

COMPREENDENDO AS ORIENTAÇÕES, ESTRATÉGIAS E TÉCNICAS DO MEDIADOR: UM PADRÃO PARA PERPLEXOS.

Leonard L. Riskin [✧]

Sumário: I. Introdução. II. Categorias de negociação e mediação. III. O sistema proposto. IV. Efetividade do modelo gráfico, especialmente para a seleção de mediadores. V. Conclusão. VI. Apêndice.

I – Introdução

Recentemente, um advogado me convidou para ministrar um seminário, ao pessoal de seu escritório e clientes, sobre como participar de uma mediação. Assim que comecei a preparar o programa, percebi que eu e meus colegas professores não podíamos conceber como pessoas poderiam, ou mesmo deveriam, participar de uma mediação sem conhecer a natureza do processo que o mediador deveria conduzir. Isso porque há uma imensa gama de atividades que cabem no conceito geral e amplamente aceito de mediação – um processo no qual um terceiro imparcial, a quem falta autoridade para impor uma solução, ajuda as partes a resolver a disputa ou a planejar uma transação. Alguns desses processos têm muito pouco em comum. Além disso, não há nenhum sistema lógico ou amplamente aceito para sua identificação, descrição ou classificação. Até agora a maioria dos doutrinadores, bem como mediadores, advogados e outras pessoas que trabalham com mediação, não têm uma imagem definida do que é, ou deveria ser, a mediação.

Em razão disso, quase toda troca de idéias sobre mediação sofre de ambigüidade – é o problema do *ser* e do *dever ser*. Isso cria uma grande dificuldade aos que tentam determinar como, ou mesmo se, deve-se tomar parte em uma mediação e, quando ela é acolhida, como selecionar, treinar, avaliar os mediadores, bem como regulamentar seu processo.

Grandes embaraços e discórdias cercam o problema de assumir, ou não, o mediador uma postura avaliadora. “Uma mediação eficaz”, sustenta o mediador-

[✧] Copyright © Leonard L. Riskin (Este artigo foi publicado na Harvard Negotiation Law Review Vol. 1:7, 1996; o direito de tradução e reprodução no Brasil foi concedido ao Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília pelo Autor e pela Harvard Negotiation Law Review. Tradutor: Henrique Araújo Costa).

pode carregar diferentes significados em sistemas diferentes.³¹ Nenhum desses sistemas foi concebido para ser usado abrangentemente – isto é, para descrever as orientações, estratégias e técnicas utilizadas em qualquer contexto de mediação.³² Na próxima parte do artigo, proponho o meu sistema.³³

III – O Sistema Proposto

O sistema que proponho descreve mediações com base em duas características representadas, cada uma, em um dos eixos cartesianos. O primeiro diz respeito às metas da mediação. Noutras palavras, ele mede o âmbito do problema ou dos problemas que a mediação busca resolver. Num extremo de eixo encontram-se os problemas simples, de resolução imediata, tal como a quantia a ser paga à outra parte. No extremo oposto estão os problemas muito complexos, por exemplo, como melhorar as condições de determinada comunidade ou indústria.³⁴ Já, no centro

³¹ Por exemplo, a abordagem não adversarial (*problem-solving style*) apresentada por Kressel a seus colegas denota a negociação baseada em interesses. Por outro lado, Bush and Folger geralmente empregam essa abordagem para incluir qualquer tipo de mediação que dê ênfase à resolução de problemas específicos. Isso em oposição à transformação das partes. Ver BUSH & FOLGER, *supra* 29, 12. Todavia, num ponto, eles reconhecem que a abordagem adversarial pode estreitar o processo, sendo geralmente associada a mediadores que já foram juízes. *Id.* 73. Mas eles informam: “É muito cedo para dizer quanto isso é uma abordagem realmente diferente ou simplesmente uma visão da abordagem não adversarial, na qual o mediador é bem mais direto.” *Id.*

³² O filósofo do direito Felix Cohen escreveu, “A definição do direito é útil e inútil. Não é uma questão de falso ou verdadeiro sobre uma nova resolução ou uma política de seguro. A definição é, na verdade, um seguro contra alguns riscos de uma confusão.” Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809, 835-36 (1935). Suas idéias propõem um sistema semelhante de categorias.

³³ Estou atento que, embora sistemas de categorias nos auxiliem a entender a realidade, também a distorcem. Submeto-me a Robert Benchly que disse que “pode-se defender que há duas classes de pessoas no mundo: aquelas que constantemente dividem as pessoas em duas classes; e aquelas que não o fazem.” Paul Dickson, *The Official Rules*, THE WASHINGTONIAN, Nov. 1978, 152.

³⁴ Um recente relatório da Society of Professionals in Dispute Resolution notou que há valores e metas conflitantes na resolução alternativa de conflitos, incluindo as seguintes:

1. o aumento da participação das partes e do controle do processo e de seu resultado
2. a restauração de relações
3. o aumento da eficiência do sistema contencioso e a diminuição dos custos
4. a preservação da ordem social e sua estabilidade

desse eixo, estão os problemas de complexidade média,³⁵ tais como compor interesses das partes ou lidar com elas.

O outro eixo diz respeito às atividades do mediador. Ele mede as estratégias e técnicas utilizadas pelo mediador na busca de trabalhar ou resolver os problemas que compõem o problema em jogo. Um extremo desse eixo contém as estratégias e técnicas que facilitam a negociação das partes; enquanto no outro estão as estratégias e técnicas que buscam avaliar os assuntos relevantes à mediação.

O seguinte exemplo fictício, desenvolvido pelo Professor Charles Wiggins, ajudará a ilustrar o sistema de categorias proposto.

COMPUTEC

A Golden State Savings & Loan NTC é a segunda maior empresa de poupanças e empréstimos do estado. Há um ano atrás, ela contratou a Computec, uma empresa de consultoria em informática, para organizar e informatizar seu sistema de processamento de dados, bem como operá-lo por dez anos. Deste modo, a Computec tornou-se responsável por todo o sistema de informática da Golden State, o que incluía as atividades de poupança e empréstimo, dentre elas, o controle das contas, o processamento dos empréstimos, os investimentos e a folha de pagamento. A Golden State contratou com a Computec a taxa de administração e consultoria em mais de um milhão de dólares por ano até o fim do contrato.

Ao final do primeiro ano de contrato, a Computec apresentou à Golden State uma conta no valor de \$ 30.000,00 a mais do que o acordado. Isso foi decorrente de despesas feitas pela Computec, que mandou seus funcionários a seminários e encontros relacionados à instalação de computadores e tecnologia em bancos, o que não estava previsto no contrato com a Golden State. Com o recebimento dessa conta, a Golden State escreveu à Computec informando que não havia encontrado previsão contratual para o reembolso de despesas dessa natureza, além de informá-la que o banco tinha uma política rigorosamente contra esse tipo de reembolso, mesmo quando feitas as despesas por seus próprios funcionários. E, em razão disso, não reembolsaria a Computec. A resposta a essa notificação foi rápida, tendo sido a

-
5. a maximização dos ganhos mútuos
 6. a justiça dentre do processo
 7. a conseqüências justas e estáveis
 8. a justiça social.”

Ensuring Competence and Quality in Dispute Resolution Practice, REPORT 2 OF THE SPIDR COMMISSION ON QUALIFICATIONS 5 (Society of Professionals in Dispute Resolution, 1995).

³⁵ Conceitualmente, “profundo” seria o mesmo que “amplo”, mas seria mais difícil de se visualizar.

Golden State informada que esse tipo de cobrança era universalmente reembolsada pelo contratante da consultoria em serviços de informática, razão pela qual continuaria aguardando pelo reembolso.

Tal conflito está gerando atritos entre as duas empresas, que têm que trabalhar juntas ainda por vários anos. Nenhuma das partes vê saída para transigir sobre os gastos já incorridos pela Computec, que, por sua vez, aguarda o reembolso das despesas. Pela legislação vigente, despesas razoáveis diretamente relacionadas ao serviço contratado, e que obedeçam às práticas do setor, são implicitamente indenizáveis e tidas como incluídas nos termos do contrato. É incerto, todavia, se o contratante do serviço precisa ser alertado sobre as práticas do setor contratado ao tempo da assinatura do contrato.³⁶

A. O Eixo de Definição do Problema: Metas, Suposições e Enfoques

O foco de uma mediação – seu problema central e seus problemas acessórios, que também devem ser trabalhados - variam num crescente do restrito ao amplo. Nesse passo, identifico quatro níveis de mediação que correspondem a diferentes medidas dessa abrangência.³⁷

1. Nível I: Objeto Litigioso

Numa mediação restrita, a principal meta é fixar o objeto sob litígio, gerando esse acordo um resultado semelhante a um julgamento privado, apenas mais apropriado por ser mais rápido e econômico.³⁸ Seu aspecto mais importante é que seus efeitos tendem a ser bastante próximos aos de um processo judicial. A mediação de nível 1, então, focaliza os pontos fortes e fracos de cada parte.

Numa mediação de nível 1 envolvendo a Computec, a meta seria fixar a quantia, se houver, dentre os \$ 30.000,00, que a Golden State deve pagar. As partes chegariam a essa decisão à margem da lei.³⁹ As discussões seriam focalizadas nos

³⁶ Copyright © 1985, 1996 Charles B. Wiggins. Reprinted with permission. All rights reserved.

³⁷ Sou grato à Professora Lela Love pela sugestão do conceito de níveis para explicar o eixo de resolução do problema (*problem-definition continuum*).

³⁸ Programas de mediação que patrocinam uma visão restrita, “narrowly-focused”, da mediação devem ter metas mais imediatas, tais como poupar, do Judiciário, tempo e dinheiro. Cf. *supra* nota 34 e seu respectivo texto.

³⁹ Cf. Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 YALE L.J. 950 (1979).

pontos fortes e fracos de cada lado, bem como no que eventualmente seria decidido por um juiz ou júri a respeito dos fatos e do direito em questão.⁴⁰

2. Nível II: Interesses Comerciais

Nesse nível a mediação trataria de muitos assuntos que o Judiciário provavelmente não alcançaria. O propósito seria satisfazer interesses da atividade comercial. Por exemplo, talvez a Golden State estivesse insatisfeita com todo o sistema de tarifas ou com o desempenho da Computec e, devendo a mediação dedicar-se a esses assuntos. Ao reconhecer seus interesses mútuos na manutenção de boas relações profissionais, em parte por serem empresas interdependentes, poderiam ser feitos ajustes ao contrato.

