

O LUGAR “QUALQUER” DA MEDIAÇÃO NAS ADRs

Cecília Patrícia Mattar¹

RESUMO

Este artigo busca apresentar aos operadores de direito a mediação como um método de construção de consenso entre as partes em toda e qualquer situação onde não caiba a necessidade de uma decisão judicial, seja na esfera pública ou privada. Para tanto, analisa-se os termos e contextos que envolvem os conceitos de mediação e dos *Alternative Dispute Resolutions* – ADRs - no decorrer do tempo, especialmente no Brasil onde ela se confunde com conciliação. Apresentadas estas diferenças, explora-se sinteticamente os diversos métodos e suas vantagens, inclusive também aqueles usados de forma híbrida. No capítulo III, discorre-se a respeito de alguns dos principais modelos/abordagens de mediação, para no capítulo seguinte, relacioná-los às expectativas do trabalho do mediador. Conclui-se, por fim, como a mediação pode auxiliar os operadores de direito no processo de obtenção do direito e da justiça para diversos tipos de clientes.

PALAVRAS-CHAVE: ADRs, Mediação, Brasil, Consenso, Operadores do Direito, Justiça.

ABSTRACT

This article seeks to present mediation operators as a method of building consensus between the parties in any and all situations where there is no need for a judicial decision, whether in the public or private sphere. To do so, we analyze the terms and contexts that involve the concepts of mediation and Alternative Dispute Resolutions - ADRs - over time, especially in Brazil where it is confused with conciliation. Having presented these differences, the various models and their advantages are synthetically explored, including those used in a hybrid way. In chapter III, some of the main mediation methods / approaches are discussed, to relate them to the expectations regarding the mediator's work in the next chapter. We conclude, finally, how mediation can assist law operators in the process of obtaining law and justice for different types of clients.

KEYWORDS: ADRs, Mediation, Brazil, Consensus, Law Operators, Justice.

¹ Administradora de Empresas (Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo e Advogada (Bacharelado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie), Pós Graduada em Direito Empresarial (Escola Paulista de Magistratura). Mediadora e Conciliadora Judicial e Extrajudicial pelo Instituto dos Advogados de São Paulo, certificada para atuação judicial pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito Estadual e Federal e associada ao FONAME (Fórum Nacional de Mediação - Brasil).

I. INTRODUÇÃO: CONTEXTUALIZAÇÃO TERMINOLÓGICA E LEGAL – BREVE CONSIDERAÇÃO DE PARÂMETROS INTERNACIONAIS E NACIONAIS

Com o objetivo de alinhar os conceitos trazidos à reflexão neste trabalho, primeiro se faz necessário entender o conceito de ADR, como a mediação é vista neste contexto e como ela tem sido entendida e aplicada ao contexto brasileiro, especialmente fora do âmbito Judicial.

Nascidos como *Alternative Dispute Resolution*, ultimamente estão sendo tratados como *Appropriated Dispute Resolution*, uma vez que a tradução literal do termo *alternative*, ou seja, alternativo, possui uma conotação cultural que leva ao entendimento de ser algo não sério, “não jurídico”. Também já houve o entendimento doutrinário que o “A” seria “Adequado”, porém isto acabou por ter uma repercussão negativa junto aos membros do Judiciário, já que este também é um espaço adequado para a solução de controvérsias. Hoje nota-se uma predileção a “Apropriado” ou “Amigável” como tentativa de adjetivar os diferentes métodos de resolução de disputas, muito embora não precisem de adjetivação para serem compreendidos na sua essência e finalidade, sendo precipuamente extrajudiciais².

Feitos estes esclarecimentos, para efeito deste artigo, entendemos “ADR” como todo método de solução de controvérsia legal que não envolve a decisão de um juiz nomeado por um poder estatal³. Assim, tudo que abrange a presença de um juiz de direito formalmente constituído e revestido do poder jurisdicional, seja a decidir, seja a homologar uma decisão tomada pelas partes perfazendo um acordo, está fora do conceito de ADR aqui considerado. Por outro lado, se as partes em desacordo nomeiam um ou mais juizes naturais, árbitros para que decidam em seu lugar, este procedimento está inserido no âmbito da ADR, haja vista que não há, neste caso, a interferência do poder estatal neste entendimento. Mais especificamente, estão incluídos no âmbito das ADRs, a negociação, a mediação e a conciliação, esta última amplamente considerada de tal forma que um terceiro imparcial assiste os participantes na tomada de decisão, inclusive se utilizando de modelos híbridos,

² MENKEL-MEADOW, Carrie. *The History and Development of “A” DR (alternative/appropriate dispute resolution)*, *Völkerrechtsblog*, 1 July 2016, doi: 10.17176/20180220-230945.

³ Citado em FISHER, Talia. *Law and Economics of Alternative Dispute Resolution*. *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 3: Public Law and Legal Institutions*. Edited by Francesco Parisi (May, 2017).

como no caso dos *dispute boards*, *dispute system designs*, dentre outros que vêm surgindo ao longo dos anos. Tais multifuncionalidades parecem seguir as necessidades cada vez mais complexas dos sujeitos e seus relacionamentos expressos nos diversos contratos que se estabelecem numa sociedade em constante evolução.

No Brasil, o sistema jurídico adotado foi aquele trazido por seu colonizador, Portugal, proveniente de um modelo civilista baseado no direito romano germânico, nascido em 1746 com a Revolução Francesa. Este modelo, também denominado na doutrina como *civil law*, contrapõe-se ao sistema anglo saxão da *common law*, ou seja, para fazer parte da legalidade em países civilistas, uma prática jurídica tem que ser normatizada⁴.

