Usuários cadastrados

Usuário
Senha
ok
Esqueceu sua senha?

Usuários cadastrados **Cadastre-se**
QUEM SOMOS

PUBLICAÇÕES

CARTOGRAFIAS

LEIS

PARTICIPE

Capítulo 6 de 18
ok
Página inicial > Livros > Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3 > Parte II Doutrina Parte Especial >

Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3

Mapeando A Mediação: Os Riscos Do Gráfico De Riskin

Kimberlee K. Kovach e Lela P. Love - Kimberlee K. Kovach leciona RAD (Resolução Alternativa de Disputas) e dirige a Clínica de Mediação na Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Ela preside a Seção para Resolução Alternativa de Disputas da ABA (Am

Publicação original: KOVACH, Kimberlee K.; LOVE, Lela P. *Mapping Mediation:The Risks of Riskin's Grid (*Este artigo foi originalmente publicado na Harvard Negotiation Law Review, Spring, 1998.Traduzido por Francisco Schertel Mendes e revisado por Arthur Coimbra de Oliveira, ambos membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem.

Nós agradecemos diversos colegas por lerem atenciosamente e por tecerem comentários a um esboço deste artigo: Bárbara McAdoo, Chris Honeyman, John Lande, Sharon Press e Len Riskin. Também somos gratas aos valiosos pensamentos, às elaboradas sugestões e ao suporte e direcionamento de colegas, estudantes, familiares e amigos. Em especial: Peter Popov, Eric Galton, Josh Stulberg, Frank Scardilli, Robert Baruch Bush, James Boskey, Rick Fieberg, Brenda Perez e Hope Winthrop. Reflexões preliminares sobre o tema deste artigo estão em *Kovach* e *Love, Evaluetive Mediation is an Oxymoron, Alternatives to High Cost Litig. 31 (1996)*.

Nós também agradecemos Deborah Jacobs, a editora original do *Alternatives*, por sua ajuda naquele empreendimento. Por fim, agradecemos Carl Giesler, Jaime Lee e Donna Scheidt, editores estudantes na *Harvard Negotiation Law Review*, por seu profissionalismo, sua alegria e por seus excelentes comentários editoriais.

Sumário:

...Nós entendemos que as seguintes atividades avaliadoras constituem dimensões essenciais a um papel facilitador do mediador: elaborar a composição da conversa de forma que as partes possam se ouvir reciprocamente sem reagir de uma maneira defensiva; estruturar o planejamento das transações de forma a maximizar a possibilidade de uma colaboração bem sucedida entre as partes; experimentar estimativas e posições de modo a assegurar que cada parte compreenda e considere as contraposições e avaliações

distintas; desestimular propostas que possam atrapalhar as negociações ou que pareçam irrealistas e insatisfatórias; encorajar as partes a obter mais recursos e informações; e, em determinados casos, sugerir possibilidades de resolução que estimulem as partes a elaborar opiniões próprias... Esse tipo de orientação e de conduta pode impedir que as partes avaliem autonomamente as suas alternativas na negociação (por exemplo, a sua "BATNA", "WATNA" ou "EATNA") e decidam qual o melhor ou o mais justo resultado do conflito para elas... A avaliação inibe ou elimina a participação das partes quando prejudica a posição de negociação de um dos participantes, permitindo que o outro se prenda à própria posição. Analisando como a mediação adiciona valor ao processo de negociação, o Professor Baruch Bush ressalta a capacidade da mediação de diminuir as barreiras que impedem o acordo por meio do fluxo de informações e da remoção e redução das distorções cognitivas da informação.

I. Visão Geral

Mapas são usados para orientação e direcionamento. Um mapa topográfico e uma bússola são suficientes para nos guiar por um terreno desconhecido. Para passar em um exame da *BAR*[1], estudantes de Direito seguem um mapa de estudos cuidadosamente planejado pela *BAR/BRI*. Para entender as configurações políticas, estudamos mapas do mundo, que indicam países, estados e as suas fronteiras. Ou seja, mapas são importantes.

Eles criam paradigmas nos quais é possível trabalhar de forma segura e eficiente. O universo descrito por um mapa – aquilo que é incluído nele e aquilo que é deixado de fora – precisa ser coeso, lógico e preciso. De outra forma, os mapas desviariam o usuário de seu objetivo.

Mais de uma década atrás, o Professor Leonard Riskin percebeu que advogados e mediadores utilizam padrões de mapas filosóficos radicalmente diferentes[2]. As concepções que permeiam o mapa do advogado consistem em duas partes adversárias em uma causa cuja solução deriva da lei. Já a premissa que sustenta o mapa do mediador é a possibilidade de uma resolução, que não é determinada nem por lei nem por precedentes judiciais, na qual as duas partes envolvidas saiam ganhando[3]. Recentemente, Riskin publicou um mapa do mundo da mediação – o Gráfico Riskin[4]. O Gráfico divide a mediação em quatro quadrantes, cada um definido pela orientação do mediador em relação a duas categorias: a sua função (mediador-avaliador ou mediador-facilitador) e a definição do problema

(amplo ou restrito). O Gráfico efetuou uma importante contribuição, tanto por esclarecer o atual estágio da atividade dos mediadores como por estimular um vigoroso debate sobre o direcionamento que a prática deve tomar no futuro[5]. A questão, porém, persiste: é possível confiar em um mapa que caracteriza metade do mundo da mediação como avaliadora?

Será que as fronteiras da prática mediatária deveriam incluir a opção de uma orientação avaliadora?[6]

Desde a sua introdução, o Gráfico tendeu a legitimar as atividades avaliadoras como parte do mundo da mediação. Orientadores e professores discutem e exploram os aspectos avaliadores da mediação e alguns dirigem seus esforços para melhorar o processo avaliativo[7]. Um mecanismo de estimativa pessoal foi desenvolvido para ajudar os mediadores a determinar qual o seu tipo de orientação de acordo com o Gráfico[8]. Sujeitos neutros que efetuam basicamente um papel avaliador no caso sentem-se bem em chamar a si próprios de "mediadores". Essa tendência não pode continuar.

Um papel avaliador mostra-se útil a um sujeito neutro nos processos de resolução de disputas em que este sujeito decide ou opina sobre o caso. Essa orientação vai ao encontro do mapa filosófico que promove a advocacia litigiosa perante um terceiro encarregado de tomar decisões e que aplica leis aos "fatos", opinando tanto para influenciar as partes a tomar uma decisão (júri simulado[9], prévia avaliação neutra[10]e arbitragem não vinculante[11]) ou a fazer um acordo como para gerar um resultado do tipo "perde-ganha"

(arbitragem[12], julgamento privado[13]e litígio tradicional). Uma orientação avaliadora pode, porém, vir a prejudicar a mediação, se esta realmente pretende continuar a ser uma alternativa única aos demais processos de resolução de conflitos, encorajando a autonomia das partes e estimulando que elas tomem suas decisões[14]. Conseqüentemente, nós entendemos que o

Gráfico Riskin, se usado como um guia de aconselhamento pelos mediadores[15], irá levar seus usuários por caminhos enganosos.

É claro que, até certo ponto, a avaliação é um processo inerente a qualquer aspecto da conduta humana, inclusive às táticas de mediação. Por exemplo, a forma de organizar os assentos de cada uma das partes, a escolha das perguntas e a estrutura da pauta dependem da avaliação do mediador sobre como facilitar a resolução do problema. Entretanto, os mediadores deveriam facilitar que as partes avaliassem e tomassem as decisões, evitando fazer isso por elas. Em outras palavras, o mediador não deve responder a questão que permeia a disputa. Essa tarefa pertence às partes.

Como demonstra o Gráfico Riskin, diversos mediadores avaliam, na prática, qual resultado seria mais justo ou qual decisão seria eventualmente tomada em um processo judicial. Isso os ajuda tanto no acerto de pequenos detalhes como na resolução de toda a disputa[16]. Este artigo é uma tentativa de expor os riscos desses tipos de avaliação. Todavia, deve-se ressaltar que a mistura de procedimentos facilitadores com os avaliadores mostrase útil em algumas situações[17]. Alguns mediadores que misturam a mediação com a avaliação do caso efetivamente ajudam as partes envolvidas na disputa[18]. Funcionalistas renegam a importância da nomenclatura de um processo, desde que ele funcione. Ainda assim, rótulos, mapas e guias precisos possuem sua importância.

A parte II deste artigo garante que há tempo suficiente para alterar o mapa da mediação, particularmente no contexto das atuais tentativas de regularização da profissão.

A terceira parte examina o histórico da resolução alternativa de disputa (RAD), de forma a extrair informações pertinentes. A parte IV explica porque uma orientação avaliadora não deveria consistir em uma opção para o mediador. Por fim, a parte V conclui que os mapas da mediação devem definir um paradigma que difira claramente da norma adjudicatária, um paradigma que tenha a auto-determinação das partes como seu valor maior.

II. Não é tarde demais para alterar o mapa da mediação

A. Uma padaria precisa fazer pão.

O professor Riskin reconhece que os limites de seu Gráfico são questionados por alguns mediadores[19]. Ele afirma, porém, que o tempo para críticas já passou[20]. Utilizando uma analogia culinária, Riskin ressalta a futilidade dos *pizzaiolos* de Nápoles, que afirmam que a pizzaria Domino's não faz uma pizza de verdade[21].

Talvez, na área das pizzas, seja realmente muito tarde para mudanças. Em outros campos, porém, o chavão "antes tarde do que nunca" pode ser verdadeiro. Para utilizar

outra metáfora culinária: a França recentemente esclareceu as exigências para se definir uma verdadeira padaria. Desde 1o de janeiro de 1997, todo estabelecimento que quiser denominar-se "padaria" deve selecionar sua própria farinha, misturar sua própria massa e cozinhar seus pães dentro dos limites de sua propriedade[22]. Essa regulamentação surgiu em resposta aos estabelecimentos que vendiam pães produzidos em massa e auto-intitulavamse "padarias". Novas regulamentações podem e devem agir em resposta ao surgimento de uma nova necessidade[23].

O Gráfico Riskin e o debate por ele gerado criaram uma chance única de definir a atividade do mediador. Pelas razões expostas na parte IV, acreditamos que a principal função de um mediador é facilitar. No prefácio do *Standards of Conduct for Mediators*, o termo "mediação" tem a seguinte definição:

"Mediação é um processo no qual uma terceira parte imparcial, um mediador, facilita a resolução da disputa por meio da promoção de acordos voluntários entre ambas as partes da disputa. Um mediador

facilita a comunicação, promove o entendimento, força as partes a se focarem em seus interesses e procura soluções criativas que deixem as partes livres para chegar a um acordo próprio" ***[24]***.

Uma atividade primária neutra condiz, portanto, com a definição do processo que denominamos "mediação". De acordo com essa lógica, um interventor neutro que oferece serviços de avaliação não deveria rotulá-los de "mediação".

B. Existência não é legitimidade

O Gráfico Riskin descreve, de forma acertada, a existência de uma orientação avaliadora na prática atual da mediação[25]. Isso é mais claro nos casos que estão ligados aos tribunais ou nas disputas "legalizadas"[26]. Entretanto, a simples existência deste tipo de prática não a legitima. A conduta de alguns profissionais que atuam à margem das normas e regras estabelecidas não é suficiente para legitimar as suas atitudes ou redefinir a sua profissão. Por exemplo, não se deve redefinir a arbitragem pelo simples fato de que

os árbitros utilizam-se da mediação em determinados casos[27]. A mera violação de leis por particulares não pode causar a sua alteração. Ou seja, a simples existência de uma atividade anômala não lhe dá legitimidade, embora certas vezes possa originar um argumento para essa legitimação[28].

A aceitação do mediador-avaliador cria confusões e desentendimentos a respeito da função adequada aos mediadores. Ao misturar as funções tradicionalmente associadas a árbitros, avaliadores de casos e juízes com as funções próprias do mediador, o Gráfico insinua que a mediação sobrepõe-se a esses outros processos. Essa confusão entre processos distintos é uma capitulação desnecessária e prejudicial.

Além do mais, a prática da avaliação neutra já possui uma função reconhecida fora dos limites da mediação. Estatutos e regras de tribunais sustentam uma variedade de procedimentos avaliadores[29]; em vez da mediação, é a avaliação neutra que predomina na maioria das resoluções de disputas. Não estamos sugerindo que a avaliação seja menos útil do que a mediação. Tampouco afirmamos que os profissionais devem se limitar a apenas um tipo de serviço. Apenas entendemos que a mediação possui um caráter único e singular.

C. Muito barulho por algo

1. Uma profunda incongruência.

O debate sobre a existência de uma orientação avaliadora no universo da mediação vai além de uma mera questão terminológica[30]. O professor Joseph Stulberg afirma:

"Em sua rica e vasta história, a mediação não se mostrou um processo cuja função seja a de avaliar os pontos fortes e fracos das partes envolvidas.

A mediação não é um processo no qual uma terceira parte opina após tomar conhecimento das evidências. Também não consiste em um ensaio de um julgamento perante um juiz ou um júri. A mediação é um diálogo constante entre as idéias e visões das partes, de modo a ajudá-las a identificar quais são os resultados que elas realmente querem." ***[31]***

O sumário de Stulberg reflete o conflito entre os valores centrais da mediação e o conceito do mediador-avaliador tal qual descrito no Gráfico Riskin.

Uma pequena história ilustra bem a necessidade de se esclarecer qual a real função do mediador. Recentemente, o administrador de um programa de mediação de um distrito descreveu uma situação politicamente tensa: docentes de mediação, após a conclusão de um curso de treinamento, afirmaram que um determinado juiz não estava apto para atuar como mediador[32]. O juiz, um profissional admirado e bem conceituado, possuía grande conhecimento de casos que envolviam ofensas pessoais e tinha grande prestígio para opinar neste campo. Apesar disso, ele acabava sempre por utilizar-se da orientação avaliadora, à qual estava acostumado. Dessa forma, os docentes sugeriram que, apesar de ele poder ser um excelente árbitro, ele não deveria ser incluído no painel de mediação[33]. Se os conceitos de Riskin realmente oferecem a concepção operacional da mediação, então o juiz deveria ter participado da equipe de mediação. Uma resolução de tal monta teria tornado insignificante a oferta de diferentes processos (arbitragem não vinculante, avaliação neutra prévia e mediação) por parte da corte.

