

FATORES DE EFETIVIDADE DE PROCESSOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA CONSTRUTIVISTA *

André Gomma de Azevedo[†]

I. Introdução. II. Processos construtivos de resolução de disputas e fatores de efetividade de processos de resolução de disputas. III. Constatações empíricas referentes à efetividade processual. IV. A perspectiva construtivista dos processos de resolução de disputas como forma de assegurar maior efetividade processual V. Conclusão VI. Bibliografia.

I. Introdução.

Refletindo característica de um moderno ordenamento jurídico¹, o direito processual brasileiro, na sua vocação preponderante de servir como instrumento para a

* Meus agradecimentos especiais ao Prof. Ivan Machado Barbosa pelas críticas e comentários bem como pelo trabalho de revisão de texto.

[†] Juiz de Direito (TJBA). Professor Pesquisador Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade de Columbia em Nova Iorque - EUA. Ex-mediador no Institute for Mediation and Conflict Resolution (IMCR), em Nova Iorque - EUA. Ex-mediador no Harlem Small Claims Court, em Nova Iorque - EUA. Ex-consultor Jurídico na General Electric Company (GE), em Fairfield, CT - EUA. Texto elaborado a partir de palestras proferidas no Curso de pós-graduação *lato sensu* em Arbitragem e Mediação da Fundação Getúlio Vargas - SP (GVLaw) em 07.07.2004 e no 2º Congresso do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia em 9.11.2004 na FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo bem como em artigos publicados na Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do estado da Bahia e na obra Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3.

¹ Cf. CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Forense, 2ª Ed., 1993, p. 14; GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993, p. 20; COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Processal Civil*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958, p. 10.

efetiva realização de direitos materiais² e a pacificação social, tem gradativamente se aproximado de novos instrumentos de composição de disputas inserindo-os nas tradicionais formas de resolução de conflitos: *autocomposição* (e.g. mediação) e *heterocomposição* (e.g. arbitragem). Todavia, como reflexo do amadurecimento no Brasil desses novos mecanismos de resolução de disputas, há crescente preocupação com a efetividade desses processos. Em alguns casos, há arbitragens cujos custos excederam aqueles projetados para a eventualidade da disputa ser conduzida no processo judicial, em outros as arbitragens são conduzidas por pessoas que se apresentam como “juízes arbitrais” conduzindo procedimentos de arbitragem travestidos de processos judiciais e há casos em que o desenvolvimento da arbitragem se elastece excessivamente³. Há também alguns artigos doutrinários⁴ que começam a surgir em crítica à arbitragem e à mediação. De outro lado, há diversos programas de soluções “alternativas”⁵ de disputas que, mesmo ligados a tribunais estaduais e

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

³ Recentemente a Petróleo Brasileiro S/A - Petrobrás firmou termo de conciliação encerrando uma arbitragem, conduzida pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), movida em desfavor de país do continente africano e que durava quase uma década. Os termos dessa conciliação não podem ser reproduzidos em razão da política de confidencialidade da CCI.

⁴ E.g. FISS, Owen, *Against Settlement* Yale Law Journal nº 93, 1984, p. 1073; HENSLER, Deborah R. *Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out*. The National Law Journal, 1994; KAKALIK, James S. et alii, *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, CA: RAND Corp., 1996; ASHWORTH, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology 42, 2002, p. 578-595; CARVER, Todd B. e VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does*, Harvard Business Review maio-junho 1994.

⁵ Cabe registrar que, segundo uma perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é considerada como uma “atividade secundária”, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando a composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes - devendo o Estado intervir tão somente quanto as partes não são bem sucedidas nesta atividade. Sob esta ótica da “substitutividade da jurisdição” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. São Paulo: Ed. Bookseller, 2a Edição, 2000, p. 17) pode-se afirmar que a forma principal de resolução de disputas é a negociação entre as partes e a forma “alternativa” seria a intervenção estatal por meio da jurisdição.

federais⁶, têm apresentado notáveis índices de satisfação de usuários⁷. Neste contexto, mostra-se necessária breve análise de alguns dos fatores que conduzem à efetividade de processos de resolução de disputas.

Referindo-se ao processo judicial, o mexicano Niceto Alcalá Zamorra Y Castillo sustentava que este processo rende, com frequência, muito menos do que deveria em “função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandone”⁸. Cabe acrescentar a esses “defeitos procedimentais” o fato de que em muitos casos, o processo ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados.

II. Processos construtivos de resolução de disputas e fatores de efetividade de processos de resolução de disputas.

Quanto a interesses que não são necessariamente juridicamente tutelados, mas ainda assim permanecem relevantes ao conflito, Morton Deutsch, em sua obra *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*⁹ apresentou importante classificação de processos de resolução de disputas ao indicar que esses podem ser *construtivos* ou *destrutivos*. Para Deutsch, um processo destrutivo se caracteriza pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou se tornar mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal

⁶ Sobre esses programas v. AZEVEDO, André Gomma de, *Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004, p. 137.

⁷ V. relatório de atividades do Programa de Estímulo à Mediação do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios <<http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>.

⁸ ZAMORRA Y CASTILLO, *Proceso, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238.

