of the Federal Courts. *Wisconsin Law Review*, 1993, p. 9.

25 SILVESTRI, Elisabeta. Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999, p.323.

partes capazes de enfrentar o custo mais elevado de tais demandas.

As primeiras tentativas nesse sentido surgiram no final dos anos 70, de modo empírico. O juiz federal T. Lambros, do Distrito Norte do Estado de Ohio, criou o *summary jury trial*, enquanto os seus colegas do Distrito Norte da Califórnia implantaram a *early neutral evaluation (ENE)*, sobre os quais falaremos mais adiante.

Em 1985, o Congresso decidiu financiar oito programas ‘pilotos’ de arbitragem endoprocessual obrigatória. Posteriormente, em 1988, o *Judicial Improvements and Access to Justice Act* (Lei sobre aperfeiçoamento judicial e acesso à justiça) não somente autorizou o prosseguimento das experimentações, mas inclusive as incentivou e ampliou.

Dois anos depois, o *Civil Justice Reform Act* (Lei sobre a reforma da justiça civil), de 1990, favoreceu enormemente a afirmação e o desenvolvimento das *ADRs* dentro da justiça federal²⁶.

O conceito formal das *ADR* foi assim formulado pela lei federal conhecida como *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*: “*For purposes of this chapter, an alternative dispute resolution process includes any process or procedure, other than an adjudication by a presiding judge, in which a neutral third party participates to assist in the resolution of issues in controversy, through processes such as early neutral evaluation, mediation, minitrial, and arbitration....*”²⁷

Uma área em que já há muito tempo os serviços de mediação vinham sendo utilizados é a área de conflitos familiares. Informa Cappelletti²⁸ que uma *National Family Conciliation Council (NFCC)* foi instituída em 1982, sem fins lucrativos. Dez anos depois, a essa associação já haviam se filiado mais de cinquenta organizações. Em 1986 foi criada a *Family Mediators Association (FMA)*, voltada especificamente à mediação de conflitos familiares. Ambas as organizações fornecem um curso de treinamento aos seus mediadores.

A crescente importância do tema relativo às *A.D.R* nos Estados Unidos pode ser percebida também pelo fato de que com certa frequência casos envolvendo *A.D.R*. chegam até à mais alta corte de justiça do país. Exemplificativamente, somente

26 DE PALO, Giuseppe e GUIDI, Guido. **Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 19.

27 Em tradução livre: “Para os fins desse capítulo, um processo de resolução alternativa de litígios abrange qualquer processo ou procedimento, não presidido nem julgado por um juiz togado, em que uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controvertidas, através de procedimentos como análise precoce e neutra, mediação, mini-julgamento, e arbitragem...”

28 Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, p. 290. Cappelletti refere que também no Canadá foi desenvolvida uma técnica de mediação especificamente destinada aos conflitos familiares. Esta mediação ocorre tanto em bases voluntárias, como de forma obrigatória para as partes, desenvolvendo-se junto a mediadores judiciais que integram o *staff* do juízo, ou através de mediadores particulares (*op. ult. cit.*, p. 291).

no ano judiciário 1994-95 (o ano judiciário americano inicia em setembro e vai até junho do ano seguinte), a Suprema Corte decidiu nada menos do que quatro casos relativos a ADR (o que, diante do escasso volume de processos julgados a cada ano, representa em torno de 4% dos casos apreciados naquele período), e em todos eles reafirmou sua posição favorável a essa técnica²⁹.

Os meios alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos não seguem um padrão único. Há uma grande variedade de “modelos”, que se encaixam em algumas classificações elementares. É o que veremos a seguir.

5 TIPOLOGIA BÁSICA DAS A.D.R

Alguns dos procedimentos de ADR possuem caráter obrigatório³⁰, enquanto outros – a maioria – são facultativos. Ressalte-se, todavia, que ainda quando obrigatória a ativação de algumas formas de ADR, o seu resultado nunca é vinculante, pois a parte interessada pode sempre requerer um novo julgamento pela justiça ordinária. Trata-se substancialmente de uma simples “condição de procedibilidade da ação civil”³¹.

Além da classificação das ADR em obrigatórias/facultativas, uma diversa classificação permite distinguir os modelos conciliatórios (*consensual-oriented model*) dos modelos decisórios (*decision-oriented model*).

O primeiro deles – modelo conciliatório – visa a compor a controvérsia através de uma solução acordada entre as partes. Várias técnicas inserem-se nesse modelo, como é o caso da *mediation*, da *early neutral evaluation* e do *summary jury trial*.

Já o modelo decisório (*decision-oriented*) procura a solução dos conflitos através de uma decisão emanada de um terceiro, que não o juiz estatal. O arquétipo desse último modelo é a arbitragem.

O modelo dito conciliatório foi o que obteve muito maior sucesso na nação norte-americana.

A *summa divisio* que se pode traçar a respeito da ADR, porém, distingue, de um lado, uma “**justiça alternativa privada**”, reconhecendo-se a autonomia das partes em litígio para dirigirem-se a qualquer uma das numerosas organizações privadas que fornecem esse tipo de serviço nos Estados Unidos e, por outro lado, uma “*court-annexed ADR*” (também denominada de *court-ordered*, *court-sponsored*, ou

29 De acordo com Terenia Urban Guill, A Framework for Understanding and Using ADR, 71 **Tulane Law Review** 1313 (1997).

30 Ressaltando que a lei federal de 1998, antes citada, excluiu a hipótese de arbitragem endoprocessual obrigatória na justiça federal, em virtude das observações contidas no relatório Rand de 1996 (que será referido mais adiante) e no parecer da *Judicial Conference* sobre a sua escassa eficácia.

31 Conforme G. de Palo e G. Guidi, *op. cit.*, p. 7.

ainda *court-managed ADR*). Trata-se de uma “**justiça alternativa pública**”³².

À guisa de demonstração do interesse sobre o tema, refira-se que todas as Faculdades de Direito norte-americanas vêm introduzindo em seus currículos regulares disciplinas e cursos relativos à negociação de causas e outras técnicas necessárias ou convenientes para uma resolução alternativa das controvérsias³³, principalmente as de natureza consensual. E isso ocorre porque a expansão da utilização dos procedimentos de ADR mudará também o paradigma profissional do advogado americano, que passará de ‘*adversarial advocate*’ a ‘*legal counselor*’³⁴ (de “advogado litigioso” a “conselheiro jurídico”). Isso significa que, nesse novo paradigma, exige-se um advogado que não esteja preparado somente para o modelo “*the winner takes all*” (“o vencedor leva tudo”), mas que esteja também capacitado para analisar globalmente a situação de ambos os potenciais contendores (e não somente os interesses do seu cliente) de modo a poder identificar uma solução que seja razoável para ambos, evitando o conflito ou superando-o com menor custo, tempo e desgaste.

Algumas das ADR são vinculadas à própria justiça estatal. Outras são dela independentes. É o que veremos a seguir.

6 DIMENSÃO SUBJETIVA DAS A.D.R. – QUEM SÃO OS ATORES?

É praticamente impossível fazer um inventário de todas as formas de ADR em uso nos Estados Unidos, uma vez que, além daquelas que de alguma maneira estão vinculadas ao poder judiciário, existem inúmeras outras que são desprovidas de qualquer ligação. Segundo um recente levantamento, contam-se mais de mil *ADR brokers* (corretores de ADR), os quais buscam oferecer um ‘produto’ diferenciado, levando em conta o tipo de controvérsia que as partes pretendem definir.

Além dos serviços de arbitragem, conciliação e mediações oferecidas pela *American Arbitration Association* (a mais antiga e potente associação operante no setor dos métodos alternativos) e pelo seu mais agressivo concorrente, o *JAMS* (*Judicial Arbitration and Mediation Services* - uma sociedade de capital privado que detém o monopólio das ADR em alguns dos Estados), existe uma miríade de associações, organizações, entidades e profissionais que oferecem seus serviços nessa verdadeira ‘indústria’ dos métodos alternativos³⁵.

32 G. de Palo e G. Guidi, op. loc. cit.

33 RE, Edward D. Sovraccarico, lentezza, e costi del processo in U.S.A. **Rivista di Diritto Civile**, vol. XXXII, t. I, 1986, p. 316.

34 GUILL, Terenia U. A Framework for Understanding and Using ADR. **Tulane Law Review**, vol. 71 (1997), p 1313.

35 Cfr. E. Silvestri, Osservazioni, cit. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999, n. 1, p., p. 325.

Não por acaso, precisamente no auge do liberalismo anti-estatizante da era Reagan, foi fundada, nos Estados Unidos, a empresa “*Judicate, Inc.*”, instituindo e administrando o “Sistema Nacional de Cortes³⁶ Privadas” (*The National Private Court System*). Trata-se de uma organização integralmente privada, que se dispõe a decidir as controvérsias, com base na legislação estatal e não simplesmente por equidade, desde que as partes interessadas estejam de acordo e se comprometam a aceitar a decisão final. Trata-se de verdadeiras unidades de arbitragem, normalmente presididas por juízes aposentados³⁷ (em 1996 já alcançavam o número de 725), que usam togas, ouvem testemunhas sob juramento e atuam sob o princípio do contraditório – ou seja, vestem-se como juízes, agem como juízes, decidem como juízes, mas não são (ou não são mais) juízes. Esses “juízes particulares” são relativamente bem remunerados - de US\$150 a US\$300 a hora de trabalho³⁸.

Todavia, afora essa experiência, que posteriormente foi expandida, a maior parte dos modelos alternativos de justiça atualmente em uso nos Estados Unidos possui ligação com o aparato Judiciário. É o modelo chamado “endoprocessual”.

7. TÉCNICAS DE ADR ENDOPROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

J. Resnik³⁹ indica as seguintes mais conhecidas técnicas alternativas de resolução de conflitos nos Estados Unidos, que serão analisadas mais abaixo: a *court-annexed arbitration*, a *mediation*, o *summary jury trial*, o *minitrial*, a *early neutral evaluation*, e as *judicial settlement conferences*.

36 Esclareça-se que o vocábulo “Court”, nos sistemas que integram a Common Law, tem o amplo significado de unidade jurisdicional, seja de que instância for. Conforme o contexto, seu significado, no caso concreto, poderia ser traduzido, em linguagem adaptada ao nosso sistema, por juízo, juizado, vara, tribunal, turma ou câmara julgadora, etc.

