

**Estudos em
Arbitragem, Mediação
e Negociação**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Organizadores:
ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO
IVAN MACHADO BARBOSA

**Estudos em
Arbitragem, Mediação
e Negociação**

2007
Grupos de Pesquisa

Direitos exclusivos para esta edição:
Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação
Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Campus Universitário, Asa Norte
Brasília, DF

Copyright © 2007 by GT Arbitragem e André Gomma de Azevedo
Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, incluindo fotocópia, gravação ou qualquer forma de armazenagem de informação sem a autorização por escrito dos editores ressalvada a hipótese de uso educativo sem fins lucrativos.

Impresso no Brasil

Comissão Editorial

Adriana Braghetta
Alexandre Araújo Costa
André Gomma de Azevedo
Antônio de Moura Borges
Francisco Victor Bouissou
Frederico Henrique Viegas de Lima
Humberto Jacques de Medeiros
Ivan Machado Barbosa
Loussia Penha Mousse Félix
Márcia Flávia Santini Picarelli
Márcio Iório Aranha
Pedro Batista Martins
Selma Maria Ferreira Lemes

Supervisão Editorial e Preparação de Originais

Breno Carneiro Zaban
Ivan Machado Barbosa

Revisão Final

Guilherme Lima Amorim

Capa

André Gomma de Azevedo
Divanir Mattos Junior (finalização)

Supervisão Gráfica

Divanir Mattos Junior

Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 4 / André Gomma de Azevedo, Ivan Machado Barbosa (orgs.) – Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

E82a 302 p.
ISBN 85-89929-02-7

1. Resolução alternativa de disputas 2. Arbitragem 3. Mediação 4. Negociação. I. Azevedo, André Gomma de

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor

Timothy Martin Mulholland

Vice-Reitor

Edgar Nobuo Mamiya

Faculdade de Direito

Diretor

Marcus Faro de Castro

Vice-Diretor

Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira

Coordenador de Pós-Graduação

Menelick de Carvalho Netto

Coordenador de Graduação

Ana Frazão de Azevedo Lopes

CORPO DOCENTE:

Aldo de Campos Costa
Alejandra Leonor Pascual
Alexandre Araújo Costa
Alexandre Bernardino Costa
Ana Frazão de Azevedo Lopes
André Felipe Gomma de Azevedo
Anna Maria Pimentel
Antônio de Moura Borges
Bistra Stefanova Apostolova
Carlos Alberto Reis de Paula
Carlos Eduardo de O. Vasconcelos
Carlos Eduardo Vieira de Carvalho
Carlos Fernando Mathias de Souza
Carlos Frederico Oliveira Pereira
Carlos Roberto Mota Pelegrino
Christine Oliveira Peter da Silva
Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto
Davi Monteiro Diniz
Dourimar Nunes de Moura
Edson Carvalho Vidigal
Ela Wiecko Volkmer de Castilho
Eugênio José Guilherme de Aragão
Fernanda Dias Xavier
Francisco Ribeiro Todorov
Frederico Henrique Viegas de Lima
Geraldo Brindeiro
Gilmar Ferreira Mendes
Giovana Maria Frisso
Gisela de Castro Chamoun
Glöreni Aparecida Machado
Guilherme Fernandes Neto
Henrique Fagundes Filho
Hércules Alexandre da Costa Benício
Humberto Jacques de Medeiros
Ítalo Fioravanti Sabo Mendes

João Orestes Dalazen
Jorge Amaury Maia Nunes
José Eduardo Sabo Paes
José Francisco Paes Landim
José Geraldo de Sousa Júnior
José Robalinho Cavalcanti
Karla Neves Faiad de Moura
Léo Ferreira Leony
Leomar Barros Amorim
Lúcia Maria Brito de Oliveira
Luís Alberto Warat
Luiz Gustavo Kaercher Loureiro
Loussia Penha Musse Felix
Lucas Rocha Furtado
Márcia Flávia Santini Picarelli
Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Márcio Wanderley de Azevedo
Maria Carolina Rosa
Maria Eliane Menezes de Farias
Mamede Said Maia Filho
Marco Aurélio Mendes de F. Mello
Marcus Faro de Castro
Marthius Sávio Cavalcante Lobato
Menelick de Carvalho Netto
Nelson Azevedo Jobim
Nicolau Dino de Castro e Costa Neto
Olindo Herculano de Menezes
Othon Azevedo Lopes
Pedro Paulo Castelo Branco Coelho
Ricardo José Macedo Britto
Ronaldo Rebello de Britto Poletti
Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Teori Albino Zavascki
Victor Russomano Júnior
Walter Ramos da Costa Porto

Sumário:

11 Agradecimentos

13 Apresentação

Primeira Parte – Memória

19 O componente de Mediação Víctima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação procedimental de uma inovação epistemológica na autocomposição penal

André Gomma de Azevedo

Segunda Parte – Doutrina – Parte Especial

43 Justiça sem Direito?

Jerold S. Auerbach

Terceira Parte – Doutrina – Artigos de Professores

65 Justiça Restaurativa por meio da Mediação Víctima-Ofensor: uma avaliação a partir de várias Experiências locais

Mark S. Umbreit

93 Um modelo não serve para todos: uma abordagem pluralista ao teste do desempenho e à garantia da qualidade do mediador

Robert A. Baruch Bush

129 Tomada de decisão em mediação: o novo “gráfico antigo” e o sistema do “novo gráfico novo”

Leonard L. Riskin

171 Resolução Alternativa de Disputas: por que ela não funciona e por que ela funciona

Todd B. Carver e Albert A. Vondra.

Quarta Parte – Doutrina – Artigos de Pesquisadores

189 Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora

Artur Coimbra de Oliveira.

205 Implementação da Justiça Restaurativa por meio da Mediação Penal

Tatiana Sandy Tiago

221 A indicação à Mediação Víctima-Ofensor: algumas considerações em referência à sua eficácia em diferentes casos

Breno Zaban Carneiro

Quinta Parte – Resenhas de Livros

239 The promise of Mediation – Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger

Artur Coimbra de Oliveira

243 Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos. Catherine Slakmon, Renato Campos Pinto de Vitto e Renato Sócrates Gomes Pinto

Tatiana Sandy Tiago

Sexta Parte – Miscelânea

249 Lei Uniforme de Mediação

257 Resolução 12/2002 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em sua sessão substantiva de 2002

265 Formulário para Avaliação de Programas: Mediação Víctima-Ofensor

*Baseado em formulários desenvolvidos por:
Mark S. Umbreit e André Gomma de Azevedo*

aos Professores
Osiris Lopes Neto (*in memoriam*)
e
Athos Gusmão Carneiro

dois ilustres e dedicados docentes da
Faculdade de Direito da Universidade
de Brasília, a quem dedicamos essa
obra pela grande contribuição ao
desenvolvimento da pesquisa na
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília

Agradecimentos

As idéias apresentadas nesse quarto ano de coletânea de artigos decorrem, em grande parte, do trabalho de muitas pessoas que intensamente contribuíram para diversos projetos do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GT Arbitragem). Portanto, não poderíamos deixar de registrar esses esforços e nossos sinceros agradecimentos a estes para com quem temos expressivas dívidas intelectuais.

Inicialmente, agradecemos ao Prof. Mark S. Umbreit (Universidade de Minnesota, EUA) pelo contínuo apoio com o projeto de pesquisa em Mediação Vítima-Ofensor (MVO), bem como pela autorização da tradução e publicação do artigo *Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment* publicado originalmente no *Western Criminology Review* (1998) e de seu “Formulário para Avaliação de Programas: Mediação Vítima-Ofensor” que foi adaptado para publicação nesta obra considerando o contexto processual penal brasileiro e formulários de avaliação qualitativa de programas de mediação forense desenvolvidos pelo GT Arbitragem.

Cabe registrar também a notável generosidade do Prof. Jerold S. Auerbach (Wellesley College) e da Oxford University Press que nos autorizaram a publicar dois capítulos do livro *Justice Without Law?* originalmente publicado em 1984.

Pela autorização para publicar em português seu artigo *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance* publicado originalmente na *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2004) agradecemos o Prof. Robert Baruch Bush (Hofstra University, EUA) bem como a própria revista. Pela autorização para traduzir e publicar o seu artigo *Decision Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System* originalmente publicado na *Notre Dame Law Review* (2003) agradecemos ao Prof. Leonard Riskin (Universidade de Flórida, EUA) e esta revista.

Registramos também nosso apreço ao Sr. Tim Cannon da *Harvard Business School Publishing* pela autorização referente à tradução e publicação do artigo *Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does* publicado originalmente na *Harvard Business Review* de maio de 1994.

Registramos com grande consideração a contribuição da Professora Carol Liebman, Diretora da Clínica de Mediação da Universidade de Columbia em Nova Iorque, pela sua participação

no I Curso de Extensão em Mediação e pelo desencadeamento de diversas linhas de pesquisa no GT Arbitragem.

De igual forma, ressaltamos nossos agradecimentos aos Conselheiros Germana de Moraes e Eduardo Lorenzoni do Conselho Nacional de Justiça bem como aos Coordenadores Gerais do seu Movimento pela Conciliação Desembargador Marco Aurélio Gastaldi Buzzi e Juíza Mariella Ferraz de Arruda Pollice Nogueira pela oportunidade de aproveitar os trabalhos de pesquisa deste grupo junto a esse relevante movimento nacional.

Pelo apoio institucional em especial no que tange aos vídeos educacionais A Oficina: uma mediação exemplificada e O Reencontro de Helena: uma mediação vítima-ofensor exemplificada agradecemos ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e em especial aos seguintes membros: Des. Gilberto de Freitas Caribé, Des. Benito Figueiredo, Des. Luiz Fernando de Souza Ramos, Des. Lucy Lopes Moreira e Des. Carlos Alberto Dultra Cintra.

Cumpramos ressaltar ainda nossa dívida de gratidão com o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e seus integrantes pelas oportunidades de participação com pesquisas em programas pioneiros como o projeto piloto de mediação forense (Serviço de Mediação Forense), o programa de mediação comunitária (Projeto Justiça Comunitária) e o programa de mediação penal (Projeto Piloto de Justiça Restaurativa). Registramos, assim, nosso apreço pela contribuição dos seguintes membros: Juíza Carmen Nicea Nogueira Bittencourt, Juiz Asiel Henrique de Souza, Juiz Ben-Hur Viza e Juíza Sandra Tonussi Reves; Des. José Jeronymo Bezerra de Souza, Des. Estevam Maia, Des. Eduardo de Moraes Oliveira; Des^a. Carmelita Indiano A. do Brasil Dias; Des. Natanael Caetano Fernandes, Des. Otávio Augusto Barbosa, Des. Getúlio Vargas de Moraes Oliveira, que muito bem assistidos pelo Secretário Executivo do Serviço de Mediação Forense (a quem estendemos nossa gratidão), Dr. Marcelo Girade, têm obtido notáveis resultados. Agradecemos também pelos prestimosos auxílios das brilhantes psicólogas Marília Lobão, Simone Republicano, Helena Costa e Lianne Oliveira.

Pelos oportunos projetos de pesquisa em métodos apropriados de resolução de disputas agradecemos o apoio dos antigos integrantes do GT Arbitragem: Profa. Paulina Paez, Dra. Francine Figueiredo, Dr. Cláudio F. Silva, Dr. Alexandre Vitorino, Dr. Amom Albernaz Pires, Dr. Henrique Araújo Costa, Dr. Weverton Severo, Dr. Cícero Freitas, Dr. Juliano Zaiden Benvindo, Dra. Daniela Bóson, Dr. Vilson Malchow Vedana, Dr. Fábio Portela Lopes de Almeida, Dr. Francisco Mendes Sertel, Dr. Otávio Perroni e Dra. Isabela Seixas.

Finalmente, registramos nossos agradecimentos aos alunos que participaram e apoiaram os projetos do Grupo de Pesquisa em Arbitragem, Mediação e Negociação desde sua formação em 1998.

Brasília, 8 de março de 2007

André Gomma de Azevedo
Ivan Machado Barbosa

Apresentação

O Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GT Arbitragem) tem desenvolvido, desde 1998, uma série de projetos voltados à melhoria da teoria e técnica de resolução de disputas com ênfase nos mecanismos autocompositivos. De todos os projetos desenvolvidos nos anos de 2006 e 2007, possivelmente os que demonstraram maior efetividade na necessária contribuição social a que se destina a pesquisa acadêmica foram os estudos sobre a Mediação Vítima-Ofensor (MVO) e o vídeo exemplificativo de processo restaurativo – este já se encontra disponível para visualização no site do GT Arbitragem (www.unb.br/fd/gt).

Como recorrentemente se faz no GT Arbitragem, a cada ciclo de trabalhos se escolhem quais temas de pesquisa serão desenvolvidos no ciclo seguinte para auxiliar os projetos autocompositivos de Organizações Não Governamentais (ONGs) e do Poder Judiciário. Nos anos de 2006 e 2007, desenvolveram-se projetos na área de Justiça Restaurativa e seu componente da Mediação Vítima-Ofensor. A Justiça Restaurativa é definida nesta obra como a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito. Por sua vez, a Mediação Vítima-Ofensor é definida como o processo autocompositivo que proporciona às vítimas de crimes a oportunidade de encontrar os autores do fato (ou ofensores) em um ambiente seguro e estruturado, com o escopo de estabelecer direta responsabilidade dos ofensores enquanto se proporciona relevante assistência e compensação à vítima.

Nesse contexto, no marco de lançamento de um exemplar da *Série Grupos de Pesquisa*, com a edição destes *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 4 (2007)*, direciona-se o presente trabalho preponderantemente à autocomposição pe-

nal com o intuito de auxiliar os projetos piloto em Justiça Restaurativa dos Tribunais Brasileiros.

O presente livro é composto de seis partes. A primeira, intitulada *Memória*, contém a republicação do artigo do professor André Gomma de Azevedo. O referido trabalho apresenta os conceitos e características da Justiça Restaurativa e da Mediação Vítilma-Ofensor como parte de uma inovação epistemológica na autocomposição penal

A segunda parte, intitulada de *Doutrina Parte Especial*, contém a introdução e a conclusão do célebre livro “Justiça sem Direito” do professor Jerold S. Auerbach. Esta obra trata percucientemente o relacionamento entre as formas de resolução de disputas e o Direito.

A terceira parte, *Doutrina – Artigos de Professores*, traz quatro artigos de professores estrangeiros que enriqueceram o tema. O texto do professor Mark Umbreit apresenta os princípios fundamentais da Justiça Restaurativa e os utiliza para analisar uma série de dados empíricos acerca da Mediação Vítilma-Ofensor. Robert Baruch Bush analisa em seu trabalho diversos testes de desempenho e defende a tese de que eles possuem a falha comum de não reconhecer a existência de diversos modelos de mediação, propõe a seguir a criação de um teste pluralista capaz de analisar os diversos paradigmas da mediação. O artigo do professor Leonard Riskin apresenta a evolução do clássico gráfico de avaliação de mediação¹, em uma interessante abordagem esquemática acerca da tomada de decisão na mediação. Finalmente, o artigo dos professores Carver e Vondra demonstra de forma cabal quais são os fatores necessários para uma utilização bem sucedida dos métodos de resolução de disputas não judiciais e quais são os elementos que podem levar ao fracasso desses processos.

A quarta parte do livro apresenta três artigos de pesquisadores do GT Arbitragem especialmente escolhidos por sua pertinência temática. Artur de Oliveira apresenta na sua obra fundamentos teóricos para a avaliação do desempenho do mediador na tarefa de incentivar a transformação do conflito. O trabalho de Tatiana Sandy Tiago apresenta a Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítilma-Ofensor como um instrumento para complementar o processo penal tradicional, de forma a sanar algumas de suas falhas. Breno Carneiro, por sua vez, analisa doutrina e estudos empíricos para fornecer um fundamento norteador da seleção dos casos especialmente indicados para a Mediação Vítilma-Ofensor.

A quinta parte desta obra é composta por duas resenhas de importantes trabalhos. A primeira é “*The Promise of Mediation*”, de Bush e Folger, realizada pelo pesquisador Artur Oliveira. A segunda resenha, de Tatiana Sandy Tiago, analisa a importante

¹ Confira o gráfico clássico no artigo “*Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Mapa para os Desnorteados*”, constante no volume 1 desta série.

coletânea de artigos do Ministério da Justiça intitulada: “Justiça Restaurativa: uma coletânea de artigos”.

Na sexta e última parte, *Miscelânea*, são apresentados três diferentes trabalhos de grande relevância para os pesquisadores dos métodos apropriados de resolução de disputas. O primeiro é a “Lei Uniforme de Mediação dos Estados Unidos” que foi concebida para sistematizar a legislação dos diversos estados americanos acerca da mediação. O segundo texto consiste em Resolução aprovada pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas que apresenta os princípios básicos da Justiça Restaurativa e que exorta os Estados Membros a adotarem as suas práticas. Por fim, o último trabalho é um formulário para avaliação de Mediação Vítima-Ofensor desenvolvido por Mark Umbreit e adaptado por André Gomma de Azevedo que, estruturado por meio de questões simples, permite avaliar a boa prática da Mediação Vítima-Ofensor sem a necessidade de grandes dispêndios financeiros.

André Gomma de Azevedo
Ivan Machado Barbosa

Primeira Parte
Memória

O COMPONENTE DE MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA BREVE APRESENTAÇÃO PROCEDIMENTAL DE UMA INOVAÇÃO EPISTEMOLÓGICA NA AUTOCOMPOSIÇÃO PENAL

André Gomma de Azevedo¹

I. Introdução. II. Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor: Conceitos. III. Características procedimentais da mediação vítima-ofensor. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

I. Introdução

A moderna doutrina tende a criticar o antigo modelo epistemológico que propugnava um sistema positivado puramente técnico e formal do ordenamento jurídico processual pois passou-se a perseguir o chamado aspecto ético do processo: a sua conotação deontológica². Entende-se que a principal proposição de uma estrutura processual de resolução de conflitos consiste precisamente em se desenvolver um sistema que atenda ao principal escopo de um sistema processual: a pacificação social. No âmbito penal, as “inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos³” entre outros que conclamam alterações no ordenamento jurídico direcionam-se, sobretudo, para que se abandone uma estrutura formalista centrada em componentes axiológicos dos próprios representantes do Estado (*e.g.* juízes ou promotores) para se prover o “Acesso à Justiça” – um modelo cuja valoração do justo decorre da percepção do

1 Juiz de Direito (TJBA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Mestre em Direito pela Universidade de Columbia em Nova Iorque. Ex-mediador no Institute for Mediation and Conflict Resolution (IMCR), em Nova Iorque - EUA. Ex-mediador no Harlem Small Claims Court, em Nova Iorque - EUA. Ex-Consultor Jurídico na General Electric Company (GE), em Fairfield, CT - EUA. Texto elaborado a partir de palestra proferida no 2º Congresso do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia em 9.11.2004 na FIESP - Federação das Indústrias do Estado de São Paulo e de artigo publicado na Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no. 11, Jul./Dez. 2001, págs. 13 a 24.

2 BAGOLINI, Luigi, *Visioni della giustizia e senso comune*, Ed. Giappichelli, 2ª. ed. Turim, 1972 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. Malheiros, 8ª. Edição, São Paulo, 2000, p. 22.

3 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Ed. Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre 1988 p. 8.

próprio jurisdicionado (e.g. comunidade, vítima e ofensor⁴) estabelecido diante de padrões amplos fixados pelo Estado⁵. Nesse contexto surge a chamada “Justiça Restaurativa”, uma nova tendência sistêmica na qual “as partes envolvidas em determinado crime [e.g. vítima e ofensor] conjuntamente decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras⁶”.

Assim, pela Justiça Restaurativa se enfatizam as necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor sob patente enfoque de direitos humanos consideradas as necessidades de se reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que freqüentemente desconsideram as necessidades das vítimas. Desta forma, busca-se reafirmar a responsabilidade de ofensores por seus atos ao se permitirem encontros entre estes e suas vítimas e a comunidade na qual estão inseridos. Em regra, a Justiça Restaurativa apresenta uma estrutura mais informal em que as partes têm maior ingerência quanto ao desenvolvimento procedimental e ao resultado. Existem diversos processos distintos que compõem a Justiça Restaurativa, como a mediação vítima-ofensor (*Victim Offender Mediation*), a conferência (*conferencing*), os círculos de pacificação (*peacemaking circles*), círculos decisórios (*sentencing circles*), a restituição (*restitution*), entre outros que merecem ser oportunamente examinados⁷.

O *Acesso à Justiça* foi definido por Bryant Garth e Mauro Cappelletti como uma expressão para que sejam determinadas “duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado⁸”. Cumpre ressaltar que a corrente que preconiza o estímulo ao acesso à justiça o faz considerando não apenas disputas cíveis mas também conflitos no âmbito penal. Dessa forma, há relevante preocupação no sentido de que o sistema penal

4 No presente trabalho, a palavra “ofensor” é utilizado para englobar os diversos termos referentes àquele que se encontra em pólo passivo em inquéritos, termos circunstanciados ou processos (i.e. investigado, indiciado, autor do fato ou réu). Procede-se desta forma em atenção às Regras de Tóquio (*United Nations Minimum Rules for Non-custodial Measures* - Resolução 45/110 de 14.12.1990 da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas) que, no item 2.1 do seu anexo, estabelece esta mesma uniformização terminológica..

5 Nota-se, assim, a tendência de mitigação de corrente excessivamente positivista que impõe o predomínio da norma sobre a vontade consentida. Por essa corrente, encontrada em autores como Hobbes, “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva” (BOBBIO, Norberto, *Teoria Generale del Diritto*, n. 13 esp. p. 36 apud DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 12). Atualmente, a posição consentânea é de que o justo enquanto valor pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente e que, caso estas não consigam atingir tal consenso, um terceiro as substituirá nessa tarefa indicando, com base na lei, o justo diante de cada caso concreto. Por meio da autocomposição o conceito de justiça se apresenta em umas de suas acepções mais básicas: a de que a justiça da decisão é adequadamente alcançada em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento destas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na autocomposição a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso e tanto pela forma como pelo resultado estão satisfeitas com seu termo. Constata-se de plano que, nesta forma de resolução de disputas, o polissêmico conceito de justiça ganha mais uma definição passando a ser considerado também em função da *satisfação das partes* quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.

6 MARSHALL, Tony F., *Restorative Justice: An Overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999 apud ASHFORD, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology nº 42, 2002, p. 578.

7 Para maiores informações acerca desses instrumentos e processos restaurativos v. UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, São Francisco, CA: Ed. Jossey Bass, 2001. Recomenda-se ainda a visita ao sítio <http://www.restorativejustice.org>.

8 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *ob. cit.* p. 8.

não se transforme em um mecanismo de marginalização de hipossuficientes⁹. Isto porque alguns autores chegam a indicar que já “fazem parte do sistema penal – inclusive em sentido limitado – os procedimentos contravençionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc.¹⁰”.

Precisamente em razão de o ordenamento jurídico penal ser um sistema¹¹, e como tal em constante evolução¹², aceitar que o sistema penal cumpra meramente uma *função substancialmente simbólica*¹³ ou ainda meramente punitiva seria contrariar sua própria essência sistêmica. Como parte dessa evolução, buscaram-se novos (e mais eficientes) mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um mecanismo retributivo mais eficiente mas também voltado a ressocialização, prevenção, redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito.

Nesse sentido, dentro do contexto evolutivo dos sistemas processuais existentes até meados do século XX, a resolução de conflitos penais deveria ser desenvolvida exclusivamente pelo Estado e não “sob os auspícios do Estado”. Nota-se, assim, tendência de se incluir o cidadão no processo de resolução de conflitos a ponto de este auxiliar o Estado nesse intuito. O Estado, por sua vez, acompanha tal auxílio para assegurar a adequada preeminência de valores coletivos indisponíveis.

Cabe mencionar que na evolução do Direito Público nos países de orientação romano-germânica e principalmente no desenvolvimento de seus sistemas processuais houve um fortalecimento do Estado na sua função de pacificação de conflitos a ponto de praticamente se excluir o cidadão do processo de resolução de suas próprias controvérsias¹⁴.

Essa quase absoluta exclusividade estatal¹⁵ do exercício de pacificação social, por um lado, freqüentemente mostra-se necessária na medida em que a autotutela pode, excluídas as exceções legais (*e.g.* legítima defesa - art. 25 do Código Penal), prejudicar o desenvolvimento social (*e.g.* crime de exercício arbitrário das próprias razões – art. 345 do Código Penal). Por outro lado, a própria autocomposição, que pode ser um meio muito eficiente de composição de controvérsias, não vinha sendo até pouco tempo atrás no Brasil adequadamente estimulada pelo Estado. Naturalmente, há exceções como os projetos de Justiça Restaurativa nos Tribunais de Justiça do Distrito Federal, do Rio Grande do Sul e do Paraná.

9 Cf. AGUADO, Paz M. de la Cuesta, *Un Derecho Penal en la frontera del caos*, Revista da FMU n° 1, 1997.

10 ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2004, p. 69.

11 Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de, *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*, São Paulo, SP: Cortez Editora, 2000, p. 159. e ANTUNES, José Engrácia, *A hipótese autopoietica in Revista Juris et de Jure*, Porto: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 1998, p. 1276.

12 Cf. SENGE, Peter, *The Fifth Discipline*, Nova Iorque, NY: Ed. Currency, 1994; AXELROD, Robert, *The Evolution of Cooperation*, EUA: Ed. Basic Books, 1984; SMITH, John M. *Evolution and the Theory of Games*, Nova Iorque, NY: Cambridge University Press, 1982.

13 ZAFFARONI, *Ob. Cit.* p. 76.

14 GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii, *Teoria Geral do Processo*, Ed. Malheiros 9ª Edição, São Paulo, 1993.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii, *ob. cit.*, p. 29.

Nota-se, portanto, que a autocomposição penal, com o seu conjunto de processos, técnicas e princípios, é praticamente desconhecida no Brasil. A experiência tem indicado que a iniciativa prevista na Lei nº 9099/95 e reiterada na Lei nº 10.259/01 mostrou-se bastante eficaz da perspectiva de redução de pauta para julgamentos, bem como redução da “absolvição por ineficiência estatal” tradicionalmente referida como prescrição. Por outro lado, se a Lei nº 9099/95 proporcionou ganhos quanto à desobstaculização de pauta e redução de crimes prescritos, de outro lado, houve diversas críticas quanto à forma da realização das audiências preliminares, que freqüentemente, por falta de formação em técnicas autocompositivas de parte de magistrados e seus auxiliares, eram percebidas como coercitivas. Isto porque o art. 73 da Lei nº 9099/95 dispõe que “*A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação. Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal*”. Contudo, esta lei nada dispôs acerca do treinamento necessário a essa autocomposição penal – tratando-a como se intuitivamente pudesse ser desenvolvida de modo adequado.

Merecem registro os diversos ensaios e tentativas de implementar intuitivamente mecanismos autocompositivos dentro de sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX. Não há, contudo, quaisquer registros fidedignos de bom êxito desses ensaios e tentativas. De fato, há indicações de que, quando a autocomposição se desenvolve sem técnica adequada, em regra há a imposição do acordo e, com isso, a perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o sucesso das modernas iniciativas autocompositivas penais (*e.g.* programas de mediação vítima-ofensor) se deu em função do desenvolvimento de pesquisas aplicadas e voltadas a assegurar maior efetividade a esses processos. Exemplificativamente, desenvolveu-se no campo da psicologia cognitiva uma série de projetos voltados à compreensão do modo por intermédio do qual as partes percebem a realidade quando encontram-se em conflito¹⁶. No campo da matemática aplicada, desenvolveram-se estudos em aplicação de algoritmos¹⁷ para a resolução de disputas¹⁸. No campo da economia, passaram-se a aplicar conceitos como Teoria dos Jogos e Equilíbrio de Nash que, quando aplicados à resolução de disputas, sugerem possibilidades para que partes consigam alcançar acordos sem que haja necessariamente a submissão a interesses de outrem ou a concessão mútua¹⁹. Nota-se, portanto, o abandono da prática intuitiva da

16 Cf. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973.

17 Entende-se por algoritmo o processo de resolução de um grupo de questões semelhantes, em que se estipulam, com generalidade, regras formais para a obtenção de resultados, ou para a solução dessas questões.

18 Cf. BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.

19 Acerca desses novos conceitos desenvolvidos *vide* artigos dos pesquisadores Fábio Portela Almeida, Otávio Perroni e Gustavo Tranchão Azevedo publicados na obra AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

conciliação em favor de uma técnica específica desenvolvida para esses novos instrumentos²⁰.

De fato, estes “novos instrumentos” autocompositivos, com a aplicação dessa metodologia específica, devem ser considerados atualmente como novos processos, pois cada um destes passou a consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito. Zamorra Y Castillo, em seu livro de 1947, já falava da processualização de outras formas de composição de conflitos²¹.

Seguindo este mesmo fundamento, na medida em que a mediação passou a ser tratada, em razão de sua técnica²², como um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente visando a atingir escopos pré-estabelecidos, possuindo fases e pressupondo a realização da prática de determinados atos para se atingirem, com legitimidade, fins esperados, este instrumento deve ser considerado um processo. Apesar de o professor Francesco Carnelutti, que primeiro cunhou o termo autocomposição²³, definir a conciliação como *equivalente jurisdicional* e não como processo, isto se dá em função da própria maneira intuitiva pela qual se conduzia a autocomposição à época da conceituação desses institutos. Pode-se afirmar, em função da própria definição²⁴ desse processualista do que vem a ser um processo²⁵ que, considerando a forma procedimentalizada da autocomposição moderna, este autor provavelmente também a classificaria como um processo.

Nota-se, portanto, que ordenamentos jurídico-processuais modernos são compostos, atualmente, de vários processos distintos. Esse espectro de processos (*e.g.* processo judicial, arbitragem, conciliação, mediação vítima-ofensor, entre outros) forma o que denominamos de *sistema pluriprocessual*. Com o pluriprocessualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada contexto fá-

20 Para maiores detalhes acerca da metodologia de formação de mediadores e advogados *vide* SCHMITZ, Suzanne J., *What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, 6 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 2001; HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 *Harvard Negotiation Law Review*, 189, 1999; NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 *Washington University Law Quarterly*, 47, 1996.

21 ZAMORRA Y CASTILLO, *ob. cit.* p. 62.

22 Para referências bibliográficas acerca dessas técnicas e processos de resolução de disputas reportamo-nos ao endereço eletrônico do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (<http://www.unb.br/fd/gt> - bibliografia) onde poderá ser encontrada lista detalhada de obras. Destacam-se, contudo, os seguintes trabalhos: MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998; SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003; COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Ed. Nita, 2000; GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al.* *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992; e GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

23 CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Bookseller, 2001.

24 CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000, p. 72.

25 Carnelutti define processo como um “conjuntos de atos dirigidos à formação ou à aplicação dos preceitos jurídicos cujo caráter consiste na colaboração para tal finalidade das pessoas interessadas com uma ou mais pessoas desinteressadas (...) a palavra processo serve, pois para indicar um método para a formação ou para a aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa (...) para o objetivo de alcançar a regulamentação justa e certa é necessária uma experiência para conhecer os termos do conflito, uma sabedoria para encontrar seu ponto de equilíbrio, uma técnica para aquilatar a fórmula idônea que represente esse equilíbrio, a colaboração das pessoas interessadas com pessoas desinteressadas está demonstrada para tal finalidade como um método particularmente eficaz” (CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000, p. 72).

tico (*fattispecie*²⁶) são consideradas na escolha do processo de resolução de conflitos. Com isso, busca-se reduzir as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a melhor solução da disputa no caso concreto. A doutrina registra que essa característica de afeiçoamento do procedimento às peculiaridades de cada litígio decorre do chamado *princípio da adaptabilidade*²⁷.

Em grande parte, esses processos já estão sendo aplicados por tribunais como forma de emprestar efetividade ao sistema. A chamada institucionalização²⁸ desses instrumentos iniciou-se ainda no final da década de 1970, em razão de uma proposta do professor Frank Sander²⁹ posteriormente denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas)³⁰. A organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) se compõe de um poder judiciário como um centro de resoluções de disputas, com processos distintos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, ao invés de existir apenas uma “porta” – o processo judicial – que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um amplo sistema com vários tipos distintos de processo que formam um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas ao processo adequado a cada disputa. Nesse sentido, nota-se que o magistrado, além da função jurisdicional que lhe é atribuída, assume também uma função gerencial³¹, pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e o acompanhamento³², para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento jurídico processual, ou, no mínimo, que os auxiliares (*e.g.* mediadores) estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos.

Pode-se mencionar que a recente busca da autocomposição como meio de composição de controvérsias é decorrente, principalmente, de dois fatores básicos do desenvolvimento da cultura jurídico-processual: (i) de um lado, cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em razão de fatores como, dentre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual³³; (ii) por outro lado, tem-se aceitado o fato de que o escopo social mais elevado

26 Cf. CARNELUTTI, Francesco, *Diritto e Processo*, n. 6, p. 11 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21.

27 v. Princípio da adaptabilidade do órgão às exigências do processo *in* CALAMANDREI, Piero, *Instituzioni di diritto processuale civile*, I § 54, p. 198 *apud* DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000, p. 290.

28 GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.* p. 432.

29 SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, *in* *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.

30 Cf. STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* *in* *Ohio State Journal on Dispute Resolution* n° 13, 1998, p. 303.

31 RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, *in* *Harvard Law Review*, n° 96, p. 435.

32 Cf. ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, *in* *University of Chicago Law Review* n° 53, p. 323.

33 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *ob. cit.* p. 83.

das atividades jurídicas do Estado é eliminar conflitos mediante critérios justos³⁴, e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o *abandono de fórmulas exclusivamente positivadas*”³⁵.

Ao se desenvolver esse conceito de “abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”, de fato, o que se propõe é a implementação no nosso ordenamento jurídico-processual de mecanismos paraprocessuais ou metaprocessuais que efetivamente complementem o sistema instrumental visando ao melhor atingimento de seus escopos fundamentais ou, até mesmo, que atinjam metas não pretendidas originalmente no processo judicial³⁶.

Nota-se, portanto, que, se a autocomposição penal, em modernos ordenamentos processuais, se mostra como uma categoria de ‘portas’ disponíveis, a Justiça Restaurativa consiste em um movimento para se estimular a utilização dessas portas para, assim, “proporcionar uma oportunidade para que vítimas possam obter reparações, sentirem-se mais seguras, e encerrar um ciclo psicológico”, bem como permitir que “ofensores tenham melhor compreensão acerca das causas e efeitos de seus comportamentos e que sejam responsabilizados de uma forma significativa³⁷”. Paralelamente, a Justiça Restaurativa busca também “proporcionar à comunidade melhor compreensão acerca das causas subjacentes ao crime, bem como promover o bem estar da comunidade e prevenir crimes³⁸”.

Como será tratado a seguir, cumpre destacar ainda que a Justiça Restaurativa, com seu principal instrumento – a mediação restaurativa – não visa a substituir o tradicional modelo penal retributivo. Trata-se de iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas, proporcionar resultados mais eficientes da perspectiva do jurisdicionado.

II. Justiça Restaurativa e Mediação Vítima-Ofensor: Conceitos

Como indicado acima, a Justiça Restaurativa pode ser definida como um “movimento por intermédio do qual busca-se estimular a utilização de processos nos quais a vítima e o ofensor e, quando adequado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime, participem ativa e conjuntamente na resolução de questões originárias do crime, em regra com o auxílio de um facilitador³⁹”. Todavia, ante a recen-

34 DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, Ed. Malheiros, 8ª. Edição, São Paulo, 2000, p. 161.

35 DINAMARCO, Cândido Rangel, Ob. cit. P. 157 – A expressão original do autor é “abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas”, contudo, não entendemos adequada a indicação de que a autocomposição não seria, com sua adequada técnica, um instrumento exclusivamente jurídico. Isto porque se consideram as novas concepções de Direito apresentadas contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Souza Santos segundo o qual “concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada (SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72).

36 Cf. BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

37 Preâmbulo da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

38 *Idem*.

39 Cf. Terminologia da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

tidade do tema, não há consenso quanto à conceituação da Justiça Restaurativa. Algumas definições baseiam-se em procedimentalizações dos encontros entre a vítima, o ofensor e alguns representantes da comunidade. O Prof. Tony Marshall, como citado acima, define a Justiça Restaurativa como um sistema pelo qual “as partes envolvidas em determinado crime [e.g. vítima e ofensor] conjuntamente decidem a melhor forma de lidar com os desdobramentos da ofensa e suas implicações futuras⁴⁰”.

Por outro lado, há uma corrente mais abrangente que define a Justiça Restaurativa a partir de seus valores, princípios e resultados pretendidos⁴¹. Exemplificativamente, o Prof. Gordon Bazemore a apresenta como o processo no qual a reparação do dano ou o restabelecimento consiste no principal valor. Segundo Bazemore, a Justiça Restaurativa se propõe também a promover outros valores como a participação, reintegração e deliberação, que também formam seu corpo axiológico central. Ao procedermos a uma fusão dessas duas correntes e fazendo uso de outras definições⁴², entendemos que **a Justiça Restaurativa pode ser conceituada como a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.**

Cabe registrar que a Justiça Restaurativa apresenta uma estrutura conceitual substancialmente distinta da chamada justiça tradicional ou Justiça (Puramente) Retributiva. A Justiça Restaurativa enfatiza a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível,

40 MARSHALL, Tony F., *Restorative Justice: An Overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999 apud ASHFORD, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology nº 42, 2002, p. 578.

41 E.g. BAZEMORE, Gordon e WALGRAVE, Lode, *Restorative Juvenile Justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform* in BAZEMORE, Gordon et al *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, 1999 e ROCHE, Declan, *The Evolving Definition of Restorative Justice in Contemporary Justice Review* nº 4.

