

MEDIAÇÃO FACILITATIVA E “MEDIAÇÃO” AVALIATIVA – ESTABELECENDO DIFERENÇA E DISCUTINDO RISCOS

FACILITATIVE MEDIATION AND EVALUATIVE “MEDIATION” – DIFFERENTIATING BETWEEN THEM
AND DISCUSSING RISKS

MEDIACIÓN FACILITATIVA Y MEDIACIÓN EVALUATIVA – ESTABLECIENDO DIFERENCIAS Y
DISCUTIENDO RIESGOS

Líliá Maia de Moraes Sales¹

RESUMO

A mediação de conflitos no Brasil, embora existente como prática para a solução de conflitos desde os anos 80, só passou a ter expressividade e destaque nos últimos 15 anos. Os estudos demonstram que a definição conceitual e a qualidade da formação do mediador são pontos fundamentais para a consolidação da sua prática adequada e exitosa. O objetivo do presente trabalho é traçar algumas considerações acerca da mediação facilitativa e da mediação avaliativa, estabelecendo as diferenças entre elas. Os estudos foram feitos com base nos trabalhos dos norte-americanos Leonard Riskin (University of Missouri) e Lela Love (Benjamin N. Cardozo University). Perceber-se-á que, no Brasil, a mediação facilitativa e a mediação avaliativa são tidas como práticas eminentemente diferenciadas e correlacionam-se, respectivamente, com os institutos da mediação e da conciliação.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação facilitativa. Mediação avaliativa. Brasil. Estados Unidos. Mediação.

ABSTRACT

Although conflict mediation in Brazil has existed as a practice for resolving conflicts since the 1980s, it has only gained prominence over the last fifteen years. Studies demonstrate that the conceptual definition and the quality of training of the mediator are fundamental points for the successful practice of mediation. The objective of this work is to outline some considerations on facilitative mediation and evaluative mediation, establishing the differences between them. The studies were made based on the works of the North American authors Leonard Riskin (University of Missouri) and Lela Love (Benjamin N. Cardozo University). It is perceived that in Brazil, facilitative and evaluative mediation are considered as intrinsically differentiated practices, correlated with mediation and conciliation, respectively.

KEY WORDS: Facilitative mediation. Evaluative mediation. Brazil. United States. Mediation.

1 Pós-doutoranda pela Universidade de Columbia (Nova Iorque), doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2003), mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000), graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Possui formação em mediação de conflitos na Universidade de Harvard (EUA). Atualmente é professora titular da Universidade de Fortaleza, coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional - mestrado e doutorado/UNIFOR, Fortaleza, Ceará, Brasil. lilia@unifor.br.

RESUMEN

La mediación de conflictos en Brasil, aunque existente como práctica para la solución de conflictos desde los años 80, solo pasó a tener expresividad y destaque en los últimos 15 años. Los estudios demuestran que la definición conceptual y la calidad de la formación del mediador son puntos fundamentales para la consolidación de su práctica adecuada y exitosa. El objetivo del presente trabajo es trazar algunas consideraciones acerca de la mediación facilitativa y de la mediación evaluativa, estableciendo las diferencias entre ellas. Los estudios fueron realizados en base a los trabajos de los estadounidenses Leonard Riskin (University of Missouri) y Lela Love (Benjamin N. Cardozo University). Se verá que en Brasil la mediación facilitativa y la mediación evaluativa son consideradas prácticas eminentemente diferenciadas y se correlacionan, respectivamente, con los institutos de la mediación y de la conciliación.

PALABRAS CLAVE: Mediación facilitativa. Mediación evaluativa. Brasil. Estados Unidos. Mediación.

INTRODUÇÃO

Apesar da prática da mediação de conflitos ter tido início na década de 80 no Brasil, os estudos sistematizados e aprofundados na área de mediação somente passaram a ser expressivos nos últimos 15 anos. Os estudos demonstram que a definição conceitual e a qualidade da formação do mediador são pontos fundamentais para a consolidação da sua prática adequada e exitosa.

A literatura norte-americana, pioneira nos debates e nas pesquisas acerca da mediação de conflitos, apresenta várias abordagens da temática. Os conceitos de mediação facilitativa e de mediação avaliativa são bastante discutidos e refletem uma forte preocupação dos estudiosos quando se intenciona o aperfeiçoamento e a institucionalização desse mecanismo, especialmente no que concerne à atuação do mediador e sua qualificação.

O objetivo desse texto é esclarecer esses conceitos e apontar as preocupações e os desafios na consolidação da mediação no Brasil.

Para a realização desse estudo foi realizada pesquisa bibliográfica, especialmente nos estudos de Leonard Riskin (Professor da Universidade de Missouri) e Lela Love (Professora da Universidade de Benjamin N. Cardozo). Ressalta-se que as traduções dos textos internacionais foram feitas pela autora deste artigo, em tradução livre. Além disso, o diálogo constante entre a autora e a professora Alexandra Carter² da Universidade de Columbia e as entrevistas com Daniel Weinz³ foram fundamentais para as ponderações e a escolha bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

1 COMPREENDENDO A "GRADE" ELABORADA POR LEONARD RISKIN – THE RISKIN'S GRID

A grade elaborada pelo Professor Leonard Riskin⁴ para esclarecer e orientar a prática da mediação, especialmente a partir da atuação do mediador, foi resultado de várias inquietações vivenciadas nos Estados Unidos sobre os estudos da mediação e sua prática.