Defensores da "mediação avaliadora" afirmam que a utilização de uma avaliação neutra ajuda as partes a superar o impasse[34]. Poucos deles questionam a utilidade de uma avaliação confiável no fornecimento de um balanço da realidade e na ajuda às partes para que elas atinjam um acordo. As propostas dessas pessoas servem de base para vários processos de resoluções de disputas, incluindo a arbitragem não vinculante, o julgamento por júri sumário e a avaliação neutra prévia. Todavia, nós continuamos a acreditar que um sujeito neutro, ao oferecer uma avaliação que lhe foi requisitada, ainda que esta seja o último passo do processo mediatário,[35]está se movendo fora dos limites do mapa da mediação, indo em direção a um processo diferente no qual as referências básicas governantes também devem ser diferentes[36].

2. O significado da avaliação.

Alguns dos debates sobre a possibilidade dos mediadores adotarem a avaliação em nível macro foram causados pela ambigüidade do conceito de "avaliação" em nível micro. Nós entendemos que as seguintes atividades avaliadoras constituem dimensões

essenciais a um papel facilitador do mediador: elaborar a composição da conversa de uma forma que as partes possam se ouvir reciprocamente sem reagirem de uma maneira defensiva; estruturar o planejamento das transações de forma a maximizar a possibilidade de uma colaboração bem sucedida entre as partes; experimentar estimativas e posições de modo a assegurar que cada parte compreenda e considere as contraposições e avaliações distintas; desestimular propostas que possam atrapalhar as negociações ou que pareçam irrealistas e insatisfatórias; encorajar as partes a obter mais recursos e informações;[37]e, em determinados casos, sugerir possibilidades de resolução que estimulem as partes a elaborar opiniões próprias. De certa forma, todas essas atividades envolvem um certo tipo de avaliação ou julgamento por parte do mediador e podem influenciar na direção da conversa[38]. Entretanto, se tanto a motivação como o resultado dessas atividades é estimular as partes a avaliarem e tomarem suas próprias decisões, então elas se encaixam mais em uma orientação facilitadora do que em uma avaliadora[39].

Um mediador passa a ser "avaliador", no sentido de não se enquadrar no mapa da mediação, quando se identifica ou age como um avaliador (orientação avaliadora) ou quando manifesta uma opinião sobre o que seria mais justo ou qual seria o resultado judicial mais provável em um determinado ponto da disputa (conduta avaliadora). Esse tipo de orientação e de conduta pode impedir que as partes avaliem autonomamente as suas alternativas na negociação (por exemplo, a sua BATNA[40], WATNA[41]ou EATNA[42]) e

decidam qual o melhor ou o mais justo resultado do conflito para elas. A linha que separa o mediador que propõe uma solução "justa" e em consonância com uma eventual decisão do tribunal de um mediador que testa a efetividade real de uma proposta das partes e do resultado judicialmente provável é tênue[43]. Ainda assim, esta linha existe, como ilustra o exemplo a seguir.

Em uma mediação de um divórcio, uma das partes propõe um acordo segundo o qual a criança fará uma viagem de uma hora, tanto para ir como para voltar da escola. O mediador intervém: "*Essa é uma longa viagem."* Esse comentário poderia indicar uma orientação avaliadora, se feito como um julgamento ou se seguido da pergunta: *"Por que vocês não pensam numa outra idéia*?" Por outro lado, esse mesmo comentário poderia ser totalmente apropriado à situação, se feito de forma natural e se seguido das perguntas:

"*Vocês consideraram esse aspecto da proposta? Isto funcionará para a criança?"*

Julgamentos disfarçados e opiniões em forma de perguntas não os tornam mais fracos. Se a orientação e o tom do mediador forem avaliadores, uma pergunta provavelmente será recebida como uma opinião ou um julgamento. Já em uma mediação facilitadora, fazer perguntas pode reafirmar a responsabilidade das partes pela avaliação.

D. Regulação da Conduta do Mediador.

O amadurecimento de uma profissão cria a necessidade de uma auto-regulação por parte de seus profissionais[44]. Códigos éticos são elaborados e exigências educacionais são estabelecidas. A mediação, por sua vez, permanece em um estágio inicial. Talvez o atual debate, que envolve a orientação facilitadora e a avaliadora, indique que a mediação esteja passando da infância para a adolescência, uma fase na qual a

profissão passa a procurar por uma identidade própria. Se assim for, uma boa resolução desta discussão pode indicar o início de uma nova era.

Esse debate tornou-se ainda mais importante[45]devido aos recentes esforços feitos para estudar a necessidade de elaboração de uma lei que proponha um modelo para a mediação[46]. Se um estatuto legal permitir que os mediadores assumam uma orientação avaliadora, ele acabará com a noção de mediação baseada na autonomia das partes[47].

1. Regulação no passado: o "abrigo insensato"

A metáfora do "abrigo insensato" referente à regulação que se desenvolveu na mediação está em consonância com a experimentação e a inovação que acompanham o nascimento de quase todo processo novo. Respeitando o debate entre avaliação e facilitação, os planos de regulação refletem o retrato da mediação feito pelo Gráfico Riskin.

Três principais modelos de regulação[48]ilustram as concepções predominantes sobre a orientação do mediador.

a. O mediador como um facilitador.

A Comissão para Resolução Alternativa de Disputas da Carolina do Norte[49] promulgou o "Manual de Conduta Profissional para Mediadores", que proíbe a avaliação por parte do mediador. O Manual afirma que "*o mediador deve abster-se de julgar diretamente as questões envolvidas na disputa*"[50]. Enquanto permite aos mediadores "*levantar perguntas"* e *"fazer sugestões"*, o Manual proíbe que eles "*tomem decisões pelas partes, exprimam suas opiniões e dêem conselhos que indiquem uma posição a respeito das propostas envolvidas na disputa*"[51].

b. O mediador como facilitador e depois como avaliador.

Em 1981, a Califórnia tornou-se o primeiro estado da Federação a ordenar que disputas que envolvessem custódia de filhos fossem decididas com auxílio da mediação[52].

Segundo o estatuto legal, o mediador precisa avaliar as necessidades e interesses da criança envolvida na controvérsia.[53]Se as partes não conseguirem chegar a um acordo, o mediador pode sugerir uma proposta de custódia à corte ou então recomendar que o Estado investigue a situação[54]. Nesse caso, o mediador começa como um facilitador e transforma-se em um avaliador na medida em que as partes não conseguem resolver a disputa.[55]

c. O mediador como avaliador.

A normas da Corte de Michigan prescrevem a mediação.[56]A corte normalmente seleciona três avaliadores de um painel de advogados, que, após uma argumentação

limitada e uma curta apreciação de documentos escritos, profere um julgamento em forma de compensação financeira. A decisão do avaliador não obriga as partes e não pode ser usada como evidência no tribunal. A parte que rejeitou o decisão deve, porém, rever a sua posição perante o tribunal. Caso contrário, pode vir a sofrer certas sanções. Esse processo, conhecido como "mediação Michigan", possui tantas semelhanças com a arbitragem nãovinculante que denominá-lo de "mediação" parece constituir um erro.[57]

2. Uma tentativa de estabelecer uma conformidade nacional: os Padrões Conjuntos.

Em termos nacionais, três organizações de profissionais de resolução de disputa – a *American Bar Association Sections of Dispute Resolution and Litigation (ABA)*, a *Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR)* e a *American Arbitration Association (AAA)* – desenvolveram e adotaram os Padrões Conjuntos entre 1992 e 1994[58].

Estes foram um esforço pioneiro na padronização nacional da mediação[59].

De acordo com os Padrões Conjuntos, a mediação baseia-se no princípio da autodeterminação das partes.[60]Em relação ao debate avaliação-facilitação, os Padrões Conjuntos determinam que os mediadores não devem dar conselhos às partes.[61]O comitê principal indicou que a conduta do mediador deve estar voltada primordialmente para ajudar as partes a achar uma solução própria. Além do mais, os *Comentários aos Padrões Conjuntos* lembram que, ao aconselhar as partes, o mediador está exercendo uma outra função e, dessa forma, deveria avisá-las sobre sua nova postura.[62]

3. Tentativas estaduais de esclarecer a função do mediador.

A tendência atual, entre os Estados que possuem comissões destinadas a regulamentar a prática da mediação, é restringir as condutas avaliadoras dos mediadores.

Estas tentativas, porém, sofrem uma forte resistência imposta pelos advogados-mediadores.

O exemplo a seguir ilustra a situação.

a. Virgínia

Um estatuto de Virgínia define a mediação como um processo no qual um terceiro neutro facilita a comunicação entre as partes mas não toma decisões nem impõe uma solução para a disputa.[63]O Departamento de Serviços de Resolução Alternativa de Disputas desse estado reconheceu que a mediação, por permitir que as partes alcancem uma solução própria, é diferente de outros processos de resolução de disputa.[64]O Estatuto de Ética e Responsabilidade Profissional para Mediadores, que acaba de ser adotado, deixa claro que a auto-determinação é parte fundamental da mediação e que a função primordial do mediador é facilitar uma resolução voluntária das partes.[65]O mesmo Estatuto reconhece, porém, a necessidade de haver entre os mediadores uma "*flexibilidade no estilo e no processo*". Dessa forma, exige-se que o mediador descreva o seu estilo para as partes.

Estas devem aceitar e concordar com o que lhes foi apresentado.[66]É interessante apontar que, atualmente, profissionais que promovem acordos por meio da avaliação não são reconhecidos como mediadores pelo Departamento, recebendo denominações diversas.[67]

b. Flórida

O estatuto da Corte Suprema da Flórida proíbe que os mediadores tentem prever a decisão que um determinado juiz tomaria se apresentado à disputa.[68]Enquanto outras regras garantem ao mediador amplos poderes de avaliação, o Painel Consultivo de Qualificações do Mediador, elaborado no estado, assume uma visão mais estrita ao proibir qualquer avaliação e qualquer tipo de aconselhamento legal por parte dos mediadores.[69]

Essa interpretação gerou muita controvérsia.[70]De acordo com uma pesquisa informal (e relativamente pequena) elaborada junto a advogados em Hillsborough County,[71] há uma certa preferência pelos mediadores que avaliam o caso e o provável posicionamento da corte. Alguns mediadores também contestam a posição estrita do Painel. Dessa forma,

o Comitê para Mediação e Arbitragem da Corte Suprema da Flórida está considerando reformular a legislação de uma maneira tal que possibilite a avaliação, desde que esta não interfira na auto-determinação das partes.[72]Uma interpretação possível dessa situação é aquela que indica que os advogados possuem um poder de lobby suficiente para empurrar a mediação de volta ao sistema litigioso. Sistema este no qual eles se sentem confortáveise indispensáveis.[73]

c. Texas

No Texas, um estatuto de RAD define a mediação como sendo um processo no qual uma pessoa neutra não impõe o seu julgamento às partes, mas apenas facilita a comunicação e o entendimento entre elas.[74] As Regras Éticas para Mediadores *(Ethical Guidelines for Mediators)*, determinadas pela Seção de Resolução Alternativa de Disputas do Estado do Texas[75](*Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas)*, afirma que o mediador não deve "*aconselhar legal ou profissionalmente as partes*"[76]e deve encorajá-las a procurar aconselhamento profissional.[77]Alguns mediadores, porém, não obedecem essas

normas. Na prática, as partes freqüentemente esperam que o mediador avalie os méritos do caso. Essa atitude é ainda mais intensa em casos ligados a cortes, nos quais os advogados impõem o seu domínio.

d. Minnesota

O estado de Minnesota caminha, com a chamada "mediação avaliadora", em direção contrária àquela demonstrada pelos exemplos anteriores. A norma 114 da Suprema Corte do estado[78]determina que as partes considerem uma RAD em todos os casos civis de disputa. Essa determinação alterou substancialmente a pratica jurídica em Minessota[79].

Tanto a definição de "mediação"[80]como o direcionamento do treinamento[81]feitos na norma

sugerem que a mediação é um processo de facilitação no qual as partes possuem um elevado grau de auto-determinação.[82]Na prática, porém, acontece algo diferente.

Após diversos debates sobre a ética no direcionamento do mediador, a Comissão de exame da RAD recomendou que a Suprema Corte adotasse a seguinte postura no CódigoÉtico da mediação: "*O mediador pode opinar sobre os pontos fortes e fracos do caso. É aceitável que o mediador opine em resposta às necessidades das partes, desde que ele não as obrigue a aceitar qualquer tipo de proposta*."[83]Essa linguagem foi aceita pela Suprema Corte. Um estudo sobre os advogados de Minnesota indicou que a maioria deles quer que o mediador dê sua opinião em questões em que há impasse. Eles acreditam que isso pode ajudar a resolver o caso.[84]

Esses acontecimentos trouxeram certa preocupação aos especialistas de RAD de Minnesota, pois "*o modelo de mediação continua a se encaixar na tradicional cultura legal*",[85]podendo até se tornar indistinguível da avaliação neutra ou das conferências de acordos[86]judiciais. Se isso acontecer, "*nem os advogados nem seus clientes virão a se beneficiar da RAD"*.[87]

Como demonstram os exemplos acima, diferentes legislações estatais tornaram confuso o sentido da palavra "mediação". Uma regulamentação única e uniforme traria enormes vantagens ao cenário atual. Uma concepção única da mediação pode impedir que os benefícios trazidos por ela sejam diluídos ou esvaziados. Se a função do mediador fosse entendida como sendo diferente das outras efetuadas por uma terceira parte, então as partes disputantes e os seus representantes saberiam mais precisamente o que esperar de um mediador. Isso facilitaria a sua escolha entre os diferentes processo de RAD. Também seria mais fácil criar painéis, regras e procedimentos disciplinares para a categoria. Educadores teriam objetivos mais claros ao ensinar a mediação para seus alunos.[88]Uma abordagem consistente no sentido de uniformizar o entendimento da mediação no país promoveria ações e valores desse tipo.[89]

Não se deve esquecer, porém, que a regulamentação também possui seus riscos.

Ela pode limitar o horizonte de trabalho, inibir inovações e debates e reprimir o pluralismo[90].

Mas o que é pior: um estatuto uniforme poderia padronizar a mediação de uma forma tal que afastasse o seu principal objetivo: resolver disputas com base no principio da autodeterminação das partes.[91]

Existe, no entanto, a necessidade de uma regulamentação nacional. O Gráfico Riskin, ao ampliar demasiadamente as possibilidades de orientação para o mediador, acabou por impor um constante estado de desregulação. De acordo com o Gráfico, praticamente todos que oferecem serviços de RAD podem chamar a si mesmos de "mediadores".[92]

Essa falta de clareza na definição mostra-se um importante obstáculo à elaboração de um regulamento nacional.

