

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO HARVARDIANA E A MEDIAÇÃO TRANSFORMATIVA

Maurício Vicente Silva Almeida

Introdução

Atualmente, discute-se sobre as formas alternativas de solução de conflitos, com especial destaque para a mediação. É inegável que a mediação é um eficaz instrumento de integração social e redemocratização do acesso à justiça. No entanto, o Brasil ainda é um país de forte tradição na solução jurisdicional dos conflitos.

A respeito da crise judiciária, Amaral dispõe que:

É inegável que a crise do Judiciário decorre da crise do Estado contemporâneo, que não tem mais condições de solucionar todos conflitos existentes na sociedade. Há uma miríade de problemas enfrentados pelo Judiciário de vários países e as soluções encontradas têm se mostrado insuficientes e inadequadas. (AMARAL, 2009, p. 39).

Em relação ao posicionamento do Estado, Tatiana Robles relata que:

Consciente do problema, de alta complexidade, o próprio Poder Judiciário vem procurando novas alternativas para obter uma resposta, procedendo à legitimação de meios alternativos de resolução de disputa, de mecanismos extrajudiciais de resolução de lides [...]. (ROBLES, 2009, p. 24).

A globalização e o consequente acesso aos métodos alternativos de solução de conflitos de outras culturas permitiram que o instituto da mediação ganhasse destaque mundial. Para divulgá-lo, foram realizados sete congressos mundiais, quatro deles na América do Sul:

- **I Congresso Mundial em Mediação**, realizado na cidade de Hermosillo, no México, em 2004;
- **II Congresso Mundial em Mediação**, realizado na Cidade de Victoria, no México, em 2005;
- **III Congresso Mundial em Mediação**, realizado da cidade de Santiago, no Chile, em 2006;
- **IV Congresso Mundial em Mediação**, realizado na cidade de La Paz, na Bolívia, em 2007;
- **V Congresso Mundial em Mediação**, realizado

na cidade de Assunção, no Paraguai, em 2009;

- **VI Congresso Mundial em Mediação**, realizado na Provincia de Salta, na Argentina, em 2010.
- **VII Congresso Mundial em Mediação**, realizado na cidade de Toluca, no México, em 2011.

Além desses, já está previsto **VIII Congresso Mundial em Mediação**, a realizar-se na cidade de Belo Horizonte, Brasil, em 2012.

Nesses encontros, discutiram-se, dentre vários pontos, a eficácia, a celeridade, o custo, as escolas clássicas e os novos modelos de mediação que estão sendo desenvolvidos, como por exemplo: a mediação associativa, de Jorge Pesqueira, a construtivista, de Fernanda Lima, e os campos de aplicabilidade desse instrumento.¹

Vale a pena destacar o trabalho realizado na Colômbia, que é um dos países precursores na utilização e regulamentação da mediação na América do Sul, como afirma Nazareth:

A Colômbia foi a pioneira no uso da mediação entre os países da América latina. O decreto nº 2.651 fazia referencia direta ao método, embora dispositivos legais editados anos antes já fizessem menção à mediação como forma de aliviar a carga de trabalho das varas judiciais. Atualmente, o país possui um dos mais avançados trabalhos com mediação no setor privado. (NAZARETH, 2009, p. 26).

Ressalte-se que a Argentina também foi pioneira na utilização da mediação na solução e resolução de conflitos. Atualmente ela possui uma legislação rica e avançada no que diz respeito às formas alternativas de solução e resolução de conflitos.

Nos Estados Unidos, a mediação desenvolveu-se de forma mais acentuada nos anos 70, devido ao aumento do número de dissoluções conjugais. Sabe-se, porém, que já em 1947 ela estava sendo aplicada nos conflitos laborais, decorrentes da crescente industrialização dos meios de produção, que visava suprir as necessidades de uma Europa arrasada pela Segunda Guerra Mundial.

