

q u e s t ã o e s d e
Democracia



A MEDIAÇÃO
E
OS TRIBUNAIS

D E Z E M B R O D E 1 9 9 9

VOLUME 4 NÚMERO 3

A Mediação e os Tribunais

TRATA-SE DE UM PROBLEMA que ocorre praticamente no mundo inteiro — os custos legais cada vez mais altos e o número excessivo de processos nos tribunais. Várias medidas vêm sendo adotadas para lidar com essa situação, tanto nos Estados Unidos quanto em outros países. Uma das medidas mais importantes é a mediação, às vezes conhecida como resolução alternativa de disputas. Existem vários tipos de mediação, mas em geral o procedimento envolve um acordo consensual, extrajudicial, que é muito mais rápido e que tem um custo muito inferior ao dos casos que vão a julgamento.

Os defensores da mediação, no entanto, acreditam que o procedimento deve ser adotado não apenas porque ele reduz o número de casos que aguardam solução nos tribunais, mas porque ele atende aos interesses da justiça pelos seus próprios méritos, especialmente quando se trata de alguns tipos de disputa civil — desde desentendimentos domésticos até dis-

túrbios raciais. Nos últimos anos a mediação — especialmente a mediação com o acompanhamento de um tribunal — vem se tornando cada vez mais comum nos Estados Unidos, e em muitos estados esse tipo de recurso está se tornando, cada vez mais, o procedimento padrão.

Esta revista examina a mediação em geral, bem como as várias tendências que podem explicar a sua crescente popularidade. No artigo inicial, Hiram Chodosh, professor de direito e diretor do Frederick K. Cox International Law Center [Centro Internacional de Advocacia Frederick K. Cox] na Case Western Reserve University School of Law [Faculdade de Direito da Universidade Case Western Reserve], explora as várias características da mediação e a maneira pela qual ela pode ser adaptada para atender às necessidades de nações com culturas e tradições muito diferentes.

Robert A. Goodin, presidente do conselho de administração do Institute for the Study and Development of Legal Systems [Instituto para o

Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Legais], trata de questões pragmáticas no seu artigo que apresenta uma visão geral da mediação. Ele examina as características específicas do processo e mostra como ele reduziu o pesado fardo dos processos legais de alto custo nos Estados Unidos, um país no qual o custo da justiça tem se elevado exponencialmente nos últimos anos.

A mediação vem se tornando cada vez mais comum nos Estados Unidos, tanto no setor privado quanto no setor público, e também nos tribunais de justiça nos vários níveis governamentais. Peter R. Steenland, Jr., diretor jurídico do Office of Dispute Resolution [Escritório de Resolução de Disputas] no Departamento de Justiça dos Estados Unidos, examina o papel da mediação no sistema federal de tribunais de justiça e a importância de conceitos como o da confidencialidade.

A Flórida foi um dos primeiros estados do país a desenvolver procedimentos sistemáticos de mediação, incluindo um código de ética para os mediadores. Em uma entrevista concedida ao nosso colaborador David Pitts, o Dr. Ronald Peters, diretor do Institute for Dispute Resolution [Instituto para a Resolução de Disputas] e da Virgil Hawkins Civil Law Clinic [Escritório de Direito Civil Virgil Hawkins] na University of Florida [Universidade da Flórida], fala sobre os desafios inerentes à implementação do sistema de mediação nos tribunais, especialmente no nível estadual, e os tipos de recursos necessários para ajudar a assegurar a eficácia do sistema.

No artigo de conclusão, o nosso colaborador David Pitts examina um estudo de caso envolvendo a mediação — African American

farmers v. the Department of Agriculture [Fazendeiros Negros contra o Departamento de Agricultura]. Quando o acordo por mediação foi aprovado por um juiz federal no início de 1999, esse era o caso mais significativo de direitos civis que já havia sido alvo de mediação, e ele pode estabelecer um precedente para se evitar batalhas judiciais prolongadas e onerosas nos casos futuros de direitos civis nos Estados Unidos.

questões de **Democracia**

Dezembro de 1999

6

A MEDIAÇÃO JURÍDICA E A CULTURA LEGAL

Hiram E. Chodosh, da Case Western Reserve University [Universidade Case Western Reserve] apresenta uma visão global da mediação.

13

MEDIAÇÃO: UMA VISÃO GERAL DA RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE DISPUTAS

Robert A. Goodin, do Institute for the Study and Development of Legal Systems [Instituto para o Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Legais], analisa a popularidade da mediação no contexto da resolução alternativa de disputas (ADR).

18

A MEDIAÇÃO ANEXA AO TRIBUNAL

O Dr. Donald Peters, da University of Florida [Universidade da Flórida] discute o papel do tribunal em ADR.

26

O PAPEL DA RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NOS TRIBUNAIS FEDERAIS DOS ESTADOS UNIDOS

Peter R. Steenland, Jr., do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, explica a utilização do processo na área federal.

31

FAZENDEIROS NEGROS CONTRA O DEPARTAMENTO DE AGRICULTURA DOS ESTADOS UNIDOS

O colaborador David Pitts examina um caso de mediação que serve de exemplo para os demais.

39

BIBLIOGRAFIA

Livros e artigos recentes sobre ADR.

42

SITES NA INTERNET

Sites na Internet que apresentam temas referentes à ADR.

As opiniões expressas em outros sites da Internet aqui relacionados não representam, necessariamente, as opiniões do governo dos Estados Unidos.

UMA REVISTA ELETRÔNICA DO DEPARTAMENTO DE ESTADO DOS EUA
QUESTÕES DE DEMOCRACIA
A MEDIAÇÃO E OS TRIBUNAIS
DEZEMBRO DE 1999

DIRETORA-EDITORA	Judith Siegel	COLABORADORES	Estelle Baird	CONSELHO EDITORIAL	Howard Cincotta
EDITOR RESPONSÁVEL	Anthony W. Sariti		Mona Esquetini		Judith Siegel
EDITOR EXECUTIVO	Stuart Gorin		Charla Hatton		Leonardo Williams
CONSULTOR DE REDAÇÃO	Wayne Hall		David Pitts		
EDITORA DE INTERNET/TEXTO	Deborah M.S. Brown	PESQUISADORAS	Carol Norton		
			Barbara Sanders		
		Diretora de Arte	Diane Woolverton		
		ASSISTENTE DE			
		PROGRAMAÇÃO VISUAL	Sylvia Scott		

O Escritório de Programas Internacionais de Informação do Departamento de Estado dos EUA fornece produtos e serviços que explicam as políticas dos Estados Unidos ao público estrangeiro. O Escritório publica cinco revistas eletrônicas que tratam das principais questões enfrentadas pelos Estados Unidos e pela comunidade internacional. As revistas — *Perspectivas Econômicas*, *Questões Globais*, *Questões de Democracia*, *Agenda de Política Externa dos EUA e Sociedade e Valores dos EUA* — apresentam análises, comentários, e informações de caráter geral sobre suas áreas temáticas. Todas as edições das revistas aparecem em inglês, francês e português, e algumas edições selecionadas também são publicadas em árabe, russo e espanhol. • Uma nova edição em inglês é publicada a cada três a seis semanas. As versões traduzidas geralmente são publicadas duas a quatro semanas após a publicação do original em inglês. A ordem na qual as edições temáticas aparecem é irregular, pois algumas revistas têm um número maior de edições do que as outras. • As opiniões expressas nas revistas não refletem, necessariamente, as opiniões ou as políticas do governo dos Estados Unidos. O Departamento de Estado dos EUA não assume nenhuma responsabilidade pelo conteúdo nem pela continuidade do acesso aos sites da Internet para os quais há links nesta publicação; tal responsabilidade é única e exclusivamente das entidades que publicam esses sites. Os artigos podem ser reproduzidos e traduzidos fora dos Estados Unidos a não ser que contenham restrições quanto aos direitos autorais. • Números atuais ou atrasados das revistas podem ser encontrados na Home Page do Escritório de Programas Internacionais de Informação na World Wide Web, no seguinte endereço: <http://www.usia.gov/journals/journals.htm>. As publicações estão disponíveis em vários formatos eletrônicos para facilitar a visualização on-line, a transferência, o download e a impressão. • Comentários são bem-vindos na Embaixada dos Estados Unidos no seu país (aos cuidados da Seção de Diplomacia Pública) ou na redação: Editor, *Issues of Democracy*, Democracy and Human Rights — IIP/T/DHR, U.S. Department of State, 301 4th Street, S.W., Washington, D.C. 20547, United States of America.
email: ejdemos@usia.gov

A Mediação Jurídica e a Cultura Legal

Hiram E. Chodosh

Em um conjunto diversificado de sistemas legais, dos Estados Unidos ao Reino Unido, da Índia à China, da Noruega à França, da Jordânia a Israel, do México ao Brasil, a mediação jurídica é vista, cada vez mais, como uma alternativa potencialmente complementar e inovadora para os sistemas jurídicos tradicionais. Hiram Chodosh, professor de direito e diretor do Frederick K. Cox International Law Center [Centro Internacional de Advocacia Frederick K. Cox] na Case Western Reserve University School of Law [Faculdade de Direito da Universidade Case Western Reserve], explora as várias características da mediação e a maneira pela qual ela é considerada, em nível mundial, um novo método para enfrentar processos legais.

SOB O PONTO DE VISTA convencional, na maioria das culturas legais modernas, a mediação jurídica é, até certo ponto, um contradição. A função dos juízes é julgar (e não agir como mediadores), aplicar a lei (e não interesses), avaliar (e não facilitar), ordenar (e não encontrar uma solução conciliatória) e decidir (e não assentar).

Esta visão da mediação jurídica como um paradoxismo parte da premissa errônea de que as funções de julgamento e mediação são mutuamente excludentes. Além disso, ela ignora a realidade atual dos sistemas de tribunais federais.

A justificativa deste novo interesse requer um cuidadoso exame de algumas questões fundamentais. Para qual conjunto de problemas enfrentados atualmente pelos sistemas de tribunais a mediação apresenta uma solução significativa, embora parcial? Quais são as diversas formas de mediação jurídica? Quais são as fontes de interesse que ela apresenta? Quais



Hiram E. Chodosh

são os principais empecilhos nas culturas legais modernas, para a aceitação deste mecanismo de reforma? E de que forma as magistraturas interessadas devem proceder no que se refere ao estudo, à elaboração e à implementação da mediação jurídica para superar esses obstáculos?

A Capacidade Limitada dos Tribunais Nacionais

Na última década o mundo presenciou um aumento significativo do compromisso com a democracia e com as políticas de livre mercado. Esses objetivos políticos e econômicos que se complementam deram origem a uma enorme quantidade de leis importantes. Isso inclui reformas constitucionais e de direitos civis, acordos de livre comércio e legislação comercial. Essas tendências resultaram no surgimento de uma quantidade e complexidade cada vez maior de disputas públicas tanto em nível doméstico quanto internacional.

No entanto, a reforma dos sistemas jurídicos nacionais não acompanhou esses importantes compromissos. Muitos sistemas são penalizados pela escassez de recursos institucionais e por procedimentos ultrapassados. Os autores das ações, bem como os advogados, reclamam de julgamentos longos, onerosos, tendenciosos, obscuros, com excesso de confrontos, e cujos resultados são de aplicação impossível. Os juízes exigem mais recursos no gerenciamento dos tribunais e dos casos, maior autoridade disciplinar sobre o andamento das disputas, melhor remuneração e maior proteção contra a influência imprópria de setores políticos do governo e do crime organizado.

As tendências democráticas e de livre mercado parecem gerar um número excessivo de disputas legais; os tribunais tradicionais, em nível nacional, não têm condições de lidar com todas essas disputas. O número de casos que aguardam julgamento reduz o tempo que pode ser alocado a cada disputa, causando atrasos. Os atrasos servem de incentivo para o não cumprimento das obrigações. O não cumprimento das obrigações, por sua vez, dá origem a um número ainda maior de disputas legais. Casos que aguardam julgamento, atrasos, e o não cumprimento de obrigações criam um círculo vicioso, e os tribunais têm dificuldade em tratar dessa questão.