37 Interessante notar que em agosto de 2014 a Escola Nacional da Magistratura (ENM), da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entidade que congrega a quase totalidade dos magistrados brasileiros promoveu o primeiro curso de “Mediação e Conciliação para Magistrados Aposentados”, visando capacitá-los para essas novas funções. Ou seja, trata-se de mais um exemplo de circulação de modelos.

38 Conforme ABRAHAM, Henry J., **The Judicial Process - An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France**. 7ed. New York – Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 156. Para os padrões brasileiros, seria uma boa remuneração. Todavia, para os padrões norte-americanos, seria apenas uma razoável remuneração, quando se lembra que os melhores advogados norte-americanos já ultrapassaram a barreira dos mil dólares a hora de trabalho.

39 RESNIK, J. Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, vol. 51 (1997), p. 699.

A esses procedimentos O. Chase⁴⁰ acrescenta ainda a “*final-offer arbitration*” (no qual o árbitro deve escolher entre uma das hipóteses de composição do litígio proposta por cada uma das partes. Isso estimula ambas as partes a propor soluções razoáveis, pois se uma delas apresentar uma proposta exorbitante ou desarrazoada, o árbitro poderá escolher a proposta ofertada pela parte contrária), e a “*one-way arbitration*” (onde somente uma das partes fica vinculada ao laudo arbitral. Por exemplo, nos litígios envolvendo consumidores, o comerciante pode assumir o compromisso de se submeter à decisão de um árbitro, ainda que o consumidor não faça o mesmo).

Além dessa diversidade, a legislação em vigor ainda autoriza os juizados federais distritais a implementarem as variações que se fizerem necessárias para adaptá-las às peculiaridades locais, de modo que nas *local rules* editadas pelas *district courts* encontram-se diferentes versões dos modelos que serão descritos a seguir⁴¹.

7.1 *A court-annexed arbitration*

A *court-annexed arbitration*⁴² (arbitragem vinculada ao juízo) funciona da seguinte forma. Em determinado momento do processo, geralmente na sua fase inicial, as partes devem se submeter a um árbitro ou a um colégio arbitral composto geralmente por advogados ou juizes aposentados. A solução indicada por esses árbitros não é vinculante para as partes, que podem se dirigir ao juízo onde tramitava a demanda, pedindo a instauração do chamado “*trial de novo*” (nova análise integral da causa), no prazo de trinta dias após o conhecimento do laudo arbitral. Esta, na verdade, é justamente a característica específica da *court-annexed*

40 CHASE, Oscar. Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1988, p. 942/943.

41 Essa liberdade de experimentação integra um mais amplo programa de *litigation management* (gerenciamento processual ou de litígios), concedendo-se também mais amplos poderes processuais ao juiz, no sentido de poder ele adaptar o procedimento às peculiaridades específicas do litígio *sub judice* - sobre a questão, v. E. Silvestri, “Osservazioni in tema di strumenti alternativi”, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999, n. 1, p. 332, n. 33. Para uma informação mais detalhada dessas modificações locais, consulte-se as diversas tabelas que se encontram no livro de G. de Palo e G. Guidi, **Risoluzione alternativa delle controversie (ADR)**..., cit., especialmente a tabela V (“*Altre pratiche e procedure di ADR*”), p. 81-90.

42 As causas direcionadas para resolução mediante essa técnica usualmente são relativamente simples. Muitas causas de responsabilidade civil são resolvidas mediante tal procedimento - cf. E. Silvestri, La ‘*court-annexed arbitration*’: un nuovo rimedio per un vecchio problema, in: BESSONE, Mario (org.), **L’attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino : Giappichelli, 1997, p. 334.

arbitration em face da arbitragem tradicional: o laudo arbitral não é vinculante para as partes, que podem sempre pedir o *trial de novo*. Não se trata, todavia, de um verdadeiro recurso ao juiz para que este examine eventuais erros que possam ter sido cometidos pelo árbitro, quer no exame dos fatos, quer na solução jurídica arbitrada. Isso porque o juiz inclusive nem sequer será informado daquilo que aconteceu durante a arbitragem. Somente quando o *trial de novo* não tenha sido pedido é que o laudo arbitral adquire valor e efeito de uma verdadeira decisão judicial.

Uma variante dessa técnica consiste na chamada “*Michigan Mediation*”. Trata-se de uma técnica que prevê a penalização da parte que tenha recusado a proposta de solução apresentada pelo mediador, quando essa proposta posteriormente se revelar, na análise do julgador, razoável. Essa razoabilidade é aferida em termos objetivos: entende-se razoável a proposta feita pelo mediador quando a sentença acabe por reconhecer à parte que a recusou, uma vantagem não superior a 10% do valor indicado na proposta de acordo. Nesse caso, a parte que recusou a proposta do árbitro deve arcar com as despesas processuais, ainda que vencedora da demanda.

Os honorários dos árbitros variam muitíssimo de acordo com a região do país. Predomina, porém, o valor médio de duzentos e cinquenta dólares por dia de trabalho ou por causa decidida. Em alguns Estados-membros, a remuneração sai do orçamento do próprio Poder Judiciário. Todavia, em regra tais honorários são pagos pelos próprios litigantes, metade cada um⁴³.

A arbitragem endoprocessual, contudo, é utilizada cada vez menos, apresentando uma tendência inversa em relação à conciliação/mediação, cada vez mais utilizada. Além disso, como havíamos referido, a lei federal sobre as ADR, de 1998, proibiu o uso da arbitragem endoprocessual obrigatória, admitindo-se apenas a arbitragem voluntária.

7.2 *A court-annexed mediation*

A mediação endoprocessual (*court-annexed mediation*) desenvolve-se segundo procedimentos bastante padronizados. O mediador, após um esclarecimento inicial (“*opening statement*”) em que explica o procedimento a ser adotado e seu próprio papel, ouve as partes em conjunto e, se for o caso, separadamente, buscando compreender o litígio e os pontos de discórdia. Obtendo um acordo, o mediador o reduz por escrito, ou então, dependendo da complexidade do litígio, suspende-se o procedimento para que os advogados das partes redijam os termos do acordo que, num segundo momento, serão submetidos ao mediador.

O encaminhamento do litígio para que seja submetido à mediação endoprocessual pode decorrer de iniciativa do próprio juiz da causa, ou a pedido das partes. Em muitos casos, a função de mediador é desempenhada por um *magistrate*

43 Sobre esse tipo de ADR, inclusive com a indicação dos honorários, v. G. de Palo e G. Guidi, op. cit., p. 32ss.

*judge*⁴⁴, embora alguns juízes federais prefiram designar advogados, juízes aposentados ou outras pessoas selecionadas especificamente para desempenhar essa função. A mediação endoprocessual é de longe o procedimento alternativo de resolução de controvérsias mais difundido nas cortes federais americanas⁴⁵.

7.3 O *summary jury trial*

A outra técnica, dita *summary jury trial* (literalmente, “julgamento sumário por júri”, denominado por G. de Palo e G. Guidi de “juízo consultivo”), desenvolve-se perante um juiz e um júri simulado, integrado por pessoas indicadas pelo juiz. Não são produzidas provas perante o conselho de sentença (júri). O júri chega a um parecer opinativo (*advisory judgement*) baseando-se nas argumentações dos advogados, como se os fatos tivessem sido provados. Também aqui o objetivo é o de conduzir as partes a um acordo, depois de elas considerarem os possíveis resultados do processo (*judicial reality check*). Num estudo comparativo entre os juzizados distritais que usavam esse tipo de ADR e aqueles que não o faziam, K. Dayton não encontrou, contudo, diferenças estatísticas significativas em relação a uma maior eficiência entre um e outro⁴⁶.

7.4 O *minitrial*

Existe, também, o *minitrial*, que igualmente é um processo simulado, com a particularidade de que o júri é composto por um árbitro e por altos dirigentes das partes envolvidas. O propósito é permitir que esses executivos obtenham

44 Os *federal magistrates judges* foram criados em 1968. Originariamente eram competentes para atuar apenas na fase do *pre-trial* (instrução probatória, em que a atuação principal é dos advogados) e, na esfera criminal, para julgar as contravenções. Em seguida, paulatinamente a sua competência foi sendo aumentada. A lei ora em vigor - *Federal Magistrates Act of 1979* -, autoriza os *magistrates* a presidir toda a instrução das causas civis, seja naquelas de competência do juízo monocrático, seja naquelas que contam com a presença do júri. Só poderão, porém, proferir sentenças finais nessas causas se todas as partes interessadas nisso consintam. Na esfera criminal, podem julgar as contravenções, sempre com o prévio consentimento dos imputados. Os *magistrates* são nomeados pelos próprios *District Judges* (juízes federais). Podem permanecer no cargo por um período de até oito anos, se exercerem suas funções em tempo integral (*full time*), ou por quatro anos, se trabalharem “*part-time*”.

45 Sobre tal aspecto, v. G. de Palo e G. Guidi, op. cit., p. 45ss. e 78.

46 K. Dayton, *The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts*, 76 *Iowa Law Review* 889 (1991) at p. 915-929.

informações mais reais acerca da viabilidade de suas pretensões, quando colocadas em confronto real com as pretensões da outra parte. O procedimento busca estimular o exercício de *mea culpa*, desarmando os espíritos e abrindo a disponibilidade para um posterior acordo, onde cada uma das partes estará mais disposta a ceder um pouco, relativamente às posições iniciais. Tanto essa quanto a técnica anterior, todavia, não são muito utilizadas⁴⁷.

Segundo a definição do clássico *Black's Law Dictionary*⁴⁸, *minitrial* é um “*private, voluntary and informal form of dispute resolution in which each party's attorney presents an abbreviated version of its case to a neutral third party and to the opponent's representatives, who have settlement authority. The third party may render an advisory opinion on the anticipated outcome of litigation*”⁴⁹.

7.5 O *early neutral evaluation* – ENE

Quando o processo ainda se encontra em sua fase inicial (*pre-trial*⁵⁰), o procedimento de ADR mais recomendável seria o *early neutral evaluation* (ENE), ou “avaliação preliminar”. Nesse modelo, imediatamente após o oferecimento da contestação, os litigantes apresentam sua versão do caso, de forma sumária, a um *neutral evaluator* (avaliador neutro), que é um terceiro, portanto neutro, e especializado na matéria controvertida (podendo ser um advogado ou um *magistrate judge*). Esse terceiro elabora um parecer sobre o provável resultado da causa, onde levará em conta os aspectos fáticos envolvidos, a probabilidade ou não de que sejam provados, a dificuldade de eventuais provas, o enquadramento jurídico mais provável, bem como as tendências jurisprudenciais a respeito do tema. Esse parecer não é vinculante para as partes.