Estendendo-se o foco um pouco mais, a mediação poderia considerar como o mais importante os interesses comerciais, tais como a intenção de ambas as empresas em continuar fazendo negócios e auferindo lucro, bem como em manter e desenvolver uma boa reputação. Esse tipo de mediação poderia gerar um acordo que, além de dispor sobre a questão dos \$ 30.000,00, desenvolvesse um plano para a colaboração em empreendimentos futuros. Assim, explorando seus interesses comerciais mútuos, ambas as empresas têm a chance de se aperfeiçoarem de maneira não imaginada antes das negociações iniciadas pela disputa.

3. Nível III: Interesses Pessoais/Profissionais/Relacionais

A mediação de nível III focaliza aspectos pessoais e interesses. Por exemplo, durante a disputa pelos \$ 30.000,00, pode surgir hostilidade entre os executivos das partes ou mesmo acontecer de alguém sentir-se insultado. Esse clima hostil pode gerar muita ansiedade ou perda de auto-estima. Num nível puramente instrumental, essas reações pessoais podem agir como obstáculos à chegada do acordo. Apesar de Fisher, Ury e Patton nos dizerem para “separar as pessoas do problema”⁴¹, às vezes as pessoas *são* o próprio problema. Desse modo, os participantes da mediação freqüentemente têm que trabalhar os aspectos relacionais e emocionais em busca de pavimentar a estrada para o assentamento dos aspectos econômicos.

⁴⁰ Isso inclui: se os gastos são diretamente relacionados à performance do contrato, se os gastos são razoáveis, se é um costume do setor o pagamento dessas despesas, e se um tribunal decidiria pelo pagamento das despesas desde que a contratante tenha sido avisada sobre o costume existente. Ainda sobre esses tópicos, ver *Manakuli Paving & Rock Co. v. Shell Oil Co., Inc.*, 664 F.2d 772 (9th Cir. 1981).

Uma definição muito restrita do problema é típica de métodos como: a arbitragem anexa ao tribunal, os júris sumários, a avaliação neutra antecipada e, geralmente, de conferências conciliatórias moderadas.

⁴¹ Cf. FISHER ET AL., *supra* 21, 17-39.

Ao lado dessas justificativas instrumentais, lidar bem com os problemas pessoais e relacionais pode ser valioso para o próprio direito. Focalizar esses assuntos pode ser importante no caso de o mediador não conseguir solucionar esses problemas paralelos.⁴² Ou seja, a principal meta da mediação pode ser dar a seus participantes uma oportunidade de aprender ou de mudar.⁴³ Isso pode tomar forma de uma evolução moral ou uma “transformação”, o que inclui, conforme defendido por Bush e Foger, o aprimoramento da autonomia ou “*empoderamento*” (capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e da “identificação” (capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia).⁴⁴ Além disso, as partes podem melhorar seu relacionamento⁴⁵ ao aprender a perdoar⁴⁶ ou a reconhecer sua interdependência.⁴⁷ As partes podem aprender a compreender elas mesmas, deixar de lado o ódio ou o desejo de vingança⁴⁸ e, por outro lado, trabalhar pela paz interior⁴⁹ e pelo aperfeiçoamento próprio.⁵⁰ Elas podem também aprender a

⁴² Cf. BUSH & FOLGER, *supra* 29 *passim*; Lon L. Fuller, *Mediation — Its Forms and Functions*, 44 S. CAL. L. REV. 305, 310 (1971).

⁴³ Cf. THOMAS CRUM, *THE MAGIC OF CONFLICT: TURNING A LIFE OF WORK INTO A WORK OF ART* 174-75 (1987); cf. WILLIAM URY ET AL., *GETTING DISPUTES RESOLVED: DESIGNING SYSTEMS TO CUT THE COSTS OF CONFLICT* 170 (1988).

⁴⁴ Cf. BUSH & FOLGER, *supra* 29 *passim*. A empatia das partes pode ser muito benéfica. Segundo Gandhi: “Três quartos das misérias e desentendimentos do mundo desaparecerão se calçarmos os sapatos de nossos adversários e compreendermos seus pontos de vista.” *ESSENTIAL GANDHI* 255 (Louis Fischer ed., 1962).

⁴⁵ Cf. James A. Wall, Jr. & Ronda R. Callister, *Ho’oponopono: Some Lessons from Hawaiian Mediation*, 11 NEG. J. 45 (1995).

⁴⁶ Cf. STEVEN B. GOLDBERG ET AL., *DISPUTE RESOLUTION: NEGOTIATION, MEDIATION, AND OTHER PROCESSES* 137-39 (2d ed. 1992); Hank de Zutter, *Proponents Say ADR Spells Relief*, ILL. LEGAL TIMES, Jan. 1988, 1; Comment, *Healing Angry Wounds: The Roles of Apology and Mediation in Disputes Between Physicians and Patients*, J. DISP. RESOL. 126-27 (1987).

⁴⁷ Cf. Zena D. Zumeta, *Spirituality and Mediation*, 11 MEDIATION Q. 25, 25 (1993) (discussing the creation and nurture of connectedness in mediation). Cf. *generally Beyond Technique: The Soul of Family Mediation*, 11 MEDIATION Q. 1 (1993) (sobre o papel da emoção e da espiritualidade nas mediações familiares).

⁴⁸ Cf. Kenneth Cloke, *Revenge, Forgiveness, and the Magic of Mediation*, 11 MEDIATION Q. 67, 67 (1993) (sobre métodos de incentivar o perdão das partes).

⁴⁹ Cf. UMBREIT, *supra* 6, 75-82. Shinzen Young, um sacerdote budista e professor de meditação Vipassana ou “insight”, torna disponível um processo que ele chama de meditação mediadora, (*meditative mediation*). Esse processo ocorre quando membros da comunidade estão juntos em uma disputa. O processo envolve passagens pela mediação e pela meditação “insight”. Pela meditação, as partes observam suas próprias reações, que promovem o “insight” – meta dessa prática. As partes utilizam do conflito

viver em harmonia com os ensinamentos e valores da comunidade a que pertencem.⁵¹

4. Nível IV: Interesses Comunitários

A mediação de nível IV tem um foco ainda mais amplo, incluindo os interesses de comunidades e entidades que não são partes imediatas da disputa. Por exemplo, talvez a ambigüidade de princípios legais relevantes ao caso da Computec tenham causado problemas para outras empresas. Daí, que os participantes podem estudar maneiras de esclarecer o direito, por exemplo, trabalhando com as associações comerciais para modificar leis ou para produzir um modelo contratual. Em outros tipos de disputas, as partes podem focalizar o aperfeiçoamento ou a “transformação” das comunidades.⁵²

O Diagrama 1 ilustra e sintetiza os problemas que aparecem ao longo de todo o eixo de definição do problema. Naturalmente, mediações que trabalhem com problemas amplos podem incluir a resolução de problemas restritos, que aparecem à esquerda do gráfico. Então, a mediação do caso Computec, que envolve interesses

para sua evolução. Cf. SHINZEN YOUNG, MEDITATIVE MEDIATION (Insight Recordings, Santa Monica, CA, transcript on file with author).

⁵⁰ Cf. Lois Gold, *Influencing Unconscious Influences: The Healing Dimension of Mediation*, 11 MEDIATION Q. 55, 58-60 (1993) (characterizing mediation as part of a general “healing” paradigm).

⁵¹ O Serviço de Conciliação de Mennonite, apesar de evitar abordagens que levem à doutrinação, defende a equidade na mediação. “Para nós, fazer justiça é imprescindível para que se estabeleça relações corretas. Essas relações valorizam o crescimento mútuo entre as pessoas e corrigem o passado na medida do possível, além de darem os passos para que nem o medo nem o ressentimento assumam papéis dominantes.” John P. Lederach & Ron Kraybill, *The Paradox of Popular Justice: A Practitioner’s View*, in THE POSSIBILITY OF POPULAR JUSTICE: A CASE STUDY OF COMMUNITY MEDIATION IN THE UNITED STATES 357, 361 (Sally E. Merry & Neal Milner eds., 1993). Em mediações do Serviço Cristão de Conciliação,

“O propósito ... é glorificar a Deus ao ajudar pessoas a resolverem seus problemas pela conciliação, e não por um meio adversarial. Além de facilitar a resolução de problemas diretos, o Serviço Cristão de Conciliação procura reconciliar aqueles que tem sido alienados pelo conflito e ajudá-los a aprender a melhorar suas atitudes e comportamentos para que sejam evitados conflitos futuros similares”.

INSTITUTE FOR CHRISTIAN CONCILIATION, CHRISTIAN CONCILIATION HANDBOOK 19 (Revision 3.2, 1994). Para a análise de várias formas de ver o potencial transformador da mediação, ver Carrie Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices*, 11 NEG. J. 217 (1995) (book review).

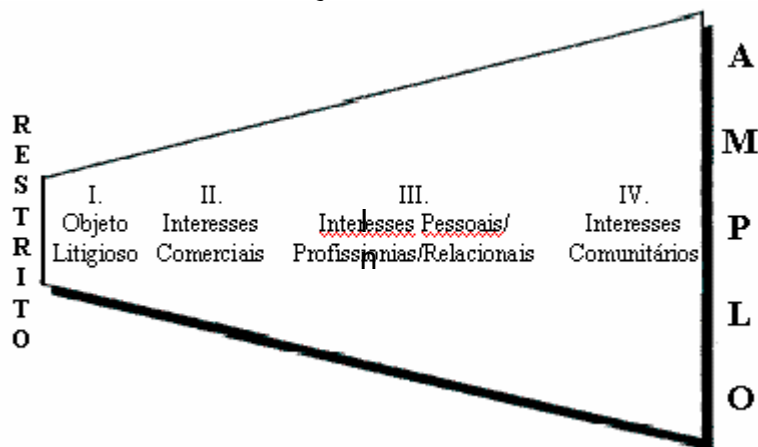
⁵² Cf. generally Lederach & Kraybill, *supra* 51 (sobre justiça e transformação social).

comerciais subjacentes também poderia solucionar o problema isolado – quanto dos \$ 30.000,00, se houver direito, deve a Golden State pagar à Computec? À medida que ampliamos a abordagem, todavia, o problema isolado perde importância. Então, se os executivos contendores aprenderem a compreender um ao outro, ao invés de decidir quanto a Golden State pagará à Computec, eles deverão chegar a um acordo que apague todo o problema dos \$ 30.000,00. Por exemplo, eles podem decidir servir aos interesses subjacentes das empresas e criar um empreendimento conjunto para atuar no ramo de serviços de informática para instituições financeiras, dotada de um capital inicial de \$ 30.000,00 doado pela Golden State e um funcionário cedido pela Computec. Em outras palavras, ao mudar o foco de restrito a amplo na definição dos problemas sob mediação, a visão de uma das partes a respeito do conflito pode passar de um problema a ser resolvido à uma oportunidade de progresso.