Com os ADRs não seria diferente. Apesar de há muito tempo serem utilizadas em contratos internacionais, especialmente com sujeitos de países subordinados a *commum law*, apenas com a Lei 9.307/96, Lei da Arbitragem, tais métodos passam a ter segurança jurídica na esfera interna brasileira, sendo seguida pela Resolução 125 de 2010, Leis 13.140 e 13.105, ambas de 2015, que trazem os institutos da conciliação e da mediação, podemos dizer que ADRs se institucionalizam, e assim, adentraram o cenário do direito positivo para auxiliar o Poder Judiciário⁵ na busca da pacificação e justiça social. Tais institutos têm como respaldo o artigo 5º. XXXV da Constituição Federal em vigor de 1988⁶ que garante o acesso à justiça. Curioso é saber que a prática da resolução de conflitos já é conhecida desde a constituição do Império pelo instituto da reconciliação⁷.

Mas por que uma prática utilizada há mais de 20 anos, especialmente em disputas internacionais como anteriormente citado, só se institucionaliza como um método autocompositivo de resolução de conflitos apenas na Resolução do CNJ no. 125/2010?

Porque tais institutos são adotados pelo Poder Judiciário brasileiro e, para atingir ao fim que se propunham sem se confundir com o poder judicante, precisavam ser definidos como procedimento.

⁴ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Ellen Gracie Northfleet (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, págs.5 a 10.

⁵ Ver preâmbulo da resolução 125/2010 (disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_comp_125_29112010_19082019150021.pdf).

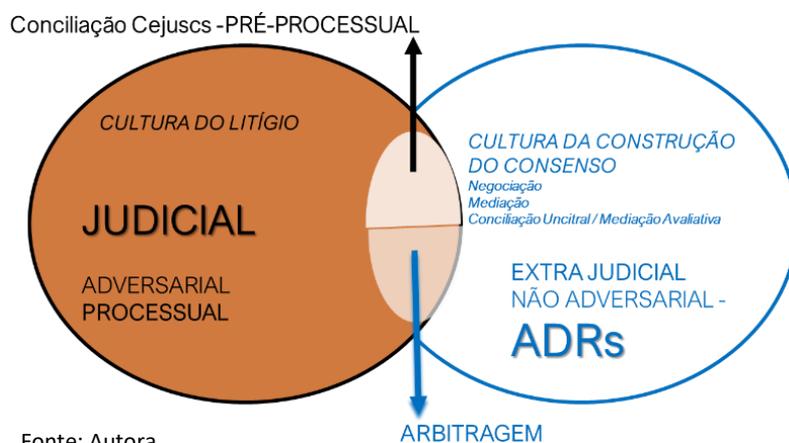
⁶ BATISTA, Keila Rodrigues. Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores. São Paulo: Letras jurídicas, 2010, pág. 24.

⁷ Constituição do Império de 1824 - Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm).

Neste sentido, a conciliação, que pode ser vista como uma forma de intervenção do terceiro mais diretiva no sentido de dar parâmetros legais aos conciliados e conciliadores, foi rapidamente posta em prática, sendo, inclusive, uma política pública nacional, cujo objetivo era proporcionar um ambiente seguro (dentro do amparo do Poder Judiciário), onde as partes, em um trâmite pré-processual ou mesmo no transcorrer deste, pudessem dialogar e, quem sabe, estabelecer um consenso baseado em uma agenda legal pré-definida pelo juiz/lei/advogados e decidissem a controvérsia de forma a substituir a decisão judicial. O juiz, assim, é colocado como coadjuvante do processo de decisão na medida que autoriza e anui com a vontade das partes postas no termo de acordo através de uma homologação; afasta de si a avaliação do mérito da questão controversa ao mesmo tempo que consolida a segurança jurídica máxima à decisão acordada, fazendo dela um título executivo judicial.

Para sumariar o que tratamos até agora, proponho um gráfico que visa contextualizar as ADRs no Brasil.

ADRs Brasil – Modelos de Resolução de Disputas



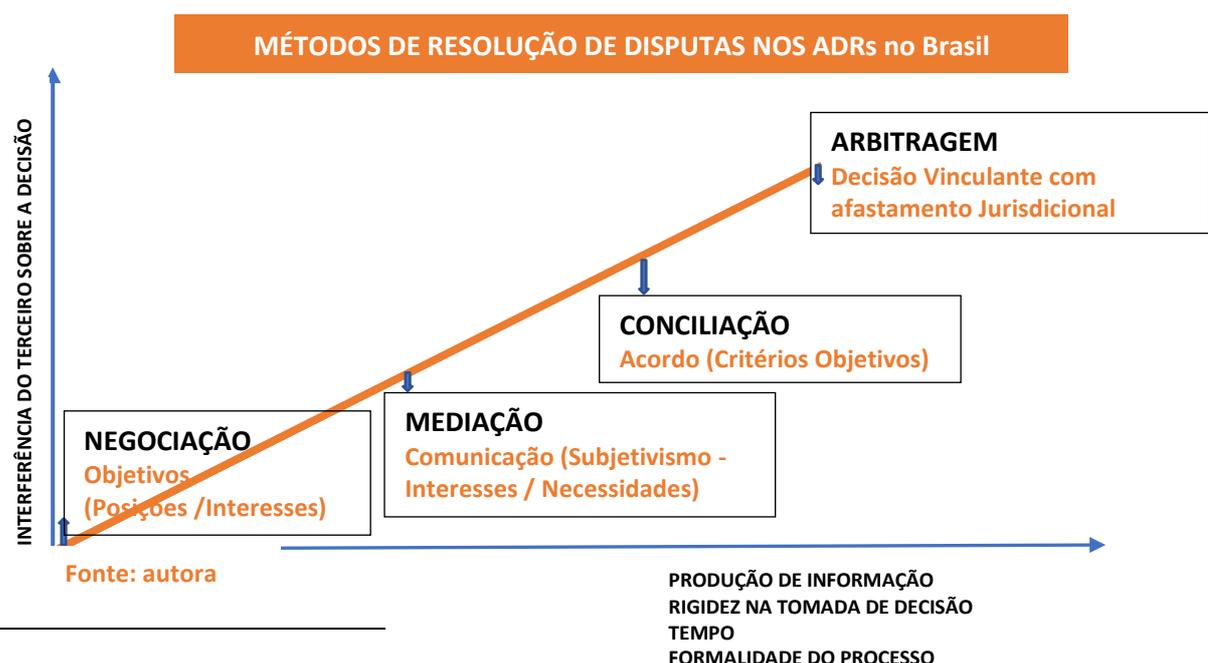
Avançando neste raciocínio, pela Lei 13.140 de 2015, finalmente a mediação foi instituída dentro dos parâmetros legalistas de nosso país. Segundo esta lei, a mediação é um processo que envolve um terceiro que não toma a decisão, mas facilita a negociação entre as partes na busca de uma solução justa para si e que satisfaça seus interesses, o que também acaba por alcançar o conceito de conciliação.⁸