A maioria dos sistemas jurídicos não proporcionam alternativas significativas para os métodos formais de julgamento. A arbitragem se encontra disponível, de modo geral, mas as partes em disputa freqüentemente exigem ações em nível de tribunal para forçar as partes a procurar a arbitragem ou para garantir o pagamento de uma indenização que está sendo contestada. Por falta de opção, muitas partes em

disputa sofrem os danos sem recorrer a uma solução que evitaria tais perdas, ou procuram resolver o assunto por conta própria, ou ainda, apelam para estratégias ilegais para se vingar dos seus adversários.

Características Comuns e Diversificadas

A mediação jurídica é uma entre as várias soluções para essa situação. Ela se apresenta sob várias formas diferentes, mas pode ser definida por várias características que, de modo geral, são observadas.

Geralmente, a mediação jurídica é uma forma confidencial, consensual de resolução de disputa facilitada por um juiz no exercício da função ou aposentado, que possui treinamento para a resolução de conflitos. Geralmente, as partes em disputa e/ou os seus representantes legais comparecem às sessões. Frequentemente, as sessões se iniciam com declarações de ambas as partes, a respeito das reclamações e defesas que elas desejam fazer valer. As sessões podem prosseguir com reuniões em particular entre o mediador e cada uma das partes. O mediador jurídico ou "neutro" tenta fazer com que a distância entre as posições das partes diminua e tenta encorajá-las para que elas cheguem a um acordo final. O mediador também explora aspectos da disputa entre as posições legais das partes ou a abrangência permissível das soluções jurídicas. A mediação permite que o mediador examine as partes sobre aspectos da disputa que a maior parte dos sistemas de disputa legal precisam ignorar. Esses aspectos incluem:

- os pontos relativamente fortes e fracos de cada reclamação e defesa legal;

- o impacto dessas questões sobre o valor atual da reivindicação;
- propostas de acordo que reflitam, de maneira mais precisa, as probabilidades de sucesso pelo mérito da questão; e
- soluções criativas, incluindo novos acordos empresariais ou contratuais entre as partes, que maximizem os seus interesses contínuos.

A mediação jurídica pode ser voluntária ou compulsória. Em alguns sistemas legais, as partes são obrigadas a preparar um resumo, por escrito, das suas posições legais e das provas relevantes, antes da sessão. Devido à sua experiência como adjudicadores, os mediadores jurídicos tendem a ser mais avaliadores do que facilitadores, isto é, eles geralmente estão mais dispostos a apresentar uma avaliação dos méritos ou do valor de uma reivindicação. Se uma avaliação for feita, ela pode ser apresentada simultaneamente a ambas as partes ou consecutivamente, a cada parte, em sessões privadas. Se houver acordo, o mediador pode ajudar as partes a redigir um relatório de acordo para registrar, por escrito, a solução adotada. Cada uma dessas características pode ser adaptada às necessidades particulares do sistema jurídico.

Interesse Cada Vez Maior no Mundo Inteiro

O interesse cada vez maior pela mediação jurídica, no mundo inteiro, se deve a vários motivos. Em comparação com a condição indesejável da maioria dos sistemas de processo legal, a mediação jurídica oferece algumas vantagens. Se for preparada adequadamente, ela

proporciona um clima menos hostil, é mais rápida, tem um custo menor, é menos formal, e quando bem sucedida, é mais definitiva. As partes participam no processo de forma direta; o processo é desenvolvido de modo a apresentar um tom mais conciliatório, a propiciar discussões mais transparentes e maior criatividade na busca de soluções. Os adversários no processo podem se comunicar diretamente um com o outro, com os advogados que estiverem em posições opostas e com o mediador. Como as partes (ao invés do juiz ou mediador) são responsáveis pela resolução da disputa, elas têm maior poder sobre o resultado, fazendo com que ele atenda, ao máximo, aos seus interesses que se opõem. Os adversários também têm maior probabilidade de cumprir uma resolução final que eles mesmos ajudaram ativamente a criar.

Para muitas culturas legais não europeias, a mediação jurídica se parece muito - e isso traz uma certa tranquilidade - com as formas tradicionais de resolução de disputas cuja origem precede a influência colonial.

Devido à relativa ineficácia de muitos sistemas jurídicos nacionais, muitos formadores de opinião na área jurídica têm se interessado, cada vez mais, pela reativação ou pela expansão das formas tradicionais de resolução de disputas (Panchayts indianos de cinco mediadores de alto nível hierárquico na comunidade, ou o *wasta* para o processo de *shulha* no Oriente Médio) e pela sua integração aos sistemas formais de processo legal (a destacada forma de mediação chinesa, baseada na avaliação, conhecida como *tiaojie*).

A Índia promoveu uma grande campanha para usar *lok adalats* (tribunais populares) para

a resolução de disputas envolvendo acidentes automobilísticos e desentendimentos familiares. Painéis formados por três pessoas (dois juizes e um médico ou assistente social) apresentam avaliações não mandatórias e facilitam os acordos. Da mesma forma, o Egito desenvolveu um mecanismo integrado de mediação jurídica para uso em tribunais de primeira instância.

Em toda a Europa, a mediação jurídica é vista como um mecanismo em potencial para a resolução de disputas, tanto simples quanto complexas. As juntas de conciliação da Noruega (*Forliksradene*) proporcionam um modelo de grande interesse para fins de comparação e estudo internacional. Em 1995, a França expandiu a base legislativa para conciliação e mediação jurídica. Ações preliminares nesse sentido também se encontram em andamento na Rússia e na Ucrânia.

Em muitas dessas jurisdições, a mediação jurídica é considerada útil não somente para pequenas causas, acidentes automobilísticos, desavenças familiares e pequenos crimes em sistemas jurídicos emperrados por um protocolo moderno, mas também como um método alternativo de resolução de disputas para as questões mais complexas, incluindo aquelas que envolvem a legislação ambiental e a legislação referente à propriedade intelectual.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual [World Intellectual Property Organization] abriu o seu Centro de Arbitragem e Mediação, cinco anos atrás, em resposta à incapacidade dos sistemas jurídicos nacionais de lidar com a complexidade técnica e as múltiplas jurisdições de tais disputas. O ritmo das mudanças nos fortes mercados nacionais e nos

mercados globais emergentes resulta em pressões cada vez maiores sobre os grandes interesses comerciais, no sentido de resolver as disputas rapidamente, a baixo custo, e de forma amistosa, construtiva e criativa, para maximizar os interesses a longo prazo e para preservar as relações comerciais existentes.

A mediação eficaz no nível local, seja ela jurídica ou de outras formas, pode também proporcionar uma base sólida para a resolução de conflitos em âmbito internacional. Quando as negociações diretas falham, as comunidades que procuram resolver conflitos profundos, domésticos e internacionais, estão apelando, cada vez mais, para mediadores neutros. Esses mediadores podem ser líderes políticos ou diplomatas de renome, como por exemplo, o ex-senador americano George Mitchell na Irlanda do Norte, ou o diplomata norueguês Terje Roed-Larsen no Oriente Médio; instituições não-governamentais como o Carter Center no conflito entre a Etiópia e a Eritreia; comissões quase-jurídicas como a Comissão da Verdade e da Reconciliação da África do Sul [Truth and Reconciliation Commission of South África]; países como o Quênia no conflito entre Moçambique e a RENAMO; ou organizações internacionais como as Nações Unidas na retirada dos soviéticos do Afeganistão.

Empecilhos à Aceitação

A aceitação da mediação jurídica em uma cultura jurídica nacional, no entanto, não ocorre necessariamente em função dessas vantagens percebidas. Apesar do seu uso cada vez mais generalizado, a mediação jurídica apresenta uma ameaça ostensiva a importantes valores definidos por muitas culturas jurídicas

modernas.

Além da atitude convencional de considerar a mediação jurídica um paradoxismo, os juizes a vêem como uma ameaça à sua autoridade de fazer julgamentos públicos e pronunciamentos normativos. Eles podem perceber o risco de uma "evasão de talentos" da magistratura devido aos perversos incentivos para que os juizes se aposentem prematuramente em busca de uma carreira mais lucrativa na resolução de disputas no setor privado.

Os advogados que vivem do seu trabalho no tribunal podem ver a mediação como uma ameaça ao seu sustento. Se houver mediação em uma quantidade maior de disputas, os advogados podem associar esse fato a uma diminuição na demanda dos seus serviços.

As partes em disputa em sistemas onde não se deposita muita confiança nos juizes geralmente podem se sentir mais à vontade com um procedimento formal, público, embora mais rígido. Em alguns países, as partes em disputa podem não ter condições de preservar a própria dignidade ou honra se tiverem que admitir seus próprios erros ou fazer uma concessão.

Os intelectuais podem se opor ao uso de recursos públicos para afastar as disputas legais do escrutínio público. E o público pode se opor à idéia de diminuir o valor dos direitos legais tendo como base a probabilidade de sucesso ou o valor do dinheiro em termos de tempo.

Além disso, a simples criação de alternativas aos julgamentos, sem reduzir de forma significativa os atrasos, pode não ser eficaz na prática.

Na ausência da pressão representada por um risco iminente, os incentivos à negociação

direta ainda são fracos. Conseqüentemente, a mediação pode não ser eficaz, a não ser que seja intimamente ligada a outras reformas que reduzam o tempo decorrido até o pronunciamento de uma decisão.

Desenvolvendo Maior Aceitação

A mediação jurídica só será potencialmente útil se proporcionar uma resposta adequada a problemas reais, necessidades genuínas e suas causas verdadeiras. Ao considerar a aceitação da mediação, as magistraturas devem, antes de mais nada, tentar fazer uma avaliação transparente da operação prática do processo jurídico.

A maior conscientização no que diz respeito à utilização cada vez mais abrangente desse recurso deverá abrandar a tendência inicial a considerar a mediação jurídica como uma coisa indesejável. As magistraturas devem estudar os modelos disponíveis de mediação, baseando-se tanto nas tradições nativas de resolução de disputas quanto nas tendências comparativas e internacionais de reforma na área de resolução de conflitos.

O processo da adaptação da mediação jurídica às necessidades locais deve levar em consideração as verdadeiras preocupações dos principais participantes do processo jurídico. Deve haver uma adaptação detalhada da utilização da mediação para fortalecer a sua aceitação e eficácia na cultura jurídica contemporânea.

Os esforços iniciais no sentido de fazer experiências com a mediação jurídica devem ter como objetivo uma categoria limitada de disputas. Isso tornará menos ameaçadora a per-

cepção de que a mediação substituirá por completo a função dos juízes no julgamento de disputas que causam um grande impacto junto ao público.

Empregando-se a mediação jurídica, tanto nos tribunais quanto fora deles, e limitando-se o número de juízes que tenham atingido a idade de aposentadoria obrigatória, o medo das aposentadorias prematuras na área jurídica poderá ser amenizado.

A prática de se demonstrar como os profissionais da área jurídica podem agregar valor ao serviço que prestam aos seus clientes nesse novo processo amenizará as preocupações sobre uma queda na remuneração pelos serviços na área. Limites legais sobre os tipos de disputas que devem ou podem ser resolvidas pela mediação jurídica diminuirão as preocupações a respeito da impropriedade de se afastar disputas de importância crítica do escrutínio público. Finalmente, a integração da mediação a outras reformas jurídicas e de gerenciamento de casos será muito importante para se garantir que os incentivos aos acordos sejam suficientemente fortes para se fazer com que o processo seja eficaz.

Baseando-se nas Tradições

Em cada um desses esforços, o conhecimento e a apreciação da cultura são críticos. A tradução e a interpretação são muito importantes. Por exemplo, nas culturas de língua árabe, a noção de concessão unilateral (*tanazol*) tem muito menos chance de ser um conceito eficaz do que a noção alternativa de solução conciliatória (*hal wassat*) ou concessão como parte de uma série de concessões mútuas (*musawama*). A simples equivalência, ignoran-

do as nuances entre mediação jurídica e formas culturais de resolução de disputas (por exemplo, mediação nos Estados Unidos e *tiaojie* na China) também deve ser evitada.

Na tradição judia, por exemplo, o *shadkham*, *Metavekh* (arranjador de casamentos), *borer* (rabino/mediador) e o *shtadlan* (intermediador/diplomata) denotam atores variados com papéis diferentes. Ao se tentar emular essas tradições é necessário que se tenha uma abordagem bastante sofisticada no que se refere às diferenças sutis, porém significativas, entre essas formas culturais pré-existentes e as inovações mais recentes.

