



MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS (ADR): A RETÓRICA DA IDEOLOGIA DA HARMONIA *VERSUS* PROCESSOS DE CONTROLE

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR): THE HARMONY IDEOLOGY RHETORIC *VERSUS* CONTROLLING PROCESSES

Juliana Raineri Haddad*

Linha de Pesquisa/GT: Formas consensuais de solução de conflitos

RESUMO (100 PALAVRAS)

O artigo pretende desmistificar a lógica da retórica da harmonia e do viés propagandista anti-adversarial que se insere nas sociedades desde a concepção dos métodos de ADR. Propõe-se demonstrar a lógica da *harmony ideology* que os sustenta por meio do estudo do desenvolvimento histórico dos métodos nos EUA e de sua expansão pelo mundo, em especial, no Brasil. A perspectiva crítica vem fundamentalmente por meio da análise da obra de Laura Nader, com o propósito de contribuir com o aprimoramento dos métodos e sua consolidação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: ADR, mediação, conflitos, *harmony ideology*, *controlling processes*

ABSTRACT

The article intends to demystify the logic of the rhetoric of harmony and the anti-adversarial propagandist bias that is inserted in the societies since the conception of ADR methods. It is proposed to demonstrate the logic of the harmony ideology that sustains them through the study of the historical development of those methods in the USA and its expansion throughout the world, especially in Brazil. The critical perspective comes mainly through the analysis of the work of Laura Nader, with the purpose of contributing to the improvement of methods and their consolidation in Brazil.

KEY WORDS: ADR, mediation, conflicts, *harmony ideology*, *controlling processes*

* Advogada, Conciliadora em formação e Mestranda no programa de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - FDRP/USP. E-mail: juraihadd@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

É bastante presente na literatura processualista civil brasileira a discussão acerca dos métodos alternativos de solução de conflitos, do inglês *Alternative Dispute Resolution Methods*, provindo daí a sigla mais conhecida em sua denominação, inclusive no Brasil, ADR. O malfadado e obsoleto judiciário brasileiro é chamado a dar abertura a esses métodos mais céleres, eficientes e que permitam maior participação das partes na resolução de suas demandas.

As últimas reformas do Judiciário trazem consigo percepções inclusivas quanto aos métodos de ADR, nada obstante as reformas tenham sido feitas e o trabalho de difusão dos métodos entre os usuários da justiça também, a literatura sobre o tema segue sendo de cunho propagandista e acrítico, razão pela qual se propõe o presente artigo.

Este artigo propõe, por meio de pesquisa teórica, por meio da revisão bibliográfica sobre as temáticas abordadas, inferir, indutivamente, as principais proposições críticas que tangenciam o assunto.

O marco teórico dessa revisão será a pesquisadora da Universidade de Berkeley Laura Nader¹ e seu trabalho crítico ao discurso dos ADRs. Em 1988, a autora (NADER, 1988) se dispôs a analisar o funcionamento dos métodos que já vinham se desenvolvendo nos Estados Unidos a algum tempo.

Nessa pesquisa traça três questionamentos principais, dos quais se apropria este trabalho para sua orientação de sentido: 1. Qual foi o processo que lançou o movimento dos ADRs e por que sempre depositou energia na contraposição ao sistema adversarial? 2. Que conclusões podem ser traçadas a partir da adoção de uma *harmony ideology* na postura da sociedade em face do litígio e dos litigantes? E, 3. Quais foram as consequências da mudança do sistema adversarial para o ADR no gerenciamento dos conflitos?

¹ Laura Nader é professora do Departamento de Antropologia da Universidade de Berkeley desde 1960, seu trabalho crítico aos métodos de ADR é louvável, principalmente ao se considerar seu pioneirismo à época da criação desses métodos e de sua maior divulgação. São pelo menos 50 anos de cátedra dedicados à inúmeros estudos, dentre eles dos processos de controle e da *harmony ideology*, sendo outro diferencial de sua pesquisa o trabalho de campo, em especial com comunidades indígenas mexicanas, e a percepção antropológica sobre temas jurídicos. Cf. NADER, Laura. *LAURA NADER: A Life of Teaching, Investigation, Scholarship and Scope*. Regional Oral History Office, The Bancroft Library, University of California, Berkeley, 2014, entrevista concedida a Lisa Rubens and Samuel Redman

Além desses questionamentos iniciais aos quais se propõe estabelecer respostas por meio da bibliografia da autora, pretende-se transpor o questionamento crítico ao desenvolvimento dos métodos de ADR no Brasil, sua recepção no ordenamento jurídico pátrio, bem como suas implicações iniciais. Do propagandismo-acrítico que se estabeleceu em um primeiro momento, para uma proposta crítica dos métodos para sua constante reconstrução, adequação e desenvolvimento para que seja possível atingir a melhor resolução possível ao conflito.