⁹ DEUTSCH, Morton, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven: Yale University Press, 1973. Cabe destacar que três capítulos desse trabalho foram traduzidos e podem ser encontrados na obra AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação - Vol. 3*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

conflito frequentemente torna-se “independente de suas causas iniciais¹⁰” assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção, na mais das vezes errônea, de que os interesses das partes não podem coexistir. Em outras palavras, partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito.

Por sua vez, processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado, árbitro ou mediador) de motivar todos os envolvidos para que *prospectivamente* resolvam as questões sem atribuição culpa ou ao menos sem a percepção da existência de um vencido e um vencedor; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses¹¹ e iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes¹². Em outros termos, partes quando em processos construtivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com fortalecimento da relação social preexistente à disputa e, em regra, robustecimento do conhecimento mútuo e empatia. Exemplificativamente, mesmo um casal em via de separação pode ser orientado por meio de um processo construtivo na medida em que o condutor desse procedimento

¹⁰ DEUTSCH, *Ob. Cit.*, p. 351.

¹¹ DEUTSCH, *Ob. Cit.* p. 360.

¹² Por esse motivo, muitas instituições de arbitragem recomendam que, antes de iniciado o procedimento heterocompositivo propriamente dito, as partes sejam direcionadas a uma breve fase autocompositiva ou a um mediador que estas possam dirimir eventuais questões que não sejam juridicamente tutelados (e.g. falha de comunicação) ou especificamente objeto da arbitragem mas que tenham contribuído para o agravamento do conflito ou - na melhor das hipóteses - as próprias partes possam dirimir sua disputa prescindindo o regular desenvolvimento da arbitragem.

estiver apto a motivar as partes para que, diante de inevitável ruptura de vínculo conjugal, estas possam desenvolver a melhor relação possível na fase posterior à separação – presumindo-se, no exemplo, que as partes manterão algum vínculo em razão da existência de filhos.

Assim, retornando ao conceito apresentado no início do século XX por Zamora Y Castillo, o processo, de fato, rende com freqüência menos do que poderia, em parte por que se direciona, sob seu escopo social¹³, à pacificação fazendo uso, em grande parte, de mecanismos destrutivos de resolução de disputas a que esse autor mexicano denominou “defeitos procedimentais”. Diante disso, pode-se afirmar que há patente necessidade de que os novos mecanismos de resolução de disputa, como a arbitragem, permitam que partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias¹⁴, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca¹⁵.

A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a arbitragem fossem panacéias para um sistema em crise¹⁶. Da mesma forma, conclui-se que não há como impor um único procedimento de

¹³ Cf. ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefesa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991 e DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

¹⁴ RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

¹⁵ BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

¹⁶ De fato, há diversas situações em que a mediação ou a arbitragem não são recomendadas como demandas que versem sobre interesses coletivos ou que requeiram elevado grau de publicização (e.g. Ações Cíveis Públicas ou ações de indenização decorrentes de danos a saúde causados pelo uso do amianto como isolante térmico).

mediação ou arbitragem ante patentes diferenças nas realidades fáticas (*fattispecie*¹⁷) do público alvo de cada centro. Vale ressaltar que frequentemente se encontram centros com diversos procedimentos distintos que variam de acordo com o objeto da demanda ou a matéria central a ser debatida.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas¹⁸, tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente da qualidade dos programas ou das instituições. Um recente trabalho do instituto de pesquisa RAND constatou que não houve vantagens significativas para a mediação quando comparada ao processo heterocompositivo judicial e concluiu que esses resultados insatisfatórios decorreram de programas que não foram adequadamente desenvolvidos para atender os objetivos específicos que os usuários de tal processo buscavam. Esses projetos examinados pelo Instituto RAND tiveram, como conclui essa pesquisa, insuficiente treinamento de mediadores e oportunidades inadequadas para a participação dos envolvidos¹⁹.

Segundo a professora Deborah Rhode²⁰, a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de

¹⁷ Cf. CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo*, n. 6, p. 11 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

¹⁸ v. RHODE, *Ob. Cit.* p. 132.

¹⁹ HENSLER, Deborah, R. *Puzzling over ADR: Drawing Meaning from the RAND Report*, *Dispute Resolution Magazine* no. 8, 1997, p. 9. No mesmo sentido v. Hensler, Deborah R., *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System*, *Penn State Law Review*, v. 108, nº 1, 2003; Hensler Deborah R., *A Research Agenda: What We Need to Know About Court-Connected ADR*, *Dispute Resolution Magazine*, v. 6, nº 1, 1999.

²⁰ RHODE, Deborah, *Ob. Cit.* p. 135.

disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema²¹.

No Brasil, os resultados colhidos em alguns projetos piloto de mediação forense demonstram que, após serem submetidas a esse processo autocompositivo a maioria das partes acredita que a mediação as auxiliará a melhor dirimir conflitos futuros. Exemplificativamente, na pesquisa realizada no Programa de Mediação Forense do TJDF com partes que **não** alcançaram acordo na mediação forense, constatou-se que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) dos entrevistados²² acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro²³. Programas similares em outros países²⁴ também apresentam resultados semelhantes - dos quais se pode concluir marcante tendência nos ordenamentos jurídico-processuais de direcionar procedimentos para que tratem do futuro da relação social das partes em disputa (*i.e.* para que sejam *prospectivos* na forma de endereçamento de questões) e para que sejam mais do que conjuntos de atos coordenados lógica e cronologicamente segundo brilhantes modelos teóricos que lamentavelmente se projetam na prática como morosos, ineficientes e, em relação à classificação de Deutsch, em regra, destrutivos.

