Introdução histórica e modelos de mediação

Diego Faleck, Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School e Doutorando em Direito Processual pela Universidade de São Paulo.Professor de Negociação, Mediação e Desenho de Sistemas de Disputas da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV). Mediador e designer de sistemas de disputas.

Fernanda Tartuce, Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Professora em cursos de especialização em Direito Civil e Processual Civil. Membro do IBDP e do IBDFAM. Advogada e mediadora. Autora da obra "Mediação nos conflitos civis", dentre outras.

Escolas e "modelos" de mediação.

Modelo de Harvard

Não há duvidas de que os acadêmicos de Harvard revolucionaram o campo da resolução de disputas e da mediação ao lançar conceitos visionários e fundamentais para seu surgimento e seu desenvolvimento no país e no mundo.

O Program on Negotiation, hoje presidido por Robert Mnookin e composto por acadêmicos das diversas escolas de Harvard, continua liderando o pioneiro e vibrante trabalho de desenvolvimento de teorias e pesquisas sobre o tema. Diversas outras universidades renomadas criaram seus próprios centros de pesquisa; acadêmicos e praticantes, no setor público e privado nos Estados Unidos, seguem a linha e colaboram para o desenvolvimento do campo de resolução de disputas.

Todavia, há que se ter cuidado com a utilização de expressões como "modelo de Harvard de mediação" ou "Escola de Harvard"; tais expressões são por vezes usadas sem a devida precisão em publicações nacionais. Law School, Business School, Kennedy School of Government, Medical School, Massachussets Institute of Technology.

Os acadêmicos de Harvard estudam todas as formas e modalidades de mediação, não havendo qualquer apropriação ou vinculação de um tipo de enfoque ou processo específico com a linha de pensamento da Escola. Em outras palavras, não soa apropriado vincular Harvard ao enfoque facilitativo, avaliativo ou transformador quando todos estes estão sendo estudados e ponderados por seus acadêmicos, abordados em seus cursos e sendo objeto de publicações e pesquisas. A Escola de Harvard de negociação e mediação, em termos de estigma, ficou identificada como a linha de pensamento que propõe o enfoque em interesses ao invés de posições, e com a teoria da negociação baseada em princípios.

A rigor, ao se contrastar algum novo "modelo" ao que se considera o modelo de Harvard, haveria de se criar um novo conceito fundamental que preconizasse idéia diferente e oposta a de "enfoque nos interesses ao invés de posições". Pode-se afirmar que os "modelos" transformativo e circular-narrativo se apóiam no fundamento de focar em interesses e em criação de valor, entre outros princípios fundamentais. Assim, não podem ser considerados como contrapostos à Harvard, mas sim como desdobramentos dos estudos de sua linha mestra.

Ademais, revela-se interessante ter em conta em que casos é mais conveniente valer-se de um ou de outro modelo, ou mesmo da mescla de elementos de alguns deles. Assim, há quem defenda que o modelo tradicional de Harvard é adequado na condução de disputas empresariais, enquanto o modelo transformativo é recomendável em todos os casos em que há grande envolvimento relacional

.

.

A negociação cooperativa de Harvard

A teoria da negociação de Harvard advém de décadas de pesquisas, estudos experimentais e exemplos de aplicações em casos reais. A teoria oferece conselhos reais, práticos e prescritivos baseados em pesquisas cuidadosas, aplicações repetitivas e constante refinamento. Em lugar dos ensinamentos desgastados sobre o estilo negociador competitivo - “perde/ganha”, preocupado em “vencer” a negociação por meio de intimidação, com a preocupação de captar para si todo o valor disponível na mesa de negociação -, a teoria apresenta o negociador cooperativo baseado em princípios, que busca o “ganha-ganha”. O negociador “ganha-ganha” não é ingênuo e está preparado para lidar com batalhas de distribuição.