III. Como chegamos a tal ponto?

A. As origens da RAD

A mediação e a arbitragem existiram por toda a história.[93]Para o movimento americano moderno de RAD[94], a Conferência Pound de 1976 constitui um dos pontos centrais.[95]Esse encontro de teóricos e

profissionais jurídicos, presidido pelo Chefe de Justiça

Warren Burger, dedicou-se a discutir a insatisfação pública com o sistema de justiça.[96]Na Conferência, o Professor Frank Sander apresentou uma visão diferente da justiça norteamericana segundo a qual "*as cortes possuem muitas portas*", algumas levando ao litígio e outras levando a processos alternativos.[97]

Ao invés de desenvolverem processos subordinados ou alterar processos já existentes, os encarregados da reforma, graças à profunda insatisfação com o sistema litigioso, procuraram novas alternativas. O Chefe de Justiça Burger resumiu a insatisfação

com as disputas litigiosas: "*Nosso sistema é muito caro, muito doloroso, muito destrutivo e muito ineficiente para um povo realmente civilizado*"[98]. Alguns anos depois, Derek Bok, o presidente de Harvard, expôs o seguinte pensamento:

*"Eu acredito que, nas próximas gerações, as maiores oportunidades da sociedade estarão baseadas nas inclinações humanas à colaboração e ao compromisso, e não nas nossas tendências à competição e à rivalidade. Se os advogados não forem os líderes e orientadores dessa cooperação, então eles certamente não estarão no centro das mais criativas experiências sociais de nosso tempo".**[99]***

Esse comentário demonstra perfeitamente a excitação causada pelo desenvolvimento de processos alternativos de resolução de disputas. A mediação, um desses processos, tinha como idéia central um princípio básico que a diferenciava radicalmente das disputas judiciais: na mediação, as partes controlavam por si próprias o resultado da disputa. Ou seja, a decisão emanava das partes e não de uma corte ou da sociedade. Já nos litígios judiciais, a decisão era tomada por um terceiro que aplicava as regras e padrões sociais ao caso particular.[100]Dessa forma, nota-se que estes dois paradigmas de resolução de disputas diferem fortemente, apesar de ambos possuírem argumentos e raciocínios convincentes.

Manter a integridade das alternativas ao processo adjudicador garante o "pluralismo de processos" em nosso sistema de resolução de disputas.[101]Recentemente, Frank Sander observou que "*a mediação é o gigante adormecido da RAD, pois difere totalmente de um julgamento e de uma decisão arbitral**[102]***". Se o paradigma utilizado na mediação for o mesmo que o destes processos, então o gigante adormecido pode se transformar em nada mais do que um mero anão superestimado.[103]

B. Ensinamentos da arbitragem

A evolução da arbitragem demonstra como um processo de resolução de disputa pode começar como uma autêntica alternativa ao litígio e acabar na vala comum da situação

hegemônica. Em seu desenvolvimento, a arbitragem assumiu problemas similares àqueles do litígio judicial e perdeu diversos elementos que a tornavam atraente em seu início.[104]

No processo arbitral, as partes concordam em submeter a sua disputa a uma terceira parte neutra.[105]A decisão desta é vinculante e definitiva. O processo foi desenvolvido como um meio rápido e informal de resolver questões de áreas específicas recorrendo a especialistas dessas áreas. Associações de mercadores e artesãos e a indústria marítima usavam da arbitragem já no século XIV e na colonização da América.[106]A ausência de revelações complicadas e caras, de regras arcaicas de evidências e de um processo recheado de apelações indicava que as partes podiam atingir uma decisão rápida e definitiva proferida por um especialista confiável e, assim, prosseguirem com seus negócios. Os árbitros,[107]que pertenciam a uma categoria de especialistas em determinadas áreas ou então eram comerciantes experientes nos costumes daquelas indústrias, tomavam suas decisões baseados na igualdade, na justiça e na prática industrial, ao invés de se prenderem aos precedentes legais. A arbitragem provou, ao oferecer flexibilidade, rapidez e justiça, o processo de escolha da RAD.

Com o passar do tempo, porém, os advogados começaram a se integrar mais ao processo de arbitragem e as operações começaram a se tornar mais complicadas. Assim, o processo ficou cada vez mais regulado por normas, tornando-se lento e complexo. Por exemplo, a prática da arbitragem comercial em âmbito internacional deixou de ser um compromisso informal para se tornar um litígio *offshore*.[108]Na arbitragem trabalhista, criou-se uma tendência ao legalismo, causada, pelo menos em parte, pelo hábito que os

advogados possuem de utilizar elementos comuns em cortes judiciais, como a formalidade, as objeções, as transcrições, as cartas e as citações de casos.[109]

A arbitragem tornou-se algo tão aborrecedor que muitos advogados acham mais fácil e menos perigoso ir ao tribunal.[110]A velocidade e os menores custos, benefícios tradicionais

da arbitragem, não são mais uma realidade tão clara. Estudos indicam que algumas arbitragens demoram[111]e custam mais[112]do que o litígio judicial. Um caso que envolvia uma disputa de contrato básica demorou sete anos e custou aproximadamente U$100 milhões, além de envolver várias rodadas de litígio colateral.[113]Embora exemplos desse tipo sejam incomuns, eles indicam uma tendência à complexidade e aos altos custos. Por lembrar cada vez mais o processo litigioso, a arbitragem passou a perder popularidade.[114]

Evidências sugerem que algumas das forças que empurraram a arbitragem para o campo do litígio são as mesmas que agora empurram a mediação em direção semelhante.[115]

Se isso se concretizar, outro processo alternativo ao litígio terá falhado.

C. A transformação da mediação

Antigamente, um conceito claro guiava a mediação.[116]O professor Lon Fuller, em uma definição clássica, expôs claramente o aspecto que distingue a mediação: "*a qualidade central da mediação é reorientar as partes ao encontro uma da outra, não pela imposição de regras, mas ajudando-as a atingir um novo entendimento de sua relação. Esse entendimento comum redirecionará suas atitudes e disposições, levando uma ao encontro da outra*"[117]. É essa a orientação que torna a mediação diferente de qualquer outro processo de resolução de disputas.

Hoje em dia, a mediação se transformou. "Mediação-avaliadora"[118], "mediaçãolitigiosa"[119]e "mediação Michigan"[120]são processos nos quais uma pessoa neutra pode

servir como um árbitro e no qual os participantes continuam a ostentar suas posturas adversárias. Esses processos possuem tão pouco em comum com o conceito básico da mediação que parece um erro grave acomodar todos eles sob a mesma denominação terminológica. Instituições, obviamente, mudam e evoluem. Mas uma modificação que transforme as suas características fundamentais deve trazer consigo uma alteração na sua nomenclatura. Não chamamos, por exemplo, as borboletas de lagartas.[121]

A crescente aceitação de procedimentos avaliadores na mediação, como uma forma de sugerir os limites dos acordos e indicar os resultados mais justos ou os mais provavelmente atingidos em uma corte[122], traz à tona algumas das mesmas preocupações encaradas na arbitragem. Se a mediação transformar-se em uma corte, ou seja, um processo no qual uma terceira parte toma as decisões, ela torna-se mais arriscada e imprevisível. Neste caso, as normas, os procedimentos e as salvaguardas da corte tradicional são mais atraentes.[123]A única forma de afastar esse dilema é reter a mediação firme aos seus princípios iniciais.

Dois fatores devem ser destacados como responsáveis pela transformação da mediação: a rápida expansão de programas ligados às cortes e dominados por advogados e o fracasso das cortes em diferenciar a mediação dos outros processos de RAD.

1. A rápida expansão da mediação em campos dominados por uma orientação avaliadora e adversária.

Com a evolução da mediação,[124]surgiram dois contextos distintos para a sua prática. O primeiro deles consiste na mediação "não-legalizada" e voluntária, voltada para a resolução de disputas em comunidades, [125]escolas, negócios, instituições, famílias[126] e questões trabalhistas[127]. Nesses ambientes, o mediador facilita a comunicação e o

entendimento entre as partes e procura encontrar opções que sejam benéficas a ambos os lados. Em um outro contexto, tribunais[128] introduziram a mediação em uma ampla gama de casos.[129]Nestas mediações "legalizadas", os mediadores freqüentemente recebem o treinamento como advogados e acabam por retornar à sua orientação adversária original, analisando os méritos legais do caso para avançar no acordo[130]. Apesar de vários mediadores também serem treinados em técnicas de facilitação, a avaliação do caso domina

a sua prática[131]. Essa experiência "legalizada" lembra mais a arbitragem não vinculante do que propriamente a mediação. Ela não só não reorienta as partes ao encontro uma da outra como também não encoraja a colaboração entre as partes como forma de solucionar o problema. Ao invés disso, fornece um espaço para uma avaliação feita por um terceiro neutro.[132]

Uma das razões que estimula os mediadores a utilizarem uma orientação avaliadora em casos ligados a tribunais é a crença difundida entre eles de que as partes esperam (ou a justiça requer) um resultado semelhante àquele que seria produzido em um litígio judicial.[133]A preocupação de que a mediação ordenada pela corte não intensifique as desigualdades existentes entre as partes nem beneficie a parte mais sofisticada, mais poderosa e com mais conhecimento também apóia uma orientação avaliadora, em detrimento de uma facilitadora.[134]

Respostas a essas preocupações podem ser encontradas dentro de uma concepção facilitadora da mediação. Tribunais e mediadores poderiam educar as partes de forma a explicar que o resultado oriundo da mediação não precisa se aproximar daquele obtido em um tribunal e nem precisa da aprovação de uma corte. Tribunais poderiam fornecer previamente informações às partes envolvidas em uma sessão de mediação e os mediadores poderiam descrever o seu método em um texto aberto. Além disso, mediadores deveriam esclarecer às partes que a mediação é um processo único e encaminhar ao tribunal aqueles que querem uma solução litigiosa.

Por fim, tribunais poderiam implementar mecanismos que assegurassem a barganha das partes com o conhecimento de seus direitos legais. Por exemplo, um projeto do Programa de Mediação do Tribunal de Nova York ordena que sejam dadas informações legais escritas e que seja disponibilizado um conselheiro legal para os participantes da mediação. Assim, proprietários e inquilinos negociam tendo acesso à informação sobre seus direitos e sobre os possíveis resultados de um litígio judicial. Os mediadores desse programa destacam esse serviço desde o inicio e encorajam, durante as sessões, as partes a procurarem informações e conselhos que acharem necessários.[135]

De forma geral, as estratégias de mediação facilitadora que procuram fortalecer as partes equilibram o poder e forçam os participantes a negociar de forma integral. Por outro lado, um mediador que se sente responsável por avaliar, advogar e facilitar, provavelmente acabará sem executar bem nenhuma de suas funções.

Alguns defendem a mediação avaliadora argumentando que as partes normalmente esperam isso do mediador. [136]Em casos ligados a tribunais, advogados atuam somente em benefício de seus clientes. [137]Estudos indicam que os advogados possuem uma preferência por mediadores que avaliem o caso, que tenham experiência litigiosa e que sejam especializados no tema da disputa.[138]Isso, obviamente, não é nenhuma surpresa. Assim como a maioria das pessoas, os advogados sentem-se mais confortáveis em situações que conhecem bem. Ora, advogados estão acostumados a falar em defesa de seus clientes e a

apresentar argumentos sobre os méritos do caso. Dessa forma, nada mais natural do que sua tentativa de empurrar a mediação de volta ao paradigma da adversariedade.[139]

Se a regulação não exigir que os mediadores mantenham-se dentro de certos parâmetros facilitadores, eles (os mediadores) acabarão por alterar o processo de forma a atender as expectativas dos consumidores (advogados, na maioria dos casos). Ironicamente, um equilíbrio entre oferta e procura poderia ocorrer se os mediadores oferecessem tanto a mediação como a avaliação neutra, desde que diferenciassem um serviço do outro em cada situação. Com uma definição mais clara dos processos, os advogados poderiam aprender mais sobre a mediação e vir assim a conhecer melhor o seu valor enquanto processo puramente facilitador.[140]

Da mesma forma, as partes freqüentemente não possuem informação suficiente que lhes permita escolher entre uma opção avaliadora e outra facilitadora. Essa atração causada pela avaliação deve-se, em parte, ao predomínio do paradigma da adversariedade, mais familiar e hegemônico do que o da facilitação.[141]Dadas as informações adequadas, a educação correta e as opções disponíveis, as partes e seus advogados poderão vir a escolher a mediação facilitadora.[142]O atual déficit de informação sobre a mediação e sobre as diferenças entre ela e outra formas de RAD invalidam o argumento do livre mercado.

2. Uma falha dos tribunais em definir e manter separados processos distintos

Apesar de várias jurisdições terem criado uma gama de processos entre os quais os disputantes e seus advogados podem escolher, a mediação tornou-se a opção mais popular, ou pelo menos a mais disponível.[143] A mediação, porém, ao invés de permanecer um processo diferenciado, incorporou características da avaliação neutra e da arbitragem consultiva. Talvez a explicação para essa transformação esteja no bom trabalho dos

mediadores-facilitadores, que criaram um produto valioso, atraindo, assim, profissionais que ofereciam serviços avaliadores e que estavam interessados em vendê-los sob o mesmo rótulo.[144]

Um estudo feito há dois anos nos tribunais de Nova York indicou que o termo "mediação" possui uma "variedade extraordinária" de usos.[145]O relatório reconhece a existência de uma necessidade crítica de se uniformizar os padrões e as definições dos processos de RAD.[146]Sobre a confusão de termos e nomes, o relatório constata que "desconhecer as fronteiras entre a mediação, a avaliação neutra e a arbitragem pode trazer conseqüências nefastas."[147]Impossibilitar as partes de saber o que esperar do processo e impedir a parte neutra de entender o que é ser um bom profissional estão entre essas implicações.[148]O relatório afirma ainda que "mediadores não deveriam aconselhar os litigantes de acordo com a lei ou com os eventuais resultados em uma corte"[149], atividades estas praticadas pelos mediadores-avaliadores de acordo com o Gráfico Riskin.