III. Constatações empíricas referentes à efetividade processual.

Em relevante artigo publicado na Harvard Business Review de maio/junho de 1994, os autores Todd B. Carver e Albert A. Vondra²⁵ apresentam interessante perspectiva empírica quanto à efetividade dos novos mecanismos de

²¹ LIND e TAYLOR, *Procedural Justice*, 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judicial ADR*, 353-354 *apud* RHODE, Deborah, *Ob. Cit.* p. 135.

²² Na pesquisa realizada com partes que conseguiram transacionar, **todos** responderam acreditar que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro.

²³ Para maiores detalhes quanto a esses resultados *vide* relatório do Projeto Piloto em Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado na internet na página <http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm>

²⁴ *Cf.* PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nova Iorque: Center of Public Resources, 1992 e RHODE, Deborah, *ob. cit.*

²⁵ CARVER, Todd B. e VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does*, Harvard Business Review maio-junho 1994. Este artigo encontra-se traduzido para o Português na obra AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 4. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2005.

resolução de disputas. Os autores indicam que a arbitragem e a mediação podem apresentar significativa probabilidade de fracasso quando: i) as partes em conflito e respectivos advogados não tiverem adequada compreensão de como os processos de arbitragem ou mediação são distintos do processo judicial; ii) as partes em conflito adotarem RADs como uma alternativa secundária para tratar de questões de menor importância; iii) as partes considerarem uma vitória sobre a outra como a única opção adequada; e iv) as partes constituírem advogados excessivamente litigiosos.

As partes em conflito e respectivos advogados não têm adequada compreensão de como os processos de arbitragem ou mediação são distintos do processo judicial. No que concerne à adequada compreensão das partes e advogados quanto às características intrínsecas de cada um dos mecanismos de resolução de disputas cumpre registrar que há uma prática profissional específica para cada um desses processos. Exemplificativamente, no processo judicial há o princípio da eventualidade²⁶ segundo o qual às partes compete alegar tudo o que pretendem no primeiro momento possível sob pena de exaurirem-se suas oportunidades em razão da preclusão temporal. Como corolário lógico do princípio da eventualidade, há uma prática recorrente de advogados de apresentarem pedidos em excesso do que realmente acreditam que podem (e devem) receber. Da mesma forma são suscitados incidentes que, segundo alguns causídicos, se mostrariam necessários tão somente em razão do dever de exaurir todas as possibilidades de defesa (*e.g.* falsidade documental). A adoção dessa conduta em uma arbitragem provoca uma elevação acentuada dos custos (*e.g.* honorários do árbitro e eventuais peritos) desse processo. A compreensão de que a arbitragem seria um processo judicial privatizado ou “disfarçado” (*litigation in disguise*²⁷) somente contribui para a imprópria condução da arbitragem e, por conseguinte, elevados custos, excessiva litigiosidade e,

²⁶ Também conhecido como Princípio da Imutabilidade ou Princípio da Concentração ou ainda Princípio da Preclusão. Sobre esse tema v. CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Forense, 2ª Ed., 1993 e GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993.

²⁷ CARVER, Todd B. e VONDRA, Albert A, *ob. cit.* p. 123.

naturalmente, insatisfação das partes com seu desenvolvimento.

Cabe ressaltar que além de cursos de capacitação em advocacia na arbitragem e na mediação há substancial doutrina²⁸ acerca da adequada técnica e conduta profissional do advogado nesses citados mecanismos de resolução de disputas.

As partes em conflito adotam RADs como uma alternativa secundária para tratar de questões de menor importância. A experiência dos últimos 20 anos tem mostrado que o comprometimento com a forma de resolução de disputa adotada (com respectivas características) influi significativamente para o adequado desenvolvimento do processo e, por conseguinte, para a satisfação das partes com a solução alcançada. Empresas e escritórios de advocacia que tratam arbitragem ou mediação como uma “forma secundária” de resolução de disputas tendem a não investir em treinamento de seus advogados e administradores. Como consequência há o exercício intuitivo desses processos, que em regra se resume a aplicar a conduta profissional característica do processo judicial à mediação ou à arbitragem. Naturalmente, como visto acima, essa prática intuitiva em regra leva ao desvirtuamento da arbitragem e conseqüentes custos mais elevados (ou redução dos níveis de satisfação dos usuários). No que concerne à mediação, como registrado em outra oportunidade²⁹, quando a autocomposição é desenvolvida intuitivamente, em razão da falta de técnica adequada, em regra há por parte do mediador ou conciliador a imposição de um juízo de valor. Como consequência, há perda de legitimidade nessa “autocomposição intuitiva” pois as partes

²⁸ Cf. BARBADO, Michelle T., *Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.; COOLEY, John, W, *Advocacia na Mediação*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.; COOLEY, John, W e LUBET, Steven, *Advocacia na Arbitragem*, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001; AZEVEDO, André Gomma de e CARVALHO E SILVA, Cyntia Cristina de, *Guia sobre a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares*. Brasília: TJDF, 2003.