42 E.g. GOMES PINTO, Renato Sócrates, *Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?*, SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.; UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, São Francisco, CA: Ed. Jossey Bass, 2001; ASHWORTH, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology nº 42, 2002; MORRIS, Allison, *Critiquing the Critics*, British Journal of Criminology nº 42, 2002; VAN NESS, Daniel, W. *Restorative Justice around the world*. Tese apresentada no encontro da Organização das Nações Unidas, UN Expert Group on Restorative Justice, 29.10 – 1.11.2001 em Ottawa, Canadá; BAZEMORE, Gordon e WALGRAVE, Lode, *Restorative Juvenile Justice: In search of fundamentals and an outline for systemic reform* in BAZEMORE, Gordon et al *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, 1999 e ROCHE, Declan, *The Evolving Definition of Restorative Justice in Contemporary Justice Review* nº 4.

proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos⁴³.

Cumpra registrar que a conceituação da Justiça Restaurativa mostra-se necessária para o próprio planejamento de novas práticas ou políticas públicas segundo esta nova corrente. Nesse sentido, como bem exposto por Gomes Pinto⁴⁴, sabe-se que a Lei nº 9099/95 estabeleceu, em casos de crimes de menor potencial ofensivo, a autocomposição penal. Todavia, ante a ausência de foco: i) em restauração das relações sociais subjacentes à disputa; ii) em humanização das relações processuais; e iii) em razão da ausência de técnica autocompositiva adequada, pode-se afirmar que a transação penal como atualmente desenvolvida não se caracteriza como instituto da Justiça Restaurativa. Naturalmente, isto não impede que Tribunais de Justiça estabeleçam programas de Justiça Restaurativa com base legal na própria lei de Juizados Especiais. Nesse sentido, destaca-se o trabalho que se inicia no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios que visa a instituir comissão para o estudo da adaptabilidade da Justiça Restaurativa à Justiça do Distrito Federal e desenvolvimento de ações para a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante⁴⁵ (cidade satélite de Brasília). Nesse projeto, nota-se marcante tendência a se iniciar a implementação da Justiça Restaurativa por intermédio de um programa piloto que desenvolva mediações vítima-ofensor.

Como examinado acima, a mediação vítima-ofensor (MVO) é apenas um dos diversos processos da Justiça Restaurativa. Dentre outras práticas como a conferência (*conferencing*), as câmaras restaurativas (*restorative conferences*), os círculos de pacificação (*peacemaking circles*), os círculos decisórios (*sentencing circles*), a restituição (*restitution*)⁴⁶, a mediação vítima-ofensor se caracteriza como a prática mais antiga, havendo registros⁴⁷ das primeiras MVOs no Canadá em 1974.

A mediação vítima-ofensor é definida por Mark Umbreit como “o processo que proporciona às vítimas de crimes contra a propriedade (*property crimes*) e de crimes de lesão corporal leve (*minor assaults*) a oportunidade de encontrar os autores do fato (ofensores) em um ambiente seguro e estruturado com o escopo de estabelecer direta responsabilidade dos ofensores enquanto se proporciona relevante assistência e compensação à vítima. Assistidos por um mediador⁴⁸ treinado, a vítima é capacitada a demonstrar ao ofensor como o crime a afetou, recebendo uma resposta às suas questões e estará diretamente

43 UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.*, p. XXV

44 v. GOMES PINTO, Renato Sócrates, *Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?*, *Ob. Cit.*

45 Art. 1º da Portaria Conjunta nº 15 de 21.06.2004 da Presidência, Vice-presidência e Corregedoria o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

46 Para maiores informações acerca desses instrumentos e processos restaurativos v. UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, São Francisco, CA: Ed. Jossey Bass, 2001. Recomenda-se ainda a visita ao site <http://www.restorativejustice.org>.

47 UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.*, p. xlii.

48 Da conceituação desenvolvida na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas conclui-se que o “facilitador”, definido por esta resolução como “todo aquele que facilite de forma justa e imparcial a participação das partes em um processo restaurativo”, é gênero do qual o “mediador” seria espécie. Isto porque a mediação vítima-ofensor consiste tão somente em um dos diversos processos da Justiça Restaurativa.

envolvida em desenvolver um plano de restituição para que o ofensor seja responsabilizado pelo dano causado⁴⁹”. Cumpre destacar que a definição apresentada por UMBREIT restringe a aplicação da mediação vítima-ofensor tão somente a alguns crimes de menor potencial ofensivo e a crimes contra a propriedade. Todavia, nota-se tendência mundial retratada na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas no sentido de se estabelecerem estudos em políticas públicas referentes à aplicação dos princípios da Justiça Restaurativa em crimes de médio e acentuado potencial ofensivo.

Cabe ressaltar que, a despeito de ser um dos institutos da Justiça Restaurativa, a MVO permanece sendo espécie do gênero autocompositivo denominado de ‘mediação’ – definida como o processo segundo o qual as partes em disputa escolhem uma terceira parte, neutra ao conflito ou um painel de pessoas sem interesse na causa (co-mediação), para auxiliá-las a chegar a um acordo, pondo fim à controvérsia existente. Nesse espírito, são as próprias partes que são estimuladas a encontrar uma solução para suas questões, auxiliadas, em menor ou maior escala, pelo mediador⁵⁰. Cabe mencionar que tal como os outros diversos tipos de mediação (e.g. familiar, comunitária, empresarial, institucional entre outros) a mediação vítima ofensor possui uma série de características intrínsecas que a distingue das demais.

Inicialmente cabe registrar que há distinções procedimentais significativas entre as diversas espécies de mediação. Exemplificativamente, em mediações cíveis há, em regra, a contraposição de interesses e resistência quanto a pedidos recíprocos. Já na mediação vítima-ofensor, o fato de uma parte ter cometido um crime e outra ter sido a vítima deve ser incontroversa. Assim, a questão de culpa ou inocência não é mediada.

Enquanto que algumas outras formas autocompositivas são claramente direcionadas ao acordo⁵¹ a MVO direciona-se preponderantemente a estabelecer um diálogo⁵² efetivo entre vítima e ofensor com ênfase em restauração da vítima, responsabilização do ofensor e recuperação das perdas morais, patrimoniais e afetivas. Naturalmente, há diversas orientações distintas dentro da doutrina em mediação vítima-ofensor. Nesse sentido, UMBREIT apresenta a seguinte tabela⁵³ acerca da “restauratividade” da mediação vítima ofensor :

49 UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.*, p. xxxviii.

50 *Glossário – Métodos de Resolução de Disputas (RADS)* in AZEVEDO, André Gomma (Org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

51 Cabe registrar que novas tendências autocompositivas têm direcionado o processo de mediação a uma orientação mais transformadora do que meramente voltada ao acordo. *Sobre esse tema v.* FOLGER, Joseph P. e JONES, Tricia S. *New Directions in Mediation: Communication, Research and Perspectives*, Thousand Oaks, CA: Ed. Sage Publications Inc., 1994 e BARUCH BUSH, Robert A. e FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass, 1994.

52 UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.* p. xl.

53 UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.* p. xli.

Menor Potencial Restaurativo Mediação voltada ao acordo e centrada no ofensor	Maior Potencial Restaurativo Mediação voltada ao restabelecimento do diálogo e mais sensível à vítima
1. O enfoque da mediação direciona-se a determinar a quantificação da reparação civil a ser paga com menos oportunidade para comunicações diretas sobre o impacto integral do crime na vítima, na comunidade ou no próprio ofensor.	1. O enfoque da mediação direciona-se a proporcionar uma oportunidade para vítimas e ofensores se comunicarem diretamente permitindo que aquelas se expressem acerca do integral impacto do crime nas suas vidas e para ouvir respostas às perguntas que eventualmente tenham. Nesse enfoque busca-se estimular os ofensores para que percebam o real impacto humano de seu comportamento e para que assumam responsabilidade por buscar reparação dos danos.
2. As vítimas não é apresentada a opção de foro ou local onde sentir-se-iam mais confortáveis e seguras para se encontrarem com o ofensor. Da mesma forma não lhes é apresentada a opção das pessoas que gostariam que estivessem presentes à sessão de mediação.	2. As vítimas são apresentadas continuamente as opções de onde gostariam de se encontrar com o ofensor e com quem gostariam de manter a sessão de mediação.
3. As vítimas é apresentada somente uma solicitação escrita para comparecimento à sessão de mediação. Em regra não há preparação acerca desse procedimento e do que ocorrerá no desenvolver da mediação.	3. Além dos debates acerca da reparação civil de danos há marcante enfoque no diálogo sobre o impacto do crime nas pessoas envolvidas.
4. Não há prévia preparação individual com a vítima e o ofensor antes da sessão de mediação.	4. Há prévios encontros individuais entre vítimas e ofensores antes da primeira sessão conjunta. Nessas sessões prévias à mediação há ênfase em se debater como o crime afetou as partes, bem como em se identificar interesses, necessidades bem como outros pontos preparatórios à sessão (conjunta) de mediação.
5. O mediador ou facilitador descreve a ofensa ou o crime e posteriormente o ofensor tem a oportunidade de se manifestar. O papel da vítima restringe-se a apresentar ou responder a algumas perguntas por intermédio do mediador. Em regra não há tolerância a longos períodos de silêncio ou expressão de sentimentos.	5. O estilo não diretivo do mediador ou facilitador faz com que as partes assumam posição mais ativa na mediação e se expressem com mais frequência do que o próprio mediador ou facilitador. Há acentuada tolerância ao silêncio e uso de modelos humanísticos ou transformadores da mediação.
6. Com a orientação diretiva do mediador ou facilitador o mediador se expressa na maior parte da mediação continuamente perguntando à vítima e ao ofensor com pouco diálogo entre estes.	6. Há acentuada tolerância quanto à expressão de sentimentos e debates acerca do integral impacto do crime com ênfase no diálogo direto entre as partes envolvidas com o mediador conduzindo o processo para se evitarem excessos.
7. Agentes públicos são usados como mediadores.	7. Membros da comunidade são utilizados como mediadores voluntários independentemente ou monitorados por agentes públicos.
8. Voluntário para vítimas e compulsório para ofensores independentemente destes assumirem autoria ou não.	8. Voluntário para vítima e ofensor
9. A mediação é voltada ao termo de composição civil de danos (acordo). Em regra, a sessão demora de 10 a 15 minutos.	9. A mediação é voltada para o restabelecimento do diálogo. Em regra, a sessão demora pelo menos uma hora.

III. Características procedimentais da mediação vítima-ofensor

a. Pré-seleção de casos

A pré-seleção de casos direciona-se a otimizar o trabalho de mediadores ou facilitadores para que somente as disputas que efetivamente tenham o potencial de resolatividade por meio da MVO sejam encaminhadas a este processo. Como indicado acima, esta é uma característica marcante do sistema pluriprocessual que busca examinar características intrínsecas de cada contexto fático (*fattispecie*) para que sejam consideradas na escolha do processo de resolução de conflitos.

Assim, em regra, são estabelecidos critérios para encaminhamento de casos à mediação. A resolatividade por mediação vítima-ofensor está geralmente ligada a fatores como: i) gravidade do ato infracional ou crime (*e.g.* crimes de menor potencial ofensivo ou sujeitos à suspensão condicional do processo); ii) individualização da(s) vítima(s); iii) assunção ou indícios de assunção de responsabilidade pelo ato por parte do autor do fato ou ofensor; iv) primariedade ou histórico de reincidência do ofensor; sanidade mental da vítima e do ofensor, entre outros.

Cumpra registrar que a mediação vítima-ofensor deve ocorrer em um ambiente adequado tanto para a vítima como para o ofensor. Nesse sentido, na entrevista preliminar faz-se necessária a indicação de que eventual assunção de responsabilidade pelo fato (*i.e.* assunção de culpa) não será comunicada ao juiz competente para julgar a lide penal salvo se houver autorização do ofensor. Esta mesma informação acerca da confidencialidade deve constar da carta ou ofício a ser encaminhado às partes interessadas quando se indica que determinado caso foi encaminhado ao programa de Justiça Restaurativa e nessa mesma comunicação devem-se apresentar de forma clara os objetivos desse projeto, bem como o seu funcionamento.

b. Preparação para a mediação

Segundo Umbreit, existem duas importantes etapas na preparação das partes para a mediação. Inicialmente, há o contato telefônico inicial com cada um dos envolvidos para que se agende um primeiro encontro individual. Em seguida, há essa sessão individual preliminar à mediação, onde discutir-se-ão aspectos fundamentais da mediação vítima-ofensor. Como indicado acima, no primeiro contato telefônico recomenda-se que se faça uma apresentação acerca do que vem a ser mediação vítima-ofensor e quais os benefícios geralmente auferidos por vítimas e ofensores em razão desse encaminhamento. Como resultado desse contato telefônico inicial, uma sessão individual preliminar à mediação poderá ser agendada.

O propósito predominante da sessão individual preliminar à mediação, também denominada de entrevista pré-mediação⁵⁴, consiste em aferir a perspectiva de cada um

⁵⁴ UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.*, p. 39.

dos envolvidos quanto ao ato criminoso em questão. Nesta oportunidade, freqüentemente se explica o processo de mediação vítima-ofensor às partes e se apresentam as vantagens e desvantagens de se participar desse meio autocompositivo penal. Naturalmente, ao mediador compete verificar a percepção das partes quanto ao fato e seus efeitos, bem como verificar se os envolvidos encontram-se preparados para a mediação (quanto às suas expectativas, à forma de comunicação não agressiva e quanto ao procedimento). Para adequadamente tocar todos os pontos necessários nesta fase, em regra, essa entrevista pré-mediação se estende por aproximadamente uma hora. Em síntese⁵⁵, na sessão individual preliminar, o mediador (ou os co-mediadores): i) abre os trabalhos com apresentações pessoais; ii) expõe o processo de mediação, seus princípios e suas diretrizes; iii) ouve ativamente a perspectiva da parte; iv) responde eventuais questionamentos da parte; v) identifica sentimentos da parte para que estes possam ser adequadamente endereçados na mediação; e vi) estimula a parte a elaborar um roteiro do que será debatido na sessão conjunta ao elencar questões controvertidas e interesses.

c. mediação vítima-ofensor

Um dos escopos da mediação consiste precisamente no *empoderamento* das partes (*e.g.* educação sobre técnicas autocompositivas) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus conflitos futuros e realizar o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando a uma aproximação real e conseqüente humanização do conflito decorrente da empatia. Nesse sentido, na mediação vítima-ofensor busca-se desenvolver, nos contextos concretos nos quais tal medida se mostra adequada, a oportunidade de aprendizado da vítima e seu ofensor. Considerando que a MVO conta com uma fase prévia à mediação essa oportunidade de aprendizado deve ter sido aproveitada ainda naquelas sessões individuais preliminares. Isto é, considerando que a Justiça Restaurativa tem como pressuposto de desenvolvimento procedimental a confissão do ofensor, pode-se afirmar que há, nesse contexto, significativo potencial para aprendizado.

Ao início da sessão de mediação, recomenda-se que se faça novamente uma breve apresentação acerca do processo, de suas diretrizes fundamentais ou regras. Autores como Cooley, Umbreit e Liebman⁵⁶ recomendam que nesta declaração de abertura se tratem dos seguintes pontos: i) que se indique que o mediador não estará atuando como juiz – não competindo a este qualquer julgamento; ii) que o processo de mediação é informal contudo estruturado a ponto de permitir que cada parte tenha a oportunidade de se manifestar, sem interrupções; iii) que as partes terão a oportunidade de apresentar perguntas umas às outras, bem como aos acompanhantes, que também poderão se manifestar, desde que resumidamente e que não tirem o enfoque do contato direto entre vítima e ofensor; iv) que as partes, em seguida, terão a oportunidade de debater formas de resolver a situação e reparar os danos; v) que o acordo somente será redigido se as partes estiverem satisfeitas

55 Para maiores detalhes quanto aos procedimentos referentes a essa fase v. UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.*, p. 41.

56 COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Notre Dame, IL: Ed. Nita, 2000. UMBREIT, Mark, *Ob. Cit.* e LIEBMAN, Carol B. *Bioethics in Mediation*: Ed. United Hospital Fund, 2003.

com tal resolução e sem que haja qualquer forma de coerção para o atingimento dessa resolução por parte do mediador; vi) que todos os debates ocorridos na mediação e nas sessões preliminares serão mantidos na mais absoluta confidencialidade e não poderão ser utilizados como prova em eventuais processos cíveis ou criminais; vii) que, caso haja advogados presentes na mediação, estes são importantes para a condução desse processo, na medida em que bons advogados auxiliam o desenvolvimento da mediação e, por consequência, o alcance dos interesses de seu cliente pois apresentam soluções criativas aos impasses que eventualmente surjam em mediações⁵⁷; viii) que, havendo necessidade, o mediador poderá optar por prosseguir com a mediação fazendo uso de sessões individuais (ou privadas) – nas quais as partes se encontram separadamente com o mediador; e ix) que o papel das partes na mediação consiste em ouvirem atentamente umas às outras, escutarem sem interrupções, utilizarem linguagem não agressiva, e efetivamente trabalharem em conjunto para acharem as soluções necessárias.

Após a declaração de abertura oportuniza-se às partes que exponham suas perspectivas. A definição de quem irá iniciar depende da vítima que deverá se manifestar quanto a esse ponto na sua sessão preliminar. Cumpre ressaltar que essa decisão é transmitida à vítima em razão da preocupação constante da mediação vítima-ofensor em *empoderá-la*. Estudos indicam que uma das consequências do crime e da vitimização pode ser constatada na freqüente percepção das vítimas de terem menos poder de autodeterminação e estarem mais fragilizadas perante a sociedade. Nesse sentido, ao se estabelecer que a vítima somente participa do processo de MVO se quiser e que a esta compete a escolha da ordem de manifestações na mediação, busca-se iniciar a reconstrução de um senso de autodeterminação da vítima – para que esta tenha progressivamente a percepção de empoderamento.

Iniciada a manifestação das partes, caso uma venha a interromper a outra ou caso seja utilizada uma linguagem agressiva, o mediador deverá com firmeza e tato manifestar-se para que não haja outras interrupções e para que a comunicação se desenvolva construtivamente. Nesta fase, a principal preocupação do mediador deve ser em transformar comunicações ineficientes (prévias à mediação) em eficientes e construtivas manifestações de interesses e necessidades. De acordo com o modelo espiral de RUBIN⁵⁸, o conflito responde a círculos viciosos (ou virtuosos) de ação e reação. Considerando que cada reação em regra é mais severa e intensa do que a antecedente, uma reação agressiva tenderá a produzir uma reação ainda mais agressiva, o que por sua vez proporcionará nova ação ainda mais agressiva – produzindo-se assim o círculo vicioso denominado de espiral de conflito destrutiva⁵⁹. De igual forma, quando há eficiente participação do mediador nesta fase, as

57 Sobre esse tema v. BARBADO, Michelle T., *Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Vol. 2. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003 COOLEY, John, *Advocacia na Mediação*, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

58 RUBIN, Jeffrey Z. PRUITT, Dean G. et al. *Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement*. Nova Iorque, NY: Ed. McGraw Hill, 2ª Ed, 1994.

59 v. BUNKER, Bárbara, B e RUBIN, Jefferey, *Conflict, Cooperation and Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass, 1995.

partes são estimuladas a agirem de forma construtiva ao fazerem uso de linguagem neutra e não agressiva. Como resultado, essa ação produz uma reação construtiva que por sua vez proporciona nova ação ainda mais construtiva – produzindo-se assim um círculo virtuoso denominado de espiral de conflito construtiva.

Ao ouvir ativamente⁶⁰ a perspectiva das partes, o mediador deve acrescentar à lista de pontos objetos da mediação, originalmente elaborada na sessão individual preliminar, questões relevantes, interesses e sentimentos. Após a feitura de tal lista, recomenda-se que se apresente um breve resumo usando linguagem neutra e apontando as questões e os interesses identificados (em regra os sentimentos são tratados somente em sessões individuais para preservar as partes). Com isso, o mediador consegue recontextualizar os fatos pertinentes ao conflito e estimular o desenvolvimento de uma espiral de conflito construtiva. Desta forma, naturalmente serão escolhidas, pelo mediador, as questões a serem prioritariamente endereçadas na mediação. Cumpre registrar que esta escolha consiste em opção individual do mediador, que em regra opta por iniciar a “comunicação construtiva” pelas questões que tratem de aspectos relacionados à comunicação entre as partes (uma vez que esta, se adequadamente endereçada, auxiliará na resolução das demais questões). Critérios freqüentemente utilizados na escolha da ordem de abordagem de questões a serem tratadas na mediação são, entre outros: i) aqueles que se reportam a histórico de relacionamento positivo das partes; ii) os que evocam interesses comuns; iii) os que a solução já foi implicitamente indicada pelas partes nas suas exposições iniciais (*e.g.* conversarem com urbanidade); iv) os que proporcionam maior aprofundamento da compreensão recíproca acerca das necessidades e interesses de cada parte.

Naturalmente, ao se desenvolver, na mediação, a comunicação acerca das questões controversas, a relação entre as partes aos poucos começa a ser restaurada ou estabelecida em patamares aceitáveis por estas. Nesse sentido, cumpre frisar que compete exclusivamente às partes (re)construir esta relação na medida em que estabelecem adequada comunicação. Cabe destacar ainda que a atribuição do mediador não é secundária ou passiva pois, se de um lado não compete a este apresentar soluções às partes, de outro lado, o estabelecimento de um ambiente adequado para que as partes encontrem suas soluções, bem como o esclarecimento de questões e interesses reais e a identificação e endereçamento adequado de sentimentos que venham a obstaculizar o andamento produtivo da resolução do conflito são atribuições do mediador que requerem a devida capacitação, supervisão e treinamento.

Pode-se afirmar que a mediação aproxima-se de uma resolução em bons termos quando as partes começam a se comunicar diretamente sem se referirem ou se reportarem ao mediador. De igual forma, constata-se alterações no tom de voz e na postura corporal, que passam a ser mais suaves⁶¹. Ademais, consta-se que as percepções negativas quanto ao

60 Acerca de audição ativa, v. BINDER, David e PRICE, Susan *Legal Interviewing and Counseling*, Minneapolis, MN: Ed. West Publishing Corp. 1977, p. 20.

61 V. WEIL, Pierre e TOMPAKOW, Roland, *O corpo fala: a linguagem silenciosa da comunicação não-verbal*, Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1986.

conflito e a parte com quem se está interagindo passam a ser mais positivas com planos de médio ou longo prazo sendo debatidos entre as partes.

Cumpra registrar que o presente trabalho se destina tão somente a exemplificar um procedimento de mediação vítima-ofensor baseado em algumas obras doutrinárias acerca do tema⁶² e na experiência do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (GT Arbitragem). Naturalmente, para o adequado treinamento de facilitadores ou mediadores faz-se necessário um curso de capacitação com estágio supervisionado.

IV. Conclusão

Em razão do aperfeiçoamento contínuo do ordenamento jurídico processual penal constata-se o desenvolvimento de corrente genericamente denominada de “Justiça Restaurativa”, com enfoque predominante nas necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor. Nesse contexto, mostra-se imperativo o reconhecimento dos impactos sociais do ato infracional ou crime e a redução das injustiças significativas decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que freqüentemente desconsideram as necessidades das vítimas. Por meio da Justiça Restaurativa, busca-se reafirmar a responsabilidade de ofensores por seus atos ao se permitirem encontros entre estes e suas vítimas e a comunidade na qual estão inseridos.

O Acesso à Justiça, definido por Bryant Garth e Mauro Cappelletti como uma expressão para que sejam determinadas “duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado⁶³”, mostra-se cada vez mais como um sistema de melhoria contínua não apenas tocante a disputas cíveis, mas também a conflitos no âmbito penal. Dessa forma, há relevante preocupação no sentido de que o sistema penal não se transforme em um mecanismo de marginalização de hipossuficientes⁶⁴.

Como parte da evolução do ordenamento jurídico processual penal, desenvolveram-se novos e mais eficientes mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um instrumento retributivo mais eficiente, mas também voltado à ressocialização, prevenção, educação, empoderamento e humanização do conflito.

No que concerne à autocomposição penal prevista na Lei nº 9.099/95 e na Lei nº 10.259/01, pode-se afirmar que lentamente vem se formando no Brasil a compreensão de que a autocomposição quando desenvolvida sem a técnica adequada em regra gera a impo-

62 V. UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, São Francisco, CA: Ed. Jossey Bass, 2001; ASHWORTH, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology 42, 2002; MORRIS, Allison, *Critiquing the Critics*, British Journal of Criminology nº 42, 2002; MOORE, Christopher, *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998 entre outros.

63 CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *ob. cit.* p. 8.

64 Cf. AGUADO, Paz M. de la Cuesta, *Un Derecho Penal en la frontera del caos*, Revista da FMU nº 1, 1997.

sição do acordo e com isso a perda de sua legitimidade. Isto porque as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Como indicado acima, o sucesso das modernas iniciativas autocompositivas penais decorre do desenvolvimento de pesquisas aplicadas e voltadas a assegurar maior efetividade a esses processos por intermédio do desenvolvimento de técnica adequada.

Nota-se portanto que, a autocomposição penal, em ordenamentos processuais modernos, se compõe de uma categoria de opções processuais ou ‘portas’. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa consiste em um movimento para se estimular a utilização dessas portas para, assim, “proporcionar uma oportunidade para que vítimas possam obter reparações, sentirem-se mais seguras, e encerrar um ciclo psicológico”, bem como permitir que “ofensores tenham melhor compreensão acerca das causas e efeitos de seus comportamentos e que sejam responsabilizados de uma forma significativa⁶⁵”.

Isto porque estas alterações, tendências e melhorias destinam-se exclusivamente a (progressivamente) assegurar a efetividade do sistema processual. Segundo a professora Deborah Rhode⁶⁶, a maioria dos estudos existentes indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento (e não apenas o resultado) foi justo. Outra importante conclusão foi no sentido de que alguma participação do jurisdicionado na seleção dos processos a serem utilizados para dirimir suas questões aumenta significativamente essa percepção de justiça. Da mesma forma, a incorporação pelo Estado de mecanismos independentes e paralelos de resolução de disputas aumenta a percepção de confiabilidade (*accountability*) no sistema⁶⁷.

Naturalmente, cumpre ressaltar que a Justiça Restaurativa e seu componente procedimental da mediação vítima-ofensor encontram-se em estágios preliminares. Nesse sentido, o procedimento de mediação acima descrito retrata apenas algumas décadas de desenvolvimento de técnicas e mecanismos apropriados. Todavia, das respostas obtidas em projetos pilotos em desenvolvimento no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos⁶⁸ pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa não se apresenta como experiência passageira e sim como projeto em plena sedimentação.

65 Preambulo da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas.

66 RHODE, Deborah, *Ob. Cit.* p. 135.

67 LIND e TAYLOR, *Procedural Justice*, 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judicial ADR*, 353-354 *apud* RHODE, Deborah, *Ob. Cit.* p. 135.

68 v. AZEVEDO, André Gomma de, *Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 3*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

V. Bibliografia

AGUADO, Paz M. de la Cuesta, *Un Derecho Penal en la frontera del caos*, Revista da FMU nº 1, 1997

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

ANTUNES, José Engrácia, *A hipótese autopoietica* in Revista Juris et de Jure, Porto: Ed. Universidade Católica Portuguesa, 1998.

ARROW, Kenneth *et. alii*, *Barriers to Conflict Resolution*; Ed. W. W. Norton & Company, 1995.

ASHFORD, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology nº 42, 2002

ASHWORTH, Andrew, *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*, British Journal of Criminology 42, 2002

AUERBACH, Jerold S., *Justice without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983.

AXELROD, Robert, *The Evolution of Cooperation*, EUA: Ed. Basic Books, 1984

AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

_____, *O processo de negociação: Uma breve apresentação de inovações epistemológicas em um meio autocompositivo*, Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no. 11, Jul./Dez. 2001, págs. 13 a 24.

_____, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

_____, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 3*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

AZEVEDO, Gustavo Tranco, *Confidencialidade na mediação*, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARBADO, Michelle T., *Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 2*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARBOSA, Ivan Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1994.

BARUCH BUSH, Robert A. *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*, Ohio State Journal on Dispute Resolution n 19.

BINDER, David e PRICE, Susan *Legal Interviewing and Counseling*, Minneapolis, MN: Ed. West Publishing Corp. 1977.

BIRKE, Richard e FOX, Craig R, *Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements*, Harvard Negotiation Law Review, Vol. 4:1, 1999.

BRADENBURGER, Adam e NALEBUFF, Barry, *Co-opetition*, Nova Iorque: Ed. Currency Doubleday, 1996.

BRAMS, Steven e TAYLOR, Alan; *Fair Division: From Cake-cutting to Dispute Resolution*, Londres: Cambridge University Press, 1996.

BUNKER, Bárbara, B e RUBIN, Jefferey, *Conflict, Cooperation and Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant, *Acesso à Justiça*, Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Direito Processual Civil*, Vol. I, São Paulo: Ed. Book-seller, 2001.

_____, *Instituições do Processo Civil, Vol. I*, São Paulo: Ed. Classic Book, 2000.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *Elementos de Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Forense, 2ª Ed., 1993.

CARVER, Todd B. e VONDRA, Albert A. *Alternative Dispute Resolution: Why it doesn't work and why it does*, Harvard Business Review maio-junho 1994

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituições de Direito Processual Civil, Vol. II*. São Paulo: Ed. Bookseller, 2ª Edição, 2000.

COOLEY, John, *The Mediator's Handbook*, Notre Dame, IL: Ed. Nita, 2000.

COSTA, Alexandre A. *Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação* in AZEVEDO, André Gomma de (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, Vol. 3*. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004.

COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Processal Civil*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1958.

DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973

DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

_____, *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo, SP: Ed. Malheiros, 2003.

ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *University of Chicago Law Review* nº 53, 1986.

FISS, Owen, *Against Settlement* Yale Law Journal nº 93, 1984

GOLANN, Dwight. *Mediating Legal Disputes*, Nova Iorque, NY: Ed. Little, Brown and Company, 1996.

GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al. Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque, NY: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii, Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª Edição, 1993

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Novas Tendências do Direito Processual*, São Paulo: Ed. Forense Universitária, 2ª Ed. 1990.

HENNING, Stephanie A., *A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 Harvard Negotiation Law Review. 189, 1999.

HENSLER, Deborah R. *Does ADR Really Save Money? The Jury's Still Out*. The National Law Journal, 1994.

_____, *Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System*, Penn State Law Review, v. 108, nº 1, 2003

KAKALIK, James S. *et alii, An Evaluation of Mediation and Early Neutral Evaluation under the Civil Justice Reform Act*, Santa Monica, CA: RAND Corp., 1996.

LAX, David e SEBENIUS, James K., *The Manager as a Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*, Nova Iorque, NY: Ed. Free Press, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981

MENKEL-MEADOW, Carrie. *Toward Another View of Negotiation: The Structure of Legal Problem Solving*, 31 UCLA L. Rev. 754; 1984.

MNOOKIN, Robert *et alii.*, *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes*, Cambridge, MA: Ed. Harvard University Press, 2000.

MORRIS, Allison, *Critiquing the Critics*, British Journal of Criminology nº 42, 2002

MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998;

NOLAN-HALEY, Jacqueline M., *Mediation And The Search For Justice Through Law*, 74 Washington University Law Quarterly. 47, 1996.

PERRONI, Otávio, Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação *in* AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nova Iorque: Center of Public Resources, 1992

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, *in* *Harvard Law Review*, nº 96, 1986.

Many Doors? Closing Doors? Alternative Resolution and Adjudication, The Ohio State Journal on Dispute Resolution, v. 10, n. 2.

RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000.

RISKIN, Leonard. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* *in* *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, 1996.

ROLPH, Elizabeth S. e MOLLER, Erik, *Evaluating Agency Alternative Resolution Programs: A User's Guide to Data Collection and Use*, Santa Mônica, CA: Rand Corp., 1995.

SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, *in* *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976.

SCHMITZ, Suzanne J., *What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills for Lawyers Representing Clients in Mediation*, 6 Harvard Negotiation Law Review, 189, 2001.

SENGE, Peter, *The Fifth Discipline*, Nova Iorque, NY: Ed. Currency, 1994

SLAIKEU, Karl; *No Final das Contas: um Guia Prático para a Mediação de Disputas*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2003

SMITH, John M. *Evolution and the Theory of Games*, Nova Iorque, NY: Cambridge University Press, 1982.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*, São Paulo, SP: Cortez Editora, 2000.

STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution* nº 13, 1998.

VEZZULLA, Juan Carlos, *A Mediação de Conflitos com Adolescentes Autores de Ato Infracional*, Ed. Habitus, 2006.

UMBREIT, Mark S. *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, São Francisco, CA: Ed. Jossey Bass, 2001

WATANABE, Kazuo, *Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas*, in WATANABE, Kazuo (Coord.), *Juizados Especial de pequenas causas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

YARN, Douglas E. *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*, São Paulo, SP: Ed. Revista dos Tribunais, 5ª Edição, 2004

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Proceso, Autocomposicion y Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

Segunda Parte
Doutrina
Parte Especial

JUSTIÇA SEM DIREITO?^{1, 2}

Jerold S. Auerbach^{2*}

Introdução

A idéia de se realizar justiça sem o auxílio das normas jurídicas estatais parece absurda, quiçá amedrontadora. A ausência de leis é especialmente alarmante para os americanos, que pertencem a uma das mais legalistas e litigiosas sociedades do mundo. Com certeza, a história dá fundamento a essa persistente tradição legal, que se estende desde nossas origens no século XVII até as longínquas fontes do *common law* anglo-saxão. Não há dúvida quanto a isso; se afastarmos, porém, nossas predisposições culturais contemporâneas, será possível localizar, ao longo dos últimos três séculos e meio de experiência colonial e nacional, vários grupos de americanos que perseverantemente procuraram por uma justiça além do direito estatal, sem advogados ou tribunais. De fato, eles a encontraram em diferentes lugares: em suas comunidades de fé, de ideologia ou mesmo de lucro. Protegidos por essa escolha de distanciamento das normas jurídicas formais, tais grupos viveram de acordo com valores que não poderiam ser satisfeitos pelas instituições jurídicas. O significado dessa busca é o tema do presente trabalho.³

1 ©1984 Oxford University Press. Este texto foi publicado originalmente na língua inglesa e consiste em dois capítulos da obra *Justice without Law? A Oxford University Press* generosamente autorizou a tradução e publicação destes capítulos. Traduzido por Marcelo Maciel e revisado por Maysa Maria Massimo Ribeiro, todos membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

2 Nota do Tradutor: O termo "direito", na presente tradução, refere-se tão-somente ao direito estatal, produzido por normas legais. É evidente que há direito fora do aparato jurídico do Estado, mas, para os propósitos da tradução e com um escopo de clareza, somente a perspectiva mais estrita acima apontada será utilizada.

3 Devo deixar claro, logo neste início, que há certas proposições, correntes no mundo acadêmico jurídico, sobre as quais não devo maior atenção neste livro. Em primeiro lugar, a de que o termo "direito" está presente em todo lugar, não somente em leis e códigos, mas onde quer que existam normas, regras e procedimentos. Em segundo lugar, a proposição, que surge como corolário da primeira, de que não existem "alternativas" – estas seriam pequenas variações que lembram disputas entre adversários, delas não se distinguindo. Por fim, a conseqüente rejeição de qualquer diferença entre instituições jurídicas "formais" e alternativas "informais". Minhas respostas para cada uma dessas proposições são essencialmente idênticas: eu conheço ambos os lados do argumento, que é árido e desvia o foco principal da discussão. Historicamente falando – o que também é suportado pelo pensamento jurídico contemporâneo –, a distinção entre instituições jurídicas formais e suas alternativas informais (sem advogados e juízes, funcionários do Estado) fez sentido para aqueles que escolheram uma opção sobre a outra. (Reconheço, porém, que há indícios demonstrando que tais instituições jurídicas hoje são tão contingentes, discricionárias, arbitrárias e caóticas que já não podem servir de modelo para quase nada que lembre algo de formalidade. E que as alternativas foram, de fato, absorvidas pelas instituições jurídicas.) Se hoje os contornos desta distinção não são precisos, com uma incorrigível mistura das categorias de "jurídico" e "não-jurídico", trata-se de nosso problema atual. Este não foi um problema para os participantes do processo histórico que este livro analisa – pelo menos não até o século XX, quando a lei ofuscou as alternativas históricas, fundindo-as em sua própria imagem comprimida.

Em todas as sociedades, há um amplo leque de alternativas para a resolução dos conflitos originados das disputas pessoais. O litígio judicial é somente uma opção entre várias dessas possibilidades, que vão da simples opção por ignorar o conflito até a violência. As diversas formas de resolução de disputas, bem como as sanções culturalmente aceitas por uma sociedade, expressam os ideais que as pessoas defendem, suas percepções sobre si mesmas e a qualidade de seus relacionamentos com as outras. Elas indicam se as pessoas estão predispostas a evitar ou a encorajar o conflito, reprimi-lo ou resolvê-lo amigavelmente. No fim das contas, os mais básicos valores de uma sociedade são revelados em seus processos de resolução de disputas. Embora todas as sociedades proporcionem instituições voltadas à resolução de disputas, não se pode afirmar que tais instituições devam ser necessariamente – ou exclusivamente – as jurídicas. Concepções sobre o que vem a ser o papel do direito – e as avaliações sobre as vantagens e desvantagens de se submeter um conflito a seus processos – não somente mudam, mas coexistem em permanente tensão.