⁸ Não há uma definição legal no Brasil sobre conciliação, apenas um entendimento informal do Conselho Nacional de Justiça. No âmbito internacional, a UNCITRAL tem um normativo a respeito do tema que citarei adiante.

Assim, quase que inevitavelmente os institutos mediação e conciliação acabaram por se confundir e se sobrepor, em especial ao operador de direito que milita no Judiciário. Dito isto, qual seria seu lugar no Brasil? Dentro ou fora do Judiciário, que foi quem a introduziu? Como separá-la da conciliação? O terceiro poderia, dado o ditame legal, emitir uma opinião não vinculativa sobre a questão controversa? Seria isto uma mediação avaliativa ou uma conciliação? Em que momento e de que forma isto seria possível? Como escolher um mediador? São estas apenas algumas das questões levantadas de advogados, juízes e outros profissionais de direito em diversos *webnars* vistos entre fevereiro e setembro de 2020, cuja abordagem se dará de forma sucinta e reflexiva nas próximas páginas.

II. ADRs E A MEDIAÇÃO: MODELOS PUROS E HÍBRIDOS

Feita a consideração sobre as diversas formas de resolução de disputas, doravante denominados ADRs, bem como sua importância no contexto brasileiro, elaborou-se o gráfico abaixo. O intuito foi simplificar o entendimento dos ADRs no sentido de chamar a atenção do leitor para como a interferência do terceiro na tomada de decisão (eixo vertical), afeta a necessidade de tempo, de produção de informações, de formalidade do processo e de rigidez na tomada de decisões dos litigantes (eixo horizontal).



Esclarece-se do gráfico que: (i) a negociação ⁹ aqui entendida é aquela feita diretamente pelas partes envolvidas na disputa cujo objetivo é defender sua posição e seus interesses; (ii) a mediação ¹⁰ é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia, sendo considerado um facilitador da comunicação; (iii) já na conciliação ¹¹ este terceiro facilitador do diálogo tratará objetivas do desacordo, podendo, inclusive, opinar gerando possibilidades não vinculantes de acordo usando critérios objetivos; e, (iv) a arbitragem¹² como um processo judicial privado no qual as partes escolhem quem decidirá a questão controversa no lugar deles.

Feita esta breve explicação, a aplicação de um dado método de resolução de disputas variará com a complexidade do conflito, da disputa apresentada.

Assim, de resolver diretamente o desacordo em uma negociação direta, economizando tempo, com nenhuma burocracia, sem quase nenhuma formalidade e podendo alterar sua decisão a qualquer impasse, os litigantes podem optar pelo oposto, terceirizando sua decisão e com isso tendo mais formalidades, maior custo, apresentação de provas e, inevitavelmente o dispêndio de mais tempo se optarem por uma arbitragem. E isto também dependerá da complexidade da questão ou das questões que motivam o dissenso. Assim, faz-se necessário um adequado diagnóstico do operador de direito para selecionar o método adequado que realmente a resolva definitivamente.

Nesta seara surgiram os conhecidos modelos híbridos¹³ de resolução de disputas. Tais modelos são identificados em cláusulas tais como med-arb, arb-med, med-arb- jud e mais recentemente o arb-med-arb¹⁴ (AMA) nos contratos para que eventual disputa não seja subordinada a um único método de resolução. Neste sentido, *design system dispute* e os *dispute boards* também visam customizar a solução do conflito, especialmente em casos mais complexos. Assim as aplicações dos diferentes modelos de resolução de disputas variarão de métodos não estruturados, não avaliativos e informais ao seu extremo oposto, mesclando, inclusive, os modelos extrajudiciais de autocomposição e com os de heterocomposição.

⁹ Adotamos o conceito da Escola de Havard na qual "Negociação é um processo de comunicação bilateral com o objetivo de se chegar a uma decisão conjunta."(FISHER & URY, 1994:30)

Observa-se também que, apesar de estes tipos de resoluções virem geralmente pactuadas em contratos, geralmente como uma cláusula compromissória, nada impede que tais modelos sejam escolhidos e utilizados sem sua prévia instrumentalização jurídica, no momento do surgimento do desacordo, sendo, por óbvio, necessário que todas as partes adiram aos procedimentos voluntariamente por meio de termo de compromisso, se assim desejarem. A vantagem principal para quem adere estes modelos seria desestimular a escalada conflituosa de modo a desmontar um eventual impasse que prejudique ainda mais os envolvidos na questão controversa.