²⁹ AZEVEDO, André Gomma de, *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. In AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003, p. 160.

muitas vezes não se sentem estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto.

Destarte mostra-se necessário o efetivo engajamento tanto por parte do departamento jurídico da empresa quanto por parte de advogados externos com a arbitragem e a mediação. Nesse intuito algumas organizações têm desenvolvido projeto notáveis de conscientização quanto às novas formas de resoluções de disputas e seus resultados. O Centro de Recursos Públicos (*Center for Public Resources*), uma instituição sem fins lucrativos sediada em Nova Iorque, tem reunido, desde 1979, diretores de departamentos jurídicos de empresas, sócios de escritórios de advocacia, juízes, professores universitários e outras autoridades para identificarem, desenvolverem e aplicarem formas apropriadas de resolução de disputas que alcancem resultados melhores do que aqueles atingidos no processo judicial. Um dos principais projetos do Centro de Recursos Públicos consiste em reunir aproximadamente 4.000 empresas e escritórios de advocacia para subscreverem o “Pacto de RADs” (*ADR Pledge*) um acordo inter-institucional que moralmente obriga (e formalmente estimula) tais signatários a explorarem o uso de mediação, arbitragem e outros processos de resolução de disputas quando em conflito com outros signatários³⁰.

³⁰ O Centro de Recursos Públicos apresenta o Pleito de RADs por meio da seguinte proposta de política interna para empresas: “Nós reconhecemos que para muitas disputas há um método mais eficiente e menos oneroso do que o processo judicial tradicional. Procedimentos de Resoluções Alternativas de Disputas (RADs) envolvem técnicas colaborativas que podem frequentemente proporcionar significativas economias para as empresas. Em reconhecimento ao que segue acima nós subscrevemos a seguinte declaração de princípios em nome de nossa empresa e suas subsidiárias domésticas: *No evento de haver uma disputa comercial entre nossa e outra empresa que fez ou fará semelhante declaração, estamos preparados para explorar com a outra parte a resolução da disputa por intermédio da negociação ou alguma outra técnica de RAD antes de buscar a tutela estatal tradicional. Se alguma das partes acreditar que determinada disputa não se mostra adequada para RAD ou se tal mecanismo não produzir resultado satisfatório qualquer parte poderá proceder com o processo judicial*”. De forma semelhante, essa mesma instituição promoveu semelhante Pleito de RADs para escritórios de advocacia: “Nós reconhecemos que para muitas disputas há um método mais eficiente e menos oneroso do que o processo judicial tradicional. Procedimentos de Resoluções Alternativas de Disputas (RADs) – usados em conjunto com o processo judicial ou independentemente – podem reduzir significativamente os custos e perdas decorrentes do processo judicial bem como podem resultar em soluções não disponível em juízo estatal. Em reconhecimento ao que segue acima nós subscrevemos a seguinte declaração de princípios em nome de nosso escritório de advocacia: *Inicialmente, adequados advogados de nosso escritório*

As partes consideram uma vitória sobre a outra como a única opção adequada. Segundo John von Neumann, que primeiramente introduziu com adequada cientificidade o conceito de teoria dos jogos³¹, dentre as várias classificações das diversas dinâmicas, relações ou jogos nos quais partes em conflito podem se encontrar, uma que merece especial atenção: aquela que divide as relações (ou jogos) em “jogos de soma zero” e “jogos de soma não-zero”. Jogos de soma zero são aqueles em que há dois jogadores cujos interesses são absolutamente antagônicos³². Estas relações são aquelas nas quais o ganho de uma parte acarreta necessariamente a derrota da outra - não pode haver, por exemplo, em um jogo de xadrez, a vitória por parte dos dois lados. Em campeonatos, um empate equivale a uma meia derrota (ou meia vitória). Segundo Portela, “uma característica importante destes jogos é que eles são, necessariamente, jogos não-cooperativos - isto é, um jogador não agregará valor algum de utilidade se cooperar com o outro. Aliás, uma eventual cooperação é impossível, já que significa que o jogador cooperativo está colaborando para a vitória do outro, tendo em vista a impossibilidade de ambos ganharem”³³.

Segundo esse mesmo autor, “Jogos de soma não-zero, por sua vez, representam a maior parte dos conflitos reais...”. Nestes jogos, os participantes têm interesses comuns e, concomitantemente, interesses antagônicos. O contrato de

serão capacitados acerca de RADs. Ainda, quando apropriado, o advogado responsável discutirá com o cliente a disponibilidade de procedimentos de RADs para que o cliente possa tomar ma decisão informada referente à resolução da disputa”. Disponível em <http://www.cpradr.org>. Acesso em 2 de fevereiro de 2005.

³¹ Cf. ALMEIDA, Fábio Portela L. de, *A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003 e ALMEIDA, Fábio Portela L. de, *Democracia e Constitucionalismo: perspectivas metodológicas a partir da teoria dos jogos* (no prelo).