O padrão norte-americano de resolução de disputas é, e tem sido desde sempre, mais variado e complexo do que nossa restrita perspectiva jurídica atual poderia sugerir. Escondidos em cantos distantes de nossa experiência história encontram-se intrigantes experiências que demonstram uma contínua contra-tradição ao legalismo. Nas mais variadas comunidades, ao longo de toda a história americana, o império da lei foi rejeitado em favor de meios alternativos de ordenação das relações humanas e de resolver as inevitáveis disputas surgidas entre indivíduos. O sucesso de tais alternativas não-judiciais de resolução de disputas sempre dependeu de uma visão comunitária coerente. Como resolver um conflito, em outros termos, confunde-se com a própria maneira (ou possibilidade) de preservação da comunidade.

Historicamente, a arbitragem e a mediação foram as alternativas preferidas. Elas expressaram uma ideologia de justiça comunitária sem a lei formal, um processo equitativo baseado na reciprocidade e na confiança entre os membros da comunidade. Elas surgiram como formas nativas de auto-governo. As comunidades que rejeitaram o meio judicial de resolução de disputas eram muito diversas, com diferentes características geográficas, ideológicas, de crença, de origem étnica e até mesmo de objetivos comerciais. Ainda assim, sua unidade de visão é notável. A despeito da diversidade, elas usaram processos idênticos porque compartilhavam um compromisso comum com a essência da vida em comunidade: reciprocidade, responsabilidade e confiança. Os fundadores de Dedham (uma comunidade utópica cristã do século XVII em Massachusetts), os primeiros quakers da Philadelphia, os seguidores de John Humphrey Noyes em Oneida (uma comuna utópica do século XIX), os chineses em São Francisco e os escandinavos em Minnesota, e até mesmo empresários de uma Câmara de Comércio poderiam ter facilmente colaborado na elaboração de um projeto comum de resolução de disputas. Compartilhando uma suspeita em relação aos advogados e às leis, eles desenvolveram padrões de resolução de conflitos que refletiram sua luta comum pela harmonia social para além dos conflitos individuais, pela justiça sem o direito.

A crença religiosa conseguiu, de forma persistente, sustentar uma visão comunitária coerente. No plano ideal, direito e religião deveriam complementar-se mutuamente. Ambos apóiam-se na tradição, na autoridade e em rituais para justificar sua visão de mundo. Mas o cerne místico da religião não coexiste facilmente com a racionalidade jurídica. Nas congregações da Nova Inglaterra, entre *quakers* e mórmons, e em comunidades utópico-religiosas, a doutrina cristã encorajou alternativas ao direito estatal. As instituições jurídicas enfraqueceram-se à medida que a religião legitimou a ordem social. Se havia uma visão dominante que inspirava as comunidades religiosas era a de seu anseio por uma sociedade harmônica, moldada pelo código moral cristão e reforçada por um sentido de propósito divino. Enquanto a religião permaneceu como fonte de sabedoria moral, advogados e tribunais foram desnecessários. Mas, uma vez diminuída a intensidade da religião, comunidades cristãs em que qualquer disputa judicial era considerada um pecado tornaram-se lugares onde tais conflitos poderiam ser discutidos por meio do litígio nos tribunais.⁴

A visão comunitária foi tão presente ao longo da história norte-americana que até os mais seculares, competitivos e materialistas comerciantes e empresários chegaram a desenvolver seus próprios enclaves afastados do alcance do direito estatal. Cristãos utópicos e comerciantes mercenários compartilhavam a visão de que o direito começa onde a comunidade termina. Eles desenvolveram, então, padrões e institutos de resolução de disputas que restringiam o conflito a suas próprias comunidades, mantendo advogados e tribunais o mais distante possível. Por séculos, comerciantes e empresários têm estado entre os mais ardorosos propositores de formas não-jurídicas de resolução de disputas. Em cada etapa crucial no desenvolvimento da arbitragem comercial, há o esforço dos empresários em escapar dos advogados e tribunais, mantendo assim o controle sobre seus desentendimentos. Os padrões do costume comercial, com os quais eles eram mais familiares, foram (e continuam sendo) largamente preferidos em relação aos procedimentos inescrutáveis, aos frustrantes atrasos e aos altos custos do litígio judicial. Até mesmo hoje, quando se servem de meios não-judiciais de resolução de disputas para escapar das limitações da regulação governamental, interesses empresariais expressam um tenaz compromisso para com valores comunitários (no caso, uma comunidade de lucro). Seculares e egoístas ao máximo, eles, ainda assim, encontram-se entre os mais persistentes defensores norte-americanos de formas alternativas de resolução de disputas. Encoberto por tal ironia, pode-se perceber um bom exemplo da comercialização do impulso comunitário dos Estados Unidos da atualidade.

Entre os mais empenhados praticantes de formas não-judiciais de resoluções de disputas encontram-se os grupos étnicos imigrantes. Dos holandeses de Nova Amsterdã até os judeus do Lower East Side de Manhattan, em um amplo espaço geográfico em que se incluem os escandinavos do Meio-oeste e os chineses da Costa Oeste, alguns recém-chegados de outras culturas e tradições tentaram manter suas disputas o mais distante possível da lei

⁴ Ver BERMAN, Harold J. *The Interaction of Law and Religion* (Nashville, 1974), pp. 11-14; LITTLE, David. *Religion, Order and Law* (New York, 1969), pp. 175, 218-219.

norte-americana. Estrangeiros em uma terra hostil, eles encontraram uma sociedade cujas instituições legais eram abertamente tendenciosas contra seus interesses ou, na melhor das hipóteses, indiferentes a seus valores culturais particulares. Seus próprios modos nativos de resolução de disputas, em alguns casos com séculos de experiência, protegeram-nos contra o escrutínio exterior e permitiram que suas normas tradicionais fossem inculcadas e preservadas. Tais grupos étnicos freqüentemente demonstraram, em sua maneira de resolver disputas, uma forte preferência pela justiça comunitária em detrimento do devido processo legal, este significativamente menos benevolente para com os novos imigrantes do que o governo e o profissionais do direito sustentavam.

Ainda assim, para esses imigrantes, bem como para os religiosos utópicos e os empresários, sempre houve uma tensão entre os tribunais e suas alternativas. O sistema jurídico – em última instância, o braço do Estado – desencorajava bolsões autônomos de resistência a seus processos. O direito era um dos principais instrumentos de aculturação; sua rápida expansão sobre comunidades imigrantes era um imperativo nacional. Isto tornou o direito nacional atrativo a alguns grupos étnicos, como meio de acelerar sua absorção na sociedade norte-americana. Por outro lado, ele acabou por afastar outros grupos, que temiam perdas mais do que antecipavam ganhos. Ao mesmo tempo em que alguns grupos imigrantes (os chineses, por exemplo) preservavam suas próprias instituições de resoluções de controvérsias como meio de manter sua particularidade cultural, alguns outros (por exemplo, os judeus de Nova Iorque) modificavam as suas de modo a facilitar o processo de aculturação. O padrão era tão intrincado quanto o próprio mosaico étnico que se formou nos Estados Unidos.

Entender as comunidades por meio de suas formas de resolução de disputas pode parecer idiossincrático. Mas essa perspectiva nos dá acesso a um complexo e recorrente diálogo cultural: entre os indivíduos e a comunidade; entre a aspiração de harmonia e a concretude do conflito; entre as instituições jurídicas formais e suas alternativas. Toda sociedade experimenta essa tensão. É importante compreender que preferências por modos de resolução de conflitos não são escolhas finais, mas sim compromissos em transformação. Até mesmo na sociedade mais profundamente legalista, é provável que haja um movimento constante ao longo do tempo: entre as constrições do sistema jurídico formal e o chamariz das alternativas informais. Na verdade, uma vez em declínio a antiga ordem consuetudinária (baseada na visão moral comum de um grupo), a mudança principal é em direção a regras jurídicas explícitas e procedimentos “que esclarecem o que a desintegração da comunidade tornou obscuro e incerto”.⁵ Mas os benefícios desse legalismo são desigualmente (embora, às vezes, aleatoriamente) distribuídos na sociedade. Na medida em que valores sociais de alguns grupos podem não ser expressados nas normas legais, a transição para o sistema jurídico formal não é nem escoreita nem completa. É o equilíbrio instável, variável no tempo e no espaço, que abre as perspectivas culturais e históricas. Esforços comunitários, como a própria experiência norte-americana mostra, são complexos e multiformes.

5 UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society* (New York, 1976), p. 62.

Ainda assim, há padrões fascinantes e temas coerentes, os quais os processos de resolução de disputas ajudam a compreender. A visão paradisíaca de uma comunidade harmoniosa é invariavelmente destruída – mas até mesmo na experiência norte-americana, na qual há um supremo reinado do direito formal, esta visão nunca é de todo afastada.

Alternativas comunitárias ao litígio judicial convidam a uma reflexão sobre as disputas como forma de comportamento social. A natureza dos processos de disputa exsurge, no final das contas, de uma delicada interação entre relações pessoais em uma determinada estrutura social. É bastante significativa a escolha feita pelos disputantes entre ignorar suas diferenças, negociar, submeter o conflito a uma mediação ou arbitragem ou permanecer com advogados visando a um litígio. A maneira pela qual as pessoas disputam depende, afinal, de como (e se) elas se relacionam. Em relacionamentos íntimos, afetuosos e recíprocos, os disputantes terão um comportamento bastante diferente com seu opositor do que teriam se estes fossem estranhos ou seus adversários. Egoísmo e agressividade não dependem meramente da personalidade individual: eles são socialmente sancionados – ou desencorajados. Da mesma forma, também há esse componente na escolha entre definir o disputante como um adversário, e lutar até que haja claramente um vencedor e um perdedor, ou, alternativamente, resolver o conflito de maneira a preservar, e não destruir, um relacionamento. Em algumas culturas, os padrões de interação sugerem que a participação em um litígio é um comportamento psicologicamente desviante. Nas comunidades de pescadores escandinavos e entre os zapotecas no México, em vilas na Bavária e em certas tribos africanas, entre os beduínos do Sinai e os membros dos *kibbutzim* israelenses (bem como nas comunidades norte-americanas que são o assunto deste livro), a importância de se manter os relacionamentos fez com que a paz, a harmonia e a mediação fossem preferíveis ao conflito, à vitória e ao litígio. Mas nos Estados Unidos, uma nação de indivíduos competitivos e estranhos uns aos outros, o litígio judicial é encorajado; aqui, a pecha de comportamento desviante cai sobre aqueles que vêem as relações de antagonismo como uma forma destrutiva do comportamento humano.⁶

Levando em consideração alguns de nossos antecedentes históricos, é o processo de juridicização da sociedade norte-americana, não a persistência de alternativas, que pode parecer curioso. Sabemos que a desconfiança em relação à lei cruzou o Atlântico com os colonizadores pioneiros, cujas visões edênicas sobre as possibilidades do Novo Mundo davam aos advogados um papel somente um pouco superior ao da serpente bíblica. As Constituições Fundamentais (*Fundamental Constitutions*) da Carolina declaravam que defender um caso por dinheiro era algo “imoral e vil”. Massachusetts e Rhode Island proibiram, por algum tempo, que advogados participassem de suas assembléias coloniais. Benjamin Franklin, ao escrever um dos almanaques *Poor Richard*, ecoou a queixa popular: “O honorário é a diretriz do juízo, que dissimula por qualquer pretexto”. Os colonos

⁶ Ver NADER, Laura e TODD Jr., Harry F. (eds.). *The Disputing Process – Law in Ten Societies* (New York, 1978), pp. 9-19. GIBBS, James L. “Law and Personality: Signposts for a New Direction”, In NADER (ed.), *Law in Culture and Society* (Chicago, 1969), pp. 176-207; LI, Victor H. *Law Without Lawyers* (Boulder, Colorado, 1978); FULLER, Lon L. “Mediation - Its Forms and Functions”, So. Cal. L.R. n.44 (1971), p. 325; NADER, “Styles of Court Procedure: To Make the Balance”, In: *Law in Culture and Society*, pp. 84-88.

referiam-se a um “pássaro-advogado”, que tinha um longo bico, e a um “peixe-advogado”, sempre escorregadio. No entanto, toda essa suspeição não foi suficiente para deter o desenvolvimento de uma cultura jurídica. Pouco depois da independência, o francês Crèvecoeur duramente comparou os advogados a ervas-daninhas “que irão crescer em qualquer solo cultivado pelas mãos de outros; e uma vez estabelecidas suas raízes, elas exterminarão qualquer outra planta que cresça a seu lado”.⁷

Não é monopólio dos americanos, evidentemente, a hostilidade dirigida aos advogados. Já na Grécia Antiga, na Roma republicana e durante a China dinástica, havia regras contra o pagamento por serviços jurídicos. Uma personagem de Shakespeare, o rebelde Jack Cade, perguntava: “Não é algo lamentável, que da pele de uma inocente ovelha se faça um pergaminho, e que com apenas um rabiscar nele se arruine um homem”. Por mais lamentável que fosse, advogados ainda hoje continuam a enganar pessoas simplórias. Movimentos revolucionários modernos – freqüentemente liderados por advogados (Robespierre e Lenin, por exemplo), familiarizados com o conservadorismo do direito – rapidamente movimentaram-se no sentido de erradicar a profissão legal. Conforme a sugestão de um companheiro rebelde de Cade: “A primeira coisa a fazer, vamos matar todos os advogados”. A partir de uma perspectiva aristocrática, Tocqueville, em seu clássico estudo sobre a democracia norte-americana, de maneira perspicaz descreveu a habilidade dos advogados como de “neutralizar os vícios herdados de um governo popular”. Uma sociedade democrática, ele observou, alimenta o poder político dos advogados; não possuindo uma aristocracia, uma nobreza ou uma realeza, a turbulência popular somente poderia ser contida pelo conservadorismo dos juízes e dos advogados.⁸

No entanto, hoje é um lugar-comum apontar a miríade de leis e a abundância de advogados nos Estados Unidos. Ambos têm proliferado de maneira tão rápida que se pode sugerir (até mesmo com relação aos advogados) que a sociedade americana está sendo asfixiada por uma “poluição jurídica”; que os americanos, como um povo, estão debilitados pela doença da “hiper-legalidade”.⁹ Daqui a quinhentos anos, quando os historiadores estiverem examinando os artefatos do século XX, eles certamente compreenderão tão pouco a crença norte-americana em seu sistema jurídico quanto a maioria dos americanos hoje compreende o fervor religioso medieval. A analogia é esclarecedora: o direito é nossa religião nacional; os advogados formam nosso clero; e o tribunal é nossa catedral, onde as paixões contemporâneas são encenadas.

No século XX, é a justiça – o equivalente secular da salvação – que é vendida por um determinado preço. E assim um cartunista bem coloca a situação: um advogado tranqüiliza seu cliente, que está ansioso sobre os méritos de seu caso, mas pergunta:

7 Os exemplos foram retirados de AUERBACH, Jerold S. “A Plague of Lawyers”, *Harper's* (outubro de 1976), pp. 37-43. A citação de CRÈVECOEUR, J. Hector St. John, encontra-se em suas *Letters from an American Farmer* (New York, 1957), p. 135.

8 SHAKESPEARE, *Henrique VI*, ato IV, cena 2; TOCQUEVILLE, Alexis de, *Democracy in America*, ed. Phillips Bradley, 2 volumes (New York, 1945), I: pp. 274-276, 278.

9 EHRlich, Thomas, “Legal Pollution”, *New York Times Magazine* (8 de fevereiro de 1976), p.17; MANNING, Bayliss, “Hyperlexis: Our National Disease”, *Northwestern L.R.* n. 71 (1977), pp. 767-782.

“quanta justiça o senhor pode pagar?”. De forma semelhante, tentativas de se firmar uma competência leiga (por exemplo, sobre como legitimar um testamento sem precisar de um advogado) fazem surgir brados e reclamações por parte de nossos vendedores contemporâneos de indulgências. Esforços para simplificar procedimentos e facilitar a indenização por danos causados (formas de auto-seguro) congregam advogados para batalhar por seus honorários. Imagine o destino de consumidores corajosos o suficiente para sugerir que um contrato (como a linguagem de uma missa) fosse submetido a um teste de compreensão leiga. Eles poderiam até chegar a um acordo, embora provavelmente teriam também um outro advogado a seu lado para proteger seus direitos (ou mesmo suas almas).

O problema, é claro, vai além dos advogados – que são criaturas da cultura norte-americana, não seus criadores. Trata-se, em última análise, de uma questão de valores, traduzidos em uma estrutura social. Em sociedades tradicionais, os papéis são predefinidos, relacionamentos estáveis são desenvolvidos, a responsabilidade mútua é encorajada e o respeito pela autoridade, necessário. Os americanos preferem manter-se separados, afastados de seus ancestrais, contemporâneos e descendentes. Individualismo significa liberdade – acima de tudo, liberdade para competir, adquirir, possuir e deixar para a posteridade. É precisamente essa liberdade que nosso sistema jurídico cultiva e protege tão cuidadosamente. Em uma sociedade em que a ética dominante é o individualismo competitivo, regulado pelas frouxas regras da luta darwinista (com especial proteção para as grandes corporações em dificuldades), a coesão social é um problema permanente. Mesmo que essa litigiosidade expresse – e acentue – a busca pela vantagem individual, o império da lei ajuda a manter coesa uma sociedade tão fragmentada. No mínimo (geralmente também no máximo), as pessoas podem concordar sobre o modo pelo qual irão discordar. Em uma sociedade de estranhos, impaciente e em constante movimento, o clichê dos filmes de faroeste é perpetuamente reencenado: um americano, ao menor sinal de perigo, saca sua arma (contratada) e ingressa com uma ação judicial. Ainda assim, surgem muitas contradições. Nossa sociedade individualista encoraja a asserção dos direitos de cada pessoa como um corolário da cidadania, mas os distribui de acordo com a capacidade de pagar por eles. O conflito é canalizado para procedimentos em que dois combatentes lutam em cada ringue jurídico; mas, além da suposição implícita de que todas as lutas e qualquer vencedor são uma boa coisa para a sociedade, o bem social é ignorado. O litígio judicial é a solução que a sociedade norte-americana fornece a seus membros injustiçados como cura para todo e qualquer conflito. Mas, à medida que esses direitos são assegurados e que o império da lei aglutina a sociedade, o espírito litigioso aumenta a fragmentação social.

Busca-se um consolo na idéia reconfortante de que não há uma alternativa preferível ou tolerável. Ao longo do século XX, teóricos sociais insistiram que um sistema jurídico formal, com uma classe especializada e treinada de profissionais, é a forma superior de organização social civilizada. A transição de uma autoridade sem limites, teocrática ou secular, para a administração por uma elite jurídica é tida como uma das incontestáveis bênçãos da evolução da civilização ocidental moderna. Ela marcou o triunfo da justiça

formal – com suas presumidas virtudes de racionalidade, consistência, impessoalidade e previsibilidade – sobre regras arbitrárias e instabilidade social. Enquanto a fluidez social, os interesses individuais e o pluralismo grupal exerciam sua força centrífuga, instituições jurídicas asseguravam a coesão social, a proteção do indivíduo e (o bem maior) o desenvolvimento capitalista. Elas também criaram essa cultura jurídica, que hoje é uma fonte constante de insatisfação pública.

Por mais que o império da lei seja percebido como uma benção ou uma praga, como o mais alto estágio de realização da civilização ou como um símbolo da fragmentação cultural, o papel do direito na sociedade norte-americana continua a ser incansavelmente debatido. Isto não se deve somente ao fato de que professores e advogados gostam de intermináveis debates. Normas jurídicas expressam um feixe específico de valores culturais; conceitos legais moldam a maneira pela qual enfrentamos problemas morais e políticos. Nos Estados Unidos, é hoje muito difícil enquadrar discussões públicas (ou mesmo privadas) sem recorrer ao vocabulário jurídico. De fato, nossa cultura é de tal forma legalista que para os americanos é difícil imaginar como qualquer sociedade poderia se organizar e se justificar de outra forma.

Numa sociedade pluralista como a nossa, idéias liberais e realidades políticas combinam-se para atingir um equilíbrio entre os interesses em competição, a fim de que determinado grupo não se sinta enganado. O conceito de justiça perde a claridade que possui em um contexto comunitário. Justiça torna-se uma transigência que ofenda o mínimo possível a maioria das pessoas. Nessas condições, advogados e juízes geralmente satisfazem-se com qualquer resultado que a barganha e a negociação produzam; a preocupação central é o processo, e não o resultado. (Como um juiz explicou no começo deste século, a justiça na era comercial é um “mero problema de contabilidade.”)¹⁰ Qualquer juiz que fundamente suas decisões em princípios independentes de justiça parecerá arbitrário e caprichoso. Porém, quando não há um compartilhamento da idéia de justiça, especialmente entre os juízes e seus jurisdicionados, os disputantes tornam-se mais observadores do que efetivos participantes. Silenciados pela linguagem da lei, separados de juízes (que estão conspicuamente elevados sobre o resto dos procedimentos), os disputantes não têm outra opção senão a de se tornar litigantes.

O contraste com disputas não-judiciais foi agudamente demonstrado (por um advogado): “No mundo social, no qual os indivíduos tocam suas disputas por si mesmos, há a consciência de que eles podem mudar ou afetar os conflitos em razão de suas próprias escolhas. (...) No momento em que advogados levam a disputa ao mundo do processo judicial, tal perspectiva é alterada. Aos disputantes parece que a disputa foi tirada de suas mãos. (...) O cliente (...) vê as ações do advogado não como em função de suas próprias escolhas, mas sim representando as facetas de um procedimento autônomo”.¹¹ Em qual-

¹⁰ LEVINE, Manuel, “The Conciliation Court of Cleveland”, *J. Amer. Jud. Soc.* n. 2 (1918), 10.

¹¹ SIMON, William H., “The Ideology of Advocacy: Procedural Justice and Professional Ethics”, 1978 *Wisc. L.R.*, p. 115. Muitas das idéias colocadas aqui e nos próximos parágrafos foram desenvolvidas em AUERBACH, Jerold S., “Welcome to Litigation”, *The New Republic*, p. 184 (17 de janeiro de 1981), pp. 19-21.

quer processo de resolução de conflitos que isole os disputantes, coloque-os em posição antagônica com relação à outra parte, consigne seus interesses a especialistas profissionais e que resolva as disputas por meio de regras e procedimentos remotos e inacessíveis, as conseqüências prováveis são a passividade e a dependência. Os americanos, ainda assim, persistem na crença de que o legalismo é um bom sinal de um progresso civilizatório.

É como se qualquer julgamento pudesse ser suspenso em face da proposição de que a lei representa o progresso – e, dessa forma, quanto mais normas jurídicas, melhor. A desgastante reverência norte-americana por instituições e símbolos jurídicos faz pouco caso do fato de que a lei não somente reforça, mas também impõe uma visão atomística e combativa da realidade. “Processe o próximo” é a apropriada inversão norte-americana do imperativo bíblico. Uma foto de um jornal bem demonstra isso: uma mulher irritada, sua face contorcida pela ira, aponta ameaçadoramente para um homem agachado, cujas mãos estão levantadas a sinalizar desistência e rendição. Um juiz observa impassivelmente, uma bandeira norte-americana ao seu lado. A legenda do desenho coloca: “Se o seu vizinho ofendê-lo, não ofereça a outra face. Revide com uma intimação. E leve-o ao Tribunal de Pequenas Causas”. Trata-se de uma mera sinopse de um programa especial de televisão, mas já é impossível traçar com precisão a linha que separa a ficção e a realidade. Promete-se aos telespectadores “um curso grátis de autodefesa”, uma evidente necessidade da vida entre vizinhos.¹² (Com vizinhos assim, é claro, inimigos são desnecessários). Armados com a espada do litígio judicial, os americanos podem travar uma guerra sem fim uns contra os outros – e contra si próprios.

Ao vigorosamente defenderem seus direitos subjetivos como forma de autoproteção, os indivíduos raramente percebem como isso contribui para seu próprio isolamento. Acabam também não percebendo que, à medida que o cobertor da proteção jurídica estende-se a esses direitos individuais, simultaneamente há uma invasão por parte do controle estatal de regiões antes reservadas à escolha privada (até quando, por exemplo, um feto pode viver ou quando um paciente terminal deve morrer). Inevitavelmente, o próprio significado de justiça muda: sem a perspectiva universalista existente em contextos em que os membros da comunidade compartilham o mesmo sistema de valores, ele é fragmentado em uma série de procedimentos. Uma nova classe de especialistas em leis ascende proeminentemente, ampliando seu poder por meio do monopólio da técnica e do ofício jurídicos.¹³ Uma cultura jurídica está, então, assegurada.

A despeito do inquebrantável fervor de seus defensores, o direito levanta tantas questões quanto resolve com relação à natureza de uma boa sociedade. Ele pode proporcionar proteção contra agressões individuais ou intrusão estatal, mas ao mesmo tempo encorajar o isolamento que torna necessária tal proteção. Até mesmo ao fornecer uma fina camada de comunidade quando outros suportes mais substanciais já foram destruídos, ele

12 LIEBERMAN, Jethro K., *The Litigious Society* (New York, 1981). O litígio, consoante Lieberman (p. 190), é “o sinal de qualidade de uma sociedade livre e justa”. Com relação programa de televisão mencionado, v. o *New York Times* (17 de janeiro de 1981).

13 DIAMOND, Stanley, “The Rule of Law Versus the Order of Custom”, In: WOLFF, Robert Paul (ed.), *The Rule of Law* (New York, 1971), pp. 115-144; UNGER, *Law in Modern Society*, pp. 54-70.

eleva a cobiça individual sobre as necessidades mútuas. Em suma, como um acadêmico reconheceu: “Quanto melhor a sociedade, menos leis ela terá. No céu, não haverá qualquer lei. (...) No inferno, somente haverá a lei, e o devido processo legal será meticulosamente observado”.¹⁴

Na história americana, não há demônios ou anjos; somente pessoas. Algumas construíram impressionantes muros jurídicos contra seus próprios piores impulsos – ou para proteger suas possessões privadas. Outras projetaram comunidades além do alcance da lei e tentaram assim viver. Naturalmente, elas muitas vezes se frustraram. Um membro de uma comunidade utópica que havia sido castigado concluiu tristemente: “O Velho Adão dentro de nós, ou a besta inadequadamente reprimida, fez uma violenta aparição”.¹⁵ Mas o impulso de desjuridicização sempre sobrevive a seus fracassos, da mesma forma que a lei inevitavelmente é debilitada por seus sucessos. Por quê? A história das formas não-judiciais de resolução de disputas ajuda a responder essa questão.

Recentemente, algumas evidentes deficiências das instituições jurídicas norte-americanas reacenderam o interesse na busca por alternativas. (As vantagens do devido processo legal e dos procedimentos de confrontação sempre foram mais óbvias no escritório de advocacia e nos tribunais do que no escritório de uma empresa ou na sala de espera.) Cientistas sociais e advogados construíram teorias originais sobre formas de resolução de disputas. Há até mesmo uma atenção para as possibilidades comparativas oferecidas por outras sociedades. Mas ainda pouco se sabe sobre quais padrões a sociedade norte-americana poderia encorajar ou afastar. De fato, nosso pensamento é tão dominado pelo direito que não há mesmo um nome genérico satisfatório para designar nossas alternativas – e esta é, em si mesma, uma observação intrigante. Chamá-las de “não-judiciais”, como seria possível, é permanecer ainda envolvido com as categorias jurídicas dominantes. (É como se as crianças fossem somente chamadas de “não-adultos” ou uma brincadeira, de “não-trabalho”.) É um sinal bastante sugestivo do poder dos atuais modos jurídicos de pensamento o fato de as alternativas perderem sua identidade distintiva. Nesse sentido, elas são avaliadas por meio dos parâmetros jurídicos e definidas mais pelo que não são do que pelo que efetivamente representam. Ainda assim, as alternativas persistem; hoje, mais uma vez, elas estimulam um novo interesse, que é reflexo tanto dos limites do direito formal quanto do anseio por outras possibilidades. À medida que ondas de críticas abalam a complacência para com o sistema jurídico, tornam-se mais evidentes os artefatos históricos de nossa tradição de meios não-judiciais de resolução de disputas. A partir de tais fragmentos é possível construir um modelo histórico de resolução de disputas que nos possibilite entender o corrente – e recorrente – entusiasmo por alternativas, bem como suas limitações em nossa sociedade litigiosa.

A história norte-americana sugere um processo algo mais complexo do que a idéia de um glorioso triunfo do direito sobre formas inferiores de tirania comunitária sem

14 GILMORE, Grant, *The Ages of American Law* (New Haven, 1977), iii.

15 Citado em BUBER, Martin, *Paths in Utopia* (New York, 1950), p.76.

lei. É uma de nossas constantes culturais a dialética recorrente entre a juridicidade e suas alternativas – uma constante que necessariamente acompanha nossa tenaz lealdade ao estado de direito. Até mesmo nos Estados Unidos da era moderna, o rápido crescimento da juridicização continua a gerar persistentes esforços no sentido de fugir ao seu alcance. O alto custo e a lentidão do litígio judicial, combinados com a permanente desconfiança em relação aos advogados (oriunda talvez da grande dependência que os americanos têm deles), alimentam um contínuo descontentamento.

Ao mesmo tempo em que um sobrecarregado sistema jurídico luta para manter suas obrigações e cumprir seus desígnios, até profissionais da lei agora juntam-se ao coro dos que proclamam uma reforma de desjuridicização. As ordens de advogados desenvolvem programas de mediação; o Ministério da Justiça patrocina centros comunitários de justiça; o estudo da teoria e da prática das alternativas não-judiciais vem se tornando comum nas faculdades de direito norte-americanas. De fato, é tão possível que os advogados venham a dominar a busca por tais alternativas que somente suas vozes serão ouvidas – e, dessa forma, alternativa alguma será descoberta ou desenvolvida. Este processo é, de certa forma, uma deturpação muito apropriada aos Estados Unidos da modernidade: processos de resolução de disputas que tradicionalmente eram alternativas aos métodos judiciais agora também se tornam completamente juridicizados. O sentido de liberação proporcionado pela história norte-americana (o qual instigou minha investigação sobre as possibilidades alternativas) é posto em xeque pelas limitações impostas por seus modernos desenvolvimentos. Um movimento direcionado à justiça substantiva, fora das normas processuais do sistema jurídico, rapidamente se tornou um movimento de reforma processual dentro do sistema judicial. A comunidade profissional de advogados e juízes arrancou a mediação e a arbitragem das mãos das comunidades locais, as quais tinham lutado contra o direito como um sistema alienígena de valores. Conseqüentemente, enquanto formas alternativas de resolução de disputas continuam a florescer, sua essência minguava até o ponto de completo desaparecimento. A implacável força que tem o direito na moderna sociedade norte-americana pode ser medida pela dominação, e virtual aniquilamento, de quaisquer formas alternativas de resolução de disputas.

O obstinado senso de propósito comum que levou as comunidades a se afastarem do litígio judicial e a optarem por alternativas como a mediação e a arbitragem pode até fascinar, mas, no final das contas, acaba afligindo os americanos contemporâneos. Não é fácil compreender nossos antepassados comunitários. Eles estavam por demais envolvidos nas vidas uns dos outros – algo que não satisfaz nossa ânsia por privacidade e solidão. Eles se ajudavam mutuamente, mas eram, ao mesmo tempo, intrusivos e desconfiados; eram cooperativos, mas também coercitivos. A força de uma comunidade coesa depende, afinal, de sua capacidade de forçar a aderência a suas normas, subjugando as preferências individuais contrárias. A escolha por alternativas ao sistema judicial nunca foi uma tentativa de substituir poder por amor, ou coerção por lisonja. Foi, sim, a aplicação do poder para servir ao interesse comum, passando por cima dos interesses pessoais em competição.

Trata-se, portanto, do exercício do poder pela comunidade em seu próprio benefício. Isso era possível na medida em que o significado de justiça era claro para seus membros. Sem essa clareza, uma comunidade não poderia persuadir os disputantes a respeitar os interesses comuns (freqüentemente, de fato, as comunidades falharam nessa persuasão). É precisamente essa clareza sobre o significado de justiça que tornavam os advogados e os tribunais não somente desnecessários, mas mesmo subversivos. Somente quando há uma congruência entre os indivíduos e sua comunidade, com um respeito comum aos mesmos valores, é que se torna possível a justiça sem o direito.

Uma pesquisa excessivamente exaustiva sobre todos os indícios históricos de formas não-judiciais de resolução de disputas seria de fato cansativa, não sendo capaz de aumentar nossa compreensão ou entendimento. Os exemplos apresentados neste livro poderiam facilmente ser multiplicados por dez – mas as conclusões, ainda assim, não seriam modificadas. Como já havia aprendido, felizmente antes de este livro tornar-se o trabalho de minha vida, os padrões são mais importantes do que as especificidades; é o significado, e não as minúcias, que interessa. Tentei aqui apresentar provas suficientes para sustentar uma análise interpretativa, mas não o bastante para sobrecarregá-la. Colhi exemplos de todos os séculos, desde o XVII, iluminando grandes padrões históricos que demonstram a maneira pela qual os processos de resolução de disputas expressam escolhas pessoais e, de maneira mais significativa, valores culturais. A forma por que os americanos disputam revela algo muito importante sobre quem eles propriamente são. Muitos de nossos predecessores, ao longo de 350 anos de história, escolheram manter seus conflitos afastados dos advogados e juízes, em uma profunda convicção de que o direito acabaria por subverter seus mais importantes e caros valores. Pouco se sabe sobre seus esforços ou sobre as razões de seus sucessos e fracassos. Ainda assim, em meio ao constante debate, em nossa sociedade litigiosa, sobre o papel do direito e a preponderância dos advogados, tais exemplos têm muito a nos ensinar – não só sobre eles, mas também sobre nós mesmos.

Conclusão

O litígio judicial pode se tornar uma etapa previsível no ciclo de vida dos americanos. Agora que os filhos processam seus pais e cônjuges ainda não divorciados processam-se mutuamente, as possibilidades são ilimitadas. Membros de paróquias já processaram seus pastores e, apropriadamente, procuradores processaram juízes. Não faz muito tempo que um grupo de pais processou um juiz de futebol por um erro cometido em um jogo entre escolas de segundo grau. Após ganharem em primeira instância, a Suprema Corte estatal reverteu a decisão (e, ainda bem, um juiz federal recusou-se a apreciar a apelação). “Espero que [os pais] olhem para aquilo que estão fazendo com seus filhos,” declarou o técnico do time de futebol americano.¹⁶ Da mesma forma que o técnico, entretanto, esses pais podem estar tão-somente educando seus filhos para se tornarem bons norte-americanos, demonstrando que os valores associados à competitividade esportiva podem ser aprofundados na vida adulta e expressos por meio do litígio judicial. O passatempo nacional

¹⁶ New York Times (23 de novembro de 1981).

máximo – tanto no direito quanto no futebol – é a agressiva disputa travada em um quadro estruturado de regras, em que os objetivos últimos são o território e a vitória.

O direito absorveu e potencializou os valores de competitividade e ambição associados ao individualismo e ao capitalismo norte-americanos. Estes foram, é óbvio, justamente os valores que as mais ousadas experiências com formas não-judiciais de resolução de disputas resolveram afastar. No entanto, juridicização e desjuridicização são processos, não escolhas finais; eles se movem de maneira simbiótica, de acordo com as circunstâncias particulares de tempo, lugar e interesses políticos. Assim como em uma gangorra, o momento da subida garante a inevitabilidade da descida. Ideais comunitários e aspirações individuais estão em constante fluxo; padrões conflitantes ajudam a monitorar sua força relativa. A rejeição de instituições legais na história norte-americana tem sido recorrente e resolvida, pois o direito inibiu a reciprocidade e a confiança cultivadas em comunidades tão diversas quanto Dedham, Oneida, Chinatown e a Câmara de Comércio. Alternativas comunitárias de formas de resolução de conflitos foram moldadas para absorver o antagonismo privado, de maneira a abrandar a busca por vantagens individuais e transformando-o em uma fonte de força para a comunidade.

Até mesmo nas mais utópicas tentativas, porém, a rejeição da formalidade legal sempre permaneceu problemática para os americanos. No contexto deste país, sempre pareceu bastante natural – tendo o Pacto de Mayflower como modelo – a criação de utopias por meio de contratos. Uma persistente opção pelo contratualismo foi feita pelas primeiras comunidades religiosas da Nova Inglaterra. Dois séculos depois, as constituições utópicas freqüentemente se pareciam com documentos legais; os limites das comunidades utópicas podem ter sido constrangidos pelos mesmos princípios jurídicos dos quais elas tentavam afastar-se com tanta determinação. Tais comunidades anômalas basearam-se em instrumentos jurídicos para estabelecer alternativas ao direito estatal. (Hoje, nós testemunhamos uma anomalia inversa: profissionais do direito tropeçando em seus próprios pés por conta de seu entusiasmo por alternativas não-judiciais de resolução de conflitos.) A proliferação de relações contratuais formais, até mesmo nas comunidades utópicas, é caracteristicamente norte-americana. Na teoria do direito, contratos podem até significar confiança, mas, na realidade social, nosso apego aos contratos demonstra um grau de desconfiança entre pessoas que constantemente buscam vantagens para si próprias sobre as outras.¹⁷

Se até mesmo as mais utópicas comunidades foram marcadas pelo legalismo desde sua concepção, não causa surpresa a difusão do atual processo de juridicização das alternativas. Isso é parte de uma transformação mais abrangente na sociedade norte-ame-

17 WALLACE, Anthony F. C., *Rockdale* (New York, 1978), p. 21. O contratualismo utópico não é lógico nem inevitável. Dentre os vários contra-exemplos, o dos *kibbutzim* israelenses é instrutivo. Eles proporcionam um fascinante modelo comparativo de formas não-judiciais de resolução de disputas, incorporando várias estruturas similares às das comunidades utópicas norte-americanas, mas sem qualquer quadro contratual comparável. Como um *kibbutznik* veterano explicou: “a ferramenta de disciplina é atmosfera criada pela comunidade inteira (...). O indivíduo ou muda seu comportamento ou vai embora.” LIEBLICH, Amia, *Kibbutz Makom* (New York, 1981), p.190. Exemplos de outras culturas reforçam a conclusão de que as formas não-judiciais de resolução de disputas nos Estados Unidos têm sido atipicamente legalistas, sem dúvida alguma em razão das características atípicas de individualismo, materialismo e competição da própria sociedade norte-americana (a qual, no final das contas, moldou os rebeldes utópicos).

ricana que data, no mínimo, do final do século XIX. Com as movimentações sociais que acompanharam a rápida concentração de riqueza e poder na era da expansão industrial, a plena força das leis foi assegurada com o escopo de proteger a nova ordem social. Bolsões conflitantes e autônomos de autoridade (oriundos do tribalismo, da religião, da origem nacional ou da classe) foram suprimidos em favor do nacionalismo, da secularidade e do capitalismo corporativo. Os índios foram confinados a suas reservas; os mórmons, a suas igrejas; imigrantes foram americanizados; os operários foram levados à subserviência nas fábricas. Todos foram alijados de seus processos de resolução de disputas – os quais haviam servido para preservar a coesão interna dos respectivos grupos, mas que agora ameaçavam a supremacia do Estado. À medida que o direito expandia sua proteção da liberdade (de contratar) e da propriedade (corporativa), ele implacavelmente sufocou as alternativas. Um processo cada vez mais formal e profissional minou os sistemas nativos de resolução de conflitos, forçando-os a se acomodar com o padrão jurídico dominante.