Neste contexto, a mediação, sendo sempre um processo dialógico no sentido do entendimento, que trata a comunicação entre os participantes, acaba por poder ser combinada com qualquer outro método não adversarial ou mesmo adversarial na solução de disputas. Nas palavras de Diego Falek¹⁵

(...) a mediação cabe sempre que relações e relacionamentos têm importância para construir e dar sustentabilidade a um conflito posto, independentemente de sua complexidade e que os participantes dele tenham que ter controle da solução e decisão a eles impostas.

Como um método não adversarial flexível, a mediação poderá ser usada em qualquer e com qualquer outro método, pois visa sanear a comunicação entre as partes de forma que elas possam avançar em seu entendimento, mesmo que seja no sentido de realmente precisar da decisão de um estado juiz ou de um árbitro. Em suma, a mediação é um método que tem como objetivo desfazer impasses, agindo no sentido de que haja a construção de uma colaboração produtiva para uma resolução célere, perene e menos custosa da disputa que se impõe.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 6/09/ 2020.

¹¹ Segundo o § 2º da Lei 13.105/2015, “o conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”.

¹² A arbitragem é notoriamente considerada como uma justiça privada de alto custo que envolve contratos de valor extremamente elevado. Observamos, porém, que uma das vantagens da arbitragem é obter uma decisão técnica qualificada que solucione de maneira racional e factível os mais diversos escopos dos contratos privados, podendo, ser, inclusive, ajustada as realidades financeiras das partes litigantes da controvérsia apresentada.

¹³ Segundo Jeremy Lack, estas opções criam um espectro de ferramentas que vão de formas desestruturadas, não avaliativas e informais a estruturadas, avaliativas e crescentemente formal em procedimento.

¹⁴ Opção apresentada pelo Centro Internacional de Arbitragem de Singapura (SIAC) e pelo Centro de Mediação Internacional de Cingapura (SIMC) em novembro de 2014. (disponível em: <http://www.fecema.org.br/arquivos/2870>). Acesso em 01/09/2020.

¹⁵ FALECK, Diego. “Um passo adiante para resolver problemas complexos: desenho de sistemas de disputas”. In SALLES, Carlos Alberto de LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes, e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2012, p. 257/274.

Dito isto, pode-se tecer melhor o lugar da mediação nos conflitos.

Partindo de um procedimento cujo objetivo é trabalhar os sujeitos e suas interações, passa-se a enfrentar um novo desafio: como trabalhar os aspectos subjetivos e objetivos que o envolvem para cada participante do processo. Neste momento, o importante é entender as diferentes abordagens propostas por diferentes escolas de mediação, sendo certo que não há uma hierarquia ou predileção entre elas. Há sim o domínio técnico do mediador, refletido por seu preparo prático e teórico, além de as características de cada controvérsia, cada conflito e daqueles que dele participam, partes e seus respectivos advogados.

I.1 IMPORTANTES CONSIDERAÇÕES SOBRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Como há certa confusão no uso do termo conciliação e mediação pelos diversos operadores de direito no Brasil, esclareço que as diferenças nos dois processos é a questão controversa a ser tratada: se objetiva na persecução de um acordo, trata-se de conciliação; se subjetiva, abarcando interesses e necessidades dos diversos participantes, sem que se necessariamente se obtenha um pacto entre eles ao final do procedimento, trata-se de uma mediação. Neste sentido, Jeremy Lack¹⁶ aponta que:

A conciliação é, portanto, um processo que pode ser processualmente facilitador, mas que é substantivamente avaliativo, porque os resultados possíveis são identificados e resolvidos por meio de normas e critérios objetivos.

A definição do autor leva a interpretação da conciliação como o da Mediação Avaliativa, amplamente conhecida e aplicada nos Estados Unidos da América¹⁷. A UNCITRAL¹⁸ reforça este entendimento quando declara em seu artigo 7 das suas regras de conciliação que o conciliador assistirá as partes de maneira independente e imparcial, podendo dar uma sugestão objetiva de entendimento a qualquer momento e sem fundamentação numa tentativa de atingir um acordo amigável da disputa.

¹⁶ LACK, Jeremy. *Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid techniques available to the parties*. In INGENHOUSZ, Arnold (ed). *ADR in Business*. New York: Wolters Kluwer. São Paulo, 2011.

¹⁷ RISKIN, Leonard L.. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed (July 1, 1996)*. Harvard Negotiation Law Review, Vol. 1, No. 7, 1997, pages. 44-45. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1506684>.

¹⁸ UNCITRAL. *UNCITRAL Conciliation Rules*. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>. Acesso em 02/08/2020.

No Brasil, Giselle Groeninga¹⁹ esclarece que “A conciliação visa o acordo, a mediação visa a ampliação da consciência do conflito e de seus determinantes, e o estabelecimento da comunicação”. Desta forma, de uma disciplina unilateral do instituto conflito como ilegalidade jurídica, passa-se a vislumbrar sua multidisciplinaridade; de uma visão negativa e unidimensional, vai-se para uma visão pluridimensional na qual a possibilidade de transformação tem a necessidade de uma veia colaborativa de todos os participantes, e, o resultado fica definido pelas possibilidades e viabilidades no manejo desta construção, considerando, inclusive, seus aspectos subjetivos. Os interesses e as necessidades da controvérsia são necessários para que se tome as medidas necessárias e suficientes à sua resolução. A “moldura legal” como diz Groeninga, passa a não ser a única solução à controvérsia. Assim, as habilidades e conhecimentos dos advogados e dos sujeitos da disputa são postos a prova e um entendimento traz à conversa aspectos subjetivos que impactam caminho à solução definitiva da questão apresentada.