Imaginemos, por fim, que um renomado professor formulasse um Gráfico descrevendo o universo da arbitragem e que este Gráfico dividisse a arbitragem em dois ramos: a "arbitragem facilitadora" e a "arbitragem avaliadora". O árbitro "facilitador" seria aquele que não opinasse, reservando-se apenas o papel de facilitar a comunicação entre as partes. Neste caso, certamente alguém diria: "Isto é um absurdo! A palavra 'arbitragem' possui raízes latinas e significava originalmente 'fazer um julgamento'. Ou seja, árbitros decidem! É essa a principal característica do serviço que eles oferecem. Não se pode transformar a arbitragem em mediação e continuar a chamá-la de arbitragem". Esse comentário é totalmente pertinente e correto. O oposto não é menos verdadeiro: não se pode transformar a mediação em arbitragem e continuar a chamá-la de mediação.

IV. Mediadores não devem avaliar: razões para uma delineação clara

Qualquer atividade que ponha em risco as propostas fundamentais de um empreendimento deve ser evitada. A participação das partes, a colaboração criativa entre elas e o resultado "ganha-ganha" são objetivos e princípios que sustentam a mediação.[150]

Um mediador avaliador coloca essas propostas em risco e, dessa forma, dificulta o desenvolvimento da mediação como uma alternativa ao paradigma da adversariedade.

A. A participação das partes e o processo de decisão

1. A participação das partes

A participação das partes e as decisões por elas feitas caracterizam a mediação. Esses aspectos resultam em um grande nível de satisfação com o processo e garantem um resultado construído unicamente pelos interesses e pelas peculiaridades das partes.[151]

Além do mais, geram níveis impressionantes de comprometimento das partes para com a solução por elas elaborada. A mediação avaliadora põe em risco esses benefícios, pois ela minimiza a participação das partes, inclina o resultado em direção à provável decisão de um tribunal e diminui o comprometimento das partes com a solução final, já que esta provém mais do agente neutro do que propriamente das partes.[152]

Se a pessoa neutra assumir uma orientação ou uma função avaliadora, as partes, ao invés de voltarem seus esforços para a criação de soluções próprias, passarão a tentar influenciar o responsável pelas decisões. A maioria dos mediadores-avaliadores não dá espaço para a autodeterminação ou para um melhor entendimento entre as partes. Eles buscam somente a apresentação de provas e argumentos, da mesma forma que fazem os advogados.

Neste caso, advogados experientes tornam-se, em detrimento das partes, as personagens principais da disputa. A avaliação neutra torna-se o principal foco do conflito, em detrimento das decisões feitas pelas

partes. Essa "advocatização" da mediação não só minimiza a participação das partes como também exige que o mediador seja, antes de tudo, um bom avaliador. Essa mudança na função do mediador diminui a importância das habilidades necessárias para promover a autodeterminação e a participação construtiva das partes.

Na prática, se a mediação passa a priorizar a avaliação neutra, a participação das partes perde em importância. Por exemplo, o Programa *CAMP (Civil Appeals Management Plan of the United States Court of Appeals for the Second Circuit)* utiliza equipes de advogados como mediadores para avaliar os pontos fortes e as fraquezas do caso de cada parte. Esse programa não espera nem exige a participação das partes, apesar de os mediadores poderem convidá-las a presenciar a conferência.[153]Em algumas situações

nas quais predomina a mediação avaliadora, mediadores simplesmente dispensam a participação das partes. Os advogados, porém, participam freqüentemente e têm facilidade para entender os procedimentos. Como conseqüência, as partes, que normalmente possuem pouca experiência com a mediação, permanecem desconhecendo o processo.

Alguns mediadores conduzem toda a sessão de uma forma que lembra uma convenção partidária, obstruindo qualquer comunicação entre as partes.[154]Essas práticas não dão suporte a uma significante participação das partes.

Se a avaliação do mediador fosse totalmente não-coercitiva e não prejudicasse a participação das partes, então obviamente a mediação avaliadora não estaria em conflito com autodeterminação das partes. [155]Entretanto, vários processos de RAD dependem da potência e do impacto da avaliação neutra pra serem eficazes.[156]Deve-se reconhecer que, em alguns casos, as partes possuem o discernimento e os recursos para entender que a avaliação do mediador é só mais uma informação disponível. Mas estes casos são raros.

Além do mais, é impossível prever ou determinar o impacto exato das palavras. Dessa forma, se a condição para avaliar o caso é não interferir ou influenciar a autodeterminação das partes, então certamente o caminho mais seguro é não fazer nenhuma avaliação.

A avaliação inibe ou elimina a participação das partes quando prejudica a posição de negociação de um dos participantes, permitindo que o outro se prenda a sua própria posição. Os exemplos a seguir ilustram esse problema. Após ouvir cada um dos lados em uma disputa de vizinhos sobre a altura apropriada do som, o mediador fala para o morador de cima: "Senhor Barulho, o senhor deveria colocar um carpete em seu apartamento. O uso que o senhor faz de seu imóvel exige uma maior proteção e um carpete resolveria o problema". Se o Sr. Barulho não acreditar que produz desordem excessiva ou se ele não possuir dinheiro suficiente para colocar um carpete em seu apartamento, essa proposta pode desligá-lo do processo de mediação. Ao mesmo tempo, o outro vizinho, o Sr. Reclamação, prender-se-á a sua posição, pois a proposta do mediador endossa essa postura. Assim, ao tentar resolver o problema sozinho, o mediador diminui a possibilidade das partes de resolverem a situação negociando. Se quisesse apresentar a idéia do carpete de uma maneira facilitadora, o mediador poderia ter falado algo como: "Sr. Reclamação e Sr. Barulho, ajudaria se eu expusesse algumas idéias que funcionaram em situações semelhantes?" E, se a resposta fosse afirmativa, continuar: "Em alguns casos, colocar um carpete pode ajudar a diminuir o barulho". Note-se que, nesta intervenção, o mediador não indicou quem deve ser o responsável pelo pagamento do carpete. Há casos em que as partes

com problemas semelhantes chegaram a outras soluções, como utilizar fones de ouvido, reorganizar os horários, mudar a mobília ou simplesmente trocar de apartamentos. Por acaso não seria interessante que essas opções também fossem exploradas no exemplo citado?

A mediação comercial fornece outro exemplo. Em uma disputa de milhões de dólares entre uma empresa e um sindicato, o mediador declara às partes que a empresa "deveria ser mais flexível, pois ela não possui chances de ganhar em uma eventual apelação". Uma avaliação deste tipo pode simplesmente encerrar as negociações, já que a parte favorecida tende a inflexibilizar a sua posição, enquanto a parte em desvantagem pode não ver outra saída a não ser testar a análise do mediador no tribunal. É óbvio que, em alguns casos, a avaliação do mediador mostra-se errada (ou seja, a empresa ganha a apelação), resultando no encerramento das negociações e em uma situação do tipo "perdeperde" depois de anos de litígio e de despesas com advogados.

Por fim, a avaliação do mediador pode trazer conseqüências adversas à sua neutralidade. Se a avaliação for considerada errada ou prejudicial por uma das partes, esta pode prontamente se retirar do processo de mediação. Há vários anos atrás, os árbitros de pequenas causas da Corte Civil de Nova York eram instruídos a não deixar que as partes tomassem conhecimento de suas decisões,[157]pois a corte não tinha funcionários suficientes para proteger os seus árbitros da fúria das partes desapontadas nem possuía tempo para permitir que eles ficassem ouvindo argumentações sem fim. Essa anedota[158] destaca as reações típicas a decisões desfavoráveis: raiva, desafeição e alienação. Todas elas desestimulam uma participação construtiva das partes.

2. Fluxo de Informação

Um mediador habilidoso aumenta e enriquece a base de informações a partir da qual as partes tomam as suas decisões. Dessa forma, ele garante um maior entendimento entre as partes e assegura que soluções melhores sejam encontradas. Na polarização e no isolamento criados pela dinâmica adversária, as partes freqüentemente não compreendem as percepções, atitudes, ações, interesses e valores sustentados pelo outro lado envolvido na questão. Mediadores aumentam a quantidade de informação e elevam o grau de confiança a ela conferido, utilizando sua neutralidade e os benefícios de uma solução "ganha-ganha" como argumentos para estimular uma maior abertura das partes. Eles também reduzem as barreiras estratégicas e cognitivas que podem impedir um acordo.[159]A denominação

"barreiras estratégicas" inclui táticas familiares à barganha competitiva, tais como: ocultar informações que sejam desvantajosas ao valor pedido; insistir em posições extremas e ser inflexível em relação a concessões importantes; tentar distrair o oponente[160]. Já "barreiras cognitivas" incluem uma variedade de fenômenos cognitivos[161]que, ao operar no ambiente do conflito, resultam na distorção da informação e em resultados imperfeitos.

Como os mediadores fazem para aumentar e enriquecer a base de informações? Eles agem de forma a assegurar às partes que o compartilhamento de informação traz pouco ou nenhum risco. Como o mediador não avalia nem toma decisões, as partes não possuem motivo para assumir a mentalidade tradicional ou para utilizar estratégias típicas de situações que envolvem o compartilhamento de informação com um avaliador.

Trabalhar com um profissional deste tipo requer um sistema de pensamento adversarial.

As estratégias para essas situações envolvem: apresentar informações no momento mais propício para si mesmo e da maneira mais prejudicial ao seu oponente; manter e esconder informações que podem inclinar o avaliador a decidir de forma favorável a seu oponente; não elaborar ofertas ou acordos, inclusive ofertas favoráveis, tendo em vista que o avaliador pode interpretar tal atitude como um sinal de endividamento para com a outra parte. Se ao final do processo o mediador tiver que proferir uma avaliação, então ele não pode esperar receber informações diferentes daquelas que seriam compartilhadas em um procedimento adversarial. Isso fica ainda mais evidente quando as partes envolvidas possuem total domínio e conhecimento do processo. Dessa forma, o mediador-avaliador é incapaz de estabelecer uma base de informações sobre a qual possam ser construídas resoluções do tipo "ganha-ganha".

Certas pessoas afirmam que a avaliação do mediador desempenha um papel importante ao fornecer informações adicionais que enriquecem as perspectivas de ambas as partes. Elas se esquecem, porém, que o principal objetivo da mediação é ajudar as partes a construir uma solução própria e única. Nessa perspectiva, a tarefa do mediador consiste mais em perceber as preferências e as prioridades das partes do que simplesmente externar a sua própria opinião. Se o processo chegar a um ponto no qual a avaliação é a única forma de se transpor um obstáculo (por exemplo, a crença infundada de uma parte na validade de uma posição), então nesse caso ela pode ser feita por um outro neutro que desempenha e assuma especificamente esse papel.

Analisando como a mediação adiciona valor ao processo de negociação, o Professor Baruch Bush ressalta a capacidade da mediação de diminuir as barreiras que impedem o

acordo por meio do fluxo de informações e da remoção e redução das distorções cognitivas da informação. [162]Mediadores não deveriam sacrificar essa dimensão crítica assumindo um papel avaliador.

3. Criando a resolução de problemas.

Uma orientação avaliadora do interventor neutro tende a reproduzir o processo adversarial e a colocar as partes em posições contrárias.[163]As posturas, tanto defensivas como ofensivas, que resultam desse processo inibem a colaboração e a criatividade.

Teóricos de métodos de resoluções criativas de problemas recomendam que as partes separem o processo de criar opções do processo de escolher as opções.[164]Esse conselho deriva da constatação de que o julgamento prematuro das opções desenvolvidas interfere no processo criativo das partes. A afirmação de Albert Einstein de que "os problemas importantes que enfrentamos hoje não podem ser resolvidos com o mesmo nível de pensamento a partir do qual eles foram criados"[165]destaca a necessidade crítica de se promover graus maiores de pensamento e criatividade, coisa que um mediadoravaliador não pode fazer.

A forte energia e a intensa emoção que surgem em situações de conflito podem tanto causar sérios danos ao processo como também gerar mudanças e reestruturações criativas. O mediador deve agir de forma a elevar o diálogo de um patamar de recriminações e de acusações para um outro no qual prevaleçam a criação de opções e de idéias inovadoras.

De fato, existem bloqueios de todos os tipos para a resolução de problemas.[166]A avaliação por um sujeito neutro vem adicionar mais um obstáculo. Se a mediação realmente for um processo orientado para que ocorra uma avaliação neutra, então essa própria orientação cria o maior obstáculo à criatividade.

B. Implicações da Justiça

1. Obtendo legitimidade e soluções de qualidade.

Diversos mecanismos garantem a legitimidade e a qualidade das decisões nos processos em que um interventor neutro toma decisões. As decisões dos juízes possuem legitimidade por causa do status que os magistrados possuem e porque elas estão sujeitas à influência das apelações. Os juízes também seguem normas procedimentais que garantem a apresentação de argumentos e de evidências pertinentes e excluem informações duvidosas.

As decisões arbitrais são reconhecidas como legítimas porque as partes escolheram os árbitros e se submeteram contratualmente à decisão por eles tomada. Normalmente, pelo fato de os árbitros serem especialistas nos temas em questão, chega-se a soluções de alta qualidade.

Os mediadores, por sua vez, não possuem nem o aspecto legal do juiz nem são especialistas como os árbitros. Eles tampouco são revisados e corrigidos por algum tipo de apelação. Em regra, os mediadores não recebem o treinamento necessário para fazer decisões. Os programas de treinamento para mediação não ensinam a estimar a credibilidade, a pesar evidências, a determinar a quantidade adequada de provas ou a conduzir apropriadamente uma pesquisa. Além do mais, os mediadores assistem a discussões de acordos, que podem influenciar negativamente profissionais que talvez confundam generosidade com culpa.[167]Nem o treinamento nem a estrutura do processo transformam os mediadores em sujeitos ideais para tomarem decisões.

Quando um mediador opina sobre o resultado judicial mais provável ou analisa os méritos das reivindicações, surgem questionamentos sobre o conhecimento específico necessário para se dar uma opinião e sobre a obrigação de se fazer uma pesquisa antes de se proferir uma avaliação. A tendência de uma pessoa neutra chegar a conclusões erradas também é colocada em questão nesse caso. Atualmente, a confidencialidade e a imunidade do mediador protegem as suas eventuais opiniões "ruins" do julgamento público, o que resulta em uma falha grave na prestação de contas dos mediadores. Além do mais, a avaliação sobre o resultado judicial mais provável só poderia ser feita por aqueles que possuem tanto a habilidade na prática da mediação como o conhecimento apropriado e as credenciais necessárias na matéria legal da disputa.[168]Isso acaba por levar à ingrata conclusão de que apenas os advogados podem orientar a mediação, o que empurra mais uma vez este processo de resolução alternativa para o âmbito das normas adversariais.