- 2 A professora Alexandra Carter é professora da faculdade de Direito na Universidade de Columbia, com o trabalho dedicado ao estudo do desenvolvimento prático da mediação (Clinical Law). Ela é supervisora da pesquisa de pós-doutorado da autora na Universidade de Columbia.
- 3 Daniel Weitz é diretor-adjunto da Divisão de Operações do Tribunal de Justiça e Coordenador Estadual do Gabinete de Resolução Alternativa de Litígios e Programas de Melhoria para o Tribunal de Justiça do Estado de Nova York Tribunal Sistema Unificado.
- 4 As considerações apresentadas nesse tópico são fundamentadas no artigo do Professor Leonard Riskin intitulado **Understanding Mediator's Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for Perplexed** publicado no Harvard Negotiation Law Review.

Inicialmente, aborda-se um problema vivenciado em função da amplitude do conceito de mediação. Muitas atividades, essencialmente distintas umas das outras, coincidiam com o conceito de mediação. Mediação era assim definida como o processo por meio do qual uma terceira pessoa, que não possui autoridade para impor uma solução, ajuda outras a resolver uma disputa ou planejar uma transação.

Além disso, havia dúvidas quanto ao tipo de conflito que poderia ser encaminhado à mediação. Poderia a mediação servir de mecanismo de solução para questões envolvendo direitos constitucionalmente garantidos? Ou questões envolvendo violência doméstica ou conflitos da esfera criminal? As questões ambientais poderiam ser objeto de mediação?

Outras preocupações afligiam os estudiosos: como selecionar mediadores? Deveria o mediador ser especialista no objeto do conflito? Quando realizar sessões em separado com as partes (*caucus*)? Deveria o juiz encaminhar a parte e o seu advogado a sessões de mediação?

Outra questão apontada pelo professor Riskin como fundamental para delinear a prática da mediação era o questionamento se o mediador poderia avaliar o caso e emitir sugestões de solução. Devia ou não o mediador analisar juridicamente o caso, avaliando os pontos fortes e fracos das posições de cada parte perante o conflito? Deveria o mediador orientar, a partir dessa análise, qual seria a melhor solução em sua opinião? Deve ele expressar como ele entende que o conflito deva ser solucionado?

Nesse ponto, se o mediador poderia avaliar, residiam as discussões mais acirradas^{5 6}.

Para alguns, a efetividade da mediação dependia da avaliação do caso e de quão mais próxima essa solução fosse da decisão se o caso fosse para arbitrado ou decidido por um juiz. Para outros, mediadores que fossem advogados deveriam ser **proibidos** de oferecer orientação jurídica ou avaliação do caso.

A partir desses questionamentos, o professor Riskin⁷ elaborou um sistema para categorizar e possibilitar a compreensão da mediação sob várias perspectivas. Nesse sistema incluiu a maior parte das atividades que comumente eram consideradas mediação. Entendeu o professor Riskin⁸ que, apesar da discordância de muitos mediadores com essa inclusão pelo receio de legitimar atividades que se afastavam das metas reais da mediação, a existência ou o uso contínuo dessas atividades permitiram essa inclusão.

Assim elaborou categorias para as várias abordagens (*approaches*) da mediação, com intuito de melhor compreendê-las e assim escolhê-las adequadamente.

1.1 Sistema proposto

O sistema proposto por Riskin⁹ descreve a mediação a partir de duas referências que são desenhadas ao longo de *linhas* contínuas. A primeira refere-se às metas da mediação, medindo-se o alcance e as variações dos conflitos que a mediação procura solucionar. Essas oscilações qualificam os conflitos do mais restrito (*narrow*) ao mais amplo (*broad*). Entre os extremos encontram-se vários problemas de intensidades e complexidades intermediárias.

A segunda linha contínua refere-se às atividades do mediador. Ela mede as estratégias e as técnicas utilizadas pelo mediador para ajudar a solucionar um conflito. Em um extremo, encontram-se as técnicas para *facilitar* a mediação e na outra ponta estão as estratégias de *avaliação* das questões que são importantes para a mediação.

5 RISKIN, Leonard L. **Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed**, Harvard Negotiation Law Review, 1996. Disponível em: http://www.mediate.com/pdf/riskinL2_Cfm.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2010, p. 9.

6 The largest cloud of confusion and contention surrounds the issue whether a mediator may evaluate – A maior discussão (confusão e contenção) envolve o fato de o mediador poder ou não avaliar. Tradução livre.

7 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator's Orientations, Strategies and techniques: A Grid for the Perplexed**. p. 13.

8 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator's Orientations, Strategies and techniques: A Grid for the Perplexed**. p. 9.

9 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator's Orientations, Strategies and techniques: A Grid for the Perplexed**. p. 13.

1.1.1 A definição do problema – metas e focos (simples/restritos ou complexos/amplos)

O foco de cada mediação, ou seja, os problemas vivenciados, discutidos e a sua definição, podem variar dos mais restritos aos mais amplos, variando entre simplicidade e complexidade. Daí a necessidade de se identificar níveis de amplitude ou complexidade dos conflitos. Riskin (1996) reconhece quatro níveis: 1) questões litigiosas (*litigation issues*); 2) interesses “comerciais” (“*business*” *interests*); 3) questões pessoais/profissionais e relacionais (*personal/professional/relational issues*); 4) interesses da comunidade (*community interests*).

No primeiro nível, as questões são discutidas e decididas a partir da semelhança com uma possível solução judicial. As soluções são apresentadas tendo como base a força dos argumentos jurídicos discutidos e o que um tribunal decidiria, sem a demora e altos custos. Por exemplo, utilizando-se de um exemplo de conflito entre empresas, uma discussão restrita seria a análise de questões sobre a validade de cláusulas contratuais para dar efetividade ao negócio realizado.

No segundo nível, além de resolver questões imediatas, a mediação inicia uma discussão um pouco mais profunda, averiguando os interesses de cada parte. O porquê do conflito, tornando o diálogo um pouco mais profundo (alargando o foco - *broadening the focus*). Continuando o exemplo, além de discutir a validade de algumas cláusulas contratuais, analisa-se a intenção de as empresas continuarem negociando entre si, obterem lucros com essa parceria e manterem uma boa reputação.