2. OS CAMINHOS DO ADR

Em outro trabalho (NADER; GRANDE, 2002), em parceria com a professora italiana Elisabeta Grande, as autoras trabalham com as ilusões e delírios sobre a aplicação dos ADRs em sociedades outras que não a estadunidense. Pontuam que qualquer pessoa que tenha se dedicado ao estudo conflito é capaz de perceber que existe uma construção histórica por trás dessa indústria de resolução de conflitos que hoje se estabelece nos Estados Unidos.

As autoras atentam que no final dos anos 50 algumas escolas no Reino Unido e nos EUA já não mais olhavam para o conflito com a ideia de que todo conflito teria que ser pacificado, de que seria possível uma pacificação geral da sociedade. Entendiam que o conflito existe e é parte funcional da manutenção dos sistemas sociais (GLUCKMAN, 1959).

Os anos 60 nos EUA foram um período de grande efervescência dos movimentos sociais (NADER, 1993). Inúmeros sujeitos norte-americanos não se viam contemplados pelas leis, políticas públicas, e, tampouco, pelo judiciário. Eram os movimentos pelos *civil rights*, *environmental rights*, *consumer rights*, os movimentos negro e feminista que ascendiam na luta pelo reconhecimento de seus direitos. Esse foi um momento de muita insatisfação com o Direito e levou a uma série de questionamentos voltados a pensar respostas sobre como fazer com que o sistema legal funcionasse melhor.

Duas eram as respostas possíveis nesse momento (NADER, 1988): 1. os americanos deveriam aprimorar seu sistema legal para que ele passasse a contemplar as demandas desses e de outros sujeitos, recebendo a evolução dos direitos, ou, 2. os americanos são muito litigantes e é necessário que essa mentalidade seja combatida.

E os americanos optaram pela segunda opção que culmina com dois pensamentos regentes (NADER, 1979): a entrada de uma demanda no sistema judiciário depende tempo, dinheiro e conhecimentos específicos, de modo que as cortes teriam que buscar uma maneira desviar as demandas do judiciário e conduzi-las a outras soluções. Quanto ao segundo



pensamento, sobre a extrema litigância do norte-americano, destaca-se o papel da Roscoe Pound Conference em 1976.

2.1. A POUND CONFERENCE E A INFLUÊNCIA DO JUIZ BURGER

"Perspectivas da Justiça no Futuro" foi tema da conferência sediada em Saint Paul no estado de Minnesota, cujo intuito era trabalhar com os rumos que a justiça tomaria daquele momento em diante, levando em conta os pensamentos regentes. Um nome muito importante nessa conferência é Chefe de Justiça da Suprema Corte Americana Warren Burger (NADER, 1997).

Desde sua nomeação até sua aposentadoria advogou pela consolidação e institucionalização dos ADRs. E de fato o trabalho do juiz Burger fez com que isso ocorresse e com que houvesse uma difusão dos métodos por todo mundo. Foca-se, pois, no papel da retórica na construção desse discurso tão convincente do juiz.

A *Pound Conference* é um importante exemplo de como a linguagem pode ser utilizada como um método de dominação do outro. A retórica sofisticada elaborada por Burger é elemento fulcral na construção de uma mentalidade que sustentasse as perspectivas do ADR (NADER, 1997). Uma retórica assertiva, direta e propagandista, munida de generalizações, repetições, argumentos de autoridade, apresentação de valores tomando posição de fatos.

Um dos principais alarmes do discurso pelos ADRs era a ideia de que a sociedade estava muito conflituosa e que isso colocava sua estabilidade e segurança em risco, propunha que os métodos consensuais ressignificariam essa mentalidade e seriam capazes de construir uma sociedade mais civilizada.

2.2. A RETÓRICA POR TRÁS DO MOVIMENTO ADR: A IDEOLOGIA DA HARMONIA

NADER atribui a essa retórica o conceito de *harmony ideology*, ou seja, ideologia da harmonia, o uso da retórica de que a paz somente poderia ser construída por meio do consenso (NADER, 1993). Nada obstante, a autora é crítica fugaz ao tema, e se posiciona diretamente contra o discurso do Juiz Burger, alegando ser este desprovido de evidências quaisquer que realmente convencessem os profissionais do direito de que aquele seria o melhor caminho.

Ainda assim, a retórica e, talvez o peso da hierarquia, foram capazes de convencer e de difundir a ideia do ADR. O movimento pela disseminação do ADR não se propunha ser um movimento teórico, justamente porque não dispunha de arcabouço teórico, ao menos naquele momento, mas sim, um movimento prático. Advogados de contencioso passavam a ser vistos como "difusores da raiva" (NADER, 1993).

E o antagonismo litígio-consenso foi um dos principais sustentáculos do discurso propagandista do ADR. Advogados que renasciam como mediadores, conciliadores e árbitros, e, curiosamente, todos, até mesmo alguns ativistas ignoravam questões de classe, gênero e raça, talvez dominados pela ideia do consenso como tratamento igual para os sujeitos (NADER, 1993).

A crença na harmonia passa a ser considerada melhor que a postura adversarial de tal modo que a *harmony ideology* é aceita como um modelo legal. No começo os anos 70 (NADER, 1993) já uma série de demandas eram compradas pelo discurso da harmonia e da eficiência.