2. Utilizando estratégias que se amoldam à função.

A estratégia básica dos mediadores é reunir as partes em um debate. Devido a obstáculos na comunicação entre as partes, juízes e árbitros não podem normalmente utilizar esse mesmo tipo de estratégia[169].O

sujeito neutro, ao receber evidências ou outras informações sem a presença de uma das partes, acaba por negar-lhe o direito de ouvir e confrontar os testemunhos que poderão ser utilizados contra ela.[170] As avaliações e opiniões possuem menos valor quando estão baseadas em evidências que não foram sujeitas à refutação por parte de todos os envolvidos na questão. Conseqüentemente, avaliações e opiniões que surgem da mediação podem possuir sérios desvios. Dessa forma, antes de "misturar" os processos, os sujeitos neutros devem avisar as partes e obter o seu consentimento a respeito do procedimento utilizado.

3. Abrindo várias portas

Por fim, se queremos que uma variedade de processos de resolução de disputas esteja disponível ao público, devemos traçar linhas claras que separem as diferentes ofertas de serviços. Essa evolução na prática da resolução de disputas depende do bom treinamento e das exigências de qualificação dos profissionais. Pesquisas que comparem os processos e os seus resultados também são importantes para essa evolução. Por último, a administração e a avaliação dos programas e a elaboração de princípios éticos constam como fatores importantes para este desenvolvimento.

As partes desfrutam de uma solução mais justa se entenderem em qual processo de RAD elas estão entrando. Quando as partes dão o seu consentimento ao sujeito neutro e este atende aos padrões de cada um dos processos, então procedimentos diversos podem ser misturados. Um processo híbrido pode tranqüilamente atingir a flexibilidade sem perder a clareza, desde que o interventor neutro diferencie as fases do processo na qual a mediação é utilizada daquelas em que ela não o é.

V. Conclusão

A. Um outro mapa

Esse artigo afirma que o mediador deve guiar-se por uma orientação facilitadora para ajudar as partes a criar uma solução que derive verdadeiramente da autodeterminação.

O "mapa" abaixo descreve a orientação do sujeito neutro em vários processos de resolução de disputas e em tarefas e resultados a eles relativos.



"Não foi possível disponibilizar o gráfico original para a presente tradução. O gráfico aqui apresentado é uma representação nossa das idéias da autora, concebida para melhor ilustrar a tradução."

Nesse gráfico, há uma grande divisão entre os processos que exigem uma orientação avaliadora e os processos nos quais o sujeito neutro atua como um facilitador. Os processos de caráter avaliador são aqueles nos quais a função última do sujeito neutro é fornecer uma decisão, um julgamento ou uma opinião. Nos processos em que o interventor age como um facilitador, a construção da solução é baseada no consenso. É a orientação do sujeito neutro que define, em última instância, se o processo dá sustentação à decisão de um terceiro, refletindo normas e regras sociais, ou se ele apóia a autodeterminação das partes, refletindo as prioridades e o senso de justiça que elas porventura venham a ter.

Desrespeitar essa divisão acarreta algumas conseqüências:

1) Viajantes precisam possuir as qualificações e os equipamentos necessários para enfrentar o desafio ao qual eles se propõem. De mesma forma, um sujeito neutro não deveria assumir um papel para qual não está devidamente preparado. Além de conhecerem normas sobra a confiabilidade de evidências, sobre a descoberta de fatos, sobre a carga de provas e sobre a pesquisa e análise de dados legais, avaliadores deveriam ser advogados limitados por códigos de conduta profissional e vulneráveis a processos por má conduta.

Em outros contextos, avaliadores deveriam ser especialistas no assunto concernente à disputa, de forma a oferecerem decisões e opiniões de alta qualidade.

2) Um viajante também deve arrumar de forma apropriada sua bagagem, descartando aqueles pertences que não serão usados, de acordo com o clima e os costumes do destino. Por exemplo, no terreno da facilitação, um mediador usa a reunião e o debate entre as partes como ferramentas, coisa que não poderia ser feita se ele fosse um avaliador ou um adjudicador. Ainda no campo da facilitação, um mediador obtém informações a respeito de suposições, sentimentos e perspectivas das partes, vendo com bons olhos a conversação entre elas, já que, dessa forma, percepções equivocadas e desentendimentos podem ser resolvidos. Do outro lado, em um terreno no qual imperam a avaliação e a adjudicação, a conversação é limitada, proibida ou relegada a segundo plano, pois é tida como uma fonte de influência negativa sobre aquele neutro encarregado de tomar as decisões.[171]

Um interventor talentoso e hábil pode, ocasionalmente, misturar os processos.

Nós reconhecemos e aplaudimos estes "processos misturados" que conseguiram se desenvolver. Mas, ao passar de um lado da divisão para o outro, como ocorre, por exemplo, na med-arb ou na med-avaliação neutra, o interventor neutro deve alertar as partes sobre a transição da mediação para a avaliação e, conseqüentemente, deve utilizar as ferramentas

apropriadas a cada um desses processos. É óbvio que esse tipo de procedimento só deve ser usado quando as partes tiverem total conhecimento de suas premissas e quando elas estiverem de acordo a respeito da viagem na qual irão embarcar.[172]

B. Mantendo a promessa da RAD.

Em 1981, o Professor Joseph Stulberg escreveu: "*paradoxalmente, enquanto o uso da mediação se expandiu, um entendimento comum sobre o que constitui a mediação sofreu um enfraquecimento... É importante (...) identificar e clarear os princípios e dinâmicas que fazem da mediação um processo de resolução de disputas*".[173]

Essa tarefa mostra-se, hoje, muito mais urgente. Sem um entendimento comum do que é mediação, será muito difícil desenvolver códigos de ética,[174]encontrar interventores neutros qualificados e desenvolver programas de treinamentos apropriados.

Rotular de "mediação" atividades que envolvem diferentes níveis de intervenção no conflito (mediação e arbitragem) enfraquecem e trazem desvios a um processo dinâmico e poderoso. O conceito básico e a idéia fundamental de mediação devem permanecer simples e claros. Do contrário, estaremos fadados a retomar o paradigma adversarial, pois este sim é simples e claro.

Uma orientação facilitadora do mediador não priva as partes de informações importantes sobre os seus direitos ou sobre outras normas sociais. Ela não impede que as partes tirem proveito do fato de contarem com alguém que pode exercer tanto a função de facilitador como o papel de conselheiro. Mediadores devem encorajar as partes a "jogar com um baralho cheio", ou seja, a obter informações sobre os seus direitos legais, sobre os prováveis resultados de uma decisão judicial e sobre qualquer outro área concernente à disputa.[175]Advogados e outros especialistas freqüentemente ensinam aos participantes de uma mediação os pontos fortes e as fraquezas das posições sustentadas. Há casos em

que, após deliberarem e consentirem, as partes querem que o mediador atue como um especialista ou como um avaliador. Nestas situações, o mediador pode trocar de função e entrar em um processo de resolução de disputa misto. Ao exigirmos que essa atividade avaliadora não seja chamada de "mediação", nós pretendemos destacar que, nesses tipos de processo, as partes tentam basicamente persuadir o interventor neutro e este assume tarefas e qualidades diferentes ao agir como um avaliador.[176]

Não há nenhuma diferença fundamental entre a arbitragem não vinculante e a mediação que se utiliza da avaliação e da recomendação de um terceiro para a resolução de disputas. Tanto a mediação como a arbitragem possuem uma tendência a se inclinar em direção ao paradigma dominante do litígio, com o conseqüente aumento da formalidadee dos gastos e com a diminuição da participação e do controle das partes. A assimilação ameaça a promessa visionária da RAD de ser um mosaico de diferentes processos. É de uma profunda ironia que Leonard Riskin, que tão bem articulou a radical diferença entre o mapa filosófico de um advogado e o de um mediador[177], tenha criado um gráfico que localiza a mediação em um ambiente familiar ao mapa dos advogados. Usemos o Gráfico de Grid como um alerta à atual localização da mediação e criemos um mapa alternativo do terreno da mediação – um mapa no qual a promessa inicial da RAD seja mantida.

---

[1]*Nota do tradutor*: esse exame pode ser comparado, de maneira um pouco imprecisa, com a prova que a OAB aplica no território nacional.

[2]Ver Leonard L. Riskin, Mediation and Lawyers, 43 Ohio St. L.J. 29, 43-45 (1982).

[3]Idem, pág 43-44.

[4]Ver Leonard L. Riskin, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, 1 Harv. Neg. L. Rev. 7, 25 (1996). O Gráfico foi primeiramente publicado em 1994. Ver também Leonard L. Riskin, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, 12 Alternatives to High Cost Litig. 111 (1994).

[5]O debate se focou no aspecto avaliativo-facilitativo do Gráfico. Ver Majorie Corman Aaron, ADR Toolbox: The Highwire Art of Evaluation, 14 Alternatives to High Cost Litig. 62 (1996) (descrevendo os usos apropriados da avaliação pelo mediador e recomendando estratégias específicas); James J. Alfini, Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion, 24 Fla. St. U. L. Rev. 919 (1997); John Bickerman, Evaluative Mediator Responds, 14 Alternatives to High Cost Litig. 70 (1996) (declarando que as partes deveriam ser livres para escolher entre estilos facilitadores e avaliadores); James B. Boskey, Let 100 Flowers Bloom, Alternative Newsl., Nov. 1996, at 1; Dwight Golann, So You Want An Evaluation, 15 Alternatives to High Cost Litig. (1997); Dwight Golann & Marjorie Corman Aaron, Managing the Merits: The Use (and Misuse) of Evaluation in Mediation, Disp. Resol. J., Jan. 1997; Samuel J. Imperati, Mediator Practice Models: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation, 33 Willamette L. Rev. 703 (1997); Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, "Evaluative" Mediation Is An Oxymoron, 14 Alternatives to High Cost Litig. 31 (1996); Lela P. Love, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate, 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997); John Lande, How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Another? 24 Fla. St. U. L. Rev. 839, 856-79 (1997) (articulando um ideal de um "consentimento de alta qualidade" (em 857- 79), que é mais próximo da mediação facilitadora, mas favorece um acesso pluralista da definição das distintas variedades de mediação (em 856)); Jonathan Marks, Evaluative Mediation—Oxymoron or Essential Tool?, The Am. Law., May 1996, at 48A; Robert B. Moberly, Mediator Gag Rules: Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise?, 38 S. Tex. L. Rev. 669 (1997) (argumentando contra regras éticas que proíbam a avaliação do mediador) Barbara A. Phillips, Mediation: Did We Get It Wrong, 33 Willamette L. Rev. 649, 701 (1997); Leonard L.

Riskin, Mediation Quandaries, 24 Fla. St. U. L. Rev. 1007 (1997); James H. Stark, The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions and Tentative Proposals, From An Evaluative Lawyer Mediator, 38 S. Tex. L. Rev. 769 (1997) (endossando a mediação do avaliador e propondo princípios éticos para tal avaliação); Jeffrey W. Stempel, Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role, 24 Fla. St. U. L. Rev. 949 (1997) (endossando uma mediação flexível que permita o uso judicial de técnicas avaliadoras); Joseph B. Stulberg, Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock, 24 Fla. St. U. L. Rev. 985 (1997); Donald T. Weckstein, In Praise of Party Empowerment—and of Mediator Activism, 33 Willamette L. Rev. 501 (1997).

[6]Esse artigo não aborda o problema da definição do problema restrito-amplo. Nosso único questionamento com relação a essa dicotomia é que são as partes, e não o mediador, que decidem os parâmetros da discussão, ao levantar os pontos que lhes interessam. Ver Kimberlee K. Kovach, Mediation: Principles and Practice (1994) (ressaltando que o mediador controla o processo e as partes controlam o conteúdo); ver também Videotape: Entrevista com o Professor Robert Baruch Bush na Cardozo Law Scholl (Professor Bush comenta que é uma decisão das partes se o foco da mediação é amplo ourestrito).

[7]Ver Aaron, supra note 7, at 62; ver também Dwight Golann, Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators (1996).

[8]Ver Jeffrey Krivis & Barbara McAdoo, A Style Index for Mediators, 15 Alternatives to High Cost Litig. 157 (1997) (um instrumento de auto-apreciação para ajudar os mediadores a determinar a sua orientação de acordo com o Gráfico).

[9]Em um júri simulado, os advogados apresentam brevemente o caso a um júri, que dará um veredicto não vinculante. Como o júri simulado é formado pelo mesmo tipo de pessoas que formam um júri real, o veredicto encoraja um acordo entre as partes, pois fornece informações novas sobre como o caso se desenrolará em uma corte. Ver Leonard L. Riskin & James E. Westbrook, Dispute Resolution and Lawyers 5 (2d ed. 1997).

[10]Na avaliação neutra prévia, o interventor neutro avalia a posição de cada uma das partes e a provável decisão judicial, de forma a ajudar as partes a entrarem em acordo. Esse processo combina elementos da mediação e da arbitragem não vinculante, pois ao mesmo tempo que facilita a discussão de um acordo também gera uma opinião do interventor. Ver Riskin & Westbrook, supra note 11, at 5-6. A avaliação neutra do caso não é limitada apenas à avaliação prévia, podendo ocorrer em qualquer momento do desenrolar do caso. Ver J.B.J. Distributors, Inc. v. Jaikaran, 744 S.W.2d 379 (Tex.App. Houston [1st Dist] 1988).

[11]Na arbitragem não vinculante, as partes concordam (ou são obrigadas pela corte) em submeter sua disputa a uma determinação não vinculante de um interventor neutro por elas escolhido (ou indicado pela corte). Esse processo estimula as partes a entrarem em acordo, pois fornece às partes informações sobre como um sujeito neutro encarregado de tomar decisões veria o caso. Ver Riskin & Westbrook, supra note 11, at 3.

[12]Na arbitragem, as partes concordam formalmente em submeter sua disputa a um especialista neutro (ou a um painel de neutros) por elas escolhido, que dará uma decisão final e vinculante. Ver Riskin & Westbrook, supra note 11, at 3.

[13]Em um julgamento privado, autorizado por um estatuto ou uma norma da corte, as partes contratam um juiz privado que dará uma decisão sobre o seu caso. Essa decisão é vinculante e passível de recursos na própria corte. Esse processo pode evitar atrasos da corte, garantir privacidade, permitir que se estabeleçam flexibilidade e conveniência e assegurar a satisfação das partes por meio da opinião daquele incumbido de decidir. Ver Riskin & Westbrook, supra note 11, at 4, 670-80.