O objetivo desse procedimento é o de propiciar às partes o acesso a uma opinião isenta e com conhecimento de causa, sobre a provável solução judicial do litígio. Caso ainda assim persista o conflito e as partes insistam no prosseguimento do

47 Cfr. Giuseppe de Palo e Guido Guidi, op. cit., p. 74ss.

48 GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). **Black's Law Dictionary**. 8ed. Saint Paul: Thompson/West, 2004, p. 1.017.

49 Em tradução livre: “uma maneira informal, voluntária e privada de resolução de conflitos em que o advogado de cada parte apresenta uma versão sumária do seu caso a um terceiro neutro, bem como aos representantes do adversário, que dispõem de poderes para transigir. Espera-se que esse terceiro neutro profira um parecer sobre o provável resultado de um julgamento sobre o caso”.

50 Fase de instrução do processo, que antecede à audiência em juízo. Nessa fase, a atividade judicial é quase inexistente, pois cabe aos advogados providenciar na obtenção das provas. A interferência do juiz deve ser solicitada apenas quando os próprios advogados não conseguem superar os impasses surgidos. Normalmente, quem mais atua nessa fase são os *magistrates judges*, e não propriamente os juízes togados.

feito, nada do que foi discutido perante o *evaluator* (e menos ainda o seu parecer) é comunicado ao juiz. Apesar de se tratar de um procedimento que o Judiciário oferece às partes, sem custo para estas, atualmente não é ele muito utilizado, preferindo-se a técnica da *mediation*⁵¹.

Na Inglaterra, esse tipo de A.D.R. é usado principalmente em litígios empresariais, que tramitam pela *Commercial Court*⁵².

7.6 A *settlement conference*

Na *settlement conference* (audiência de conciliação), o juiz participa das tratativas entre as partes ou entre os seus advogados, na tentativa de fazer com que elas cheguem a um acordo. Na maioria dos juizados federais distritais, essas audiências de conciliação são presididas não pelo *district judge*, mas por um *magistrate judge*⁵³.

Inicialmente, a designação dessas audiências de conciliação ficava ao critério de cada juiz. Em 1983, porém, a obrigatoriedade da realização de tal audiência na justiça federal foi institucionalizada através da alteração⁵⁴ da *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure*⁵⁵ (art. 16 do “código de processo civil federal”). A partir dessa reforma, portanto, os juízes federais devem necessariamente aprazar audiências de conciliação, onde se busca a conciliação ou, frustrada esta, o encaminhamento do processo a um dos procedimentos alternativos de resolução de controvérsias.

51 Sobre esse procedimento, v. G. de Palo e G. Guidi, op. cit., p. 68ss, e E. Silvestri, “La ‘court-annexed arbitration’...”, cit. p. 329ss.

52 Segundo informa ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 363.

53 G. de Palo e G. Guidi, op. cit., p. 79.

54 *Supreme Court of the United States, Order Promulgating Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 97 F.R.D., P. 165, 201-213 (28 de abril de 1983).

55 Equivalente, grosso modo, a um código de processo civil federal, que regula a tramitação dos processos junto à justiça federal. Cada Estado-membro possui suas próprias regras processuais (tal como ocorria no Brasil, antes de 1939), muito embora se saiba que as regras processuais vigentes nos Estados-membros espelham-se substancialmente nas regras federais.

7.7 *A appellate mediation*

Merece também referência outra experiência, denominada *appellate mediation*⁵⁶ (“mediação recursal”), que nos últimos anos vem sendo adotada pelas *federal courts of appeals*. Em cada tribunal federal de recursos foram contratados de um a três *settlement officers* (oficiais de conciliação) para agir como mediadores. Todas as apelações que chegam ao tribunal são imediatamente submetidas a uma triagem. Se pela natureza e peculiaridades da controvérsia é percebida uma possibilidade de acordo, o mediador reúne-se (pessoalmente ou por telefone) com os advogados das partes (ou eventualmente com essas também) e procura direcioná-los a um possível acordo.

Para ser mais preciso, a intervenção do mediador (*settlement officer*) ocorre ainda antes da apelação propriamente dita, porque, segundo o sistema processual americano, a apelação inicia com uma “notice to appeal”, ou seja, uma manifestação formal da intenção de recorrer. As *Federal Rules of Appellate Procedure* (Normas Federais sobre Procedimento Recursal) exigem que a *notice to appeal* contenha somente a especificação da parte apelante, a sentença ou parte dela da qual se recorre, bem como a identificação do tribunal *ad quem*. A partir de então se inicia a fase da formação dos autos do recurso (*record on appeal*), com a extração das peças necessárias para sua instrução. Formados os autos do recurso, inicia-se o prazo (de trinta a sessenta dias) para a apresentação dos memoriais escritos (*brief*), contendo a fundamentação do recurso⁵⁷. Como a intervenção do mediador ocorre assim que chega a *notice to appeal*, mas ainda antes da formação dos autos e da apresentação dos memoriais, percebe-se a precoce intervenção daquele personagem.

Os dados estatísticos disponíveis revelam que o mediador consegue obter acordos em um número de processos equivalente àquele que um “desembargador

56 Essa técnica é autorizada pelo artigo 33 das Federal Rules of Appeals: “*The court may direct the attorneys, and in appropriate cases the parties, to participate in one or more conferences to address any matter that may help in the disposition of the proceedings, including the simplification of the issues and the possibility of settlement. A conference can be conducted in person or by telephone and be presided over by a judge or other person designated by the court for that purpose. (...)*” (tradução livre: “O tribunal pode convocar os advogados, e em determinados casos as próprias partes, para participarem de uma ou mais audiências a fim de discutirem qualquer matéria que possa facilitar o encaminhamento procedimental do feito, buscando sua simplificação e a possibilidade de acordo. A participação em tais audiências poderá ser feita pessoalmente ou por telefone, podendo ser elas presididas por um juiz ou por outra pessoa designada especialmente pelo tribunal para tal mister.”

57 Sobre a tramitação dos recursos, confira-se F. James, Jr, G. C. Hazard, Jr, e J. Leubsdorf, *Civil Procedure*. 4ª ed., 1992, p.662 e 665.

federal” consegue julgar no mesmo período de tempo⁵⁸. Como para os cofres públicos os vencimentos de um mediador (*settlement officer*) são sensivelmente inferiores àqueles percebidos por um desembargador federal, constata-se, ao menos sob o perfil econômico, a eficiência dessa alternativa. Além disso, esse custo é absorvido pelo sistema e não onera as partes.

8 ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS MAIS RECENTES

Nos últimos anos, as regras que disciplinam o uso das *Alternative Dispute Resolution* foram novamente revistas. Em 1993, por exemplo, a *Rule 16* das *Federal Rules of Civil Procedure* sofreu nova alteração, buscando fixar, com maior precisão, o papel do juiz na condução do procedimento na fase do *pre-trial*, no controle da *discovery*⁵⁹, e no auxílio que deve prestar às partes para se alcançar a resolução consensual dos litígios. Essas alterações, em seu conjunto, foram no sentido de se atribuir um papel muito mais ativo ao juiz. Isso porque o modelo clássico de juiz da *common law*, na condução do processo, era aquele de um juiz substancialmente passivo na condução do processo. No modelo antigo, protagonistas do processo eram apenas os advogados, não o juiz. Esse era visto como um árbitro que agia no processo apenas quando solicitado expressamente pelas partes, para fazer observar as “regras do jogo” e que no final limitava-se a proclamar o vencedor.

Além disso, as alterações levadas a efeito na reforma processual de 1993 redefiniram o conceito de *ADR*, que uma década antes fora qualificada como conjunto de ‘procedimentos extrajudiciais’. A reforma de 1993 definiu as técnicas de *ADR* como ‘procedimentos especiais para a assistência na resolução das controvérsias, nos casos autorizados pela lei ou pelas normas locais’.

Em 30 de outubro de 1998 entrou em vigor a *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, que pôs fim à fase de experimentação em matéria de *ADR*.

58 POSNER, Richard A. **The Federal Courts - Challenge and Reform**. 2ª ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996, p. 239-240.

59 Tecnicamente, *discovery* significa a “disclosure by a party to an action, at the other party’s instance, of facts or documents relevant to the lawsuit” (vocábulo “discovery”, no **Dictionary of Modern Legal Usage**, de Bryan A. Garner. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 281.). Em vernáculo: “revelação feita por uma parte no processo, a pedido da outra, sobre fatos ou documentos relevantes para o litígio judicial”. No glossário fornecido por Neil Andrews, no início de sua obra, refere-se ao *Discovery* ou *Disclosure*, como uma “atividade consistente em as partes exibirem, uma à outra, as provas e as informações de que dispõem e que usariam em um futuro eventual *trial* – em **O moderno processo civil**, *cit.*, p. 21. Trata-se de uma peculiaridade do sistema processual norte-americano, em que uma das partes pode exigir que a outra lhe apresente (diretamente, sem a mediação do juiz) todos os fatos e documentos de que dispõe sobre o caso, antes da audiência de instrução, pois a parte tem o direito de não ser surpreendida por provas ou documentos novos, por ocasião do *day in court*.

Cada um dos juizados federais foi instado a integrar dentro do sistema processual, de modo estável e permanente, os procedimentos de resolução alternativa dos litígios. Essa lei federal destacou a importância da conciliação dentre os demais modelos de ADR. No caso da arbitragem, eliminou a possibilidade de imposição de pena à parte que viesse a requerer o *trial de novo*, ainda que não obtivesse uma sentença mais vantajosa do que o resultado indicado no laudo arbitral endoprocessual⁶⁰.

Passada, assim, a fase de experimentações, ficou definitivamente afirmada a ADR no âmbito da justiça federal, estando atualmente institucionalizada e disciplinada legalmente⁶¹.

9 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MOVIMENTO DAS ADR

Embora *locus natural* para solução de conflitos sociais em um sistema como o nosso seja o processo judicial, não se pode deixar de reconhecer que esse instrumento não mais tem a aptidão de outrora para atingir os resultados a que sua criação visou alcançar: a composição justa e tempestiva dos conflitos⁶². Daí a busca de alternativas à jurisdição.

São de duas espécies os argumentos esgrimidos a favor do movimento das ADR, uma de natureza quantitativa, outra de natureza qualitativa.