No entanto, ainda nos anos 70, e mais densamente nos anos 80, eram tecidas críticas ao discurso da *harmony ideology*, no sentido de que, ainda que se compreenda a ideia da harmonia e do consenso, não se pode abstrair dessa ideia as diferenças de classe, gênero e raça, de tal modo que os contextos tem que ser analisados para que se possa aplicar um método de ADR, deve haver uma epistemologia de ADR para cada contexto², principalmente ao se pensar na expansão desses modelos para outros países (NADER; GRANDE, 2002).

3. HARMONIA, CIVILIDADE E PODER

Há no discurso do juiz Burger e nos discursos que seguem sobre os métodos de ADR que perpetuam a ideia de que o conflito estaria relacionado a um ideal menos civilizado de sociedade (NADER; GRANDE, 2002).

Nesse momento há uma guinada dos sentidos atribuídos ao sistema judiciário. Se até aquele momento o conflito é o que sustenta o sistema adversarial, a partir da

² Clearly any ADR scheme needs careful study of the social conditions in which may operate. The rhetoric of harmony law models is attractive, But the idea that in a conciliatory model, people do not fight but rather harmoniously agree about a common solution is fiction. So also is the belief that such a harmony model exists in "primitive" and idyllic societies. Similarly we need to understand the real dynamics of power that are at play when foreign systems are transplanted. In sum, the underside of conflict management includes more than suggestions for new legal transplants and more than a study of techniques of conflict resolution. Today it includes nationalism and its consequences and actors-politicians, businessmen, arm dealers, mercenaries, ethnics, neo-colonialists, and of course, victims. (...) Cf. NADER, L. GRANDE, E. *Current Illusions and Delusions about Conflict Management in Africa and Elsewhere*. In. Law and Social Inquiry. n. 27, 2002.



institucionalização do ADR passa-se a defender a ideia de que o conflito não é civilizado. Nessa guinada o objetivo passa a ser a paz, em lugar do conflito, a harmonia, em lugar do comportamento contencioso, assumindo-se que se portar de tal maneira seja uma escolha.

NADER e GRANDE (2002) fazem um delicado recorte conquanto à mediação e à negociação, entendeM que para que se possa trabalhar com esses métodos é necessário que haja entre as partes condições de relativa igualdade. Sabendo, pois, que o modelo adversarial fornece determinadas garantias às partes, em situação de desigualdade, razão pela qual, nesse tipo de conflito o Judiciário seguiria sendo imprescindível.

No entanto, mesmo nesses cenários é possível vislumbrar a aplicação das práticas de ADR, talvez pelo medo de passar por menos civilizado que outras nações. Nada obstante, nada parece justificar essa olvidação coletiva das desigualdades de poderes entre as partes e como isso pode submetê-las à prática de acordos menos ou desfavoráveis. O que pode ser mais claro se pensarmos nas relações familiares, consumeristas e trabalhistas, as partes nesses processos são passíveis de elaborarem um consenso?

3.1. PROCESSOS DE CONTROLE

Nader também dedicou sua pesquisa à compreensão dos mecanismos de poder (NADER, 1997), essa é uma parte de sua obra dedicada a estudos comparativos à respeito da *harmony ideology*.

A autora disserta (NADER, 1997) que em seus trabalhos de campo com comunidades indígenas mexicanas percebeu que desde a colonização os modelos de *harmony ideology* já existiam e eram praticados, e como foram decisivos na pacificação dos povos frente aos processos de colonização.

Uma importante linha de sua pesquisa é a linha associativa em que onde houve colonizadores e, especialmente, missionários houve a difusão da *harmony ideology*, e mais, que os povos a ela sujeitos optaram por adotar suas perspectivas como forma de autodefesa, ou seja, por meio da própria ideologia dos colonizadores, evitavam o conflito e assim protegiam seus núcleos.

Afora as perspectivas do estudo de campo antropológico, a autora transporta esses conhecimentos para o estudo do sistema legal de harmonia que se instaurou nos EUA. Um ponto que chama a atenção é entender os "comos". Como a ideologia legal mudou da controvérsia para a tolerância tão rapidamente? E quais as consequências dessa mudança de paradigmas?

O fato é que a partir do estudo comparativo com as comunidades mexicanas a autora passa a ter uma visão cética sobre a benignidade da *harmony ideology* (NADER, 1997). Entendendo precipuamente que mudanças de paradigmas são diretamente relacionadas às estruturas de poder.

A *harmony ideology* quer queiramos, quer não, já está inserida no modo de pensar os direitos e a justiça. A tão propagada intolerância ao conflito tem resolvido as demandas? Ou seria a intolerância ao conflito uma forma de prevenir, não o conflito, mas sua manifestação na sociedade, em verdadeira forma de controle da sociedade (NADER, 1988)?

A institucionalização do ADR também teve um importante papel em afastar da corte os chamados *garbage cases* (NADER, 1993) - como família, meio ambiente, consumidor. Ainda assim, não se respondeu como a *harmony ideology* se expandiu tão facilmente pelos campos do direito.