1 Assunto abordado no VI Congresso Mundial em Mediação, realizado na província de Salta, Argentina, em 2010.

Segundo Luciane Moessa de Souza:

É interessante mencionar a experiência norte-americana neste sentido, pois, nos EUA, não existe uma regra que obrigue de antemão a submeter determinados conflitos à mediação, mas sim a possibilidade de que o juiz, no caso concreto, remeta as partes à mediação, se entender que esse método é o mais apropriado para manejar o caso delas. Essa análise casuística, que toma em conta a especificidade de cada conflito, aliada ao fato de que naquele país a produção de provas é toda realizada numa fase preparatória, que antecede a propositura do litígio – o que faz com que o resultado de um eventual julgamento seja bastante previsível – torna a possibilidade de acordo bastante grande, de modo que a maior parte dos conflitos acaba sendo resolvidos desta maneira. (SOUZA, S. d.).

No Brasil, Amaral dispõe que:

A mediação vem se desenvolvendo gradativamente no Brasil, sendo implementada tanto no âmbito privado como no âmbito público, tendo sido instituída por diversos tribunais de Justiça. Contudo, há legislação específica somente na área trabalhista, referente às negociações individuais e coletivas. No que diz respeito aos demais ramos do Direito não existe legislação em vigor. (AMARAL, 2009, p. 134).

Percebe-se que a possibilidade de importabilidade e exportabilidade² permitiu que a mediação tomasse diferentes formas e procedimentos, pois ela pode ser moldada de acordo com o contexto econômico, social e jurídico de cada país.

Cumprindo observar que, atualmente, existem 6 (seis) escolas para orientar as diferentes formas de se trabalhar com a mediação: mediação Tradicional-Linear, de Harvard de Willian Ury; a mediação Transformativa, de Bush e Folger; a mediação Circular-Narrativa, de Sara Cobb; a mediação Estratégica; a mediação Associativa, de Jorge Pesqueira; e a mediação Construtivista, de Fernanda Lima. No presente trabalho, serão abordados apenas os 2 (dois) primeiros modelos.

Fernanda Lima entende que:

Estes novos modelos de prevenção e solução de conflitos vêm se impondo pela emergência da consciência de solucionar os conflitos pacificadamente, com autonomia e maturidade, sem a imposição de uma decisão que certamente, gera insatisfação a uma das partes envolvidas no conflito, agravando rótulos de vencedor e perdedor. (LIMA, 2007, p. 27).

Breve análise do modelo da Escola Linear de Harvard

O modelo Tradicional-Linear de Harvard³ teve origem na mediação empresarial e foi direcionado, mais tarde, para conflitos na seara familiar. Sua principal ferramenta de aplicação é a negociação.

O antropólogo americano Willian Ury, professor da Universidade de Harvard, entende que a comunicação, para ser eficaz, deve passar pela negociação, o que significa dizer privilegiar o bom-senso.

No que diz respeito ao processo de negociação, Nazareth (2009) entende que ele é o meio pelo qual a mediação se desenvolve, não sendo papel do mediador negociar pelas partes, mas contribuir para que eles próprios encontrem as melhores alternativas para se chegar ao acordo.

Na aplicação do presente modelo, o mediador deve conduzir o processo com neutralidade, a fim de verificar a possibilidade de descobrir e identificar os reais interesses das partes, estimulando, dessa forma, a criação de propostas advindas por elas próprias.

A linha adotada pela Escola de Direito de Harvard (*Harvard Law School*) e pelo PON (*Program on Negotiation at Harvard Law School*) é a mediação passiva, ou seja, não existe a intervenção do mediador (informação verbal)⁴.

Apesar de o modelo focar apenas o conteúdo verbal, desconsiderando os pontos ligados a outros aspectos do conflito, recebendo por isso inúmeras críticas, ele é um importante instrumento para negociar questões atinentes ao objeto do conflito.

O objetivo principal da mediação Harvardiana é a formalização do acordo.

Acentua Eliana Riberti Nazareth:

Tende a focalizar questões mais aparentes dos conflitos e buscar soluções práticas. Portanto, costuma privilegiar o que denominamos ‘posições’ das partes. As questões de ordem subjetivas e emocionais não costumam ser abordadas. É o modelo que mais se assemelha ao nosso modelo de conciliação. (NAZARETH, 2009, p. 28).