O argumento de natureza **quantitativa** é o mais invocado. Segundo ele, a ADR deveria ser incentivada porque é uma maneira mais eficiente de solução das disputas, de menor custo e muito mais rápida. Invocando-se a experiência inglesa, desde 1999 (quando entraram em vigor as reformas introduzidas pelo novo ‘código de processo civil’ (*Civil Procedure Rules – CPR*, que estimula o uso dos meios alternativos de resolução de conflitos bem como o uso de procedimentos sumários para causas de menor valor) e até 2010, a maior utilização das ADR acarretou a diminuição de 21% do volume de causas judicializadas⁶³.

O segundo argumento, ‘**qualitativo**’, parte de uma abordagem segundo a qual a ADR possibilita uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo e permite a elas um maior controle sobre o resultado do processo – afinal, são elas que definem esse resultado –, bem como permite manter em sigilo certos fatos que, eventualmente, um processo regular tenderia a publicizar. Além disso, sustenta-se que a ADR oferece uma maior possibilidade de reconciliação entre as partes,

60 G. De Palo e G. Guidi, op. ult. cit., p. 122ss.

61 Sobre toda essa evolução, muito útil revela-se a consulta de J. Resnik, “Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana”, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, vol. 51 (1997), II, p. 704, 705 e 706.

62 Nesse sentido, LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 2003, p. 246.

63 ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 348.

garantindo uma melhor comunicação entre elas, aumentando assim a probabilidade de manutenção ou recuperação das relações interpessoais⁶⁴. Segundo esta visão, enquanto o processo judicial ordinário “olha para o passado” da relação litigiosa, a ADR “olha para o futuro”, ficando mais próxima da idéia de justiça coexistencial de que falava Cappelletti.

Uma outra e importante vantagem é a possibilidade de se alcançar soluções dificilmente alcançáveis pela via de um processo regular. Uma ilustração dessa possibilidade é dada por Neil Andrews, envolvendo uma ação de reparação de danos movida pelos genitores de uma criança falecida, cujos órgãos internos haviam sido retirados para fins de transplante, sem conhecimento e autorização dos pais. A ação fora movida contra o hospital. Após uma longa tramitação, o juiz que presidia o processo recomendou que as partes fossem submetidas a uma mediação, que resultou exitosa. As partes chegaram a um acordo que estabelecia uma indenização modesta, mas que também previa que o hospital construiria um memorial para o filho dos autores e outras crianças com as quais também havia ocorrido o mesmo, além de um formal pedido de desculpas por parte dos médicos envolvidos, e outras obrigações acessórias. Alcançou-se, assim, uma solução mais satisfatória para os pais, do que a simples transferência de um valor econômico que nem sempre representa o que as partes efetivamente buscam⁶⁵.

10 CRÍTICAS AO MOVIMENTO DAS ADR

Todavia, mesmo nos Estados Unidos, onde o fenômeno surgiu há cerca de 40 anos, aparentemente já foi superada a fase de máxima expansão e a abordagem, atualmente, é mais crítica do que laudatória⁶⁶.

Alguns são mais cautelosos e moderados nas críticas, como é o caso de Mauro Cappelletti, abordando o tema em escala universal. O processualista italiano, como é sabido, foi um pioneiro ao sustentar a idéia de uma justiça *coesistenziale*, fundada mais sobre a conciliação dos espíritos e sobre a preservação das relações,

64 MENKEL-MEADOW, C. When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals. **UCLA Law Review**, vol. 44 (1997), p. 1871 e 1872.

65 ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 352/353.

66 Esta é a opinião de E. Silvestri (Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999, n. 1, p. 321ss), ressaltando, porém, que “tudo leva a prever que, nos próximos anos, a multibilionária indústria dos métodos alternativos continuará a proliferar, pelo menos até que os consumidores se conscientizem que o produto oferecido a um preço de “hard discount” não é necessariamente o que de melhor se pode obter no mercado” (*op. cit.*, p. 323).

do que sobre a perspectiva do *right-or-wrong* ou do tudo ou nada. O mesmo saudoso professor enquadra o movimento da ADR na terceira onda do seu conhecido projeto de acesso à justiça, revelando também a tendência de certa privatização da justiça e um maior recurso à equidade. Porém, também ele alerta para o risco de uma justiça de segunda classe, por causa da falta de garantia de independência do juiz que opera naqueles sistemas, pelo seu menor preparo técnico e pela redução das garantias processuais. Tudo isso, porém, deve servir de alerta, segundo ele, e não de desencorajamento⁶⁷.

Também Andrews, embora entendendo que os meios alternativos devem ser incentivados e produzem bons resultados, numa apreciação global, refere que há situações em que as A.D.R. não são convenientes. É o caso, por exemplo, de quando uma das partes realmente tem um claro direito a respeito de algo – nesse caso, tal direito não deve ser ‘neutralizado’ por meio de um acordo em que ele abra mão de tal direito. Além disso, a opção pelo processo formal deve ser usada no caso de ‘ilícitos graves’⁶⁸.

Já outros são mais céticos e contundentes em suas críticas. Estes costumam ressaltar dois outros motivos que contribuiriam para explicar o entusiasmo dos defensores da ADR, ainda que não abertamente sustentados por esses.

Primeiramente, haveria o interesse de liberar os órgãos regulares de justiça dos chamados *garbage cases* (casos-lixo), ou seja, daqueles casos de modesto valor econômico, escassa relevância jurídica, tendentes a serem repetitivos e pouco úteis para o progresso da ciência jurídica. Com isso, a justiça ordinária ficaria liberada para tratar dos casos mais importantes, de interesse para a elite política e econômica (*establishment*).

Em segundo lugar, haveria o desejo de frear o ativismo judicial que vinha se manifestando em certas áreas muito importantes para o *establishment*, como exemplificativamente aquela concernente à tutela do consumidor⁶⁹. Como uma decisão proferida por um juiz togado tem muito maior potencial de alteração da realidade social, quer chamando a atenção da imprensa, quer através da técnica dos precedentes vinculantes, se emanada por um tribunal superior, quando se percebe que os juízes perfilham uma orientação desfavorável aos setores mais interessados na manutenção do *status quo*, a esses passa a interessar desviar tais demandas da apreciação da justiça ordinária.

Na Europa, como já assinalado, a adesão às formas de ADR é menos entusiástica do que nos Estados Unidos, em razão da consciência das peculiaridades

67 Mauro Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*. 56 **Modern Law Review**, 282, 288-289, 294-295 (1993).

68 ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 355.

69 Nesse sentido, E. Silvestri, “Osservazioni...”, *cit.*, p. 324.

do ambiente originário, o que significa no mínimo ser inoportuno um simples ‘transplante’ de alguns mecanismos alternativos de solução das controvérsias.

Realmente, a premissa básica de muitos defensores das ADR consiste em ver o acordo obtido pelas partes como uma antecipação do resultado final que seria obtido através de um processo judicial, com notável economia de tempo e dinheiro. Ou seja, parte-se da idéia que o único objetivo da jurisdição seja o de compor a lide. Porém, sabe-se que este não é o único objetivo visado pela administração da justiça⁷⁰. Segundo C. Dinamarco⁷¹, a jurisdição possui *objetivos sociais* (a pacificação das partes em conflito, mediante a aplicação de critérios de justiça) *escopos políticos* (a participação da parte interessada, atuando processualmente, na resolução da controvérsia; afirmação da autoridade do Estado; educação do cidadão relativamente aos seus direitos), além daquele *jurídico* de atuação da “vontade concreta do direito”.

Além disso, lembra E. Silvestri⁷² que a difusão dos procedimentos de *informal justice* fez com que ressurgissem algumas preocupações que o modelo judicial clássico já havia enfrentado e resolvido. Pergunta-se, por exemplo, se a ausência de formalidades, característica de muitos procedimentos alternativos, não possa significar também ausência de garantias para a mais débil das partes em litígio. Isto porque o processo clássico e garantista pode propiciar à parte mais fraca certa proteção, ao atribuir ao juiz uma série de poderes cujo exercício teria por fim assegurar uma efetiva paridade de armas entre as partes.

O prof. Owen Fiss em seu conhecido ensaio intitulado emblematicamente “*Against Settlement*”⁷³ (Contra o Acordo), afirma que o encorajamento da conciliação é particularmente prejudicial no caso das controvérsias envolvendo *public law*, e que os tribunais deveriam preocupar-se em articular e implementar princípios de justiça, e não de impelir as partes a aceitar qualquer acordo apenas para pôr fim ao litígio.

Outros argumentos contrários ao uso intenso das ADR são referidos

70 E. Silvestri, *op. ult. cit.*, p. 328.

71 DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do Processo**. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1987, p. 206ss.

72 In: La ‘court-annexed arbitration’: un nuovo rimedio per un vecchio problema, in: M. Bessone (org), **L’attività del giudice**, *cit.*, p. 328.

73 93 **Yale Law Journal** 1073 (1984). Uma tradução desse artigo foi incluída na coletânea da produção acadêmica do prof. Owen Fiss, traduzida em português e editado entre nós sob a coordenação do prof. Carlos Alberto de Salles, com o título **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 121/145.

nos já citados ensaios de J. Resnik⁷⁴ e Oscar G. Chase⁷⁵, onde se referem também outros autores que são reticentes a respeito de tal movimento, por considerá-lo “politicamente conservador”, já que “se propõe reservar as cortes regulares para as controvérsias empresariais impedindo o acesso ao juiz ordinário às classes sociais mais débeis”.

Também sob o perfil da eficiência existem objeções às *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Em 1992, a *Judicial Conference*⁷⁶ encomendou à *RAND Corporation* um estudo para avaliar os efeitos das iniciativas adotadas pelos vários órgãos da justiça federal no campo da ADR. Após quatro anos de análises e pesquisas de campo, a *RAND Corporation* apresentou, em 1996, o resultado de seus estudos, que a muitos pareceu desencorajante. De fato, ainda que não sinalizasse efeitos negativos, o estudo exclui a existência de motivos que justificassem recomendações em favor da adoção de programas de ADR no âmbito da justiça federal, porque os projetos-pilotos experimentados até então não teriam tido um grande impacto na economia de tempo e dinheiro⁷⁷.

Apesar disso, contudo, a *Judicial Conference*, baseando-se nos dados

74 J. Resnik, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 51 (1997), II, p. 713ss.

75 Oscar G. Chase, in: *Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti*. **Rivista di Diritto processuale**, 1988, p. 940 e n. 112.