Desta maneira, quanto menos tenho a necessidade do terceiro decidir por alguém, menos tempo, menor a necessidade de se provar o alegado, menor a burocracia e maior a flexibilidade da decisão tomada. A negociação, segundo tais critérios, seria o procedimento mais eficiente e a arbitragem o mais oneroso dos ADRs, conforme gráfico ilustrativo apresentado no início deste capítulo.

Como cada conflito ou problema pode ser explorado de diversas formas, então se faz necessária uma breve explanação das diversas propostas de mediação a serem consideradas nesta escolha do mediador de forma que o leitor possa entender de que técnica/ proposta que estamos falando e o que esperar de cada estilo de trabalho.

III. A MEDIAÇÃO E ALGUMAS DAS SUAS PRINCIPAIS ABORDAGENS OU MODELOS

Preliminarmente, compete assinalar que como um método baseado na vivência prática, as diferentes abordagens de propostas em mediação têm um DNA ligado à prática de seus fundadores, que, em diferentes contextos e culturas,

¹⁹ <https://jus.com.br/artigos/64467/escolas-classicas-de-negociacao-aplicaveis-a-conciliacao-e-mediacao> em 25.05.2020

procuraram diferentes formas de abordar os problemas humanos refletidos quase sempre em um pedido jurídico derivado por sua vez de uma percepção pessoal, e, portanto, psicossocial de quem o vive.

III.1. MODELO HARVARDIANO OU “ESCOLA DE HARVARD”

Desenvolvido por Roger Fisher, Bruce Patton e William Ury na década de 90 do século passado e tinha como base a teoria dos jogos desenvolvida por John Nash. Esta teoria, baseia-se no modelo distributivo (também conhecido como ganha-ganha) e se contrapõe à teoria econômica da barganha (ganha-perde), revolucionando o modelo econômico trazido até então no qual para um ganhar outro tinha que perder. Assim, na abordagem de Harvard, as negociações deveriam considerar o interesse de todos de que dela participam, sendo o mediador um facilitador desta exploração. Para tanto, este profissional leva os participantes a um consenso utilizando os seguintes passos: separa as pessoas do problema, descobre os verdadeiros interesses da questão apresentada, cria opções que satisfaçam minimamente todos os interesses revelados e ajuda a criar critérios objetivos para que as partes consigam construir uma decisão satisfatória. Durante este processo, os participantes são levados a refletir sobre as alternativas melhores e piores que teriam fora da mesa de mediação, denominados respectivamente de BATNA e WATNA, ao mesmo tempo que geram opções criativas para solucionar a questão e contemplar todos interesses apresentados, sendo guiados pelo host do processo, o mediador. Este guia os participantes para uma solução que minimamente satisfaçam seus interesses.

III.2. MODELO TRANSFORMATIVO²⁰

Esse modelo potencializa, capacita, fortalece as pessoas participantes do processo para a tomada de decisão. Concentra-se nas relações e o conflito é tradução de uma crise que as pessoas passam.

Segundo Adolfo Braga Neto, a base é a comunicação do livro é “*The Promise of Mediation*” de 2004, cujos autores foram Joseph Foldier e Bush.

²⁰ Notas extraídas da aula ministrada pelo professor Adolfo Braga Neto em maio de 2019.

A interação entre o mediador e os participantes do processo faz com que haja a superação do conflito pela transformação da visão de seus participantes.

O conflito é visto por este modelo como a crise da relação de convivência na perspectiva individual em uma percepção destrutiva e alienante.

O mediador, com sua presença respeitosa e autêntica, acompanha e ajuda os mediados no processo dialógico que estes já construíram ao longo de sua relação, na busca da promoção de sua autoconsciência enquanto integrantes deste relacionamento.

Para tal modelo, a confusão, desorganização e a incerteza demonstradas no processo de comunicação com o outro promovem o autocentramento, e, com isso, a falta de diálogo. A função do mediador é a promoção do fortalecimento dos participantes (*empowerment*) para que eles, fortalecidos, reconheçam a si e ao outro, superando o momento de crise que vivem através de uma escuta ampla que propicia uma melhor tomada de decisão. Na interação comunicacional, a importância do significado das palavras para as partes requer especial importância, bem como a compreensão emocional da intenção, o que se denomina *recognition* pelos autores do método. A proposta dos mediadores adeptos desse modelo é ser natural de quem é reconhecido naturalmente reconheça o outro.

III.3 MODELO CIRCULAR NARRATIVO²¹

Preconizado por Sara Cobb²², este estilo de mediação tem seu enfoque nos problemas e seus objetivos, fatos e sua significação. A mediação é vista como uma contra cultura à cultura do litígio.

Jerome Bruner coloca que as narrativas têm duas formas de serem colocadas: a maneira lógico-científica, baseada no pragmatismo; e, as narrativas, baseada nas ações e intenções humanas. Nesta última, o panorama da ação é diferente do panorama da consciência. Quando alguém conta algo, está narrando parte do que foi vivido. E a vivência de cada pessoa está fortemente vinculada à sua cultura, que nada mais é do que sua forma de ver e se relacionar com o mundo. A organização interna das pessoas está fortemente ligada à cultura também.

²¹Notas extraídas da aula virtual da Professora Marines Suares ministrada em 21/07/2020 no IMAP.