A linha que divide o modelo Harvardiano e a conciliação é tênue e, por esse motivo, é importante apontarem-se as diferenças e semelhanças entre os dois institutos.

³ Outras informações podem ser obtidas no endereço www.pon.harvard.edu.

⁴ Informação fornecida pela professora Fernanda Maria Dias de Araújo Lima, durante orientação no projeto de iniciação científica “A mediação como Instrumento de Pacificação Social e Democratização da Justiça”, Centro Universitário Newton Paiva e FUNADESP.

² Trata-se da transferência de diferentes técnicas de mediação para que sejam aplicadas em outros países.

Modelo Tradicional-Linear de Harvard	Conciliação
O mediador não sugestiona	O conciliador sugestiona
Existe um tempo maior para solução do conflito	Existe um tempo exíguo para a solução do conflito
Normalmente, trabalha-se em algumas sessões	Normalmente, trabalha-se em 1 (uma) sessão
O objetivo principal é o acordo	O objetivo principal é o acordo
Trabalha-se apenas o aspecto legal	Trabalha-se apenas o aspecto legal

Observa-se que princípios como autodeterminação das partes, imparcialidade do mediador e não “adversarialidade” são bem trabalhados pelo modelo linear de Harvard.

Este modelo de mediação é um eficaz instrumento quando as partes em litígio têm interesse em buscar apenas a solução do conflito manifesto, excluindo-se a apreciação dos aspectos emocional, psicológico, afetivo e social do conflito.

A mediação Harvardiana pode ser dividida em 5 estágios, descritos a seguir.

Primeiro estágio: Contracting

O mediador estabelece o contato entre os interessados, explicando às partes as regras, os parâmetros e os limites do procedimento da mediação (informação verbal)⁵. Sua intenção é trazer segurança e esclarecimento sobre as vantagens e desvantagens de se trabalhar em uma via diversa da judicial.

Este momento é de suma importância para o sucesso da mediação, visto que é o primeiro contato com os mediados. Portanto, é necessário que todas as dúvidas em relação ao procedimento sejam sanadas, a fim de se criar um clima de confiança e colaboração.

Segundo estágio: Developing issues

Este é o momento da identificação das questões que importam às partes, tanto os interesses expressados por suas manifestações externas, quanto aqueles derivados de suas manifestações intrínsecas (informação verbal)⁶. Neste caso, o mediador deverá privilegiar mais a técnica da “escutatória” (informação verbal)⁷.

Terceiro estágio: Looping

O mediador faz uma série de perguntas às partes e, considerando o teor das respostas, recoloca a pergunta em outros termos (*rephrasing*) ou em outro contexto (*reframing*), até que o próprio interessado consiga externar seu verdadeiro propósito. Ele tem a opção de perguntar e reperguntar quantas vezes for necessário. (informação verbal)⁸.

Esta é uma fase lenta, que necessita de paciência e habilidade, principalmente pelo fato de as partes serem chamadas a refletir sobre as questões centrais, o que gera discussões e desentendimentos. É nesta fase, também, que se analisa a atitude de cada uma das partes, o que facilitará a inserção de possíveis técnicas que possam amenizar o conflito e, conseqüentemente, motivar as partes a terem uma percepção de um futuro melhor.

No que diz respeito a promover uma percepção de um futuro mais promissor, Schinitman dispõe o seguinte:

El trabajo con el potencial generativo del diálogo reconfigura el lugar de los participantes expandiendo el proceso desde una negociación centrada en intereses individuales hacia La creación de un campo de nuevas posibilidades, incrementando las habilidades de los participantes para trabajar con lo emergente. (SCHNITMAN, 2008, p. 134).

Quarto estágio: Brainstorming

O mediador chama as partes para organizarem suas ideias e estabelecerem alternativas razoáveis à solução da controvérsia (informação verbal)⁹. Nesta fase, utilizam-se as informações relevantes obtidas durante a aplicação da técnica do *Looping* para que o diálogo possa fluir com mais tranquilidade e eficiência. É neste momento que as partes, conhecendo a realidade do outro, terão a possibilidade de oferecer propostas eficazes e que preencham suas reais necessidades. Ainda nesta fase, é possível verificar que as partes já estão mais seguras em relação à solução do objeto do litígio.