Dentro de uma determinada mediação, um problema ou assunto particular pode ter mais ou menos importância. Numa mediação restrita envolvendo a Computec, por exemplo, o foco principal é quanto, se for o caso, a Golden State deve pagar. Porém, mesmo nessa mediação, os participantes poderiam se beneficiar dos aspectos secundários com abordagens mais abrangentes. Uma parte poderia, por exemplo, se sentir aliviada, satisfeita ou reconhecida, tanto pela sua condição, quanto pela condição da outra parte. Isso permitiria uma maior empatia e, conseqüentemente, maior facilidade na reconstrução das relações profissionais. E qualquer desses esforços poderia influenciar a mediação, de modo que ela passasse a mais ampla ou mais restrita. Numa mediação restrita, entretanto, tais efeitos ganham apenas relevância secundária, sendo eventuais subprodutos da resolução do problema central. Os participantes – incluindo o mediador – podem não pensar ou se importar com esses efeitos.⁵³

⁵³ Em uma determinada mediação, naturalmente, as partes podem ter metas ou prioridades diferentes, de modo que podem atribuir importâncias diferentes à resolução de um determinado aspecto.

FIGURA 1. EIXO DE DEFINIÇÃO DO PROBLEMA



B. O Papel do Mediador: Metas e Suposições

O segundo eixo descreve as estratégias e técnicas que o mediador utiliza para alcançar o objetivo de ajudar as partes a identificar e solucionar o problema em questão.⁵⁴ Encontram-se, ao final desse eixo, as estratégias e técnicas que avaliam aspectos importantes à disputa ou à transação. No extremo dessa parte avaliadora, desaguam os comportamentos que objetivam controlar alguns ou todos os efeitos da mediação.⁵⁵ No outro lado do eixo, encontram-se as convicções e condutas que facilitam a negociação das partes. No extremo desse lado facilitador, encontra-se o procedimento que visa simplesmente possibilitar a comunicação e a compreensão entre as partes.⁵⁶

O mediador avaliador considera que as partes querem e precisam de orientação para chegarem a uma situação propícia ao acordo – baseada no direito e nas práticas industriais ou tecnológicas, sendo essa orientação decorrente de seus excelentes treinamento, experiência e objetividade.

⁵⁴ Alguns autores distinguem entre “settlement” and “resolution,” dizendo que o primeiro tende a ser resultado de um compromisso em relação a um problema restrito, enquanto o segundo tende a tratar de interesse subjacentes. Cf. J. Michael Keating, Jr. & Margaret L. Shaw, “Compared to What?”: *Defining Terms in Court-Related ADR Programs*, 6 NEG. J. 217 (1990) (sugere que os tipos de “settlement” são típicos das conferências conciliatórias anexas a tribunais, mas que “collaboration” or “resolution” devem ser a meta da mediação).

⁵⁵ Professor Edward Dauer esse processo de “op-med.” Ver EDWARD A. DAUER, *MANUAL OF DISPUTE RESOLUTION: ADR LAW AND PRACTICE* §§ 11-45 (1994).

⁵⁶ Cf. Thomas Princen, *Joseph Elder: Quiet Peacemaking in a Civil War*, in *WHEN TALK WORKS*, *supra* 16, 428.

O mediador facilitador considera que as partes são inteligentes, aptas a trabalharem entre si, e capazes de entender suas situações melhor que o mediador e, talvez, melhor que os seus advogados.⁵⁷ Conseqüentemente, as partes podem desenvolver melhores soluções do que as que qualquer mediador criaria. Portanto, a mediação facilitadora considera, como sua principal missão, a de esclarecer e otimizar a comunicação entre as partes no sentido de ajudá-las a decidir o que fazer.

Para explicar o eixo da mediação facilitadora e da avaliadora mais detalhadamente, preciso demonstrar como isso se relaciona com o eixo de definição do problema. Essa relação é mais clara se representarmos a definição do problema num eixo horizontal e a avaliação ou facilitação num eixo vertical, conforme ilustrado no diagrama 2. Cada um dos quadrantes representa uma orientação genérica tendendo a cada espécie de mediação, quais sejam: a avaliadora-restrita, a facilitadora-restrita, a avaliadora-ampla e a facilitadora-ampla.

C. As Quatro Orientações: Estratégias e Técnicas

A maioria dos mediadores trabalham segundo uma orientação predominante, presumida ou padronizada⁵⁸ (apesar de, conforme posterior demonstração, vários mediadores moverem-se ao longo dos eixos e por entre os

⁵⁷ Cf. Riskin, *supra* 10, 1099-1108.

⁵⁸ Kressel e seus colegas defendem o seguinte sobre as características comuns dos tipos de mediador por eles identificados:

Primeiramente, o estilo do mediador tendeu a ser consistente. Um determinado mediador tendeu a agir sempre da mesma forma, mesmo em face das consideráveis mudanças na dinâmica do conflito e dos seus aspectos peculiares. Além disso, o estilo do mediador pareceu trabalhar abaixo do limite da consciência. Trata-se de algo feito sem o completo reconhecimento dos interesses subjacentes ou a lógica do seu estilo. Os mediadores foram capazes de articular o porquê do seu estilo quando ele era apontado, mas isso levou a um exame de consciência e à assistência de outros membros. Finalmente, o estilo do mediador pode ser modificado, mas para isso foi necessária direção e treino. Com o projeto e como resultado de uma conferência dos casos, os membros da equipe se tornaram mais atentos ao seu próprio estilo e aprenderam a mudar de estilo quando isso foi o mais indicado.

Kressel et al., *supra* 26, 72-73.

Kressel and Pruitt dizem que há duas formas de um mediador decidir que intervenções fazer: “o mediador que monitora ativamente o conflito não totalmente revelado; e o mediador que é geralmente desarticulado quanto às suas preferências sobre o seu estilo de mediação.” Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt, *Conclusion: A Research Perspective on the Mediation of Social Conflict*, in RESSEL & PRUITT, *supra* 28, 394, 422. Cf. also Silbey & Merry, *supra* 27, 19. Apesar de exaltarem a tendência de os mediadores responderem às circunstâncias, Silbey and Merry notam que o estilo da mediação tende a ser mais próximo aos padrões na medida que aumenta a experiência do mediador.” *Id.*

quadrantes).⁵⁹ Para a finalidade da explicação seguinte sobre as orientações do mediador, vou supor que o mediador atue segundo a orientação predominante. Por essa razão, e por conveniência, me refiro a partir de agora ao “mediador avaliador-restrito”, em detrimento do termo mais preciso, embora mais deselegante, “mediador que opera segundo uma abordagem avaliadora e restritiva”.⁶⁰

FIGURA 2. ORIENTAÇÕES DO MEDIADOR



⁵⁹ Cf. *infra*, II.D.

⁶⁰ Nesse ponto, quero apenas descrever – e descrever simplesmente – o sistema proposto de categorias. Por conveniência, às vezes, escreverei como se o mediador sozinho definisse o problema e selecionasse as estratégias e técnicas a serem empregadas. Contudo, a questão de como o mediador e as partes fazem, podem ou devem determinar o âmbito e a natureza da mediação é extremamente complexa. Deste modo, planejo evitar isso neste trabalho e deixar esse assunto para um futuro texto.

Minha abordagem da descrição das atividades do mediador difere da desenvolvida por Silbey and Merry. Seus tipos ideais: “bargaining style” e “therapeutic style”, dão exemplos, respectivamente, de tendências próximas da definição restrita e ampla do problema. Cf. Silbey & Merry, *supra* 27, 19. Silbey e Merry observaram que o comportamento do mediador pode ser representado num crescente entre esse dois pólos. Eles não se focalizam na dimensão avaliadora ou facilitadora “evaluative-facilitative”, provavelmente por acreditarem que em ambas as categorias o mediador manipula as partes para chegar ao acordo. Cf. *id.* 14. Silbey e Merry não pretendiam que suas categorias fossem aplicadas para classificar os mediadores. Na verdade, eles defendem que todos os mediadores observados utilizavam-se dos dois estilos. Por isso, caracterizam os tipos de mediação propostos como modelos meramente ideais, construções weberianas analíticas que inexistem na realidade. Em contraste, acredito que minha proposta descreve acuradamente as práticas de grande parte dos mediadores. Cf. *infra* Part II.D.

1. Avaliadora-restrita

A principal estratégia da abordagem avaliadora-restrita é ajudar as partes a perceber os pontos fracos e fortes de suas posições e qual o eventual efeito de submeter-se a disputa ao processo judicial ou a qualquer outro processo, caso não se alcance a resolução pela mediação. Lembrando que o mediador avaliador-restrito trabalha sua própria compreensão e percepção tanto quanto a das partes.⁶¹ Antes do início da mediação, o mediador avaliador-restrito estudará documentos pertinentes, tais como petições, depoimentos, laudos e resumos da mediação. No princípio da mediação, esse mediador normalmente solicita às partes que relatem os problemas, o que significa defender suas posições em uma sessão conjunta. Subseqüentemente, a maioria da atuação dá-se em sessões privadas, nas quais o mediador coleta informações adicionais e prepara as técnicas avaliadoras,⁶² tais como as abaixo descritas, listadas da menos à mais avaliadora.

a. Estimar os pontos fortes e fracos de cada parte.

No caso da Computec, um mediador avaliador poderia dizer ao representantes da Computec que, mesmo que o Judiciário tivesse uma interpretação favorável à sua pretensão, a empresa encontraria dificuldade em cumprir o ônus de provar o costume comercial. Ou seja, seria difícil provar que é praxe o contratante reembolsar despesas relativas a viagens de seus fornecedores. O mediador fundamentaria sua opinião invocando sua experiência e conhecimento.

b. Prever os resultado de um processo judicial ou outros processos.