³² Cf. RAPOPORT, Anatol. *Lutas, Jogos e Debates*. Trad. Sérgio Duarte, 2ª Ed.. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 104. apud ALMEIDA, Fábio Portela L. de. *A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003

³³ ALMEIDA, Fábio Portela L. de, *Ob. Cit.* p. 186.

compra e venda pode ser apresentado como um exemplo de relação de soma não-zero - pois o comprador e o vendedor têm, em parte, interesses antagônicos haja vista que o comprador quer adquirir o bem a um preço reduzido e o vendedor alienar a um preço elevado. Todavia há um interesse comum: ambos querem concluir o negócio jurídico para com isso auferir seus ganhos individuais. Uma característica deste tipo de relação consiste na possibilidade de comunicação e cooperação que, se desenvolvida adequadamente, proporciona ganhos mútuos.

Ao tratar o conflito como um jogo de soma zero, frequentemente as partes em conflito inadvertidamente abdicam diversos interesses que possuem, como a manutenção do relacionamento social pré-existente com a outra parte ou a resolução dos pontos controvertidos como objetivamente apresentados no início do conflito e não em razão de um acirramento do conflito que se expandiu tornando-se “independente de suas causas iniciais”³⁴. A percepção de que se faz necessário em um determinado conflito que a parte “vença a outra” (jogo de soma zero) - e não “objetivamente resolva os pontos em relação aos quais as partes divergem” - faz com que as partes envidem esforços para prejudicar uma a outra e não necessariamente apenas para resolver os pontos controvertidos.

Em processos privados, como a mediação e a arbitragem, que envolvem profissionais liberais que, em regra, estipulam honorários por hora trabalhada (ou considerando uma projeção de horas a serem trabalhadas) a abordagem, pelas partes, nesses processos como se fossem relações de soma zero produz, em regra, dispêndio de tempo e, por conseqüência, elevação desnecessária de custos.

Os advogados adotam postura excessivamente litigiosa e adversarial. Muitos advogados ao ponderarem sobre suas práticas profissionais concluem que o efetivo “empenho” previsto no preâmbulo do Código de Ética e Disciplina da

³⁴ DEUTSCH, *Ob. Cit.*, p. 351.

Ordem dos Advogados do Brasil³⁵ requer que desenvolvam o maior número de atividades dentro de suas relações processuais em curso desde que estas não sejam expressamente proibidas em lei. Essa conduta estimula advogados a litigar de forma enfática buscando auferir todas as formas possíveis de ganhos para seus clientes. Em regra, esta relação ocorre sob forma de jogo de soma zero – isto é, busca-se vencer determinada lide, derrotando a parte contrária.

Todavia, sob a ótica do próprio Código de Ética e Disciplina constata-se que a advocacia zelosa resume-se a buscar os meios mais eficientes para atender da melhor forma possível aos interesses da parte que está a representar³⁶. A presunção de que este meio mais eficiente equivale ao exercício profissional por intermédio de litigiosidade excessiva contraria esse próprio Código de Ética e Disciplina que em seu art. 2º parágrafo único, VI estabelece o dever de “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Percebe-se, assim, que os advogados detêm bastante flexibilidade ao definir qual conduta reflete a ‘advocacia zelosa’ podendo estes optar tanto por uma que reflita uma ‘litigiosidade eficiente’ ou uma que apresente uma litigiosidade excessiva (e ideofrênica). Os interesses do cliente (tanto aqueles juridicamente tutelados como aqueles outros que não o são) podem ser melhor atendidos por uma perspectiva mais racional e planejada sobre a forma de resolução do conflito. Segundo William Ury, trata-se de “atacar” a questões controvertidas e não a pessoa com quem se interage³⁷.

IV. A perspectiva construtivista da resolução de disputas como forma de assegurar maior efetividade processual.

³⁵ Publicado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil no Diário da Justiça, Secção I, do dia 01.03.1995, pp. 4.000 a 4.001.

³⁶ Sobre esse tema v. MNOOKIN, Robert H., PEPPET, Scott R. e TULUMELLO, Andrew S., *Beyond Winning: Negotiating to create value in deals and disputes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000, p. 292.

³⁷ URY, William L., *Supere o não: negociando com pessoas difíceis*. São Paulo: Ed. Best Seller, 1991.

Possivelmente uma das mais importantes atribuições de qualquer terceiro imparcial atuante em processos de resolução de disputa (juiz de direito, mediador ou árbitro) consiste precisamente em contribuir para que um processo destrutivo de resolução de conflitos se transforme em um processo construtivo. Para tanto, mostra-se fundamental a adequada preparação quanto às técnicas de resolução de disputas necessárias para estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos e para motivar todos os envolvidos para que *prospectivamente* resolvam as questões sem atribuição culpa. Da mesma forma, mostra-se necessário o desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses³⁸ e a abordagem de, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes.

Como exemplo de uma dessas técnicas construtivistas, tanto no processo de mediação como no de arbitragem (quando desenvolvidos adequadamente) recomenda-se a identificação de questões controvertidas e o estabelecimento de meios de provas a serem utilizados para dirimi-las. Desta forma, o mediador ou árbitro deve estimular as partes a abordarem os pontos em relação aos quais há real controvérsia. Desta forma se evita que as partes ataquem umas às outras ou estabeleçam como causa do conflito a personalidade, a etnia, a religião, a raça, o gênero, a conduta social ou qualquer outro fator personalíssimo na outra parte.