76 Criada em 1922, a ***Judicial Conference of the United States*** é o órgão máximo da administração judiciária federal norte-americana. É presidido pelo Presidente da Suprema Corte e é composto por todos os presidentes (*Chief Judges*) das *Federal Court of Appeals* (13), da *Court of International Trade*, e por um *District Judge* para cada um dos 13 *Federal Circuits*, eleitos pelos seus pares para um mandato de três anos. A *Judicial Conference* desempenha suas atividades principalmente através de numerosas comissões internas (em número aproximado de 25), as quais se reúnem assiduamente. Duas vezes ao ano são realizadas sessões plenárias. Compete a ela não somente providenciar no provimento e transferência dos servidores da justiça federal, como também resolver problemas administrativos da justiça federal, fazer recomendações ao Congresso relativamente à legislação de interesse do sistema judiciário federal, bem como preparar as regras processuais para a justiça federal. Desempenha ainda funções de orientação em matéria administrativa, relativamente aos órgãos judiciários de primeiro e segundo grau. Também é competente para aprovar o orçamento anual do sistema judiciário federal, com exceção do da Suprema Corte. Além disso, a *Conference* também tem competência disciplinar em relação aos juízes. Sobre tal órgão, consulte-se **The Oxford Companion**, cit., voc. “*Bureaucratization of the Federal Judiciary*”, p. 103 e M. C. Bassiouni, **The Judicial System of the United States: an Overview**, cit, p. 442.

77 Sobre essa avaliação, v. G. De Palo e G. Guidi, **Risoluzione alternative delle controversie**, cit., p.113ss.

fornecidos por um estudo independente do *Federal Judicial Center*⁷⁸, reconheceu os efeitos positivos de alguns aspectos do programa experimental das *ADR* e acabou por adotar uma via intermediária: nem estender a obrigatoriedade da adoção de programas de *ADR* para todas as 94 cortes federais de primeira instância, nem tampouco eliminar a *ADR* endoprocessual. Baseado nessa orientação é que foi encaminhada e aprovada a lei sobre resolução alternativa das controvérsias (*ADR*) de 1998.

O *Circuit Judge* H. T. Edwards pensa ter encontrado um ponto de equilíbrio ideal entre o espaço próprio da justiça ordinária e aquele adequado às diversas *ADR*:

“Some would respond that judges are generalists and yet we trust our state and federal judiciary to resolve a broad range of disputes. This argument, however, is deceptive because judges **are** specialists in resolving issues of law. Law aims to resolve disputes on the basis of rules, whereas alternative dispute resolution mechanisms turn to nonlegal values. If disputes are to be resolved by rules of law, the legal experts designated by our state and federal constitutions - that is, the judges - should resolve them. If nonlegal values are to resolve disputes, we should recognize the need for substantive expertise”⁷⁹.

78 O Federal Judicial Center (Centro da Justiça Federal), foi criado em 1967 com o propósito, dentre outros, de “*educating and training Federal judges and court personnel*” (instruir e treinar juízes federais e serventuários da justiça). O Centro organiza seminários para juízes recém-nomeados e cursos de atualização para juízes veteranos. Esse Centro também funciona como órgão de pesquisa sobre aspectos práticos da jurisdição, elaborando, por exemplo, sugestões práticas aos juízes em atividade sobre como otimizar recursos, racionalizar procedimentos, ganhar produtividade, etc. Sirva de exemplo a edição das *standardized procedures for handling mass tort cases* (trad. livre: “procedimentos padrões para direção processual de casos de responsabilidade civil de massa”), ou o *Guide to Judicial Management of Cases in ADR*, editado em 2001. Mais informações sobre o funcionamento de tal órgão podem ser obtidas na obra de M. C. Bassiouni, **The Judicial System ...** “cit., , p. 445, e F. E. McGovern, *Rethinking Cooperation Among Judges in Mass Tort Litigation*, **UCLA Law Review**, vol. 44 (1997), p. 1857.

79

H. T. Edwards, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, **Harvard Law Review**, vol. 99 (1986), p. 683/684 - (tradução livre: “Alguns diriam que os juízes são generalistas e apesar disso nós atribuímos ao judiciário estadual e federal [a decisão sobre] um amplo espectro de controvérsias. Esse argumento, porém, é falho, porque os juízes são especialistas em decidir problemas jurídicos. O judiciário busca resolver litígios com base em regras, ao passo que os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias voltam-se a valores não jurídicos. Assim, se os litígios devem ser resolvidos com base em critérios legais, [então] os especialistas jurídicos indicados pelas nossas constituições estaduais e federal – isto é, os juízes – é que deverão decidi-los. Se, ao contrário, for conveniente que os litígios sejam resolvidos mediante aplicação de valores não jurídicos, então devemos reconhecer a necessidade de conhecimento específico sobre o tema.”

Além disso, olvida-se que nem sempre é suficiente a obtenção de um acordo para que a harmonia e concórdia entre as partes sejam definitivamente restabelecidas. Isso porque frequentemente surgem problemas e discordâncias na fase de execução do acordo. No caso norte-americano, por exemplo, costuma-se referir que muitas das atividades do lá chamado *managerial judge* (juiz-gerente ou juiz-dirigente – no sentido de juiz que se envolve efetiva e ativamente na condução do processo) são desempenhadas exatamente na fase do *post-trial* (fase subsequente ao julgamento, não ainda necessariamente em fase de execução propriamente dita)⁸⁰.

Não se pode, por isso, considerar os procedimentos alternativos de resolução de controvérsias (ADR) como se fossem uma panacéia. Ao contrário, os analistas têm chamado a atenção para os seguintes aspectos:

1) do ponto de vista social e filosófico, justificou-se o surgimento das ADR a partir de uma dimensão quase que idílica e utópica de justiça, onde se realça o mecanismo da “conversação-negociação” entre os interessados, em busca da resolução consensual do conflito. Acontece, porém, que as ADR – tanto quanto a justiça ordinária – encontram-se a operar no âmago de uma realidade não simples nem harmônica, mas complexa e fortemente caracterizada pela explosão da litigiosidade, animosidade e desconfianças recíprocas;

2) do ponto de vista de justiça social, algumas das suas técnicas podem contribuir para a manutenção das desigualdades socioeconômicas, quando envolvem partes econômica e socialmente desiguais⁸¹. Exemplo desta possibilidade nos é fornecido por M. H. Lazerson⁸², no ensaio em que descreve o funcionamento da *Housing Court* de New York, instituída com o objetivo de resolver informalmente os conflitos entre inquilinos e locadores. Segundo este autor, o movimento dos inquilinos era fraco e desorganizado e por isto não conseguia obter melhorias substanciais de sua situação, via legislação. A composição informal dos conflitos individuais, por outro lado, não criava as condições necessárias para fazer avançar a situação global da categoria. Uma melhoria efetiva desta situação tornou-se possível somente quando a atuação mais crítica e politicamente orientada dos membros dos *Legal Services* (categoria que abrange, dentre outros,

80 Sobre a questão, também E. Silvestri, “Osservazioni in tema di strumenti alternativi...”, *cit.*, p. 328 e 329.

81 Sobre os perigos de exploração da parte socialmente débil, v. as observações de M. Cappelletti, em *Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, 56 *Modern Law Review*, 282, 290 (1993), e de S. Chiarloni, *Nuovi modelli processuali*, in: G. Visintini (org.), *Il diritto dei nuovi mondi*, p. 419.

82 M. H. Lazerson, *In the Halls of Justice, the Only Justice Is in the Halls*, in: R. L. Abel (ed.): *The Politics of Informal Justice, v. 1 - The American Experience*, p.119-160.

tanto os defensores públicos quanto os profissionais que se dedicam a uma advocacia *pro bono*) deslocou a arena de luta para a justiça ordinária, com todo o seu formalismo e garantismo processual. Só nessa sede o conflito social subjacente às controvérsias individuais pode eventualmente se revelar e ser levado em consideração. Em virtude da técnica do precedente, utilizada nos Estados Unidos, as decisões judiciais não só resolvem os conflitos individuais mas também estabelecem parâmetros jurídicos a serem observados nas relações sociais futuras e indeterminadas, além de orientar mudanças na legislação.

3) Além disso, a “justiça particular” naturalmente acaba seguindo a lógica e as regras de mercado. A “justiça pública”, porém, tem força, condições e competência para fundamentar suas decisões em valores diversos, desempenhando uma função mais em conformidade com os princípios constitucionais e com as expectativas dos cidadãos⁸³.

Richard Abel⁸⁴, avaliando e referendando as conclusões de um seminário sobre sistemas informais de justiça, por ele organizado nos Estados Unidos, mostrou-se bastante cético em relação a tais sistemas. Ele tem dúvidas, por exemplo, se os sistemas informais de justiça podem efetivamente ajudar a desonerar o orçamento público. Segundo ele, esses sistemas complementam - e não substituem - os sistemas ordinários de justiça. Trata-se, portanto, de um gasto adicional e não de uma efetiva alternativa mais econômica. Além disso, como o custo operacional de uma unidade de justiça informal é menor (fundamentalmente porque o pessoal que ali atua tem uma qualificação profissional mais baixa e recebe, portanto, uma remuneração menor), fatalmente o sistema tenderá a multiplicar-se, anulando, assim, as economias obtidas.

Outro aspecto evidenciado por R. Abel consiste em que os sistemas informais de justiça, ao contrário do que se possa imaginar, não diminuem, mas sim aumentam, os controles estatais sobre a sociedade. Segundo ele, esses sistemas informais, por tenderem a estar disseminados por todas as camadas sociais, tendem a abranger conflitos que de outra forma jamais seriam submetidos a um aparato estatal formal (como a polícia e as cortes de justiça). Além disso, tais sistemas não estão sujeitos a muitos daqueles controles formais que ao longo do tempo surgiram, como decorrência do aumento das garantias dos direitos dos cidadãos frente ao aparato estatal.

83 Conforme G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie di diritto civile*, in: M. Bessone (org.), *L'attività del giudice*, cit., p. 296/297 e, do mesmo jurista, *Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile*, *Politica del diritto*, a. XVII, n. 4, 1986, p. 623.

84 R. L. Abel, “Introduction” a *The Politics of Informal Justice, v. 1 - The American Experience*, p. 5ss. e “The Contradictions of Informal Justice”, no mesmo volume, p. 307ss.

Um dos principais motivos de preocupação consiste no fato de que os sistemas informais de justiça tendem a tornar triviais as queixas individuais, frustrando, assim, as respostas coletivas. A mensagem oculta desse sistema, sempre segundo R. Abel, consiste em convencer o cidadão comum de que pequenos problemas sociais podem ser resolvidos dentro do próprio sistema, sem que haja necessidade de colocar em discussão as estruturas sociais básicas. Em outras palavras, cada cidadão deve estar em condições de resolver sozinho (com a ajuda do sistema) o seu problema individual, não havendo necessidade de respostas globais. Assim, esses sistemas não percebem - ou fingem não perceber - que muitos litígios individuais, na verdade, nada mais são do que concretizações atomizadas de disfunções ínsitas a certas estruturas sociais.