[14]Ver Standards of Conduct for Mediators (Joint Committee of Delegates from the American Arbitration Association, American Bar Association Sections of Dispute Resolution and Litigation, and the Society of Professionals in Dispute Resolution 1994) [hereinafter the Joint Standards] (reconhecendo a auto-determinação como o "princípio fundamental da mediação). Os Padrões Conjuntos foram reeditados em John D. Feerick, Toward Uniform Standards of Conduct For Mediators, 38 S. Tex. L. Rev. 455, 460. Ver também Bush Videotape, supra note 8 (declarando que a mediação é um processo único dentre aqueles que envolvem um interventor pela sua capacidade de aumentar a autonomia das partes).

[15]Como o Professor Bush percebeu, o Gráfico Riskin apresenta uma descrição precisa do que está acontecendo hoje e, nesse sentido, é uma ferramenta muita poderosa para expor o atual panorama da mediação. O Gráfico, porém, é problemático se

visto como uma prescrição da esfera da prática aceitável. A grande divisão do Gráfico é entre avaliação e facilitação.

A mediação é essencialmente não-avaliadora. Ver Bush Videotape, supra note 8.

Em uma declaração recente, Leonard Riskin constatou que o Gráfico descreve "o que é" e não "o que deveria ser". Entretanto, ele colocou uma observação nessa declaração, afirmando que "(o problema) é muito mais complicado que isso." Riskin, supra note 7, at 1009.

[16]Chris Honeyman, fundador e presidente da CONVENOR (uma firma de resolução de disputas de Nova York), descreve os mediadores como sendo avaliadores em pequenos detalhes, de forma a dar maior atenção a facilitação nos grande problemas. Ver e-mail de Chris Honeyman (2/12/1997) Mais habitualmente, a avaliação é utilizada para ultrapassar pontos de impasse nos quais as partes ficaram presas. Ver Aaron, supra note 7, at 62; Golann, supra note 7, at 283-84.

[17]Processos mistos combinam elementos de processos básicos de resolução de disputa. Esses processos básicos são a negociação, a mediação, a arbitragem e o litígio. São exemplos de processos mistos: mediação-arbitragem ("med-arb"), júri simulado (combinando litígio e negociação), mini-julgamentos (combinando adjudicação e negociação) e, em alguns casos, avaliação neutra e mediação. Ver Riskin & Westbrook, supra note 7, at 5-6, 589-692 (definindo e discutindo uma variedade de processos mistos).

[18]Ver Carol Wittenberg et al., Why Employment Disputes Mediation Is On The Rise, Litig. & Tech. Mgmt. Rep., Feb. 1996, at 8 (descrevendo o sucesso da combinação entre mediação e descoberta neutra de fatos no contexto de disputas empregatícias).

[19]Ver Riskin, supra note 6, at 13.

[20]ibidem

[21]ibidem

[22]Marilyn August, If Bread Isn't From Scratch, Scratch "Bakery", Austin Am.- Statesmen, Jan. 4, 1997, at D1.

[23]Existem outros exemplos culinários. Na Europa, uma guerra feroz está sendo travada para definir quais os ingredientes necessários à produção de um chocolate verdadeiro. O Parlamento Europeu, favorecendo o ponto de vista belga e francês, determinou que é necessário manteiga de cacau inalterada por outras gorduras vegetais.Também houve guerras a respeito da definição do brie, do gouda, do brandy e do sherry. Ver Great Chocolate War Reveals Dark Side of Europe, NY Times International, Oct. 24, 1997, at A3.

[24]Padrões Conjuntos, supra note 16, at Preface (reimpresso in Feerick, supra note 16, at 478).

[25]Ver Riskin, Grid, supra note 7, at 13. Ver também Stulberg, supra note 7, at 987- 88; Golann, supra note 7, at 50-51.

[26]Nós utilizamos o termo "legalizados" para disputas e conflitos em que alguma das partes consultou um advogado, trazendo o foco da comunicação para teorias legais de defesa, de recuperação, de danos etc.

[27]Códigos éticos de arbitragem encorajam os árbitros a não mediar a menos que as partes assim o exijam. Ver Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes Canon IV.H (1977) (aprovada pela American Arbitration Association and the American Bar Association). " Um árbitro não deve estar presente ou participar de qualquer maneira das discussões de acordos entre as partes, a não ser que as elas tenham requerido tal procedimento. Um árbitro não deve pressionar nenhuma parte a entrar em acordo."

[28]Ver Riskin, supra note 3, at 13, n.19 (citando a idéia de Wittgenstein que diz que o uso determina o sentido)

[29]Ver Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. (1997) 154.025 (definindo a conferencia moderada para acordos); Civil Justice Reform Act of 1990, 28 U.S.C.A. 473 (West 1997) (incluindo o processo separado da prévia avaliação neutra); Minn. Gen. R. Prac.

Dist. Ct. 114.02 (1998) (definindo dois processos 'avaliativos' prévia avaliação neutra e descoberta neutra dos fatos)

[30]Stulberg, supra note 7, at 986.

[31]Id. at 1001.

[32]Ver Gerald P. Lepp, ADR Administrator for the U.S. District Court for the Eastern District of New York, Remarks at the Meeting of the Student Coalition in Dispute Resolution (SCIDR) at Benjamin N. Cardozo School of Law (Oct. 15, 1997).

[33]Idem.

[34]Ver Bickerman, supra note 7, at 70; Aaron, supra note 4, at 62.

[35]Ver Aaron, supra note 7, at 62 (declarando que uma avaliação deveria ser feita pelo mediador na existência de uma lacuna insuperável no acordo, ou seja, apenas como um último passo e somente se requisitada pelas partes).

[36]Os Padrões Conjuntos afirmam que um mediador, ao transitar em um outro processo de RAD a pedido das partes, assume obrigações e responsabilidades crescentes. Ver Joint Standards, supra note 16, Comments to Standard VI, reimpresso in Feerick, supra note 13, at 482.

[37]O Professo Robert A. Baruch Bush é um defensor da "mediação transformativa", que enfatiza o maior ganho de poder e o maior reconhecimento das partes como valores centrais da mediação. Ver Robert A. Baruch Bush & Joseph Folger, The Promise of Mediation (1994). Ele identifica sua abordagem como sendo facilitadora. Ver Bush Videotape, supra note 8. Apesar de tudo, ele recomenda um mediador "pressionador", que garanta que as partes ajam com total informação e conhecimento, entendendo inclusive a oposição da outra parte. Ver Robert A. Baruch Bush, Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation, 41 Fla. L. Rev. 253, 277-80 (1989).

[38]Ver Stulberg supra note 7, at 1002-03 (declarando que, ao mesmo tempo em que o mediador deve exercer "sua influência de uma maneira que não diminua a participação das partes" nem "o surgimento de soluções criativas para os problemas", é extremamente implausível para um mediador ser relegado a plácida orientação facilitadora delineada no Gráfico Riskin). O Professor Stulberg oferece alguns exemplos de intervenções efetivas (avaliadoras) do mediador que se enquadram na boa prática do processo: aconselhar as partes a reconsiderar uma posição; reestruturar a agenda de compromissos baseando-se na apresentação das partes; questionar propostas implausíveis ou impraticáveis. Ver idem.

Em um comentário ao esboço desse artigo, o Professo John Lande notou que "questionar propostas das partes" e "fazer sugestões" são atividades altamente avaliadoras. Elas não indicam, porém, uma orientação ou um papel avaliador, desde que o mediador não assuma nenhuma posição (como um juiz, um árbitro ou especialista neutro faria) em relação a um resultado correto, justo, ou próximo de uma decisão judicial..

[39]Em um comentário ao esboço desse artigo, Chris Honeyman notou que deveria haver um reconhecimento da relação de continuidade entre a conduta facilitadora e a avaliadora (como implica o Gráfico Riskin), ao invés de uma oposição entre ambas no debate. Ver Honeyman E-mail, supra note 18. Essa relação realmente existe quando se fala das intervenções de um mediador em particular. Todavia, nós acreditamos que o próprio Gráfico, ao expressar implicitamente que uma orientação avaliadora é aceitável no universo da mediação, qualificou as orientações e os papéis do mediador como excludentes umas às outras.

[40]BATNA é um termo elaborado por Roger Fischer e William Ury. Ele é a abreviação para *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo). Ver Roger Fisher & William Ury, Getting to Yes (1981). Várias vezes, no contexto das disputas "legalizadas", a BATNA de uma das partes é litigar.

[41]WATNA significa *Worst Alternative to a Negotiated Agreement* (Pior Alternativa à Negociação de um Acordo). A WATNA de uma das partes é em alguns casos o pior cenário possível que poderia resultar do litígio judicial.

[42]EATNA significa *Expected Alternative to a Negotiated Agreement* (Alternativa Esperada à Negociação de um Acordo). Ver Heidi Burgess & Guy Burgess, Constructive Confrontation: A Transformative Approach to Intractable Conflicts, Mediation Q., Summer 1996, at 305, 315.

[43]Ver Stempel, supra note 7, at 960 (declarando que "avaliadores" e "facilitadores" podem possuir diferenças relativamente pequenas nas estratégias concretas aplicadas em determinadas situações).

[44]Ver Edgar H. Schein, Professional Education: Some New Directions 8-9 (1972).

[45]Nós reconhecemos a existência de um outro tipo de estatuto de uniformização, que não aborda pontos controversos, adotando uma visão conservadora. Ver Walter P. Armstrong, Jr., A Centennial History of The National Conference of Commissioners On Uniform State Laws (1991).

[46]A Fundação Hewlett forneceu uma recompensa ao desenvolvimento de um modelo de estatuto para a mediação. A *National Conference of Commissioners of State Laws* possui um comitê para delinear um *Uniform Meidation Act*. Ver Model Mediation Law Effort Begins, Dispute Resol. Magazine, Fall 1997, at 20.

[47]O Professor Joseph Stulberg expressou esse sentimento em sua apresentação sobre o desenvolvimento de uma Lei Modelo da Mediação. Ver Joseph B. Stulberg, Concerns/Ruminations About Developing A Model Act (Aug. 2, 1997) (apresentação da ABA não publicada; notas arquivadas pelos autores)

[48]As autoras agradecem o Professor Joseph Stulberg por ter fornecido vários dos exemplos a seguir.

[49]A Comissão para Resolução Alternativa de Disputas da Carolina do Norte está relacionada ao Escritório Administrativo das Cortes. Ela é uma comissão estabelecida por legislação, formada por profissionais renomados que administram os serviços de resolução de disputas no sistema da corte.

[50]North Carolina Dispute Resolution Commission, Standards of Professional Conduct 4 (May 10, 1996).

[51]Idem.

[52]Ver Cal. Fam. Code 3170-3171 (West 1994) (requerendo que todos os casos que envolvam custódias de crianças contestadas, problemas de visitação ou petições para pais adotivos sejam enviados para a mediação) (originalmente decretado no Cal. Civ. Code 4607 (West 1983)).

[53]Ver Cal. Fam. Code 3180 (West 1994).

[54]Ver Cal. Fam. Code 3183 (West 1994).

[55]Ver Cal. Evid. Code 1121 (West 1998) (proibindo um mediador, sem o consentimento das partes, de submeter-se a outras recomendações de uma corte que não o relatório mantido pelas normas da corte ou por outras leis).

[56]Ver Laurence D. Connor, How To Combine Facilitation With Evaluation, 14 Alternatives to High Cost Litig. 15 (1996).

[57]Para outros exemplos de mediação similar à arbitragem, ver Fla. Stat. ch. 240.155 (1998), regulando o *Campus Master Plans* e *Campus Development Agreements.* O estatuto ordena que seja aplicada a mediação às disputas surgidas na implementação de acordos executados sobre o desenvolvimento do campus. O estatuto requer que dois mediadores selecionados pelas partes escolham um terceiro mediador neutro. O painel formado deve elaborar um relatório contendo uma recomendação de solução para os problemas. Todavia, esse mesmo estatuto proíbe, em uma escala muito maior, os mediadores de casos civis de oferecer opiniões sobre o que a corte deve fazer. Ver infra, notes 71-75 e texto anexo.

[58]Para detalhes sobre o projeto, ver Feerick, supra note 16.

[59]Idem, em 476-477.

[60]Idem, em 460-61. O valor da auto-determinação é amplamente reconhecido. Ver Robert A. Baruch Bush**,** "What Do We Need A Mediator For?" Mediation's "Value-Added" for Negotiators, 12 Ohio St. J. on Dispute Resol. 1, 28, n.53 (1996).

[61]Ver Feerick, supra note 16, at 472-73.

[62]Idem, em n.74.

[63]Ver Va. Code Ann. 8.01-576.4 (Michie 1997).

[64]Geetha Ravindra, Court-Annexed ADR Processes 1 (1997) (proposta não publicada; disponível em arquivo com os autores).

[65]Ver Judicial Council of Virginia, Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators 2 (Oct. 1997).

[66]Idem.

[67]Ver Telephone Interviews with Geetha Ravindra, Director, Dispute Resolution Services, Supreme Court of Virginia (Mar.

1997 and Jan. 1998)

[68]Ver Fla. R. for Certified and Court-Appointed Mediators 10.090(d). Ver Robert B. Moberly, Ethical Standards for Court-

Appointed Mediators and Florida's Mandatory Mediation Experiment, 21 Fla. St. L. Rev. 701 (1994).

[69]Ver Risette Posey, Latest MQAP Advisory Opinions, Resol. Rep., Oct. 1995, at 2-5, 14-16 (Mediator Qualifications Advisory

Panel Op. 95-002, 95-005).

[70]Ver Moberly, supra note 7, at 669-78.; Stempel, supra note 7, at 966 (criticando a atitude tomada pelo Painel, que priorizou o modelo facilitador da mediação em detrimento tanto "das necessidade práticas dos disputantes como dos interesses da justiça)

[71]Em uma pesquisa conduzida por Martha J. Cook, 600 membros da Seção de Advogados de Julgamento de Hillsborough County (*Hillsborough County Trial Lawyers Section*) receberam um questionário e 160 responderam-no. 90% das respostas indicavam uma preferência pela mediação avaliadora. Ver Martha J. Cook, Hillsborough Survey (1997) (em arquivo com os autores).

[72]Ver Carta de Lawrence Watson, Chairman of the Florida Supreme Court Standing Committee on Mediation Rules (Jan. 7, 1998) (em arquivo com os autores).