Em um outro aspecto do poder, Nader (1993) argumenta que a *harmony ideology* encontra "solo fértil" no Direito, porque o direito é justamente um espaço de hierarquia, o advogado é criado, gerido e transformado para aceitar e introjetar a hierarquia, de tal modo que não foi difícil inculcar o ideal da ideologia da harmonia em suas mentes, muito menos difícil quando os cursos de Direito, sendo precursora a Faculdade de Direito de Harvard inserem as técnicas de ADR e toda sua ideologia na formação de seus alunos.

4. ADR E RELAÇÕES DESIGUAIS

Qual seria o significado da *harmony ideology* nas relações desiguais? É possível acreditar na cultura do consenso nesses cenários? Será que a cultura da harmonia também não teria um papel coercitivo-repressivo e por que não dizer anti-democrático?

Pode-se trabalhar com o exemplo do movimento de mulheres nos anos 70 e 80 pela aplicação da mediação nas demandas de direito de família, sob influência do discurso da *harmony ideology* acreditavam que a mediação familiar seria um caminho mais respeitoso e humano para as famílias em conflito, bem como, que seria uma alternativa ao sistema comum de justiça, ou seja, alternativa a construção patriarcal de justiça.

E a mediação familiar se tornou um sucesso nos EUA e influenciou países no mundo todo, inclusive em alguns estados se tornou obrigatória. E essa exaltação a mediação familiar reinou sem críticas nos EUA, até que uma mediadora e pesquisadora da Universidade de San



Francisco, Trina Grillo³ (1991) faz um trabalho sobre as problemáticas da mediação familiar, em especial sobre os riscos aos quais expunha as mulheres.

Nesse sentido, ainda que nos pareça ser obviamente desigual a relação entre homens e mulheres, na maioria das relações afetivas patriarcalmente concebidas, a mediação segue suprimindo essas informações e "passando pano" para as diferenças de gênero, raça e classe social, precipuamente.

5. A EXPORTAÇÃO DO ADR

A cultura imperialista norte-americana se estende por todas as esferas: economia, direito, política. E tende a querer exportar basicamente tudo aquilo que produz, de produtos a saberes. Tanto mais quando aquilo que produz gera bons resultados.

E, não seria diferente com os métodos do ADR. Tão logo se aplicaram nos EUA já iniciaram seus processos de difusão pelo mundo, levando-se em consideração o momento histórico da guerra fria e os desejos de hegemonia norte-americanos.

Exportar um modelo de paz e harmonia era contrapor-se também a um modelo beligerante, era mostrar a superioridade cultural norte-americana, um povo que mudava sua cultura litigante para a realização do consenso, de guerra por paz.

Frise-se que esse era também um momento histórico de dualidades, de confrontos duais, ou se era capitalista ou socialista, ou se aliava aos EUA ou a URSS, ou se recebia os benefícios de um ou do outro lado, ao se alinhar a uma das grandes potências mundiais.

Antes do fim da Guerra Fria já muitos países se alinhavam com o modelo político-econômico norte-americano, com a queda do muro de Berlim em 1989, já não havia mais que se falar em lados, venceu a hegemonia norte-americana. Veja-se que é nesse período dos anos 80 aos anos 90 que se dá o *boom* dos métodos de ADR ao redor do mundo.

³ O Estudo de Trina Grillo (The mediation...) parte da análise de que em um momento inicial da criação da mediação familiar esta parecia ser a superação de uma justiça fria e insensível para a solução mais justa e humanizada das demandas familiares. Esperava-se muito da mediação, esperava-se um sistema voluntário e cooperativo, mais igualitário, trazendo o compartilhamento de emoções para o procedimento. No entanto, o estudo de Grillo é bastante crítico quanto a essas promessas e se dedica a mostrar uma série de problemas estruturais atrelados ao procedimento. A fala não é tão livre quanto se esperava, emoções são coibidas, ao passo que a culpa é constantemente reafirmada, além de uma série de opressões à mulher nesse cenário que impedem o pleno desenvolvimento de suas capacidades, bem como a celebração de acordos verdadeiramente justos. Homens e mulheres não estão em posição de igualdade, tanto menos nas relações familiares. CF. GRILLO, T. *The mediation alternative: Process Dangers for Women*. The Yale Law Journal, Vol. 100, n.º 6, 1991.

E no Brasil não seria diferente. ao se alinhar com as posturas norte-americanas, com o modelo econômico neoliberal, e, para fazer parte do mercado internacional, da OMC e receber ajudas do BM e do FMI, precisava se alinhar aos desígnios ali cunhados.

5.1. A RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A CRFB/88 consolidou a (re)democratização do Brasil pós regime militar declarando a necessidade e o empenho para a construção de uma sociedade mais igualitária, não discriminatória e regida pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Esse termo (que de tão reproduzido, talvez tenha perdido seu significado real) é, ainda, o mais importante norte à aplicação de todas as normas do ordenamento jurídico, propugnando pela efetivação da justiça social, meta fundamental a ser concretizada pela CRFB/88.