Nesse processo de juridicização, porém, algumas constantes contradições permaneceram. Elas retornam em todas as épocas, frustrando e atormentando aqueles que propõem reformas no sistema jurídico (hoje, um grupo misturado de professores liberais e juízes conservadores), pois são irrefreáveis e obstinadas. No seu âmago, encontra-se o paradoxo de que, quanto mais elaborada e sofisticada é nossa cultura jurídica, mais sério é o problema do acesso à justiça. Uma característica admirável dos processos de resolução de disputas de comunidades nativas – não somente na experiência norte-americana, mas também nas várias culturas que ainda os utilizam – é a virtual ausência do acesso à justiça como um assunto problemático. A desgastante preocupação da moderna sociedade norte-americana com a justiça simplesmente não se reproduz em outros lugares. Os americanos podem preferir acreditar que isso é um exemplo de suas próprias sensibilidades louváveis e refinadas; mas, de fato, essa preocupação é somente proporcional ao vasto leque de problemas produzidos por nossos sistemas legal e social específicos. Onde o senso de justiça é ínsito à própria comunidade, parte de seu próprio processo de criação e de preservação, o acesso à justiça não é um bem escasso. Uma vez frouxas as amarras da sociedade, porém, e no momento em que o significado da justiça é reduzido a procedimentos jurídicos formais, problemas de justiça afluem.

É nesse contexto que surgem os problemas que inexoravelmente importunam as instituições jurídicas. No entanto, doses adicionais de juridicização – com a criação de mais leis, advogados, tribunais e juízes – ajudam ou agravam o problema do acesso à justiça? São os processos informais necessários, seja para suavizar a rigidez do formalismo legal, seja para reduzir a sobrecarga das instituições legais? Os profissionais do direito deveriam dividir o monopólio sobre os processos de resolução de disputas com cidadãos comuns? É do interesse público a solução de conflitos por meio de instituições informais, que são capazes de assegurar um processo eficiente, mas que certamente colocarão em risco direitos subjetivos? Os disputantes deveriam ser encorajados a resolver seus conflitos sem a presença de advogados ou lhes deveriam ser assegurados os serviços legais (que não somente

protegem seus direitos, mas também agravam o problema da sobrecarga institucional)? Tais questões convergem para indagações mais fundamentais sobre as possibilidades de justiça num quadro de legalidade em que, por definição, a própria justiça não tem um significado determinado. Se o direito estatal efetivamente protege direitos individuais – um ponto incontroverso entre seus defensores – por que então há tamanha pressão (especialmente oriunda desses mesmos defensores) por processos alternativos? Se alternativas são necessárias, entretanto, por que razão elas devem ser confinadas ao próprio sistema jurídico cujas deficiências é que criaram sua necessidade? Depois de um século de luta com tais problemas, as instituições jurídicas ainda demonstram sua incapacidade de resolvê-los por meio de suas próprias premissas e procedimentos. As razões desse fracasso encontram-se nos valores culturais e na estrutura social.

A dependência que os americanos têm da lei, e sua apreensão sobre ela, é recíproca. O exercício da liberdade, canalizado na busca e aquisição de riqueza, requer uma peremptória afirmação dos direitos individuais, que são protegidos pela lei. Ele também leva a um incessante conflito competitivo entre indivíduos, que não são limitados por nenhum objetivo que não o de enriquecimento próprio. A selva darwinista é tomada pela excitação da caçada; mas também é um lugar aterrorizante, pois os caçadores são também as presas. Nesta caçada, os americanos precisam de proteção para si próprios (proporcionada pelo direito) e armas contra seus inimigos (também asseguradas pelo direito). Esta é a razão pela qual temos mais advogados e leis do que qualquer outra sociedade; também estamos mais preocupados com a falta de leis do que qualquer outro povo. Quanto mais leis tivermos, é evidente, mais leis serão transgredidas; e, conseqüentemente, mais precisaremos dos serviços dos advogados e dos tribunais; mais congestionado tornar-se-á o sistema legal; maior será a ânsia por alternativas; mas menor será a possibilidade de sua sobrevivência independente das instituições jurídicas.

O sistema legal agora debate-se, sem muito sucesso, a fim de resolver tais contradições, antes que por elas seja sufocado. O presente entusiasmo pela desjurisdicização representa um esforço, por parte dos profissionais do direito, de colocar seu sistema novamente nos trilhos. Eles se encontram, no entanto, esmagados pela enormidade (de fato, impossibilidade) da tarefa. Hoje, formas alternativas de resolução de conflitos refletem primordialmente os valores desses profissionais, que muito relutam em renunciar ao controle sobre tais processos. Seus argumentos constantemente se perdem nas mesmas justificativas de eficiência judicial que vêm sendo repetidas desde a virada do século. Conseqüentemente, justamente quando os processos alternativos parecem estar em seu apogeu, eles se encontram, em verdade, mais longe de seus objetivos e mais contraídos do que nunca. Com um impulso comunitário tão profundamente marcado pela comercialização e pela juridicidade, a situação dificilmente poderia ser outra.

O direito nunca poderá ser reduzido a regras e procedimentos, códigos e precedentes, tribunais e advogados. Ele é, muito além disso, uma ideologia, um apanhado de crenças e um sistema de valores integrados que proporcionam elementos de previsibilidade.

de, estabilidade e coerência. Instituições jurídicas, a despeito do monopólio estatal, devem constantemente provar a si mesmas. A legitimidade persiste como um problema em nossa sociedade contemporânea, o qual nem mesmo a noção de estado de direito resolve inteiramente. O dilema da legitimidade é inerente: a lei, projetada para proteger a propriedade daqueles “que têm”, deve também se justificar para aqueles em desvantagem, “que não têm”. O notável feito do direito criminal da Inglaterra do século XVIII, como já notara Douglas Hay, foi o de que ele possibilitou que os legisladores britânicos “tornassem as cortes um sistema seletivo de justiça de classes, ao mesmo tempo proclamando o direito como instrumento incorruptivelmente imparcial”. Este sucesso é resultado da combinação da majestade do espetáculo e do ritual com uma pitada suficiente de igualdade formal, para proporcionar o mínimo essencial de justiça. Majestade e justiça (com uma dose de compaixão) transformaram o direito inglês, “a criação da classe dominante”, em um “poder com suas próprias justificativas e méritos”, ainda que “noventa por cento de suas preocupações estivessem focadas na manutenção de uma divisão radical da propriedade.”¹⁸

As instituições jurídicas norte-americanas debatem-se com um desafio semelhante: o de se legitimar perante toda a população, mantendo o escopo especial de servir uns poucos privilegiados. A majestade, porém, já não mais serve como solução. Agora, os americanos têm poucas expectativas nesse sentido de suas instituições jurídicas e frequentemente se desapontam. As perucas e togas dos advogados ingleses podem, de vez em quando, ainda invocar certa inveja entre os nossos advogados – mas, em nossa sociedade indisciplinada e materialista, honorários mais generosos e a promessa de se tornar um sócio no escritório há muito tornaram-se os mais sublimes símbolos de *status*. Ainda que o templo de mármore em que se encontra a *Supreme Court* permaneça como um venerado santuário nacional, e ainda que o menos poderoso dos juízes use uma toga preta e se sente num patamar mais elevado em sua corte, como a impor respeito, os tribunais absorvem inexoravelmente os valores de barganha e de negociação de nossa cultura. Nos saguões da justiça, como já observaram os cínicos, a justiça é geralmente feita nos corredores. Neles, “a barganha à sombra da lei” ocorre de forma tão aberta que o ambiente poderia ser comparado com o de uma bolsa de mercadorias.¹⁹

A justiça não se presta, tanto quanto a majestade, à manipulação simbólica de persuasão. Para advogados e juízes, a justiça é inseparável das formas e dos procedimentos, sendo que a maior parte de seu conteúdo substantivo desapareceu muito tempo atrás. Assim, o *Justice* Holmes, aconselhado por um amigo a fazer justiça a partir de sua posição no tribunal, a ele respondeu que seu trabalho era somente jogar de acordo com as regras. Entretanto, uma vez legalizado e formalizado o significado de justiça, o estado de direito (como percebeu o astuto ensaísta progressista Herbert Croly) torna-se um “governo por advogados”, conduzido “no interesse pelo litígio judicial”. E concepções de justiça que se

18 HAY, Douglas, “Property, Authority and the Criminal Law”, In: HAY et. al., *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England* (New York, 1975), pp. 13, 27, 33-35, 48.

19 A frase foi retirada de MNOOKIN, Robert H. e KORNHAUSER, Lewis, “Bargaining in the Shadow of Law: The Case of Divorce”, *Yale L.J.* n.88 (1979), p. 950.

apóiam quase inteiramente nos procedimentos legais, muito embora necessárias em uma sociedade pluralista, ainda atormentam cidadãos comuns – que podem ter dificuldade para definir justiça, mas sabem quando uma injustiça é contra eles cometida. Ao longo do século XX, como juízes e advogados monotonamente reconheceram, as instituições jurídicas falharam em proporcionar justiça a todos. É evidente que essa situação decorre da incompatibilidade entre o ideal de justiça igualitária e as realidades sociais de riqueza, poder e oportunidade, que nenhum formalismo legal consegue mascarar. Em uma sociedade desigual, “os que têm” são geralmente melhor atendidos do que aqueles “que não têm”, uma disparidade que leva a uma constante crise de legitimidade. Enquanto a justiça é fragmentada em procedimentos formais e barganhas particulares, a austera neutralidade da lei é constantemente erodida pela proteção especial que sua forma e substância dão aos membros privilegiados da sociedade.²⁰

Na mesma proporção em que cresce o cinismo com relação ao sistema jurídico, cresce também o entusiasmo por instituições alternativas para resolução de conflitos. A busca por alternativas é acelerada, como sugeriu Richard Abel, “quando algum interesse poderoso é ameaçado pelo número ou magnitude dos direitos subjetivos”.²¹ Alternativas são elaboradas para proporcionar uma válvula de escape segura, retirando os descontentes dos tribunais. Reduzido o perigo de um confronto político, o poder dos tribunais é preservado e a estabilidade do sistema social é reforçada. Não é coincidência o fato de que as alternativas obstam o uso das cortes para objetivos redistributivos com vistas à igualdade, confiando os direitos dos cidadãos desprotegidos a instituições com poderes mínimos para efetivamente obrigar sua observação ou proteção. É necessário, portanto, ter cuidado com o poder de sedução das instituições alternativas. Elas podem servir para que grupos de pessoas com queixas comuns acabem não utilizando seu poder de comunidade política organizada; ou podem mesmo desencorajar estratégias eficientes no litígio judicial que poderiam resultar em benefícios significativos. No final das contas, as alternativas podem acabar criando uma justiça de duas vias, conferindo a “justiça” informal para pessoas pobres, com “pequenas” causas e disputas “menores”, que não podem pagar por serviços jurídicos e que não possuem, assim, acesso aos tribunais. (As ordens de advogados não recomendam que escritórios de advocacia empresarial levem *seus* clientes para a mediação; não aceitam, tampouco, que deduções de impostos referentes às despesas judiciais – um subsídio governamental gigantesco para o litígio judicial – sejam eliminadas). A justiça de acordo com a lei será reservada aos ricos – um desenvolvimento não surpreendente na história dos EUA, mas que precisa ser desincentivado no que toca à difusão de instituições alternativas de resolução de disputas.

O contexto social e as escolhas políticas determinam se são os tribunais ou suas alternativas que farão com que a justiça seja mais ou menos acessível – e para quem. Ambos podem ser discricionários, arbitrários, dominadores – e injustos. O direito é capaz de

20 CROLY, Herbert, *The Promise of American Life* (New York, 1909), p. 136; GALANTER, Marc, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, *Law & Society R.* n.9 (1974), pp. 95-151.

21 ABEL, “Delegalization”, p.34; Abel, “The Contradictions of Informal Justice”, pp. 304-306.

simbolizar a justiça ou esconder a repressão. Ele pode reduzir a exploração ou facilitá-la. Pode proibir o abuso de poder ou dissimulá-lo em formas procedimentais. Pode promover igualdade ou sustentar a desigualdade. A despeito de sua elasticidade e de seu poder, o direito parece ser incapaz de solucionar a tensão existente entre a legalidade e a justiça: até nas sociedades em que todos são (legalmente) iguais, ainda assim uns são mais iguais do que outros. O resultado provável de uma recusa ao sistema jurídico, porém, seria o agravamento de tais desigualdades. Sem o poder do direito, o desequilíbrio existente entre os indivíduos e as grandes empresas ou os órgãos governamentais não poderia ser compensado. Na sociedade norte-americana, como notou Laura Nader, “disputas em que não há a força do direito ... estão condenadas ao fracasso”.²² Exemplos esclarecedores mostram o efeito deletério que uma informalidade imposta pode ter (ainda que outros demonstrem as possibilidades criativas dos experimentos nativos). Os escravos libertos após a Guerra Civil e os operários da virada do século, da mesma forma que os pobres habitantes dos centros das cidades de hoje, foram todos dirigidos a processos informais que oferecem bem menos garantias do que o direito estatal. Instituições jurídicas podem não proporcionar uma justiça igualitária sob o manto do direito, mas, em uma sociedade por ele governada, esta é sua responsabilidade.

É uma fantasia acreditar que a mediação ou a arbitragem podem agora alcançar o que o direito não conseguiu. A deificação feita pelos norte-americanos dos direitos individuais requer um sistema legal acessível para sua proteção. É compreensível que a descrença nas capacidades desse sistema leve a um anseio por alternativas. Mas não se deve permitir que a retórica de “comunidade” e “justiça” esconda a deterioração da vida comunitária e a desconstrução de noções substantivas de justiça que acompanharam o seu fim. Há inúmeras razões para que os valores historicamente associados à justiça informal permaneçam atrativos: principalmente a preferência pela confiança, harmonia e reciprocidade num contexto comunitário. Mas estes não são, porém, os valores que a sociedade norte-americana encoraja ou sustenta; diante de sua ausência, não há qualquer alternativa efetiva às instituições legais.

A busca pela comunidade pode ser de fato “infinita e universal”.²³ Neste século, porém, a procura comunitária pela justiça sem o direito deteriorou-se em uma deformação do sistema jurídico. A progressão histórica é clara: partindo da justiça comunitária sem as instituições jurídicas formais, chegando no estado de direito, muitas vezes sem justiça alguma. Mas injustiça sem o direito é uma possibilidade ainda pior, a qual um entusiasmo mal orientado por formas alternativas de resolução de disputas parece agora querer encorajar. Nossa cultura jurídica, reflexo dos valores individualistas e materialistas que a maioria dos americanos cuidadosa e profundamente estima, afasta qualquer otimismo sobre a iminente restauração de um propósito comunitário. Reduzir essa proeminência do

22 NADER, Laura, “Alternatives to the American Judicial System”, In: NADER (ed.), *No Access to Law* (New York, 1980), pp. 44, 46, 48-49. “Parte do controle inerente à ideologia liberal”, continua a Professora Nader, “é a solução de caso por caso, sem que se façam mudanças estruturais”. NADER, Laura e SHUGART, Christopher, “Old Solutions for Old Problems”, In: *ibid.*, p.64.

23 NISBET, Robert A., *The Quest for Community* (New York, 1953), p.47.

papel do direito na sociedade norte-americana envolve uma moderação na vasta liberdade de competir, adquirir e possuir, bem como uma elevação das responsabilidades comuns sobre os direitos individuais. Este é um horizonte improvável, a menos que os americanos se tornem, de fato, não-americanos. Até lá, a busca pela justiça sem direito faz um mal incalculável ao objetivo de uma justiça igualitária.

O presente debate sobre processos de resolução de disputas provavelmente continuará. Ele é parte de um exame crítico mais abrangente sobre a natureza do direito na sociedade capitalista e sua luta contínua, tal qual a de Sísifo, por legitimidade. Mesmo hoje, quando as instituições jurídicas parecem estar seguramente estabelecidas, existem dúvidas irreprimíveis sobre suas capacidades. Trata-se, porém, de um mau augúrio o fato de os advogados e juizes terem se tornado os mais visíveis e sinceros defensores de alternativas. Os mais altos padres raramente são os primeiros a detectar qualquer sinal de enfraquecimento na fé, pois são geralmente os últimos a experimentá-lo. O estado de direito geralmente inspira celebração, não lamentação, especialmente entre os que ditam as normas da sociedade. Suas dúvidas devem servir como uma lembrança de que, muito embora haja razões para celebrar o estado de direito, o direito permanece como um apavorante, não menos que estimulante, símbolo do século XX. Associado à burocracia e ao Estado, ele demonstrou capacidade infinita para o mal.

Ninguém antecipou este quadro com tanta premonição quanto Franz Kafka. Em sua ominosa parábola “Perante a Lei”, um homem que ainda acredita que o direito é acessível a todos finalmente aprende, no final de uma vida de espera fútil, que ele nunca lhe será acessível. E, depois do julgamento que agora se tornou excelente metáfora para tudo de kafkiano na sociedade moderna, Joseph K. ainda espera em vão, um instante antes de sua morte, pela justiça do juiz incógnito e da inacessível corte superior.²⁴ Kafka sabia. Ele, afinal, era formado em direito.

²⁴ Os finais e os começos ocasionalmente convergem de maneiras curiosas. De acordo com a data gravada no livro (junho de 1958), eu comprei e li *O Processo* logo depois de ter abandonado a faculdade de direito, quase no final de meu primeiro ano como estudante. Não consigo lembrar nenhuma conexão explícita, se é que existe alguma, entre esta compra e a minha saída. Certamente, meu breve encontro com o direito tinha sido uma forma de processo, por meio de ordálio. Precisava talvez ter certeza, com Kafka, de que o mundo que eu estava abandonando era perturbador – de fato, kafkiano –, como minha própria experiência sugeria. De uma maneira vaga, mas persistente, aquele livro permaneceu como obscuro intruso, esperando o tempo certo para sua redescoberta. Este momento chegou quando estava a terminar o presente livro. Por razões incompreensíveis, mas irresistíveis, retornei a *O Processo*. Mais uma vez, parece, eu precisava da companhia de Kafka ao levar a cabo minha ruptura conclusiva com o direito. Somente quando já estava no meio dessa releitura de *O Processo* que compreendi o significado daquela data gravada no livro: eu precisava, evidentemente, entrar de novo no mundo interior bizarro de Joseph K., para então poder deixá-lo finalmente. Eu havia compartilhado com Joseph K. a esperança da justiça dentro do direito. Percebendo esta impossibilidade, porém, eu não mais queria compartilhar o destino da personagem.

Terceira Parte
Doutrina
Artigos de Professores

JUSTIÇA RESTAURATIVA POR MEIO DA MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR: UMA AVALIAÇÃO A PARTIR DE VÁRIAS EXPERIÊNCIAS LOCAIS

Mark S. Umbreit¹

Sumário: I. Introdução. II. Quais são as principais questões não resolvidas no atual sistema? III. O que é justiça restaurativa? IV. Qual o aspecto da justiça restaurativa na prática? V. Quão difundido é o interesse na justiça restaurativa? VI. Que práticas da justiça restaurativa já foram implementadas? VII. Existe apoio público à justiça restaurativa? VIII. A mediação vítima-ofensor. IX. O que aprendemos sobre a mediação vítima-ofensor em crimes de propriedade e em crimes de menor potencial ofensivo? X. Observações Finais. XI. Referências Bibliográficas.

I. Introdução

Um dos mais notáveis desenvolvimentos contemporâneos no pensamento sobre o crime é o crescente interesse na teoria da justiça restaurativa (Umbreit 1996, 1994a, 1989a; Umbreit e Coates 1992; Van Ness e Strong 1997; Wright 1991; Wright e Galaway 1989; Zehr 1990, 1985). Em tempos em que o debate público sobre crime e punição é amplamente guiado por lideranças políticas que adotam as soluções conservadoras ou liberais do passado, a justiça restaurativa oferece uma estrutura de entendimento e resposta ao crime e à vitimização fundamentalmente diferente. A justiça restaurativa enfatiza a importância de se aumentar a participação das vítimas do crime e dos membros da comunidade, responsabilizando diretamente os criminosos frente às pessoas que eles prejudicaram, restaurando as perdas emocionais e materiais da vítima e possibilitando uma lista de oportunidades para o diálogo, para a negociação e para uma resolução do problema que, quando possível, pode levar a uma melhor sensação de segurança na comunidade, de resolução do conflito e de término do problema para todos os envolvidos.

¹ Diretor do Centro de Justiça Restaurativa e Mediação e do Instituto Nacional de Treinamento em Justiça Restaurativa em Minnesota onde também leciona na Faculdade de Estudos Sociais da Universidade de Minnesota. Este artigo foi publicado originalmente na *Western Criminology Review*, 1998 como *Restorative Justice Through Victim-Offender Mediation: A Multi-Site Assessment*. Traduzido por Francisco Schertel e revisado por Breno Zaban. Copyright © Mark S. Umbreit 1998. Esta tradução Copyright © Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília 2005.

Contrastando com nossos atuais sistemas de justiça, que concentram sua atuação no lado do ofensor, a justiça restaurativa enfoca três grupos de clientes: vítimas do crime, ofensores e membros da comunidade. Ela representa um crescente movimento internacional que possui um grupo relativamente claro de valores, princípios e diretrizes para a prática. Nesse ponto, falta à justiça restaurativa um plano geral para implementação mais ampla, como um novo paradigma disposto a substituir completamente o atual sistema da justiça criminal, incluindo-se aí o sistema de correção de menores. Por se tratar de uma teoria voltada a uma prática relativamente nova (baseada, porém, em princípios antigos) que vem crescentemente ganhando apoio entre criadores de políticas públicas e profissionais da área, advogados de vítimas e oficiais de aplicação da lei, é importante examinar os atuais desenvolvimento e impacto deste movimento. Na melhor das hipóteses, a justiça restaurativa representa verdadeiramente um modo muito diferente de responder ao crime, por meio do maior envolvimento das vítimas e da comunidade. Ela vai muito além das tradicionais posições conservadora e liberal, identificando verdades fundamentais e interesses pertencentes a todos aqueles preocupados com a política criminal em uma sociedade democrática. Na pior das hipóteses, a justiça restaurativa pode vir a se tornar uma outra geração de eufemismos corretivos que tentam dar uma aparência mais justa ou efetiva às atuais práticas altamente retributivas. Certamente não é a intenção dos defensores da justiça restaurativa dar um aspecto mais atraente ao atual sistema, mas essa pode vir a ser a eventual realidade do movimento se a visão subjacente e os valores do movimento se perderem.

O propósito deste trabalho é apontar uma série de questões não resolvidas no sistema de justiça criminal, apresentar os princípios fundamentais da justiça restaurativa e então rever a crescente quantidade de dados empíricos sobre a mediação vítima-ofensor. Não há muita avaliação sobre toda a série de políticas e práticas da justiça restaurativa. Entretanto, o desenvolvimento da mediação vítima-ofensor nas duas últimas décadas, que representa uma expressão muito clara dos valores da justiça restaurativa, fornece uma rica fonte de dados empíricos. Por último, serão oferecidas diversas implicações para a prática, junto com a identificação de necessidades para próximas pesquisas nesse importante movimento.

II. Quais são as principais questões não resolvidas no atual sistema?

Muitos dos sistemas de justiça criminal e de correção de menores nos Estados Unidos, talvez a maioria deles, encaram atualmente diversos problemas não resolvidos que têm vindo à tona nas últimas décadas. Com uma ênfase sempre crescente na retribuição, ainda há, entre vários criadores de políticas públicas e profissionais da área, impulsos contraditórios entre punição e reabilitação. O propósito básico da condenação não é claro. Seria ela feita para reabilitar e mudar o comportamento do ofensor? As sentenças criminais pretendem dissuadir outros de cometerem crimes? Ou sua intenção é incapacitar, ou remover,

o criminoso da sociedade? Esses e outros objetivos contribuem para a atual confusão sobre o quê as cortes pretendem atingir.

Vítimas de crimes sentem-se cada vez mais frustradas e alienadas pelo nosso atual sistema de justiça. Apesar de o sistema de justiça existir justamente porque certos cidadãos foram agredidos por um comportamento criminoso, as vítimas do crime não possuem participação alguma no processo de justiça das cortes americanas. O crime é contra “o estado” e o interesse estatal guia o processo de fazer justiça. As vítimas particulares dos crimes são deixadas à margem do sistema judiciário, com pouca ou nenhuma participação. Elas sentem-se duplamente vitimadas: de início, pelo ofensor; e, depois, pelo sistema de justiça criminal que pagam com os seus dólares. Para muitas dessas vítimas o encontro com o sistema de justiça leva a uma raiva e frustração crescentes, já que elas são amplamente ignoradas, não sendo muitas vezes nem informadas sobre o processo, sobre as mudanças de datas ou a resolução final do caso. Raramente os profissionais de justiça criminal utilizam seu tempo para ouvir as vítimas do crime, a fim de conseguir seu apoio e sua participação para responsabilizar de forma direta os ofensores.

A constatação de que o aumento de punições não reduz a criminalidade é outro problema que desafia os sistemas de justiça. Se punições e prisões severas fossem eficazes, os Estados Unidos seriam uma das sociedades mais seguras do mundo. Embora haja uma percepção comum entre os cidadãos de que o estado americano é muito leniente com os criminosos, constata-se que há mais presos *per capita* nas prisões estadunidenses do que em qualquer outra nação desenvolvida do mundo. Da mesma forma, as sentenças nos Estados Unidos são mais severas do que as de outras democracias ocidentais. Os Estados Unidos é a única nação desenvolvida que seguidamente defende e utiliza a pena capital.

Os preços exorbitantes das correções, como por exemplo das prisões, estão levando um crescente número de legislaturas e criadores de políticas a reconsiderar o mérito do atual sistema de justiça retributiva, um sistema baseado tão fortemente no encarceramento e que ignora amplamente as necessidades das vítimas do crime.

III. O que é justiça restaurativa?

A justiça restaurativa oferece uma forma totalmente diferente de pensamento sobre o crime e sobre a vitimização. Ao invés de visualizar o Estado como a vítima primária dos atos criminosos e colocar as vítimas e os ofensores em papéis passivos, como no paradigma predominante da justiça retributiva, a justiça restaurativa reconhece o crime como dirigido primeiramente ao indivíduo. Ela assume que aqueles que são mais afetados pelo crime devem ter a oportunidade de vir a se envolver ativamente na resolução do conflito. A restauração das perdas, a possibilidade de que os ofensores assumam a responsabilidade por seus atos, e a assistência às vítimas em sua jornada para superar a sensação de vulnerabilidade e para atingir um desfecho do conflito contrastam fortemente com a atitude de focalizarem-se os antecedentes criminais, por meio de níveis cada vez maiores de punição

(Umbreit 1996, 1995b, 1994a, 1991a; Wright 1991; Zehr 1990). A justiça restaurativa tenta utilizar as forças de ofensores e vítimas, ao invés de concentrar-se em suas fraquezas. Ao denunciar o comportamento criminoso, ela enfatiza a necessidade de se tratar os ofensores com respeito e de reintegrá-los à comunidade, de forma a conduzi-los a um comportamento harmonioso com as leis. Trata-se realmente de um paradigma diferente. A justiça restaurativa

1. preocupa-se muito mais com a restauração da vítima e da comunidade vitimada do que com a custosa punição do ofensor;
2. eleva a importância da vítima no processo da justiça criminal, por meio do aumento de envolvimento, da imputação e de serviços;
3. exige que o ofensor seja responsabilizado diretamente perante a pessoa e/ou a comunidade que ele prejudicou;
4. encoraja toda a comunidade a se envolver na responsabilização do ofensor e a promover uma resposta benéfica às necessidades de vítimas e ofensores;
5. enfatiza a importância do ofensor assumir a responsabilidade por seu comportamento e corrigir situações quando possível, ao invés de priorizar a severidade da punição.
6. reconhece a responsabilidade da comunidade por condições sociais que contribuem para o comportamento do ofensor.

Na verdade, a teoria da justiça restaurativa fornece um projeto para entrarmos no próximo século, utilizando muito da sabedoria do passado. Voltando à Inglaterra do século XII, logo após a invasão normanda, nota-se que ocorreu então uma mudança de paradigma que afastou o já bem estabelecido entendimento do crime como um conflito vítima-ofensor dentro do contexto da comunidade. Henrique I, o filho de Guilherme, o Conquistador, editou um decreto assegurando a jurisdição real em certos crimes (roubo, incêndio, assassinato, furto e outros crimes violentos) contra a paz do rei. Antes desse decreto, o crime era visto como um conflito entre indivíduos. A ênfase tradicional era no reparo aos danos por meio de reposições feitas à vítima.

A justiça restaurativa também se utiliza da rica herança deixada por vários movimentos de reforma da justiça recentes, incluindo correções comunitárias, advocacia da vítima e policiamento comunitário. Os princípios da justiça restaurativa estão em consonância com aqueles de várias tradições indígenas, incluindo os nativos americanos, havaianos, canadenses, aborígenes australianos e o povo Maori da Nova Zelândia. Esses princípios também são consistentes com os valores enfatizados por quase todas as religiões do mundo.

Muitos desses princípios podem ser vistos também no trabalho pioneiro de um estudioso australiano que lida com as questões do crime, da vergonha e da reinte-

gração. Braithwaite (1989) argumenta a favor da “vergonha reintegradora”², um tipo de controle social baseado na condenação informal pela comunidade daquilo que é considerado errado, mas com a garantia de oportunidades de reintegração do infrator à comunidade. Ele afirma que os controles mais efetivos de crimes exigem uma ativa participação da comunidade para “envergonhar os ofensores e, após fazê-lo, reintegrá-los à comunidade por meio de determinadas participações”. Braithwaite nota que sociedades com baixos índices de criminalidade são formadas por pessoas que não se preocupam apenas com seus próprios interesses. Nestas sociedades, existem claros limites para a tolerância do desvio e há uma preferência das comunidades lidarem com seus próprios problemas.

Braithwaite (1989) não aborda diretamente a justiça restaurativa ou a mediação vítima-ofensor. Ele defende, porém, os princípios da justiça que enfatizam a responsabilização direta dos ofensores, o envolvimento ativo da comunidade e um processo de reconciliação e reafirmação do ofensor. Tudo isso está diretamente relacionado ao paradigma da justiça restaurativa, com sua ênfase na mediação e no diálogo sempre que possível.

A justiça restaurativa está expressa em uma gama de políticas e práticas dirigidas a infratores e vítimas de crimes. Dentre elas, incluem-se a advocacia e o apoio à vítima, as restituições, o serviço comunitário, os painéis sobre o impacto causado à vítima, a mediação vítima-ofensor, os julgamentos em círculo³, as conferências em grupos familiares, os encontros entre comissões da comunidade e ofensores a fim de determinar as sanções apropriadas, aulas de relacionamento para ofensores compreenderem melhor as vítimas e o policiamento comunitário. Poucos dados empíricos estão disponíveis na maioria das políticas e práticas da justiça restaurativa, apesar de um crescente número de estudos estar sendo iniciado. Por ser a mais antiga, melhor documentada e a mais utilizada expressão quando se trata de justiça restaurativa, a mediação vítima-ofensor foi o tema de diversos estudos na América do Norte e na Europa nas últimas duas décadas.

A diferenciação entre o antigo paradigma da justiça retributiva e o novo paradigma da justiça restaurativa foi desenvolvida por Zehr (1990). Em contraste à ênfase da justiça retributiva na punição, a justiça restaurativa prioriza a responsabilização, a cicatrização e o desfecho do caso.

2 A expressão original é *reintegrative shaming*.

3 **Nota do Tradutor:** A expressão original *circle sentencing* denomina um processo no qual membros da comunidade, vítimas, representantes do sistema legal, ofensores e familiares sentam-se em círculo para discutirem sobre o crime cometido, seus efeitos e seu contexto social e elaboram uma sentença que seja considerada mais adequada ao caso. Tal prática encontra respaldo em antigas tradições indígenas e aborígenes. Cf. LILLES, Heino. *Circle Sentencing: Part of the Restorative Justice Continuum*. http://www.iirp.org/library/mn02/mn02_lilles.html (acesso em 15/04/05)

Tabela 1
Paradigmas da Justiça

Retributiva	Restaurativa
O crime é definido como a violação do Estado	O crime é definido como a violação de uma pessoa por outra
Foca-se no estabelecimento da culpa e no passado (ele/ela cometeu o crime?)	Foca-se na resolução do problema, nas responsabilidades, nas obrigações e no futuro (o que deve ser feito?)
Relação adversarial e processo normativo	Diálogo e negociação normativa
Imposição da dor para punir e dissuadir/prevenir	Restituição como um meio de restauração para ambas as partes; objetivo de reconciliar/restaurar
Justiça definida pelo propósito e pelo processo: regras de direito	Justiça definida como relacionamento correto; julgada pelo resultado
A natureza interpessoal e conflitual do crime obscurecida, reprimida; conflito opõe indivíduo e Estado	Crime reconhecido como um conflito interpessoal; valor do conflito é reconhecido
Um prejuízo social é substituído por outro	Focaliza a reparação do prejuízo social
Comunidade é deixada à margem, sendo representada abstratamente pelo Estado	Comunidade é um facilitador no processo restaurador
Encorajamento aos valores competitivos e individualistas	Encorajamento a valores de reciprocidade
Ações direcionadas do Estado para o ofensor -vítima ignorada -ofensor passivo	Reconhecimento da participação da vítima e do ofensor no problema/solução -direitos/deveres da vítima reconhecidos -ofensor encorajado a assumir a responsabilidade
Responsabilização do ofensor é definida como o cumprimento da punição	Responsabilização do ofensor é definida no entendimento do impacto da sua ação e na ajuda para determinar a melhor maneira de consertar seus erros
O crime é definido puramente em termos legais, desprovido de aspectos morais, sociais, econômicos, ou políticos	O crime é entendido como parte de um contexto- moral, econômico e político
Estado e sociedade em abstrato como credores da “dívida”.	Vítima particular como credora da “dívida”
Reação baseada no comportamento passado do ofensor	Reação baseada nas conseqüências prejudiciais do comportamento do ofensor
Estigma de crime irremovível	Estigma de resolução do crime por meio de ações restaurativas
Não se encoraja o perdão e o arrependimento	Possibilidade para o perdão e o arrependimento
Participação dependente de procuradores profissionais	Envolvimento direto dos participantes

Fonte: Zehr (1985)

IV. Qual o aspecto da justiça restaurativa na prática?

Com o direcionamento das comunidades para um sistema de justiça restaurativa completamente desenvolvido, a prática na justiça criminal e nos juizados para menores tende a incluir as seguintes características, algumas das quais já se encontram em uso:

- Suporte e assistência às vítimas e às famílias das vítimas.
- As vítimas, se quiserem, têm a chance de ajudar a definir a forma como o ofensor reparará o mal causado.
- A restituição é mais importante do que outras obrigações financeiras do ofensor.
- A mediação vítima-ofensor está disponível para vítimas que querem ter um encontro mediado com o ofensor a fim de discutir como o crime as afetou e como o ofensor pode reparar o dano causado. A mediação vítima-ofensor é conduzida por mediadores treinados, que são sensíveis às necessidades das vítimas e de suas famílias.
- Voluntários da comunidade trabalham com os ofensores.
- A comunidade fornece trabalho aos ofensores, de modo que eles possam pagar restituições às vítimas.
- Os ofensores participam em projetos de serviço comunitário valorizados pela comunidade.
- Programas educacionais para ofensores mostram como as vítimas se sentem e tornam possível uma identificação com elas. A educação também ajuda os ofensores a visualizar suas responsabilidades enquanto membros da comunidade.
- Os ofensores encaram o dano particular causado pelos seus crimes por meio da mediação vítima-ofensor e por meio de painéis nos quais grupos de vítimas ou membros da comunidade expõem suas experiências com o crime e como o crime afetou suas vidas.
- Ordens para a reparação do dano causado pelo crime são mais importantes que ordens impostas apenas para punir.
- As cortes e as casas de correção fornecem relatórios anuais sobre como a reparação é feita.
- Membros da comunidade, ao participarem de conselhos consultivos, aconselham as cortes e as casas de correção.
- Grupos comunitários e empresariais trabalham com os ofensores para trazê-los de volta à comunidade, na medida em que eles cumprem com suas obrigações.
- Comunidades religiosas apóiam grupos de suporte a ofensores que tentem mudar de vida.
- Os ofensores possuem mais habilidades ao saírem do que ao entrarem no sistema de correção.