[73]Como disse Leonard Riskin: "*Profissionais tendem a fazer aquilo que eles sabem fazer; e eles supõem que aquilo que eles fazem é vantajoso para seus clientes"*. Riskin, supra note 4, at 42. Ver também supra note 7 (discutindo o poder dos advogados sobre o processo da mediação).

[74]Ver Tex. Civ. Prac & Rem. Code Ann. 154.023 (West 1997).

[75]Alternative Dispute Resolution Section, State Bar of Texas Ethical Guidelines for Mediators (Feb. 1994), reimpresso em 3 Alternative Resolutions 34.

[76]Idem.

[77]Idem.

[78]Ver Minn. St. Gen. Prac. 114.03-04 (1998).

[79]Ver Barbara McAdoo & Nancy Welsh, Does ADR Really Have A Place on the Lawyer's Philosophical Map?, 18 Hamline J. Pub. L. & Pol'y 376, 384 (1997).

[80]A mediação é definida na Norma 114 como: "(um) *fórum no qual uma terceira parte neutra facilita a comunicação entre as partes de forma a promover o acordo. Um mediador não deve impor às partes o seu próprio julgamento a*

respeito das questões da disputa. Minn. Gen. R. Prac. Dist. Ct. 114.02(a)(4).

[81]Os tópicos de treinamento ordenados pela norma incluem: teoria do conflito, barganha baseada no interesse, habilidades na comunicação, habilidades na interação e distribuição do poder. Ver idem, em 114.12(a).

[82]Barbara McAdoo, A Report to the Minnesota Supreme Court: the Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota (Dec. 1997) (relatório não publicado; em arquivo com Minnesota Supreme Court Office of Continuing Education)

[83]Order of the Supreme Court of Minnesota Promulgating Amendments to the Minnesota General Rules of Practice (Aug. 8, 1997) (on file at the office of Appellate Courts and with authors). Ver McAdoo, supra note 84; Orders in the Court, Bench & Bar of Minn. 38 (Mar. 1997); McAdoo & Welsh, supra note 81, at 390 n.71.

[84]Ver McAdoo & Welsh, supra note 81, at 390.

[85]Idem, 392.

[86]McAdoo, supra note 84, at 53.

[87]McAdoo & Welsh, supra note 81, at 392-93.

[88]Ver Love, supra note 7, at 946-47; Kovach & Love, supra note 7, at 32; McAdoo, supra note 84, at 55 (declarando que a clareza na questão da avaliação por parte dos mediadores é importante devido às implicações no treinamento, às provisões de coerção no código ético e ao direito do consumidor de ser informado a respeito dos serviços prestados).

[89]Ver Kovach & Love, supra note 7. Ver também Professor Nancy Rogers, Presentation on Developing a Model Mediation Act, ABA Meeting (Aug. 2, 1997) (destacando o tema da importância de uma abordagem consistente).

[90]Ver em termos genéricos Boskey, supra note 7. Ver também Christine Carlson, Society of Professionals in Dispute Resolution, Why the Practice of Mediation Should Not Be Overregulated From the Perspective of a State Program Manager (1993).

[91]Ver Stulberg, supra note 49.

[92]Em um comentário ao esboço deste artigo, Len Riskin notou que o Gráfico poderia ser útil para os reguladores que queiram eventualmente restringir os mediadores em uma determinado programa ou em um painel particular referentes a um quadrante de Gráfico. Entrevista telefônica com Len Riskin (07/02/98).

[93]Ver Christopher W. Moore, The Mediation Process 19-24 (1996) (traçando a história da mediação e arbitragem desde as referências até a era moderna).

[94]Ver Jeffrey W. Stempel, Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty, Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood? 11 Ohio St. J. on Disp. Resol. 297, 309-24 (1996).

[95]Idem, 309.

[96]Ver em termos gerais Warren E. Burger, Isn't There a Better Way, Annual Report On The State Of The Judiciary (Jan. 24, 1982).

[97]Ver Frank E. A. Sander, Varieties of Dispute Processing, 70 F.R.D. 111, 130 (1976).

[98]Supra note 99.

[99]Derek Bok, Law and Its Discontents, A Critical Look at Our Legal System, Bar Leader, Mar.-Apr. 1983, at 21, 28

[100]Ver em termos gerais Owen M. Fiss, Against Settlement, 93 Yale L.J. 1073 (1984).

[101]Richard C. Reuben, The Lawyer Turns Peacemaker, A.B.A. J., Aug. 1996, at 54, 55 (atribuindo o termo "pluralismo de processos" ao Professor Marc Galanter). O termo pode, porém, ter sido originado com John Lande, The Diffusion of a Process Pluralistic Ideology of Disputing: Factors Affecting Opinions of Business Lawyers and Executives (1995) (dissertação de Ph.D não-publicada, University of Wisconsin (Madison).

[102]Reuben, supra note 103, at 55.

[103]No Texas, de acordo com as observações informais de Kim Kovach, parece que há um declínio das práticas dos mediadores em virtude da percepção de que a mediação é apenas mais um procedimento anterior ao julgamento destinado a ajudar a tradicional distribuição de barganhas. Nessa situação, ela adiciona pouco coisa a negociação adversarial entre advogados.

[104]Características centrais da arbitragem incluem velocidade, simplicidade, privacidade, finalidade, baixos custos e um "especialista" encarregado de tomar decisões. Ver Thomas J. St. Panowich, Punitive Damages and the Consumerization of Arbitration, 92 Nw. U. L. Rev. 1, 1-2 (1997); Riskin & Westbrook, supra note 11, at 570-72.

[105]Existem formas variáveis de mediação. Por exemplo, as partes podem concordar que a decisão de árbitro, ao invés de vinculante, é apenas um aviso. Nos locais em que cortes ordenam a participação em programas de arbitragem ligados a corte, as partes tipicamente possuem o "direito" de "apelar" por uma decisão, requerendo um novo julgamento pela corte. Ver Riskin & Westbrook, supra note 11, at 502-03.

[106]Ver William M. Howard, The Evolution of Contractually Mandated Arbitration, Arb. J., Sept. 1993, at 27, 27.

[107]Árbitros geralmente ouvem as reclamações sozinhos ou em um painel de três. Para simplificar, utilizamos o termo que

inclui ambas opções.

[108]Yves Dezalay & Bryant Garth, Fussing about the Forum: Categories and Definitions as Stakes in a Professional Competition, 21 J. Law & Soc. Inquiry 285 (1996). Ver também Yves Dezalay & Bryant Garth, Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order (1996) (traçando o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional como uma ordem legal).

[109]Richard Mittenthal, Whither Arbitration? Major Changes in the Last Half Century, Arb. J., Dec. 1991, at 28, 28.

[110]Ver Mary W. Holden, As Courts Overflow, Mediation Flourishes, Chicago Lawyer, Mar. 1997, at 18 (citando Van Winkel, membro da ABA's Dispute Resolution Section in 1994-95: "*Eu penso que a arbitragem está falhando em alguns aspectos por ter assimilado várias armadilhas e fardos do litígio – uma forma menos confiável de litígio. Nós chegamos a ponto da arbitragem em que depósitos são feitos e gravações são produzidas. Então tudo que temos, afinal, é o litígio tradicional sem a proteção do devido processo legal a que estamos acostumados a confiar*").

[111]Um estudo de arbitragens envolvendo o Programa de Cuidado Permanente de Saúde Kaiser (Kaiser Permanent Health Care Program) descobriu que elas demoram aproximadamente 29 meses da reclamação à decisão. Esta espera é maior do que um julgamento relevante na corte, que demora algo entre 15 e 19 meses.

[112]Ver Holden, supra note 112, at 19 (citando Joel N. Shapiro, em uma conferência de acordos de advogados para o 7th U.S. Circuit Court of Appeals: "*Com certa freqüência, a arbitragem não tem se mostrado nem barata nem rápida, particularmente quando uma ou ambas as partes exploram as possibilidades de atraso")* Ver A Right to Sue Is Being Replaced, Often Unknowingly, by Arbitration, N. Y. Times, Mar. 10, 1997, at D7 (relatando que um estudo de 1993 do Instituto Randy para a Justiça Civil em Santa Mônica notou que cinco bancos usuários da arbitragem em transações comerciais reportaram que o montante dos seus custos legais foi menor).

[113]Ver Reuben, supra note 103, at 58 (descrevendo uma disputa entre Intel Corp. e Advanced Micro Devices Inc., que levou o conselho geral da Intel a não mais utilizar continuamente cláusulas de arbitragem na pré-disputa.)

[114]Ver idem, 56. (declarando que cortes federais não adotaram um único programa de arbitragem desde 1991, enquanto o uso da mediação continua a se expandir). Ver também Holden, supra note 112, at 18 (declarando que a arbitragem era a forma

dominante de RAD há uma década atrás e notando uma insatisfação corrente com a arbitragem).

[115]Ver Holden, supra note 112, at 20 (citando James J. Alfini, decano da Northern Illinois University School of Law: "O que aconteceu à arbitragem é que advogados se apossaram dela e transformaram-na em uma mini-adjudicação. Eu me pergunto se é isso o que vai acontecer à mediação se os advogados colonizarem esse campo").

[116]Mediação possui inúmeras definições. Ver em termos genéricos Carrie Menkel- Meadow, The Many Ways of Mediation, Neg. J., July 1995, at 217. Ainda assim, a "qualidade central" descrita pelo Professor Fuller é um tema comum. Ver infra note 119 e texto acoplado.

[117]Ver Lon Fuller, Mediation – Its Forms and Functions, 44 S. Cal. L. Rev. 305, 325 (1971).

[118]Ver Leonard L. Riskin, Grid, supra note 6, at 25

[119]Ver Lande, supra note 7, at 841 (descrevendo uma nova cultura criada pela expectativa de que a mediação é o meio normal de acabar com o conflito).

[120]Ver supra notes 58-59 e texto acoplado.

[121]De maneira similar, na química, a tabela periódica dos elementos mostra cada elemento com um determinado número de elétrons e prótons. Se adicionarmos ou subtrairmos partículas subatômicas, desestabilizaremos o elemento ou então chegaremos a um outro. A analogia com a mediação é que existe um conceito central definindo o processo que não pode ser alterado sem uma desestabilização ou uma renomeação.

[122]Ver McAdoo, supra note 84, at 55 (indicando que 64,3% dos mediadores freqüentemente propõem acordos realistas e 28% dos mediadores freqüentemente predizem resultados judiciais).

[123]Ver Bush & Folger, supra note 39, at 280 (descrevendo o comentário de um advogado de negócios que afirmou que "*se uma terceira parte está efetivamente tomando decisões em como se resolver o assunto... é melhor que essa terceira parte seja um juiz, regulado por normas e procedimentos").*

[124]Ver idem, 1-2 (dando uma sinopse do desenvolvimento do campo da mediação).

[125]Para um histórico de centros de mediação da comunidade, ver Edith B. Primm, The Neighborhood Justice Center Movement, 81 Ky. L.J. 1067 (1992-93). Para uma discussão dos problemas enfrentados por esses centros, ver Community Mediation: A Handbook for Practitioners and Researchers (Karen Grover Duffey et al. eds., 1991).

[126]A mediação do divórcio começou como uma alternativa "não-legalizada" ao litígio utilizada antes da abertura de um processo judicial. Hoje em dia, é normal que haja diversos casos de família ligados à corte que sejam encaminhados para a mediação.

Para uma discussão geral da mediação no contexto das leis da família, ver John Haynes, Divorce Mediation (1981). Ver também Craig A. McEwen et al., Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, 79 Minn. L. Rev. 1317 (1995). Ver de modo geral Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 Yale L.J. 1545 (1991) (criticando o uso da madiação em questões de divórcio). O processo avaliador descrito por Gillo não é uma forma de mediação apoiada pelas autoras.

[127]Ver William E. Simkin & Nicholas A. Fidandis, Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining (2d ed. 1986).

[128]Para um relatório sobre desenvolvimento da mediação ligada a tribunais, ver Elizabeth Plapinger and Margaret Shaw, Court ADR – Elements of Program Design (CPR Institute for Dispute Settlement 1992).

[129]Ver Lande, supra note 7, at 858 (declarando que o principal objetivo da mediação no início do atual movimento de RAD era dar mais poder às partes, particularmente em um contexto mais próximo. Com o crescente envolvimento de advogados e tribunais na década de 80, a ênfase passou a ser dada à elaboração do acordo e às técnicas de mediação mais avaliadoras e diretas). Lande parece empregar as palavras "avaliadora" e "direta" em um mesmo sentido,

mas nós não o fazemos. Um mediador pode ser "direto" e ainda assim respeitar as decisões do processo sem avaliar o caso ou sugerir soluções.

[130]Normas de tribunais que regulam os painéis de mediadores freqüentemente encorajam profissionais que possuem uma orientação avaliadora. Por exemplo, no Distrito do Sul do Texas, um grupo responsável pelo planejamento e pela implementação de um plano para redução de custos e demora nas cortes federais (em acordo com o Ato de Reforma da Justiça Civil) exigiu que os mediadores sejam licenciados na prática jurídica por no mínimo dez anos. Ver U.S. Dist. Ct. R. S.D. Tex. 20.

No Distrito Leste de N.Y., normas de procedimento que regulamentam o programa de mediação exigem que o profissional seja um especialista na área jurídica em que atua; seja a cinco anos membro da *BAR*; e tenha sido previamente admitido para a prática. Não há nenhuma exigência sobre treinamento ou experiência na mediação. Ver U.S. Dist. Ct. E.D. N.Y. Local Civ. R. 83.11(b)(2)(a) (proposta em 1997, sujeita a um período de 60 dias de notificações e comentários). Ver também id. at 83.11(b)(5)(a) (permitindo o mediador oferecer "sugestões específicas para o acordo"); id. at 83.11(b)(5)(d) (exigindo que o mediador ofereça uma "avaliação escrita do caso" ao final de cada sessão de mediação). Essas regulamentações caracterizam o mediador como um especialista em avaliação do caso que oferece seu serviço protegido pelo rótulo da "mediação".

[131]Por exemplo, na Virgínia, o treinamento aprovado para mediadores consiste apenas no modelo facilitador. Todavia, quando os advogados começaram a mediar, entrou-se na avaliação do caso. Ver Ravindra, supra note 66. Esse comentário também é baseado nas observações pessoais das autoras e nas conversações com vários mediadores de cortes cíveis.

[132]Ver Bush & Folger, supra note 39, at 73 (notando que o advento da uma forma adversarial de mediação, que consiste ou numa abordagem distinta ou numa versão extrema do que eles chamam de "mediação solucionadora de problemas", geralmente conectada com mediadores que são juízes formados, pode ser hoje a maior causa de preocupação no campo da mediação).