No caso da Computec, o mediador poderia prever para a Golden State a provável decisão sobre as matérias de fato e de direito, bem como as prováveis conseqüências do primeiro julgamento e dos recursos, bem como seus respectivos custos.

c. Propor contratos de compromisso.

Um mediador pode fazer propostas que variem em grau de vinculação. Alguns mediadores podem sugerir, tão suavemente, a resolução de pontos que isso mal seria uma avaliação – por exemplo, sacar um contorno prévio de acordo ao qual

⁶¹ Cf. Kenneth Feinberg, *Mediation — A Preferred Method of Dispute Resolution*, 16 PEPP. L. REV. S5, S12-S20 (1989).

⁶² Cf. *id.* James C. Freund desenvolveu um método de doze etapas para lidar com disputas de dinheiro. Cf. JAMES C. FREUND, *THE NEUTRAL NEGOTIATOR: WHY AND How MEDIATION CAN WORK TO RESOLVE DOLLAR DISPUTES* 17, 37-48 (1995).

as partes estivessem propensas a aderir, sem sugerir qual seria o posicionamento de um tribunal ou dar sua própria opinião.⁶³ Uma proposta um pouco mais direta seria perguntar à Computec: “Você aceitaria \$12.000,00?” ou “O que você acha de \$ 12.000,00?” Uma proposta ainda mais direta seria sugerir que o caso poderia se resolver dentro de uma certa margem, por exemplo, entre \$ 10.000,00 e \$ 15.000,00. Mais direto ainda seria dizer: “Creio que \$ 12.000,00 seria uma boa proposta.”⁶⁴

d. Estimular ou pressionar as partes a fecharem um acordo.

No caso da Computec, o mediador poderia dizer que a Computec deveria aceitar fechar o acordo em \$ 12.000,00 por que isso a protegeria do risco e dos gastos de brigar no Poder Judiciário, ou porque isso é certo, ou justo ou razoável.⁶⁵ Se o mediador tem algum tipo de instrumento de pressão, ele deve usá-lo, sob pena de poder ficar “batendo a cabeça”.⁶⁶

2. Facilitadora-restrita

O mediador facilitador-restrito compartilha da estratégia geral do avaliador-restrito – educar as partes sobre os pontos fortes e fracos de suas pretensões e suas prováveis consequências de uma mediação mal sucedida. Mas, ele emprega técnicas diferentes para executar sua estratégia. Ele não usa avaliações, previsões ou propostas.⁶⁷ Também não impõe pressão. Ele é menos propenso do que o avaliador-

⁶³ Cf. Alan Alhadeff, *Whis Mediation?*, in THE ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION PRACTICE GUIDE § 23:9 (Bette J. Roth et al., eds., 1993). Essa técnica de sugestão também pode ser empregada pelo mediador facilitador-restrito (*facilitative-narrow*) como sua técnica mais avaliadora.

⁶⁴ Algumas dessas propostas podem ser bastante criativas. Cf. FREUND, *supra* 62, 44-45. O ritmo de propor acordos do mediador pode afetar sua objetividade. Alguns mediadores, considerados por mim como bastante avaliadores, atuam imediatamente depois de captar as informações do caso. Cf. Feinberg, *supra* 61, S17-S18. Outros serão mais lentos e somente opinarão quando as partes solicitarem, o que deve ocorrer com a frustração da tentativa de comunicação visando um acordo. Cf. DAUER, *supra* 55, § 11.14.

⁶⁵ Para exemplo dessas técnicas, ver Laminai Hall, *Eric Green: Finding Alternatives to Litigation in Business Disputes*, in WHEN TALK WORKS, *supra* 16, 279.

⁶⁶ Kenneth Feinberg pressiona mais as partes à medida que prossegue na mediação. Cf. Feinberg, *supra* 61, S12-S20.

⁶⁷ O mediador facilitador acredita que é inapropriado ao mediador emitir opinião por várias razões. Primeiramente, por que essas opiniões podem dar um ar de parcialidade e impedir o curso da mediação. Depois, porque, se as partes sabem que o mediador provavelmente avaliará os aspectos legais do caso, tenderão a não cooperar e a não fazer uma avaliação própria isenta sobre seus pontos forte e fracos numa sessão

restrito a solicitar ou estudar documentos relevantes. Em lugar disso, acredita que o ônus de tomar a decisão deve pesar sobre as partes. O mediador facilitador-restrito deve se utilizar de qualquer das ferramentas abaixo.

a. Perguntar.

O mediador deve perguntar – geralmente em sessões privadas – para ajudar as partes a compreender juridicamente ambos os lados, bem como entender as consequências delas não chegarem a um acordo. As questões habitualmente devem dizer respeito a exatamente os mesmos assuntos aos quais o mediador avaliador-restrito faz menção – os pontos fortes e fracos de cada parte, as prováveis consequências de uma mediação mal sucedida e o preço de um eventual processo judicial (incluindo suas custas, demora e inconveniência).⁶⁸

b. Ajudar as partes a desenvolver suas próprias propostas restritivas.

No caso da Computec, por exemplo, o mediador facilitador-restrito ajudaria cada parte a elaborar propostas de quanto dos \$ 30.000,00 a Golden State deveria pagar.

c. Ajudar as partes a trocarem propostas.

O mediador pode apresentar as propostas das partes em sessões individuais ou encorajar as partes a fazê-las em sessões conjuntas. Num caso ou outro, ele estimula as partes a fundamentar suas propostas, o que facilita sua aceitação pela outra parte.

d. Ajudar as partes a avaliar propostas.

Para isso, o mediador deve fazer perguntas que levem as partes a pensar nos custos e benefícios de cada proposta em face das prováveis consequências do fracasso da mediação.

individual. Cf. Alhadeff, *supra* 63, § 23:8. E, finalmente, porque o mediador pode não saber o suficiente — sobre os detalhes do caso ou do direito, usos ou tecnologia — para emitir uma opinião fundamentada.

⁶⁸ São exemplos de questões que um mediador facilitador-restrito (*facilitative-narrow*) poderia usar: 1. Quais são os pontos fortes e fracos do seu caso? E os do outro lado? 2. Quais são as melhores, piores e mais prováveis consequências de um processo judicial? Como você faz essas avaliações? Você já pensou de outra forma, sobre outros aspectos? 3. Quanto tempo levaria o julgamento? Quanto duraria o julgamento? 4. Quais seriam as despesas envolvidas — em dinheiro, emoção e reputação? Note que o mediador facilitador pode também usar essas questões para fazer uma avaliação. Cf. *infra* 97; Hall, *supra* 65, 297.

A natureza facilitadora dessa abordagem de mediação poderia também melhorar a compreensão e “transformação” das partes.⁶⁹ O processo em si mesmo, que encoraja as partes a desenvolver seu discernimento e conseqüências, poderia educar as partes ou dotá-las de maior “autonomia” ao ajudá-las a desenvolver a percepção de sua habilidade de lidar com os problemas e escolhas da vida.⁷⁰ As partes podem também aceitar ou “reconhecer” a situação da outra.⁷¹ De qualquer forma, numa mediação restrita, mesmo na facilitadora, o problema gera menos oportunidades para o esse desenvolvimento do que numa mediação facilitadora-ampla.⁷²

3. Avaliadora-ampla

É mais difícil descrever as estratégias e técnicas do mediador avaliador-ampla. A mediação assim conduzida tem abrangência bastante variável e freqüentemente inclui muitos problemas de resolução imediata - conforme a discussão anterior ilustrada pelo eixo de definição do problema.⁷³ Além disso, o mediador avaliador-ampla pode ser mais ou menos avaliador, na medida em que trata, de todos ou somente de alguns aspectos controvertidos, de maneira abrangente.

A principal estratégia do mediador avaliador-ampla é entender as circunstâncias e interesses secundários das partes e outros indivíduos ou grupos envolvidos e, então, usar seu conhecimento para buscar o resultado que atenda aos interesses delas.⁷⁴ Para levar a cabo essas estratégias, o mediador avaliador-ampla emprega várias técnicas, incluindo as seguintes (listadas da menos à mais avaliadora).

a. Promover a conscientização a respeito dos interesses subjacentes.

O mediador avaliador-ampla procura entender os interesses subliminares secundários (ou implícitos) e outros problemas específicos estudando os pedidos, depoimentos e outros documentos, bem como permitindo às partes (geralmente por

⁶⁹ Cf. *supra* 42-52.

⁷⁰ Cf. BUSH & FOLGER, *supra* 29, 85-89.

⁷¹ Cf. *id.* 89-94. Para uma mais completa compreensão sobre “transformação”, ver Menkel-Meadow, *supra* 51.

⁷² Cf. *infra* 83-84.

⁷³ Cf. *supra*, II.A.

⁷⁴ Para um excelente exemplo de orientação avaliadora-ampla, ver Deborah M. Kolb, *William Hobgood: Conditioning Parties in Labor Grievances*, in WHEN TALK WORKS, *supra* 16, 149; Cf. also KOLB, *supra* 28, 72-112 (sobre as práticas dos mediadores estaduais de questões trabalhistas, chamadas pelo autor de “deal makers”).

meio de seus advogados) debater o caso durante a mediação. Ao contrário do mediador restrito, o mediador amplo enfatiza os interesses subjacentes das partes mais do que suas posições, e procura descobrir dificuldades geralmente não reveladas por documentos. Os pedidos, por exemplo, no caso da Computec, não indicariam que uma das razões da disputa com a Golden State é o interesse em proteger a inviolabilidade da política interna contra o reembolso de gastos em viagens para convenções dos seus próprios empregados. Sem mencionar que essa política nasceu quando o mais alto executivo da empresa descobriu que os funcionários, num seminário nas Bermudas, estavam brincando ao invés de ir às aulas.