Desta forma, tais disfunções existentes no campo macro, tendem a se manter e a se multiplicar no campo micro. Uma justiça que vise somente a compor amigavelmente os litígios individuais corre o risco de deixar intacta e incontroversa essas estruturas. Em certas hipóteses, é necessário o exercício da autoridade formal do juiz para evidenciar a existência de conflitos sociais latentes subjacentes ao litígio individual, trazê-los à tona, discuti-los e procurar remediá-lo à luz dos princípios e valores da justiça, individual e social.

Nesse sentido, citando Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, Bolzan de Moraes⁸⁵ refere que “a justiça deve prevalecer antes que a paz” e que “considerar a equivalência entre um acordo firmado e uma sentença proferida seria reduzir a função social da decisão jurisdicional a mera resolução de conflitos privados, o que privaria os tribunais de emitirem interpretações acerca de textos legais e a sociedade de ter a seu alcance autênticos critérios de justiça”.

Atualmente, portanto, o debate doutrinário sobre as alternativas ao processo judicial concentra-se sobre o problema de como conciliar a busca de formas procedimentais que assegurem uma justiça mais rápida e mais acessível que a ordinária, com a exigência de salvaguardar as garantias da defesa.

11 FORMAS ALTERNATIVAS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO BRASILEIRO: FRAGILIDADES E CONQUISTAS

O Direito é um produto da cultura de um povo, não podendo ficar imune a experiências estrangeiras, especialmente em um mundo globalizado como o de hoje, mas também qualquer assimilação deve ser compreendida, pena de produzir resultado contrário ao pretendido, no âmbito da tradição responsável pelo paradigma praticado e cuja revitalização se objetiva.

Nesse sentido, é preciso firmar que em sede de jurisdição e processo civil, o direito brasileiro está ideologicamente comprometido com o modelo da jurisdição

85 BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 109.

romano-canônica⁸⁶, de cujas amarras inúmeras tentativas foram e estão sendo levadas a efeito, mas que ainda encontram resistências na comunidade jurídica⁸⁷, e, por vezes, enfrentam algum retrocesso.

Um dos legados da modernidade foi o individualismo, concentrando-se o mundo – e o conhecimento – no sujeito, como se fosse uma nova concepção do universo – por primeiro, a terra como centro do universo, seguindo-se o sol, e agora o indivíduo –, lembrando-se, aqui, a famosa frase de Descartes: *penso, logo existo!* O Direito como um todo, e o que importa mais de perto, o Direito Processual Civil, não ficaram imunes a essa vertente. A partir da estruturação teórica do iluminismo e do racionalismo, por mais de duzentos anos elegeu-se um paradigma de processo e jurisdição marcados, respectivamente, pela ordinariedade e pela declaração da vontade da lei, num verdadeiro movimento de desconstrução da jurisdição enquanto emanção do direito material, do juízo de valor e de verossimilhança. Essa é a constatação de Ovídio Baptista ao demonstrar a mutilação que esse processo histórico provocou, transformando a jurisdição em mera declaração, tudo em homenagem à segurança jurídica⁸⁸.

E o Brasil, seja por sua origem colonial, incorporando a tradição lusitana, seja porque o paradigma continental europeu bem se amoldou a um país que durante o último século da colonização portuguesa e os primórdios do século XX assentou-se como uma nação territorialmente gigantesca, mas de produção substancialmente agrícola, onde importante para a classe produtiva e governante era exatamente a manutenção do *statu quo* (valor alcançado pela lei), culminou por recepcionar à extravagância, em especial pelo Código de Processo Civil de 1973, o paradigma da racionalidade. Isso levou ao absoluto divórcio entre a função intrínseca da jurisdição e a jurisdição prestada pelos juízes e tribunais pátrios, estabelecendo-se o que se passou a conhecer como “crise do Poder Judiciário” ou “crise da jurisdição” ou ainda “crise do procedimento ordinário”.

As primeiras reações remontam aos anos oitenta (século XX) e são de duas classes: a formação de uma justiça paralela mas vinculada ao aparato da justiça do Estado e a introdução de técnicas de sumarização da própria jurisdição, adequando-se o processo às necessidades do direito material e da vida cotidiana. Nenhuma dessas soluções representa uma fuga da jurisdição, mas sim sua revitalização

86 Por todos, SILVA, Ovídio A Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

87 Exemplo maior, o instituto da antecipação de tutela, introduzido no processo de conhecimento pelas reformas de 1994 e até então avesso à qualquer comando executivo, cuja desconfiança vem expressa no próprio texto legislativo que limita sua incidência às hipóteses de “inequívoca verossimilhança”, acusando uma contradição interna na regulamentação do instituto.

88 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 109-110.

e que por isso mesmo continuaram sendo objeto de aperfeiçoamento legislativo, em reformas legislativas posteriores. Posteriormente, já nos anos noventa, agora abstraindo-se do Judiciário, valorizou-se o reconhecimento da jurisdição privada, normatizando-se através de lei o instituto da arbitragem. Paralelamente, foi objeto de discussão, mas sem evoluir legislativamente, o instituto da mediação, que passou a ser adotado mais por iniciativa de certos grupos independentes ou como ativismo judicial, protagonizado inclusive pelo próprio CNJ – Conselho Nacional da Justiça. Em apertada síntese, esses os movimentos que o Brasil nos últimos trinta anos enfrentou e vem enfrentando para recompor ou superar o desgaste que a jurisdição e o processo tradicionais sofreram e que a seguir serão objeto de um desdobramento.

11.1 Juizados de Pequenas Causas versus Juizados Especiais Cíveis

Em 1984, pela Lei 7.244, introduziram-se no direito pátrio os Juizados de Pequenas Causas, como reação à morosidade, complexidade, custo econômico do processo tradicional, já à vista sua inaptidão para cumprir sua função social de pacificação e de distribuição dos bens juridicamente tutelados. Exigia-se um novo modelo, ainda que concentrado no seu aspecto formal, que pudesse, de forma econômica, simples, célere, com predomínio da prática da oralidade, resolver conflitos cuja complexidade fática ou jurídica dispensassem os excessos de formalismo que o processo tradicional contempla, autêntica herança do racionalismo e seu produto direto, o positivismo jurídico, como acusa Dallari⁸⁹.

Nesta primeira versão, a lei contemplava junto à Justiça Estadual a criação de juizados, inicialmente como juizados adjuntos às unidades judiciárias da justiça comum, com o fito de processar e julgar determinadas demandas especificadas ou pela matéria ou pelo (pequeno) valor da causa, que admitissem solução por um rito sumaríssimo, em que se priorizava a conciliação, a concentração de atos, prazos mais curtos, simplicidade procedimental e oralidade, ficando a presença de advogado a critério da própria parte.

O sistema atribuía a um juiz togado a condução dos Juizados, o processamento dos feitos e a decisão da causa. Nessa função, podia ele ser auxiliado por conciliadores que, em fase anterior à contestação e à produção da prova, em audiência própria, buscavam a conciliação. Caso obtida esta, submetia-se-a ao juiz de direito (apenas a Justiça estadual estava autorizada a implementar os Juizados de Pequenas Causas) para fins de homologação. Buscava-se alcançar uma sentença que se qualificava como título executivo judicial, ponto crítico no procedimento regulado pela Lei n. 7.244/84, já que não se previa eventual execução caso não houvesse o cumprimento espontâneo da decisão judicial.

Embora a figura do juízo arbitral fosse contemplada no respectivo estatuto, sua aplicação prática foi quase inexistente.

89 DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 80-81.

O sistema dos Juizados de Pequenas Causas foi de certo modo bem recebido no meio jurídico e por seus usuários, mas longe estava de ser uma unanimidade, sendo a principal resistência ofertada pelos advogados, na medida em que o texto legal permitia o comparecimento das partes desprovidas de capacidade postulatória, o que até então era inusitado em termos processuais. Por outro lado, o novo instrumento de composição de conflitos garantiu o mais amplo acesso à justiça por aqueles que se viam despojados desta garantia pelas dificuldades que o processo tradicional representava, além de obterem resultados práticos, com composição e/ou decisões ocorrentes em curto espaço de tempo.

Com o advento da Constituição de 1988, restou estabelecido o dever de criação, pela União, Distrito Federal e Territórios e pelos Estados de juizados especiais, providos por juízes togados ou togados e leigos, com o fito de conciliar, processar, julgar e executar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 98, inciso I, CF). Foram priorizados os procedimentos oral e sumaríssimo, o que veio consagrar a experiência pretérita com uma maior amplitude, estendendo-se sua atuação também para as demandas criminais e aquelas de competência da Justiça Federal.⁹⁰ Para regulamentar os Juizados Especiais, foi editada a Lei n. 9.099/95, abrangendo tanto o procedimento cível como o criminal, seguida da Lei n. 10.259/01, que regulamenta os Juizados Especiais Federais. A jurisdição prestada no âmbito dos Juizados Especiais se modula pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade do processo, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação, cuja atuação fica a cargo de juízes togados e juízes leigos, com o auxílio de conciliadores.

Os dados publicados pelo Conselho Nacional da Justiça, em 2012, exclusivamente em relação à Justiça Estadual, para todo o território nacional, compoendo, portanto, as 27 unidades jurisdicionais, acusavam um estoque de processos de 45.587.279 no âmbito da justiça comum, enquanto que 4.175.634 representavam o estoque dos processos junto aos JEC. No mesmo período, foi constatado que adentraram no primeiro grau da justiça comum um total de 12.132.982 feitos novos, enquanto que para os JEC o ingresso de novos feitos ficou em 4.199.870. A justiça ordinária logrou julgar, no período, um total de 9.868.070 processos, aumentando o saldo remanescente, enquanto que os JEC julgaram 4.198.060 feitos, equilibrando o estoque. Nesse sentido, a taxa de indicadores de produtividade para a justiça comum ficou, quanto ao item “processos baixados”, em 97,2%, e para os JEC o índice alcançou 103,8%, o que se mostra alvissareiro em relação ao microsistema dos

90 A Justiça do Trabalho, através da Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000, estabeleceu um procedimento sumaríssimo, relativamente aos dissídios individuais trabalhistas cujo valor não exceda a 40 vezes o salário mínimo, na data do ajuizamento da reclamação, seguindo a orientação implementada pela Justiça Comum Cível.

juizados especiais, merecendo sua manutenção e aperfeiçoamento no ordenamento jurídico pátrio.⁹¹

De qualquer sorte, a opção dos Juizados Especiais representa uma fuga da jurisdição ordinária, comum e tradicional, mas permanece sendo de foro público, cuja organização e atuação é de atribuição do Poder Judiciário.