V. Quão difundido é o interesse na justiça restaurativa?

A conceituação inicial da justiça restaurativa começou no final dos anos 70 e foi pela primeira vez articulada de forma clara por Zehr (1985). Na época, a discussão sobre esse novo paradigma era baseada amplamente na América do Norte, com uma pequena rede de acadêmicos e profissionais na Europa. A justiça restaurativa não era então levada a sério pelos principais criadores de políticas criminais públicas e profissionais da área.

Em 1990, uma conferência internacional patrocinada pela OTAN foi realizada na Itália, a fim de examinar o crescente interesse na justiça restaurativa por todo o mundo. Acadêmicos e profissionais de diversos países (Áustria, Bélgica, Canadá, Inglaterra, França, Finlândia, Alemanha, Grécia, Itália, Holanda, Noruega, Escócia e Turquia) apresentaram ensaios relacionados ao desenvolvimento do impacto de políticas e práticas da justiça restaurativa. O interesse internacional sobre o tema continuou a crescer. Em 1995, o Ministro da Justiça da Nova Zelândia lançou um ensaio no qual se considerava seriamente a implementação da justiça restaurativa como política federal. Em maio de 1997, foi realizada a primeira Conferência Internacional de Justiça Restaurativa Juvenil em Leuven, Bélgica, aproximando um grande grupo de estudiosos e profissionais da América do Norte e da Europa. Por último, um subcomitê das Nações Unidas está atualmente examinando o conceito de justiça restaurativa e preparará uma resolução preliminar, que será apresentada em uma conferência das Nações Unidas no ano 2000.⁴

O interesse nos Estados Unidos tem crescido enormemente nos últimos cinco anos. Iniciada no final dos anos 70, a mediação vítima-ofensor, uma das mais antigas e visíveis expressões da justiça restaurativa, é praticada hoje em dia em mais de 290 comunidades espalhadas por todo o país. Há, também, um número consideravelmente alto de comunidades na Europa, como mostra a tabela a seguir:

Tabela 2
Desenvolvimento Internacional de Programas de Mediação Vítima-Ofensor

País	Número de Programas
Austrália	5
Áustria	Disponíveis em todas jurisdições
Bélgica	8
Canadá	26
Inglaterra	20
Finlândia	130
França	40
Alemanha	293

⁴ **Nota do Tradutor:** Resolução 2000/14 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de 27 de julho de 2000. Tal resolução pode ser encontrada em: <http://www.library.dal.ca/law/Guides/RestPathfinder/RestorativeDeclarationpdf.pdf>. (acesso em 10/06/05)

	Disponíveis em todas jurisdições
Nova Zelândia	
Noruega	54
África do Sul	1
Escócia	2
Estados Unidos	291

Fontes: Umbreit (1994), Wright (1991), e Umbreit e Greenwood (1996).

A ABA (*American Bar Association*)⁵ tem desempenhado, nas últimas duas décadas, um importante papel de liderança na área da mediação civil em tribunais. Após muitos anos de pouco interesse na mediação criminal e, talvez, um pouco de ceticismo, em 1994 a ABA passou a endossar completamente a prática da mediação vítima-ofensor e a recomendar o seu desenvolvimento nas cortes do país.

O Centro de Justiça Restaurativa e Mediação da Universidade de Minnesota enviou centenas de pacotes com informações a respeito da justiça restaurativa para oficiais de correção, criadores de políticas públicas e profissionais da área espalhados por todo o mundo. Em 1996, o Departamento de Justiça dos EUA realizou sua primeira conferência nacional de justiça restaurativa, aproximando criadores de políticas e profissionais de todo o país. Talvez uma das mais claras expressões do crescente apoio à justiça restaurativa seja vista em um artigo da Organização Nacional de Assistência à Vítima, que endossa a “justiça restaurativa comunitária”. Durante os primeiros anos desse movimento, a maioria dos grupos de advogados de vítimas mostravam-se bastante céticos; muitos ainda o são. Entretanto, há um crescente número de organizações de suporte a vítimas que participam ativamente do movimento de justiça restaurativa.

VI. Que práticas da justiça restaurativa já foram implementadas?

Contrastando com os vários movimentos de reformas anteriores, o movimento da justiça restaurativa implica uma grande mudança na maneira como a justiça é feita. Na verdade, a justiça restaurativa enfatiza fortemente uma mudança do sistema. Como resultado do projeto BARJ (*Balanced and Restorative Justice*), apoiado pela Secretaria de Justiça Juvenil e Prevenção de Delinquência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, diversas jurisdições regionais e estatais de todo o país estão examinando os méritos da justiça restaurativa. Quinze estados já delinearão e/ou introduziram leis que promovem um sistema de correção de menores mais balanceado e restaurativo. O projeto BARJ tem trabalhado amplamente com os sistemas de correção de menores de seis regiões (Deschutes e Lane em Oregon; Travis em Texas; Dakota em Minnesota; Allegheny na Pennsylvania; e Palm Beach na Florida). Estes estão envolvidos ativamente na implementação de políticas e práticas da justiça restaurativa. Declarações oficiais de intenção estão sendo reexaminadas

⁵ N.T: A *American Bar Association (ABA)* é uma associação composta pelos advogados dos Estados Unidos que reúne mais de 400.000 profissionais.

e reescritas, descrições de trabalho mudaram, políticas públicas estão sendo revisadas para envolver a vítima e a comunidade, recursos estão sendo redirecionados, novas intervenções restaurativas estão sendo iniciadas e está sendo desenvolvido um reconhecimento bem maior das necessidades da vítima de envolvimento e de serviços.

Em 1994, o Departamento de Correções de Vermont embarcou em uma das mais ambiciosas e sistemáticas iniciativas no campo da justiça restaurativa. Seguindo uma apuração da opinião pública, que indicou uma ampla insatisfação com o sistema de justiça criminal e uma maior abertura a respostas mais restaurativas e comunitárias a crimes não-violentos, o Departamento demoliu um sistema de correção de 100 anos formado basicamente por duas opções: a prisão e o sursis. Foi identificado que quase cinquenta por cento dos casos de sursis poderiam ser diretamente levados aos Conselhos Comunitários de Sursis Reparatório⁶, formados por cidadãos voluntários. Ao invés de passarem pela tradicional supervisão condicional, os ofensores que haviam cometido crimes ligados à propriedade tiveram de se apresentar diretamente a um Conselho Comunitário de Reparação. Dialogando com o ofensor, o Conselho determina uma sanção restaurativa baseada nas necessidades da comunidade, que em diversos casos inclui a mediação vítima-ofensor, serviços comunitários ou um encontro com um painel de vítimas. O Departamento está agora encorajando as vítimas de crimes a serem representadas em cada Conselho. Nenhuma outra iniciativa da justiça restaurativa representa tamanha mudança estrutural - ela claramente eleva o papel dos voluntários da comunidade e das vítimas do crime no processo de responsabilização dos ofensores perante a comunidade que eles violaram.

Programas restaurativos individuais são iniciativas muito mais disseminadas por todo o país do que aquelas que envolvem a mudança de todo um sistema. Além dos mais de 150 programas de mediação vítima-ofensor espalhados pelo país, existem vários outros programas (como serviço comunitário criativo, resolução de disputas entre vizinhos, restituição financeira com a participação da vítima, grupos de diálogos e painéis compostos por vítimas e ofensores) que incorporam vários ou todos os princípios da justiça restaurativa. É difícil obter números exatos, mas uma estimativa conservadora indica que há entre 200 e 300 desses programas sendo desenvolvidos em comunidades urbanas ou rurais do país.

VII. Existe apoio público à justiça restaurativa?

À luz de interesse e apoio crescentes à teoria e à prática da justiça restaurativa, a questão persiste: “*Há realmente interesse por parte do grande público?*” Os dados que emergem do exame de vários programas individuais, como demonstrado abaixo, são particularmente persuasivos. Há, então, evidências de apoio público aos princípios da justiça restaurativa? A retórica da “tolerância zero” que domina a maioria das campanhas políticas sugeriria que não. Afinal, quão freqüentemente ouvimos políticos ambiciosos e funcionários da justiça criminal afirmarem que “o povo exige um endurecimento com os

6 N.T. A expressão original é *Reparative Probation Community Board*.

criminosos”? Essa percepção - uma percepção errônea, argumentariam alguns - abastece a máquina que dirige a nossa nação para punições cada vez mais severas e caras.

Há, porém, cada vez mais evidência de que o grande público é bem menos vingativo e apóia bem mais os princípios básicos da justiça restaurativa do que muitos pensam, particularmente quando esses princípios são aplicados a ofensores cujos crimes estão relacionados à propriedade. Estudos (Clark 1985; Gottfredson e Taylor 1983; Public Agenda Foundation 1987; Public Opinion Research 1986; Thomson e Ragona 1987) no Alabama, em Delaware, Maryland, Michigan, Minnesota, Carolina do Norte, Oregon e Vermont provaram de forma consistente que a opinião pública, ao mesmo tempo em que se mostra muito interessada em responsabilizar diretamente os ofensores, também apóia sanções que envolvam a comunidade e que permitam resultados mais restaurativos.

Um estudo em Minnesota é ilustrativo. Uma pesquisa de opinião pública, conduzida em todo o estado pela Universidade de Minnesota (Pranis e Umbreit 1992), desafia as impressões convencionais a respeito dos sentimentos públicos em relação ao crime e à punição. Uma amostra de 825 adultos de Minnesota, demograficamente e geograficamente escolhidos de forma a refletir o total da população do estado, foram questionados a respeito das implicações da justiça restaurativa⁷. — A primeira pergunta era: “Suponha que, enquanto você estava ausente, sua casa foi arrombada e propriedades no valor de \$1200 foram roubadas. O criminoso já foi condenado uma vez por um crime semelhante. Além de 4 anos de sursis, você preferiria que a sentença também incluísse 4 anos na cadeia ou uma restituição de \$1200 para você?” Aproximadamente três de cada quatro entrevistados afirmaram que o pagamento da restituição por parte do ofensor era mais importante do que uma pena na cadeia por invasão de domicílio.

A fim de examinar o apoio público às políticas que lidam com as causas do crime, uma preocupação que está fortemente ligada à justiça restaurativa, a seguinte pergunta foi feita: “O que causa maior impacto na redução do crime? O investimento em prisões ou em educação, treinamento voltado ao mercado de trabalho e programas na comunidade?” A segunda alternativa foi escolhida por quatro de cada cinco entrevistados.

A terceira e última questão relacionada à justiça restaurativa abordou o interesse na mediação vítima-ofensor. Esta era a pergunta: “Minnesota possui vários programas que permitem às vítimas de crimes encontrarem com as pessoas que cometeram esses crimes e, na presença de um mediador treinado, informarem a essas pessoas como o crime alterou suas vidas. Nesses programas, também se elaboram planos para a restituição das perdas da vítima. Suponha que você seja a vítima de um crime de propriedade não violento cometido por um menor de idade ou por um adulto jovem. Quão propenso você seria a participar de um programa como esse?”

Mais de quatro de cada cinco habitantes de Minnesota expressaram interesse em participar de uma sessão de mediação cara-a-cara com o ofensor. Essa descoberta

7 A margem de erro da pesquisa é de 3,5 pontos percentuais.

é particularmente significativa por causa de comentários comumente feitos por funcionários da justiça criminal ainda não familiarizados com a mediação. Comentários como estes, por exemplo: “de forma alguma uma vítima da minha comunidade iria querer confrontar-se com o ofensor” ou “apenas uma pequena porção das vítimas estaria interessada”. Essa descoberta é especialmente importante porque a ampla maioria dos crimes é cometida ou por menores de idade ou por jovens adultos. Alguns sugeririam que o processo de mediação vítima-ofensor provavelmente só seria aceito em crimes que envolvessem ofensores que ainda não tivessem atingido a maioridade. Esse certamente não é o caso em Minnesota. Oitenta e dois por cento dos entrevistados indicaram que estariam inclinados a participar de um programa que permitisse o encontro deles com o menor ou jovem que os vitimou.

Os resultados da pesquisa delineiam, enfim, um quadro de um público bem menos vingativo do que aquele retratado pela mídia. Os entrevistados, ao invés de priorizarem retribuições de alto custo, demonstraram uma grande preocupação com a restituição e com estratégias preventivas que ataquem questões fundamentais de injustiça social. Responsabilizar um ofensor pessoalmente perante a vítima é mais importante do que a prisão em cadeias. A segurança pública, no entendimento dessas pessoas, está mais diretamente ligada ao investimento em capacitação profissional, educação e outros programas comunitários do que ao encarceramento.

Talvez seja tentador sugerir que essa pesquisa de opinião pública simplesmente reflete a singular tradição de política liberal e social de Minnesota. Ela se encontra, porém, em consonância com um crescente conjunto de pesquisas de opinião pública feitas por toda a América do Norte (Bae 1991; Galaway 1994; Gottfredson e Taylor 1983; Clark 1985; Public Agenda Foundation 1987; Public Opinion Research 1986; Thomson e Ragona 1987). Esses estudos descobriram um amplo apoio público ao pagamento de restituições à vítima por parte do ofensor, ao invés da encarceração por crimes de propriedade. Também foi detectado o apoio a estratégias de prevenção ao crime, ao invés de estratégias de prisão para controlar o crime. Os estudos não perguntaram diretamente aos entrevistados se eles apoiavam a “justiça restaurativa”. As questões feitas, porém, relacionavam-se a importantes princípios subjacentes que são fundamentais à teoria da justiça restaurativa.

VIII. A mediação vítima-ofensor

A mediação vítima-ofensor é um processo que oferece às vítimas de crimes ligados à propriedade a oportunidade de encontrar o ofensor, em um ambiente seguro e estruturado, objetivando responsabilizá-lo diretamente por seu comportamento. Simultaneamente, oferecem-se assistência e compensações à vítima (Umbreit 1995c). Assistida por um mediador treinado, a vítima é capaz de informar ao ofensor como o crime afetou sua vida, de receber respostas para eventuais questões que tiver e de se envolver diretamente na elaboração de um plano de restituição para que o ofensor responsabilize-se pelas perdas

causadas. Do outro lado, o ofensor pode assumir diretamente a responsabilidade por seu comportamento, aprender sobre o verdadeiro impacto da sua ação e desenvolver um plano para emendar-se junto à pessoa agredida. Alguns programas de mediação vítima-ofensor são chamados de “encontros vítima-ofensor” ou “conferências vítima-ofensor”.

Muitos tipos de mediação são claramente voltados à elaboração de acordos entre as partes. A mediação vítima-ofensor, por sua vez, prioriza o diálogo, enfatizando a recuperação da vítima, a responsabilização do ofensor e a reposição das perdas. De modo contrário a outras aplicações da mediação nas quais o mediador se encontra pela primeira vez com as partes em uma sessão de mediação conjunta, na mediação vítima-ofensor utiliza-se um processo muito diferente baseado em um modelo humanista de mediação (Umbreit 1995c). Esse modelo envolve a reformulação do papel do mediador, abandonando-se uma postura voltada à elaboração de acordos para se assumir outra que priorize o diálogo e a ajuda recíproca. Além disso, envolve também o planejamento de sessões separadas de pré-mediação com cada uma das partes; o relacionamento imparcial com as partes, de forma a construir o entendimento e a confiança; a identificação das forças de cada um dos lados; a utilização de um estilo indireto de mediação que crie um espaço seguro para o diálogo; a avaliação das forças dos participantes; e o reconhecimento e a utilização do poder do silêncio.

A maioria das sessões de mediação vítima-ofensor resulta em um acordo assinado de restituição. Esse acordo, entretanto, tem importância secundária em comparação com o diálogo inicial entre as partes. O diálogo expõe as necessidades de informação e emocionais da vítima que são centrais para sua recuperação e para o desenvolvimento no ofensor de uma empatia pela vítima, que pode conduzir a uma diminuição do comportamento criminoso no futuro. Diversos estudos (Coates e Gehm 1989; Umbreit e Coates 1993; Umbreit 1995a) descobriram de forma consistente que o acordo de restituição é menos importante para as vítimas de crime do que a oportunidade de conversar diretamente com o ofensor sobre seus sentimentos em relação ao crime.

Desde o início em Kitchener, Ontário, onde foi estabelecido o primeiro programa de mediação vítima-ofensor em 1974, muitos funcionários da justiça criminal têm se mostrado muito céticos em relação ao interesse da vítima em encontrar o ofensor. A mediação vítima-ofensor certamente não é apropriada para todas as vítimas de crimes. Em todos os casos, mediadores são treinados para apresentá-la como uma opção voluntária da vítima. Após mais de vinte anos de mediação de casos por toda a América do Norte e Europa, a experiência mostrou que a maioria das vítimas apresentadas à opção da mediação decidem entrar no processo. A pesquisa de opinião pública em Minnesota (Pranis e Umbreit 1992) demonstrou que 82 por cento de uma amostra de cidadãos de todo o estado considerariam participar de um programa vítima-ofensor se tivessem sido vítimas de um crime de propriedade. Um estudo em vários estados (Umbreit 1994a) descobriu que, de 280 vítimas que participaram de programas de mediação vítima-

ofensor em quatro estados, 91 por cento sentiram que sua participação foi totalmente voluntária.

IX. O que aprendemos sobre a mediação vítima-ofensor em crimes de propriedade e em crimes de menor potencial ofensivo?

Por ser a mais antiga e mais bem desenvolvida intervenção da justiça restaurativa, a prática da mediação vítima-ofensor com ofensores menores e adultos foi o objeto de quinze estudos nos Estados Unidos (Coates e Gehm 1989; Gehm 1990; Nugent e Paddock 1995; Umbreit e Coates 1992; Umbreit 1994a, 1991a, 1989a), Canadá (Collins 1984; Fischer e Jeune 1987; Perry, Lajeunesse e Woods 1987, Roberts 1995; Umbreit 1995a) e Inglaterra (Dignan 1990; Marshal e Merry, 1990; Umbreit e Roberts 1996).

Um pequeno mas crescente número de pesquisas no campo mediação vítima-ofensor fornece maiores informações a respeito do funcionamento do processo e do impacto que ele vem tendo nos participantes e no sistema de justiça. Todos esses estudos descobriram que a ampla maioria das vítimas e dos ofensores beneficia-se do processo, encontrando-se com o outro, conversando sobre o crime e sobre o seu impacto em todos os envolvidos e elaborando um plano para reposição das perdas. Se os programas de mediação vítima-ofensor não são a solução para todas as formas de crime e delinquência, eles oferecem, ainda assim, vários benefícios para o sistema de justiça. As descobertas mais importantes encontram-se a seguir.

Características dos Programas

A maioria dos mais de 280 programas de mediação vítima-ofensor nos Estados Unidos continuam a ser administrados por agências sem fins lucrativos baseadas em comunidades particulares (Umbreit e Greenwood 1997). Um crescente número de departamentos de sursis e de outras agências públicas começa, no entanto, a desenvolver esses programas, freqüentemente envolvendo voluntários da comunidade para servirem como mediadores. A maioria dos programas emprega um processo de quatro fases que consistem em: (1) encaminhamento e entrada de casos; (2) preparação para a mediação, fase na qual o mediador se encontra separadamente com as partes, de forma a ouvir suas histórias, explicar o programa, convidá-las a participar e prepará-las para o encontro face-a-face; (3) mediação, na qual um mediador treinado (na maioria das vezes um voluntário da comunidade) facilita um diálogo que permite à vítima e ao ofensor conversarem sobre o impacto do crime em suas vidas, que permite a cada um fornecer ao outro informações a respeito do evento e que possibilita a elaboração de um acordo escrito de restituição mutuamente acordado; e (4) a fase de pós-mediação, que monitora os acordos de restituição; novas sessões de mediação são agendadas se surgirem eventuais problemas.

A tabela 3 descreve as características de quatro programas voltados a ofensores menores de idade em diferentes partes dos Estados Unidos. Todos esses programas fizeram parte da primeira avaliação da mediação vítima-ofensor feita em vários lugares (quatro estados). Utilizou-se um plano quase que experimental, com medições pré e pós-intervenção e com dois grupos comparativos diferentes. A metodologia e as descobertas completas estão disponíveis em *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice & Mediation* (Umbreit 1994a). Três desses programas foram gerenciados por agências baseadas na comunidade e uma foi administrada por um departamento de sursis. Enquanto 30 ou 40 por cento dos casos encaminhados por esses quatro programas resultaram em uma sessão de mediação cara-a-cara, vários outros programas atingem marcas de 50 ou 60 por cento, quando não maiores (Coates e Gehm 1989; Galaway 1988, 1989; Gehm 1990; Marshal e Merry 1990; Umbreit 1988, 1989a 1991a; Wright e Galaway 1989).

Encaminhamento de casos

O encaminhamento de casos, tanto de menores como de adultos, para programas de mediação vítima-ofensor tem sido feito por juízes, funcionários do sursis, promotores, policiais e, às vezes, por advogados de defesa. O encaminhamento pode ocorrer tanto na pré como na pós-adjudicação. A maioria dos programas nos Estados Unidos funciona como acessória ao sistema de correção de menores, recebendo primeiramente ofensores que estejam em sua primeira ou segunda infração. A maior parte dos programas recebe encaminhamentos dos departamentos locais de sursis. O número de encaminhamentos pode variar intensamente, atingindo a baixa marca de cem por ano em alguns casos e chegando a mil ou mais em outros. A tabela 4 descreve as características dos encaminhamentos de quatro programas destinados a menores de idade.

Tabela 3
Características dos Programas (1991)

Características	Albuquerque	Austin	Minneapolis	Oakland
Data de início	1987	1990	1985	1987
Fonte primária de encaminhamento	sursis	sursis	sursis	sursis
Patrocínio/administração	privado	público	privado	privado
Orçamento total de 1991	\$31.530	\$106.241	\$123.366	\$127.176
Número de funcionários	1.5 FTE	3.5 FTE	3.6 FTE	3.5
Uso de mediadores auxiliares	sempre	sempre	às vezes	sempre
Número de mediadores voluntários	32	Não há	30	80
Duração do treinamento de mediação	40 horas	40 horas	25 horas	30 horas
Encaminhamento total de casos em 1991	391	853	453	368
Total de mediações em 1991	108	246	179	129
Proporção entre mediações e encaminhamentos de casos em 1991	28%	29%	40%	35%

Fonte: Umbreit (1994a).

Tabela 4
Características dos Encaminhamentos
(Período de dois anos, 1990-91)

Variável	Albuquerque	Austin	Minneapolis	Oakland	Total
Casos Encaminhados	591	1107	903	541	3,142
Pré-adjudicação	76%	98%	72%	91%	85%
Pós-adjudicação	24%	2%	28%	9%	15%
Vítimas Particulares	654	1,058	633	454	2,799
Ofensores Particulares	604	1,087	658	310	2,659
Ofensa:					
a. contra a propriedade	73%	81%	89%	87%	83%
b. contra a pessoa	27%	19%	11%	13%	17%
7. Tipo de ofensa mais freqüente à propriedade	Furto qualificado*	Furto qualificado	vandalismo**	vandalismo	Furto qualificado
8. Tipo de ofensa violenta mais freqüente	Lesão corporal	Lesão corporal	Lesão corporal	Lesão corporal	Lesão corporal

Fonte: Umbreit (1994a).

Resultados Imediatos da Mediação

Existem vários resultados imediatos do processo de mediação vítima-ofensor. Nos quatro programas identificados abaixo, ocorreu um total de 1131 mediações cara-a-cara e em 95% desses casos foi negociado de forma mútua um acordo de restituição. Esses planos de restituição incluem primeiramente reposições financeiras, apesar de serviços comunitários e serviços pessoais para a vítima também terem sido incluídos em diversos acordos.

* **N.T. :** O termo original *burglary* refere-se ao arrombamento de imóvel seguido de furto. O tipo penal brasileiro mais próximo é o furto qualificado por destruição do obstáculo à subtração da coisa (Art.155 §4).

** **N.T. :** O termo vandalismo é inexato, pois não há tipo penal no Direito brasileiro que preveja tal crime. O tipo nacional que mais se adequa às situações englobadas pelo termo original *vandalism* é o dano qualificado (Art. 163 Parágrafo Único.)

Tabela 5
Resultados Imediatos
(Período de dois anos, 1990-1991)

Variáveis	Albuquerque	Austin	Minneapolis	Oakland	Total
Número de Mediações	158	300	468	205	1,131
Acordos de restituição negociados com sucesso	99%	98%	93%	91%	95%
Acordos com:					
a. Restituição Financeira	82	171	239	111	603
b. Serviço Pessoal	7	21	31	36	145
c. Serviço Comunitário	29	130	107	39	305
Restituição Financeira Total	\$23.542	\$41.536	\$32.301	\$23.227	\$120.606
Restituição Financeira Média	\$287	\$243	\$135	\$209	\$200
Tempo Total de Serviço Pessoal	1028 hrs.	439 hrs.	508 hrs.	585 hrs.	2560 hrs.
Tempo Médio de Serviço Pessoal	18 hrs.	21 hrs.	16 hrs.	16 hrs.	18 hrs.
Tempo Total de Serviço Social	1073 hrs.	4064 hrs.	1937 hrs.	588 hrs.	7662 hrs.
Tempo Médio de Serviço Social	37 hrs.	31 hrs.	18 hrs.	15 hrs.	25 hrs.

Fonte: Umbreit (1994a).

Participação de Vítimas

A maioria das vítimas de crimes relacionados à propriedade é razoavelmente disposta a participar de uma sessão de mediação com o ofensor, se tiverem tal oportunidade (Coates e Gehm 1989; Gehm 1990; Galaway 1988; Marshall e Merry 1990; Umbreit 1985, 1989a, 1991a, 1993a). Um estudo do Programa VORP⁸ em Orange County, Califórnia, que representa o maior programa de mediação vítima-ofensor na América do Norte com mais de 1000 encaminhamentos por ano, descobriu que 75 por cento das vítimas de pequenos crimes contra a propriedade e contra a pessoa estavam interessadas em participar do processo de mediação (Niemeyer e Shichor). Em um estudo realizado em diversos locais (Umbreit 1994a), 70 por cento das vítimas que nunca haviam sido encaminhadas à mediação demonstraram interesse em encontrar com o menor infrator se tivessem a oportunidade de serem apresentadas a ele. Na pesquisa em Minnesota previamente citada, 82 por cento dos cidadãos, muitos dos quais foram vítimas de crimes, indicaram que estariam dispostos a considerar a possibilidade de participação em uma sessão de mediação com um menor ou com um jovem ofensor se tivessem sido vítimas de um crime de propriedade não violento (Pranis e Umbreit 1992). A possibilidade de receber a restituição aparentemente motiva as vítimas a entrar no processo de mediação. Após a mediação, porém, as vítimas relatam

8 N.T. : Sigla em inglês para Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor (*Victim Offender Reconciliation Program*).

que encontrar com ofensor e conversar sobre o acontecido trouxe mais satisfação do que a restituição em si (Coates e Gehm 1989; Umbreit 1988, 1991a, 1994a, 1995c, 1996).

Participação de Ofensores

Ofensores envolvidos em programas de mediação permanecem nervosos pela confrontação com a sua vítima. Eles relatam que encontrar com a vítima e conversar com ela sobre aquilo que aconteceu foi a parte mais satisfatória do programa (Coates e Gehm 1989; Umbreit 1991a, 1994a).

Menores ofensores não parecem entender a mediação vítima-ofensor como uma responsabilização mais branda pelo seu comportamento criminoso do que as outras opções disponíveis à corte. A utilização da mediação é consistente com a preocupação de se responsabilizar os menores por seu comportamento (Umbreit 1994a).

Participação Voluntária na Mediação

A mediação é percebida como voluntária pela ampla maioria das vítimas e jovens ofensores que nela tomaram parte. No maior estudo (Umbreit 1994a) já feito nos Estados Unidos sobre a mediação vítima-ofensor, 91 por cento das vítimas indicaram que participaram voluntariamente e 81 por cento dos jovens infratores declararam ter participado de forma voluntária. Uma descoberta particularmente interessante desse estudo grande diz respeito às vítimas e ofensores que não participaram de um programa de mediação. Se lhes tivesse sido oferecida a oportunidade, 72 por cento dos menores infratores, um número comparável com o de ofensores que participaram da mediação, indicaram que teriam escolhido participar na mediação e 70 por cento das vítimas teriam escolhido a mediação.

Satisfação dos Clientes

A mediação vítima-ofensor resulta em altos níveis de satisfação de vítimas e ofensores com o processo de mediação e com o seu resultado (Coates e Gehm 1989; Dignan 1990; Marshall e Merry 1990; Umbreit 1988, 1991b, 1993b, 1994a, 1995a, 1995b, 1996; Umbreit e Coates 1992, 1993). O processo de mediação possui um forte efeito de humanizar a resposta dada pelo sistema de justiça ao crime, às vítimas e a aos menores ofensores.

Os comentários seguintes, feitos por vítimas de crimes cometidos por menores, ilustram bem como foi sua experiência com a mediação. “Foi-me permitido participar e senti que eu era capaz de tomar decisões ao invés do sistema tomá-las por mim.” “A mediação me fez sentir como se eu tivesse alguma relação com o que se estava passando... como se tivesse sido feita justiça.” “Eu gostei da personalidade da mediação... me fez sentir menos vítima, mas ainda assim uma vítima.”

Comentários de menores ofensores sobre sua experiência são demonstrados nas seguintes declarações. “Eu gostei da justiça do processo.” “Entender como a vítima se sente me tornou diferente... eu pude entender muito sobre aquilo que eu havia feito”. “Eu percebi que a vítima realmente se machucou e isso me fez sentir muito mal.” “Eu tive uma chance de fazer algo para corrigir aquilo que eu havia cometido sem ter que pagar com más conseqüências.”

Depois de participar de uma sessão de mediação, vítimas e menores infratores de quatro estados foram muito mais propensos a demonstrar satisfação com a forma pela qual o sistema de justiça tratou os seus casos do que uma amostra similar de vítimas e ofensores que não puderam participar da mediação.

Tabela 6
Satisfação dos Clientes e Grupos de Comparação Resultados Combinados

	Vítimas		Ofensores	
	Porcentagem	<i>n</i>	Porcentagem	<i>n</i>
Amostra da mediação	79%	204	87%	181
Grupo de Comparação	57%	104	78%	110
Nível de Probabilidade	<i>p</i> =0,0001		<i>p</i> =0,055	

Tarefas mais importantes do mediador

Em um grande estudo da mediação vítima-ofensor feito em diversos locais (Umbreit 1994) , as tarefas mais importantes do mediador foram identificadas pelas vítimas de crime cometido por menores como sendo:

1. O mediador agiu como um líder.
2. O mediador nos fez sentir confortáveis.
3. O mediador nos ajudou a elaborar um plano de restituição.
4. O mediador nos (vítima e ofensor) permitiu conversar.

Para os menores ofensores, as tarefas mais importantes foram:

1. O mediador nos fez sentir confortáveis.
2. O mediador nos (vítima e ofensor) permitiu conversar.
3. O mediador nos ajudou a elaborar um plano de restituição.
4. O mediador foi um bom ouvinte.

Acordos de restituição bem sucedidos

Acordos de restituição percebidos como justos entre ambas as partes são negociados em 9 de cada 10 casos que entram na mediação. Vários programas relatam uma finalização bem sucedida dos acordos, com porcentagens que variam entre 79 e 98 por cento de sucesso. (Coates e Gehm 1989; Galaway 1988, 1989; Gehm 1990; Umbreit 1986a, 1988, 1991a, 1994a).

Um estudo (Umbreit 1994a) dos programas de mediação vítima-ofensor em Albuquerque e Minneapolis descobriu que os ofensores eram fortemente dispostos a cumprir com suas obrigações de restituição quando comparados a ofensores similares que participaram de um programa judicial de restituição que não contava com a mediação. Como demonstrado na tabela sete, 81 por cento dos ofensores que participaram da mediação cumpriram com suas obrigações, enquanto apenas 58 por cento daqueles que passaram por um programa de restituição sem mediação administrado por uma corte fizeram o mesmo.

Tabela 7
Restituições Cumpridas por Local e Amostra
(Porcentagem de Restituições Completadas)

Amostra	Minneapolis		Albuquerque		Total	
	Porcentagem	n	Porcentagem	n	Porcentagem	n
Amostra da mediação	77%	125	93%	42	81%	167
Grupo de Comparação	55%	179	69%	42	58%	221
Nível de Probabilidade	$p=0,0001$		$p=0,005$		$p=0,0001$	

Fonte: Umbreit (1994a).

Redução do medo e da ansiedade da vítima

Programas de mediação vítima-ofensor em Albuquerque, Minneapolis e Oakland também reduziram de forma significativa o medo e a angústia entre as vítimas de crimes cometidos por menores (Umbreit 1991a, 1994a, 1994b). Antes do encontro com o infrator, 23 por cento das vítimas tinham medo de serem novamente vitimadas pelo mesmo ofensor. Depois do encontro com o ofensor e da conversa sobre o crime e seu impacto em todos os envolvidos, apenas 10 por cento das vítimas ainda continuavam com medo de serem revitimadas. Similarmente, antes da mediação, 67 por cento das vítimas sentiam-se preocupadas com o crime, enquanto apenas 49 por cento delas sentiam o mesmo após a mediação. Essas descobertas são consistentes com estudos similares na Inglaterra (Umbreit e Roberts 1996) e no Canadá (Umbreit 1995^a).

Tabela 8
Impacto emocional da Mediação nas Vítimas

Resultados Combinados	Pré-mediação		Pós-mediação		Nível de Probabilidade
	Porcentagem	n	Porcentagem	n	
Preocupação com o crime	67%	155	49%	162	$p=0,0001$
Medo de revitimação pelo ofensor	23%	154	10%	166	$p=0,003$

Fonte: Umbreit (1994).

Reincidência

Um estudo feito em diversos locais (Umbreit 1994) descobriu que havia uma pequena queda nos crimes cometidos por menores que participaram de programas de mediação vítima-ofensor (18 por cento) quando comparados a crimes cometidos por ofensores que não participaram (27 por cento). Essa descoberta é consistente com dois outros estudos ingleses (Marshal e Merry 1990; Dignan 1990) que analisaram programas direcionados a ofensores adultos. Os resultados desses estudos apontaram na direção esperada, mas não demonstraram uma diferença que fosse estatisticamente significativa. Um estudo mais recente feito por Nugent e Paddock (1995) encontrou, porém, uma redução significativa na reincidência após a mediação.

Comparações internacionais de resultados importantes

Dados consistentes e positivos surgiram da primeira avaliação internacional (Umbreit 1996) de programas de mediação vítima-ofensor, que incluiu quatro estados dos Estados Unidos, quatro províncias do Canadá e duas cidades da Inglaterra. A análise abrangeu medidas de resultados específicos da satisfação da vítima e do ofensor com o encaminhamento do caso para a mediação; a satisfação da vítima e do ofensor sobre a justiça da resposta do sistema criminal para o caso mediante a mediação; e o medo da vítima de ser novamente vitimada pelo mesmo ofensor após a mediação.

Tabela 9
Comparação de Estudos da Inglaterra, Canadá e Estados Unidos sobre a Participação de Vítimas e Ofensores na Mediação (em por cento)

	Resultados Combinados dos Locais da Inglaterra (2)	Resultados Combinados dos Locais do Canadá (4)	Resultados Combinados dos Locais dos EUA (4)
Satisfação da Vítima com o encaminhamento do seu caso para a mediação	62%	78%	79%

Satisfação do Ofensor com o encaminhamento do seu caso para a mediação	79%	74%	87%
Satisfação da vítima com o resultado da mediação	84%	89%	90%
Satisfação do ofensor com o resultado da mediação	100%	91%	91%
Medo da vítima de ser revitimada pelo mesmo ofensor após a mediação	16% (50% a menos do que as vítimas que não participaram da mediação)	11% (64% a menos do que as vítimas que não participaram da mediação)	10% (56% a menos do que as mesmas vítimas antes da mediação)
Percepção da vítima quanto à justiça do encaminhamento do seu caso à mediação	59%	80%	83%
Percepção do ofensor quanto à justiça do encaminhamento do seu caso à mediação	89%	80%	89%

Fonte: Umbreit e Roberts (1996)

O que já aprendemos sobre a mediação vítima-ofensor em crimes com grave violência?

Durante os primeiros anos de desenvolvimento no campo da mediação vítima-ofensor, em meados e final dos anos 70, a maioria dos profissionais acreditava que a mediação era voltada primeiramente, se não exclusivamente, a crimes de propriedade e lesões corporais leves. Ultimamente, porém, um crescente número de vítimas de violência grave e, em alguns casos, ofensores, tem requisitado um diálogo mediado para conversar sobre o impacto do crime e procurar por um maior sentimento de cicatrização. Esses casos envolvem crimes como estupro, tentativa de homicídio e homicídio (com a família sobrevivente ou amigos), que requerem um processo de mediação muito mais intenso e longo. É comum, nessas situações, que o mediador se encontre com cada uma das partes de 3 a 5 vezes em um período de 10 a 12 meses, além de coordenar essa intervenção com a atuação de outros, como terapeutas ou pessoas de apoio. É necessário um mediador muito hábil e com treinamento avançado em diálogo entre vítimas sensíveis e ofensores. Tal treinamento só é oferecido no Centro de Justiça Restaurativa e Mediação da Universidade de Minnesota.