Necessária, para tal fim, a criação de políticas públicas voltadas à concreção dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos nessa perspectiva de um direito emancipatório e libertador foi imprescindível o desenvolvimento dos institutos voltados à ampliação do acesso à Justiça enquanto *conditio sine qua non* para a efetivação dos Direitos Constitucionais.

Nessa perspectiva de efetivação do amplo acesso à justiça, grupos sub-representados e minorias passam a ter participação no Judiciário brasileiro, o que, em termos democráticos, foi verdadeira revolução da acessibilidade ao Judiciário⁴.

Ocorre que as instituições, tais como foram concebidas, não estavam preparadas para a completa abertura de suas portas. Especialmente, quanto ao Judiciário: um gerenciamento insuficiente aliado ao um abarrotamento de demandas acarretaram verdadeira crise⁵.

⁴ El derecho de acceso a la justicia se transformó, de un derecho de enunciación general y carente de efectividad, en un derecho fundamental de primer orden, cuya regulación exige un detalle muy minucioso, para garantizar de manera efectiva su ejercicio. de tal suerte que de un concepto jurídico tan general como el de la declaración universal de derechos humanos, que dispone: “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante tribunales nacionales competentes, que le ampare, contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”, se llega en instrumentos recientes a un detalle y sosticación que no imaginaron los redactores de la Declaración Universal. Cf. AHLF, L.O., El Derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes em situación irregular. In. Doctrina Jurídica, n° 588, 2011, disponível on-line in: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>

⁵ Assim, a tão falada crise do processo e da jurisdição não nasceu no vazio, mas sim em um contexto histórico em que novos direitos foram surgindo em decorrência de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais que, somados, produziram novas categorias de demandas para as quais as estruturas processuais não podiam dar resposta satisfatória. Cf. SALDANHA, J. M. L.. A paradoxal face ‘hipermoderna’ do processo constitucional, revista NEJ, vol. 15, n° 1, pp. 5-26, jan-abril, 2010, disponível on-line in: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2298/1613>



Isto porque um maior número de demandas, em maior número de áreas do conhecimento, aliado à perspectiva econômica neoliberal pressionou o Judiciário à elaboração de saídas ao caos que se estabelecia, criando-se políticas de eficiência.

Tais políticas se identificavam com as orientações traçadas desde 1996 pelo BM (SALDANHA, 2010), tais orientações ainda que paranormativas e sem força de lei pressionavam os países periféricos pelas políticas de reforma, vez que a contrapartida em fomentos à economia era demasiadamente interessante.

O Brasil adota o neoliberalismo como seu modelo político-econômico nos anos 80 de tal modo que sua subordinação às agências multilaterais era inevitável. Voltando às diretrizes do BM, o documento técnico 319S é criado para orientar as reformas ao Judiciário se embasando na maximização da capacidade de resolver demandas, na celeridade, eficiência, redução de custos e aplicação da equidade.

Tais políticas, no entanto, em termos de acesso à justiça, partiam de outra premissa, o sistema multiportas⁶, ou seja, não tratavam de um alargamento do judiciário, mas da proposta de abertura de novos caminhos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, de modo que, na perspectiva neoliberal há uma valorização da privatização (SALDANHA, 2010) até mesmo nas instâncias de soluções de demandas.

5.2. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO ADR NO BRASIL

É possível dizer que o CPC/73 já dissertava sobre os métodos de ADR (CABRAL, T. 2017), em verdade, sobre a conciliação, no entanto, o verdadeiro momento de recepção dos métodos foi a abertura concedida pela CRFB/88.

Em seu artigo 4º, especialmente, nos incisos, VI e VII, a CRFB/88 introjeta em seus princípios a promoção da paz, bem como a busca pela solução pacífica dos conflitos. A harmonização dos ADRs com o ordenamento pátrio era polêmica, pois, parecia estar em confronto com o art. 5º, XXXV, em que a CFRB/88 frisa a não exclusão de qualquer direito ou ameaça a direito da apreciação do Judiciário.

⁶ A ideia de um tribunal multiportas é cunhada nos anos 70 pelo professor de Harvard Frank Sander, retratava o direcionamento dos processos que chegam ao judiciário para sistemas e mecanismos mais adequados à resolução dos conflitos, economizando tempo e dinheiro. In. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil* / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.



Para a recepção dos ADRs foi necessário conferir certo sentido interpretativo para uma "atualização" do texto constitucional. Assim, entende-se⁷ (GRINOVER, 1975) que a leitura do artigo deve ser feita, não por "apreciação do judiciário", mas por "prestação jurisdicional", de modo que, segue não excluindo a apreciação do judiciário, mas simultaneamente permitindo o acesso a outras vias de prestação jurisdicional.

Superado esse possível conflito, hoje os métodos de ADR já estão consolidados no Brasil. Em 2009, o II Pacto Republicano reiterou a necessidade de fortalecimento dos métodos alternativos, bem como tem papel de destaque nesse processo o CNJ, por meio da resolução nº 125 de 2010, alterada pela Emenda nº 2 de 2016, além da criação das leis de mediação, Lei nº 13.140/2015 e de arbitragem, Lei nº 9.307/96, atualizada pela Lei nº 13.129/15.