Para descobrir esse tipo de informação, bem como outros interesses, o mediador precisa trabalhar com afinco. Para entender os interesses subjacentes das partes, um mediador avaliador-amplo seria mais indicado que um mediador restrito, pois ele estimula e exige que as partes (sejam por elas mesmas, ou elas bem representadas por seus executivos ou qualquer organização que detenha poderes de transigir) participem efetivamente da mediação. Por exemplo, o mediador deve convidar essas pessoas a comentar as declarações iniciais dos advogados, e poderia entrevistar essas pessoas detidamente em sessões individuais. O mediador deve explicar que a meta da mediação pode incluir o tratamento dos interesses secundários, fazer perguntas diretas sobre interesses, e procurar essas informações indiretamente ao questionar as partes sobre seus planos, condições etc. Geralmente, o mediador avaliador-amplo especula sobre os interesses das partes (usualmente em sessões privadas) e procura confirmar suas afirmações.

O mediador avaliador-amplo espera construir propostas de acordos. Pois isso, ele geralmente enfatiza sua compreensão das partes. Deste modo, eles restringem ou dirigem a comunicação entre as partes, de forma que, por exemplo, o mediador avaliador-amplo gaste mais tempo em sessões individuais do que em conjuntas.

b. Prever o impacto (sobre os interesses) de não se chegar ao acordo.

Após captar os interesses subliminares (ou implícitos) das partes e demarcar o âmbito dos problemas a serem abordados pela mediação, alguns mediadores avaliadores-amplos devem prever o impacto nos interesses das partes de não se chegar a um acordo.⁷⁵ No caso da Computec, um mediador avaliador-

⁷⁵ Como o mediador avaliador restrito (*evaluative-narrow*) um mediador avaliador-amplo (*evaluative-broad*) no caso da Computec, poderia debruçar suas opiniões sobre os problemas adversariais (*distributive issues*). Poderia avaliar os pontos fortes e fracos dos processos judiciais das partes e prever as consequências do julgamento do processo

amplo poderia dizer à Golden State que, ao menos que eles chegassem a um acordo que permitissem que os executivos da Computec se sentissem valorizados e úteis, as relações profissionais sairiam prejudicadas. Deste modo, a Computec poderia se tornar menos diligente - influenciando negativamente a qualidade da prestação de serviço da Golden State.

Um mediador avaliador-amplo deve tentar convencer as partes de que suas avaliações estão corretas ao fundamentá-las em bases objetivas, podendo provar isso ao apresentar seus critérios ou informações adicionais.

c. Desenvolver e oferecer propostas (baseadas em interesses) amplas.

A meta de um mediador avaliador-amplo é desenvolver uma proposta que satisfaça, na medida do possível, quantos forem os interesses das partes, sejam amplos ou restritos. As propostas no caso da Computec, por exemplo, poderiam variar desde o plano de pagamento da Golden State (baseado em alocação de custos), até o sistema de análise e aprovação de despesas futuras em viagens e ensino ou a formação de um empreendimento conjunto.

d. Estimular a aceitação mútua das propostas das partes.

O mediador avaliador-amplo (assim como o avaliador-restrito) deve apresentar sua proposta com vários graus de força e impacto. Se o mediador dispõe de instrumentos de pressão, deve avisar as partes disso ou, até mesmo, ameaçar usá-los.⁷⁶

ou recomendar a quantia, se for o caso, a ser paga pela Golden State. Apesar disso, o avaliador amplo “evaluative-broad” geralmente focaliza os interesses subjacentes.

⁷⁶ O emprego de estratégias e técnicas de mediação geralmente dão ao mediador um tipo de poder de pressão sobre as partes. Cf. Vincent M. Nathan, *The Use of Special Masters in Institutional Reform Litigation*, 10 U. TOL. L. REV. 419 (1979). Além disso, qualquer mediador que tenha autoridade pode utilizar-se dela para forçar o acordo. Por exemplo, quando Linda Colburn dirigiu um programa envolvido com um alojamento público no Havaí, ela se utilizou muitas vezes de uma mediação pacificadora, “peacemaking”, na qual ela, para impedir a violência, freqüentemente ameaçava as partes. ver Neal Milner, *Linda Colburn: On-the-Spot Mediation in a Public Housing Project*, in WHEN TALK WORKS, *supra* 16, 417.

O Presidente Jimmy Carter, em suas mediações dos casos Israel-PLO e Etiópia-Eritreia, demonstrou uma postura ampla e muito avaliadora. Ele pressionou muito as partes com argumentos morais e propôs formas de auxílio dos Estados Unidos às partes se elas chegassem a um acordo. Ver Eileen F. Babbitt, *Jimmy Carter: The Power of Moral Suasion in International Mediation*, in WHEN TALK WORKS, *supra* 16, 377-78.

Caso o mediador tenha concluído que a meta da mediação deve incluir mudança nas pessoas envolvidas, deve tomar medidas nesse sentido, tais como apelar para valores comuns,⁷⁷ fazer uma exposição do assunto ou pressionar as partes.⁷⁸

4. Facilitadora-amplo

A principal estratégia do mediador facilitador-amplo é ajudar as partes a definirem a matéria sujeita à mediação nos termos dos seus interesses subjacentes e, baseado nisso, ajudá-las a desenvolver e escolher suas próprias soluções. Somado a isso, muitos mediadores facilitadores-amplos ajudam os participantes a que eles possam mudar e educar a si mesmos, suas instituições, ou suas comunidades.⁷⁹ Para colocar em prática tais estratégias, o mediador se vale de técnicas como as seguintes.

a. Ajudar as partes a compreenderem seus interesses subjacentes.

Para realizar essa tarefa, o mediador facilitador-amplo se utiliza de muitas técnicas também utilizadas pelo mediador avaliador-amplo, por exemplo, incentivar a participação das próprias partes, não apenas a de seus advogados,⁸⁰ e explicar a importância dos interesses. Por esperar que as partes criem suas próprias propostas, o mediador facilitador-amplo enfatiza a necessidade de as partes se compreenderem mutuamente, mais do que ao mediador. Daí, que, em contraste ao mediador avaliador, o facilitador-amplo tenderá a se utilizar mais de sessões comuns do que das confidenciais.⁸¹

O mediador facilitador-amplo também ajudará as partes a definirem o âmbito do problema a ser trabalhado na mediação, incentivando freqüentemente a exploração de interesses subjacentes até ao ponto em que elas assim desejarem. Esse comportamento mostra-se bastante contrastante com o dos mediadores restritos (mesmo com a maioria dos facilitadores-restritos), que tendem a aceitar o problema diretamente apresentado. Em contraste também está ao comportamento

⁷⁷ Cf. *supra* 50. Os mediadores do Serviço Cristão de Conciliação “estão tão preocupados em reconciliar as partes, quanto em ajudá-las em seus problemas.” CHRISTIAN CONCILIATION HANDBOOK, *supra* 51, 7. Nas sessões, os mediadores “ensinam princípios bíblicos relevantes.” *Id.* 27. Eles também podem dar conselhos. Cf. *id.* 28.

⁷⁸ Cf., e.g., James A. Wall, Jr. & Michael Blum, *Community Mediation in the People's Republic of China*, 35 J. CONFLICT RESOL. 3, 9, 13 (1991).

⁷⁹ Cf. *supra* 41-61.

⁸⁰ Cf. Riskin, *supra* 10, 1097-1108.

⁸¹ Cf. GARY J. FRIEDMAN, A GUIDE TO DIVORCE MEDIATION 36-37 (1993).

dos mediadores avaliadores amplos, que tendem a definir sozinhos âmbito do problema.⁸²

Muitos mediadores facilitadores-amplos valorizam ajudar as partes para que elas cresçam pelo entendimento mútuo. Esses mediadores tendem a oferecer aos participantes oportunidades vantajosas de mudança. Uma maneira de ver isso é a de Bush e Folger, que propõem o conceito de "transformação".⁸³ Segundo esses autores, ao incentivar as partes desenvolverem seus próprios entendimento, opções e propostas, o mediador facilitador-amplio reforça a "autonomia" das pessoas (que compõem as partes) e as ajuda a entender a situação alheia. Assim, o mediador facilitador-amplio possibilita oportunidades uma melhor "identificação" entre as partes.⁸⁴

b. Auxiliar as partes a desenvolver e propor alternativas à solução do conflito baseadas em interesses e numa ampla perspectiva.

O mediador facilitador-amplio mantém as partes focalizadas nos interesses relevantes e solicita que elas desenvolvam opções harmonizadas com seus

⁸² O mediador facilitador amplo (*facilitative-broad*) não ignora a existência de aspectos secundários. De fato, ele pode dirigir esses aspectos da mesma forma que um mediador facilitador-restrito (*facilitative-narrow*). Ou seja, e poderia ajudar as partes a entenderem seus pontos fortes e fracos, mas não propondo avaliações, previsões e acordos. Ao invés disso, ele deve permitir que as partes apresentem e discutam seus argumentos jurídicos. Além disso, em sessões individuais, ele pode perguntar sobre ir à Justiça ou outros aspectos diretos, tais como os listados para o mediador facilitador-restrito (*facilitative-narrow*). Cf. *supra*, II.C.2.

Entretanto, numa mediação ampla, esses argumentos geralmente ocupam uma posição inferior àquela que ocuparia numa mediação restrita. E porque ele enfatiza o papel dos participantes na definição do problema e no desenvolvimento e apresentação de propostas, o mediador facilitador-amplio (*facilitative-broad*) não precisa entender muito do aspecto jurídico ou outros detalhes do caso. Deste modo, ele é menos propenso a estudar os documentos litigiosos, laudos técnicos ou relatórios da mediação.

⁸³ Cf. BUSH & FOLGER, *supra* 29, 84. Para uma descrição do mediador facilitador que enfatiza a autonomia das partes, ver Sally E. Merry, *Albie M. Davis: Community Mediation as Community Organizing*, in WHEN TALK WORKS, *supra* 16, 245.

⁸⁴ Segundo Bush e Folger, "as partes se compreendem na mediação quando elas voluntariamente escolhem ser mais abertas, atenciosas e simpáticas às situações da outra partes. Deste modo, melhoram sua percepção do problema ao dar atenção à situação alheia." BUSH & FOLGER, *supra* 29, 89.

No caso da Computec, por exemplo, executivos de ambos lados, que encontram-se envolvidos em um problema comum, devem aprender a compreender uns aos outros. Isso não quer dizer entender os interesses baseados em direitos, mas valorizar o interesse desde que ele possa contribuir para a resolução do problema. Cf. *supra* 41-50. Para uma visão mais completa dessa transformação, ver Menkel-Meadow, *supra* 51.

interesses.⁸⁵ No caso da Computec, as opções poderiam dar-se de várias formas, através das quais as despesas já realizadas poderiam ser fixadas pelo contrato da Golden State (informalmente ou por adendo). Além disso, poderiam ser criadas oportunidades de trabalho em empreendimentos futuros (um exemplo de mudança positiva). Em seguida, o mediador deve incentivar as partes a se utilizarem dessas alternativas - talvez as combinando ou modificando – para o desenvolvimento e apresentação de suas propostas de acordo baseadas em interesses.

c. Auxiliar as partes a avaliar as propostas.