Através deste processo de preparação e adaptação, a magistratura deve procurar atingir um consenso geral antes da implementação da reforma. Se isso não ocorrer, haverá uma decepção. Se os principais atores no processo jurídico não estiverem dispostos a participar, de boa fé, este processo, antes de mais nada consensual e de colaboração, será de pouca valia.

Uma vez que o projeto estiver estabelecido e o consenso tiver se desenvolvido, as magistraturas devem desenvolver uma estratégia para a implementação. A localização, a abrangência e as condições para o primeiro estágio da implementação, isto é, um projeto piloto, precisam ser cuidadosamente definidas. Os impactos e as alocações orçamentárias, as instalações, o processo de seleção e certificação, o treinamento e o desenvolvimento, a devida coordenação com os administradores dos tribunais, a autoridade para implementar reformas por meio de ações administrativas ou ordens jurídicas, em vez de legislação, a programação para implementação e as principais modificações, representam questões críticas. A atenção antecipada a essas questões aumentará a probabilidade de aceitação com sucesso.

Uma Ferramenta para o Século XXI

A mediação não é uma panacéia para os conflitos do mundo. A resistência às suas várias formas, inclusive a mediação jurídica, continuará forte em alguns setores. No entanto, uma avaliação dos sistemas jurídicos contemporâneos revelará que sem alternativas complementares para os julgamentos, os sistemas formais de processo legal têm poucas probabilidades de atingir o seu principal objetivo, que é fazer justiça. Um estudo aberto de reformas em nível mundial proporcionará maior conscientização das ferramentas disponíveis para a resolução dos problemas contemporâneos. Uma cuidadosa adaptação dos modelos possíveis deverá assegurar a preservação de importantes valores e também deverá limitar os obstáculos à implementação. O desenvolvimento de um consenso (de baixo para cima) entre os principais participantes no processo jurídico proporcionará uma fundação importante para a aceitação das determinações referentes às reformas (de cima para baixo). E estratégias eficazes de implementação serão críticas para a transformação de propostas bem intencionadas em práticas legais eficazes e benéficas.

Através deste processo de avaliação, estudo comparativo, adaptação, formação de consenso e estratégia de implementação as magistraturas terão melhores condições de usar a mediação jurídica como uma das muitas ferramentas criadas para enfrentar os desafios de resolução de conflitos do próximo século.

Mediação: Uma Visão Geral da Resolução Alternativa de Disputas

Robert A. Goodin

A mediação talvez tenha se tornado o procedimento mais popular na área de resolução alternativa de disputas, uma área que está revolucionando a maneira pela qual os casos são tratados no sistema jurídico dos Estados Unidos. Nesta visão geral da mediação, Robert A. Goodin, presidente do conselho de administração do Institute for the Study and Development of Legal Systems [Instituto para o Estudo e Desenvolvimento de Sistemas Legais], e sócio de um escritório de advocacia de San Francisco, o Goodin, MacBride, Squeri, Ritchie & Day, examina o processo pelo qual esse método reduziu o ônus das disputas jurídicas de alto custo nos tribunais dos Estados Unidos.

NO FINAL DA década de 80 e mais particularmente, no início da década de 90 e nos anos subseqüentes, a mediação se tornou um procedimento cada vez mais popular em todos os tipos de casos de direito civil. Na verdade, atualmente a mediação talvez seja a forma mais popular de resolução alternativa de disputas usada pelos clientes em casos de direito civil nos Estados Unidos. Além disso, por causa da sua flexibilidade, ela está sendo utilizada, cada vez mais, não apenas em disputas na área de direito civil, mas também em casos criminais e em casos que se encontram em fase de apelação.

A mediação é uma negociação estrutural presidida por um facilitador que tem a habilidade, o treinamento e a experiência necessários para ajudar as partes a encontrar uma solução para a sua disputa. Trata-se de um processo que é confidencial, que não tem força de lei e que se destina a ajudar as partes a estruturar uma resolução mutuamente aceita para qualquer que



Robert A. Goodin

seja a disputa que tenha criado a necessidade de uma mediação.

Como o processo deixa o controle do acordo nas mãos das partes em disputa, e como ele é orientado para a produção de soluções que atendem às necessidades fundamentais de cada lado, a mediação é uma técnica de resolução de disputas que é particularmente apropriada para as circunstâncias em que as partes da disputa tenham ou esperam ter um relacionamento contínuo. No entanto, o sistema também é adequado para as disputas que não envolvem esse tipo de relacionamento.

O Advento da Mediação nos Estados Unidos

Em muitas culturas, a mediação, ou "conciliação", como o processo às vezes é conhecido, tem sido um procedimento padrão para a resolução alternativa de disputas há muitos anos, geralmente presidida por líder da cidade ou por uma figura respeitada na comunidade.

O advento da mediação como ferramenta para a resolução de disputas legais nos Estados Unidos provavelmente se iniciou com o trabalho pioneiro de teoria de negociação desenvolvido por Roger Fisher e William Ury, do Harvard Negotiation Project [Projeto de Negociação de Harvard], popularizado através do seu livro "Getting to Yes", de 1981.

A visão principal do trabalho de Fisher e Ury era de que a maioria das negociações são conduzidas através de negociações sobre posições e podem resultar em impasse ou em um acordo que é percebido por uma das partes como tendo sido imposto simplesmente devido à força superior da outra parte.

Fisher e Ury sugerem que em vez de se basear em posições, a negociação deve ter como ênfase os interesses subjacentes que motivam as partes a assumirem essas posições. Dessa forma, podem ser desenvolvidas soluções criativas que atendam, pelo menos em parte, aos interesses subjacentes de cada uma das partes, permitindo assim uma resolução do conflito, baseada em princípios, e mutuamente vantajosa.

Um exemplo simples, utilizado por Fisher e Ury, tem como origem o conceito da negociação baseada nos interesses. Dois homens estão sentados à escrivaninha de uma biblioteca e não conseguem entrar em um acordo sobre se a janela acima da escrivaninha deve ficar aberta ou fechada. Depois de muito discutir, e sem chegar a uma solução, eles chamam a bibliotecária, que pergunta a cada um deles o motivo pelo qual ele assume a sua posição. O homem que quer que a janela fique aberta explica que quer ar fresco. O homem que quer que a janela fique fechada explica que quer

evitar uma corrente de vento. De posse dessa informação, a bibliotecária chega a uma solução -- abrir uma janela em uma sala vizinha -- que atende aos interesses das duas partes, o que não teria sido possível se as partes simplesmente tivessem continuado a negociar em função das suas posições.

Como os mediadores são treinados para explorar os interesses da posição de cada parte em uma mediação, e como o processo propriamente dito leva a essa exploração, a mediação é um fórum ideal no qual se pode utilizar a filosofia de negociação defendida por Fisher e Ury.

A Mediação nos Tribunais

Muitos tribunais nos Estados Unidos, tanto em nível estadual quanto federal, têm programas de mediação. Isso é particularmente verdadeiro desde 1990, quando o 1990 Civil Justice Reform Act [Lei da Reforma da Justiça Civil, de 1990] (PL. 101-650) determinou que os tribunais federais preparassem e implementassem programas alternativos para a resolução de disputas.

Geralmente a mediação ocorre em dois contextos nas disputas legais nos Estados Unidos. O primeiro é por meio de mediação determinada ou anexada pelo tribunal. Geralmente, esses tribunais mantêm um painel de mediadores habilitados que oferecem os seus serviços às partes em litígio, seja por determinação do tribunal ou a pedido das partes.

O segundo contexto em que a mediação ocorre é a mediação privada. Nesses casos as partes em litígio chegam à conclusão de que a

mediação é o procedimento mais indicado para o caso e escolhem um mediador entre os muitos prestadores de serviços privados que abriram escritórios para oferecer esse tipo de serviço.

A mediação, como técnica para a resolução de disputas, teve início na área do direito de família, provavelmente porque a natureza das emoções envolvidas freqüentemente resultava em sérios problemas em relação à negociação das posições e porque as partes, independente da sua vontade, freqüentemente se viam forçadas a continuar a ter um relacionamento por causa dos filhos.

A mediação nas disputas no direito de família foi rapidamente reconhecida como uma ferramenta valiosa, e os tribunais e as partes em litígio, em pouco tempo, perceberam que o uso da mediação não se limitava às disputas familiares, mas poderia se estender também a outros tipos de disputas no direito civil.

Os motivos para a crescente popularidade da mediação em todas as áreas de litígio civil são bastante claros:

- A mediação não constitui uma ameaça. Ela não tem força de lei e portanto permite que o cliente tenha controle sobre o resultado final.
- A mediação tem um custo relativamente baixo. A maior parte das sessões não duram mais de um ou dois dias.
- A mediação funciona. A maioria dos mediadores apresenta taxas de sucesso da ordem de 80 a 90 por cento.

A Processo da Mediação

Uma das vantagens da mediação é a flexibilidade. Uma sessão de mediação pode ser

preparada de qualquer forma que as partes em litígio achem que seja mais útil para a resolução da sua disputa.

Antes do início, de fato, da mediação, cada lado apresenta uma petição ou uma apresentação ao mediador; esse documento consiste de um resumo da posição da parte e inclui qualquer material escrito importante, como por exemplo, contratos, etc.

A mediação tem início com uma sessão conjunta à qual comparecem o mediador e todas as partes em litígio e os seus advogados. O mediador ouve uma apresentação de cada uma das partes em litígio, na qual a parte descreve a sua visão particular do caso e porque ela acredita que a sua posição deve prevalecer na disputa. Embora os advogados geralmente liderem essa apresentação, é importante também permitir — e os mediadores encorajam tal atitude — que os clientes expressem, eles próprios, as suas opiniões.

Freqüentemente, depois que a apresentação de uma das partes em litígio é concluída, o mediador reafirma a posição, para se assegurar de que nada tenha passado despercebido. Depois que o mediador tiver ouvido as apresentações de ambos os lados, a sessão conjunta é encerrada.

Há vários motivos para que ocorra uma sessão conjunta. Primeiro, ela permite que o mediador ouça, diretamente, a explicação que cada parte faz da sua posição. Segundo, repetindo, com exatidão, as posições de cada uma das partes em litígio, o mediador pode estabelecer credibilidade junto a ambos os lados, demonstrando ter compreendido perfeitamente quaisquer reivindicações. Por último e principalmente, a sessão conjunta permite

que cada lado ouça, diretamente, os argumentos do seu adversário, sem a "filtragem" que geralmente ocorre quando os casos somente são relatados através dos advogados.

Após a sessão conjunta, a mediação continua, em reuniões individuais, nas quais o mediador se encontra, em particular, com cada parte em litígio, em uma tentativa de diminuir a distância que existe entre as respectivas posições. Essas sessões particulares são as ocasiões em que o mediador passa um tempo considerável se certificando, junto às partes em litígio, dos seus verdadeiros interesses, e desenvolvendo opções que podem satisfazer tais interesses. Ao mesmo tempo, o mediador está procurando pontos em comum entre as partes em litígio.

Como motivação para desenvolver soluções alternativas, o mediador freqüentemente explora alguns dos pontos fortes e fracos, legalmente falando, do caso apresentado pela parte em litígio. Em geral, um grande número de reuniões em particular com cada adversário são realizadas e isso diminui cada vez mais as diferenças entre as partes. Por ocasião da conclusão, a maioria desses casos são resolvidos.

Treinamento e Remuneração

Atualmente não existem requisitos de licenciamento ou certificação para mediadores nos Estados Unidos e nenhum treinamento formal é exigido para que se possa oferecer esses serviços. No entanto, a maioria das pessoas que oferece serviços de mediação já teve algum treinamento.

A maioria dos tribunais tem programas de mediação anexos; esses programas exigem que

as pessoas que queiram ser membros do painel de mediação tenham treinamento, e além disso, oferecem o treinamento a outros que queiram recebê-lo. Além disso, muitas escolas particulares de aperfeiçoamento na área jurídica oferecem programas de mediação. O treinamento nos tribunais geralmente consiste de um programa de muitos dias composto de aulas e demonstrações. Sessões de dramatização durante o treinamento permitem que os alunos façam o papel do mediador em um caso simulado, usando as habilidades que adquiriram.