Todavia, ele está atento à possibilidade de soluções inovadoras, criativas, à criação de valor e à manutenção de relacionamentos. Obras como “Getting to Yes”, “Beyond Winning” e “Negotiation Analysis” cuidam de temas relacionados à criação de confiança e à comunicação clara, focando em como descobrir os reais interesses das partes por trás de suas posições de barganha, como “brainstorm” novas opções de acordo, como lidar com gafes e questões multi-culturais e, principalmente, como lidar com táticas de “jogo pesado” usado pelos numerosos negociadores competitivos que infestam o mercado.

Um importante binômio abordado no desenvolvimento da teoria é o que envolve interesses e posições. Há três elementos básicos presentes em todas as disputas: (i) os interesses em jogo; (ii) os padrões relevantes ou regras de direito que servem como guia; e (iii) a relação de poder entre as partes. Assim, as partes podem escolher focar sua atenção em uma das três seguintes esferas: (i) reconciliar os interesses que permeiam a situação; (ii) determinar quem está certo; ou (iii) determinar quem tem mais poder.

Os interesses são as necessidades, os desejos e os medos ligados à preocupação ou à vontade de alguém; permeiam a “posição”, que compreende os itens tangíveis que alguém diz querer. Na famosa obra conjunta com Roger Fisher e Bruce Patton, William Ury mostra que o problema básico em uma negociação não reside em posições conflitantes, mas no conflito entre necessidades, desejos, preocupações e medos das partes.

Focar em interesses, segundo os autores, funciona, por duas razões: (i) para cada interesse, existem diversas posições possíveis que podem muito bem satisfazê-los; e (ii) muito frequentemente as pessoas adotam as posições mais óbvias possíveis. Por isso, quando se atravessa a barreira da posição inicial rumo aos interesses que motivam as partes, normalmente é possível encontrar uma alternativa de posição que vai ao encontro dos interesses de ambos os envolvidos.

Reconciliar interesses, todavia, não é tarefa fácil; ela envolve o aprofundamento em preocupações enrijecidas e a busca por soluções criativas, assim como trocas e concessões quando os interesses são opostos. Envolve também lidar com as emoções, sempre presentes em disputas, com papel crucial.

A melhor forma para reconciliar interesses é a negociação, o ato de comunicar avançando e retrocedendo com a intenção de alcançar um acordo, por meio de processos consubstanciados em padrões de comportamento interativos direcionados a resolver uma disputa. Na mediação, um terceiro assiste as partes de forma a se tornar possível delinear um acordo.

Nem todas as negociações focam em reconciliar interesses. Muitas vezes, as negociações visam determinar quem está certo - como, por exemplo, nos corriqueiros casos em que advogados discutem sobre qual dos lados tem maior mérito. Outras negociações focam em poder - como, por exemplo, quando as partes trocam ameaças.

A teoria de Harvard trata de negociações que objetivam reconciliar interesses, também denominadas “negociação com princípios” (principled negotiations), “negociação baseada em interesses” (interestedbased negotiation) ou “negociação solução de problemas” (problem-solving negotiation). O enfoque reside no tratamento da controvérsia pelas partes como um problema mútuo.

As emoções fazem parte de todas as negociações e têm um papel crucial. É impossível evitar que um negociador tenha emoções, assim como é impossível bloqueá-lo de ter pensamentos. De acordo com Fisher e Shapiro59, emoções são poderosas, estão sempre presentes e são difíceis de lidar; ignorá-las pode ser fatal para uma negociação.

Lidar com elas diretamente também é impossível, pois a negociação é uma atividade dinâmica que envolve uma miríade de fatores, pensamentos, informações estratégias e emoções, todas em andamento ao mesmo tempo. Parar para focar nas emoções requer muito trabalho, o que pode distrair o negociador de uma série de outros fatores cruciais que requerem sua atenção.

Fisher e Shapiro propõem que todas as emoções nas negociações se originam de cinco preocupações principais: (i) valorização; (ii) ligação; (iii) autonomia; (iv) status; (v) papel. Assim, ao lidar de forma adequada com tais preocupações, o negociador terá melhor condições de manter as emoções em polaridades positivas e usá-las como alavancas para obtenção de resultados favoráveis.