Bem como, também reiterado e reafirmado o ADR no Código de Processo Civil de 2015, no qual se podem destacar seus artigos 165 a 175. Resta, pois, mais que provada a recepção do instituto no Brasil. No entanto, resta saber se essa recepção foi uma escolha ou uma imposição e quais vem sendo seus impactos na sociedade brasileira?

5.3. O ADR NO BRASIL: PROPAGANDISMO ACRÍTICO

Como se pôde vislumbrar a recepção dos métodos de ADR no Brasil não foi uma escolha, nem uma recepção despreziosa, sem qualquer pressão, longe disso, em verdade, as diretrizes do BM foram fundamentais para a criação dos regulamentos em termos de conciliação, mediação e arbitragem no país, bem como pela difusão e propaganda desses meios no cenário jurídico-político nacional.

Muito da retórica da *harmony ideology* foi transplantado para o país, em especial a idéia de que o brasileiro era, como o americano, um povo muito litigante e, por isso, de mentalidade inferior e por que não menos civilizada.

De fato, não era parte da cultura nacional a solução extrajudicial de conflitos, sempre houve no Brasil um movimento processualista bastante intenso, talvez pela crença em sua capacidade de resguardo dos direitos. Nesse momento, fazia sentido a necessidade de um movimento acadêmico-propagandista (BIANCHINI, 2017) que levasse a ideia do ADR àqueles que o consumiriam e dele disporiam.

⁷ Também assim entende o STF, quando reconheceu a constitucionalidade da anterior Lei de Arbitragem, Lei 9.307/96, destaca-se o voto do Ministro Carlos Velloso que destacou que, em se tratando de direitos disponíveis as partes teriam a faculdade de renunciar à jurisdição estatal, de modo que o art. 5º, XXXV, representaria um direito à ação e não um dever.



Ainda que fosse efetivamente necessário recepcionar novas formas de solução de conflitos, considerando a complexidade da sociedade pós-moderna e de seus conflitos, o movimento não pareceu dar a devida atenção ao impacto das muitas desigualdades que assolam nosso país.

Fato é que os esforços propagandistas já atingiram resultados. O último relatório Justiça em números aponta que o índice de conciliação do poder judiciário é de 12,1%, em que 13,8% dos casos de primeira instância já são resolvidos pela homologação de acordos. Talvez as porcentagens possam não pareçam tão expressivas, mas, em números absolutos, das 31 milhões de sentenças e decisões terminativas listadas, 3,75 milhões já são resolvidas por métodos alternativos.

Nesse sentido, pensando na evolução dos meios no Brasil, de fato há ainda muito campo de expansão, nada obstante, será mesmo que ainda é necessário que a maior parte dos trabalhos acadêmicos siga exercendo uma exaltação acrítica dos métodos de ADR? Ou será que talvez já não seja o momento de se seguir para uma reflexão crítica e elaboração de propostas de adequação e desenvolvimento dos meios com atenção às especificidades do cenário brasileiro?

5.4. O ADR NO BRASIL: ALGUMAS CRÍTICAS

A perspectiva do presente trabalho à luz da pesquisa das Professoras Laura Nader e Trina Grillo aponta para a crítica aos métodos de ADR nos Estados Unidos que pode ser estendida para o Brasil. Fato é que os mecanismos já estão consolidados em nosso país, desse modo, não se quer fazer uma crítica vazia, mas uma crítica capaz de fomentar e nortear o desenvolvimento desses procedimentos no país.

O Brasil é um país notadamente marcado pela desigualdade social, racismo estrutural e estruturas patriarcais. Nesse sentido, qualquer instrumento legal que venha a ser aplicado em nosso país deve levar esses elementos em consideração.

A importação dos mecanismos de ADR, nesse sentido, pode ter sido muito passiva, os moldes vieram praticamente prontos e assim foram assimilados, vez que foi necessário organizar rapidamente a formação de mediadores, conciliadores, árbitros, e a criação de suas respectivas estruturas, CEJUSCs, câmaras e afins.

Um dos problemas que se instalou nesse cenário é a chamada “*pseudocomposição*” (KRÄHENBÜHL; ZAPPAROLLI, 2012), ou seja, a desmedida utilização de métodos autocompositivos como mecanismos de desafogamento do Judiciário. Tais políticas não só



não auxiliam na resolução da crise do Judiciário como fazem crescer a desconfiança quanto a eficiência dos Tribunais.

Se tudo é passível de encaminhamento para os métodos alternativos, qual então o papel do Judiciário? E, será mesmo que todos as demandas podem ser resolvidas fora do processo judicial?

GABBAY (2013) pontua sobre a necessidade de que se traçam limites aos procedimentos de ADR, ela atesta veementemente que nem todos os casos, nem todas as demandas devem seguir o caminho das múltiplas portas.