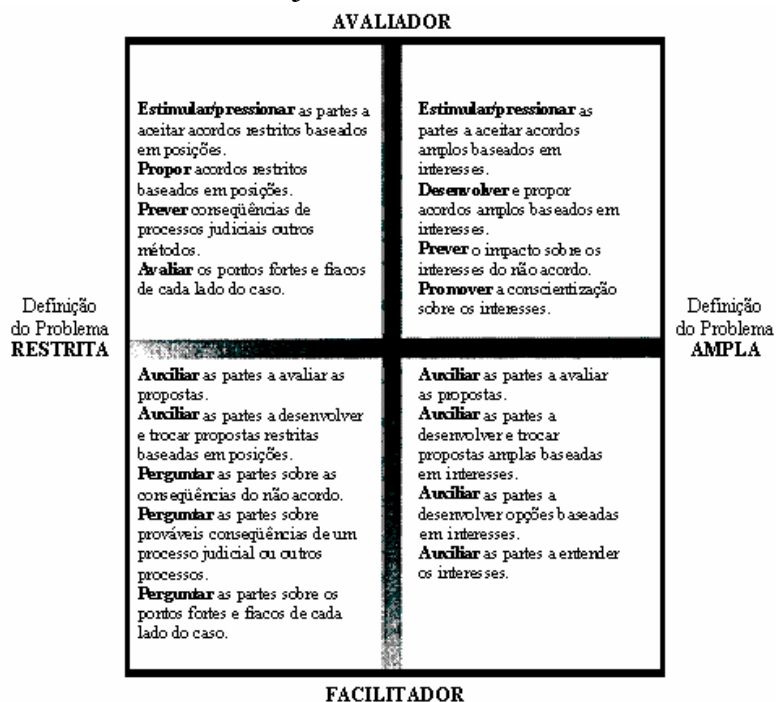
O mediador facilitador-amplo se utiliza, principalmente, de perguntas para auxiliar as partes a avaliar os impactos sobre vários interesses das propostas e do insucesso da mediação. No caso da Computec, por exemplo, o mediador facilitador-amplo poderia perguntar ao representante da Computec como um determinado acordo afetaria a relação profissional das partes e como isso influenciaria a sua capacidade de uma boa prestação de serviços.⁸⁶

A Figura 3 destaca as principais técnicas associadas a cada orientação, dispostas verticalmente com a mais avaliadora no topo e a mais facilitadora em baixo. O eixo horizontal mostra o âmbito dos problemas a serem resolvidos, do mais restrito, à esquerda, para o mais amplo, à direita.

⁸⁵ Para desenvolver um acordo completo, no caso da Computec, as partes poderiam querer incluir termos de interesse mútuo, tais como, para restabelecer e manter uma boa relação de trabalho, sentirem-se justamente tratados, manterem e melhorarem a prestação de serviços para a Golden State, porem fim a discussão e minimizarem os custos dela, continuar lucrando ou manterem a boa reputação.

⁸⁶ Obviamente nem todos os mediadores facilitadores empregam todas essas técnicas. Somado a isso, alguns mediadores são tão facilitadores que não se aplica o eixo entre o amplo e o restrito. Esses mediadores simplesmente ajudam as partes a definir o problema e, então, facilitar a comunicação. *Quaker peacemaking, a form of "second-track diplomacy," offers excellent examples of this approach. Cf., e.g., Princen, supra 56 passim.*

FIGURA 3. TÉCNICAS DO MEDIADOR



d. Posicionamento ao Longo dos Eixos e Dentre os Quadrantes:

Limitações das Capacidades Descritivas do Modelo Gráfico

Como um mapa, o modelo de eixos cartesianos tem um caráter estático que limita sua capacidade de ilustrar a postura de alguns mediadores.

É verdade que a maioria dos mediadores – sabendo eles ou não – geralmente conduzem a mediação segundo uma orientação predominante ou presumida.⁸⁷ Geralmente, essa orientação tem base na personalidade, na educação, no treinamento e na experiência do mediador. Por exemplo, a maioria dos juízes aposentados tendem a uma postura extremamente avaliadora-restrita, ilustrada no extremo noroeste do gráfico. Muitos mediadores de divórcio dotados de conhecimento ou muito interessados em psicologia ou aconselhamento – e que trabalham com casais abastados ou bem educados – têm uma leve tendência à abordagem facilitadora-ampla.⁸⁸ Ocasionalmente, as expectativas de um determinado

⁸⁷ Cf. *supra* 58.

⁸⁸ Cf., e.g., FRIEDMAN, *supra* 81, 37.

programa levam a uma certa orientação, por exemplo, há uma tendência ao domínio de mediações restritas nos programas públicos com muitos casos de mediação.⁸⁹

Além disso, muitos mediadores utilizam estratégias e técnicas que dificultam sua classificação clara num determinado quadrante. Primeiramente, alguns mediadores deliberadamente tentam evitar enquadrar-se em uma determinada orientação. Nesse sentido, eles dão ênfase à flexibilidade e tentam desenvolver sua orientação com base num determinado caso, nas necessidades dos participantes⁹⁰ ou outras circunstâncias da mediação.⁹¹

Em segundo lugar, por várias razões, alguns mediadores que têm uma orientação predominante nem sempre se comportam de acordo com ela.⁹² Eles ocasionalmente se desviam de sua orientação presumida em resposta às contingências da mediação. Em alguns casos, essas mudanças alteram sobremaneira o âmbito da mediação. Um mediador facilitador-amplo que cuida de um caso de agressão, por exemplo, normalmente daria às partes a oportunidade de explorar seus interesses subjacentes. Mas, se as partes não se mostrarem adeptas a essa postura, o mediador provavelmente se concentrará diretamente no problema imediato.⁹³

⁸⁹ Conforme sugerido por Deborah Kolb, a mediação tende a assimilar as características do processo que ela substitui. Ver Deborah M. Kolb, *How Existing Procedures Shape Alternatives: The Case of Grievance Mediation*, 1989 J. DISP. RESOL. 59. Então, mediações ligadas a tribunais tendem a ser restritas. Cf. Alfini, *supra* 27, 66.

⁹⁰ Cf. Carta de Donald B. Reder, President, Dispute Resolution, Inc., Hartford, Connecticut para Leonard L. Riskin (28/10/1994) (no arquivo do autor) ("Em poucas palavras, acredito que um bom mediador precisa estar preparado para ser tudo o que você descreve e precisa saber, quando e para quem, ser o que."). Eric Galton, aconselhando os advogados, diz:

O ideal é identificar um mediador que saiba de todos os estilos e que seja flexível. Comecei várias mediações com uma abordagem avaliadora e durante o processo descobri, baseado na personalidade das pessoas e da comunidade, que seria mais interessante deixar que as partes interagissem. Da perspectiva do mediador, qualquer variante da mediação que seja mais capaz de resolver o problema deve ser o tipo certo de mediação. GALTON, *supra* 27, 4.

⁹¹ Linda Colburn, por exemplo, usa abordagens bastantes diferentes para casos diferentes. Geralmente, em suas mediações no Centro de Justiça do Entorno de Honolulu, ela usa uma abordagem facilitadora-ampla (*facilitative-broad*). Mas quando cuida de pacificação num alojamento em que ela tem autoridade, algumas vezes ela usou ameaças (utilizando-se de sua veia cômica e outras técnicas desenvolvidas para desorientar as partes), em grande medida para evitar a violência. Cf. Milner, *supra* 76, 395.

⁹² Alguns mediadores não dominam suas orientações.

⁹³ Um mediador de orientação facilitadora-ampla (*facilitative-broad*), que se vê diante de partes que tenham uma visão restrita pode tentar dá-las a chance de expandir sua

Noutros casos, o mediador pode procurar nutrir sua abordagem dominante usando uma técnica associada a outro quadrante. Deste modo, alguns mediadores com predominância de orientação facilitadora-ampla podem promover avaliações no sentido de alcançar objetivos específicos e coerentes com sua abordagem geral. Gary Friedman, um mediador facilitador-amplio, é um bom exemplo. Quando medeia divórcios, Friedman normalmente segue o método – padrão entre os mediadores de divórcio – de encontrar-se sozinho com as partes, sem seus advogados. Nessas sessões ele rotineiramente avalia os efeitos de uma ação judicial. Ele também enfatiza os princípios basilares do direito e, então, encoraja as partes a desenvolverem um acordo que faça sentido para ambos e que esteja em consonância com suas próprias noções de equidade. Essencialmente, ele faz uma avaliação em busca de evitar as consequências limitadoras da aplicação do direito.⁹⁴

Frances Butler, que medeia casos de guarda de crianças para um tribunal de New Jersey, dá outro exemplo. Ele utiliza uma mistura de técnicas facilitadoras e avaliadoras em função de um programa de trabalho facilitador-amplio: ele pergunta (uma técnica facilitadora) para a compreender o problema, então faz propostas (uma técnica avaliadora), e depois solicita comentários (uma técnica facilitadora) no sentido de melhorar as propostas.⁹⁵

Um mediador restrito que depara-se com um impasse pode oferecer às partes a chance de expandir a abordagem ao problema explorando interesses subjacentes. Isso pode levar a um acordo baseado em interesses, o que possibilitaria às partes verem problema central como parte de uma resolução mais abrangente.⁹⁶ Da mesma forma, um mediador amplo poderia estimular as partes a terem um

definição do problema de forma a explorar os interesses comerciais ou pessoais subjacentes. Esse mediador faz uma escolha estratégica. O mediador pode querer permitir uma visão restrita primeiramente, ou seja, dos aspectos controversos, acreditando que as partes necessitem passar por essa fase de posicionar seus argumentos para, então, ver e negociar os outros interesses. Cf. GERALD R. WILLIAMS, *LEGAL NEGOTIATION AND SETTLEMENT* 72-80 (1983). Por outro lado, o mediador pode tentar abrir a visão das partes para os interesses subjacentes acreditando que, dessa forma, pode evitar brigas.