No terceiro nível, o foco da mediação passa a ser questões pessoais e de interesse das partes. Numa discussão empresarial, como no exemplo apresentado, pode acontecer que, durante as discussões, as partes tenham desenvolvido uma série de animosidades e de ansiedades que, numa resolução de primeiro ou até segundo nível, sejam definitivas para impossibilitar qualquer comunicação efetiva e, conseqüentemente, um acordo.

Às vezes, não há como “separar pessoas do problema”¹⁰. As pessoas são o problema¹¹. Assim, o foco da mediação deve ser as pessoas e suas relações. A principal meta da mediação nesse momento é dar aos envolvidos a oportunidade de aprender e mudar. É o momento de desenvolver a possibilidade de reconhecimento das diferenças e estimular o empoderamento (fortalecendo-os e facilitando que as pessoas resolvam seus problemas a partir do diálogo direto), permitindo uma transformação (ressignificação de valores). A partir disso, as partes podem conseguir reparar a relação, perdoar e estabelecer novos laços.

No quarto nível, a mediação assume um foco ainda mais amplo – o interesse da comunidade. Determinados conflitos podem ter uma importância não só para as partes envolvidas diretamente, mas há várias pessoas que podem ser atingidas por esse conflito. As partes envolvidas podem focar sua atenção no interesse coletivo. Um conflito no qual se discutem as cláusulas de um contrato entre empresas pode gerar a possibilidade de alteração legislativa que traria um desenvolvimento e beneficiaria uma comunidade.

10 FICHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim** – A negociação de acordos sem concessões, Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 35.

11 FICHER, Roger, URY, William, PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim** – A negociação de acordos sem concessões, p. 174.

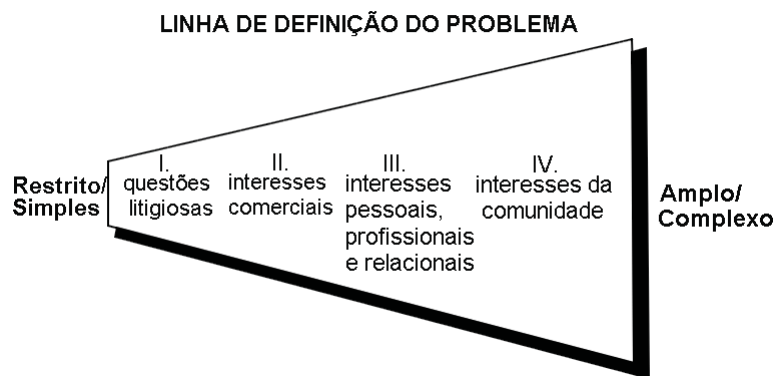


Figura 1

Fonte: Elaborada por Riskin (tradução Livre)

A Figura 1 ilustra e resume os tipos de problemas que aparecem na linha contínua de conflitos. Certamente a mediação que discute questões de maior amplitude também discute questões de menor complexidade. Normalmente quando a discussão começa a ser focada em conflitos mais amplos (questões pessoais, relacionais ou interesses comunitários), as questões menos complexas (como valores a serem pagos) recebem uma menor importância tanto das partes como do mediador.

A Função do Mediador – técnicas e estratégias (avaliativa e facilitativa)

A segunda linha contínua descreve as estratégias e as técnicas que o mediador emprega para auxiliar as partes a atingirem seus objetivos, solucionando os conflitos vividos. Numa ponta encontram-se as estratégias e as técnicas para *avaliar* o que é importante numa discussão. No extremo dessas estratégias, o mediador avaliador irá dirigir os resultados da mediação. Na outra ponta as estratégias utilizadas são para *facilitar* o diálogo entre as partes. No extremo dessa abordagem facilitativa do mediador, entende-se que sua função é facilitar a comunicação, possibilitando o entendimento mútuo.

O mediador que *avalia* compreende que as partes necessitam de uma *orientação qualificada*, elaborando, sugerindo e dirigindo a solução dos problemas. Essa orientação pode ser de cunho legal, com base em práticas comerciais, na experiência tecnológica, de forma que o mediador esteja preparado para oferecê-la a partir de seu treinamento, experiência e objetividade.

O mediador que se utiliza de técnicas que *facilitam* a comunicação presumem a capacidade das partes de encontrar soluções criativas e participativas que possibilitem uma satisfação maior e efetiva do que uma decisão sugerida pelo mediador. Compreende que ninguém melhor do que as pessoas envolvidas no conflito para dizer o que é mais e menos importante na questão. Assim, o mediador *facilitativo* entende que sua função é aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas, para que elas possam decidir o que é melhor para ambas.

Para a compreensão da linha facilitativa-avaliativa (*facilitative-evaluative*), faz-se necessário analisar sua relação com a linha da definição do problema (restritos e amplos – *narrow and broad*).

Para ilustrar e esclarecer essa relação, Riskin¹² desenvolveu uma figura que mostra a linha da definição do problema num eixo horizontal e a linha da função do mediador facilitativa-avaliativa num eixo vertical. Os quatro quadrantes representam orientações gerais sobre a mediação: avaliativa-simples (menos ampla), facilitativa restrita/simples (menos ampla), avaliativa-amplio/complexa (mais ampla) e facilitativa-amplio/complexa (mais ampla).

12 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator's Orientations, Strategies and techniques: A Grid for the Perplexed.** p. 25.



Figura 2

Fonte: Elaborada por Riskin (tradução Livre)

A Figura 2 apresenta os caminhos de atuação do mediador. Os mediadores, assim, assumirão orientações de conduta predominantemente facilitativas ou avaliativas a partir da análise dos tipos de conflitos: mais restritos/simples ou amplos/complexos. Riskin¹³ explicita estratégias e técnicas que definem cada tipo de mediação.