Apesar de existirem poucos casos de mediação/diálogo em casos de violência grave, a demanda obviamente aumentará no futuro. A Unidade de Serviços para Vítimas do Departamento de Justiça Criminal do Texas é a única agência estatal que atualmente oferece esse serviço para qualquer vítima de violência grave. Esse programa está sendo atualmente avaliado pelo autor. Vários outros Departamentos de Correção, por meio de suas Unidades de Serviços da Vítima, estão considerando serviços similares de mediação/diálogo para vítimas e ofensores em casos de crimes com violência grave. Sessões desse tipo são quase sempre feitas em penitenciárias de segurança máxima.

Vítimas e ofensores freqüentemente falam da sua participação em um diálogo mediado como uma experiência poderosa e transformadora que os ajudou no seu processo de recuperação. Pais de crianças mortas expressaram seu sentimento de alívio após encontrarem o ofensor/presidiário e dividirem sua dor. Eles também puderam reconstruir o que aconteceu e o porquê. Uma mãe cujo filho foi assassinado declarou: “Eu apenas precisava deixá-lo ver a dor que ele causou na minha vida e descobrir por que ele puxou o gatilho.” Um professor que foi atacado e quase morto comentou, após encontrar com o jovem criminoso na cadeia: “Ajudou-me a acabar com esse ordálio... fez muita diferença na minha vida, apesar desse tipo de encontro não ser para todo mundo.” Um ofensor/presidiário que encontrou com a mãe do homem que havia matado declarou: “Foi bom poder trazer algum alívio para ela e expressar o meu remorso.” Um médico na Califórnia cuja irmã foi morta por um motorista bêbado estava muito cético inicialmente quanto a encontrar com o ofensor. Após a sessão de mediação, ele declarou: “Eu não pude começar a me recuperar até que deixasse o ódio passar... após a sessão de mediação, eu senti um grande alívio...eu agora estava pronto a encontrar alegria na vida novamente.”

Apenas dois pequenos estudos, abrangendo quatro casos cada, foram conduzidos nos Estados Unidos. O primeiro (Umbreit 1989a) descobriu que uma sessão de diálogo mediada em vários casos de violência grave, incluindo um caso de um atirador de longa distância, foi muito benéfica para as vítimas, ofensores e membros da comunidade ou da família. Três desses quatro casos, todos com ofensores adultos, foram tratados por um departamento de polícia no norte de Nova York (Condado de Genesee) que opera um amplo programa de justiça restaurativa. O outro estudo (Flaten 1996), que envolveu quatro casos de crimes violentos cometidos por menores infratores, encontrou altos graus de satisfação com o processo e com os resultados, tanto para vítimas como para ofensores. Estes eram internos de uma instituição de correção para menores no Alaska.

O único estudo (Roberts 1995) que examinou um grande número de casos analisou o Projeto de Mediação Vítima-Ofensor em Langley, Columbia Britânica. Esse programa canadense que se baseia na comunidade foi pioneiro no desenvolvimento inicial da mediação vítima-ofensor e da reconciliação em casos de crimes contra a propriedade e lesões leves. Um novo projeto, iniciado em 1991, aplicou o processo de mediação a crimes de violência grave com presidiários. Antes do início do projeto, um pequeno estudo (Gustafson e Smidstra 1989) avaliou se vítimas e ofensores envolvidos em crimes violentos estariam interessados em encontrar-se de forma segura e estruturada, após intensa preparação, caso tal serviço fosse disponibilizado. Um nível muito alto de interesse foi constatado.

No estudo conduzido por Roberts (1995), praticamente todos os 22 ofensores e 24 vítimas que participaram indicaram apoiar o programa. Esse apoio incluiu sua crença de terem encontrado um valor considerável, tanto específico como geral, no programa. Também incluiu seu sentimento de que o processo foi conduzido de forma ética e profissional, bem como o fato de eles declararem que não hesitariam em recomendar o programa

para outras pessoas. Os efeitos gerais da sessão de mediação expressados pelas vítimas incluem:

- elas finalmente foram ouvidas.
- o ofensor não mais exercia controle sobre elas.
- elas podiam ver o ofensor como uma pessoa ao invés de um monstro.
- elas se sentiram mais confiantes nos seus relacionamentos com outros.
- elas sentiam menos medo.
- elas não se preocupavam mais com o ofensor.
- elas se sentiam em paz.
- elas não teriam mais vontade de se suicidar.
- elas não sentiam mais raiva.

Para os ofensores, os efeitos gerais de um diálogo mediado com a vítima incluem:

- descoberta de emoções e sentimentos de empatia.
- aumento de conhecimento dos impactos de seus atos.
- aumento de autoconhecimento.
- abrir os olhos para o mundo fora da prisão, ao invés de pensar somente na vida dentro da instituição.
- sentir-se bem por ter tentado o processo.
- alcançar a paz de espírito, sabendo que uma vítima foi ajudada.

X. Observações Finais

O movimento da justiça restaurativa vem tendo um crescente impacto sobre os criadores de políticas públicas e sobre profissionais do sistema de justiça criminal. Apesar de ainda ser um movimento e não um sistema completamente desenvolvido, dados encorajadores surgiram de estudos sobre a singular intervenção restaurativa da mediação vítima-ofensor. Já existem mais de 600 programas de mediação vítima-ofensor na América do Norte e Europa. Eles oferecem várias oportunidades para vítimas, ofensores, famílias e outros membros da comunidade se envolverem ativamente em um processo restaurativo de justiça. Ofensores aprendem sobre as reais conseqüências humanas de seu comportamento e podem ser responsabilizados diretamente por meio de reparações feitas às pessoas ofendidas. Vítimas são convidadas a desempenhar um papel mais ativo na responsabilização do ofensor, informando-o como o crime as afetou e trabalhando para a elaboração de algum tipo de solução. Membros da família e voluntários da comunidade podem fornecer apoio e assistência. Os vinte anos de experiência de mediação vítima-ofensor dão vida à emergente teoria da prática da justiça restaurativa. A mediação está claramente abrindo caminho para a implementação dos princípios da justiça restaurativa. Ela não é, porém, a única expressão da justiça restaurativa. Tampouco demonstra todas as implicações de mudança no sistema que a justiça restaurativa, como um paradigma fundamentalmente diferente, acarreta.

É necessário um número muito maior de experiências enquanto o movimento da justiça restaurativa amadurece. Diversos estudos estão sendo desenvolvidos para avaliar o amplo e sistemático impacto desse novo paradigma. Intervenções adicionais que maximizem as qualidades únicas da justiça restaurativa precisam ser desenvolvidas e avaliadas. Conferências em grupos familiares e julgamentos em círculos estão sendo atualmente estudados. Ambos representam intervenções restaurativas muito promissoras na América do Norte; elas se baseiam em tradições indígenas da Nova Zelândia e da América do Norte, respectivamente. Além do exame dos resultados imediatos para os indivíduos envolvidos e para o sistema de justiça, são necessários estudos longitudinais para avaliar os efeitos a longo prazo dos resultados positivos que estamos começando a visualizar agora.

O movimento de justiça restaurativa e, mais especificamente, a mediação vítima-ofensor, também enfrentam uma série de riscos consideráveis. Talvez o maior desses riscos seja justamente o seu potencial efeito embaçador. Ou seja, o risco de os sistemas de justiça criminal e de correção de menores redefinirem aquilo que sempre fizeram com uma linguagem mais humana e profissionalmente mais aceitável, sem mudar, contudo, suas políticas e procedimentos. Alguns projetos pilotos podem até vir a serem implementados nas margens do sistema, enquanto o centro da atividade continua a ser altamente retributivo e inteiramente dirigido ao ofensor, com pouco envolvimento da vítima e ainda menos envolvimento da comunidade.

O outro grande risco que o movimento enfrenta é focar-se tanto nas intervenções da justiça restaurativa a ponto de ignorar a questão da tremenda superutilização do encarceramento custoso. A menos que se lide de uma vez por todas com o problema do uso exagerado do encarceramento, simplesmente não haverá recursos financeiros suficientes para se avançar em direção a um modelo de justiça verdadeiramente restaurativo. De forma similar, a preocupação que hoje se tem com o grande número de negros no sistema penal e de correção de menores poderia ser facilmente perdida com a priorização exclusiva das intervenções restaurativas.

Como um esforço de reforma relativamente novo, o movimento de justiça restaurativa e a mediação vítima-ofensor, a intervenção restaurativa com bases empíricas mais antigas, detêm uma grande promessa na passagem para o próximo século. Baseando-nos em vários valores tradicionais do passado e em várias culturas diferentes, temos a oportunidade de construir um sistema de justiça que responsabilize muito mais os ofensores, que seja muito mais compreensível e que recupere mais todos os envolvidos. Esse sistema pode nos levar a um maior sentimento de comunidade por meio do envolvimento ativo de vítimas e cidadãos em iniciativas restaurativas.

XI. Bibliografia

Bae, I. 1991. "A Survey on Public Acceptance of Restitution as an Alternative to Incarceration for Property Offenders in Hennepin County, Minnesota." In *Restorative Justice on Trial*, edited by H. Messmer e H. Otto. Dordrecht, NETH: Kluwer Academic Publishers.

Braithwaite, John. 1989. *Crime, Shame and Reintegration*. New York, NY: Cambridge University Press.

Clark, P. 1985. *Perceptions of Criminal Justice Surveys: Executive Summary*. Lansing, MI: The Michigan Prison and Jail Overcrowding Project.

Coates, R.B. e John Gehm. 1989. "An Empirical Assessment." Pp. 251-263 in *Mediation and Criminal Justice*. M. Wright e B. Galaway, London: Sage Publications.

Collins, J.P. 1984. *Evaluation Report: Grande Prairie Reconciliation Project for Young Offenders*. Ottawa, CAN: Ministry of the Solicitor General of Canada, Consultation Centre (Prairies).

Dignan, J. 1990. *Repairing the Damage*. Sheffield, UK: Centre for Criminological and Legal Research, University of Sheffield.

Fischer, D.G. e R. Jeune. 1987. "Juvenile Diversion: A Process Analysis." *Canadian Psychology* 28:60-70.

Flaten, C. 1996. "Victim Offender Mediation: Application With Serious Offenses Committed by Juveniles." Pp. 387-402 in *Restorative Justice: International Perspectives*, edited by B. Galaway e J. Hudson.

Galaway, B. 1994. "Manitoba Public Views about Restorative Justice." Winnipeg, CAN: Faculty of Social Work, University of Manitoba.

Galaway, B. 1989. "Informal Justice: Mediation Between Offenders and Victims." Pp. 103-116 in *Crime Prevention and Intervention: Legal and Ethical Problems*, edited by P.A. Albrecht e O. Backes: Berlin: Walter de Gruyter.

Galaway, B. 1988. "Crime Victim and Offender Mediation As A Social Work Strategy." *Social Service Review* 62:668-683.

Gehm, J. 1990. "Mediated Victim-Offender Restitution Agreements: An Exploratory Analysis of Factors Related to Victim Participation." Pp. 177-182 in *Criminal Justice, Restitution and Reconciliation*, edited by B. Galaway e J. Hudson. Monsey, NY: Criminal Justice Press.

Gottfredson, S. e R. Taylor. 1983. *The Correctional Crisis: Prison Overcrowding and Public Policy*. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice.

Gustafson, D.L. e H. Smidstra. 1989. *Victim Offender Reconciliation in Serious Crime: A Report on the Feasibility Study Undertaken for The Ministry of the Solicitor General (Canada)*.

- Langley, B.C.: Fraser Region Community Justice Initiatives Association.
- Marshall, T.F. e S. Merry. 1990. *Crime and Accountability*. London: Home Office.
- Niemeyer, M. e D. Shichor. 1995. *A Preliminary Study of a Large Victim Offender Reconciliation Program*. Orange, CA: St. Vincent de Paul Center for Community Reconciliation.
- Nugent, W.R. e J.B. Paddock. 1995. "The Effect of Victim-Offender Mediation on Severity of Reoffense." *Mediation Quarterly* 12 (4):353-367.
- Perry, L., T. Lajeunesse, e A. Woods. 1987. *Mediation Services: An Evaluation*. Manitoba, CAN: Research, Planning and Evaluation Office of the Attorney General.
- Pranis, K. e M. Umbreit. 1992. Public Opinion Research Challenges Perception of Widespread Public Demand for Harsher Punishment. Minneapolis, MN: Citizens Council.
- Public Agenda Foundation. 1987. *Crime and Punishment: The Public's View*. New York, NY: The Edna McConnell Clark Foundation.
- Public Opinion Research. 1986. Report Prepared for the North Carolina Center on Crime and Punishment. Washington, D.C. Public Opinion Research.
- Roberts, T. 1995. *Evaluation of the Victim Offender Mediation Program in Langley, B.C.* Victoria, BC: Focus Consultants.
- Thomson, D.R. e A.J. Ragona. 1987. "Popular Moderation Versus Governmental Authoritarianism: An Interactionist View of Public Sentiments Toward Criminal Sanctions." *Crime and Delinquency* 33(2):337-357.
- Umbreit, Mark S. 1985. *Crime and Reconciliation: Creative Options for Victims and Offenders*. Nashville, TN: Abingdon Press.
- _____, 1986a. Victim Offender Mediation and Judicial Leadership. *Judicature*, December.
- _____, 1988. "Mediation of Victim Offender Conflict." *Journal of Dispute Resolution*. University of Missouri School of Law, Columbia.
- _____, 1989a. Victims Seeking Fairness, Not Revenge: Toward Restorative Justice. *Federal Probation*, September.
- _____, 1989b. "Violent Offenders and Their Victims." In *Mediation and Criminal Justice*, edited by Martin Wright e Burt Galaway.
- _____, 1991a. "Minnesota Mediation Center Gets Positive Results." *Corrections Today Journal* (August):194-197.
- _____, 1991b. "Mediation of Youth Conflict: A Multi-System Perspective." *Child and Adolescent Social Work* 8 (2):141-153.

- _____. 1993a. "Crime Victims and Offenders in Mediation: An Emerging Area of Social Work Practice." *Social Work*.
- _____. 1993b. "Juvenile Offenders Meet Their Victims: The Impact of Mediation in Albuquerque, New Mexico." *Family and Conciliation Courts Review* 31(1):90-100.
- _____. 1994a. *Victim Meets Offender: The Impact of Restorative Justice & Mediation*. Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- _____. 1994b. "Crime Victims Confront Their Offenders: The Impact of a Minneapolis Mediation Program." *Journal of Research on Social Work Practice*.
- _____. 1995a. *Mediation of Criminal Conflict: An Assessment of Programs in Four Canadian Provinces*. St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota.
- _____. 1995b. "The Development and Impact of Victim-Offender Mediation in the United States." *Mediation Quarterly* 12 (3):263-276.
- _____. 1995c. *Mediating Interpersonal Conflicts: A Pathway to Peace*. West Concord, MN: CPI Publishing.
- _____. 1996. "Restorative Justice Through Mediation: The Impact of Offenders Facing Their Victims in Oakland." *Law and Social Work*.
- _____. e R.B.Coates. 1992. The Impact of Mediating Victim Offender Conflict: An Analysis of Programs in Three States. *Juvenile and Family Court Journal*. Reno, Nevada: National Council of Juvenile and Family Court Judges.
- _____. e R.B. Coates 1993. "Cross-Site Analysis of Victim Offender Mediation in Four States." *Crime and Delinquency* 39(4):565-585.
- _____. e A.W. Roberts. 1996. *Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services in Coventry and Leeds*. St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota.
- Van Ness, D. e K. Strong. 1997. *Restoring Justice*. Cincinnati, OH: Anderson Publishing Company.
- Wright, M. 1991. *Justice for Victims and Offenders*. Philadelphia, PA: Open University Press.
- Wright, M. e B. Galaway. 1989. *Mediation and Criminal Justice*. London: Sage.
- Zehr, H. 1990. *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottsdale, PA: Herald Press.
- Zehr, H. 1985. *Retributive Justice, Restorative Justice*. Akron, PA: Mennonite Central Committee.

UM MODELO NÃO SERVE PARA TODOS: UMA ABORDAGEM PLURAL AO TESTE DO DESEMPENHO E À GARANTIA DA QUALIDADE DO MEDIADOR¹

Robert A. Baruch Bush²

Sumário: I. Introdução: aferição de qualidade e teste de desempenho. II. Teste de Desempenho e a Premissa do “Núcleo Comum”: o *Test Design Project*. III. Testando a Eficácia na Resolução de Problemas e na Produção de Acordos: os Frutos do Teste TDP. IV. Teste de Desempenho sem um “Núcleo”: Reconhecimento de “Modelos” de Mediação e o Impacto no Teste da Competência do Mediador. V. Olhando para o Futuro: O Teste Pluralista de Desempenho – Testes Múltiplos para Modelos Múltiplos.

I. Introdução: aferição de qualidade e teste de desempenho

O campo da mediação enfrentou muitos desafios nas últimas três décadas, na medida em que o seu uso tem se tornado mais difundido. Um desafio-chave tem sido a dificuldade de se assegurar que mediadores ajam de forma tanto ética quanto competente. Em parte, a dificuldade origina-se do fato de que as mediações são geralmente conduzidas em âmbito privativo, confidencialmente e sem qualquer registro do procedimento. Como resultado, há um potencial limitado para uma supervisão eficaz das práticas do mediador, especialmente porque muitas das partes envolvidas na mediação carecem de sofisticação no que diz respeito ao que esperar de mediadores e, assim, no que diz respeito a quando reclamar de sua conduta. Em síntese, com um processo informal, privado e não ampla-

¹ Publicação original: BUSH, Robert A. Baruch. *One Size Does Not Fit All: A Pluralistic Approach to Mediator Performance Testing and Quality Assurance*. 19 OHIO STATE J. ON DISPUTE RES. 965 (2004). Traduzido por Artur Coimbra de Oliveira e revisado por Breno Zaban Carneiro e Maysa Maria Massimo Ribeiro, todos membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem.

² Professor da cadeira Rains em Resolução Alternativa de Disputa, Faculdade de Direito da Universidade de Hofstra, Presidente e Associado do Instituto para o Estudo da Transformação do Conflito (*Institute for the Study of Conflict Transformation, Inc.*). Este artigo baseia-se em uma apresentação elaborada como parte de um Simpósio sobre “Assegurar a Qualidade do Mediador”, ocorrido em 2002 na Faculdade de Direito da Universidade de Maryland e copatrocinado pelo Instituto para o Estudo em Transformação de Conflitos da Faculdade de Direito de Hofstra, pelo Centro de Resolução de Disputas na Faculdade de Direito da U.Md. e pelo Departamento Judiciário de Mediação e Resolução de Conflitos de Maryland.

mente supervisionado, como a mediação, o potencial para uma prática de má qualidade é significativo e o poder de se fiscalizá-lo diretamente em casos específicos é limitado.³

A resposta a este desafio tem incluído toda uma série de estratégias de “garantia de qualidade”. Um recente relatório de um comitê composto de diversas agências em todo o Estado investigou as estratégias de garantia de qualidade em uso pelo país e descobriu que elas incluem, entre outros: exigência de credenciamento documental (histórico educacional ou profissional documentado etc.), exigência de treinamento em um programa aprovado de formação de mediadores, orientação ou supervisão por profissionais experientes, testes escritos, monitoramento e avaliação do usuário, procedimentos de queixas ou reclamações e teste de desempenho.⁴ A última dessas estratégias, o teste de desempenho, é o foco deste artigo, porque ele traz um grande potencial de assegurar uma prática de qualidade e também porque ele evidencia um dos assuntos mais controversos envolvidos nos esforços de se garantir a qualidade. O teste de desempenho é feito tanto em casos reais quanto em simulações filmadas. Em ambos os métodos, é exigido do mediador que demonstre suas habilidades no contexto de uma situação de conflito que se desenrola, e a competência é aferida por um avaliador de acordo com algum esquema pré-estabelecido de medidas comportamentais relativamente detalhadas.⁵

O teste de desempenho, como uma estratégia de garantia de qualidade, apresenta um imbricado paradoxo. De um lado, tem sido visto como um dos melhores meios de se medir e garantir a qualidade da prática, como quando a Comissão de Qualificações da Sociedade de Profissionais em Resolução de Disputas (doravante Comissão SPIDR)⁶ recomendou em 1989 que as qualificações para a prática “deveriam ser baseadas no desempenho, enfatizando o conhecimento e as habilidades específicas necessárias a uma prática competente . . . Os administradores deveriam adotar . . . critérios de desempenho . . . e incorporar testes fundados no desempenho a programas de treinamento e aprendizado.”⁷ Por outro lado, relativamente poucas jurisdições, agências ou programas adotaram, em verdade, o teste de desempenho,⁸ e mesmo a organização que sucedeu a SPIDR, a Associação para Re-

3 Ver SARAH R. COLE ET AL., *MEDIATION: LAW, POLICY, PRACTICE* § 2:8 (2a. ed. 2001; Robert A. Baruch Bush, *Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, 41 U. Fla. L. Rev. 253, 254-55 (1989); JAY FOLBERG & ALISON TAYLOR, *MEDIATION: A COMPREHENSIVE GUIDE TO RESOLVING CONFLICTS WITHOUT LITIGATION* 244 (1984); Richard Delgado et al., *Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution*, 1985 Wis. L. Rev. 1359, 1374, 1387-89; Trina Grillo, *The Mediation Alternative: Process Dangers for Women*, 100 Yale L.J. 1545, 1585-90 (1991).

4 CHARLES POU, JR., *MEDIATOR QUALITY ASSURANCE: A REPORT TO THE MARYLAND MEDIATOR QUALITY ASSURANCE OVERSIGHT COMMITTEE* 8-14 (Feb. 2002) (em arquivo com o autor e disponível no Departamento de Mediação e Resolução de Conflitos de Maryland – *Maryland Mediation and Conflict Resolution Office*).

5 *Id.*; ver também TEST DESIGN PROJECT, *PERFORMANCE-BASED ASSESSMENT: A METHODOLOGY, FOR USE IN SELECTING, TRAINING AND EVALUATING MEDIATORS* 7-21 (1995) [doravante, *METHODOLOGY*].

6 **Nota do tradutor:** No original, *Commission on Qualifications of the Society for Professionals in Dispute Resolution (SPIDR Commission)*.

7 SOCIETY OF PROFESSIONALS IN DISPUTE RESOLUTION COMMISSION ON QUALIFICATIONS, *QUALIFYING NEUTRALS: THE BASIC PRINCIPLES* 4 (1989), reimpresso em JAMES J. ALFINI ET AL., *MEDIATION THEORY AND PRACTICE* 344-46 (2001).

8 Ver Ellen Waldman, *Credentialing Approaches: The Slow Movement Toward Skills-Based Testing Continues*, *DISP. RESOL. MAG.*, outono 2001, em 13, 16, disponível em www.convenor.com/madison/waldman.htm; Cole et al., nota *supra*, § 11.2; Pou, nota 2 *supra*, em 23-24.

solução de Conflitos (ACR),⁹ foi aconselhada em um relatório de uma força-tarefa a rejeitar testes de desempenho como parte de seu processo para certificar mediadores.¹⁰

Há muitas razões para a ambivalência do teste de desempenho. Primeiro, os testes de desempenho não podem ser construídos sem que se definam as habilidades específicas que um mediador competente deve possuir e demonstrar; e apesar de um esforço considerável para fazê-lo, a tarefa de definir o repertório de habilidades exigidas provou-se difícil.¹¹ Segundo, apesar de não desconexo, o teste de desempenho significa necessariamente uma exposição a julgamentos sobre competência e uma exclusão em potencial da prática, e os mediadores em geral ainda não têm pretendido se submeter a tais conseqüências.¹² Finalmente, o teste de desempenho tende a ser dispendioso em tempo e em dinheiro, e um campo que reclama uma vantagem de custos em relação aos processos é compreensivelmente resistente a custos finais que encareçam o preço dos serviços dos mediadores.¹³

Apesar dessas e de outras barreiras, os incentivos para o teste de desempenho continuaram e cresceram por um outro conjunto de fortes razões. Uma razão importante é que, na medida em que o uso da mediação expandiu-se e ganhou apoio institucional, usuários de instituições têm algumas vezes demandado que os provedores tenham uma base objetiva e justificável para recomendar determinados mediadores.¹⁴ Sem tal base, há potencial para queixas de desonestidade e discriminação por outros mediadores, e ninguém quer defender-se de tais reclamações. Talvez ainda mais importante, os próprios mediadores reconhecem que, com o processo sendo usado cada vez mais, uma regulamentação poderá ser eventualmente imposta ao campo se ele mesmo não regulamentar a qualidade.¹⁵ De fato, na Califórnia, um estado com um dos mais antigos históricos de uso da mediação como um processo anexo ao tribunal, uma legislação foi introduzida para exigir o teste de desempenho.¹⁶ Apesar de a legislação não ter passado, o esforço foi indicativo do potencial para uma regulação externa, e este potencial tem continuado a abastecer as discussões sobre o teste de desempenho como uma medida auto-regulatória.

A tese deste artigo é que os esforços em construir uma sustentação para os testes de desempenho e para desenvolver testes válidos e aceitos têm sido minados por uma falha grande e comum, que resultou tanto na dificuldade de se construir tais testes quanto na

9 N. do T.: No original, *Association for Conflict Resolution (ACR)*.

10 Em seu relatório ao Corpo de Diretores da ACR, a força-tarefa sobre certificação de mediadores (*Task Force on Mediator Certification*) recomendou um processo que usa uma "avaliação de conhecimento escrita" em vez de um teste de desempenho para se aferir a competência do mediador, por causa de questões sobre se o teste de desempenho é "confiável", "válido", "prático" e financeiramente factível. Ver ACR MEDIATION CERTIFICATION TASK FORCE REPORT AND RECOMMENDATIONS TO THE ACR BOARD OF DIRECTORS (31 de março de 2004) [doravante, ACR Task Force], disponível em www.acrnet.org/about/taskforces/certification.htm.

11 Ver Waldman, nota 5 *supra*, em 15-16; Paul J. Spiegelman, *Certifying Mediators: Using Selection Criteria to Include the Qualified – Lessons from the San Diego Experience*, 30 U.S.F.L. REV. 677, 682 (1996).

12 Ver Linda C. Neilson & Peggy English, *The Role of Interest-Based Facilitation in Designing Accreditation Standards: The Canadian Experience*, 18 MEDIATION Q. 221, 223 (2001); Barbara Filner & Michael Jenkins, *Performance-Based Evaluation of Mediators: The San Diego Mediation Center's Experience*, 30 U.S.F.L. REV. 647, 654 (1996); METHODOLOGY, nota 3 *supra*, em 7-8.

13 Ver Waldman, nota 5 *supra*, em 14; ACR TASK FORCE, nota 6 *supra*; METHODOLOGY, nota 3 *supra*, em 7-8.

14 Ver, e.g., Neilson & English, nota 8 *supra*, em 227.

15 Ver, e.g., Filner & Jenkins, nota 8 *supra*, em 654.

16 Ver Donald T. Weckstein, *Mediator Certification: Why and How*, 30 U.S.F.L. REV. 757, 757-59, 793-801. O apêndice a esse artigo inclui um Estatuto Recomendado baseado na *California SB 1428*, a legislação falha a que se refere no texto. *Id.* em apêndice.

resistência em adotá-los. A falha é a premissa subjacente de que há um único conjunto de “habilidades centrais” que qualquer mediador deve possuir e demonstrar de forma a ser considerado um profissional competente. Esta premissa relaciona-se ainda com uma mais profunda – que as diferenças na prática dos mediadores são questões de estilo em vez de princípios, e que “modelos” diferentes de mediação não são fundamentalmente distintos um do outro. O corolário dessas premissas é que, independente de qual “modelo” de mediação um profissional empregue, ele deve possuir o mesmo conjunto de habilidades básicas e, assim, pode ser avaliado pelo mesmo teste de desempenho. Se essa premissa de homogeneidade – ou “mediação monolítica” – fosse abandonada, o teste de desempenho tornar-se-ia mais prático e aceitável e o esforço para se garantir a qualidade da prática seria enormemente desenvolvida.

Neste artigo, esta tese é desenvolvida em vários passos. A Parte II oferece um breve histórico dos primeiros esforços significativos para desenvolver o teste de desempenho do mediador, mostrando como esses esforços basearam-se nas premissas de “habilidades centrais” e “homogeneidade”. A Parte III então apresenta vários exemplos de testes de desempenho que seguiram o exemplo deste primeiro modelo. A Parte IV discute o desenvolvimento no campo do reconhecimento de que há diferentes e distintos modelos de mediação em uso e demonstra o impacto desse reconhecimento no teste de desempenho, analisando dois exemplos específicos de testes de desempenho, mostrando como cada um lida com a questão dos “modelos” e concluindo que, apesar de ter havido um desenvolvimento significativo nesta área, nenhum regime de testes atual é suficientemente pluralista em sua abordagem dos diferentes modelos de prática. Finalmente, a parte V sugere como se apresentaria uma abordagem pluralista ao teste de desempenho e sustenta que tal abordagem é tanto prática quanto desejável.

II. Teste de Desempenho e a Premissa do “Núcleo Comum”: o *Test Design Project*

O primeiro esforço mais conhecido de se estabelecer um método para o teste de desempenho iniciou-se aproximadamente quinze anos atrás, no final da década de 1980. Lançado em resposta à supracitada recomendação da Comissão SPIDR de que os padrões deveriam ser baseados no desempenho, o “*Test Design Project*” (doravante, TDP) foi um independente e institucional “esforço para fornecer aos programas de mediação, às cortes e a outras partes interessadas instrumentos mais bem desenvolvidos para selecionar, treinar e avaliar mediadores”, especialmente pela implantação do teste de desempenho.¹⁷ O TDP publicou seu primeiro relatório, “Guia Provisório para a Seleção de Mediadores” (“*Interim Guidelines for Selecting Mediators*”), em 1993, incluindo um “modelo de teste

¹⁷ МЕТОДОЛОГИЯ, nota 3 *supra*, em 1. A linguagem citada foi retirada do relatório final do TDP, publicado dois anos depois da publicação de seu primeiro teste. Ver texto *infra* acompanhando as notas 35-38.

de desempenho”¹⁸, que gerou inúmeras críticas.¹⁹ Isso conduziu a um trabalho posterior, culminando na publicação em 1995 de um relatório final descrevendo uma “Metodologia” para avaliação baseada no desempenho, em vez de um único “teste-modelo”.²⁰ Todavia, a Metodologia do TDP continha, de fato, alguns testes-modelos, incluindo o original do Guia Provisório, sendo que aquele teste original (doravante, Teste TDP) teve muita influência nos esforços subseqüentes de outros em projetar e implementar testes de desempenho, como será discutido abaixo.²¹

A. O Contexto do Teste TDP: Habilidades do “Núcleo Comum” e Teoria da Mediação

Tanto o conteúdo específico quanto as premissas que subjazem o Teste TDP são significativas para a análise aqui. Com relação ao conteúdo, o Teste TDP concentrava-se nas seguintes seis categorias da atividade do mediador como foco da avaliação de desempenho: investigação para colher informações, transmissão de empatia, projeção de imparcialidade, geração de opções, geração de acordos e coordenação da interação. Para cada categoria, comportamentos específicos foram identificados e agrupados de forma a distinguir entre níveis de competência alto, médio e baixo (escalonados como comportamentos valendo 1, 2 ou 3 pontos).²² O teste deveria ser aplicado por avaliadores treinados com base na observação de uma mediação simulada.²³

Antes de analisar mais a fundo as especificidades do teste, é importante situá-lo em seu contexto. Primeiro, sua mensagem genérica é a de que mediadores demonstram competência quando são eficazes em organizar e focalizar a discussão das questões e depois movimentam as partes do desacordo ao acordo naquelas questões e produzem um pacto concreto. Há, em verdade, duas premissas associadas a esta mensagem: primeiro, de que existe um “núcleo comum” de comportamentos envolvidos no trabalho de mediadores eficientes; e segundo, de que esses comportamentos são os meios para um fim que forma o objetivo último da mediação – alcance de um acordo que resolva a disputa das partes. Essas premissas são bem explícitas no trabalho que formou tanto o pano de fundo imediato quanto o mais amplo para o desenvolvimento do Teste TDP.

O pano de fundo imediato foi o trabalho de Christopher Honeyman, diretor e projetista do TDP, que vinha trabalhando desde a metade da década de 1980 para identificar

18 TEST DESIGN PROJECT, INTERIM GUIDELINES FOR SELECTING MEDIATORS 7-10 (1993), reimpresso em Christopher Honeyman, *A Consensus on Mediators' Qualifications*, 9 NEGOT. J. 295, 302-05 (1993) [doravante, Honeyman].

19 Ver, e.g., Richard A. Salem, *The “Interim Guidelines” Need a Broader Perspective*, 9 NEGOT. J. 309 (1993); Craig A. McEwen, *Competence and Quality*, 9 NEGOT. J. 317 (1993); Carrie Menkel-Meadow, *Measuring Both the Art and Science of Mediation*, 9 NEGOT. J. 321 (1993); Robert A. Baruch Bush, *Mixed Messages in the “Interim Guidelines”*, 9 NEGOT. J. 341 (1993).

20 METHODOLOGY, nota 3 *supra*.

21 Ver texto *infra* acompanhando as notas 39-59.

22 Honeyman, nota 14 *supra*, em 302-05.

23 Ver METHODOLOGY, nota 3 *supra*, em 34-38. Ver em geral David E. Matz, *Some Advice for Mediator Evaluators*, 9 NEGOT. J. 327 (1993).

um “núcleo comum” de comportamentos exibidos por mediadores eficientes.²⁴ No trabalho de Honeyman, é claro que o significado de “eficiência” é o sucesso em alcançar um acordo. Cada um dos elementos que ele considera “comuns” ao trabalho dos mediadores que estudou – investigação, empatia, persuasão, invenção e distração – são descritos em termos de sua utilidade em promover acordos, o que é tido como o objetivo do trabalho deles.²⁵ Na construção de um teste de desempenho na base desse trabalho, o TDP estava, então, desenvolvendo um teste que avaliaria a habilidade do mediador em alcançar o objetivo da produção de acordo.

Como pano de fundo mais amplo, ao tempo do trabalho inicial de Honeyman e continuamente pelo desenvolvimento do teste-modelo original do TDP, essa concepção do objetivo da mediação, e a visão resultante de como o processo é mais eficientemente conduzido, não foi essencialmente desafiada. Isto é, havia apenas um modelo de mediação conhecido ou imaginado, e era um modelo concentrado na produção de acordos.²⁶ Apesar de terem sido identificadas e estudadas diferenças entre “estilos” de prática, incluindo distinções como “orquestradores *versus* formadores de acordo”²⁷ ou “barganhadores *versus* terapêuticos”²⁸, todas essas foram consideradas variações estilísticas no tema comum de como melhor produzir acordos.²⁹ Apenas na metade da década de 1990 foi sustentado pela primeira vez que mediadores diferiam não meramente na forma como abordavam o objetivo comum (o acordo), mas também – e mais profundamente – na concepção mesma de que objetivo eles perseguiram, e que alguns mediadores seguiam um modelo genuinamente diferente de prática, voltado para um objetivo que não o acordo.³⁰ Assim, a idéia de homogeneidade que sustentava o TDP era consistente com o senso comum do campo sobre o processo de mediação àquele tempo.

Além disso, assim como essa visão comum do objetivo do mediador, o campo na década de 1980 e no início da de 1990 também tinha uma visão bem consistente de como os mediadores poderiam alcançar esse objetivo na prática. Dessa forma, havia inúmeros “guias para a prática” razoavelmente bem detalhados publicados antes do trabalho de Honeyman, incluindo livros e artigos clássicos de autores ainda reconhecidos como

24 Ver, e.g., Christopher Honeyman, *Five Elements of Mediation*, 4 NEGOT. J. 149 (1988) [doravante, *Five Elements*]; Christopher Honeyman, *On Evaluating Mediators*, 6 NEGOT. J. 23 (1990); Christopher Honeyman, *The Common Core of Mediation*, 8 MEDIATION Q. 73 (1990).

25 Ver METHODOLOGY, nota 3 *supra*, em 15-16; *Five Elements*, nota 20 *supra*, em 153-55.

26 Ver ROBERT A. BARUCH BUSH & JOSEPH P. FOLGER, THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION 55-68 (1994).

27 Ver DEBORAH. M. KOLB, THE MEDIATORS 23-45 (1983).

28 Ver SUSAN S. SILBEY & SALLY E. MERRY, *Mediator Settlement Strategies*, 8 LAW & POL'Y 7, 19-25 (1986).

29 Ver BUSH & FOLGER, nota 22 *supra*, em 59-63; Silbey & Merry, nota 24 *supra*, em 19-25.

30 Ver BUSH & FOLGER, nota 22 *supra*, em 81-95.

autoridades hoje, tais como Moore³¹, Stulberg³², Folberg e Taylor³³, Saposnek³⁴, Haynes³⁵ e outros. A “teoria e prática da mediação” descrita nessa literatura – e ainda seguida por muitos hoje – envolve o mediador conduzindo as partes por uma seqüência de estágios: abertura da sessão e estabelecimento de regras básicas, coleta de informações, definição das questões, geração de opções, geração de movimento (por meio da persuasão) e alcance do acordo e término.³⁶ A descrição dos estágios e das estratégias difere de texto para texto, mas os pontos em comum são bastante claros, bem como o objetivo e os meios de alcançá-lo. O que também é claro é o princípio de que, em todos esses estágios da mediação, é o mediador quem controla e conduz o processo em cada passo, e de que a prática eficaz de uma mediação requer o exercício de um controle, um direcionamento e uma influência consideráveis para “manter o processo em curso” em direção ao objetivo do acordo.³⁷ Esse princípio operante de controle do processo de mediação, apesar da centralidade do valor da autodeterminação nesse processo, é freqüentemente explicado com a sabedoria comum de que “as partes controlam o resultado, mas o mediador controla o processo”.³⁸

B. O Teste TDP: Definindo e Medindo a Competência Comportamentalmente

Dentro desse contexto maior de uma literatura autorizada descrevendo uma visão aceita do objetivo da mediação e as práticas necessárias para alcançá-lo, as especificidades do Teste TDP fazem bastante sentido. Em quatro das categorias de atividade do mediador avaliadas pelo Teste TDP, os comportamentos com maior pontuação incluíam os pontos:

- *Investigação*: ... identificação e busca de informações relevantes pertinentes ao caso.