[133]Ver Jacquelyn Nolan-Haley, Court Mediation and the Search for Justice Through Law, 74 Wash. U. L.Q. 47 (1996); Stempel, supra note 7, at 973; Judith Maute, Public Values and Private Justice: a Case for Mediator Accountability, 4 Geo. J. Legal Ethics 503 (1991).

[134]Ver Stempel, supra note 7, at 976-977.

[135]Esse projeto de programa de mediação é encabeçado pelo juiz Fisher-Brandveen (Administrative Judge of the Civil Court of the City of New York), que participa de uma comissão de aconselhamento incluindo tanto mediadores especialistas como advogados de direitos do inquilino. Ver também Joel Kurtzberg & Jamie Henikoff, Freeing the Parties From the Law: Designing an Interest and Rights Focused Model of Landlord/Tenant Mediation, 1997 J. Disp. Resol. 53 (descrevendo uma variedade de modelos que indicam preocupações justas em mediações ligadas a tribunais e referentes a questões de terra e de inquilinato).

[136]Ver Stempel, supra note 7, at 973-75. Apesar de o termo "participantes" ser geralmente usado, advogados-mediadores são perspicazes em reconhecer que são, na verdade, os advogados das partes disputantes que querem avaliação.

[137]Ver Lande, supra note 4.

[138]Ver McAdoo, supra note 84, at 4 (indicando que as mais importantes qualificações de um mediador são possuir experiência substancial no campo do direito relacionado ao caso e ser um litigante ou advogado); id. at 37 (concluindo que os advogados de Minnesota preferem um estilo avaliador e justo de mediação). Ver também Cook, supra note 73 (indicando que a mais importante qualificação de um mediador é a experiência legal).

[139]Na abertura de um simpósio sobre deveres e responsabilidades do advogado na resolução de disputas, realizado na Escola de Direito do Sul do Texas, Dean Frank destacou o perigo da situação citando Maquiavel:

Deve ser lembrado que não há nada mais difícil de planejar, mais duvidoso de se obter sucesso e mais perigoso de administrar do que a criação de um sistema novo. Este conta, já de início, com a antipatia daqueles que seriam beneficiados pela preservação das antigas instituições. Além do mais, mesmo aqueles que iriam lucrar com as mudanças não fazem uma defesa mais do que morna das novidades.

[140]Há, claramente, vários advogados que valorizam a mediação facilitadora. Muitos outros fariam o mesmo se a entendessem.

[141]Ver Kimberlee K. Kovach, What Is Real Mediation, and Who Should Decide?, 3 No. 2 Disp. Resol. Mag. 5 (1996) (destacando como o processo de formação de decisões é complicado pelo conhecimento limitado disponível às partes).

[142]Partes informadas podem escolher não só a mediação facilitadora, mas também uma abordagem transformadora. Entrevista telefônica com Dorothy DellaNoce (em relação ao interesse em um site especializado em intervenção transformadora no conflito).

[143]No Texas, por exemplo, os processos de RAD autorizados pelo estatuto foram a conferência de acordo mediada (uma adaptação da avaliação neutra do caso), o júri simulado e o mini-julgamento. Atendendo os pedidos de influentes advogados-mediadores, os tribunais escolheram utilizar quase que exclusivamente a mediação. O termo "mediação", porém, foi utilizado praticamente para qualquer atividade de estímulo ao acordo.

[144]O Professor Robert Bush articulou a idéia de que o termo "mediação" estava sendo mal utilizado.

[145]Ver Chief Judge's N.Y. State Ct. Alternative Disp. Resol. Project, Court-Referred ADR in N.Y. State 7 (1996).

[146]Ver id. at 7.

[147]Ver at 37.

[148]Ver idem. Ver também Love, supra note 7, at 946-47 (discutindo a importância de um entendimento uniforme sobre a mediação).

[149]Chief Judge, supra note 149, at 54.

[150]Ver Riskin, supra note 4, at 43-44.

[151]Ver Bush, supra note 62, at 15-21.

[152]O Professor John Lande concluiu, baseado em uma pesquisa e em uma série de entrevistas, que quanto mais os executivos de empresas entravam em processo judiciais, menos confiança eles tinham no litígio. O Professor Lande encontrou situações em que ambas as partes saíram descontentes tanto com o processo como com o resultado. John Lande, Failing Faith in Litigation? A Survey of Business Lawyers' and Executives' Opinions, 3 Harv. Neg. L. Rev. 1 (1998). Como a "mediação avaliadora" empurra a mediação para o paradigma adversarial, nós prevemos que o índice de satisfação das partes irá seguir o caminho daquele associado ao litígio.

[153]Isso não é uma crítica nem ao Programa CAMP, altamente bem sucedido, nem aos extraordinários mediadores que dele fazem parte. O modelo do CAMP inclui uma mistura de técnicas de mediação, ligadas à orientação da educação jurídica das partes e à prática no Segundo Circuito. Quando apropriado, um conselho de funcionários dá opiniões e sugestões não vinculantes a respeito dos méritos do caso. Essa combinação da mediação e da avaliação neutra diminui a participação das partes e a autodeterminação, mas serve às propostas do CAMP de fornecer um fórum para soluções amigáveis de disputas. Para uma descrição do CAMP, ver Frank J. Scardilli, Outline of the Civil Appeals Management Plan (manuscrito não publicado; disponível em arquivo com as autoras).

[154]Enquanto a maioria dos modelos de mediação incluem um processo de reunião e debate em toda a mediação, um número mínimo de modelos propõe que as partes estejam juntas no início e no fim do processo. Ver Eric R. Galton, Representing Clients in Mediation (1994).

[155]Ver Bush, supra note 62, at 35, nn.68-69. Um exemplo é Gary Friedman, um mediador muito talentoso que mantém uma orientação facilitadora ainda que incorpore componentes avaliadores em sua estratégia, como, por exemplo, descrever uma série de prováveis resultados do caso em uma corte.

[156]O impacto da avaliação do neutro em negociações de acordos é premissa para a não vinculante, para a avaliação neutra e para o júri simulado

[157]As decisões eram enviadas às partes por correio após a audiência.

[158]Baseado na experiência de uma das autoras como árbitro de pequenas causas da Corte Civil de Nova York, no ano de 1983.

[159]Ver Bush, supra note 62, at 13. Para um resumo de barreiras críticas a ajustes negociados, ver geralmente Robert H. Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, 8 Ohio St. J. on Disp. Resol. 235 (1993).

[160]Ver Barriers to Conflict Resolution (Kenneth J. Arrow et al. eds., 1995).

[161]Barreiras cognitivas à negociação são problemas irracionais identificáveis que resultam em uma inabilidade de entender corretamente ou de pesar informações. Por exemplo, a "aversão à derrota" resulta numa tendência a valorizar mais as derrotas de perspectivas do que as eventuais vitórias. Ela inibe *tradeoffs* mutuamente vantajosos. Ver Bush**,** supra note 62, at 9-12, nn.17-20. "Desvalorização contínua" é um fenômeno no qual uma informação originada por uma pessoa "desvalorizada" tem o seu valor automaticamente diminuído, sem passar por uma análise mais racional.Ver Mnookin, supra note 161, at 246-47.

[162]Ver Bush, supra note 62, at 13.

[163]Cf. Rita Henley Jensen, Divorce – Mediation Style, A.B.A. J., Feb. 1997, at 55, 56. (declarando que o conhecimento pelas partes de que o mediador pode, em última instância, fazer recomendações ao juiz e influenciar sua decisão cria um ambiente de negociação radicalmente diferente.)

[164]Ver Fisher & Ury, supra note 42, at 60 (recomendando que "inventar opções para o benefício mútuo deve ser feito de forma separada da avaliação e da seleção" pois "julgamentos inibem a imaginação". Ver também Edward de Bono, Lateral Thinking 107-11 (1973); Edward de Bono, Serious Creativity 86-90, 216-17 (1992).

[165]Marc S. Klein, Reframing the 'Tort Reform' Debate (And Our Participation in It), 166 N.J. Law. 39, 39 (1995) (citando Albert Einstein).

[166]Para uma discussão profunda desse "bloqueios", ver James L. Adams, Conceptual Blockbusting (3rd ed. 1986).

[167]Ofertas de acordos são encorajadas pela mediação, mas não são normalmente admissíveis em litígios. Se admitidas, elas são interpretadas como uma prova da culpa da parte, influenciando pouco ou nada a decisão final.

[168]Ver James Boskey, The Place for Evaluative Mediation (ensaio não publicado; disponível em arquivo com as autoras) (declarando que os mediadores não deveriam avaliar se não possuírem um conhecimento do assunto maior do que as partes e seus advogados). Para muitas perspectivas do debate a respeito da mediação como prática jurídica, ver National Institute for Dispute Resolution Forum Number 33 (1997).

[169]Ver Minn. St. Gen. Prac. R. 114.10 (proibindo a comunicação das partes em processos semelhantes à adjudicação, mas permitindo tal comunicação em outros processos, desde que com o consentimento do interventor neutro e com a finalidade de encorajar ou facilitar o acordo).

[170]Ver Stephen P. LaLonde, Problems and Prospects in the Use of the Med-Arb Model, 2 Snapshot (NYS Dispute Resolution Association, Inc.) 8-9 (1997).

[171]Em uma tentativa de reconciliar a avaliação e a facilitação e alcançar o melhor dos dois processos, Laurence D. Connor moldou um processo avaliador-facilitador de duas fases. Na fase de avaliação, o interventor neutro ouve o caso de cada uma das partes e formula uma decisão, que não é revelada às partes. Na fase subseqüente, a facilitadora, o neutro coordena um processo informal e cooperativo que envolve a participação ativa dos clientes, tanto em sessões privadas como conjuntas. Como a decisão é feita antes da fase facilitadora, as partes estão livres para discutir pontos importantes e eventuais fraquezas sem temerem que isso influencie a decisão final. O processo híbrido permita as partes exporem seus verdadeiros interesses se orientarem a um acordo. A avaliação pode servir como um "teste de realidade" e preencher qualquer lacuna que tenha permanecido ao final. Ver Laurence D. Connor, How to Combine Facilitation with Evaluation, 14 Alternatives to High Cost Litig. 15 (1996). Essa abordagem contrasta com a med-arb mais tradicional, na qual o sujeito neutro facilita o acordo até que ocorra um impasse, passando então a avaliar até atingir o final do caso.

[172]Relatando um debate de um encontro do ADR Committee of the American Intellectual Property Law Association, em que quatro profissionais discutiram as suas experiências a respeito de disputas de propriedade intelectual. David Plant, o presidente do comitê, notou que há um debate sobre "se um mediador pode, mais tarde, propriamente servir como um árbitro, e se é adequado que um mediador expresse um ponto de vista. No mínimo, em ambos os casos, é

requisito uma anuência esclarecida das partes". David Plant, Practice Notes: Mediation Insights, 12 Alternatives to High Cost Litig. 4, 55 (1994) (grifado).

[173]Joseph B. Stulberg, The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind, 6 Vt. L. Rev. 85, 85 (1981).

[174]Ver Bush, supra note 39, at 224-26 (enfatizando que padrões éticos devem ser baseados em uma concepção clara do papel do mediador).

[175]O Professor Ellen Waldman descreve a "geração de normas", a "educação sobre normas" e a "advocacia de normas". Ellen A. Waldman, The Challenge of Certification: How To Ensure Mediator Competence While Preserving Diversity, 30 U.S.F. L. Rev. 723 (1996). De acordo com a nossa visão,um mediador facilitador, antes de enveredar por um caminho de indiferença a normas legais relevantes (e outras), pressionaria as partes a entendê-las. Dessa forma, estaria exercendo seu papel na "educação sobre normas". Mediadores devem convocar advogados das partes para executar a "educação sobre normas" e a "advocacia de normas". Uma discussão sobre os métodos para promover a formação informada de decisões, tanto no processo da mediação como no projeto de um programa de mediação, está além dos objetivos desse artigo. Todavia, o papel de um mediador na "educação sobre normas" está em consonância com a orientação facilitadora, ainda que ele mesmo não seja a fonte da qual virá essa "educação".

Em certos aspectos, nós concordamos com aqueles que propõem a avaliação judicial no contexto da mediação. Nós concordamos com a análise do Professor Marjorie Corman Aaron, que acredita que a avaliação deve ser utilizada apenas como um último passo para transpor uma lacuna ou impasse insuperável no acordo e apenas quando requisitada pelas partes.

Ver Aaron, supra note 7, at 62. Nós concordamos com o Professor James Boskey na caracterização da avaliação como uma técnica avançada, que não deveria ser usada de uma forma tal que fizesse o mediador se esquecer da sua atividade primordial: a mediação. Nós também concordamos com o Professor Boskey no que se refere à necessidade de a avaliação ser feita por um interventor neutro que seja um especialista no assunto no qual dará sua opinião. Nós acreditamos ainda que as partes devem estar completamente informadas antes de consentirem à avaliação. Ver Boskey, supra note 168. Ressaltaríamos, porém, que a avaliação de um sujeito neutro nesses casos não deveria ser chamada de "mediação".

[176]

[177]Ver Riskin, supra note 4.

Capítulo 6 de 18
Sumário
Estudos de Arbitragem Mediação e Negociação Vol.3

- Agradecimentos
- Parte I Memoria
- Parte II Doutrina Parte Especial
  - A Resolução Do Conflito
  - Mapeando A Mediação: Os Riscos Do Gráfico De Riskin
  - Autocomposição e processos construtivos: Uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense E alguns de seus resultados
  - Cartografia dos métodos de Composição de conflitos
  - Reflexões sobre a institucionalização da mediação No direito positivo brasileiro
  - Arbitragem no direito individual do trabalho: Uma consideração à luz do princípio protetivo E do modelo sindical brasileiro
- Parte III Resenha de Livros
- Parte IV Jurisprudência
- Parte V Glossário

Alguns direitos reservados
Exceto quando assinalado, todo o conteúdo deste site é distribuído com uma licença de uso Creative Commons
Creative Commons: Atribuição | Uso Não-Comercial | Vedada a Criação de Obras Derivadas
Ajuda | Contato | ⇧Topo

Como seria o Vade Mecum dos seus sonhos?

Estamos trabalhando em um Vade Mecum digital, inteligente, acessível e gratuito.
Cadastre-se e tenha acesso antecipado e gratuito à nossa versão beta.

Seu endereço de e-mail

Enviar