No caso de mediação **avaliativa-restrita** (*evaluative-narrow*), a principal estratégia é fazer com que as partes analisem qual seria a chance de sucesso do seu pleito, caso fosse encaminhado ao Poder Judiciário. Avalia-se a força jurídica das posições apresentadas por cada parte e suas chances de um bom resultado. O mediador (avaliativo-simples), antes da sessão de mediação, deverá estudar todos os documentos relevantes apresentados pelas partes, como depoimentos e relatórios. A mediação normalmente inicia-se em sessões conjuntas, em que as partes apresentam suas posições e, posteriormente, a maior parte das atividades da mediação é realizada em sessões privadas (*caucus*), momentos nos quais o mediador adquire informações adicionais e inicia as suas técnicas avaliativas.

O mediador avalia as fraquezas e as forças de cada caso (aspectos jurídicos), a partir da sua experiência e conhecimento de decisões anteriores dos tribunais, ou da legislação, ou do mercado financeiro, etc. Com isso inicia o diálogo com cada parte, informando o que ele (mediador) entende que seria melhor a fazer. O mediador pode prever os resultados dessa questão, a partir de questões de fato e de direito, se encaminhada aos tribunais, avaliando ainda os custos desse procedimento. O mediador pode propor também soluções a partir do diálogo entre as partes, especialmente tomando como base pontos que as pessoas apontam como importantes ou valores estabelecidos por cada uma. A sugestão toma por fundamento o que ele entende que as partes podem estar querendo decidir a partir do diálogo entre elas. O mediador pode ser mais ou menos avaliativo, ou seja, pode agir direcionando a solução de forma mais ou menos direta. Pode ele dizer de forma menos direta: "a partir do que vocês falaram, vocês aceitariam um acordo no valor de X?" Ou: "o que vocês acham do valor X?" Ou, mais direta: "Acho que o valor X é uma ótima quantia".

Outra estratégia utilizada nesse tipo de mediação a partir do que o mediador entende como certo ou errado ou razoável é instigar e incitar a parte a realizar o acordo. Se o mediador tiver o poder de influenciar as partes, ele o fará (se necessário).

A mediação facilitativa-restrita tem como objetivo deixar clara a fraqueza ou a força de suas posições e de possíveis consequências, caso não haja acordo. Diferentemente da mediação avaliativa-simples, o mediador não apresenta suas impressões, previsões ou avaliações sobre o caso, nem pressiona para se alcançar um acordo. O mediador acredita que a elaboração da solução deve ser de responsabilidade das partes. Para isso ele utiliza-se de algumas técnicas.

O mediador *faz perguntas*. Geralmente em sessões privadas, o mediador faz perguntas para ter a certeza de que as partes sabem da fundamentação legal de ambos os lados e ainda de possíveis consequências, caso não se chegue a uma solução e dos possíveis custos processuais nos tribunais e as inconveniências de um processo judicial. São perguntas parecidas com as perguntas feitas pelo mediador avaliativo-simples, mas sem a posição firme ou quase de certeza expressa por ele.

O mediador ajuda as partes a decidirem sobre os conflitos limitados ou simples (valores a serem pagos), ou seja, quanto poderia ser pago a partir do que foi solicitado. As propostas podem ser

13 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator's Orientations, Strategies and techniques: A Grid for the Perplexed.** p. 26-35.

feitas em sessões conjuntas ou privadas. O mediador estimula a elaboração dessas propostas pelas próprias partes. Não sugere valores. O mediador encoraja as partes a fazerem propostas sensatas, o que facilita o acordo. Para facilitar o encontro de uma proposta razoável, o mediador questiona, estimulando a avaliação sobre as consequências de não se alcançar um acordo.

Na mediação facilitativa-restrita, pela abordagem facilitativa, ou seja, de estímulo à solução de conflitos pelas próprias partes, é possível identificar momentos de transformação e empoderamento das partes, o que pode resultar no aprendizado sobre como resolver conflitos. Em função da limitação ou simplicidade (*narrow*) do conflito, esses resultados interessantes não são tão evidentes como acontece com a mediação facilitativa-ampla.

A **mediação avaliativa-ampla** possui como principal meta a compreensão das circunstâncias e dos interesses subjacentes ou ocultos das partes envolvidas diretamente e ainda o conhecimento sobre o efeito desse conflito para outro indivíduo ou grupo (afetados indiretamente). Utiliza esse conhecimento para direcionar as partes no sentido de uma solução que atenda a esses interesses.

Para a consecução desse objetivo, utiliza-se de algumas técnicas (avaliativas em maior ou menor intensidade).

O mediador deve instruir-se sobre os interesses subjacentes às posições. Inicialmente, deve estudar o caso (depoimentos, documentos) e requerer que as partes ou os seus advogados discutam bastante sobre o caso durante a mediação. Diferentemente da mediação avaliativa-simples, o mediador dá ênfase aos interesses que não são revelados nos documentos. O mediador, para descobrir esses interesses, deve explorar.

O mediador deve requerer a presença das partes diretamente envolvidas (em algumas mediações, especialmente entre empresas, participam da mediação prepostos ou representantes) e realizar sessões privadas para adquirir o máximo de informações possíveis. O mediador esclarece que, para se alcançar uma solução exitosa, faz-se necessário explicitar os interesses. O mediador pergunta diretamente o que pode estar oculto. Pode ainda encontrar essa informação de forma indireta, questionando quais são os planos futuros das pessoas, situações atuais. Em sessões privadas, tentará confirmar o que é dito nos documentos. O mediador avaliativo-ampla utiliza-se com maior frequência de sessões privadas do que sessões conjuntas.