⁹⁴ Cf. FRIEDMAN, *supra* 81, 49-50.

⁹⁵ Cf. Kenneth Kressel, *Frances Butler: Questions That Lead to Answers in Child Custody Mediation*, in *WHEN TALK WORKS*, *supra* 16, 17.

Susan Silbey e Sally Merry, que distinguem os estilos da barganha (*bargaining*) e o terapêutico (*therapeutic*), e concluem que a medida que prevalecerá de cada modelo é definida implicitamente pela negociação. Cf. Silbey & Merry, *supra* 27, 19. Apesar disso, elas sustentam que a mediação de problemas familiares deve começar como o estilo terapêutico e ser finalizada com o da barganha.” *Id.* 28.

⁹⁶ Cf. GALTON, *supra* 27, 4.

enfoque de abordagem mais restrito, caso a abordagem abrangente pareça pouco produtiva.⁹⁷

Por essas razões é geralmente difícil catalogar as orientações, estratégias ou técnicas de um determinado mediador em um certo caso.⁹⁸

IV – Efetividade do Modelo Gráfico, Especialmente para a Seleção de Mediadores

Apesar das limitações, o gráfico pode possibilitar uma comunicação razoavelmente clara sobre o que pode acontecer, o que acontece e o que deveria acontecer numa mediação. Assim, as discussões podem ser abrandadas e as decisões facilitadas, quando o assunto é como deve ser a formação do árbitro, seu treinamento, sua avaliação ou a regulamentação da mediação. Isso pode ajudar as partes a decidir se empregam a mediação ou outro processo. Acontece que cada uma

⁹⁷ De uma forma geral, mediadores amplos, especialmente os facilitadores, gostam mais e são mais hábeis a restringir o foco da disputa que os mediadores restritos que tentam ampliar o foco. O Professor Robert Ackerman sugere que “isso provavelmente se deve à facilidade de restringir o foco depois de explorar alternativas, se comparada a repentinamente ampliar o foco depois de fazer uma estrada estreita.” Carta do Professor Robert A. Ackerman, The Dickinson School of Law, para Leonard L. Riskin (5/10/1994) (no arquivo do autor). Novamente falando de uma forma geral, mediadores avaliadores são mais dispostos a facilitar do que são os facilitadores a avaliar. Apesar disso, vários avaliadores tem dificuldade nisso e vice-versa.

⁹⁸ Nesse sentido, vem o Professor David Matz sobre a avaliação dos mediadores:

Qualquer movimento do mediador pode ter vários significados. Uma pergunta do mediador pode trazer uma informação particular. A mesma pergunta pode também servir para enfatizar certos aspectos do caso e, assim, influenciar as partes a assumirem um ponto de vista diferentes. E a mesma pergunta pode ajudar a rever a consciência a respeito das possíveis alternativas. O mediador quis tudo isso? Alguma dessa afirmações? Ou estava apenas ganhando tempo tentando pensar em alguma coisa mais útil?

David E. Matz, *Some Advice for Mediator Evaluators*, 9 NEG. J. 327, 328 (1993).

Um exemplo é Patrick Phear, a Boston um mediador de divórcios que tem um postura muito avaliadora e ampla, marcada pela ausência de conselhos. Ele parte daí, mas aconselha quando as partes tiverem chegado bem próximas, “intimacy.” Cf. Sarat, *supra* 16, 191. Sarexplains:

Quando as partes já estão bem próximas, confiam uma na outra e na mediação, então o mediador pode dizer: “Por que vocês não fecham isso em \$ 50.000,00?”; porque isto será ouvido apenas como mais uma questão, não como o que o mediador pensa que deve ser esse o acordo. Nesse estágio, as pessoas estão “... abertas, receptivas ... Elas começam a falar sobre os interesses próprios e alheios, bem como sobre das necessidades do processo e de suas conseqüências.” Em suma, elas internalizaram a ideologia da mediação.

Id. 206

Sarat chamam de interferência desastrada (*power by indirection*)¹⁰⁹. Daí, a importância de as partes entenderem as potenciais vantagens e desvantagens dos vários pontos dos dois eixos, que representam as diversas abordagens.

1. O Eixo de Definição do Problema

a. Definição Restrita do Problema.

A definição restrita do problema pode aumentar as chances de resolução do problema e reduzir o tempo necessário à mediação. O foco restrito abrange poucos aspectos e limitam o alcance das informações relevantes de forma a manter o procedimento relativamente simples. Além disso, um foco restrito pode evitar os riscos herdados de uma abordagem ampla – relações pessoais ou aspectos externos podem exacerbar o conflito e tornar sua solução mais difícil.

Por outro lado, em alguns casos, uma abordagem restrita pode aumentar a chance de impasse porque dá pouco espaço para opções criativas de resolução. O mesmo vale para outros meios de tratar os interesses subjacentes, que, se insatisfeitos, podem bloquear o acordo. Também, uma abordagem restrita poderia impedir as partes de tratarem de interesses mútuos e permanentes, não levando nunca a um acordo duradouro e mutualmente vantajoso.¹¹⁰

b. Definição Ampla do Problema.

Uma definição ampla do problema pode produzir um acordo que acomode os interesses subjacentes das partes, bem como os interesses de outros indivíduos ou grupos envolvidos. Tal acordo tem muito mais qualidade. Aumentar a abrangência da definição do problema pode também aumentar a possibilidade de acordo e reduzir o tempo necessário para a mediação, pois, quando o processo dirige as necessidades das partes e permite espaço para a criatividade, fica reduzida a chance de impasse. Além disso, há possibilidade de desenvolvimento pessoal.¹¹¹

Todavia, em algumas situações, uma definição ampla do problema pode levar a um efeito oposto: aumentar a probabilidade de um impasse e o do gasto de tempo necessário à mediação ao focalizar aspectos cuja resolução seja desnecessária e, assim, exacerbar o conflito.¹¹² Além disso, a definição ampla do problema pode fazer com que as partes e advogados sintam-se desconfortáveis com o processo. Eles

¹⁰⁹ Cf. William L.F. Felstiner & Austin Sarat, *Enactments of Power: Negotiating Reality and Responsibility in Lawyer-Client Interactions*, 77 CORNELL L. REV. 1447, 1476 (1992).

¹¹⁰ Cf. *supra* Part II.B.; Kressel et al., *supra* 26, 73-77.

¹¹¹ Cf. BUSH & FOLGER, *supra* 29 *passim*; Riskin, *supra* 17, 34.

¹¹² Esse risco pode ser naturalmente reduzido se o mediador seguir uma abordagem facilitadora da definição do problema.

podem temer a expressão de fortes emoções e duvidar de suas próprias habilidades para colaborar com o outro lado e, ainda, conseguirem defender seus próprios interesses.¹¹³

No caso da Computec, a interdependência das partes e a necessidade de trabalho juntas sugerem uma desejável definição ampla do problema. É possível imaginar, contudo, que seria melhor simplificar para resolver os problemas diretos, de forma que as partes pudessem continuar seu trabalho. Se alterarmos os fatos levemente, poderíamos ver a possível virtude de um enfoque restrito. Por exemplo, se o contrato já houver terminado, se as partes não compartilham interesses em futuras relações, ou se ambos acreditarem que o problema possa ser resolvido simplesmente tratando da quantia a ser paga pela Golden State, uma abordagem restrita poderia fazer muito sentido (naturalmente, o perigo aqui é que a pessoa que carrega essa visão restrita da disputa não compreenda inteiramente as demandas do interessado, e, por essa razão, esteja inconsciente das possibilidades de colaboração futura).

2. O Eixo do Papel do Mediador

a. A Abordagem Avaliadora.

O mediador avaliador, ao prover avaliações, prognósticos e rumos, retira a responsabilidade sobre a tomada de decisões das partes e seus advogados. Em alguns casos, isso facilita o alcance do acordo. Avaliações feitas pelo mediador podem dar ao participante uma melhor compreensão da sua “Melhor Alternativa ao Acordo Negociado” (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*)¹¹⁴, um sentimento de satisfação ou uma melhora na sua habilidade em lidar com seus clientes. Um advogado da Computec, por exemplo, que estivesse com problemas para demonstrar a seu cliente a fragilidade do caso, poderia querer um mediador que pudesse dizer, com uma certa segurança, as consequências da submissão da disputa ao processo judicial.¹¹⁵

Todavia, em alguns casos, uma avaliação, um prognóstico ou recomendação poderia dificultar às partes a chegada ao acordo por impedir que uma parte acredite

¹¹³ Cf. Marguerite Millhauser, *The Unspoken Resistance to Alternative Dispute Resolution*, 3 NEG. J. 29, 31 (1987); Riskin, *supra* 17.

¹¹⁴ Cf. FISHER ET AL., *supra* 21, 100.

¹¹⁵ Há formas de trabalhar esse aspecto, mesmo numa mediação facilitadora. O cliente pode ser influenciado pelas perguntas do mediador sobre o caso e por suas respostas. Isso também é possível numa mediação facilitadora trazendo um especialista neutro somente para avaliar. Uma grande necessidade de avaliação de um determinado aspecto legal por um avaliador externo pode surgir se não for usada a mediação, notadamente isso acontece nos casos de avaliação neutra antecipada e de arbitragem não vinculante.

na imparcialidade do mediador¹¹⁶ ou restringir a flexibilidade da partes.¹¹⁷ Conforme Arthur Chaykin da Sprint Corp.:

As partes geralmente sentem que [uma avaliação] é o que eles querem, até que eles a tenham. Uma vez que a opinião é dada, as partes muitas vezes se sentem traídas. Eles sentirão que a opinião do mediador foi influenciada pelo que as partes estariam dispostas a engolir, não no mérito do caso ... Apesar disso, as partes devem entender que uma vez que um terceiro foi envolvido e dado como neutro pra expressar sua opinião sobre o mérito, a determinação vai quase sempre ser considerada em futuras negociações. Afinal, como poderia a parte “prevalente” levar menos do que o mediador recomendou?¹¹⁸

Além disso, essas técnicas avaliadoras diminuem a participação das partes e, por isso, podem diminuir a satisfação de ambas as partes com o processo e com o resultado. Naturalmente, essas técnicas também reduzem as oportunidades de mudança e crescimento.