A remuneração varia de acordo com o contexto no qual a mediação ocorre. A maioria dos programas de mediação anexos aos tribunais pede que os mediadores do painel prestem, na qualidade de voluntários, seus serviços, por uma parte do tempo dedicado à mediação (por exemplo, as primeiras quatro ou cinco horas) e exigem que as partes remunerem o mediador a partir desse ponto, a uma taxa horária estabelecida pelo tribunal.

No caso da mediação privada, a remuneração é em função do acordo feito entre as partes em litígio e o mediador. Geralmente, os mediadores privados oferecem seus serviços a uma taxa diária mutuamente aceita, e que pode ser substancial. Os mediadores privados podem pedir e receber melhor remuneração porque as partes em litígio reconhecem o valor em potencial dos seus serviços. Por exemplo, a maior parte das disputas que são alvo de mediação privada apresentam valores muito menores em disputa do que os honorários advocatícios em potencial que resultariam se o caso fosse disputado através dos meios jurídicos tradicionais.

Reduzindo o Ônus do Sistema

Como a mediação é tão eficaz, ela oferece uma grande economia em termos de custo, além de outros benefícios, às partes envolvidas. Resolvendo casos e tirando-os dos tribunais, a mediação também reduz a carga de trabalho do sistema jurídico tradicional e promove velocidade e eficiência no processamento de casos.

Como a maior parte dos sistemas jurídicos do mundo têm problemas decorrentes de custo e dos atrasos, como ocorre nos Estados Unidos, e como a mediação é culturalmente familiar em tantos países, o movimento pela resolução alternativa de disputas parece destinado a ter muito valor no cenário internacional, no decorrer do novo milênio.

A Mediação Anexa ao Tribunal

Dr. Don Peters

O Dr. Don Peters, diretor do Institute for Dispute Resolution [Instituto de Resolução de Disputas] e da Virgil Hawkins Civil Law Clinic [Clínica de Direito Civil Virgil Hawkins] na University of Florida [Universidade da Flórida], tem grande experiência na resolução alternativa de disputas (ADR) e em mediação anexa aos tribunais na Flórida, que foi um dos primeiros estados do país a desenvolver procedimentos de ADR, incluindo um código de ética para mediadores. Nesta entrevista concedida ao nosso colaborador David Pitts, o Dr. Peters fala sobre os desafios associados à implementação da mediação nos tribunais.

Sr. Pitts. Na sua opinião, quais são os maiores desafios no processo de implementação da resolução alternativa de disputas nos tribunais?

Dr. Peters. Acho que ter uma idéia precisa do que você quer realizar e depois criar as etapas da implementação são os desafios mais significativos na mediação anexa aos tribunais. Você precisa fazer as seguintes perguntas:

- As indicações dos tribunais resultarão em mediação mandatória ou voluntária?
- Os tribunais indicarão uma gama variada de casos ou somente certos casos para a mediação, e que casos estarão excluídos das indicações?
- Esse trabalho constituirá uma abordagem em nível estadual, como foi a iniciativa pioneira da Flórida, ou será uma experiência desenvolvida individualmente em cada tribunal, como ocorre com os juízos federais de



Don Peters

primeira instância e em alguns estados?

- O tribunal prestará serviços de mediação ou contará com mediadores privados, ou criará uma combinação dessas duas coisas?
- Como serão selecionados os mediadores para cada caso?

Algumas das etapas mais importantes para a implementação incluem: 1) a criação de autoridade estatutária ou regulamentar para as indicações, 2) a criação de quaisquer procedimentos que se façam necessários no que diz respeito às mediações, 3) a criação de um meio de assegurar um mínimo de competência por parte do mediador, o que frequentemente inclui treinamento obrigatório ou requisitos de certificação, códigos de ética e mecanismos para a sua observância, 4) a garantia de custeio adequado e 5) determinar quem vai coordenar o programa.

Todas essas decisões e etapas de implementação podem apresentar desafios significativos, dependendo das circunstâncias com as quais cada tribunal terá que lidar.

Existe uma preocupação no sentido de que a ênfase em coisas como 'resolver os casos pendentes' e 'diminuir o tempo gasto em julgamentos' pode, de fato, afetar a maneira pela qual a mediação é conduzida. Por exemplo, pode haver uma ênfase exagerada no índice de casos resolvidos, o que pode estimular os mediadores a agirem de forma coercitiva, o que por sua vez, contradiz os objetivos do processo de mediação.

Existem também alguns indícios que sugerem que a mediação mandatória pode não estar reduzindo os gastos com pessoal nos tribunais porque as mesmas quantidades de casos ainda vão a julgamento. Apenas aproximadamente quatro por cento dos casos no direito civil vão a julgamento na maioria dos tribunais. Em vez disso, a mediação mandatória pode estar influenciando os tipos de casos que vão a julgamento, como por exemplo, os casos que não podem ser negociados com facilidade. Mas ela também pode estar ajudando a assegurar que o tempo de julgamento seja dedicado aos casos que mais precisam de tempo.

Sr. Pitts. A mediação pode ser mandatória ou feita através de acordo entre as partes envolvidas. De que forma é tratada a maioria dos casos? O tribunal faz algum tipo de análise após o início da mediação?

Dr. Peters. A mediação mandatória ocorre de acordo com as normas e os estatutos de um estado, ao passo que a mediação voluntária pode ser adaptada através de um acordo, para criar quaisquer aspectos do processo que as partes desejarem.

Acho que os programas de mediação mais bem sucedidos nos Estados Unidos são aqueles que são implementados por meio de mediação mandatória. Com certeza a maioria dos tribunais estaduais, incluindo os da Flórida, que é o sistema com o qual eu estou mais familiarizado, possui mediação obrigatória.

No que diz respeito à aprovação do tribunal, um acordo obtido durante a mediação é considerado um contrato. As partes em litígio estão negociando uma saída para uma disputa, fazendo um acordo que tem a validade de um contrato, e portanto o tribunal geralmente não julga os termos do acordo.

Uma exceção a essa norma pode ocorrer se um tribunal perceber alguma coisa, em um acordo resultante de mediação, em um caso de direito de família, e concluir que tal coisa não é a melhor solução, tendo em vista os interesses de um filho menor. Talvez essa seja a única situação em que eu acho que o tribunal pode fazer valer o seu direito de julgar o resultado de uma mediação.

Sr. Pitts. Quais são os recursos necessários para se implementar um programa de ADR?

Dr. Peters. Os recursos necessários dependem das escolhas que forem feitas a respeito das decisões e da implementação das etapas que eu mencionei anteriormente. As maiores despesas, em geral, são aquelas referentes aos serviços de mediação proporcionados por um tribunal. O uso de prestadores de serviços privados de mediação, pagos pelas partes em litígio, é o caminho de mais baixo custo. Há ocasiões em que se faz uso de mediadores voluntários, que trabalham gratuitamente, nos vários programas anexos a tribunais em todo o país. Algumas

despesas na Flórida, por exemplo, são pagas pelos orçamentos gerais dos tribunais por meio de taxas de certificação e recertificação de mediação, e por acréscimos às taxas de registro nos tribunais, que são quantias pagas ao tribunais referentes a quaisquer tarifas específicas impostas pela legislação estadual.

Os acréscimos das taxas de registro também têm sido uma popular fonte de recursos nos programas de outros estados porque eles proporcionam uma fonte estável e confiável de renda. Eles tornam os processos de ADR legítimos, obrigando todos os usuários do tribunal a custear o programa mesmo se nem todos os casos forem direcionados à mediação. A teoria que justifica isso é que as partes em litígio que, de fato, não usam os métodos de ADR podem, na verdade, se beneficiar, obtendo acesso mais rápido a um tribunal tradicional. Outra vantagem é que essa abordagem deixa claro que os processos legais não são os únicos serviços que um tribunal pode oferecer.

Na área federal, uma pesquisa feita em 1996 nos programas dos tribunais federais mostra uma grande diversidade entre os distritos. No entanto, a pesquisa conclui que a maioria dos tribunais federais, no momento, usa serviços privados de mediação e exige que as partes em litígio paguem as taxas.

Sr. Pitts. Quais são os principais participantes no processo de ADR?

Dr. Peters. Os principais participantes na mediação anexa aos tribunais são os juízes, os advogados, as partes em litígio e os mediadores.

O papel jurídico se limita à indicação de um caso para a mediação e às vezes, à atribuição do caso a um mediador. O princípio

de operação, na Flórida, é que o juiz, em conjunto com as partes em litígio, está na melhor situação para determinar se um caso deve ou não ser indicado para a mediação. Uma vez que essa decisão tenha sido tomada, alguns sistemas autorizam a indicação jurídica de um mediador certificado, a partir de uma lista que funciona pelo sistema de rodízio, ou um programa mantido pelo tribunal. Esses mediadores são, em princípio, usados nos casos familiares, da população de baixa renda, e em casos de pequenas causas, nos quais eles trabalham como voluntários.

A partir do momento em que se decide que vai haver mediação, o papel do advogado na mediação freqüentemente inclui a seleção do mediador, caso sejam usados mediadores privados. A Flórida tem uma "norma dos dez dias", segundo a qual se permite que as partes litigantes concordem sobre a escolha de um mediador até 10 dias após uma ordem que envie o caso para a mediação. Esta disposição é usada em mais de 90 por cento das indicações de mediadores privados nos casos dos tribunais de jurisdição original e de direito de família.

O advogado também tem um importante papel na preparação das partes em litígio para a mediação, o que inclui uma completa explicação do processo de mediação. Ele explica, de modo geral, as funções do mediador; explica que ele ou ela age como um facilitador, e não como um tomador de decisões. Ele explica os parâmetros de confidencialidade, que são determinados geralmente pela legislação estatutária nos estados que adotaram a mediação mandatória. Ele explica o processo de mediação, que inclui declarações iniciais apresentadas pelas partes em litígio — freqüentemente incluindo os clientes, assim como os

advogados — e em seguida alternando as sessões privadas e conjuntas.

Um advogado também tem um papel importante ao representar os participantes em mediações. Um advogado geralmente tem o direito de assistir e participar ativamente de uma mediação. Na Flórida, por exemplo, é necessário que um advogado esteja presente durante as mediações dos tribunais de jurisdição original, a não ser que haja uma ordem ou uma determinação contrária, e ele pode participar das mediações nos tribunais distritais. Ele também pode, mas não é obrigado, a participar das mediações dos tribunais de direito de família.

Geralmente, na Flórida, os advogados agem como os principais negociadores durante as mediações. Eles permanecem em atividade durante os casos que passam pelos tribunais de primeira instância e em seguida assumem a liderança nos diálogos referentes aos aspectos econômicos dos casos de direito de família, mas têm um papel menos significativo quando as discussões passam a tratar de custódia e direitos de visita.

Na maioria dos Estados — inclusive na Flórida — os participantes geralmente são obrigados a comparecer à mediação cuja realização é determinada pelo tribunal. Se não o fizerem eles podem ser punidos pelo não comparecimento sem um motivo justo e podem ser obrigados a pagar os honorários do mediador, além de honorários advocatícios e outros custos.

A mediação cuja realização é determinada pelo tribunal tem se revelado uma boa maneira de envolver os advogados e participantes e de fazer com que eles assumam compromissos em

relação ao processo de mediação, pois, na prática, eles não têm escolha. A teoria é a seguinte: se você obrigar as pessoas a se reunirem com as autoridades, elas aproveitam bem o tempo e pelo menos conversam.

A maioria dos advogados e partes em litígio dão valor às coisas que a mediação acrescenta ao processo de negociação que antecede os julgamentos. Por exemplo, os advogados ficam sabendo que a mediação mandatória é totalmente coerente com o seu procedimento tradicional de acordos feitos antes dos julgamentos na maioria dos casos civis. O controle das negociações e da elaboração da estratégia não lhes é negado, e eles não são impedidos de levar a julgamento os casos que eles e seus clientes desejarem.

A mediação resulta em uma solução que estimula as partes em litígio a reavaliar os riscos e conseqüências inerentes à não aceitação. As partes em litígio pode desabafar melhor e de maneira mais ampla do que seria possível em um julgamento porque as questões de ordem emocional, geralmente, não são tão relevantes quanto o seriam em um tribunal. Elas também podem evitar a tensão de participar de um julgamento, além das horas de trabalho perdidas e dos custos adicionais envolvidos.