Cumprir registrar que no nosso ordenamento jurídico processual há previsão dessa técnica específica no art. 331 § 2º do Código de Processo Civil, segundo o qual “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário”. Todavia, cabe mencionar que esta é uma técnica

³⁸ DEUTSCH, *Ob. Cit.* P. 360.

fortemente recomendada também para processos autocompositivos, não havendo motivo para proceder-se a essa organização de questões a serem debatidas somente após a conciliação mostrar-se frustrada.

Ademais, a moderna doutrina³⁹ recomenda a identificação não somente de questões mas também de interesses e sentimentos. Essa corrente tem sustentado que a identificação de interesses permite que se explorem aspectos não jurídicos do conflito (e.g. vizinhos que têm o interesse de manter uma adequada ou cordial relação ou um casal que está a se separar e que tem o interesse de proceder a tal rompimento da relação sem prejudicar a imagem que seus filhos terão do casamento enquanto instituição familiar). Da mesma forma, faz-se necessário também identificar quais são as disposições emocionais das partes em conflito pois freqüentemente seus sentimentos alteram suas percepções a ponto de impedi-las de apreciar objetivamente os pontos controversos⁴⁰.

Dos novos desenvolvimentos em arbitragem e mediação e em razão dos resultados das pesquisas de avaliação de qualidade de programas de RADs (e pesquisas de satisfação dos usuários⁴¹ quanto a esses novos processos), pode-se

³⁹ Cf. GOLANN, Dwight; *Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators*. Nova Iorque: Little Brown & co., 1996. COOLEY, John; *The Mediator's Handbook: Advanced Practice Guide for Civil Litigation*, Notre Dame: NITA, 2000; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; MOORE, Christopher, *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998. Para outras obras sobre esse tema v. <http://www.unb.br/fd/gt>.

⁴⁰ Sobre esse tema v. PERRONI, Otávio A. *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003 e BIRKE, Richard e FOX, Craig R., *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, Harvard Negotiation Law Review, nº 4, p. 1, 1999.

⁴¹ Cf. BARUCH BUSH, Robert A. *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*, Ohio State Journal on Dispute Resolution n 19, p. 965, 2004,; ROLPH, Elizabeth S. e MOLLER, Erik, *Evaluating Agency Alternative Resolution Programs: A User's Guide to Data Collection and Use*, Santa Mônica, CA: Rand Corp., 1995.; RESNIK, Judith, *Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication*, The Ohio State Journal on Dispute Resolution, v. 10, n. 2, 1995; AZEVEDO, André Gomma de, *Basic Notions of Quality Management in Mediation*, dissertação apresentada para conclusão de curso de mestrado na Universidade de

afirmar que há crescente tendência das instituições provedoras de arbitragem e mediação em direcionar seus esforços para capacitar árbitros e mediadores a conduzir seus procedimentos estimulando as partes a transforma-los em processos construtivos.

V. CONCLUSÃO

Diante da significativa contribuição de Morton Deutsch ao apresentar a definição de processos construtivos de resolução de disputas, pode-se afirmar que ocorreu alguma recontextualização acerca do conceito de conflito na medida em que se registrou ser este um elemento da vida que inevitavelmente permeia todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações. Nesse sentido, com base em construções teórica de caráter multidisciplinar corroboradas por projetos-piloto existentes no Brasil, pode-se afirmar que, se conduzido construtivamente, o conflito pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional⁴². A abordagem do conflito no sentido de que este pode, se conduzido com técnica adequada, ser um importante meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação de seres humanos impulsiona relevantes alterações quanto à ética e a responsabilidade profissional.

Semelhantes alterações ocorreram em meados do século XIX, período no qual muitos médicos ainda vestiam, no exercício de seus ofícios, pesados casacos de pele e roupa preta como sinal de distinção. Nesta época o médico Húngaro Ignaz Semmelweis ao perceber que muitos profissionais saíam da sala de autópsia para a sala de parto do Hospital Geral da Viena sem trocar de roupa ou sequer lavar as mãos, concluiu que algum desconhecido “material cadavérico” causava a elevadíssima taxa de mortalidade em parturientes de aproximadamente 13% (treze por cento)⁴³. Ao propor que os médicos lavassem as mãos com uma solução a base de cloro, Semmelweis constatou queda de aproximadamente 85% (oitenta e cinco por cento) na taxa de mortalidade reduzindo

Columbia, Nova Iorque, NY, 1998.

⁴² Cf. DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000.

⁴³ v. RISSE, G.B., Semmelweis, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gillespie, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.

esta para 2% (dois por cento) dos casos. Posteriormente quando voltou para a Hungria e conseguiu persuadir colegas médicos a abandonarem os trajes de peles escuras e utilizarem roupas brancas, alcançou nova redução do índice de mortalidade de cerca de 60% (sessenta por cento) chegando a níveis de letalidade de 0,85% (oitenta e cinco centésimos de por cento) dos casos. As idéias acerca da transmissibilidade de microorganismos patogênicos (germes) por intermédio dos médicos foram recebidas com muito cepticismo na Áustria onde Semmelweis desenvolveu tal teoria. Em parte, muitos médicos resistiram à idéia de terem que mudar diversas convenções sociais e utilizarem roupas brancas - vestimentas inusitadas para a época. Por outro lado, muitos não acreditavam que poderiam estar servindo como meio de transmissão de doenças.