... Detectou e trabalhou questões ocultas ... Definiu e esclareceu as questões ...
Colheu informações por meio de perguntas incisivas, duras e desconfortáveis.

- *Geração de Opções*: ... geração de idéias e propostas ...

31 CHRISTOPHER W. MOORE, *THE MEDIATION PROCESS: PRACTICAL STRATEGIES FOR RESOLVING CONFLICT* (1986).

32 JOSEPH B. STULBERG, *The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind*, 6 Vt. L. REV. 85 (1981); JOSEPH B. STULBERG, *TAKING CHARGE/MANAGING CONFLICT* (1987).

33 FOLBERG & TAYLOR, nota 1 *supra*.

34 DONALD SAPOSNEK, *MEDIATION CHILD CUSTODY DISPUTES: A SYSTEMATIC GUIDE FOR FAMILY THERAPISTS, COURT COUNSELORS, ATTORNEYS, AND JUDGES* (1983).

35 JOHN M. HAYNES, *DIVORCE MEDIATION* (1981); JOHN M. HAYNES & GRETCHEN L. HAYNES, *MEDIATION DIVORCE: CASEBOOK OF STRATEGIES FOR SUCCESSFUL FAMILY NEGOTIATIONS* (1989).

36 Ver ALFINI ET. AL., nota 4 *supra*, em 107-40. O “livro de casos” de Alfini oferece um bom sumário baseado no trabalho dos supracitados autores de mediação e outros. Ver também Dorothy J. Della Noce, *Mediation as a Transformative Process: Insights on Structure and Movement*, in *DESIGNING MEDIATION: APPROACHES TO TRAINING AND PRACTICE WITHIN A TRANSFORMATIVE FRAMEWORK* 71, 71-76, 72n.1 (J.P. Folger & R.A.B. Bush eds., 2001) [doravante, *DESIGNING MEDIATION*].

37 Ver, e.g., Stulberg, nota 28 *supra*, em 97-106; STULBERG, nota 28 *supra*, em 95-106; HAYNES & HAYNES, nota 31 *supra*, em 3, 16-17; ver também Della Noce, nota 32 *supra*, em 74; Deborah M. Kolb & Kenneth Kressel, *The Realities of Making Talk Work*, in *WHEN TALK WORKS: PROFILES OF MEDIATORS* 459, 470-74 (Deborah M. Kolb & Associates eds., 1994).

38 Ver, e.g., John M. Haynes, *Mediation and Therapy: An Alternative View*, 10 *MEDIATION Q.* 21, 23-24 (1992); HAYNES & HAYNES, nota 31 *supra*, em 16; Stulberg, nota 28 *supra*, em 96. Mas ver Joseph P. Folger, *Who Owns What in Mediation?: Seeing the Link Between Process and Content*, in *DESIGNING MEDIATION*, nota 32 *supra*, em 55 (desafiando a distinção entre controle de processo e do conteúdo).

Gerou, avaliou e priorizou soluções alternativas ... Reconheceu problemas subjacentes em oposição a sintomas ... Inventou e recomendou soluções incomuns, porém funcionais, consistentes com os fatos do caso. Perseguiu vigorosamente vias de colaboração entre as partes.

- *Geração de Acordos*: ... movimentação das partes em direção ao fim e “fechamento” de um acordo.

... Enfatizou áreas de concordância. Clarificou e estruturou pontos de concordância ... Fez perguntas difíceis para salientar posições desarrazoadas ... Juntou e ligou questões para demonstrar ganhos mútuos dos acordos.

- *Coordenação da interação*: ... desenvolvimento de estratégias, administração do processo ...

Possuía técnicas eficazes para redirecionar o foco das partes para longe do mau humor ou de discussões de outra forma improdutivas. Manteve o otimismo e o ânimo, enfatizou o progresso, demonstrou tenacidade ... Tornou todas as decisões sobre as reuniões privadas, ordem de apresentação etc. consistentes com a busca pelo progresso em direção à resolução ...³⁹

Especificar os comportamentos acima como indicadores de alta competência – tomados junta ou separadamente – claramente reflete a premissa de que o objetivo da mediação é o estabelecimento de um acordo, cuja produção define sucesso e demonstra uma prática eficaz e competente. Também reflete a visão de que, para alcançar esse objetivo e ser eficaz, um mediador deve executar comportamentos que são, em graus variáveis, controladores, diretivos, enérgicos e manipuladores. Em resumo, o arcabouço do Teste TDP para avaliar a competência reflete a visão prevalente no campo àquele tempo no que concerne ao objetivo da mediação e às estratégias necessárias para atingi-lo. Posto de outra maneira, o Teste TDP reflete uma abordagem à mediação, um “modelo” de mediação, que foi visto àquele tempo como o significado único e universalmente aceito da mediação em geral. Visto sob essa perspectiva, o Teste TDP representou uma significativa contribuição, porque avançou bastante no sentido de operacionalizar esse modelo de mediação de forma a permitir que seus profissionais tenham sua competência testada por meio do seu desempenho.

Apesar desse valor, o Teste TDP evocou significativas críticas. Um tipo de crítica apontava erros e omissões de comportamentos específicos importantes para uma mediação eficiente orientada para o acordo.⁴⁰ Um outro e mais grave tipo de crítica questionava a validade geral do teste, sugerindo que, precisamente por ser tão ligado a uma visão de mediação voltada para o acordo, o Teste TDP seria inadequado como um instrumento para mensuração da competência de mediadores que praticam outros tipos de mediação.⁴¹ Certamente, a premissa desta crítica era a existência de modelos de prática distintos e dife-

39 Honeyman, nota 14 *supra*, em 303-05 (reticências adicionadas).

40 *Ver, e.g.*, Salem, nota 15 *supra*, em 309; Menkel-Meadow, nota 15 *supra*, em 321.

41 *Ver* Bush, nota 15 *supra*.

rentes, uma noção que ganhou visibilidade no campo após o TDP ter sido lançado e tido um impacto significativo nos esforços subsequentes para desenvolver testes de desempenho de mediadores como uma forma de garantia de qualidade.⁴² Essa “segunda fase” do trabalho no teste de desempenho é o assunto da parte IV abaixo. Primeiro, contudo, é importante documentar a vitalidade contínua do tipo de teste originado pelo TDP – um teste que mede a competência dos mediadores principalmente por referência a sua eficácia na produção de acordos.

III. Testando a Eficácia na Resolução de Problemas e na Produção de Acordos: os Frutos do Teste TDP

Apesar de o Teste TDP não parecer ter sido adotado por qualquer programa ou jurisdição exatamente como foi esboçado, foi bastante influente em outros testes de desempenho, tanto para a orientação geral dos testes quanto para os comportamentos específicos avaliados. Em cada um dos vários testes discutidos nesta Parte, é bem claro que o indicador definitivo de um desempenho competente é a habilidade de produzir um acordo que pacifique a disputa. Além disso, os comportamentos específicos avaliados por esses testes tendem a ser similares, se não idênticos, comparados aos avaliados pelos outros testes e pelo teste TDP.

A. O Teste de San Diego

O Centro de Mediação de San Diego (SDMC)⁴³ é uma agência não-lucrativa que se iniciou como um programa de base comunitária e agora também serve aos tribunais e outras agências do governo, provendo mediação ligada ao tribunal e mesmo mediação privada de divórcio.⁴⁴ Em 1993, o SDMC instituiu um teste de desempenho do mediador como parte de um processo para “certificação” dos mediadores. Ao passo que o teste não parece ter sido baseado diretamente no Teste TDP, foi claramente desenvolvido sobre os mesmos fundamentos (i.é, o trabalho de Honeyman sobre “habilidades nucleares” necessárias a uma mediação eficaz).⁴⁵ A partir dessa base, e como o próprio Teste TDP, o SDMC desenvolveu um teste para avaliar as “habilidades apropriadas e úteis no processo de mediação, embora não exclusivas a qualquer modelo ou estilo de mediação. (...) O teste examina dezoito comportamentos específicos (...) que mediadores experientes concordariam que devem estar amplamente presentes em quase todas as mediações eficazes.”⁴⁶ A partir dessa visão, é claro que a premissa de homogeneidade foi aceita no desenvolvimento do teste do SDMC (i.e. o teste assume um modelo único e generalizado de prática e tenta avaliar a competência sobre essa base).

⁴² Ver texto *infra* acompanhando as notas 59-115.

⁴³ N. do T.: No original, *San Diego Mediation Center (SDMC)*.

⁴⁴ Ver Spiegelman, nota 7 *supra*, em 698-99.

⁴⁵ Ver Filner & Jenkins, nota 8 *supra*, em 656.

⁴⁶ *Id.* em 658-59.

Dos detalhes do Teste SDMC, também é claro que ele reflete as mesmas premissas no que tange ao objetivo último da mediação e às melhores estratégias para se alcançá-lo, como no Teste TDP. Assim, as categorias da atividade do mediador avaliadas – e os indicadores comportamentais específicos usados para avaliá-las (em uma escala de 5 pontos) – incluem as seguintes:

- *Fluxo do Processo*: ... Há um movimento claro em direção a uma resolução?
- *Declaração inicial*: ... Cobre adequadamente informações procedimentais, ... confidencialidade, regras básicas e expectativas? ...
- *Facilitação de declaração de posições*: ... O mediador faz perguntas necessárias e aplica as regras básicas quando é preciso?
- *Coordenação de Interação/Análise do Conflito*: ... O mediador tem a habilidade de isolar questões para discussão ...? O mediador organiza uma clara agenda de questões ...?
- *Administração da Negociação*: O mediador incentiva uma negociação produtiva? ... A discussão é orientada para o futuro?
- *Organização das Questões*: Há evidência de alguma estratégia para priorizar questões e para superar impasses?
- *Linguagem Neutra*: Observar a habilidade do mediador em ... reelaborar questões em linguagem neutra ou positiva e inserir as demandas dos disputantes no contexto de “interesses”.
- *Desenvolvimento Estratégico*: Quando preciso, o mediador ajusta o processo e guia as partes em direção a uma interação produtiva e a uma resolução? Há evidência de um planejamento prévio sobre a organização da sala, concentração no comportamento futuro e uso apropriado das reuniões privadas para mover o processo adiante?⁴⁷

É claro que a premissa desses exames comportamentais, observados conjuntamente, é que um desempenho competente envolve a habilidade de produzir um acordo que resolva a disputa. Também é claro que os comportamentos específicos vistos como avaliadores de habilidade envolvem o fato de o mediador “controlar o processo” em uma variedade de formas de maneira a alcançar o resultado desejado. De fato, em um relato do desenvolvimento do Teste SDMC por dois indivíduos conectados ao centro, os autores afirmam que 12 dos 18 comportamentos avaliados “dizem respeito ao controle que o mediador tem do processo”.⁴⁸ Como o Teste TDP, o Teste SDMC define e examina a competência do mediador em termos do objetivo, que é a produção do acordo, e de um conjunto de comportamentos diretivos e controladores do processo voltados ao alcance desse objetivo. De fato, como será discutido em breve, há uma sobreposição considerável nos comportamentos controladores do processo especificados em cada teste. Primeiro, contudo, considerem-se mais alguns exemplos de testes de desempenho que são próximos ao Teste TDP

47 THE SAN DIEGO MEDIATION CENTER CREDENTIALING PERFORMANCE EVALUATION [daqui a diante, SDMC TEST], reimpresso em METHODOLOGY, nota 3 *supra*, em 27-30 (reticências adicionadas); ver também Spiegelman, nota 7 *supra*, em 705 é n.115.

48 Filner & Jenkins, nota 8 *supra*, em 660.

em sua abordagem, apesar de serem usados em observações reais de mediações, em vez de em simulações feitas para o propósito de examinar.

B. O Teste Maine

O gabinete de Serviços de RAD em tribunal do Judiciário do Maine (CADRES)⁴⁹ emprega um teste de desempenho para mediadores que procuram aceitação para uma de suas várias vagas.⁵⁰ O teste envolve o preenchimento de uma “lista do observador” por um avaliador após observar o candidato conduzir uma sessão de mediação ao vivo. O Teste CADRES inclui sete categorias a serem conferidas (uma gradação numérica inexistente), com 10 a 12 comportamentos específicos dentro de cada uma. As categorias são bem similares às daquelas do TDP: declaração inicial, relacionamento com participantes, definição das questões, comunicação, geração e teste de opções, alcance e confirmação de um acordo e término da sessão.⁵¹ Mais uma vez, alguns exemplos dos comportamentos específicos avaliados demonstram que o Teste CADRES compartilha a mesma visão que os testes TDP e SDMC sobre o significado da competência do mediador:

- RELACIONAMENTO COM OS PARTICIPANTES ...
 - g. permite uma expressão razoável de emoções ...
 - DEFINIÇÃO DAS QUESTÕES
 - a. identifica as questões em disputa ...
 - c. desenvolve uma estratégia para o processo de mediação ...
 - e. adquire conhecimento sobre interesses subjacentes ...
 - g. propicia e enfatiza o positivo
 - h. mantém as partes concentradas em questões relevantes
 - i. mantém a sessão em seu curso ...
 - GERAÇÃO E TESTE DE OPÇÕES
 - a. ajuda as partes a encontrar soluções criativas para as disputas
 - b. usa uma variedade de métodos para ajudar a geração de possíveis soluções
 - c. reapresenta e redefine opções e propostas
 - d. encoraja as partes a negociarem
 - e. usa reuniões privadas quando necessárias para gerar idéias
 - j. projeta otimismo
 - ALCANCE E CONFIRMAÇÃO DO ACORDO
 - a. busca acordos claros, práticos e lícitos ...
 - d. enfatiza uma abordagem voltada para o futuro e para a resolução de problemas
- ...⁵²

49 N. do T.: No original, *Court ADR Services (CADRES) office of the Maine Judiciary*.

50 Entrevista telefônica com William Galloway, Mediador Privado (22 de outubro de 2003).

51 *Court Alternative Dispute Resolution Service (CADRES) Observer's Checklist for Mediation* (em arquivo com o autor).

52 *Id.*

A mensagem clara dos comportamentos testados, observados em conjunto, é que a competência é medida pela habilidade de se produzir um acordo, habilidade essa que se presume residir no uso de uma variedade de intervenções de “controle do processo”.

C. Os Testes da Marinha e da Virgínia

Um exemplo final de teste do tipo do TDP é um teste de desempenho usado por dois diferentes programas de mediação, com apenas leves variações. Cada um dos programas – o Programa de Mediação Certificado do Departamento de Marinha (DON – para mediações envolvendo empregados civis) e o Programa de Mediação Certificado da Suprema Corte da Virgínia (para a mediação anexa a tribunal – ou *court-connected*⁵³) – empregam seus testes em observações de sessões reais, por “mentores” que já são certificados como mediadores.⁵⁴ De acordo com o documento do Teste de Virgínia, o exame foi adaptado de um formulário de avaliação desenvolvido pelo Centro de Mediação Comunitária em Harrisonburg, Virgínia. Algumas das categorias e alguns dos comportamentos específicos avaliados (em uma escala de 1 a 5) são os seguintes:

- Introdução ...
 - » Estabeleceu regras básicas ...
- Esclarecimento de Questões
 - » Fez perguntas apropriadas
 - » Identificou interesses ... e problemas subjacentes
 - » Identificou pontos comuns
 - » Reelaborou declarações e questões
- Geração de Opções
 - » Organizou e priorizou questões mediáveis
 - » Concentrou-se em necessidades do presente e do futuro em vez de em posições
 - » Incentivou opções múltiplas e explorou possibilidades de acordo
- Resolução/Término
 - » Facilitou a negociação e a barganha ...
 - » Colaborou no desenvolvimento de um acordo balanceado, justo, realista ...
 - » Esforço suficiente foi exercido para assistir as partes a alcançar um acordo
- Técnicas Especiais
 - » Demonstrou um uso apropriado de reuniões privadas ...
 - » Superou impasses, resistências ou comportamentos difíceis ...
 - » Lidou com o desequilíbrio de poder ou questões sobre controle ...⁵⁵

53 N. do T.: *Court-connected* refere-se aos programas de mediação realizados em parceria com o Poder Judiciário tradicional, já institucionalizado.

54 Ver Waldman, nota 5 *supra*, em 15.

55 Suprema Corte de Virgínia, *Mentee Evaluation Form*, disponível em www.courts.state.va.us/drs/forms/ADR-1001-070199.htm (acessado pela última vez em 8 de abril de 2004) [doravante, Virginia Test].

As especificações do Teste da Marinha são quase idênticas.⁵⁶ Novamente, os exemplos revelam um claro enfoque na resolução como o objetivo, e nas intervenções de “controle processual” como os meios para esse fim, de forma bem similar aos outros testes examinados acima.

D. Padrões Comuns nos Testes: Uma Visão Única da Competência

Além do fato que os testes revistos acima, como demonstrado, são similares em suas características e propósitos gerais, também são semelhantes em listar muitos dos mesmos comportamentos específicos como medidas da competência. Identificar essas sobreposições específicas mostrará ainda mais claramente como todos esses testes pressupõem um modelo único de mediação, que qualquer profissional competente deve saber como empregar. Para tornar esse ponto mais saliente, todavia, primeiro é importante caracterizar um pouco mais o pano de fundo sobre como a estratégia da mediação era vista na literatura sobre a prática da década de 1980 e do início da de 1990. Enquanto os “elementos nucleares” da prática de Honeyman captaram muito dessa imagem,⁵⁷ várias autoridades da “boa prática” enfatizaram alguns elementos em particular.

Entre as mais importantes estratégias enfatizadas na literatura sobre prática estavam:

- Direcionar as partes para longe da barganha distributiva e posicional e em direção a uma barganha integrativa baseada em necessidades e interesses;⁵⁸
- Enfatizar “pontos comuns” e desenfatar áreas de discordância;⁵⁹
- Concentrar a discussão em compromissos futuros e não em desentendimentos passados;⁶⁰ e
- Limitar expressões fortemente emocionais para evitar um fracasso da discussão racional.⁶¹

Algumas dessas práticas para “boa mediação” são, na verdade, derivadas da incipiente literatura sobre negociação “com princípios” ou “de resolução de problemas”,⁶² que data da publicação do trabalho clássico de Fisher e Ury, *Getting to Yes*, em 1981.⁶³ Todavia, muitos no campo da mediação acreditavam que tais práticas, se usadas por mediadores, aumentariam a eficácia do profissional em produzir mais acordos – e acordos de maior

56 Departamento da Marinha/Recursos Humanos Civis, *Co-Mediation Evaluation Form*, disponível em www.adr.navy.mil/adr/mediacert.asp (acessado pela última vez em 8 de abril de 2004) [doravante, DON Test].

57 Ver texto *supra* acompanhando as notas 20-21.

58 Ver, e.g., MOORE, nota 27 *supra*, em 38-39, 187-98, 208-10; STULBERG, nota 28 *supra*, em 98, 102-03; Alison Taylor, *A General Theory of Divorce Mediation*, in *DIVORCE MEDIATION: THEORY AND PRACTICE* 61, 71-73 (Jay Folberg & Ann Milne eds., 1988).

59 Ver, e.g., STULBERG, nota 28 *supra*, em 1, 102-03; HAYNES & HAYNES, nota 31 *supra*, em 35; MOORE, nota 27 *supra*, em 64.

60 Ver, e.g., FOLBERG & TAYLOR, nota 1 *supra*, em 14; SAPOSNEK, nota 30 *supra*, em 70; STULBERG, nota 28 *supra*, em 101; HAYNES & HAYNES, nota 31 *supra*, em 34.

61 Ver, e.g., SAPOSNEK, nota 30 *supra*, em 176-77; MOORE, nota 27 *supra*, em 127-32.

62 Ver, e.g., Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: the Structure of Problem Solving*, 31 U.C.L.A. L. Rev. 754 (1984); DAVID A. LAX & JAMES K. SEBENIUS, *THE MANAGER AS NEGOTIATOR: BARGAINING FOR COOPERATION AND COMPETITIVE GAIN* (1986).

63 ROGER FISHER & WILLIAM URY, *GETTING TO YES: NEGOTIATION AGREEMENT WITHOUT GIVING IN* (1981).

qualidade – do que de outra forma se poderia.⁶⁴ Dessa forma, a literatura incluía esses elementos cada vez mais como parte da visão autoritária de uma mediação eficaz.

Com esse pano de fundo da literatura prática do período, junto com o que foi mencionado anteriormente,⁶⁵ é possível mostrar que os testes de desempenho discutidos até aqui – incluindo o Teste TDP e os quatro outros descritos – sobrepõem-se fortemente nas medidas que especificam como indicadores de uma prática competente. Especificamente, comparando os indicadores de cada teste citado acima, os padrões seguintes emergem:

- Todos os cinco testes (como se nota acima) especificam comportamentos do mediador que envolvem o controle e a estruturação do processo que se desenrola: estabelecimento e aplicação das regras básicas, definição de questões, estruturação da pauta, decisão de quando realizar reuniões privadas, manutenção da discussão em seu rumo e, em geral, fazer as decisões do processo serem “consistentes com o progresso em direção à resolução.”
- A maioria dos testes especifica comportamentos que envolvem identificação das necessidades e dos interesses subjacentes das partes (em oposição às posições) ou que encorajam formas de resolução do problema baseadas em interesses (em oposição à barganha posicional), ou ambas.
- A maioria dos testes especifica comportamentos do mediador que envolvem a ênfase nos pontos comuns e em áreas de concordância (e redução de ênfase no desacordo).
- A maioria dos testes especifica comportamentos do mediador que envolvem o direcionamento das partes para concentrarem suas discussões no futuro e desprenderem-se do passado.
- A maioria dos testes especifica comportamentos do mediador que, implícita ou explicitamente, desencorajam e limitam a expressão de emoções negativas: “mau humor”, “emoções intensas”, “desabafo desarrazoado”, “interação improdutiva”, etc.

Esse sumário comparativo demonstra que esses cinco testes de desempenho, apesar de terem diferentes formatos e algumas diferenças no conteúdo específico, refletem uma imagem amplamente consistente e comum do que é a competência do mediador.

Ainda mais, a imagem comum inserida nesses testes é consistente com a visão monolítica do processo de mediação que prevaleceu na literatura sobre prática durante a década de 1980 e o início da de 1990, de acordo com a qual há apenas um processo homogêneo de mediação – com um único objetivo e um conjunto de elementos ou estratégias convencionado, apesar de variações nos estilos de prática individual. Assim, desconsidera-

64 Ver MOORE, nota 27 *supra*, em 38-39, 71-72; KARL A. SLAIKEU, WHEN PUSH COMES TO SHOVE: A PRACTICAL GUIDE TO MEDIATION DISPUTES 5, 151 (1996); Leonard L. Riskin, *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*, 12 ALTERNATIVES 111, 111-12 (1994); Lela P. Love, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*, 24 FLA. ST. U. L. REV. 937, 937-39 (1997); Spiegelman, nota 7 *supra*, em 694-95; Robert H. Mnookin & Lee Ross, *Introduction*, in BARRIERS TO CONFLICT RESOLUTION 3, 22-24 (Kenneth Arrow et. al. eds., 1995).

65 Ver texto *supra* acompanhando as notas 27-34.

das suas próprias diferenças estilísticas, os cinco testes discutidos acima servem para medir a mesma coisa: o âmbito em que um mediador individual opera competentemente esse processo homogêneo de resolução de problemas controlado pelo mediador, com o intuito de alcançar o objetivo presumido da produção de acordo.

IV. Teste de Desempenho sem um “Núcleo”: Reconhecimento de “Modelos” de Mediação e o Impacto no Teste da Competência do Mediador

Até a metade da década de 1990, diferenças nas práticas de mediadores foram vistas como problemas de variações estilísticas na prática em um processo único e homogêneo. Isso foi referido acima como a premissa de homogeneidade e foi fortemente sustentada por uma literatura sobre prática que apresentava uma imagem bastante coerente do processo; com seus “elementos nucleares” aceitos por todos.⁶⁶ Uma pesquisa que documentou diferenças na prática e sugeriu “tipologias” de diferentes abordagens ao processo de mediação deixou significativamente de penetrar o mundo da prática.⁶⁷ Então, em 1994, três publicações acadêmicas surgiram e desafiaram, em graus variáveis, a noção de que a mediação, como praticada, era um processo único, homogêneo e monolítico. Ao longo da última década, esse desafio foi substancialmente bem-sucedido e, hoje, é amplamente aceito que há diferentes modelos de mediação em prática, com distinções coerentes que vão além das diferenças estilísticas individuais.⁶⁸ O impacto no desenvolvimento do teste de desempenho, bem como no resto do campo, foi significativo. Antes de examinar tal impacto, é útil resumir o trabalho que pôs a premissa de homogeneidade em questão.

A. Modelos de Prática Distintos: Três Visões e uma Conclusão Comum

Em um breve artigo visando a esclarecer o espectro das técnicas do mediador, em vez de articular modelos distintos, o Professor Leonard Riskin sugeriu uma distinção entre as abordagens “facilitadora” e “avaliadora” para a prática da mediação.⁶⁹ A principal diferença é até que ponto o mediador avalia as propostas e os argumentos substanciais das partes e recomenda termos de acordo, em vez de simplesmente administrar o processo. Essa distinção trouxe novos ares ao campo, e o “espectro” de prática de Riskin foi logo traduzido em uma tipologia de modelos de prática – os modelos facilitadores e os avaliadores. De acordo com uma visão autoritária do modelo facilitador, o mediador, nesse modelo, age somente como facilitador ou administrador da negociação entre as partes ou do processo

⁶⁶ Ver texto *supra* acompanhando as notas 27-34 e 51-57.

⁶⁷ Ver notas 23-25 *supra* e o texto que as acompanha; ver também, e.g., Kenneth Kressel et al., *The Settlement-Oriented vs. the Problem-Solving Style in Custody Mediation*, 50 J. SOC. ISSUES 67 (1994); Kenneth Kressel & Dean G. Pruitt, *Conclusion: A Research Perspective on the Mediation of Social Conflict*, in *MEDIATION RESEARCH* 394, 423-25 (Kenneth Kressel et al. eds., 1989)

⁶⁸ Ver, e.g., ALFINI ET AL., nota 4 *supra*, em 107, 140-47; Neilson & English, nota 8 *supra* em 223-34.

⁶⁹ Ver Riskin, nota 57 *supra*, em 111-12; ver também Leonard L. Riskin, *Understanding Mediator Orientations, Strategies and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 HARV. NEGOT. L. REV. 7, 24-32 (1996). Apesar de Riskin ter, em verdade, apresentado um “gráfico” bidimensional incluindo não somente o eixo facilitador/avaliador, mas também um eixo “largo”/“estreito”, foi o primeiro que chamou a atenção do campo.

de resolução de disputa.⁷⁰ O mediador estabelece regras básicas, facilita o intercâmbio de informações, define questões e estrutura uma agenda, tenta gerar movimentação no sentido do acordo por vários meios (como encorajar as partes a concentrarem-se em interesses e não em posições, enfatizar áreas de concordância, desencorajar discussões de incidentes passados e limitar expressões de intensas emoções negativas) e estrutura o fechamento das discussões. Todavia, o mediador facilitador não expressa qualquer opinião sobre o mérito de qualquer questão substancial. Em contrapartida, no modelo avaliador, o mediador não apenas serve como administrador do processo, mas também oferece, como especialista, uma avaliação do caso (avaliando as forças e as fraquezas do caso de cada parte ou de suas propostas), recomendações sobre a substância do acordo (incluindo, por exemplo, predições do desenrolar nos tribunais ou outras conseqüências) e fortes pressões em aceitar essas recomendações.⁷¹ A articulação das duas abordagens como modelos distintos de prática conduziu a uma controvérsia significativa – incluindo uma discussão de se um modelo avaliador poderia ser chamado propriamente de mediação.⁷² Não obstante, a distinção persistiu e certamente minou a premissa de homogeneidade.

No mesmo ano em que Riskin introduziu a distinção entre mediação facilitadora e avaliadora, outros dois trabalhos surgiram e também sugeriram distinções entre modelos de mediação. Em um livro que se tornou tanto influente como controverso, os professores Robert A. Baruch Bush e Joseph Folger identificaram e compararam o que eles chamaram de modelos de prática mediatória “de resolução de problemas” e “transformador”.⁷³ No modelo de resolução de problemas, como Bush e Folger descrevem, o mediador concentra-se em alcançar um acordo que resolva os problemas tangíveis envolvidos na disputa das partes. Mais concretamente, o mediador usa medidas diretivas que controlam o processo de discussão, tais como identificar e estreitar o problema, encontrar uma solução funcional e então persuadir as partes a aceitá-la de alguma forma.⁷⁴ Em contrapartida, no modelo transformador, o mediador concentra-se em sustentar o desenvolvimento do esclarecimento e da confiança por cada parte sobre suas próprias visões da situação, juntamente com a compreensão e a empatia pelas visões da outra parte – sem qualquer foco específico na resolução em si. Mais concretamente, o mediador emprega uma variedade de intervenções para sustentar a tomada de decisão pela parte e a formação de perspectivas entre as partes, mas tenta evitar todas as formas de direcionamento e assegurar o controle da parte sobre

70 Ver ALFINI ET AL., nota 4 *supra*, em 107-39, ver também Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 1, 15-21, 28-29 (2001). Ver em geral Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*, 3 HARV. NEGOT. L. REV. 71 (1998).

71 Ver Riskin, nota 57 *supra*, em 111-12; Riskin, nota 62 *supra*, em 26-28.

72 Ver Welsh, nota 63 *supra*, em 27-33; Chris Guthrie, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, 6 HARV. NEGOT. L. REV. 145, 146-54 (2001).

73 BUSH & FOLGER, nota 22 *supra*, em 55-68.

74 *Id.*, em 63-71.

não somente o resultado, mas também sobre as decisões do processo.⁷⁵ Como a distinção facilitadora/avaliadora, a tipologia transformadora/resolutiva tem sido controversa,⁷⁶ mas também ganhou evidência e, assim, enfraqueceu a premissa de que há somente um modelo universal de mediação em uso.

Finalmente, ao analisar um estudo do trabalho de uma dúzia de mediadores proeminentes feito por uma série de cientistas sociais, as professoras Deborah Kolb e Kenneth Kressel concluíram que as práticas dos mediadores estudadas refletiam dois diferentes modelos de mediação, que Kolb e Kressel chamaram de diferentes “estruturas”.⁷⁷ Rotularam-nas de estrutura do acordo e de estrutura da comunicação. Na primeira, o mediador concentra-se na produção de um acordo e o faz angariando informações sobre o problema, desenvolvendo uma idéia do que irá resolvê-lo e persuadindo as partes a aceitar alguma versão dessa solução.⁷⁸ Na estrutura da comunicação, em contrapartida, o mediador tem em mira “que as partes consigam ... um entendimento diferente e melhor sobre o problema, senão com um acordo definido”, e o papel é facilitar o diálogo e incentivar a comunicação “de forma a um posterior ... melhor entendimento e cooperação”.⁷⁹ Em um determinado nível, os modelos de Kolb e Kressel parecem ser paralelos aos modelos de resolução de disputas e transformador identificados por Bush e Folger. Com um exame mais acurado, poderia ser argüido que os modelos de Kolb e Kressel na verdade emparelham com os modelos avaliador e facilitador sugeridos por Riskin. Todavia, sendo vista qualquer correspondência entre as três tipologias, o trabalho de Kolb/Kressel reforçou o entendimento emergente de que a mediação não é monolítica e de que há, de fato, modelos diferentes de prática existentes.

B. Implicações: Testes Unímodos e o Problema da Exclusão

No discurso do campo, a idéia de diferentes modelos, que ganhou proeminência a partir dos três trabalhos aqui discutidos, resultou em uma grande aceitação do ponto de vista de que há três modelos distintos de mediação em uso: avaliadora, facilitadora e transformadora.⁸⁰ No presente estudo, a questão relevante é qual impacto este reconhecimento de diferentes modelos teve e deveria ter nas abordagens do teste de desempenho de mediadores. De fato, esse trabalho já teve um impacto significativo, tanto nos testes de desempenho analisados na Parte III acima – referidos aqui, por conveniência, como o Teste

75 *Id.*, em 85-94, 100-01; ver também Robert A. Baruch Bush & Sally Ganong Pope, *Changing the Quality of Conflict Interaction: The Principles and Practice of Transformative Mediation*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 67, 85-96 (2002); Robert A. Baruch Bush, “What Do We Need a Mediator For?": *Mediation's "Value-Added" for Negotiators*, 12 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1, 29-32 (1996); Joseph P. Folger & Robert A. Baruch Bush, *Transformative Mediation and Third Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, 13 MEDIATION Q. 263, 267-74, 277-78 (1996).

76 Ver, e.g., Carrie Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices*, 11 NEGOT. J. 217 (1995); Neal Milner, *Mediation and Political Theory: A Critique of Bush and Folger*, 21 LAW & SOC. INQUIRY 737 (1996); Michael Williams, *Can't I Get No Satisfaction? Thoughts on The Promise of Mediation*, 15 MEDIATION Q. 143 (1997).

77 Kolb & Kressel, nota 33 *supra*, em 468-79.

78 *Id.* em 470-73.

79 *Id.* em 474-75.

80 Ver, e.g., ALFINI ET AL., nota 4 *supra*, em 107, 140-47; Grace E. D'Alo, *Accountability In Special Education Mediation: Many a Slip 'twixt Vision and Practice?*, 8 HARV. NEGOT. L. REV. 201, 205-06 (2003); Neilson & English, nota 8 *supra*, em 223-24.

TDP e seus herdeiros –, quanto em outros testes de desempenho de “segunda geração”, desenvolvidos mais recentemente e discutidos abaixo.

Dadas as características dos três modelos de mediação agora reconhecidos, é claro que os comportamentos desejados do mediador que formam padrões comuns no Teste TDP e nos seus herdeiros condizem estreitamente com o modelo facilitador de mediação. Como foi discutido na Parte III, os comportamentos do mediador comumente desejados naqueles testes incluem: controle e estruturação do desenrolar do processo, encorajamento da resolução da disputa com base nos interesses, ênfase dos pontos comuns, concentração no futuro em vez de no passado e limitação da expressão de emoções negativas.⁸¹ Esses são os principais elementos da prática mediatória vistos como nucleares no modelo facilitador. Com efeito, os Testes baseados no TDP são feitos para avaliarem a competência do mediador no modelo facilitador, mesmo que eles tenham sido desenvolvidos antes de as distinções entre modelos serem completamente articuladas ou amplamente aceitas.

Essa correspondência entre os testes baseados no TDP e o modelo facilitador é ainda mais clara quando se percebe um outro comportamento do mediador que é desejado em ao menos alguns desses testes: evitar fazer avaliações ou dar conselhos sobre a substância da disputa. Assim, sob “Comportamento Ético”, o Teste SDMC indica que “o mediador [deve] evitar elaborar conselhos, opiniões ou julgamentos ... ou afirmações de preferência no que diz respeito ao direito, aos fatos ou às partes ... [e] oferecer conselhos ou dar opiniões legais. ...”⁸² Semelhantemente, ambos os Testes DON e de Virgínia avaliam se o mediador “evitou dar conselhos, exercer pressões ou fazer julgamentos”.⁸³ Em resumo, esses testes consideram o comportamento avaliador como um indicador de incompetência, porque o modelo de mediação em que se presume que o mediador esteja atuando é modelo facilitador. De fato, pelo menos um dos testes explicitamente declara que “a mediação facilitadora é o modelo de prática”.⁸⁴

Dá-se observa o fato de o reconhecimento de distintos modelos de prática ter tido o impacto de confirmar a coerência dos testes fundados no TDP e de esclarecer que eles são boas medidas de competência dentro de um modelo específico de prática – e bons meios de se assegurar que um modelo diferente e não desejado de mediação não esteja sendo usado.

Todavia, este último ponto é, na verdade, bem controverso. Ele chama a atenção para o fato de que, dada a existência de diferentes modelos de mediação, testes de desempenho podem ter a função de aprovar profissionais de um modelo e simultaneamente excluir profissionais dos outros. De fato, isso é o que todos os testes baseados no TDP fazem – alguns deles por sua própria admissão.⁸⁵ A rejeição resultante dos mediadores

81 Ver texto *supra* acompanhando as notas 58-59.

82 SDMC Test, in *METHODOLOGY*, nota 3 *supra*, em 29.

83 Virginia Test, nota 48 *supra*, § G; ver também DON Test, nota 49 *supra*, § III.G.

84 DON Test, nota 49 *supra*, § III (introdução).

85 *Id.*; ver também Spiegelman, nota 7 *supra*, em 707-08 (notando que o Teste SDMC concentrava-se nas habilidades da mediação facilitadora).

transformadores ou avaliadores (e o julgamento conseqüente de que eles são “incompetentes”) é certamente controversa, especialmente quando o teste é usado não como um meio de controle de qualidade em um programa de mediação local e privada, mas como uma “condição de admissão” para um quadro de mediadores em um sistema de mediação estadual ou maior, anexo a tribunal ou não.⁸⁶ Esse é o impacto inevitável de se continuar a operar sob a premissa de homogeneidade em um mundo de prática que é declaradamente heterogêneo ou pluralista.