A mediação permite que os advogados façam concessões durante reuniões a portas fechadas. Nessas condições é mais fácil fazer concessões a partir de posições anteriores, porque é mais fácil encontrar uma "saída honrosa". Além disso, a mediação viabiliza um processo que permite a troca confidencial de informações que podem gerar soluções mas que representam um grande risco quando são dire-

tamente confiadas diretamente ao adversário. Os mediadores podem usar essas informações para explorar soluções em potencial sem divulgá-las de forma direta. Além disso eles podem indicar fraquezas do caso que reforçam o que os advogados podem ter dito aos seus cliente inicialmente. Isso pode ajudar as partes em litígio a decidir rever suas posições e a evoluir no sentido de chegar a um acordo.

A mediação pode se beneficiar de uma área neutra nas difíceis questões envolvidas na avaliação de reivindicações. Por exemplo, a negociação permite que os negociadores se beneficiem de uma ampla gama de soluções. Pedidos de desculpas, por exemplo, geralmente não são coisas que os tribunais podem exigir, com exceção dos casos de difamação. No entanto os pedidos de desculpas podem ser muito importantes na criação de um clima de boa vontade que resulta em um acordo. Na mediação, é possível ser muito criativo.

Sr. Pitts. Que tipos de programas de treinamento são exigidos para os mediadores?

Dr. Peters. A comunidade da mediação está reconhecendo a importância de se desenvolver qualificações de mediadores para proteger os consumidores e para proteger a integridade do processo. A maioria dos estados tratam dessa questão por meio de um norma ou um estatuto, freqüentemente seguindo o exemplo da Flórida no uso de um processo de certificação.

Em geral a qualificação ou a certificação exige alguma combinação dos seguintes itens: treinamento em mediação, estágios ou períodos de treinamento prático, requisitos de escolaridade e experiência anterior em áreas relacionadas. Há muitas diferenças entre um esta-

do e outro, e os tribunais federais frequentemente se baseiam nos procedimentos de qualificação ou certificação dos estados.

A Flórida, por exemplo, exige qualificações diferentes para certificação em áreas diferentes da mediação. A base desse sistema é um requisito de treinamento obrigatório que consiste de 20 horas nos tribunais das comarcas e 40 horas nos tribunais da justiça de família e nos juízos de primeira instância. Os cursos devem ser ministrados por pessoas qualificadas pela suprema corte do estado. É necessário que os programas cumpram certos requisitos de instrução, e eles devem ser aprovados pelo Florida Dispute Resolution Center [Centro de Resolução de Disputas da Flórida]. Os programas geralmente cobrem a teoria geral de resolução de disputas. Eles consistem de explicações e desenvolvimento por meio de prática, habilidades específicas de mediação e sessões de dramatização, nas quais os participantes são observados e seu desempenho é comentado.

Há requisitos práticos, que devem ser observados após o treinamento. Na Flórida, o candidato deve observar e conduzir quatro mediações sob a supervisão e observação de um mediador certificado no nível de comarca. Na vara de família e no nível de juízo de primeira instância, o candidato deve observar e agir como mediador auxiliar em duas mediações. Não há requisitos de experiência ou qualificação educacional para a mediação no nível de comarca. Na vara de família, o candidato deve ter pelo menos quatro anos de experiência como advogado ou como contador público; ou possuir título de mestrado ou doutorado em serviço social, saúde pública, ciências do comportamento ou ciências sociais; ou ser médico com

habilitação em psiquiatria de adultos e crianças. Para trabalhar nos juízos de primeira instância, o candidato deve ser advogado com pelo menos cinco anos de experiência na Ordem dos Advogados da Flórida, ou ser juiz aposentado. Tanto os advogados quanto os juízes devem ser membros da ordem dos advogados do estado em que residem.

O processo de certificação na Flórida — que tem uma duração de dois anos — consiste em demonstrar conformidade com esses critérios, requisitos de treinamento e o pagamento de uma taxa de certificação.

Sr. Pitts. Por que a grande maioria dos casos de mediação ocorrem na área civil, e não na área criminal?

Dr. Peters. Os interesses e objetivos que estão em jogo são diferentes. Os casos da área civil geralmente envolvem interesses privados. Os estados apenas apresentam soluções de ADR para que as partes em litígio possam usar a lei para adjudicar reivindicações referentes aos seus interesses privados. O ônus da prova é uma "preponderância de provas". As resoluções são geralmente monetárias ou eqüitativas. A liberdade pessoal só é raramente envolvida, a pena de morte não se encontra disponível e não existe a presunção da inocência favorecendo o acusado, como ocorre em um processo criminal. Qualquer coisa que as partes em litígio resolverem fazer é aceitável, desde que não seja contra a lei ou outra expressão de políticas públicas.

Os casos de direito criminal, por outro lado, envolvem crimes contra o estado e o cumprimento dessas leis protege o interesse coletivo da sociedade e as normas de comporta-

mento. Presume-se que os réus são inocentes até prova em contrário, e o ônus da prova é "acima de qualquer dúvida". Além disso, os réus têm o direito de permanecer em silêncio e não podem ser obrigados a testemunhar. Por isso fica difícil entender como a mediação, que é um processo baseado em conversas, poderia ser eficaz.

A tentativa de passar a mediação para o sistema de justiça criminal tem ocorrido principalmente nas áreas de mediação entre a vítima e o acusado e de justiça de vizinhança. Os casos que geralmente são indicados são os casos de pequenos crimes e outras coisas que podem ser difíceis de processar: uma acusação de emissão de cheque sem fundos, por exemplo.

Esses programas geralmente dependem da disposição das vítimas e dos acusados de participarem de forma construtiva. Mas há problemas graves com acusados que se sentem coagidos a participar e que são convencidos de que o seu processo ou sentença subsequente será pior se eles não entrarem em um acordo através da mediação. O paradigma da justiça criminal realmente sofre uma alteração, pois as vítimas são colocadas no centro, e não na periferia do processo criminal, e transfere o poder de resolver todo o caso criminal ou parte dele para uma pessoa ou entidade privada.

Sr. Pitts. Finalmente, na sua opinião pessoal, até que ponto o senhor acha que a mediação funciona bem?

Dr. Peters. Acho que ela funciona muito bem. Atualmente a seguinte observação é um princípio básico entre os advogados da Flórida: se você vai participar de um processo, você vai mediar. Muitos advogados da Flórida se subme-

teram a treinamento de mediação principalmente para aprender mais sobre como advogar de forma eficaz.

Meu trabalho em tribunais de pequenas causas sugere que há uma taxa de conformidade de 60 por cento com acordos mediados em casos de cobrança. Isso dá uma idéia da quantidade de casos bem sucedidos de mediação. Uma pesquisa na área de pequenas causas revelou que pagamentos de grandes quantias reivindicadas nos casos, pagas inteiramente aos autores, ocorreram em quase 50 por cento dos julgamentos, mas apenas em 17 por cento dos resultados mediados.

Em outras áreas, há um estudo sobre o divórcio segundo o qual uma porcentagem significativa de casais que se divorciaram e que não entraram em um acordo, mesmo assim têm o processo de mediação em alta conta porque ele proporcionou outras coisas, como por exemplo, melhor comunicação, e em alguns casos, a reconciliação. Um estudo sobre o divórcio também demonstra que a mediação resultou em mais acordos de custódia conjunta, ao passo que a adjudicação resultou em mais acordos de custódia concedida a apenas uma das partes.

Portanto existem algumas provas de que os acordos obtidos através de mediação envolvem mais soluções conciliatórias e uma divisão mais equitativa de recursos do que os resultados adjudicados.

A mediação se firmou como o principal processo de ADR nos tribunais federais. Muitos tribunais federais, atualmente, exigem que os advogados discutam a ADR com seus clientes e adversários. Por exemplo, a mediação, basicamente, mudou a maneira pela qual os processos legais ocorrem nos tribunais da Flórida. A

experiência tem demonstrado que muitos clientes estão solicitando a mediação, e um número maior de advogados também a solicitam, antes de o tribunal se envolver no caso.

A mediação realmente parece estar acrescentando um processo novo e diferente, que pode ser usado em conjunto com o processo legal tradicional antes da adjudicação.

Questões de Democracia, Revista eletrônica do DOS, Vol. 4, Nº. 3,
Dezembro de 1999

O Papel da Resolução de Disputas nos Tribunais Federais dos Estados Unidos

Peter R. Steenland, Jr.

A utilização de resolução de disputas para obter acordos rápidos e eficientes em processos legais na área de direito civil está se tomando, rapidamente, uma tendência nos Estados Unidos. Neste artigo, Peter R. Steenland, Jr., diretor jurídico do Office of Dispute Resolution [Escritório de Resolução de Disputas] do U.S. Department of Justice [Departamento de Justiça dos Estados Unidos], explica o processo de resolução alternativa de disputas e apresenta uma visão geral da maneira pela qual o Departamento de Justiça usa o processo nos seus casos

NOS ESTADOS UNIDOS, o Departamento de Justiça é responsável pela condução de processos legais em nome dos órgãos do governo federal e seus dirigentes, usando uma equipe de advogados em Washington e em 94 distritos jurídicos em todo o território do país. Esses advogados são responsáveis por aproximadamente 20 por cento de todos os casos de direito civil nos tribunais federais dos Estados Unidos. Os casos incluem alguns dos exemplos mais complexos e difíceis de processos no país, cobrindo uma grande variedade de assuntos, e incluindo ação de reparação por perdas e danos, observância de direitos civis, direito trabalhista, disputas contratuais, reivindicações na área ambiental, questões tributárias e assuntos envolvendo leis antimonopólio.

Para atingir um grau mais alto de eficiência no trato desses casos, a procuradora-geral dos Estados Unidos [U.S. Attorney General] Janet Reno criou, em 1995, um Programa de



Peter R. Steenland, Jr.

Resolução de Disputas no Departamento de Justiça, que é aplicável a todos os casos de direito civil. A procuradora-geral determinou que todos os advogados do Departamento de Justiça recebessem treinamento sobre o uso da mediação e técnicas de negociação. Além disso, ela destinou verbas à contratação de mediadores para os casos envolvendo o governo e deixou claro para todos aqueles que estivessem envolvidos em algum processo em andamento contra o governo que os Estados Unidos estavam interessados em usar a mediação sempre que tal procedimento fosse adequado.

Sob os auspícios do Programa de Resolução de Disputas, o Escritório de Resolução de Disputas foi criado para operar em conjunto com os advogados dos Departamento de Justiça, com os tribunais, com organizações profissionais, outros órgãos do

governo federal no intuito de promover o uso mais amplo da mediação e de outras formas de resolução de disputas. Sob o ponto de vista da procuradora-geral, todo advogado do governo deve ser "alguém que resolve problemas" além de ser alguém que atua em processos legais, e deve estar preparado para usar quaisquer processos que possam ser úteis na busca de uma solução favorável da disputa, minimizando os conflitos na medida do possível.

Nesses quatro anos de existência do escritório, o uso dos processos de resolução de disputas por parte do Departamento de Justiça quadruplicou. Uma forma de resolução de disputa -- geralmente a mediação -- é usada em aproximadamente 2.000 casos por ano para ajudar a encontrar soluções para problemas, que sejam aceitáveis por todas as partes envolvidas. Frequentemente, isso envolve um acordo em termos que os tribunais não possuem autoridade para proporcionar, mas que mesmo assim são muito importantes para as partes. Isso demonstra que o processo legal tradicional pode ser uma maneira ineficaz de resolver disputas porque um tribunal só pode decidir questões legais. Ele não pode tratar dos interesses subjacentes das partes em litígio, que podem ter sido as verdadeiras razões da disputa.

“A Demora na Justiça
Significa a Negação da
Justiça”

De acordo com o sistema jurídico dos Estados Unidos, tanto os tribunais federais quanto os tribunais estaduais dão prioridade aos casos criminais. Frequentemente o acusado é preso antes do julgamento, e em muitas

ocasiões, o depoimento de testemunhas do crime pode não ser eficaz se um período de tempo muito longo decorrer entre o crime e o respectivo julgamento. Portanto, embora possa haver bons motivos para dar prioridade aos casos criminais pendentes, tal preferência pode ter um impacto sobre as disputas civis que estiverem aguardando julgamento ou audiência. De modo geral, quanto maior for a quantidade de casos na área criminal, mais longo será o tempo decorrido até que um caso comum na área civil seja decidido pelo tribunal.