Mediação sob o viés transformativo

Acordos obtidos pelo método tradicional de negociação foram criticados porque, em certos casos, embora as pessoas tenham se obrigado a certas condutas, não foi alterada a pauta de interação entre elas; assim, pela falta de mudança na relação, embora tenham se comprometido a deixar de agir, não se sabe se manterão a situação ou se voltarão a repetir o padrão anterior. Esta reflexão, que também foi feita no campo da terapia familiar sistêmica, conduziu a tentativas de buscar com urgência novas formas de relação com maiores possibilidades de evitar a repetição de condutas baseadas em padrões anteriores.

A corrente da mediação transformativa, que apareceu tanto na teoria como na prática, pode ser considerada ambiciosa e grandiosa por pregar que a mediação deve extrapolar a simples resolução da disputa

.Os adeptos dessa corrente querem se distanciar da tradição da mera “solução de problemas” na mediação, buscando mudar o paradigma da visão de mundo individual para a relacional; para essa corrente, as disputas não devem ser vistas como problemas, mas sim como oportunidades de crescimento moral e transformação.

.Nessa concepção, empoderamento e reconhecimento são os dois mais relevantes efeitos que a mediação pode gerar e atingi-los é o objetivo mais importante.Em termos gerais, há empoderamento quando os envolvidos fortalecem a consciência sobre seu próprio valor e sobre sua habilidade de lidar com quaisquer dificuldades com que se deparem a despeito de pressões externas; já o reconhecimento é alcançado quando as partes em disputa vivenciam uma ampliada disposição de admitir e ser comprensivo quanto às situações da outra pessoa.

.Como se pode perceber, a meta é modificar a relação entre as partes, não importando se é celebrado ou não um acordo desde que haja “transformação relacional66”.

Mediação sob o viés circular-narrativo.

Esta corrente decorre do processo criativo da professora americana Sara Cobb, que em uma de suas obras criticou as concepções tradicionais de empoderamento, investigando e criticando se realmente sua ocorrência era real; embora pesquisas em comunidades respondessem positivamente, em seu sentir era questionável o resultado porque a simples ausência de conflitos na comunidade não indicava a presença de justiça.

.Para promover uma nova forma de atuação, a autora agregou ao esquema tradicional de Harvard outras fundamentações teóricas (teoria geral de sistemas, cibernética de primeira e segunda ordens, terapia familiar sistêmica, teoria do observador, teorias da comunicação e da narrativa, dentre outras). A autora entende a comunicação como um todo em que se situam duas ou mais pessoas e a mensagem transmitida, incluindo elementos verbais ("comunicação digital", ligada ao conteúdo) e elementos para-verbais (corporais e gestuais, dentre outros, relacionados à "comunicação analógica", que diz respeito às relações)

.Ante a visão de que não há uma única causa produzindo um resultado, concebe haver uma causalidade do tipo circular que gera uma permanente retroalimentação.

Sua proposta envolve variados elementos e técnicas, já que diretrizes de diversas teorias são usadas; pela limitação espacial deste artigo, para sintetizar, pode-se considerar que tal concepção foca a desconstrução das narrativas iniciais da história dos envolvidos71; por meio de perguntas circulares (promotoras de mudança de foco do problema), visa a permitir diferenciadas conotações e compreensões sobre as ocorrências vivenciadas rumo a construção de uma outra história.

Nesse cenário, os mediandos podem contar suas histórias sob outra versão e, a partir de uma diferente perspectiva dos mesmos fatos encontrar, na trajetória narrada, uma nova visão sobre a realidade preexistente, localizando habilidades e competências para gerir momentos difíceis

.

Conclusões.

Embora constitua um tema antigo, a mediação vem sendo objeto de resgate intenso nas ultimas décadas e tem merecido atenção considerável nos sistemas de distribuição de justiça de diversos países.