A propaganda de que se oferece ao sujeito com uma demanda uma série de caminhos para a resolução de seu conflito é muito atraente, no entanto, sabe-se que há casos, notadamente aqueles em que há uma disparidade muito grande de poder entre as partes que não devem seguir os caminhos alternativos, mas passarem pelo crivo do judiciário para que esse seja capaz de balancear as diferenças e estabelecer um caminho mais equânime para o desenvolvimento do processo.

A autora (GABBAY, 2013) propugna pelo melhor desenvolvimento do que os norte-americanos chamam *screening process* no Brasil, o que poderíamos chamar de triagem, ou seja, chegando um processo ao judiciário, este ao analisá-lo deveria ser capaz de identificar naquele conflito as características necessárias para que seja ou não encaminhado para uma conciliação ou mediação.

Apoiada nas ideias de BRAZIL (1991) a autora (GABBAY, 2013) ainda elenca os critérios que deveriam ser atendidos pelos juízes, ou quem quer que seja responsável pelo encaminhamento do processo.

São eles: i) tema ou assunto, ii) complexidade, iii) nível de dificuldade de encontrar o ponto central da disputa com base nos pedidos das partes e outros documentos, iv) número de partes, v) tipo de ação, vi) tipo de partes, vii) relação entre as partes, viii) valores discutidos na controvérsia, ix) tipo de demanda e pedido, x) característica da relação entre os advogados, xi) tempo e situação do caso, xii) nível de interesse pelo acordo, xiii) partes e advogados que não aparentam agir com razoabilidade, xiv) partes ou advogados que aparentam ter pouca segurança em suas habilidades para focar no mérito e nos valores envolvidos no caso, xv) partes que aparentam ter pouca confiança em seus advogados, xvi) casos em que as custas e taxas parecem estar proporcionalmente elevadas para o valor da causa, xvii) partes com preocupações especiais sobre privacidade e confidencialidade, xviii) casos politicamente sensíveis ou muito conhecidos pelo público, xix) casos que implica em importantes políticas



públicas, xx) casos sobre temas mais atípicos e esotéricos em que seria difícil encontrar terceiros com especialidade ou sem conflito de interesses para analisar.

Esses critérios visam a que as controvérsias não sejam encaminhadas para meios de solução inadequados, evitando a celebração de acordos forçados pelas diferenças socioeconômicas entre as partes, entre outras, como gênero e raça (GRILLO, 1991), por exemplo, que também podem ser decisivas no cenário da coação da vontade que deveria ser autônoma, arriscando a legitimidade do consentimento (GABBAY, 2013)

Para além de evitar acordos com disparidades exacerbadas entre as partes, outras preocupações recaem sobre a não remuneração dos mediadores, bem como, a falta de identidade profissional desses sujeitos e seu reconhecimento pelos tribunais (GABBAY, 2013), que podem, em muito, dificultar a melhor atuação desses profissionais.

É claro que as críticas não se encerram aqui, mas são trabalho constante, especialmente, daqueles que lidam com o dia-a-dia da prática e são capazes de perceber suas vantagens e mazelas. O fato é que tecer críticas e estabelecer limites não tem por intuito diminuir ou coibir o uso dos institutos, mas, aprimorá-los e torná-los sempre mais adequados às controvérsias que pretendem resolver.

6. CONCLUSÃO

Este artigo se organizou de modo a responder a alguns questionamentos estruturantes sobre o desenvolvimento dos métodos de ADR nos EUA e no Brasil, por meio da pesquisa bibliográfica, apoiando-se, essencialmente, na obra crítica da pesquisadora Laura Nader.

Inicialmente, questionou-se sobre o processo de inserção dos ADR na sociedade, bem como sobre seu contraponto constante em face do sistema adversarial, ainda, versou-se sobre a imposição da *harmony ideology* sobre a população e sobre a construção de uma retórica da harmonia, que buscou construir a ideia de que o litígio era uma perspectiva menos civilizada que o consenso.

Foi realizado breve apanhado histórico com os principais eventos que determinaram a consolidação dos métodos de ADR, com especial destaque à Pound Conference e aos trabalhos do Juiz Burger.

Das contribuições deste é possível inferir a construção do que NADER alcunhou *harmony ideology*, ou seja, da ideologia em que a paz somente poderia ser obtida por meio do consenso. Além da construção de uma ideologia, foi fulcral o exercício de toda uma retórica

propagandista que convencesse a população e os profissionais do Direito das benesses do novo modelo legal que se construía.

Seja pelo poder da retórica, seja por mecanismos de hierarquia e controle, os métodos de ADR se consolidaram nos EUA e, mais que isso, espalharam-se pelo mundo, apoiados na ideia de maior civilidade do consenso, de sua eficiência e redução de custos.

Nada obstante, talvez o fato mais curioso em todo esse processo é que a retórica da *harmony ideology* em momento algum se atentava para as relações desiguais que eram encaminhadas para as resoluções consensuais. Será mesmo que nesses cenários é possível conceber a ideia de consenso?

Neste artigo versamos sobre a impossibilidade de consenso em cenários desiguais, e que, mais problemático ainda, é pensar em uma concepção coercitiva e antidemocrática de acordo, ou seja, na *pseudocomposição*, a *forçação* não questionada de acordos sem atenção aos contextos em que se inserem determinados conflitos.