Semelhantemente à relação de médicos com agentes patológicos, no Direito moderno, em especial diante do conceito apresentado por Morton Deutsch de processos construtivos de resolução de disputas, constata-se que em grande parte o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se, em especial na sua feição pública (*i.e.* processo judicial), em torno de processos destrutivos lastreados em procedimentos fundados, em regra, somente no direito positivo. Pode-se afirmar que mesmo na iniciativa privada (*i.e.* mediação e arbitragem) em função da falta de preparo técnico e desnecessária judicialização desses processos⁴⁴ ainda há com freqüência processos destrutivos. As partes, quando buscam, para solução de seus conflitos, auxílio do Tribunal de Justiça ou de entes privados que servem para resolver litígios “sob os auspícios do Estado”⁴⁵ frequentemente têm o conflito

⁴⁴ No Brasil, há diversas instituições autodenominadas de “Tribunais Arbitrais” que compostos por “juízes arbitrais” insistem em judicializar a arbitragem. De um lado, seguindo a linha de CARVER e VONDRA essas instituições se encontram desenvolvendo técnica imprópria por não terem a adequada compreensão de como os processos de arbitragem ou mediação são distintos do processo judicial. De outro lado, se seus usuários forem induzidos ou mantidos em erro, mediante intimações ou citações obscuras, poderá restar caracterizado o crime de estelionato (art. 171 do Código Penal).

⁴⁵ Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao conceituarem o ‘Acesso à Justiça’ apresentaram “duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios *sob os auspícios do Estado*” (CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Ed. Sérgio Antonio Fabris,

acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual, mas que na prática acabam por se mostrar ineficientes e freqüentemente enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as parte em conflito.

Quando um árbitro sentencia, determinando quem deve indenizar e o *quantum* a ser indenizado a título de danos materiais, põe fim, sob a perspectiva do direito positivado, a um determinado litígio, todavia, pode não estar resolvendo a relação conflituosa se, e.g., deixar de suscitar o debate de como eventual falha de comunicação poderia ser evitada para que as partes possam evita-la no futuro ou deixar de estimular o debate sobre pontos que não sejam juridicamente tutelados. De fato, ainda há com freqüência julgadores que, inadvertidamente, acirram o próprio conflito, criando novas dificuldades para as partes em disputa⁴⁶. Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser completamente resolvido tão somente por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.

Com a incorporação de diversos processos ao sistema processual, constata-se que o operador do direito deve passar também a: i) preocupar-se com a *litigiosidade remanescente* - aquela que pode persistir entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos), seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada no curso do processo; ii) voltar-se, em atenção ao

Porto Alegre 1988 p. 8.)

⁴⁶ v. COSTA, Alexandre A. *Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

princípio do empoderamento⁴⁷, a um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação; e iii) dirigir-se como instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito (*i.e.* compreensão recíproca), em atenção ao princípio da validação ou princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos⁴⁸.

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

A análise da efetividade de processo de resolução de disputas reflete uma crescente tendência de se observar o operador de processos de RADs como um efetivo pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos “sob os auspícios do Estado”, de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (*e.g.* mediadores e árbitros), ainda que somente quando requisitado – como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem.

Por outro lado, a adequada sistematização e desenvolvimento de mecanismos voltados a aumentar a eficiência desses processos e o estímulo para que estes se

⁴⁷ v. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994

⁴⁸ BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *ob. cit.* p. 191 e segs.

tornem processos construtivos é marcante tendência do direito processual, na medida em que “vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”⁴⁹.

Ao se proceder alegoricamente ao conceito de higiene pessoal apresentado por Semmelweis, conclui-se que se de um lado os operadores da área de saúde têm a responsabilidade profissional voltada ao prolongamento da vida, por outro, os operadores da área do direito estão deontologicamente ligados à pacificação social e à preservação e aperfeiçoamento de relações sociais. Ainda, da mesma forma com que muitos médicos, principalmente no passado, a despeito da evidente boa intenção de preservar a vida infectavam pacientes com agentes patológicos, operadores do direito - na maior parte das vezes muito bem intencionados - têm grandes dificuldades (por falta de treinamento técnico) em auxiliar as partes em disputa a construtivamente resolverem disputas. Como exemplificado em outra oportunidade⁵⁰, quando um juiz de direito sentencia determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, encerra, para fins do direito positivado, um determinado litígio, todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades entre os divorciandos/separandos bem como para os filhos.

Conclui-se, dos resultados em pesquisas de mensuração de qualidade de programas de mediação e arbitragem⁵¹, que as instituições provedoras desses serviços com notáveis índices têm em comum: i) árbitros e mediadores adequadamente formados que exercem suas funções em instituições que planejaram seus procedimentos para a satisfação de todos os seus usuários; ii) foram utilizadas, mesmo em arbitragens, algumas técnicas autocompositivas próprias por intermédio de operadores adequadamente treinados⁵²; iii) muitos programas

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*, *ob. cit.*, p. 29.

⁵⁰ v. COSTA, Alexandre A. *Ob. Cit.* p. 161.