O mediador deve fazer uma previsão do impacto nas vidas das partes, caso não se alcance um acordo. Deve tentar persuadir os participantes que suas (do mediador) avaliações estão corretas, justificando por meio de critérios objetivos e informações adicionais.

O mediador deve oferecer uma proposta de acordo que satisfaça aos interesses (conflitos restritos e amplos) das partes e incitar a aceitação dessa proposta. O mediador pode pressionar ou usar sua influência para garantir a realização do acordo.

Na **mediação facilitativa-ampla**, o objetivo é auxiliar os participantes a encontrar o real conflito vivido, ou seja, os interesses subjacentes e, com isso, facilitar a elaboração de soluções para eles. Na mediação facilitativa, as pessoas encontrarão a oportunidade de ressignificarem valores, mudarem o seu comportamento, o de sua instituição ou de sua comunidade.

Para tanto, o mediador utiliza algumas técnicas. O mediador, para ajudar as partes a encontrarem os reais conflitos vivenciados, faz perguntas com intuito de explorar a discussão e encontrar os conflitos subjacentes. Realça a importância desses interesses ocultos. Ressalta a necessidade de as partes analisarem todos os aspectos do conflito, como cada um o percebe, quais os reais significados que levaram as partes a discutir.

Como são as pessoas que vão decidir, elas devem ter conhecimento sobre todos os aspectos envolvidos para que possam formular as soluções adequadas e decidir. O mediador insiste em explorar o conflito, para que as partes tenham a certeza que estão discutindo o que realmente é importante, o que de fato está causando toda a intranquilidade e a insatisfação.

Nesse ponto, distancia-se bastante das mediações restritas (*narrow*), tanto a avaliativa como a facilitativa, que tendem a aceitar o conflito falado inicialmente como o real conflito. Mesmo na avaliação avaliativa-ampla, que explora os interesses subjacentes, a abordagem é bem diferente, pois o mediador é quem encontra e sugere os conflitos que acredita como reais. A responsabilidade dessa construção é mais do mediador do que das partes.

Distintamente ainda da mediação avaliativa-ampla, o mediador, na mediação facilitativa-ampla, deverá usar mais sessões conjuntas do que privadas.

Nesse modelo de mediação, o mediador encoraja a pessoa a compreender o ponto de vista do outro, estimula a compreensão mútua e destina aquele momento para possibilitar o empoderamento e a transformação de cada um. A ressignificação dos valores, a visão do problema por uma outra perspectiva e a percepção do problema pelo “olho do outro” permitem essa transformação.

O mediador, assim, na condução da mediação, deve assegurar-se que as partes decidam a partir das soluções elaboradas por elas mesmas, sempre tendo como objeto os conflitos reais vividos. Para isso, o mediador pode ainda fazer questionamentos para que as pessoas avaliem o impacto positivo de um acordo.

Riskin¹⁴ explica ainda que os mediadores, durante uma mediação, podem mover-se de um quadrante para outro da “grade” elaborada. Explica que, normalmente, os mediadores conduzem suas atividades predominantemente sob uma orientação principal, mas dependendo do que o caso concreto exigir, eles valem de técnicas de quadrantes diferentes¹⁵.

As diferenças estabelecidas na grade elaborada por Riskin, estabelecendo parâmetros de definição de conflitos e de orientações de abordagem, apresentam como principal objetivo auxiliar as partes a escolher o mediador de forma adequada. A partir do que entendem como necessário para o seu conflito, solicitam mediadores com determinadas características e formação.

Riskin¹⁶ aponta que os mediadores devem estar aptos a se movimentarem de um quadrante para o outro de forma qualificada. Aponta, no entanto, que essa flexibilidade pode não ser comum, pois exige formação complexa, experiência e forte dedicação.

Há críticas a essas diferenças e conceituações. No tocante às orientações avaliativa-restritas, a crítica recai especialmente no sentido de não considerá-la mediação, tendo em vista sua semelhança com outros mecanismos de solução de conflitos, como avaliação neutra, arbitragem não obrigatória ou conferências de acordo. Ou, ainda, que as duas referências ou linhas (definição de problemas e abordagem) são muito longas e não expressam o que é realmente a mediação. A mediação facilitativa ampla, por sua vez, seria facilitação de comunicação e não mediação.

Enfim, com intuito de apresentar os aspectos positivos e negativos em torno da divisão e da conceituação apresentada pelo professor Riskin, seguem-se algumas ponderações desenvolvidas pelas professoras Lela Love e Kimberlee Kovach.

2 QUESTIONANDO A “GRADE” DE LEONARD RISKIN – OS RISCOS DESSE MODELO

Os ensinamentos e os parâmetros de avaliação estabelecidos pelo professor Leonard Riskin foram fundamentais para evidenciar a complexidade do processo de mediação e especialmente para explicitar que os conflitos apresentam vários níveis de profundidade, exigindo técnicas diferentes de abordagem. Acontece, porém, que, ao incluir vários tipos de intervenção de terceiros na solução de conflitos sob a denominação de “mediação”, causou uma confusão de conceitos, o que pode vir a prejudicar o direcionamento dos estudos e das pesquisas em mediação e orientações para os treinamentos dos mediadores.

14 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and techniques**: A Grid for the Perplexed. p. 35-38.

15 Riskin (1996, p. 37) exemplifica essa movimentação apresentando o trabalho de alguns mediadores norte-americanos: Gary Friedman (eminente mediador facilitativo amplo, nos casos de divórcio, algumas vezes, conversa com as partes e com seus advogados sobre como os tribunais decidem aquele caso. Assim, apesar de uma abordagem facilitativa que analisa os conflitos subjacentes, preocupa-se em avaliar a situação, apresentando as possibilidades dos resultados, caso o conflito fosse encaminhado ao Poder Judiciário. Outro exemplo apresentado foi o da mediadora Frances Butler, que media causas de guarda de crianças. Ela trabalha prioritariamente sob a orientação da mediação facilitativa ampla, mas utiliza-se de técnicas avaliativas. Ela faz perguntas para encontrar o real conflito, mas sugere soluções (técnica avaliativa) e daí solicita às partes sua avaliação sobre a proposta, no sentido de desenvolver discussões para modificá-la, se acharem necessário (técnica facilitativa).