Além do mais, se as partes ou advogados sabem que o mediador vai avaliar, eles estarão menos propensos a ser sincero com outra parte ou o mediador. Quando um mediador solicita às partes (numa sessão individual, por exemplo) a avaliação dos pontos fortes e fracos do seu próprio caso ou descrição da situação e dos interesses, eles podem estar propensos a não responder honestamente.¹¹⁹ Então, a previsão que o mediador faz gera uma avaliação que pode interferir no perfeito

¹¹⁶ Cf. Alhadeff, *supra* 63, § 23:8.

¹¹⁷ Os Professores Peter J.D. Carnevale, Rodney G. Lim e Mary E. McLaughlin concluíram que sua pesquisa sobre mediadores mostra que eles tendem a utilizar táticas agressivas ou de pressão nas situações hostis quando essa hostilidade pode ocasionar prejuízos ao acordo. Cf. Peter J.D. Carnevale et al., *Contingent Mediator Behavior and Its Effectiveness*, in KRESSEL & PRUITT, *supra* 28, 213, 230-35.

¹¹⁸ Chaykin, *supra* 100, 65 n.5. Há maneiras de minimizar o efeito da avaliação. As partes podem concordar anteriormente que o mediador deve esperar para fazer uma avaliação, previsão ou recomendação — ou dividir ela com as partes — até que elas tenham exaurido as oportunidades de negociação, ou mesmo até o acordo das partes que elas querem essa avaliação. Cf. CPR LEGAL PROGRAM, *MEDIATION IN ACTION: RESOLVING A COMPLEX BUSINESS DISPUTE* (videotape, 1994).

Se mudarmos ligeiramente os fatos no caso da Computec, pode haver mais razões para evitarmos a avaliação dos aspectos jurídicos. Por exemplo, se o contrato foi redigido por um advogado externo e ele mesmo for representar a empresa na mediação, ele pode querer proteger sua reputação e evitar uma opinião do mediador. Se esse advogado for razoável, um processo mais facilitador pode fazer com que ele proponha uma solução rapidamente, sem admitir que ele estava errado.

¹¹⁹ Cf. Alhadeff, *supra* 63, § 23:8; Stephen B. Goldberg, *The Mediation of Grievances Under a Collective Bargaining Contract: An Alternative to Arbitration*, 77 NW. U. L. REV. 270, 304-305 (1982).

entendimento de suas próprias posições e interesses, bem como a compreensão mútua e, assim, trazer um processo mais adversarial.¹²⁰

b. A abordagem facilitadora.

Por um lado, a abordagem facilitadora oferece várias vantagens, particularmente se as partes são capazes de entender os interesses dos dois lados ou desenvolver potenciais soluções. Isso pode dar a elas e a seus advogados um maior sentimento de participação e de maior controle sobre a resolução do caso. Eles podem indicar com precisão a definição do problema e dos aspectos de qualquer acordo. A abordagem facilitadora também oferece um maior potencial de educar as partes sobre sua própria posição e sobre a dos outros, bem como sobre seus interesses e situações. Dessa forma, isso pode ajudar as partes a melhorar sua habilidade no trabalho com outras pessoas e a entender e melhorar a si mesmos.

Já, por outro lado, quando os participantes não têm esse entendimento ou não são capazes de desenvolver propostas ou de negociar um com o outro, a abordagem facilitadora certamente trará um certo risco. Uma parte pode não reconhecer aspectos ou interesses importantes, desenvolver todas as opções ou alcançar bons argumentos – por qualquer critério – que alcançariam com um mediador mais avaliador. Além disso, uma abordagem facilitadora mal conduzida pode levar ao gasto de muito tempo, caso não sejam alcançados os interesses subjacentes ao resultado ou ao processo.

B. A importância de o mediador ser um especialista na matéria abordada.

Na seleção de um mediador, alguém poderia considerar a relativa importância de o mediador ser um especialista no assunto em questão como se isso dissesse respeito à sua especialidade no processo da mediação.¹²¹ Ser um especialista (*subject-matter expertise*) no assunto implica conhecer muito bem os processos legais e administrativos, costumes e a tecnologia envolvidos no caso. No caso da Computec, por exemplo, um terceiro neutro especialista teria familiaridade com os processos judiciais envolvendo os contratos da Computec; com a estrutura, com a economia e com os hábitos do ramo de poupança e empréstimo, ou com o ramo de serviços de informática; com a tecnologia da informática (especialmente no que toca ao ramo de serviços financeiros); ou com todos eles.

¹²⁰ Isso é especialmente verificado em mediações restritas e em assuntos restritos em uma mediação mais ampla.

¹²¹ *For the results of a survey that polled corporate counsel on this issue, Ver CPR Fax Poll: Skills Needed for Mediation, ALTERNATIVES TO THE HIGH COST OF LITIGATION*, Dec. 1994, 145.

A necessidade de se ter um mediador especialista é uma característica tipicamente proporcional à necessidade das partes terem um mediador avaliador.¹²² Além disso, o tipo de especialidade requerida depende do tipo de avaliação ou orientação que as partes desejam. Se elas querem um prognóstico sobre o que aconteceria num tribunal, elas podem preferir um mediador avaliador com formação de atuação no contencioso. Se elas querem idéias sobre como estruturar futuras relações comerciais, talvez o mediador deva entender dos ramos dos seus negócios. Se elas querem sugestões de como alocar os custos, elas podem querer um mediador que entenda da tecnologia em questão. Se elas precisam de ajuda para resolver as relações interpessoais, podem ser beneficiadas por um mediador que as oriente nesse sentido, mais do que um que se acanhe diante delas. Se elas querem propor uma nova regulamentação, precisarão contratar alguém que entenda de direito administrativo e de processo administrativo.

Por outro lado, na medida em que as partes sintam-se capazes de compreender suas condições e desenvolver potenciais soluções – sozinhas, conjuntamente ou com assistência de especialistas – elas podem, se tiverem que escolher, preferir um mediador com muita prática na mediação, mesmo se lhe faltar especialidade no assunto em jogo.

A complexidade e importância do aspecto técnico deve influenciar a natureza e a extensão da especialidade requerida. Em quase toda mediação, o terceiro neutro deve ao menos ser capaz de rapidamente adquirir uma mínima familiaridade com os aspectos técnicos no sentido de facilitar as discussões ou fazer perguntas.¹²³ Mas, na medida que os outros participantes detenham esse conhecimento, a necessidade de um mediador especialista diminui. De fato, deter muito conhecimento técnico poderia inclinar alguns mediadores a tomar uma

¹²² Cf. Chaykin, *supra* 100, 60, 62-64. Por outro lado, familiaridade com o direito pode ser essencial para o mediador de qualquer perfil que trabalhe em programas anexos a tribunais, nos quais as partes não são representadas, muitas vezes, por seus advogados. Esse conselho vale também para o mediador facilitador-amplo (*facilitative-broad*) — devendo ele avisar as partes quando elas devam procurar um advogado. Cf. Jacqueline M. Nolan-Haley, *Court Mediation and the Search for Justice Through Law*, 74 WASH. U. L.Q. 501 (1996).

¹²³ Cf. *CPR Fax Poll*, *supra* 121, 164; Stephen B. Goldberg, *Reflections on Negotiated Rulemaking: From Conflict to Consensus*, WASH. LAW., Sept./Oct. 1994, 42, 47-48.

Tom Arnold, um notório advogado de propriedade intelectual e mediador, escreveu que o mediador precisa ser instruído “literate” sobre o assunto em discussão, mas uma vez que ele atinge esse ponto, não faz mais diferença o quanto ele sabe do assunto, exceto em alguns casos, tais como em *software*, patentes, marcas, antitruste, tributos e, talvez, falências.” Tom Arnold, 20 *Common Errors in Mediation Advocacy*, ALTERNATIVES TO THE HIGH COST OF LITIGATION, May 1995, 69.

postura mais avaliadora e, desse modo, interferir no desenvolvimento de soluções criativas.

C. A Importância da Imparcialidade

A idéia do mediador como um terceiro neutro ou imparcial – de fato e na aparência – é profundamente embutida no caráter da mediação, mesmo que observadores discordem do sentido e alcance desse conceito.¹²⁴ A necessidade da imparcialidade cresce quanto mais aumenta a feição avaliadora do mediador. Noutras palavras, quanto maior a influência das orientações do mediador nos resultados materiais da mediação, maior o risco de uma das partes sofrer com as inclinações do mediador.

Imagine que o representante da Computec proponha mediação ao advogado que represente a Golden State. Depois de considerar o problema por alguns dias, ele diz que é indiferente, mas que optaria pela mediação desde que gostasse do mediador. Por fim, ele propõe um mediador que é também advogado, especialista no ramo da informática e de serviços financeiros, além de ser um mediador experiente. Conforme ele mesmo disse, esse mediador foi amigo íntimo dele na universidade e algumas vezes almoçam ou jantam juntos. O mediador não é conhecido, somente sua boa reputação.

A resposta a essa proposta provavelmente dependerá, em parte, da expectativa da postura do mediador na mediação. Caso sejam desejadas avaliações, pode haver preocupação com a possível parcialidade do árbitro. Caso se espere uma facilitação, esse mediador pode não ser apropriado, especialmente se esse for o único meio de entrar numa mediação. Naturalmente, o ideal seria ter certeza de que o mediador proposto está disposto e comprometido com o desenvolvimento de um processo facilitador.

¹²⁴ Cf. Sydney E. Bernard et al., *The Neutral Mediator: Value Dilemmas in Divorce Mediation*, 4 MED. Q. 61 (1984); Sara Cobb & Janet Rifkin, *Neutrality as a Discursive Practice: The Construction and Transformation of Narratives in Community Mediation*, in 11 STUDIES IN LAW, POLITICS AND SOCIETY 69, 70 (Austin Sar& Susan S. Silbey eds., 1991); Sara Cobb & Janet Rifkin, *Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation*, 16 LAW & SOC. INQUIRY 35 (1991); John Forester & David Stitzel, *Beyond Neutrality: The Possibilities of Activist Mediation in Public Sector Conflicts*, 5 NEG. J. 251, 254-57 (1989); Christopher Honeyman, *Patterns of Bias in Mediation*, 1985 J. DISP. RESOL. 141, 148-49; McCrory, *supra* 9, 53-54; Stulberg, *supra* 9; Susskind, *supra* 9, 86.