11.2 Arbitragem

O Código de 1973 previa o juízo arbitral como um procedimento especial, em que as partes escolhiam um árbitro para compor o conflito, mas cuja resolução teria que ser submetida à homologação judicial para poder produzir efeitos. A previsão, à evidência, tornou-se absolutamente inútil, não se tendo conhecimento de sua utilização ou reduzindo-se a mesma a casos insignificantes. Nitidamente um instrumento em desuso.

Com os novos ares promovidos pela Constituição de 1988, foi editada a Lei n. 9.307/96, que instituiu a arbitragem, estabelecendo o seu art. 1º: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, revogando as disposições constantes do CPC sobre o juízo arbitral e autorizando soluções com base no direito e na equidade. Isso representou a construção de um novo paradigma para a realidade brasileira, com o reconhecimento de uma jurisdição privada, rompendo com o dogma de que toda jurisdição necessita ser pública.

Duas são as formas previstas pela lei para a instauração da convenção da arbitragem: a cláusula compromissória, estabelecida em contrato, que antecede o conflito, vinculando às partes ao que foi avençado e afastando, no caso, a intervenção do poder público; e o compromisso arbitral, que consiste numa convenção entre as partes já em litígio, mas que optam por depositar a solução nas mãos de um árbitro. A opção pode ser celebrada no curso de um processo judicial, que restará destarte prejudicado, ou, ainda, através de escrito particular firmado pelos contratantes e duas testemunhas ou por instrumento público, evitando-se, desta sorte, a propositura da demanda judicial.

A figura do árbitro é regulada pela Lei da Arbitragem, podendo ser qualquer pessoa da confiança das partes, mas ao qual se aplicam inúmeras regras que regem a atuação do juiz público, como as causas de impedimento e suspeição, e a sentença arbitral tem força de título executivo judicial, na medida em que a arbitragem não detém o império da execução.

O Projeto do novo Código de Processo Civil, ao tratar do tema, confirma o instituto da arbitragem, limitando-se a regular eventual diálogo entre as duas jurisdições – a pública e a privada – seja na manutenção da sentença arbitral como

91 JUSTIÇA em números: Conselho Nacional da Justiça, Poder Judiciário, 2012, p. 82.

título executivo judicial,⁹² seja na previsão da cooperação entre o juízo arbitral e o juiz togado⁹³. No capítulo que regula a alegação de convenção de arbitragem, em eventual fuga da jurisdição privada para a jurisdição pública, estabelece a hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito, quando reconhecida a convenção de arbitragem.⁹⁴

O instituto da arbitragem já alcançou uma certa maturidade nesses poucos mais de quinze anos de sua previsão legislativa, havendo inúmeras iniciativas no sentido de sua concretização,⁹⁵ mas ainda se ressentem de uma carência de coleta de dados concretos, públicos e oficiais, sobre a atuação dos órgãos arbitrais, a natureza das causas enfrentadas, o tempo de duração, o custo e êxito de soluções. Apesar disso, já se pode ter por consistente a literatura sobre a temática.

11.3 Mediação

A Mediação, no Brasil, ainda carece de regulamentação. O Projeto de Lei n. 4.827/98⁹⁶, que versa sobre a mediação de conflitos, tramita na Câmara dos Deputados e sua última movimentação data de 19.06.2013, quando emitido parecer favorável pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania.

O texto proposto dispõe, em seu art. 3º, que a mediação poderá ser judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele. Já o art. 4º prevê que o juiz, em qualquer grau de jurisdição, pode buscar convencer as partes da conveniência em submeterem o conflito a uma mediação extrajudicial ou, ainda, pode designar mediador, com a concordância das partes, hipótese que a mesma ganharia a feição de mediação judicial.

Sem embargo de a proposta legislativa não ter ainda alcançado seu desiderato, recebendo tramitação bastante morosa no Legislativo, inúmeras iniciativas no âmbito do Poder Judiciário foram e são levadas a efeito com o fito de estimular a mediação e evitar a resolução do conflito através da tradicional intervenção da jurisdição pública, via processo comum. Inspiram-se as práticas locais em doutrina alienígena e em doutrinadores nacionais que recepcionam o instituto, apontando-o como uma solução eficiente para a alternativa da crise do Judiciário.

Apostando nesta saída, o Conselho Nacional da Justiça, pela Resolução n. 125/2010, atualizada em 2013, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos

92 Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, arts. 529, inciso VII, e 530, inciso III.

93 Idem, art. 69, § 1º.

94 Idem, arts. 345 a 350.

95 Remete-se o leitor para o site do <http://cbar.org.br/site/> : Comitê Brasileiro de Arbitragem.

96 Consulte-se o site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>, acesso em 20.08.2014.

conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Para tanto, determinou-se aos tribunais criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes nas áreas afins, reconhecendo para tais membros ou integrantes, entre outras, a atividade de mediação.

A iniciativa, certamente meritória, vem ao encontro de um repensar dos meios tradicionais de superação de conflitos, mas peca por abarcar a sua institucionalização e aplicação na organização e intervenção do Poder Judiciário, cuja atividade de império (força vinculante da decisão) é intrinsecamente incompatível com a atividade de mediação, que atua sob outros princípios e práticas. Necessário, pois, mesmo sob os auspícios do Poder Judiciário, criar espaços e ambientes independentes, tanto quanto possível afastados do meio judiciário, pena de prejudicar o encontro e o diálogo que as partes em mediação carecem para exercerem suas escolhas.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça investiu nesta proposta, instituindo o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Dentre outras atividades, esse Núcleo Permanente recentemente promoveu a III Jornada de Mediação, objetivando reunir estudantes, mediadores, magistrados e o público em geral para debater o tema, apostando na mediação como marco transformador do Judiciário e abrindo novas formas de acesso à justiça⁹⁷.

De outro lado, no âmbito das relações trabalhistas, o Decreto 1.572 de 28 de julho de 1995 regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista e, em seu artigo 4º, traz a previsão de o Ministério do Trabalho e Emprego constituir um cadastro de mediadores aptos para subsidiar a escolha pelas partes⁹⁸, representando um avanço em relação à área cível, ainda que o texto se limite às negociações coletivas e não às individuais.

Não só a proposta legislativa de instituição e regulamentação da mediação mas também a adoção dessas práticas mostram a tendência do direito brasileiro em se valer da mediação como alternativa de resolução de conflitos. Todavia, ainda trazem em seu bojo um apego, uma vinculação à jurisdição pública, amarras que a tradição pátria insiste em manter ativas, no mínimo referendando a intervenção do juiz ao seu manejo, o que pode representar um obstáculo a que o instituto ocupe o seu devido lugar no cenário jurídico nacional, como forma de composição e solução de conflitos.

11.4 Técnicas de sumarização da jurisdição e os provimentos antecipatórios

Como já referido alhures, após os primeiros vinte anos do Código de 1973, a constitucionalização do processo e a garantia de uma justiça acessível,

97 ALBERTON, Genacéia da Silva. **III Jornada de Mediação e o marco de transformação do Judiciário**. Jornal O Sul, Caderno Colunistas, 17.08.14, p. 3.

98 <http://jus.com.br/artigos/23963/aspectos-relevantes-sobre-a-legalidade-do-artigo-4o-do-decreto-1-572-95#ixzz3AxjnF8Nr>, acesso em 20.08.2014.

tempestiva e efetiva, o surgimento de novos direitos cuja satisfação pela via do processo tradicional vinha se mostrando inviável, a era do “tempo real” para as mais comezinhas necessidades, entre outros fatores, provocaram uma reação no processo civil. Revitalizaram-se técnicas processuais ao efeito de uma prestação jurisdicional substancializada, gerando alterações legislativas que viabilizassem esse novo paradigma. Enumerar tais modificações exigiria espaço próprio de pesquisa, razão pela qual aqui apenas será analisado o instituto dos provimentos antecipatórios, objeto de reformas legislativas e de profícua doutrina e jurisprudência ao longo dos últimos anos, em especial as das Leis n. 8.952/1994 (arts. 273 e 461, § 3º, do CPC) e 10.444/2002 (art. 461-A, § 3º, do CPC).

No mesmo fio, o Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, que propõe um novo Código de Processo Civil, revoluciona a matéria, tratando da tutela antecipada, mediante provimentos antecipatórios satisfativos, cautelares ou de tutelas de evidência, em livro próprio (da tutela antecipada)⁹⁹, no âmbito da Parte Geral, e revogando o atual Livro III, que trata do Processo Cautelar. Sua inserção nesta parte do código autoriza concluir que a tutela antecipada se estende ao processo de conhecimento e ao processo de execução, que passam a ser tratados na parte especial, e, também aos próprios processos de competência dos tribunais, sejam em sede de competência recursal ou originária.

Trata-se, em apertada síntese, de providências que buscam atribuir ao processo tradicional novos mecanismos de efetividade, tempestividade e de maior aderência ao direito material, oxigenando-o e alimentando-o com medidas de natureza executiva e/ou mandamental, onde o poder de decidir ganha mais espaço (materialização do processo), em detrimento do ato de julgar (sumarização da jurisdição).

A nova proposta legislativa, ainda que se sirva da experiência pretérita, objetiva uma simplificação das espécies de medidas satisfativas e cautelares, evitando a velha doutrina que se aperfeiçoou em distingui-las, ao efeito de aproximá-las e, até, permitindo uma maior fungibilidade no seu trato. Agrega, ainda, o novo texto, com regras próprias, a tutela de evidência, dando-lhe corpo e identidade, o que não chega a ser uma novidade, pois já vinha ela anunciada no Código de 1973, com a reforma de 2002, quando incluído no art. 273 o § 6º, autorizando que o juiz antecipasse os efeitos de um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se incontroversos.

De qualquer sorte, a preocupação do legislador processual vem ao encontro do reconhecimento que o processo tradicional, ordinário e declarativo, mostra-se obsoleto como única via para a resolução dos conflitos. O aparato judiciário, pena de tornar-se fragilizado e passível de substituição, carece reinventar-se, ou, ainda, conviver com formas alternativas na função maior da pacificação social e distribuição dos bens da vida, que certamente não se esgotam no espaço público, sendo um comprometimento da sociedade como um todo.