16 RISKIN, Leonard. **Understanding Mediator’s Orientations, Strategies and techniques**: A Grid for the Perplexed. p. 41-48.

As discussões mais acirradas envolvem se o mediador deve ou não avaliar. Deve um processo no qual o terceiro avalia, dirige e sugere de forma quase impositiva (diante da forma e da certeza com a qual esse terceiro se pronuncia) ser considerado mediação?

Valendo-se dos estudos das professoras Lela Love e Kimberlee Kovach¹⁷, apresentam-se explicações e justificativas que questionam a “grade” criada pelo professor Riskin, evidenciando os motivos pelos quais o mediador **não** pode (não deve) avaliar.

Lela Love¹⁸ explica inicialmente que a existência não é legítima. O fato de existir a atividade da avaliação na mediação não a legitima. Atividades anômalas, por existirem, não devem ser tidas como legítimas. A aceitação da avaliação na mediação cria confusão sobre a orientação adequada da mediação. Por misturar funções normalmente exercidas por árbitros, avaliadores neutros e juizes, a “grade” confunde princípios e atitudes próprios de processos adversariais com processos colaborativos, próprios da mediação.

As discussões sobre a possibilidade de avaliação na mediação têm resultado em distintas regulamentações nos estados americanos. A prática da mediação avaliativa ganhou dimensão com o desenvolvimento da mediação junto ao Poder Judiciário. Com alguns exemplos, Lela Love¹⁹ explica que a tendência atual, salvo a forte pressão de advogados-mediadores, é de manter a atividade de mediação como facilitativa, proibindo a avaliação que resulte em impedir ou mitigar a autodeterminação das partes (*self-determination*).

Assim, apresenta os casos dos estados da Carolina do Norte, Califórnia, Virgínia, Flórida, Texas, Minnesota e Michigan.

No Estado da Carolina do Norte, a Comissão de Resolução de Disputas (*North Carolina Dispute Resolution Commission*), órgão vinculado à administração das Cortes, estabeleceu (1996) padrões de conduta do mediador que proíbem a avaliação²⁰.

Na Califórnia, no entanto, o mediador inicia a mediação como facilitador e, caso as partes não cheguem a um acordo, ele pode avaliar. A Califórnia foi o primeiro estado a obrigar a mediação em processo de guarda de menores, exigindo que o mediador garanta o atendimento às necessidades e aos interesses da criança. Daí o estabelecimento da avaliação, caso não se chegue a um acordo.

No Estado da Virgínia, os estatutos que regem a mediação definem mediação como um processo no qual um terceiro *facilita* a comunicação entre as partes, não decidindo ou impondo uma solução. O Departamento de Soluções de Disputas de Virgínia difere mediação dos outros processos de resolução, informando que a mediação permite que as partes determinem a solução por elas mesmas (*self-determination*). Em função do reconhecimento sobre as variações da prática da mediação, os padrões estabelecem a possibilidade de flexibilidade em estilo e processo, exigindo, no entanto, que os mediadores expliquem às partes qual o tipo de orientação que utilizam.

Na Flórida, os padrões da Suprema Corte proíbem o mediador de prever que tipo de solução seria oferecida pelo Judiciário. Apesar das regras estabelecidas aceitarem avaliação, o Setor Consultivo de Qualificação de Mediadores na Flórida (*Florida's Mediator Qualifications Advisory Panel*), limita esse poder, proibindo qualquer avaliação ou orientação jurídica pelos mediadores. Muitos questionamentos foram realizados sobre essa posição do Setor Consultivo e está sendo revista a possibilidade de avaliação, desde que não interfira na autodeterminação das partes.

No Texas, o estatuto define mediação como o processo no qual o terceiro facilita a comunicação, não impondo qualquer decisão às partes. O Código de Ética estabelece que o mediador não deve

17 As ponderações apresentadas neste tópico tiveram como fundamento os seguintes artigos: LOVE, Lela P.; KOVACH, Kimberlee K. **Mapping Mediation: The risks of Riskin's Grid**; LOVE, Lela P. **Mediation: The Romantic Days Continue**; LOVE, Lela P. **Glen Cove: Mediation achieves what Litigation cannot**; LOVE, Lela P. **The top Ten Reasons why mediators should not Evaluate**.

18 LOVE, Lela P.; KOVACH, Kimberlee K. **Mapping Mediation: The risks of Riskin's Grid**. Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, number 71, 1998, p.77.

19 LOVE, Lela P.; KOVACH, Kimberlee K. **Mapping Mediation: The risks of Riskin's Grid**, p. 82-88.

20 Informa que o “Mediator shall refrain from being directive and judgmental regarding the issues in dispute and options for settlement. Mediators may not make a decision for the parties, or express an opinion about or advise for or against any proposal under consideration.” Tradução livre: os mediadores devem abster-se de dirigir ou julgar as questões ou dar opiniões de acordo (..) os mediadores não podem decidir pelas partes ou expressar opinião ou advertir contra qualquer proposta apresentada pelas partes.

dar orientação jurídica às partes, encorajando as pessoas a procurarem orientação profissional, caso essa orientação seja necessária.

O Estado do Minnesota permite a mediação avaliativa. O mediador pode dar opiniões sobre a viabilidade jurídica do caso, pode sugerir soluções, mas não poderá coagir qualquer das partes a aceitar essa sugestão. Existem questionamentos sobre essa prática, especialmente no tocante à mediação adaptar-se à cultura tradicional do litígio e do legalismo e ainda ao fato da mediação torna-se indistinta da avaliação neutra ou das conferências de acordo.