²²COBB, Sara. "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective," *Negotiation Journal* 9: 3 (julho de 1993), pp. 245-255.

E, assim, ao contar um fato, a pessoa organiza seu raciocínio baseada no que viveu e percebeu dele. O mediador considera esta narrativa individual dentro de um contexto social e cultural e, atua como um desorganizador desta lógica interna fazendo perguntas que permitam aos narradores se moverem da da lógica do conflito narrada por eles, percebendo-se com uma nova perspectiva e, assim, permitindo-se novas possibilidades de entendimentos. E este exercício de ressignificação leva a uma superação do problema objeto da primeira narrativa. Ao se perder a “lógica conflituosa”, outra perspectiva da controvérsia é trazida, superando-se o conflito.

Esta forma de análise do modelo narrativo é estudada por Michel White baseado na filosofia de Michel Foucaud. Os autores basearam-se em dois tipos de narrativa: (i) a narrativa dominante - que é selecionada pelo narrador determinada de fatos saturados problemas que o convém para justificar sua atuação; e (ii) as narrativas de fatos extraordinários - que aparecem de forma marginal e onde está a possibilidade de entender e ressignificar a narrativa saturada. Cada uma delas é construída de personagens (interpretação individual da percepção de cada um sobre dada pessoa), enredos (história em si) e tópicos valiosos (aqueles que o narrador elege destacar), obedecendo uma lógica interna, que, no caso do conflito, não se comunica com a contraparte. Apesar do desacordo ser comum aos litigantes, cada um vê a desavença conforme sua narrativa. A busca do mediador aqui é que as pessoas parem de dar informação que acreditam ser verdadeira sob sua perspectiva e estabeleçam um diálogo com o outro. Desta forma, avança-se na direção de uma visão que permita as pessoas saírem de um impasse, quando ressignificam de suas falas, para que se construa uma narrativa comum proporcionada pelo diálogo. O mediador ajuda nesse processo observando as falas secundárias das narrativas, explorando-as com perguntas circulares a fim de gerar reflexão dos participantes, e, com isso, sua consequente ressignificação das experiências narradas.

III.4 MODELO EMANCIPADOR RESPONSÁVEL

Preconizada por Juan Carlos Vezzulla e baseada principalmente em seus trabalhos no sul do Brasil, sul de Portugal e em Hermosillo no México, tal abordagem vem da prática para a teoria, visando assegurar uma participação ativa, emancipadora e responsável das pessoas envolvidas no processo de forma a respeitar sua cultura e organização social que as identifica. Esta abordagem de mediação é construída a partir da intenção do modelo transformativo, da estrutura de Harvard e da interação

com os mediados baseado na estrutura do modelo circular narrativo. O resultado que se busca é capacitação das pessoas para enfrentar seus próprios conflitos relacionais com sua consequente emancipação e co-responsabilidade pelo projeto futuro que construirão juntas. Tal projeto funda-se em uma decisão elaborada conjuntamente, que abrange a autodefinição de todos os envolvidos, bem como a promoção de toda a informação necessária a uma consciente tomada uma decisão.

O mediador trabalha com a inclusão de todos, diminuindo a violência e aumentando a participação de todos na responsabilidade da decisão tomada. “Reconhecimento e respeito são a base da cooperação”²³, comenta Vezzulla, e é isto que o mediador procura. Tal modelo adotado pelo IMAP – Instituto de Mediação e Arbitragem de Portugal que forma mediadores para o sistema de mediação familiar de Portugal.

III.5 MODELO ASSOCIATIVO²⁴

Neste modelo, adotado no México, em consonância com o autor Jorge Pesquera Leal, é feito uso das habilidades sociocognitivas do mediador e dos mediados, partindo-se do parâmetro que as qualidades inatas do ser humano podem ser transformadas. Estas novas habilidades devem agir no contexto do conflito em sinergia, fortalecendo a relação entre os participantes ao mesmo tempo que alcança os benefícios de uma autocomposição.

IV. O QUE ESPERAR DO MEDIADOR

Assim como em relação a todos os técnicos, nutre-se em relação ao mediador algumas expectativas, geralmente que ele trará uma solução ao conflito vivido. Ocorre que isto não é verdade.

O mediador não traz necessariamente uma promessa de solução, e sim da construção de um diálogo que a viabilize. Não há critérios claros para procurar, escolher e nomear este profissional de gestão das desavenças, que será o parceiro dos litigantes na busca uma solução viável para a dirimir a questão controversa.

²³VEZZULLA, Juan Carlos. *A mediação para uma comunidade participativa*. Artigo publicado na Revista Mediadores en Red, julho, 2007.

²⁴Conteúdo extraído da aula da Professora Laura Quiroz, ministrada em 23/07/2020 sobre Mediação Associativa, cuja referência é LEAL, Jorge Pesquera e ORTIZ, Amalia. *Mediación asociativa y cambio social*. 3ª. ed., México: Universidad de Sonora, 2018.

Por outro lado, é notório que as pessoas em desacordo estabeleçam quase sempre uma posição dura e inflexível baseada no senso de injustiça que advém da cultura litigante que estamos inseridos. E, que tal postura demande quase um pedido inflexível, muitas vezes embasado em uma interpretação pessoal da lei ou da ordem por quem se afeta pelo dissenso. Costumeiramente as pessoas acabam por defender sua posição e não o interesse que de fato está sendo ameaçado. E com tal posição não se vai muito longe na solução de qualquer questão, pois esta é limitada por uma visão parcial do todo.