99 Projeto de Lei n. 8.046-B/2010, arts. 295 a 310.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu do presente ensaio, o movimento das *Alternative Dispute Resolution* ainda não está completamente sedimentado.

As avaliações que se fazem quanto à sua operacionalidade e aos resultados obtidos não são unânimes. Ao lado dos seus defensores encontram-se muitos críticos.

Depois de haver dirigido inúmeras críticas em relação à *informal justice*, S. Chiarloni reconhece que a situação parece ‘dialeticamente contraditória’, uma vez que “a justiça informal também é portadora de valores positivos: a preferência pela harmonia ao conflito; mecanismos que oferecem igualdade de acesso a muitos, em vez de custosos privilégios a poucos; mecanismos que funcionam de forma célere e econômica, permitindo aos jurisdicionados participar diretamente do processo de tomada de decisão, em vez de simplesmente entregar a solução do caso aos profissionais do direito; alternativas que buscam alcançar a justiça substancial, em vez de frustrá-la em nome das formas”.

Talvez o problema não deva ser encarado de forma maniqueísta. A questão é complexa e não exige soluções extremadas de adesão integral ou de franca repulsa. Quem sabe o mais conveniente seja identificar os setores nos quais é indispensável a intervenção de uma magistratura profissional, pública, organizada de forma independente, que opere mediante procedimentos formalizados. A esta forma de exercício de jurisdição, que necessariamente tem um custo orçamentário mais imponente, deveria ser encarregada de resolver somente os conflitos que não podem ou não devem ser solucionados mediante controles administrativos prévios (com atuação de agências regulatórias autônomas e que efetivamente se comportem como agentes da sociedade, e não como defensoras de grupos de interesses), ou mediante procedimentos de mediação¹⁰⁰ e de resolução alternativa de conflitos, por árbitros/mediadores não estatais. Esses outros agiriam como uma espécie de justiça complementar, alternativa, talvez “menor”, mas não necessariamente contraposta à justiça togada.

Afinal, um dos motivos principais que pode levar um potencial usuário do sistema de justiça a procurar sistemas mais informais reside na preferência por uma justiça mais econômica e célere. Todavia, também é verdade que, muitas vezes, o fator “justiça” é mais importante do que o fator “celeridade” - e o cidadão, muitas

100 O resultado das pesquisas levadas a efeito nos Estados Unidos demonstra que a mediação tem uma maior efetividade quando ambas as partes admitem uma parcial responsabilidade pelo conflito. Em circunstâncias em que há uma clara resposta do sistema para uma determinada controvérsia, onde uma parte possui nítido direito a algo, uma regular decisão judicial pode ser mais efetiva, uma vez que, nessas hipóteses, será mais difícil obter um acordo. A mediação, assim, pode ser mais apropriada naquelas situações em que as partes encontram-se no centro, estando cada uma delas disposta a fazer recíprocas concessões, diante do resultado incerto da solução jurídica da controvérsia.

vezes, está disposto a pagar o preço. Além do mais, “há uma razoável evidência de que as pessoas preferem mais a ‘autoridade’ à ‘informalidade’: elas querem o apoio do poder estatal para obter a reparação a que entendem ter direito, e não uma mera solução compromissória que pretenda restaurar uma paz social que nunca existiu”¹⁰¹.

O fato é que a ADR não veio para substituir o processo judicial tradicional, mas sim para colocar-se como opção ao seu lado. Pode também haver uma interação, no sentido que o deslocamento momentâneo de certas causas para as técnicas de ADR acabará por diminuir o fluxo das demandas judiciárias. Com uma menor carga de trabalho, os juízes tenderão a resolver mais rapidamente os processos ao seu encargo. E uma maior celeridade da justiça comum tornará novamente atraente a via judicial, chegando-se, destarte, a um novo ponto de equilíbrio¹⁰².

No direito pátrio, à maneira brasileira, também se trabalha para encontrar formas alternativas à jurisdição tradicional na realização e concretização dos direitos dos homens. Não há resposta fácil, nem caminho que dispense construção. Por vezes, reforçar o público e modernizá-lo com técnicas mais aderentes ao direito material, em outras, abrir novos espaços, novas frentes, novas técnicas ou ainda estimular o privado em prol das autocomposições.

Não há magia ou milagres, nem soluções perfeitas, mas um constante reconstruir-se, reinventar-se, refazer-se, podendo até afirmar-se que a fuga à jurisdição, mais que fuga é, sim, um reencontrar-se.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABEL, Richard L. (ed.). **The Politics of Informal Justice, v. 1 - The American Experience**. New York: Academic Press, 1982.

ABRAHAM, Henry J. **The Judicial Process - An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France**. 7ª ed. New York – Oxford: Oxford University Press, 1998.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **III Jornada de Mediação e o marco de transformação do Judiciário**. Jornal O Sul, Caderno Colunistas, 17.08.14.

ALPA, Guido. Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle

101 R. L. Abel, “Introduction”, cit., p. 8: “*there is considerable evidence that people want authority rather than informality: they want the leverage of state power to obtain the redress they believe is theirs by right, not a compromise that purports to restore a social peace that never existed*”.

102 Pelo menos assim prevê Menkel-Meadow, *When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals*. 44 **UCLA Law Review** 1873 (1997).

controversie di diritto civile. In: BESSONE, Mario (org.) **L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino : Giappichelli, 1997.

ALPA, Guido. Il disordine legislativo, la creatività della giurisprudenza e il caso della giustizia civile. **Politica del diritto**. Ano XVII, n. 4, 1986.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BASSIOUNI, M. Cherif. The Judicial System of the United States, An Overview. In. PICCARDI, Nicola e GIULIANI, Alessandro (org.). **L'ordinamento giudiziario, vol. II: Documentazione comparativa**. Rimini: Maggioli Ed., 1983.

BENDER, R., “The Stuttgart Model”, in CAPPELLETTI, Mauro (org.) **Access to Justice. V. II, book 2**. Milano: Giuffrè, 1979.

BIERBRAUER, G., FALKE, J. e KOCH, K.-F. Conflict and its Settlement: An Interdisciplinary Study Concerning the Legal Basis, Function and Performance of the Institution of the Schiedsmann. In CAPPELLETTI, Mauro (org.), **Access to Justice, v. II, book 1 (Promising Institutions)**. Milano: Giuffrè, 1978.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

CADIET, Loïc. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia, fra tradizione e modernità. In: VARANO, Vincenzo. **L'Altra Giustizia**. Milano: Giuffrè, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement. **Modern Law Review**, vol. 56 (1993).

CHASE, Oscar. Il problema della durata del processo civile in Italia e negli Stati Uniti. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1988.

CHIARLONI, Sergio. Nuovi modelli processuali. In: VISINTINI, Giovanna (org.). **Il diritto dei nuovi mondi**. Padova: Cedam, 1994.

CHIARLONI, Sergio. Avvocature e ordinamento giudiziario. **Rassegna Forense**, 1995, n. 1-2.

CHIARLONI, Sergio. La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute. **Rivista di Diritto processuale**, 1996, II.

CORNU, Gérard & FOYER, Jean. **Procédure civile**. 3ed. Paris: P.U.F., 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAYTON, K. The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts. **Iowa Law Review**, vol. 76 (1991).

DENTI, Vittorio. I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative. *Rivista di Diritto Processuale*, 1980.

DE PALO, Giuseppe e GUIDI, Guido. **Risoluzione alternativa delle controversie (ADR) nelle corti federali degli Stati Uniti**. Milano: Giuffrè, 1999.

DINAMARCO, Cândido R. **A Instrumentalidade do Processo**. S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1987.

EDWARDS, H. T. Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?. **Harvard Law Review**, vol. 99 (1986).

FISS, Owen. **Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade** (org. por Carlos Alberto de Salles). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

GARNER, Bryan A. **Dictionary of Modern Legal Usage**. Oxford: Oxford University Press, 1995.

GARNER, Bryan A. (Editor in Chief). **Black's Law Dictionary**. 8ed. Saint Paul: Thompson/West, 2004.

GOTTWALD, P. Civil Procedure Reform in Germany. **American Journal of Comparative Law**, v. 45 (1997).

GUIDE DO JUDICIAL MANAGEMENT OF CASES IN ADR. Washington: Federal Judicial Center, 2001.

GUILL, Terenia U. A Framework for Understanding and Using ADR. **Tulane Law Review**, vol. 71 (1997).

HAZARD, Geoffrey C.; JAMES, Fleming & LEUBSDORF, John. **Civil Procedure**. 4a. ed. Boston : Little, Brown and Company, 1992.

JUSTIÇA em números: Conselho Nacional da Justiça, Poder Judiciário, 2012. LAZERSON, Mark H. In the Halls of Justice, the Only Justice Is in the Halls. In: ABEL, Richard L. (ed.). **The Politics of Informal Justice, v. 1 - The American Experience**. New York: Academic Press, 1982.

McGOVERN, F. E. Rethinking Cooperation Among Judges in Mass Tort Litigation. **UCLA Law Review**, vol. 44 (1977).

MENKEL-MEADOW, C. When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals. **UCLA Law Review**, vol. 44 (1997).

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

OXFORD COMPANION to the Supreme Court of the United States. New York: Oxford University Press, 1992.

POSNER, Richard A. **The Federal Courts - Challenge and Reform**. 2a. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996.

RE, Edward D. Sovraccarico, lentezza, e costi del processo in U.S.A. **Rivista di Diritto Civile**, vol. XXXII, t. I, 1986.

REHNQUIST, William H. Seen in a Glass Darkly: The Future of the Federal Courts **Wisconsin Law Review**, 1993.

RESNIK, J. Managerial Judges. **Harvard Law Review**, vol. 96 (1982).

RESNIK, J. Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, vol. 51 (1997).

SCHLOSSER, Peter. Alternative Dispute Resolution (uno stimolo alla riforma per l'Europa?). **Rivista di Diritto Processuale**, 1989.

SILVA, Ovídio A Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

_____. **Epistemologia das ciências culturais**, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

SILVESTRI, Elisabetta. La 'court-annexed arbitration': un nuovo rimedio per un vecchio problema. In: BESSONE, Mario (org.). **L'attività del giudice. Mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: Giappichelli, 1997.

SILVESTRI, Elisabetta. Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 1999.

VARANO, Vincenzo (org.). **L'Altra Giustizia**. Milano: Giuffrè, 2007.