No Brasil o tema tem se desenvolvido intensamente e passou oficialmente a constituir uma pauta pública de grande relevância a partir da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, em 2010.

A contribuição de Harvard no campo da resolução de disputas e da mediação é grandiosa pelo fato de concentrar estudos e pesquisas sobre elementos fundamentais para o desenvolvimento das temáticas ligadas à negociação.

Para além do foco na obtenção de acordo entre os contendores, outras concepções buscaram trabalhar objetivos outros como a transformação na relação entre os indivíduos. Mais importante do que conceber a experiência de um pais ou a pureza de um modelo de atuação é que o mediador, conhecedor do histórico e das amplas possibilidades de vivência, seja versátil e tenha a mente aberta para possibilitar abordagens produtivas na comunicação entre os envolvidos na disputa.

Referências bibliográficas. BARBOSA, Águida Arruda. História da mediação familiar no direito de família comparado e tendências. Disponível em www.bvs-

psi.org.br/local/file/congressos/AnaisPgsIntrod-parteI.pdf. Acesso 02 nov. 2012. BARBOSA, Aguida Arruda. Composição da historiografia da mediação – instrumento para o direito de família contemporâneo. Revista Direitos Culturais, v.2, n.3, Dezembro 2007, p. 11-22. BERCOVITCH, Jacob. Understanding Mediation's Role in Preventative Diplomacy. Negotiation Journal, vol. 12, n. 3, 1996, p. 241-258. BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. The promise of mediation. In Menkel-Meadow, Carrie J.; Love, Lela Porter; Schneider, Andrea Kupfer; Sternlight, Jean R. Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model. Nova York: Aspen Publishers, 2005, p. 310-312. CARAM, Maria Elena. ELIBAUM, Diana Teresa. RISOLIA, Matilde. Mediación – diseño de una práctica. Buenos Aires: Libreria Historica, 2006. FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. Revista Brasileira de Arbitragem. Ano V, n.23, jun-ago-set 2009, Porto Alegre: Síntese, Curitiba: CBAr, p. 7-32. FISHER, Roger; URY,William; PATTON, Bruce. Getting to Yes: Negotiating Agreements Without Giving In. Penguim Books, 1983. FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate. Viking, 2005. GROSMAN, Claudia Frankel; MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. Mediação no Judiciário: teoria na prática, prática na Teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011. HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. ALVAREZ, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. 2ª Ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008. KOVACH, Kimberlee K. Mediation: Principles and Practice. 3. ed. St. Paul: Thomson West, 2004. MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, n. 3, ano 1, set./dez. 2004. MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution. MOFFITT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (coord.). The Handbook of Dispute Resolution. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 13-31. ROBERTS, Simon; PALMER, Michael. Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 177-178. SANTOS, André Luis Nascimento dos. A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México: o Banco Mundial e a agenda do acesso à Justiça. Dissertação de mestrado – Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf. Acesso 19 dez. 2012. GLASER, Tania. Sara Cobb, "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective". Negotiation Journal 9:3 (July 1993), pp. 245-255. Summary by Tanya Glaser. Disponível em http://www.colorado.edu/conflict/transform/cobb.htm. Acesso 20 dez. 2012. SUARES, Marinés. Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas. Buenos Aires: Paidós, 2008. TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo: Método, 2008. TARTUCE, Fernanda. Técnicas de mediação. In Mediação de Conflitos: da teoria à prática. SP: Atlas, no prelo. TARTUCE, Fernanda; VEÇOSO, Fabia Fernandes Carvalho. A Mediação no Direito Internacionalnotas a partir do caso Colômbia-Equador. In: Leonardo Nemer Calderia Brant; Délber Andrade Lage; Suzana Santi Cremasco. (Org.). Direito Internacional Contemporâneo. 1ed.Curitiba: Juruá, 2011, v. 1, p. 105-122. VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. São Paulo: Método, 2008. VEZZULLA, Juan Carlos. Mediação: teoria e prática. Guia para1 utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora Publicações, 2001. Como citar esse artigo. FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em (data).