A pessoa convencida de sua posição e cega para outros modos de enfrentar o desacordo, distancia-se mais e mais de um julgamento razoável que realmente a resolva definitivamente. Isto se deve geralmente à reação imediata frente à emoção negativa que o fato negativo gera em si.

E é exatamente neste momento que o mediador pode ter real importância. Uma das primeiras funções do mediador é reconectar as pessoas ao objeto de desavença, entendendo sua posição, o seu pedido e ao que ele revela em termos de suas reais necessidades. Em um segundo momento, o mediador busca levar a pessoa a refletir também sobre a posição, o pedido e as eventuais necessidades da contraparte. Conscientes de todos os interesses que envolvem a disputa, os participantes da mediação têm condições de melhor ponderar sobre as possibilidades de composição, gerando opções que criem uma solução segura, viável, sustentável e perene para os dois lados.

Apresentado isto, surge a questão de como o mediador faz este caminho. E a resposta não poderia ser outra a não ser que de maneira individual, apoiando-se no seu repertório interno pessoal e profissional, bem como na sua formação técnica e prática como profissional da mediação. Para se formar tecnicamente de maneira teórica, o mediador procurará escolher dentre as diversas abordagens ou modelos de mediação que se adequem ao seu perfil individual. Procurará cursos e capacitações que acrescentem seu arcabouço teórico e que façam sentido em sua prática.

Importante destacar que de todas as escolas com exceção de Harvard, as teorias da mediação derivam-se especialmente das experiências práticas dos mediadores. Assim, um histórico de atuação pode indicar o estilo de mediação que se pode esperar dos diversos mediadores disponíveis. No Brasil, a grande clínica de mediação ainda é no Poder Judiciário, pois este tem investido maciçamente na implementação da conciliação e mediação especialmente pelos Cejuscs – Centros de

Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ²⁵ , como parte da política pública do desenvolvimento da cidadania e pacificação social. A mediação privada, apesar de recente expansão propiciada pela deficiência no atendimento do Judiciário na Pandemia de Covid 19, ainda é pouco expressiva se comparada aos Cejuscs.

Adequar o perfil do mediador ao perfil dos mediados talvez seja um bom caminho de escolha, a depender do objetivo de cada pessoa que opera o direito. Daí a importância de um bom diagnóstico do o por um operador do direito para só então buscar a ajuda deste profissional que acompanhará todos em sua reflexão de como superar a crise que enfrentam em conjunto.

V. MEDIAÇÃO COMO MÉTODO AUXILIAR DOS OPERADORES DO DIREITO PARA A BUSCA DA JUSTIÇA

Diante de todo o exposto, a mediação, como um método flexível e dialógico, é uma maneira humanizada de se lidar com as diversas disputas individuais e coletivas das pessoas.

Assim, seja no aspecto individual, seja no aspecto coletivo, quando as pessoas são tocadas em seus valores, sentem-se pertencentes e consideradas. Estes fatores influenciam diretamente na tomada de decisão dos mediados na medida que se sentem acolhidos no seu senso de justiça²⁶. E, neste sentido quando a decisão é tomada por quem se afeta diretamente por suas consequências, todos saem comprometidos e harmonizados com o decidido. Já os critérios objetivos, que também farão parte do consenso, derivados da norma, do exemplo, dos costumes, do julgador, servirão aos participantes apenas como guia a este senso do justo, e justificarão a lógica da atuação de cada participante do processo. Espera-se que, ao se chegar a um acordo como resultado do processo de mediação, haja a percepção de ter sido feita a justiça, muito embora não raro as pessoas não consigam descrever ou definir como ela foi gerada.

²⁵ Para maiores informações ver Resolução 125/2010.

²⁶ Neste sentido ensina Sérgio Cavalieri Filho: "Justiça engloba valores inerentes ao ser humano, transcendentais, tais como a liberdade, igualdade, fraternidade, dignidade, equidade, honestidade, moralidade, segurança, enfim tudo aquilo que vem sendo chamado de direito natural desde a antiguidade." Disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf. Acesso em 01/09/2020.

Isto ocorre porque, seja qual for o método ou mediador escolhido, os protagonistas do processo sempre serão as pessoas que dele participam, direta ou indiretamente consideradas. Bem dizendo, os motivadores individuais específicos serão apresentados nas diversas propostas de solução apresentadas pelos participantes e farão parte da tomada de decisão ou da resolução aceita. Tal inclusão do que é subjetivo aos participantes leva a todos a um sentimento de acesso e obtenção de justiça na medida que proporciona autonomia e toca os valores individuais das diversas pessoas atuantes no diálogo estabelecido. E assim, pode-se dizer que a mediação é um exercício de cidadania na medida que possibilita às partes o exercício de seus direitos.

A tarefa desafiadora do operador do direito, portanto, é ter acesso ao conhecimento e a sensibilidade na escolha do modelo e do profissional mais adequado à pessoa do seu cliente na busca de satisfação desta justiça. Quanto mais assertivo no desempenho desta tarefa, mais satisfeito seu cliente se sentirá. É certo que o convite que a mediação faz é exatamente este: que cada um experimente a própria justiça, que obedece a critérios subjetivos e objetivos próprios na medida que dialoga com o outro sobre o direito de cada um deles.

VI. CONCLUSÕES

A mediação está inserida nos métodos não adversariais de resolução de disputas, usualmente chamados de ADRs. Dos diversos modelos de mediação, o mais amplamente adotado pelos mediadores é a denominada “Escola de Harvard”, pois apesar de facilitativo em sua essência, por não admitir sugestão de proposta para solução do conflito pelo mediador, procura estimular as partes a chegar a um entendimento com base em seus reais interesses. Portanto, o terceiro é um facilitador que incentiva as partes à resolução satisfativa da controvérsia ao agir como um verdadeiro *host* do processo.