Quinto estágio: Drafting the agreement¹⁰

Caracteriza-se pela lavratura do termo, em que a manifestação de vontade é adequada às normas do direito positivo. Neste estágio, o mediador adota três condutas: escutar, orientar e estimular, não adentrando no aspecto emocional.

5 *Idem*.

6 *Idem*.

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 *Idem*.

10 Outras informações sobre o modelo Linear, de Harvard, podem ser encontradas no endereço www.pon.harvard.edu.

Breve análise do modelo transformativo de Bush e Folger

A mediação transformativa foi um modelo elaborado por Robert A. Barush Bush, teórico da negociação, e Joseph F. Folger, teórico da comunicação.

Este modelo, criado, aplicado e adaptado em todo o mundo, tem como objetivo situar o acordo como uma possibilidade, diferentemente do modelo harvardiano, que tem o acordo como principal objetivo. Visa, ainda, trabalhar os interesses e necessidades das partes, e não somente a posição cristalizada do conflito.

Observa-se que a transformação na relação entre os mediados viabiliza o restabelecimento dos laços afetivos e, conseqüentemente, o acordo. Neste modelo, o mediador tem como foco a mediação passiva. Assim, não existe a intervenção direta do mediador, que utiliza técnicas de negociação para facilitar o diálogo entre as partes para que, juntas e de forma autônoma, possam construir uma decisão. O *empowerment* (emponderamento) das partes é importante para que elas solucionem, por si, o conflito.

Registre-se que este modelo trabalha o conflito em sua integralidade, abrangendo os aspectos emocional, afetivo, financeiro, psicológico e legal. É válido ressaltar que, na mediação transformativa, o ideal é que o conflito seja trabalhado por uma comissão transdisciplinar.

Conclusão

Em meio a discussões sobre a reforma do Poder Judiciário, a mediação surge como um importante método não adversarial de solução de conflitos, promovendo integração social e redemocratização da justiça. Neste sentido, a Professora Fernanda Maria Dias de Araújo Lima entende que:

A criação e implantação de meios alternativos de solução de conflitos implica a desmonopolização judiciária, é certo que estes caminhos alternativos não devem pretender substituir o Poder Judiciário, mas sim cooperar na solução de conflitos. Assim entendemos ser necessária a democratização dos instrumentos de solução de conflitos, hoje centrados no judiciário. (LIMA, 2010).

Entende ainda a Professora que “novos” modelos de prevenção e solução dos conflitos vêm se impondo pela emergência da consciência de opiniões, refazimento de laços, fomentação e amadurecimento do diálogo entre as partes e valorização das partes envolvidas no conflito. (LIMA, 2007, p. 27).

A junção de esforços faz com que os mecanismos alternativos de solução e resolução de conflitos tornem-se mais conhecidos e viáveis que o beligerante processo judicial, contribuindo para a construção da paz e de uma justiça mais cidadã, eficiente e humanizada. Isso demonstra a tendência de rompimento do paradigma de que só o Estado, na figura do juiz, pode solucionar a lide, não significando, no entanto, que a incorporação dos métodos alternativos de solução de conflitos tenha o objetivo de criar uma justiça paralela; significa a construção de uma justiça contributiva, colaborando para a emancipação da sociedade, uma vez que possibilita às pessoas a oportunidade de solucionar seus conflitos sem provocar a máquina judiciária.

Referências

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à Justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo. Mediação de conflitos: importância para o advogado e panorama internacional de mediação. In: SEMANA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO, 24 set. 2010, Belo Horizonte. **Palestra...** Belo Horizonte: OAB/MG, 2010.

LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNDES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite. **Manual de mediação: teoria e prática**. Belo Horizonte: New Hampton, 2007.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação: o conflito e a solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009.

ROBLES, Tatiana. **Mediação e Direito de Família**. São Paulo: Cone, 2009.

SCHNITMAN, Dora Fried. **Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas**. Buenos Aires: Granica, 2008.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, [S. d.]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1426>. Acesso em: 20 out. 2010.

Revisão: Fernanda Cunha Pinheiro da Silva