Em Michigan, as regras do Poder Judiciário indicam a realização da mediação, permitindo a avaliação do caso e as recomendações de acordo, aproximando-se, até indistintamente, ao que acontece na arbitragem não vinculante.

Assim são muitos as nuances enfrentadas pela regulamentação da mediação nos Estados Unidos, apontando que, quanto mais próximo ao Judiciário, maior a tendência à avaliação na mediação. A influência do meio jurídico (especialmente dos advogados) em avaliar o caso a partir de uma perspectiva do Direito é forte e norteia as atividades junto ao Poder Judiciário.

Em novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça apresentou a Resolução n. 125²¹, que requer que todos os tribunais brasileiros devem criar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses; II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; III – atuar na interlocução com outros Tribunais; IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores nos termos da legislação específica; e VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos.

Com a determinação do Conselho Nacional de Justiça, cresce a responsabilidade dos tribunais em implementar adequadamente a mediação, oferecendo capacitação qualificada por meio da preparação teórica e prática da temática.

3 ALGUNS PONTOS CONSENSUAIS SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Lela Love²² ressalta que alguns princípios e regras são consensuais para os que teorizam, praticam e orientam as capacitações em mediação. Todos concordam que a mediação pertence a um paradigma diferente da adjudicação. A primeira pressupõe a colaboração e a segunda, a disputa adversarial. A mediação possui a premissa de que um terceiro facilita a comunicação entre as partes, em processo colaborativo, não impondo uma solução. Na adjudicação, aponta-se para um paradigma adversarial, tendo como base um terceiro que avalia as evidências apresentadas pelas partes, adéqua-as às regras e decide ou emite uma opinião decisiva para as partes.

Os códigos profissionais do mediador e dos profissionais da adjudicação devem ser distintos uns dos outros, exatamente porque são regidos por paradigmas distintos.

O valor que conduz a mediação, além da colaboração, é a autodeterminação. A autodeterminação envolve uma decisão dialogada e consciente. O conhecimento das leis e dos seus direitos faz parte das exigências da autodeterminação. Não que as partes tenham que tomar suas decisões em dependência ou vinculados à legislação, mas as pessoas devem ter as informações necessárias para que o processo siga com integridade.

21 **Resolução 125 de 29 de novembro de 2010**, do Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Publicada no DJ-e nº 219/2010, em 01/12/2010, p. 2-14 e republicada no DJ-e nº 39/2011, em 01/03/2011, p. 2-15.

22 LOVE, Lela P. **Mediation: The Romantic Days Continue**. South Texas Law Review, Vol. 38, 1997, p. 738 – 743.

O ideal é que essa orientação sobre direitos seja dada por advogados e não pelos mediadores. Caso o mediador esclareça sobre a legislação (o que frequentemente acontece nos Estados Unidos), ele deve fazê-lo de maneira a não persuadir as partes. Ele dará uma informação, mas não uma opinião. As pessoas não devem ser pressionadas a aceitar a orientação do mediador.

A decisão é das partes. Nelas deve residir toda a responsabilidade pela elaboração e construção da decisão. O mediador deve estimular a criatividade das pessoas no intuito de facilitar o diálogo e encontrar uma solução satisfatória. O mediador não deve ficar restrito e vinculado a soluções disponíveis em um sistema adversarial.

Outro aspecto fundamental é que o desenvolvimento da teoria e da prática da mediação é mais bem elaborado com base na interdisciplinaridade. A função do mediador não é fácil, pois requer conhecimento na área das relações humanas (psicologia, comunicação, etc.), externando que a mediação deve abraçar várias áreas do conhecimento.

O mediador, assim, deve promover comunicação, reorientando o diálogo entre as partes, sem impor regras ou soluções, mas ajudando-as a alcançar uma nova percepção sobre si e sobre o outro, que poderá redirecionar suas atitudes.

4 ORIENTAÇÃO SOBRE A AVALIAÇÃO NA MEDIAÇÃO

Diante desses entendimentos consensuais sobre a mediação e com base nas legislações dos estados americanos e da experiência prática americana sobre a avaliação na mediação de conflitos, Lela Love e John Cooley²³ explicam que, uma vez sendo fortemente existente a mediação avaliativa nos Estados Unidos e alguns a reportam como grande sucesso, devem ser estabelecidos alguns cuidados e parâmetros para que os mediadores não atrapalhem o processo colaborativo de construção de diálogo e interfiram na autodeterminação das partes.

Para os referidos autores, a mediação deve ser eminentemente facilitativa, diferentemente do que determina a grade de Riskin. Se, de fato, as partes requerem a avaliação do caso em determinado momento, isso deverá acontecer com muita cautela, de maneira que mediador não viole a autodeterminação das partes. Assim, na mediação, não pode haver pressão. A avaliação do mediador não pode ser compreendida como o certo, como o justo, e assim deve ser obrigatoriamente seguida. A avaliação deve ser vista com cuidado e praticada com muita cautela, sob pena de mitigar ou impedir a colaboração ou a autodeterminação (premissas fundamentais da mediação).

5 ALGUMAS PONDERAÇÕES SOBRE O BRASIL ENTRE FACILITAR E AVALIAR

No Brasil, ao analisar as discussões teóricas e práticas da mediação de conflitos, também se vê uma confusão de conceitos. Aqui, não se dispõe da prática de tantos mecanismos de solução de conflitos (avaliação neutra, med-arb, arb-med, arbitragem não vinculativa e outras), o que facilita as definições.

As discussões sobre a definição de conceitos estão em torno da mediação, negociação, conciliação e arbitragem. A orientação majoritária brasileira é que a **mediação facilita a comunicação sem avaliação do mediador**^{24 25 26}. Deixa para a conciliação essa possibilidade de avaliar, porém não de decidir, como acontece na mediação avaliativa (seja em qualquer grau da grade de Riskin).