Quanto às demais abordagens de mediação, nota-se que apesar de poderem parecer evoluir uma da outra, na prática estão cada vez mais sendo integradas pela maior parte dos mediadores. Isto porque estes profissionais procuram extrair uma melhor expressão de fala e escuta dos mediados, de forma a proporcionar à mesa de conversa o verdadeiro diálogo, e, com isto, ampliar suas visões os benefícios mútuos

da superação do impasse, do entendimento e da redução da via conflitiva.

Entende-se por visão ampliada da discordância aquela que inclui as emoções e os contextos que de fato a permearam, de modo a conscientizar as pessoas de sua existência e importância para a conclusão de um consenso de forma que uma tomada de decisão assertiva a respeito de seu futuro possa ser estabelecida. Para tanto, há a necessidade de adequá-la às limitações e oportunidades de cada participante. Afinal, espera-se que qualquer solução definitiva sua viabilidade executória.

Ao se entender a justiça como uma possibilidade de inclusão e aceitação das pessoas, acaba-se por respeitar a múltipla e dinâmica formas de interações entre elas. E, neste sentido, inspirar o diálogo entre sujeitos de um impasse, de um desacordo, torna-se o principal objetivo da mediação.

Por conseguinte, a mediação ser utilizada de maneira pura ou híbrida, ou seja, complementar a outros métodos de resolução de disputas retro apresentados, a depender das necessidades e afetos envolvidos nos diversos tipos de questões controversas discutidas entre pessoas e na sociedade em geral. E este será o melhor lugar deste método. O estilo, a abordagem, o modo que o processo de mediação será encaminhado é pessoal de cada profissional mediador, e dependerá da influência de treinamento e de personalidade de cada um. O sucesso da mediação, então, passa a ser consequência natural destas combinações profissionais e caberá ao operador de direito avaliar o melhor momento e com qual profissional o diálogo tende a ser mais efetivo. Alinhando-se os aspectos subjetivos e objetivos das partes, suas necessidades e personalidades com as particularidades do fato, o entendimento pode ser atingido, para que então os critérios objetivos possam ser estabelecidos e aplicados de modo a propor uma solução que satisfaça a todos. E, da decisão conjunta surge o comprometimento na sua execução pois esta contempla em si as oportunidades e conveniência de todos os participantes. Afinal, são os sujeitos do litígio quem se afetam pela decisão tomada.

Destaca-se, por fim, que o alicerce da conduta do mediador e do processo de mediação são: os princípios de boa-fé sem o qual não há direito; a voluntariedade na qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo ou mesmo manter-se na conversa contra sua vontade; autonomia da tomada de decisão que depende exclusivamente das partes e seus advogados; independência do mediador quanto aos

interesses e os objetos tratados na conversa; o sigilo em relação às pessoas, a confidencialidade em relação aos fatos e documentos trazidos ao processo sem os quais não há a segurança necessária para que haja confiança; informalidade e respeito na expressão e condução do diálogo; e, por fim, flexibilidade de todos na construção colaborativa de um diálogo que pode ser um fim em si mesmo ou uma porta a um outro procedimento da ADR que busque uma solução de qualquer disputa entre pessoas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 6 set. 2020.

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras jurídicas, 2010, pág. 24.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALIERI FILHO, Sérgio. *Direito, justiça e sociedade*. Revista da EMERJ, v.5, n.18, 2002, págs. 58 a 65. Disponível em (https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista18/revista18_58.pdf). Acesso em 01 set. 2020.

COBB, Sara. "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective," *Negotiation Journal* 9: 3 (julho de 1993), pp. 245-255.

CONSELHO Nacional de Justiça. Resolução n 125, de 29 nov 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em 11/09/2020.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. Disponível em www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora. Acesso em 20/03/2020.

FISHER, Roger; URY, WILLIAM e PATTON, Bruce. *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*. 3ª ed. rev. New York: Pinguin Books, 2011.

FISHER, Talia. *Law and Economics of Alternative Dispute Resolution*. The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 3: Public Law and Legal Institutions. Edited by Francesco Parisi, May, 2017.

LACK, Jeremy. *Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid techniques available to the parties*. In INGEN-HOUSZ, Arnold (ed). *ADR in Business*. New York: Wolters Kluwer. São Paulo, 2011.

LEAL, Jorge Pesquera e ORTIZ, Amalia. *Mediación asociativa y cambio social*. 3ª. ed., México: Universidad de Sonora, 2018.

MENKEL-MEADOW, Carrie. The History and Development of “A” DR (alternative/appropriate dispute resolution)”, *Völkerrechtsblog*, 1 July 2016, doi: 10.17176/20180220-230945.

RISKIN, Leonard L.. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* (July 1, 1996). *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 1, No. 7, 1997, pages. 44-45. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1506684>.

TRAVAIN, Luiz A. Loureiro. *Escolas Clássicas de Negociação Aplicáveis à Conciliação e Mediação*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/64467/escolas-classicas-de-negociacao-aplicaveis-a-conciliacao-e-mediacao>. Acesso em 25/05/2020.

UNCITRAL. *UNCITRAL Conciliation Rules*. Disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/conc-rules-e.pdf>. Acesso em 02/08/2020.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: teoria e prática. Guia para 1 utilizadores e profissionais*. Lisboa: Agora Publicações, 2001.

_____. *Mediación para una Comunidad Participativa*. Artigo publicado na Revista *Mediadores en Red*, julho, 2007.