Feitas essas considerações passou-se à exportação dos mecanismos de ADR, com foco, é claro, para a recepção destes no Brasil. Questionou-se o fato de que essa recepção não foi desinteressada, mas diretamente ligada ao cenário econômico neoliberal do período e a pressão das organizações supranacionais, em especial do BM, do FMI e da OMC.

Falou-se sobre o papel da Constituição Federal na abertura dos caminhos para a recepção dos métodos, bem como sobre a evolução legislativa que se sucedeu até chegarmos na recepção ampla pelo Código de Processo Civil de 2015, e pelas leis 13.140/2015 e 9.307/96.

No entanto, apesar da já comprovada consolidação dos métodos de ADR no Brasil a literatura acadêmica sobre a temática segue dotada de teor acrítico e ainda muito propagandista. Nesse sentido, chegou-se à parte final do artigo em que se buscou traçar algumas críticas fundamentais ao uso dos métodos no Brasil.

Tratou-se brevemente da desatenção à marcante desigualdade social que existe no Brasil, em termos econômicos, raciais e de gênero. Também se falou sobre a rápida criação dos núcleos de mediação, conciliação e arbitragem e sobre a rápida formação dos profissionais para esses trabalhos, razão pela qual pode haver uma série de problemas na prestação dos serviços.

Falou-se ainda sobre a desmedida utilização dos métodos para desafogar demandas do judiciário. Destacou-se que nem todas as demandas devem ser encaminhadas para os métodos



alternativos, de modo que, ao se encaminhar um processo para o sistema de múltiplas portas é necessário que se sigam alguns *standards* protetivos.

Fato é que o Judiciário não se tornou, tampouco se tornará indispensável, vez que é essencial nas demandas que exijam reequilíbrio de poderes. A crítica não visa, tampouco, a coibição do uso dos métodos de ADR, mas propugna por um uso crítico e bem pensado, para que se possa consolidar um efetivo acesso à justiça, independente da porta de entrada que se escolha adotar.

REFERÊNCIAS

AHLF, L., *El Derecho de acceso a la justicia de los imigrantes en situación irregular*. In: *Doctrina Jurídica*, n° 588, 2011, disponível on-line in.: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2969/4.pdf>

ALMEIDA, R., ALMEIDA, T., CRESPO, M. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012.

BRAZIL, W. *Institutionalizing ADR programs in Courts*, In: SANDER, F. *Emerging ADR Issues in State and Federal Courts*, American Bar Association, 1991.

CABRAL, T. *A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil*. In: *Revista FONAMEC*. Rio de Janeiro, vol. 1, n.1, 2017, pp. 354-369.

CNJ, *Relatório Justiça em Números*, Brasília, 2018, disponível on-line in: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

GABBAY, D. M. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: Condições, desafios e limites para a institucionalização da Mediação no Judiciário*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

GLUCKMAN, M. *Custom and Conflict in Africa*. Manchester, Free Press, 1959

GRILLO, T. *The mediation alternative: Process Dangers for Women*. *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n.º 6, 1991.

GRINOVER, A. P.. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo, José Bushatsky, 1975.

NADER, L. GRANDE, E. *Current Illusions and Delusions about Conflict Management in Africa and Elsewhere*. In: *Law and Social Inquiry*. n. 27, 2002.

NADER, Laura. *LAURA NADER: A Life of Teaching, Investigation, Scholarship and Scope*. Regional Oral History Office, The Bancroft Library, University of California, Berkeley, 2014, entrevista concedida a Lisa Rubens and Samuel Redman

NADER, L. *Controlling Processes: Tracing the Dynamic Components of Power*. In. *Current Anthropology*. n. 38, 1997.

NADER, L., *The ADR Explosion: the Implications of Rhetoric in Legal Reform*, 8 Windsor Yearbook of. Access to Justice, n.8, 1988, pp. 269-291

NADER, L., *Disputing Without the Force of Law*, 88 Yale Law Journal. vol. 88. (1979). disponível on-line in.: [h p://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol88/iss5/5](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol88/iss5/5)

NADER, L. *Controlling Processes in the practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Moviment to reform dispute ideology*. The ohio state journal on dispute resolution. vol. 9. n.1, 1993.

SALDANHA, J. M. L.. *A paradoxal face 'hipermoderna' do processo constitucional*, revista NEJ, vol. 15, n° 1, pp. 5-26, jan-abril, 2010, disponível on-line in: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2298/1613>

ZAPPAROLLI, C. R., KRÄHENBÜHL, M. C. *Negociação, mediação, conciliação, facilitação assistida, prevenção, gestão de crises nos sistemas e suas técnicas*. São Paulo: LTr, 2012.

ZAPPAROLLI, C. R. *Procurando entender as partes nos meios de resolução pacífica dos conflitos, prevenção e gestão de crises*, in: SALLES, C. A., LORENCINI, M. A. LOPES, SILVA, P.E., (coord.) *Negociação, mediação e arbitragem*. São Paulo: Método, 2012.