O atraso ocorrido em qualquer procedimento no tribunal, naturalmente, é motivo para grandes preocupações, tanto nas disputas na área civil quanto nos casos criminais. A velha máxima "a demora na justiça significa a negação da justiça" pode ser particularmente verdadeira, especialmente no caso de uma situação na área de direito civil no qual se procura obter uma indenização para alguém que está ferido ou desempregado, ou para uma entidade ou pessoa que está tentando fazer com que sejam cumpridas as cláusulas de um contrato. Outra preocupação para as partes em litígio na área civil são os valores, cada vez mais elevados, dos honorários advocatícios que elas podem ter que pagar, e que freqüentemente resultam de um longo processo de investigação e outras atividades preparatórias para um julgamento. Na verdade, algumas partes em litígio acham que depois de muito esforço levando o seu caso a julgamento, e saindo vitoriosas, elas, na verdade, não "venceram" porque o tempo e o dinheiro gastos para conseguir a vitória superaram, em muito, os benefícios que elas possam ter recebido em virtude de um resultado favorável.

Por essas e outras razões, um número cada

vez maior de partes em litígio em ações civis estão apelando para a resolução de disputas, e especialmente para a mediação, para ajudá-las a obter um solução rápida e aceitável para as disputas civis. Embora haja muitos processos associados à resolução de disputas, como por exemplo, a arbitragem, a avaliação prévia por um elemento neutro, mini-julgamentos e julgamentos sumários, o processo que sem dúvida, conta com a maior preferência, é a mediação.

Não se Trata de Decidir o que é Certo e o que Está Errado

Na mediação, um indivíduo treinado para ajudar as partes a negociar realiza reuniões confidenciais com cada uma das partes do processo. Não se pede ao negociador que decida quem está certo ou quem está errado, e não se espera que o mediador tente obrigar as partes a aceitar nenhum resultado específico. Em vez disso, por meio de reuniões confidenciais com cada um dos lados, o mediador tenta desenvolver opções de acordo que as partes podem relutar em explorar por si mesmas, e identificar os principais interesses das partes, que deverão ser levados em consideração em qualquer acordo.

Quando um caso é selecionado para o processo de resolução de disputa, os mediadores são escolhidos em conjunto por ambas as partes em litígio. A experiência em mediação é mais importante na seleção de um mediador do que a experiência do mediador no assunto da disputa. Como o mediador não tem o poder de tomar decisões sobre o caso, as partes em litígio com o governo federal devem estar dispostas a cooperar na busca de um mediador que seja

aceitável e justo para todos. Geralmente, as partes envolvidas na mediação arcam com os custos e os honorários do mediador em partes iguais.

Se o mediador puder ajudar as partes a encontrar uma solução consensual para o caso, o acordo se resume a um compromisso por escrito, que tem a forma de um contrato. Em alguns casos, as partes podem apresentar o acordo ao juiz para fins de registro nos autos. Se não houver um acordo, as partes podem voltar ao tribunal e dar continuidade ao processo, como se a mediação nunca tivesse ocorrido.

Confidencialidade

Um dos principais ingredientes em qualquer mediação bem sucedida é que as negociações propriamente ditas sejam confidenciais. Fazendo com que todas as negociações sejam confidenciais, as partes ficam mais dispostas a explorar opções de acordo do que se estivessem negociando por sua conta. A confidencialidade também se aplica a todas as reuniões privadas que os mediador realiza com cada parte, de forma que nada que seja dito entre uma parte e o mediador seja revelado ao seu adversário a não ser que isso seja objeto de mútuo acordo entre os participantes.

Se as partes conseguirem entrar em acordo, o acordo se torna um documento público porque o público tem o direito de saber como o governo resolveu uma disputa legal. Por outro lado, se o mediador não conseguir fazer com que as partes cheguem a um acordo, não há motivo para reconhecer nada a não ser o fato de que houve uma tentativa de se chegar a um acordo.

Os Benefícios de Uma Decisão Judicial

Em alguns casos, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos não usa a resolução de disputas por acreditar que o público estará mais bem servido se a questão for objeto de uma decisão judicial. Isso acontece quando o governo acredita que o seu adversário em um processo não tem argumentos legais significativos, e o sucesso no tribunal está literalmente assegurado. Às vezes há circunstâncias nas quais o governo precisa do benefício de uma decisão judicial para obter uma declaração judicial a respeito do significado de uma nova lei ou um novo regulamento. Isso estabelece um precedente, de forma que as partes afetadas por essa questão legal, bem como aquelas que não estão participando do processo, saberão o que essa nova lei ou regulamento exige delas.

Um Processo Consensual

É importante enfatizar que este é um processo consensual e que nos Estados Unidos, nenhum juiz ou mediador pode forçar nenhum indivíduo ou entidade a fazer um acordo legal contra a própria vontade. Aproximadamente 60 por cento das mediações que envolvem o governo federal resultam em acordos. Se o adversário do governo em um processo não quiser fazer um acordo, e não tiver nenhum interesse em utilizar a resolução de disputas, esse processo não pode ser imposto a ele. Da mesma forma, nenhuma outra parte pode forçar o governo a fazer um acordo referente a um caso em que o governo queira obter uma decisão final de um tribunal.

A mediação e outras formas de resolução

de disputas permitem que os participantes de uma disputa na área civil negociem de maneira consciente e eficaz. Os participantes são capazes de obter resoluções mais rapidamente e encontrar meios de resolver casos que estariam fora de cogitação se eles estivessem negociando sem assistência nenhuma.

Do ponto de vista das ações legais envolvendo o governo dos Estados Unidos, a resolução de disputas é uma ferramenta particularmente importante por meio da qual os advogados do governo podem manter sua vigilância costumeira, sem enfrentar as conseqüências de um processo legal, que freqüentemente resultam de ações prolongadas e desgastantes. Tratando da resolução dos problemas com o adversário em uma ação legal, eles podem representar, de maneira eficaz, os Estados Unidos, com o maior respeito e com um mínimo de conflito.

Portanto a mediação é uma ferramenta de grande valia que todo advogado deveria ser capaz de usar, quando conveniente, para ajudar um cliente a conseguir uma resolução satisfatória para uma disputa legal.

Fazendeiros Negros Contra o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos

David Pitts

Em abril de 1999, um juiz federal aprovou um acordo no caso de direitos civis mais significativo que já foi objeto de mediação.

O caso envolvia um grupo de fazendeiros negros que alegavam que o U.S.

Department of Agriculture

[Departamento de Agricultura dos Estados Unidos] (USDA) os havia discriminado por mais de uma década. O colaborador David Pitts rastreia as origens dessa mediação exemplar, que pode estabelecer um precedente para que se evitem procedimentos longos e onerosos na área dos direitos civis e em outros casos no futuro.

JOHN NEWKIRT TEM raízes profundas raízes na área rural da Geórgia. Ele herdou a sua fazenda de 347 acres em Garfield — aproximadamente 70 km ao norte de Savannah — do seu pai e mais tarde acrescentou mais 147 acres à propriedade. Ele diz que seus problemas tiveram início em 1984 quando funcionários locais do USDA se recusaram a lhe conceder um empréstimo para que ele pudesse administrar sua fazenda, por motivos que, na sua percepção, eram discriminatórios. Em 1990, ele perdeu as suas própria terras por completo depois que o governo executou a sua hipoteca. Ele diz que conseguiu comprar suas terras novamente, mas agora as arrenda em vez de cultivar, ele mesmo, a propriedade. "Minhas terras foram tomadas de mim", ele diz. "Nunca me esquecerei dos danos morais que isso me causou."

James Beverly, de Burkeville, Virginia, tem uma história ainda mais triste para contar. Ele perdeu o seu ganha-pão 15 anos atrás e



*John Newkirt na sua fazenda em
Garfield, Georgia.*

atualmente faz um trabalho de aconselhamento em uma prisão federal em Petersburg, que não fica longe da fazenda que lhe pertenceu. "Fui eliminado por que não pude obter ajuda", ele diz. "Consegui um empréstimo para comprar matrizes para iniciar um negócio de suinocultura, mas não consegui um empréstimo para construir criatórios, depois de haver comprado os animais. Para saldar minha dívida com o governo, referente ao empréstimo para a compra dos animais, tive que vender minha propriedade e abandonar por completo o ramo de produção rural."

As experiências de John Newkirt e James Beverly não são casos isolados. Tem havido uma diminuição significativa no número de fazendas de proprietários negros e administradas por negros, de modo geral, com o passar de algumas décadas. Em 1920, havia

925.000 fazendas de proprietários negros nos Estados Unidos. Em 1992, de acordo com as estatísticas do USDA, o número havia caído para menos de 18.000 — de 14 por cento do total para um por cento, a maioria delas localizadas no sul do país. Os motivos dão margem a muita discussão, mas a maioria dos observadores concordam que a discriminação por parte do USDA é um dos principais fatores, especialmente nas últimas duas décadas. Um dos efeitos saudáveis da resolução definitiva foi um comprometimento renovado no sentido de acabar com quaisquer vestígios de racismo nos programas do USDA.

As investigações conduzidas pelo próprio USDA confirmam o problema. De acordo com uma auditoria interna, em vários estados do sul, incluindo a Geórgia, os escritórios locais levavam em média três vezes mais tempo para

processar pedidos de empréstimos de fazendeiros negros do que os de fazendeiros brancos. Segundo notícias da Associated Press, entre 1980 e 1982, para cada dólar emprestado a fazendeiros brancos, os fazendeiros negros receberam somente 51 centavos. E em 1982, a U.S. Civil Rights Commission [Comissão de Direitos Civis dos Estados Unidos], um órgão do governo, informou que "a não ser que as políticas de negligência e discriminação do governo sejam mudadas, talvez não existam mais fazendeiros negros quando chegarmos ao ano 2000".

No final da década de 1990, os fazendeiros negros resolveram agir. Em dezembro de 1997, eles deram início à maior ação popular na área de direitos civis da história dos Estados Unidos. A ação cita discriminação sistemática por parte do USDA ao atrasar a concessão de empréstimos, ao negar abertamente a concessão de empréstimos e ao se recusar a prestar assistência técnica que seria crucial para o sustento dos fazendeiros. A ação também menciona o fato de que muitos fazendeiros negros empobreceram devido à negligência e à discriminação da USDA, ao passo que outros perderam suas fazendas, e em alguns casos, perderam todas as suas terras.

O Caso é Encaminhado Para Mediação

Mas o caso não foi a julgamento. Os participantes concordaram com o uso da mediação, por insistência do juiz federal de primeira instância Paul Friedman. "Não é rara em muitos casos de direitos civis, e na verdade em muitos casos de disputas na área civil, a utilização da mediação", diz Michael Lewis, um

pioneiro na resolução alternativa de disputas (ADR), que foi selecionado pelos participantes para atuar como mediador na disputa. "A pergunta é", ele diz, "qual é a melhor maneira de resolver esses casos? A mediação leva menos tempo do que os julgamentos nos tribunais, especialmente se houver recursos, o que provavelmente ocorreria neste caso. Além disso o custo da mediação é inferior, e você evita a possibilidade de perder por completo".

"Os fazendeiros concordaram com a mediação porque havia uma história de discriminação por um período de 20 anos", diz Alexander Pires, o principal advogado dos autores da ação. "Esse processo havia sido muito longo e eles queriam resolvê-lo." Michael Sitcov, o principal advogado do governo, não quis fazer comentários. Mas Andrew Solomon, porta-voz do USDA, diz, "O motivo de termos concordado com a mediação me parece óbvio. Não há dúvida de que se tratava de um problema de discriminação. Queríamos tratar do problema e seguir em frente". Lewis concorda. O USDA queria encerrar um "capítulo desagradável" na sua relação com os fazendeiros negros, segundo ele.

O presidente Clinton também ponderou sobre a questão. Em uma reunião com fazendeiros negros na Casa Branca, na presença do secretário da Agricultura Dan Glickman, Clinton deixou claro que ele queria que a reivindicação contra um órgão do poder executivo do seu governo chegasse a uma conclusão rápida e satisfatória. "Farei tudo o que puder dentro da minha autoridade legal para acelerar a resolução desses casos em aberto," ele declarou. "Farei tudo o que puder para exercer pressão moral e política quando isso for possível."