No Brasil, a mediação e a conciliação são atualmente diferenciadas, especialmente pela conduta do mediador e, conseqüentemente, pelo tipo de conflito que se adéqua a cada solução, fazendo-se um paralelo entre mediação facilitativa (o que entendemos como mediação) e mediação avaliativa (o que entendemos como conciliação).

23 LOVE, Lela P.; COOLEY, John W. **The intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent: Warning the Unwary.** Ohio State Journal on Dispute Resolution. Vol. 21, 2005, p. 45-71.

24 SALES, Lília Maia de Moraes Sales. **Mediare** – um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

25 BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Castaldi. **O que é mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2007.

26 VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação.** Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

Com os ensinamentos e as ponderações dos autores supracitados, especialmente os expostos por Lela Love, tem-se a preocupação e a necessidade de cautela na formação dos mediadores, no sentido de continuar com o conceito teórico que expressa a mediação como um mecanismo de solução de conflito no qual o mediador facilita a comunicação, não sugerindo ou expressando opiniões. Essa função fica para o conciliador.

Orientações jurídicas não devem ser fornecidas pelos mediadores, isso deve estar a cargo dos advogados. Mesmo que o mediador seja um advogado, quando atua como mediador, não deve dar orientações jurídicas. Não raras as vezes, uma orientação jurídica, dada pelo mediador, interfere diretamente na solução do conflito, podendo as partes do diálogo construtivo e participativo, que é premissa da mediação.

A identificação de meios de solução em que o terceiro avalia, dá opiniões, sugere soluções com a mediação, estimula aqueles que entendem a mediação como mecanismo não avaliativo, mas facilitativo, a criarem novos parâmetros teóricos, como o da transformação de conflitos^{27 28 29}, para realizar a essência da mediação – autodeterminação, diálogo construtivo, re-significação de valores, transformação da percepção do conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, para compreender as práticas norte-americanas e valer-se dessa experiência no Brasil, sem perder de vista a qualidade do processo de solução de um conflito, é importante identificar o conflito, a relação entre as pessoas e daí verificar quais as técnicas adequadas para a solução da questão, se avaliativa ou facilitativa.

No Brasil, opta-se por diferenciar essas questões de facilitação e avaliação, identificando-as a práticas diferentes – mediação e conciliação.

O estudo da mediação do Brasil ainda carece de profundidade. A preocupação em implementar a mediação junto ao poder judiciário, tendo acúmulo de processos como a principal justificativa, impulsiona o debate da mediação mas impede, muitas vezes, o desenvolvimento do estudo complexo que essa atividade requer.

Assim, o presente artigo apresenta debates desenvolvidos nos Estados Unidos, fruto de mais de trinta anos de experiência na temática, especialmente com o desenvolvimento adequado da mediação, o que alerta os estudiosos brasileiros para o estudo teórico e prático profundo e implementação responsável da mediação no Brasil.

A distinção (aqui apresentada) das concepções da mediação facilitativa e da avaliativa, relacionando-as à mediação e à conciliação no Brasil, é fundamental para o desenvolvimento da mediação na esfera judicial brasileira, auxiliando na realização adequada dessa atividade.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Castaldi. **O que é mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2007.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Publicada no DJ-e nº 219/2010, em 01/12/2010, pág. 2-14 e republicada no DJ-e nº 39/2011, em 01/03/2011, pág. 2-15.

27 LEDERACH, John Paul. **Um marco englobador de la transformacion de conflictos sociales crónicos.** Gernika, España. Dcto. nº 2, feb. 1994.

28 LEDERACH, John Paul. **Construyendo la paz:** Reconciliacion sostenible en sociedades divididas Gernika, Vizcaya, España. Gernika Gogoratuz/Centro de Investigación por la Paz, 1998.

29 LEDERACH, John Paul. **The little book of conflict transformation - The Little Books of Justice and Peacebuilding local:** Series, Good Books, 2003.

FICHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao Sim** – A negociação de acordos sem concessões. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. revisada e ampliada, Rio de Janeiro: Imago, 2005.

LEDERACH, John Paul. **Um marco englobador de la transformacion de conflictos sociales crónicos**. Gernika, España. Dcto. nº 2, feb. 1994.

LEDERACH, John Paul. **The little book of conflict transformation** - The Little Books of Justice and Peacebuilding local. Series: Good Books, 2003.

LEDERACH, John Paul. **Construyendo la paz**: Reconciliacion sostenible en sociedades divididas Gernika, Vizcaya, España. Gernika Gogoratz/Centro de Investigación por la Paz, 1998.

LOVE, Lela P. e COOLEY, John W. **The intersection of Evaluation by Mediators and Informed Consent**: Warning the Unwary. Ohio State Journal on Dispute Resolution. Vol. 21, 2005, p. 45-71.

LOVE, Lela P. **Mediation**: The Romantic Days Continue. South Texas Law Review, Vol.38, 1997, p. 734-744.

LOVE, Lela P. **The top Ten Reasons why mediators should not Evaluate**. Florida State University Law Review, vol. 24, pl 93, 1997, p.937-948.

LOVE, Lela P.; KOVACH, Kimberlee K. **Mapping Mediation**: The risks of Riskin's Grid. Harvard Negotiation Law Review, Vol. 3, number 71, 1998.

RISKIN, Leonard L. **Understanding Mediators' Orientations, Strategies and Techniques**: A Grid for the Perplexed. Harvard Negotiation Law Review, 1996. Disponível em: http://www.mediate.com/pdf/riskinL2_Cfm.pdf). Acesso em: 27 de novembro de 2010.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales. **Mediare** – um guia prático para mediadores. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.