⁵¹ Sobre as orientações qualitativas em mediação forense v. nota de rodapé nº 41.

⁵² Como indicado acima, sobre as diversas técnicas existentes v. o endereço eletrônico do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> - bibliografia) onde poderá ser encontrada lista detalhada de obras. Destacam-se, contudo, os seguintes

foram desenvolvidos com claras orientações qualitativas (i.e. dirige-se o processo não apenas visando elevado número de sentenças ou transações mas sim elevada satisfação dos usuários quanto ao processo e ao seu resultado⁵³); iv) houve direcionamento para que a satisfação de usuários fosse um dos principais fatores de divulgação da instituição e v) houve a aproximação de técnica própria para que todos os operadores de processos de resolução de disputas efetivamente atuem como agentes catalisadores de pacificação social e sejam capazes de resolver lides construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias⁵⁴, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca⁵⁵.

No que concerne ao papel de magistrados, árbitros e mediadores diante dessa nova realidade do ordenamento jurídico processual, cabe mencionar que essa nova conduta profissional está tão somente adequando-se à nova concepção de Direito apresentada contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Souza Santos segundo o qual “concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada⁵⁶”.

trabalhos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank et. al. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

⁵³. V. supra nota nº 41

⁵⁴ RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

⁵⁵ BARUCH BUSH, Robert et al., *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72 apud VEDANA, Wilson Malchow, *Programa de Mediação Comunitária*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, no prelo havendo ainda a possibilidade de alteração do título da obra.

No atual ordenamento jurídico processual brasileiro e, por conseguinte, nas diversas instituições provedoras de serviços de mediação e arbitragem no Brasil há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis mas determinantes para a efetividade do sistema processual e dessas instituições individualmente. Aos diligentes e engenhosos operadores de tais processos, tal como feito por Semmelweis na área de saúde, compete examinar com muita atenção o quanto suas atuações e técnicas estão produzindo resultados *construtivos*, ao aproximar as partes em disputa e melhorar a relação social entre estas existentes, ou *destrutivos*, ao aplicar cruamente as normas processuais a ponto de eventualmente permitir que entre as partes em conflito subsista litigiosidade após a prolação de uma sentença o que seguramente produz o enfraquecimento da relação social que vincula as parte.

Diante da teoria de conflito existente⁵⁷, não cabe mais ao operador desses processos de resolução de disputas (nem a magistrados, promotores ou advogados), se posicionarem atrás de togas escuras e agir sob um manto de tradição para permitir que partes, quando busquem auxílio (do Estado ou de uma instituição que atue sob seus auspícios) para a solução de conflitos recebam tratamento que não seja aquele voltado a estimular maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por conseqüência, maior realização pessoal bem como melhores condições de vida.

VI. Bibliografia.

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

⁵⁷ Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973; DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; BUNKER, Barbara B. *et alii*, *Conflict, Cooperation & Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1995; MAYER, Bernard, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; MAYER, Bernard, *Beyond Neutrality : Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2004.

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

ASHWORTH, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, *British Journal of Criminology* 42, 2002

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

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

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

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

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

BARBADO, Michelle T., *Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003

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

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

BARUCH BUSH, Robert A. *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and*

Quality Assurance, Ohio State Journal on Dispute Resolution n 19

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

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

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

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

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

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

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

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

CARVER, Todd B. e VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does*, Harvard Business Review maio-junho 1994

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

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

COSTA, Alexandre A. *Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

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

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

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

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

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

FISS, Owen, *Against Settlement* Yale Law Journal nº 93, 1984

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

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

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii*, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª Ed. 1990.

HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 Harvard Negotiation Law Review. 189, 1999.

HENSLER, Deborah R. *Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out*. The National Law Journal, 1994.

, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System*, Penn State Law Review, v. 108, nº 1, 2003

KAKALIK, James S. *et alii*, *An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, CA: RAND Corp., 1996.

LAX, David e SEBENIUS, James K., *The Manager as a Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, Nova Iorque, NY: Ed. Free Press, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

MENKEL-MEADOW, Carrie. *Toward Another View of Negotiation: The Structure of Legal Problem Solving*, 31 UCLA L. Rev. 754; 1984.

MNOOKIN, Robert *et alii.*, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Cambridge, MA: Ed. Harvard University Press, 2000.

MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998;

NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 Washington University Law Quarterly. 47, 1996.

PERRONI, Otávio, Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação *in* AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

PIRES, Amom Albernaz, *Mediação e Conciliação: Breves reflexões para uma conceituação adequada* *in* AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nova Iorque: Center of Public Resources, 1992

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, *in* *Harvard Law Review*, nº 96, 1986.

Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication, The Ohio State Journal on Dispute Resolution, v. 10, n. 2.

RISKIN, Leonard. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* *in* *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, 1996.

RISSE, G.B., Semmelweis, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gilespe, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.

ROLPH, Elizabeth S. e MOLLER, Erik, *Evaluating Agency Alternative Resolution Programs: A User's Guide to Data Collection and Use*, Santa Mônica, CA: Rand Corp., 1995.

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

RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000,

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

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

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

STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* *in Ohio State Journal on Dispute Resolution* nº 13, 1998.

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

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

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