Michael Lewis no seu escritório em Washington, D.C.

Dois dias depois da reunião na Casa Branca, em 19 de dezembro de 1997, o USDA, e a equipe de advogados do Departamento de Justiça que estava representado o Departamento de Agricultura, concordaram em mediar o caso. Nem Pires nem Lewis diz que a declaração do presidente foi de importância crítica, mas ela ajudou. "Foi importante para os fazendeiros, pois a declaração significava que o presidente estava levando suas preocupações a sério", diz Lewis. "No entanto, a declaração não foi um passe de mágica e não afetou o rumo da mediação."

Um Processo que Durou um Ano

Ficou combinado que a mediação levaria seis meses para ser concluída. Mas na verdade "levou quase exatamente um ano", diz Lewis. "Meu trabalho era fazer com que eles chegassem a um acordo. A complicação foi que

os advogados dos fazendeiros não estavam representando uma ou duas pessoas, mas muitos milhares. É difícil ter uma noção do que 10.000 ou 12.000 pessoas querem. Acho que uma coisa muito importante foi o fato de termos lidado com os fazendeiros não como indivíduos, mas como um grupo. Tínhamos que pensar em uma maneira de resolver todas as suas reivindicações em conjunto. Esse foi um dos impasses iniciais."

"Convoquei muitas reuniões conjuntas com os dois lados, e realizei muitas reuniões em separado", Lewis continua. "Em geral, as pessoas que compareciam eram os advogados dos participantes. Mas representantes dos fazendeiros estiveram presentes em algumas reuniões; seus advogados haviam feito um bom trabalho, viajando por todo o país e conversando com eles, para fazer um levantamento das suas necessidades", ele acrescenta. "No início o processo foi difícil", recorda Pires. "Nos estágios iniciais, oito tentativas falharam. As diferenças com o governo eram muito grandes."

Mas no outono de 1998, aconteceu uma coisa que ajudou muito os autores da ação. O Congresso aprovou e o presidente sancionou uma lei que ampliava o prazo de prescrição, retroativamente, em 17 anos, para 1981. "Ninguém, no Congresso, se opôs à ampliação do prazo de prescrição", diz Pires. "Quem está contra os fazendeiros?" Isso foi considerado um fator crítico pois sem a ampliação do prazo, mais de 90 por cento dos autores não poderiam receber nenhuma indenização pois a discriminação que estava sendo alegada havia ocorrido há muito tempo.

Lewis concorda que a extensão do prazo de prescrição facilitou um acordo mas também destaca o papel do tribunal durante o procedi-

mento. "O tribunal foi muito atuante e realizou reuniões periódicas para saber como as coisas estavam indo. Por exemplo, o tribunal decidiu uma questão legal muito importante — permitir que os casos dos fazendeiros fossem tratados em conjunto. A partir do momento em que o tribunal resolveu essa questão, o progresso foi muito mais rápido", ele diz.

O Fim de um Capítulo Doloroso

Em 14 de abril de 1999, o juiz Paul Friedman aprovou um acordo para o caso, envolvendo muitos milhões de dólares. O USDA "discriminou os fazendeiros negros de forma perversa", ele disse em um parecer de 65 páginas divulgado após o acordo. A não concessão de crédito e de assistência técnica teve um "efeito devastador" para os fazendeiros negros em todo o país. O juiz deixou claro que ainda há muito o que fazer para eliminar a discriminação histórica. "Mas o Decreto de Acordo representa um primeiro passo significativo", ele afirmou.

No seu parecer, o juiz Friedman citou o caso de James Beverly em Virgínia como um exemplo de injustiça que havia ocorrido. Ele não poupou palavras. "O USDA não cumpriu a promessa que fez ao Sr. James Beverly", ele diz. "O departamento prometeu a ele um empréstimo para que ele pudesse construir um criatório para porcos. Por ser negro, ele nunca recebeu esse empréstimo. Ele perdeu a sua fazenda por causa de um empréstimo que nunca foi feito. Nada pode desfazer, por completo, a discriminação do passado ou restaurar as terras perdidas ou as oportunidades perdidas, para o Sr. Beverly ou para todos os outros fazendeiros negros cujos representantes compareceram a

este Tribunal."

Falando em nome do governo, o secretário do USDA Dan Glickman anunciou o acordo, reconhecendo que a discriminação havia sido, de fato, um problema no órgão governamental sob sua responsabilidade. "Com esta aprovação, o USDA pode seguir em frente, e deixar para trás esse doloroso capítulo da nossa história", ele diz. Glickman declarou à CBS: "Não existe a menor dúvida de que em muitos lugares no país, fazendeiros que fazem parte de minorias não estavam obtendo os empréstimos que estavam sendo concedidos aos fazendeiros que não integravam as minorias." O chefe do USDA também se comprometeu a eliminar o racismo no USDA. Ele já havia tomado providências para reativar o Office of Civil Rights [Escritório de Direitos Civis] do departamento, que havia sido extinto em 1983 pelo governo Reagan.

A reação dos advogados dos autores foi entusiástica. "Esta é a maior indenização em um caso de direitos civis na história do país. Existem muito poucos acordos de bilhões de dólares", Pires disse na época. Ao ser indagado por que o governo concordou em fazer um acordo dessa ordem de grandeza, ele responde, "Acho que eles perceberam que não podiam sair vitoriosos em um tribunal. Além disso, acho que muitos altos funcionários do governo sabiam que tinham ocorrido casos de discriminação, reconheciam o fato, queriam chegar a um acordo e seguir em frente".

O deputado John Conyers (Democrata-Michigan), o líder da bancada negra do Congresso, também fez comentários elogiosos ao acordo, dizendo que se tratava de um marco importante na história. "Os fazendeiros negros

estão de parabéns por terem lutado tão arduamente e por tanto tempo pelo reconhecimento de sua posição e por uma compensação econômica", ele observou.

Pelo acordo, os autores só precisam apresentar um mínimo de documentação para ter o direito de receber um pagamento em dinheiro, isento de impostos, no valor de cinquenta mil dólares, além do perdão de suas dívidas junto ao USDA — que, em média, somam de 75 a 100 mil dólares. Os fazendeiros podem reivindicar mais se optarem pela arbitragem — da qual Michael Lewis também estará encarregado — mas para isso precisam apresentar mais documentação. Ao ser indagado como o valor da indenização foi determinado, Lewis diz, "a melhor resposta que eu posso dar é por meio de negociações. Acho que os advogados dos autores viram a dívida média dos fazendeiros e outros fatores relevantes — mas em última análise tudo foi apenas uma questão de negociação".

É compreensível que um advogado como Lewis, um dos fundadores da ADR Associates, uma das principais empresas envolvidas em prestar serviços de mediação, deve realçar os benefícios do processo. Mas ele faz questão de afirmar que a mediação não é apropriada para todas as circunstâncias, mesmo nos casos do direito civil. "Há questões importantes — casos importantes — em que você realmente precisa de um tribunal para dizer 'esta é a lei do país'. Isso foi particularmente verdadeiro nos casos de segregação nas escolas, meio século atrás, por exemplo. Tratava-se de uma questão que, sem dúvida, precisava ir até a Suprema Corte para a resolução final, e foi", ele diz. "Mas os casos desse tipo são poucos e raros."

"Devido à maneira pela qual o decreto foi redigido, um monitor que deverá se reportar ao juiz Friedman será indicado para fiscalizar a implementação do acordo. Esse indivíduo ainda não foi selecionado", Lewis diz. O prazo para os fazendeiros apresentarem seus pedidos era 12 de outubro de 1999, 180 dias depois da emissão do decreto. Segundo Pires e fontes ligadas ao USDA, mais de 15.000 fazendeiros apresentaram seus pedidos antes do prazo — um número muito maior do que o previsto originalmente — e a maioria optou pelo pedido de acordo com a cláusula geral, e não pela arbitragem. Os primeiros cheques resultantes do acordo deverão ser enviados em novembro.

Segundo informações que obtivemos, a maioria dos fazendeiros estão satisfeitos com o acordo mediado, mas não todos. John Boyd e Gary Grant, líderes de duas das organizações mais influentes que representam os fazendeiros negros e que, segundo muitos participantes, ajudaram a organizar a campanha, dizem que o acordo não resultou no pagamento de uma quantia suficientemente alta aos autores da ação que não optaram pela arbitragem, e que não exigiu mudanças suficientes no processo de concessão de empréstimos do USDA. Mas Lewis diz que é importante compreender que nenhum participante ganha tudo em uma mediação, que em troca de ter sido evitado um procedimento longo e oneroso em um tribunal, cada lado deve ceder um pouco.

“Lutamos Por Tanto Tempo”

James Beverly, que também é o representante, na Virgínia, de uma organização nacional de fazendeiros negros, diz estar orgulhoso pelo fato de o juiz Friedman ter mencionado o seu

nome no parecer a respeito do caso como um exemplo do que aconteceu com milhares de fazendeiros negros. De modo geral ele se diz satisfeito com o acordo. "Não conseguimos tudo o que queríamos. Mas eu aprovo o acordo." Ele também diz que a maioria dos fazendeiros na sua área fizeram o pedido de indenização de acordo com as condições gerais e que já receberam cartas de aprovação dos pedidos.

No que diz respeito à sua situação, James Beverly diz ter optado pela arbitragem por sentir que a perda financeira que sofreu ao perder sua fazenda foi muito maior do que as condições gerais do acordo prevêm. Ao ser indagado se vai vencer, ele diz, "Estou bastante confiante". Mas ele faz questão de dizer que a questão mais importante para ele não é o dinheiro. "A questão é que nós lutamos por tanto tempo para que nossas vozes fossem ouvidas. Finalmente, estamos sendo ouvidos."

John Newkirt, na Geórgia, diz que o acordo "é um ótimo gesto, embora ninguém esteja completamente satisfeito". Ele diz que optou por fazer o pedido de indenização de acordo com as condições gerais e que já recebeu uma carta de resposta do governo, embora ainda não tenha recebido um cheque. O fazendeiro da Geórgia também diz ter perdido mais do que vai ganhar de indenização. "Mas para mim a importância do acordo não está nos cheques que eles estão enviando, e sim no respeito que eles estão demonstrando." Ele acrescenta: "Eu compreendo que o governo está dizendo aos fazendeiros negros: 'Vocês foram prejudicados economicamente. Nós reconhecemos esse fato e queremos corrigir a situação!'"

* * * *

Com quase 70 anos de idade, John Newkirt tem orgulho da contribuição que a sua família fez para a agricultura americana e tem prazer em levar os visitantes na sua picape de duas toneladas para ver as plantações de algodão e outros produtos que florescem com fartura nas suas terras. Ele descreve a luta por um tratamento justo para os fazendeiros negros como sendo longa e difícil, mas, ele diz que uma prova da grandeza da América é que os erros podem ser corrigidos aqui e o progresso pode se materializar. "Este é um país onde você pode ser bem sucedido, se tiver uma oportunidade", ele diz. "Nossa dignidade foi roubada. Mas agora nós a temos de volta."

Questões de Democracia. Revista eletrônica do DOS, Vol. 4, Nº. 3,
Dezembro de 1999

Caso Famoso é Encaminhado Para Mediação

A mediação está sendo usada, cada vez mais nos Estados Unidos, em casos famosos. No final de novembro de 1999, um juiz federal indicou um mediador para ajudar a Microsoft e o Departamento de Justiça a encontrar pontos em comum na busca de um acordo. O Departamento de Justiça acusa a Microsoft de utilizar práticas monopólicas. A empresa refuta a acusação e argumenta que o grau de inovação e mudanças que está sendo verificado no campo da tecnologia inviabiliza essa possibilidade. Embora uma resolução final ainda não tenha sido apresentada por um tribunal nesse caso, um determinação preliminar determinou que a Microsoft detinha um poder de monopólio sobre os computadores de mesa e que a empresa usava esse poder para prejudicar os seus concorrentes.

O mediador no caso — o juiz de circunscrição federal Richard Posner — terá uma difícil tarefa pela frente pois a distância entre a posição do governo dos Estados Unidos e a da Microsoft é muito grande. Mas muitos jornais americanos estão dizendo que se alguém pode mediar esse caso com sucesso, este alguém é Posner, que é muito respeitado na comunidade jurídica americana e é um juiz federal de recursos de primeira grandeza.

A reação inicial da imprensa à mudança na situação foi de apoio. O Washington Post disse que se trata

de uma atitude sábia. "Embora pareça haver, no momento, poucos pontos em comum entre as duas partes, é uma boa idéia por parte do juiz Jackson (o juiz que indicou o mediador) descobrir com certeza se é possível chegar a um acordo antes de emitir uma determinação que poderá afetar a concorrência na área de alta tecnologia durante anos."

O Chicago Tribune informou que ambos os lados receberam a notícia com satisfação. "Esta é a mais forte indicação de que ambos os lados podem estar prontos para a mediação do caso", diz o jornal. Suas fontes informam que Posner merece muita confiança como justo e imparcial, com uma posição pouco convencional que não pode ser caracterizada politicamente com facilidade.

O Boston Globe dia que a indicação de Posner "pode alimentar as esperanças de que um esforço sério será feito para solucionar essa questão", e levantou a questão da possibilidade de a Microsoft ter que enfrentar penalidades mais severas, incluindo uma separação das várias partes da empresa se não houver acordo.

Pode-se esperar que o juiz Posner indicará com clareza, a ambas as partes, os riscos envolvidos se não houver acordo e se o caso voltar aos tribunais para a adjudicação final; nesse caso o veredicto provável será um longo e oneroso processo de recursos.

B i b l i o g r a f i a

Material Adicional de Leitura a Respeito de Mediação

Bercovitch, Jacob, ed.

Resolving International Conflicts: The Theory and Practice of Mediation, Lynne Rienner, 1995. Inclui Kjell Skjelsboek and Gunnar Fernann, "The U.N. Secretary General and the Mediation of International Disputes," pp. 75–106, and Raymond Cohen, "Cultural Aspects of International Mediation," pp. 107–128.

Bergman, Edward J. and Bickerman, eds.

Court-Annexed Mediation: Critical Perspectives on Selected State and Federal Programs. Bethesda, MD: Pike and Fisher, 1999.

Beyer, Jonathan A.

"Non-Lawyer Practitioner: Practicing Law at the Margins: Surveying Ethics Rules for Legal Assistants and Lawyers Who Mediate," *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 11, Winter 1998, pp. 411–420.

Brennan, Lisa

"What Lawyers Like: Mediation," *The National Law Journal*, vol. 22, no. 12, November 15, 1999, pp. A1, A10.

Chayes, Abram

"The Role of the Judges in Public Law Litigation," *Harvard Law Review*, vol. 89, 1996, pp. 1281+.

Chodosh, Hiram E. and Stephen A. Mayo

"The Palestinian Legal Study: Consensus and Assessment of the New Palestinian Legal System," *Harvard International Law Journal*, vol. 38, Spring 1997, pp. 375–441.

Chodosh, Hiram E., Stephen A. Mayo, A.M. Ahmadi & Abhishek Singhvi.

"Indian Civil Justice System Reform: Limitation and Preservation of the Adversarial Process," *New York University Journal of International Law and Policy*, vol. 29, no. 1–2, Fall 1997, pp. 1–78.

Chodosh, Hiram E., Stephen A. Mayo, Fathi Naguib & Ali El Sadek.

"Egyptian Civil Justice Process Modernization: A Functional and Systemic Approach," *Michigan Journal of International Law*, vol. 17, Summer 1996, pp. 865–917.

Doyle, Stephen Patrick and Roger Silve Haydock.

Without the Punches: Resolving Disputes Without Litigation. Minneapolis: Equilaw, Inc., 1991. (Especialmente o Capítulo 5: Mediation [Mediação], págs. 69-82 e o Capítulo 6: Mediation Process [o Processo de Mediação, págs. 83-93].)

Duve, Christian

"Dispute Resolution in Globalization Context," *New York Law Journal*, April 12, 1999, p. 9.

Fisher, Roger and William R. Ury

Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In. Rev. ed. New York: Viking Penguin, 1991.

Goldberg, Stephen, Nancy Rogers and Frank E. A. Sandler

Dispute Resolution. 3rd ed. Gaithersburg, MD: Aspen Law and Business, 1999.

Gordon, Elizabeth Ellen

"Why Attorneys Support Mandatory Mediation," *Judicature*, vol. 82, no. 5, March–April 1999, pp. 224–231.

Henning, Stephanie

"A Framework for Developing Mediator Certification Programs," *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 4, Spring 1999, pp. 189–229.

Jacobs, Paul

"How Mediation Can Help Get Rid of that Unresolvable File—Interest-based Mediation Can Have Numerous Practical Applications," *The Lawyers Weekly*, vol. 18, no. 4, May 29, 1998.

Keltner, John W.

The Management of Struggle: Elements of Dispute Resolution Through Negotiation, Mediation and Arbitration. Cresskill, NJ: Hampton Press, 1994.

Kosier, Elizabeth

"Mediation in Nebraska: an Innovative Past, a Spirited Present, and a Provocative Future," *Creighton Law Review*, vol. 31, December 1997, pp. 183–205.

Kreindler, Richard H.

"A New Impetus for ADR in France?: The New French Law on Mediation and Conciliation," *World Arbitration and Mediation Report*, vol. 7, March 1996, pp.59+.

Lempereur, Alain

"Negotiation and Mediation in France: The Challenge of Skill-Based Learning and Interdisciplinary Research in Legal Education," *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 3, Spring 1998, pp. 151–174.

Lepera, Christine and Jeannie Costello

"The Use of Mediation in the New Millennium," *New York Law Journal*, May 6, 1999, pp. 3, 6.

"Making Mediation Work in Russia and Ukraine: The Need for an Appropriate Legal Framework," *Alternatives to the High Cost of Litigation*, vol. 16, no. 11, December 1998, pp. 171+.

McCrory, John P.

"Mandated Mediation of Civil Cases in State Courts: A Litigant's Perspective on Program Model Choices," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 14, 1999, pp. 813–853.

Niemic, Robert J.

Mediation & Conference Programs in the Federal Courts of Appeal: A Sourcebook for Judges and Lawyers. Washington: Federal Judicial Center, 1997.

Ordovery, Abraham P.

Alternatives to Litigation: Mediation, Arbitration, and the Art of Dispute Resolution. Notre Dame, IN: National Institute for Trial Advocacy, 1994.

Perkovich, Robert

"A Comparative Analysis of Community Mediation in the United States and the People's Republic of China," *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 10, Fall 1996, pp.313–328.

Plapinger, Elizabeth and Donna Stienstra

ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers. Washington: Federal Judicial Center and the CPR Institute for Dispute Resolution, 1996.
Available at <http://www.fjc.gov/ALTDISRES/adrsourc/adrlurb.html>

Rogers, Nancy H. and Craig A. McEwen

"Employing the Law to Increase the Use of Mediation and to Encourage Direct and Early Negotiations," *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, 1998, pp. 831–864.

Shaw, Dana

"Mediation Certification: An Analysis of the Aspects of Mediator Certification and an Outlook on the Trend of Formulating Qualifications for Mediators," *Toledo Law Review*, vol. 29, Winter 1998, pp. 327–352.

**Stepp, John R., Kevin M. Sweeney
and Robert L. Johnson**

"Interest-based negotiation: An engine-driving change," *Journal for Quality & Participation*, vol. 21, no. 5, September/October 1998, pp.36–41.

Stienstra, Donna and Thomas E. Willging

Alternatives to Litigation: Do They Have a Place in the Federal District Courts, Washington: Federal Judicial Center, 1995.

Available at

<http://www.fjc.gov/ALTDISRES/altlitig/altlitig.html>

Van Winkle, John R.

"As mediation matures: What is its goal; what's the role of the advocate?" *The Indiana Lawyer*, October 29, 1997, p. 32.

Webne-Behrman, Harry M.

"The Emergence of Ethical Codes and Standards of Practice in Mediation: The Current State of Affairs," *Wisconsin Law Review*, vol. 1998, no. 5, 1998, pp. 1289–1304.

Woo, Kwang-Taek

"Court-Connected Mediation in Korea," *Dispute Resolution Journal*, vol. 54, no. 2, May 1999, pp. 36+.

Sites na Internet Sobre a Mediação nos Tribunais

Academy of Family Mediators (AFM)

<http://www.mediators.org>

A AFM é a maior organização de mediação de assuntos familiares que existe. Os membros são mediadores que trabalham em vários ambientes, incluindo a prática no setor privado, nos tribunais, nas escolas e nos órgãos governamentais, tanto nos Estados Unidos quanto em outros países.

ADR & Mediation Resources

<http://adrr.com/>

Contém grande quantidade de material on-line referente à resolução alternativa de disputas e mediação.

American Arbitration Association

<http://www.adr.org/>

O mais completo site para a obtenção de informações atualizadas a respeito de mediação, arbitragem e outras formas de resolução alternativa de disputas (ADR).

American Bar Association: Section of Dispute Resolution

<http://www.abanet.org/dispute/>

Association of Attorney-Mediators (AAM)

<http://www.attorney-mediators.org/>

Uma associação profissional sem fins lucrativos cujos membros são advogados-mediadores qualificados e independentes que oferecem seus serviços de mediação.

FindLaw: ADR/Arbitration Articles

http://library.findlaw.com/ADRArbitration_1.html

Guide to Alternate Dispute Resolution (ADR)

<http://www.hg.org/adr.html>

Patrocinado por Hieros Gamos: The Comprehensive Law and Government Portal, este site proporciona uma visão geral sobre ADR com fontes internacionais. O site também está disponível em francês, alemão, italiano e espanhol.

The Justice Center of Atlanta (JCA)

<http://www.justicecenter.org/>

The Justice Center of Atlanta [Centro de Justiça de Atlanta] (JCA) surgiu em 1977 como um projeto-piloto custeado pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Este foi um dos três sites escolhidos, no nível nacional, para a implementação do Neighborhood Justice Center Project [Projeto do Centro de Justiça da Vizinhança] cujo objetivo era determinar se alternativas aos processos legais, como por exemplo, a arbitragem e a mediação, podiam resolver, mais rapidamente, as disputas sem violar os direitos legais ou civis de nenhum dos participantes.

Language of ADR: Glossary

<http://www.academy-experts.org/language.htm>

Law Journal Extra! Arbitration & ADR

<http://www.ljextra.com/practice/arbitration/arbrsrc.html>

Legislação, decisões recentes dos tribunais, últimas notícias, artigos e espaços para discussão sobre a resolução alternativa de disputas.

Legal Information Institute: Alternative Dispute Resolution

<http://www.law.cornell.edu/topics/adr.html>

Uma visão geral de ADR e casos nos Estados Unidos, convenções e tratados internacionais e links para fontes de ADR.

Mediate-Net

<http://www.mediate-net.org/>

Um projeto de pesquisa e demonstração do Program for

Dispute Resolution [Programa de Resolução de Disputas] da University of Maryland School of Law [Faculdade de Direito da Universidade de Maryland] e do Center for On-Line Mediation [Centro de Mediação On-Line].

Mediation Information & Resource Center (MIRC)

<http://www.mediate.com/>

Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR)

<http://www.spidr.org/>

Uma associação internacional dedicada ao progresso dos mais elevados padrões de ética e prática de profissionais de resolução de disputas.

U.S. Department of Justice Office of Dispute Resolution

<http://www.usdoj.gov/odr/index.html>

O escritório responsável pelas questões de política de ADR, treinamento em ADR, assistência aos advogados na seleção dos casos adequados para resolução de disputas e busca dos profissionais adequados para atuação como mediadores, árbitros ou avaliadores neutros.

Victim Offender Mediation Association (VOMA)

<http://www.voma.org/>

Criado para que a comunicação mais intensa entre os profissionais e outros indivíduos interessados pudesse reforçar a credibilidade geral da mediação entre as vítimas e os agressores e dos programas de reconciliação dentro da comunidade jurídica.

Questões de Democracia. Revista eletrônica do DOS, Vol. 4, Nº. 3,
Dezembro de 1999

q u e s t ã o e s d e
D e m o c r a c i a



A M E D I A Ç Ã O
E
O S T R I B U N A I S

D E Z E M B R O D E 1 9 9 9

VOLUME 4 NÚMERO 3