A implicação é de que o reconhecimento de diferentes modelos de prática deveria conduzir a uma mudança na forma que os testes de desempenho são conduzidos, uma mudança que substitui a premissa de homogeneidade por uma de pluralismo. De fato, esse tipo de mudança já está começando a ocorrer, e é evidente, no que poderia ser chamada de “segunda geração” de testes de desempenho, que representa um desenvolvimento positivo na direção de um teste de desempenho pluralista.

C. Testes “Multímodos” de Segunda Geração: Passos em Direção ao Pluralismo – e Problemas

Cada um dos testes de “segunda geração” discutidos abaixo é projetado para acomodar mais de um modelo de prática – particularmente, os modelos facilitador e transformador – e, dessa forma, tem uma característica pluralística. Neste sentido, esses testes representam um progresso em direção a uma abordagem pluralista do teste de desempenho, que é a única resposta sensata ao reconhecimento de múltiplos modelos de prática. Contudo, como será visto, os testes sofrem de uma falha comum, que limita sua habilidade de funcionar eficientemente como medidas pluralistas de garantia de qualidade. A falha é que esses testes tentam usar um único instrumento para avaliar a competência em dois (ou mais) modelos distintos e diferentes de prática. O resultado de tais testes “multímodos” é, na verdade, reduzir a habilidade de um examinador em determinar competência em um ou ambos os modelos incluídos. Dessa forma, embora o desenvolvimento desses testes represente um passo em direção ao regime pluralista de teste de desempenho, e seja louvável por essa razão, o passo dado é, em si, problemático.

1. O Teste da Pensilvânia

O Serviço de Mediação em Educação Especial da Pensilvânia (PaSEMS)⁸⁷, estabelecido em 1988 para mediar disputas entre distritos escolares e famílias com crianças deficientes, desenvolveu um teste para avaliar a qualidade do desempenho do mediador em seu programa. O Teste PaSEMS foi desenvolvido em 1999, baseado amplamente no Teste TDP e usava o mesmo formato geral de categorias e comportamentos estabelecidos nesse

⁸⁶ Ver texto *supra* acompanhando a nota 8; ver também Neilson & English, nota 8 *supra*, em 227-29.

⁸⁷ N. do T.: No original, *Pennsylvania Special Education Mediation Service (PaSEMS)*.

teste.⁸⁸ Entretanto, sabendo-se dos três diferentes modelos de mediação, e em meio a visões diferentes entre os gestores do teste sobre o valor de cada modelo nos casos de educação especial, a solução adotada foi aparentemente incluir medidas de efetividade relacionadas a todos os três modelos.

Assim, o teste inclui tanto uma categoria denominada “Assistir as Partes a Gerarem Opções” como uma intitulada “Gerar Opções”. Comparem-se os comportamentos de maior pontuação em cada categoria:

- 7A. Assistir as Partes a Gerarem Opções: Assistiu as partes a desenvolver suas próprias soluções e a avaliar soluções alternativas para si próprias. Demonstrou comprometimento em permitir um pleno desenvolvimento dos valores das próprias partes. ...
- 7B. Gerar opções: Se e quando o mediador gerou opções diretamente, elas corresponderam às preocupações das partes. ...⁸⁹

O teste também inclui tanto uma categoria rotulada “Assistir as Partes na Produção de Acordos” e uma chamada “Produção de Acordos”. Comparem-se os comportamentos de maior pontuação em cada uma dessas:

- 8A. Assistir as Partes na Produção de Acordos: Enfatizou áreas de concordância. Esclareceu e separou pontos de concordância. ... Juntou e ligou questões para ilustrar os ganhos mútuos dos acordos. ...
- 8B. Geração de Acordos: ... Eficientemente ajudou as partes a ultrapassar aparentes impasses. Se sugestões sobre a substância dadas pelo mediador foram necessárias, elas demonstraram conhecimento ... e foram convincentes.⁹⁰

Comparando-se as descrições dos comportamentos com maior pontuação sob cada par de categorias, parece claro que 7A e 7B são inconsistentes um com o outro, como o são 8A e 8B. Isto é, o primeiro de cada par refere-se à assistência do mediador sem aconselhamento, enquanto o segundo refere-se ao aconselhamento direto pelo mediador. Contudo, dado o reconhecimento de diferentes modelos, o projeto do teste pode ser visto como uma tentativa intencional de incluir e medir a competência tanto na mediação facilitadora (7A e 8A) quanto na avaliadora (7B e 8B).⁹¹

Um outro exemplo de avaliação “multimodal” no Teste PaSEMS é a inclusão da categoria denominada “Compreender Posições e Interesses Subjacentes” – uma categoria não encontrada em qualquer outro teste discutido neste artigo. Sob essa categoria, os comportamentos com maior pontuação incluem:

⁸⁸ Ver D’Alo, nota 73 *supra*, em 224-28.

⁸⁹ *Id.* apêndice B, em 261-62 (reticências adicionadas).

⁹⁰ *Id.* apêndice B, em 263-64 (reticências adicionadas).

⁹¹ Alternativamente, o teste pode ser lido como sugerindo – especialmente na linguagem “se e quando” dos 7B e 8B – que uma mediação eficaz envolve um início no modelo facilitador e, então, uma mudança para a prática avaliadora se e quando a situação requerer.

Encorajou os disputantes a concentrarem-se em suas preocupações e interesses. Demonstrou uma compreensão profunda de ... problemas e interesses não declarados explicitamente pelas partes. ... Entendeu aspectos óbvios das razões e dos interesses subjacentes de ambos os lados. ...⁹²

Esses indicadores são claramente voltados para avaliar a competência em uma mediação facilitadora e baseada em interesses. Todavia, a linguagem do 8B citado acima, preferindo “sugestões sobre a substância ... [que] demonstraram conhecimento ... e foram convincentes”, parece calculada para avaliar a competência em uma mediação avaliadora e fundamentada na lei. Mais uma vez, a explicação pode ser a de que o teste é projetado para avaliar a competência em ambos os modelos, ou em qualquer um dos dois.⁹³

Entretanto, o problema com tal exame “multímido” é que um mediador pode ter uma pontuação alta em algumas categorias e baixa em outras precisamente por estar atuando em um modelo em vez de em outro. O resultado poderia ser uma pontuação geral baixa, apesar de o mediador poder ser altamente competente em um dos dois modelos. A tensão facilitadora/avaliadora nos exemplos acima de avaliações conflitantes de efetividade é um bom exemplo de como isso poderia ocorrer. Bons mediadores avaliadores que pontuam bem nas categorias 7B e 8B terão uma pontuação baixa nas 7A e 8A, e o contrário será verdade para mediadores facilitadores. Visto de maneira simples, é difícil medir a competência em ambas as abordagens ao mesmo tempo.

Outro exemplo da tentativa do teste de cobrir diferentes modelos, e do problema inerente em fazê-lo, é a inclusão de uma categoria denominada “Movimentar as Partes em Direção a um Relacionamento Melhor”. Nesta categoria, comportamentos com alta pontuação incluem:

*Encorajou e facilitou interações construtivas diretamente entre as partes. Estabeleceu uma atmosfera em que a raiva e a tensão foram expressas construtivamente. Enfatizou áreas de melhor entendimento mútuo ... ajudou a melhorar a maneira que as partes viam uma a outra. ...*⁹⁴

Esses comportamentos sugerem o uso do modelo transformador de mediação, com sua ênfase em uma interação construtiva em si, em vez de qualquer um dos dois outros modelos. Todavia, o Teste PaSEMS também inclui uma categoria – tirada diretamente do Teste TDP – denominada “Administrar a Interação e a Conclusão”. Comportamentos com alta pontuação nesta categoria incluem “Tornou todas as decisões sobre a administração da reunião ... consistentes com a busca de progresso em direção à resolução. ... Controlou o processo ...”⁹⁵, claros indicadores de competência no modelo facilitador. Dada a incon-

92 Ver D’Alo, nota 73 *supra*, apêndice B, em 256.

93 A explicação alternativa oferecida acima, de que o teste poderia na verdade favorecer um mediador de “modelos combinados”, parece menos plausível aqui, na medida em que a resolução de problemas com base em interesses e a avaliação orientada pela lei são bem difíceis de se combinar.

94 D’Alo, nota 73 *supra*, apêndice B, em 265.

95 *Id.*, apêndice B, em 266.

sistência entre essas duas categorias no teste (e como notado em relação à tensão entre a mediação facilitadora e a avaliadora), é bem possível que um bom mediador transformador poderia ter uma boa pontuação na categoria “Relacionamento” mas um desempenho ruim na categoria “Administração da Interação”, com impacto adverso em sua avaliação geral de desempenho. A dificuldade inversa encara o bom mediador facilitador.⁹⁶

Em suma, um teste “multímido” como o PaSEMS é certamente um passo para longe da premissa de homogeneidade e em direção ao pluralismo. Todavia, traz dificuldades inerentes à aplicação, precisamente porque é difícil medir a competência em dois (ou mais) modelos com o mesmo teste. De fato, pode ser que o tipo de testes “unímodos” discutidos acima na Parte III são melhores na avaliação de desempenho que os testes “multímodos”, porque eles limitam seu foco a um modelo e não incluem mensurações inconsistentes de efetividade.

2. O Teste da Mediação Familiar do Canadá

A Mediação Familiar do Canadá (FMC)⁹⁷, uma organização nacional de atuantes em mediações de família, adotou um teste de desempenho para mediadores de família no final da década de 1990 como parte de um processo de certificação de mediadores.⁹⁸ O Teste FMC era baseado em teste desenvolvido em meados da década de 1990 para avaliar a aplicação de habilidades mediatárias entre mediadores de família empregados públicos na Colúmbia Britânica.⁹⁹ De acordo com um artigo de dois dos elaboradores do teste, o Teste FMC foi criado com a explícita intenção de acomodar a “diversidade de prática”: “O processo de certificação foi projetado para acomodar vários ... modelos de prática”.¹⁰⁰ Seu relato do desenvolvimento do teste faz referência a tanto o modelo facilitador quanto ao transformador de mediação, e reconhece que “pesquisadores e mediadores têm identificado e continuam a analisar diferenças entre mediadores ... e eles continuam a debater o(s) modelo(s) teórico(s) certo(s) que os mediadores deveriam aplicar”.¹⁰¹ A resposta dos elaboradores do Teste FMC foi no sentido de tentar projetar um teste “multímido”, que mensuraria a competência em mais de um único modelo – uma abordagem claramente pluralista ao teste de desempenho. A seguinte análise examina esse esforço com algum detalhamento.

O teste FMC, sem dúvida, representa um grande esforço para incorporar mensurações de competência tanto na mediação transformadora quanto na facilitadora. Identificar

96 De fato, em uma avaliação piloto usando o Teste PaSEMS, os resultados demonstraram que a maioria dos mediadores estudados teve bom desempenho na maior parte das categorias, mas um mau desempenho nas categorias “Relacionamento” e “Compreensão de Interesses”. *Id.*, em 241-44. Talvez a explicação seja que aqueles mediadores estiveram operando dentro de um modelo basicamente avaliador, e, dessa forma, não empregando práticas facilitadoras ou transformadoras.

97 N. do T.: No original, *Family Mediation Canada (FMC)*.

98 Ver Neilson & English, nota 8 *supra*, em 226-29.

99 *Id.* em 227. O grupo de trabalho que desenvolveu o teste incluiu a FMC, o Instituto de Justiça da Colúmbia Britânica (*Justice Institute of British Columbia*), mediadores da área de família empregados públicos e pessoal e representantes de sindicato. *Id.*

100 *Id.* em 222

101 *Id.* em 223.

os indicadores no teste que se relacionam com o modelo facilitador não é difícil, dada a discussão anterior sobre os Testes baseados no TDP e as mensurações comuns de competência facilitadora que eles utilizam.¹⁰² Os mesmos tipos de mensurações são reconhecíveis no Teste FMC, como será discutido. Entretanto, houve pouca discussão sobre os tipos de mensurações comportamentais que poderiam vir a indicar competência na mediação transformadora, que não uma breve menção na seção anterior analisando o Teste PaSEMS. Felizmente, um recurso para identificar tais medidas está prontamente disponível, neste volume, no artigo dos professores Della Noce, Antes e Judith Saul.¹⁰³ Nesse artigo, e baseado na pesquisa descrita aqui, os autores identificam comportamentos específicos do mediador característicos de uma mediação transformadora efetiva – que eles chamam “movimentações basilares” (i.é, movimentações que fundamentam as estratégias gerais exigidas de um mediador transformador).¹⁰⁴ Para os propósitos deste artigo, os comportamentos descritos lá – ou comportamentos similares – presumidamente indicarão competência no modelo transformador.¹⁰⁵ De fato, muitos desses comportamentos estão incluídos no Teste FMC, como será visto.

O Teste FMC mensura comportamentos específicos em nove categorias de atividade, agrupadas em 3 áreas gerais: administração dos relacionamentos, administração do processo e administração do conteúdo.¹⁰⁶ Em cada categoria, os comportamentos são identificados conforme demonstrem: nenhuma habilidade, habilidades inadequadas, habilidades satisfatórias, habilidades fortes ou habilidades excepcionais. De um exame geral do teste, é claro que tanto os comportamentos transformadores quanto os facilitadores são listados em quase todas as categorias. Todavia, com um exame mais aprofundado, emerge um padrão em que comportamentos transformadores freqüentemente indicam poucas habilidades, enquanto as habilidades fortes envolvem muito mais comportamentos facilitadores do que transformadores.

Para ajudar na discussão desses pontos, o trecho seguinte apresenta alguns dos comportamentos específicos listados sob seis das nove categorias do teste¹⁰⁷ e “codifica” os comportamentos em termos de sua conexão com os dois modelos de mediação. Quando os comportamentos são codificados como “F”, são característicos do modelo facilitador, mas *não* do modelo transformador. Inversamente, quando os comportamentos são codificados

102 Ver texto *supra* acompanhando as notas 35-59.

103 Dorothy J. Della Noce et al., *Identifying Practice Competence in Transformative Mediators: An Interactive Rating Scale Assessment Model*, 19 OHIO ST. J. ON DISP. RESOL. 1 (2004).

104 *Id.* em 18-32, apêndice A.

105 Ver Bush & Pope, nota 68 *supra*, em 85-86.

106 Ver Neilson & English, nota 8 *supra*, apêndice A, em 237-44.

107 *Id.* A versão do Teste FMC feita por Neilson/English é idêntica à versão atualmente em uso, datada de maio de 2003. Entrevista telefônica com Carol McKnight, Avaliadora do FMC (13 de outubro de 2003).

como “T”, são característicos do modelo transformador, mas *não* do modelo facilitador. Quando os comportamentos possuem os dois códigos, refletem os dois modelos.¹⁰⁸

**PROGRAMA DE CERTIFICAÇÃO NACIONAL DA MEDIAÇÃO
FAMILIAR DO CANADÁ
LISTA DA AVALIAÇÃO DAS HABILIDADES DO MEDIADOR DE FAMÍLIA**

I. ADMINISTRAÇÃO DOS RELACIONAMENTOS

...

I.B. Facilita um relacionamento colaborativo entre os participantes

...

2. Habilidades Inadequadas

- Deixa de estabelecer diretrizes eficazes (T)

...

- Não permite uma troca entre as partes (T)

3. Habilidades Satisfatórias

...

- Promove a compreensão de cada participante sobre o ponto de vista do outro em relação ao conflito (F, T)

4. Habilidades Fortes

- Trabalha com os participantes para promover um entendimento mútuo, um conhecimento e uma empatia sobre o outro (T)
- Ajuda os participantes a encontrarem uma definição mútua do problema (F)

5. Habilidades Excepcionais

- Aprimora o comprometimento dos participantes com seu novo relacionamento cooperativo (F)

I.C. Administra os desequilíbrios de poder

1. Nenhuma Habilidade

...

- Não reconhece o desequilíbrio de poder (T)

2. Habilidades Inadequadas

- Usa a linguagem inflamada, emocionalmente carregada e posicional dos participantes (T)
- Permite que um participante domine a sessão (T)

...

3. Habilidades Satisfatórias

...

¹⁰⁸ Para esclarecer e enfatizar: a codificação incluída no excerto seguinte foi adicionada pelo autor deste artigo, como discutido no texto acima, e *não faz parte* do Teste FMC propriamente dito. A própria versão publicada do Teste FMC é codificada para refletir o que Neilson e English chamam de “comportamentos do mediador associados com transições dos clientes ... e autodeterminação dos clientes. ...” Ver Neilson & English, nota 8 *supra*, apêndice A, em 244. Esses códigos não são reproduzidos neste excerto, já que não foram projetados para refletir, e não necessariamente o fazem, as distinções práticas entre os modelos facilitador e transformador – o ponto da análise aqui.

- Assegura que ambos concordem com as decisões do processo (F, T)

...

5. Habilidades Excepcionais

- Estabelece e mantém um ambiente para trabalho baseado na igualdade (F)

II. ADMINISTRAÇÃO DO PROCESSO

II.A. Preocupa-se com e explora os interesses dos participantes

1. Nenhuma Habilidade

...

- Aceita declarações na forma como expressas; sem questionamentos ou investigações (T)

...

2. Habilidades Inadequadas

- Não explora interesses antes de se movimentar às soluções (T)

...

3. Habilidades Satisfatórias

...

- Re-define posições e investiga os interesses subjacentes (T)
- Reconhece os sentimentos dos participantes (F, T)

4. Habilidades Fortes

- Identifica interesses mútuos e individuais (F)
- Consegue diferenciar e conectar os interesses dos participantes (F)

5. Habilidades Excepcionais

- Trabalha com os participantes para identificar princípios com base nos seus interesses subjacentes (F)

II.B. Administra o conflito apropriadamente

...

2. Habilidades Inadequadas

...

- Reestrutura negativamente declarações que servem para reforçar, manter ou isolar as posições dos participantes (T)

3. Habilidades Satisfatórias

...

- Trabalha com as partes para desenvolver suas diretrizes comunicativas (T)
- Estabelece e mantém (redireciona, reconcentra) negociações construtivas (F)
- Estabelece uma atmosfera emocional e fisicamente segura (F)
- Assegura que o foco seja no problema, não nas pessoas (F)
- Reconhece e normaliza o conflito dos participantes (F)

4. Habilidades Fortes

- Usa intervenções para buscar o esclarecimento (F)

- Confronta discrepâncias (F)

...

- Re-elabora declarações para acalmar e chegar ao consenso (F)

II.C. Avalia o processo em curso

1. Nenhuma Habilidade

...

- Sem controle sobre o processo, com nenhuma diretriz estabelecida e respeitada (T)

2. Habilidades Inadequadas

...

- Permite aos participantes concentrarem-se nos comportamentos anteriores que não estão relacionados com a questão atual (T)

3. Habilidades Satisfatórias

...

- Mantém o otimismo e o movimento progressivo (F)

...

- Confortável com o silêncio (T)
- Ajuda a gerar uma pauta e prioriza-a (F)
- Trabalha com os participantes para desenvolver um processo que respeita sua cultura e sua singularidade (F, T)

4. Habilidades Fortes

- Ajuda os participantes a se concentrarem em questões a serem tratadas com base em interesses mútuos e individuais (F)
- Busca esclarecimento e direcionamento dos participantes no desenvolvimento do processo ... e faz mudanças procedimentais quando necessárias (F, T)
- Rastreia por linguagem corporal ... e atenta para sinais não-verbais (F, T)
- Encoraja-os em sua capacidade de trabalhar as questões (F)

5. Habilidades Excepcionais

- Trabalha consistentemente com os participantes para assegurar ... um processo de mediação ... com estrutura e transições previsíveis (F)

III. ADMINISTRAÇÃO DO CONTEÚDO

...

III.B. Assiste os participantes a aplicarem soluções baseadas em interesses

...

2. Habilidades Inadequadas

...

- Permite decisões prematuras baseadas em informações insuficientes (T)

...

- Permite decisões irrealis e impraticáveis (T)

3. Habilidades Satisfatórias

...

- Sumariza o progresso acuradamente (F, T)
- Reparte a solução em porções administráveis (F)
- Promove a habilidade dos participantes em definir seus próprios resultados ou soluções (F, T)

...

4. Habilidades Fortes

- Ajuda os participantes a identificarem princípios e critérios que irão guiar a sua tomada de decisão (F, T)
- Ajuda os participantes a selecionar uma ampla variedade de opções criativas que melhor tratam seus interesses mútuos e individuais (F)

...

5. Habilidades Excepcionais

- Trabalha com os participantes no sentido de desenvolver seus próprios princípios para avaliar suas soluções (F, T)
- Encoraja a crença dos participantes em suas habilidades de usar seus próprios critérios para desenvolver soluções baseadas em interesses para a mediação presente e para suas negociações futuras (F)¹⁰⁹

Esse excerto codificado do Teste FMC foi incluído aqui, apesar de sua extensão, porque esse teste é a tentativa mais séria até agora de acomodar diferentes modelos de prática. É, assim, importante, de todo modo, dar um panorama do padrão de avaliação do mediador refletido no teste. Considerando primeiramente os comportamentos específicos incluídos, é certamente verdade que tanto os comportamentos da mediação facilitadora quanto os da transformadora são encontrados nesse teste. Nessa conexão, é especialmente importante notar o “porém” que surge no próprio teste: “Não se espera que você demonstre todos esses comportamentos”.¹¹⁰ Isso presumidamente significa que um mediador pode passar pelo teste demonstrando alguns dos, mesmo que não todos, comportamentos satisfatórios ou melhores e evitando a maioria dos, senão todos, comportamentos que são inadequados ou piores. Dada essa interpretação do obstáculo, a inclusão dos comportamentos de ambos os modelos deveria teoricamente fazer possível um mediador passar no teste usando qualquer um dos dois modelos. Além disso, os comportamentos de ambos os modelos são, pelo menos às vezes, avaliados como demonstrando habilidades satisfatórias ou fortes, que deveriam fortalecer a possibilidade de aprovação sem importância do modelo usado. Tudo isso sugere que esse teste “multímulo” poderia mesmo ser eficaz no julgamento do desempenho de mediadores usando ambos os modelos.

109 Ver Neilson & English, nota 8 *supra*, apêndice A, em 237-44 (códigos “F” e “T” adicionados).

110 *Id.* apêndice A, em 237.

Todavia, o problema não é tão claro. Um exame mais próximo do excerto codificado acima mostra dois padrões claros que inculcam dúvida na proposição de que o teste pode avaliar o desempenho em ambos os modelos igualmente bem.

Primeiro, um padrão que é bastante chamativo: *Em todas as seis categorias citadas acima, comportamentos transformadores são avaliados como mostrando tanto “Nenhuma habilidade” quanto “Habilidades Inadequadas”, enquanto comportamentos facilitadores não têm essa avaliação.* Isto é, um mediador usando o modelo transformador corre risco de receber uma avaliação insatisfatória em *dois terços* das categorias porque, de acordo com o teste, um mediador demonstra comportamento insatisfatório se *não*: estabelece diretrizes (regras básicas) para as partes (I.B.2)¹¹¹, “mutualiza” (I.B.2), diagnostica desequilíbrios de poder (I.C.1), previne a “dominação” por uma parte (I.C.2), assegura que as partes articulem e explorem “interesses” (tanto antes quanto depois de discutirem soluções) (II.A.2), procura por interesses subjacentes (II.A.1), controla o processo (II.C.1) e assegura que as decisões não sejam “prematuras”, “irreais”, “impraticáveis” ou baseadas em informações insuficientes (III.B.2). Contudo, seguindo o modelo transformador, um mediador irá *intencionalmente evitar* fazer todas essas coisas, que são desfavoráveis no modelo transformador porque elas afastam em vez de abrir espaço para a escolha da parte e a autodeterminação de uma forma significativa.¹¹² Entretanto, ao corretamente evitar esses comportamentos, um mediador transformador competente correrá o risco de uma avaliação insatisfatória no teste.

Como se não bastasse, o mediador transformador também pode esperar uma baixa pontuação porque, seguindo esse modelo, ele irá *intencionalmente*: usar a “linguagem inflamada, emocionalmente carregada e posicional” das partes (I.C.2), refletir “declarações que servem para reforçar, manter ou isolar as posições dos participantes” (II.B.2), permitir às partes concentrarem-se na conduta passada que não está relacionada com a questão atual e ajudá-los a fazê-lo (II.C.2). Esses são comportamentos favorecidos no modelo transformador, porque eles dão abertura à escolha da parte e criam a possibilidade de um entendimento entre as partes – mesmo se elas intensificarem ou agravarem o conflito.¹¹³ Todavia, são comportamentos avaliados como insatisfatórios no teste. Em suma, muito do que um bom mediador transformador está propenso a fazer em uma sessão de mediação envolverá comportamentos descritos neste teste como demonstrando habilidades insatisfatórias. Em contrapartida, comportamentos facilitadores não são *nunca* avaliados como insatisfatórios no teste. O impacto geral pode ser o de colocar o mediador transformador em uma desvantagem comparativa, apesar da intenção de construir um teste “multímido”.

Segundo, na outra ponta do espectro avaliativo, um outro padrão visto no excerto do teste é que, enquanto comportamentos transformadores são às vezes avaliados como mostrando habilidades “fortes” ou “excepcionais”, comportamentos facilitadores

111 As referências entre parênteses são para as seções relevantes do Teste FMC transcritas no texto acima.

112 Ver Della Noce et al., nota 94 *supra*, em 18-32, apêndice A; Bush & Pope, nota 68 *supra*, em 85-96.

113 Ver Della Noce et al., nota 94 *supra*, em 18-32, apêndice A; Bush & Pope, nota 68 *supra*, em 85-96.

são avaliados dessa forma de uma maneira muito mais consistente. De fato, na maioria das categorias, quase todos os comportamentos avaliados como satisfatórios acima são comportamentos “F” (i.e., comportamentos característicos do modelo facilitador mas *não* do transformador). O impacto lógico disso é que, embora um mediador transformador competente seja propenso a acumular baixas pontuações para muitos comportamentos como foram discutidos, ele não está tão propenso a receber altas pontuações de outros comportamentos para compensar os mais baixos e equilibrar o quadro. Em contraste, o mediador facilitador competente não está propenso a receber baixas avaliações em qualquer categoria e está propenso a acumular altas pontuações em inúmeras.

É possível argumentar-se que o impacto potencialmente díspar descrito é compensado no Teste FMC pela maneira que é administrado. Em primeiro lugar, os avaliadores têm conhecimento dos diferentes modelos e podem, assim, discernir quando os comportamentos do mediador formam um padrão geral mostrando o uso do modelo transformador em vez do facilitador; eles podem então, à luz do modelo usado, pontuar o teste de acordo com isso, ajustando o que poderiam ser, de outro modo, pontuações “insatisfatórias”.¹¹⁴ Além disso, o teste foi projetado para ser “pontuado” pelo avaliador apenas depois de o mediador a ser testado ter preparado uma “auto-avaliação”. Isto é, o mediador revê seu próprio desempenho (filmado) com o teste em mão e tem a oportunidade de notar comportamentos que poderiam ser avaliados como “insatisfatórios” e oferecer explicações e justificativas, tanto com referência ao contexto situacional quanto – mais importante para a presente análise – com referência à sua escolha do modelo de mediação, que o mediador é indagado a descrever.¹¹⁵ Dessa forma, um mediador transformador pode dar ao avaliador uma base para uma interpretação positiva do comportamento que, de plano, seria considerado “insatisfatório”, e pode, assim, passar pelo teste. Esse tipo de flexibilidade é, em resumo, construído no processo em que o instrumento de teste é aplicado. De fato, em pelo menos uma outra jurisdição em que o Teste FMC foi adotado, essa abordagem flexível também é seguida, e os mediadores são solicitados anteriormente a prepararem uma declaração de “auto-avaliação” descrevendo seu modelo de prática, que é então repassada ao revisor, que a usa para encaixar o desempenho do mediador em seu contexto.¹¹⁶

Porém, a necessidade de fazer ajustes na administração de um teste “multímulo” como o FMC sugere que tal teste não execute completamente o trabalho que pretende fazer. De fato, pode ser que seja impossível para um teste “multímulo” fazer esse trabalho,

114 Entrevista telefônica com Carol McKnight, Avaliadora do FMC (13 de outubro de 2003).

115 Ver Neilson & English, nota 8 *supra*, em 231-32; email de Carole McKnight, Avaliadora do FMC, 7 de dezembro de 2003.

116 Entrevista telefônica com Robert Ketcham, Co-Presidente do Comitê de Certificação Conselho de Resolução de Disputas de Maryland (MCDR – *Certification Committee Co-Chair, Maryland Council for Dispute Resolution*) (20 de outubro de 2003) (confirmando a adoção do Teste FMC pelo MCDR e explicando os procedimentos para usá-lo).

porque é simplesmente pedir demais de qualquer teste.¹¹⁷ Esse argumento ganha força do fato de que o desequilíbrio no Teste FMC reside não apenas nos seus detalhes, analisados acima, mas em um padrão mais geral de dar mais atenção ao modelo facilitador do que ao transformador. Esse padrão pode ser visto na sua própria definição das atividades e das tarefas gerais do mediador. Destarte, cinco das nove categorias do teste lidam com atividades que, no modelo transformador, simplesmente não são parte do trabalho do mediador: administrar desequilíbrios de poder (I.C), atentar a explorar interesses das partes (II.A), administrar (i.e., controlar) o conflito (II.B), controlar o processo (II.C) e assistir as partes a empregar soluções baseadas em interesses (III.B). Conforme discutido acima, o controle do processo, o equilíbrio de poder e a facilitação da barganha fundada no interesse são todas tarefas centrais do mediador dentro do modelo facilitador.¹¹⁸ Dentro do modelo transformador, contudo, elas não são tarefas do mediador.¹¹⁹ Assim, mais da metade do Teste FMC lida com atividades que simplesmente não são parte do trabalho do mediador transformador, compreendido em seus próprios termos.

Ao mesmo tempo, atividades reconhecidas como peças-chave do trabalho de um mediador transformador são incluídas no Teste FMC apenas indiretamente, e não como categorias autônomas. Como foi descrito por Della Noce, Antes e Saul, uma mediação transformadora eficaz envolve cinco estratégias principais, incluindo a orientação das partes sobre sua própria iniciativa (poder de escolha), o apoio a sua “conversa conflituosa” e a sustentação de seu processo de tomada de decisão.¹²⁰ Em um teste voltado para medir a competência no modelo transformador, cada uma dessas receberia tratamento separado como uma categoria da atividade mediatória, com comportamentos avaliáveis, como as nove categorias do Teste FMC. De fato, o modelo de avaliação descrito por Della Noce et al. faz precisamente isso.¹²¹ No Teste FMC, em contrapartida, a avaliação dessas três atividades, até onde isso ocorre, é difusa e tratada apenas indiretamente em algumas das categorias de atividades essencialmente facilitadoras do teste. Em síntese, a maior parte do que se espera que um mediador transformador faça, como definido pelo próprio modelo, não recebe o mesmo tipo de atenção direta e concentrada no Teste FMC, que é dada às “atividades nucleares” do mediador facilitador.

Em um meio ainda amplo, o Teste FMC ilustra o trabalho do mediador como de “administrador” de relacionamentos (I), do processo (II) e do conteúdo (III) da mediação

117 É provavelmente também pedir demais que um avaliador aplique o teste. Apesar da possibilidade de um avaliador fazer ajustes na pontuação de um avaliado à luz do uso do modelo transformador (ver texto *supra* acompanhando as notas 104-106), pode ser bastante difícil na prática para o avaliador pontuar objetivamente esses ajustes. Isso se dá particularmente na porque alguns comportamentos pontuados como “nenhuma habilidade” ou “habilidades inadequadas” no teste mostrar-se-iam grandes habilidades no modelo transformador. Ver texto *supra* acompanhando as notas 101-103. Dessa forma, o avaliador poderia ter de efetivamente reverter a pontuação trazida pelo teste para “ajustá-la” adequadamente ao mediador transformador. Dado esse tipo de fardo – e de discricionariedade –, o avaliador poderia diminuir a objetividade do teste e, assim, minar sua legitimidade. Ver, e.g., Stephanie A. Henning, *Note: A Framework for Developing Mediator Certification Programs*, 4 HARV. NEGOT. L. REV. 189, 224-25 (1999); Donald T. Weckstein, nota 12 *supra*, em 784-85.

118 Ver texto *supra* acompanhando as notas 35-59.

119 Ver Bush & Pope, nota 68 *supra*, em 77-85; Della Noce et al., nota 94 *supra*, em 18-32, apêndice A.

120 Della Noce et al., nota 94 *supra*, em 21-32.

121 *Id.* em 18-42.

– uma visão consistente com o modelo facilitador. No modelo transformador, em contrapartida, o trabalho do mediador é o de “sustentador” do esforço das partes em mudar a qualidade de sua interação.¹²² Um papel “administrativo” do mediador, referindo-se ao processo ou ao conteúdo, simplesmente não tem lugar nesse modelo. Ainda assim, o Teste FMC adota essa terminologia como seu nível mais amplo de análise.

Em resumo, mesmo tendo o Teste FMC sido intencionalmente projetado para acomodar mais do que um único modelo de mediação, pode ser que ele faça um trabalho de avaliação da competência muito melhor no modelo facilitador do que em qualquer outro. Há algum sinal, mesmo no relato da elaboração do teste, de que ele ainda seria arraigado ao pensamento “unímido”. Assim, os autores desse relato, ambos participantes no desenvolvimento do teste, explicam que o teste “respeita a diversidade de abordagens teóricas e metodológicas para a mediação, *pressupondo que* as abordagens são consistentes com as qualidades fundamentais da mediação identificadas por profissionais”.¹²³ Aparentemente promovendo uma dessas “qualidades fundamentais”, eles declaram que “uma das tarefas-chave em todas as mediações é a identificação e a articulação dos interesses dos disputantes”.¹²⁴ Todavia, como discutido acima, há uma diferença entre os seguidores dos modelos facilitador e transformador sobre se a “articulação dos interesses” é uma tarefa-chave ou qualidade fundamental da mediação. De fato, esta é apenas uma das muitas diferenças significativas entre os modelos, e essas diferenças são o real significado de “diversidade de prática”.

O Teste FMC certamente representa um passo à frente em direção ao pluralismo no teste de desempenho – assim como o faz sua adoção pelo Conselho de Resolução de Disputas de Maryland¹²⁵ (uma organização estadual dos profissionais em RAD de Maryland), que havia anteriormente usado um teste bastante similar aos testes fundados no TDP.¹²⁶ O reconhecimento aberto de diferentes modelos de mediação e tentativas sinceras de levar em conta as diferenças entre eles no teste de desempenho é um progresso genuíno. No entanto, a análise oferecida aqui sugere que, enquanto o Teste FMC é uma tentativa de ir além de um teste unímido como o TDP, não foi longe o bastante em completamente reconhecer e acomodar diferentes modelos de prática. De fato, a análise sugere algo mais – que nenhum único teste de desempenho pode efetiva ou suficientemente acomodar mediadores usando modelos inteiramente diferentes de prática. Tentar fazê-lo com um único teste – mesmo com um suposto teste multímido – representa um desafio, tanto para aqueles que esboçam o teste quanto para aqueles que têm de aplicá-lo, desafio esse que provavelmente

122 Ver Bush & Pope, nota 68 *supra*, em 83-84.

123 Neilson & English, nota 8 *supra*, em 225 (ênfase adicionada).

124 *Id.* em 224. De fato, Neilson e English introduzem sua discussão com a afirmação de que “nós acreditamos que uma abordagem colaboradora, facilitadora e baseada nos interesses funciona, *não somente dentro da mediação*, mas também no desenvolvimento de padrões de credenciamento para mediadores”, uma declaração que sugere fortemente a visão de que o modelo facilitador de prática é preferido. *Id.* em 112 (ênfase adicionada).

125 N. do T.: No original, *Maryland Council for Dispute Resolution*.

126 Entrevista telefônica com Robert Ketcham, Presidente do Comitê de Certificação, Conselho de Resolução de Disputas de Maryland (MCDR – *Certification Committee Co-Chair, Maryland Council for Dispute Resolution*) (20 de outubro de 2003) (cópia do teste anterior em arquivo com o autor).

não pode ser solucionado coerente, suficiente e efetivamente. Para o teste de desempenho corresponder ao mundo multimodal de real prática mediatória, ele deve ir além não só do pensamento de apenas um modelo, mas também do padrão de apenas um teste. O teste de desempenho deve movimentar-se completamente para um modo pluralista.

V. Olhando para o Futuro: O Teste Pluralista de Desempenho – Testes Múltiplos para Modelos Múltiplos

Como notado muito anteriormente neste artigo, a resistência ao teste de desempenho baseava-se, em parte, em duas razões: a dificuldade de se atingir o consenso sobre o conjunto de habilidades que um mediador competente deveria possuir e a preocupação de que mediadores competentes seriam excluídos se o conjunto de habilidades para teste fosse construído sem uma fundação sólida.¹²⁷ De fato, essas razões representam duas faces de uma mesma moeda, a mesma falha que marca todos os esforços já empreendidos em construir testes úteis de desempenho do mediador. A falha é a insistência em tentar tratar modelos de prática distintos e diferentes em um único instrumento amplo de avaliação. Um relevante motivo da dificuldade de se chegar a um consenso sobre que habilidades um mediador competente deveria possuir é que não existe algo como uma competência do mediador em sentido geral. O significado de competência difere em diferentes modelos e o que é uma prática competente em um pode ser uma prática incompetente em outro.¹²⁸ Discussões de competência sem referência a modelos específicos são, portanto, inevitavelmente improdutivas. Além disso, se de alguma forma essas discussões de fato levarem a uma definição de um conjunto de habilidades para o teste, os testes resultantes irão inevitavelmente prestigiar um modelo de prática sobre os outros, apesar das melhores intenções em evitar tal disparidade. Essa é a lição da segunda geração, multimodal, de testes de desempenho vistos acima.

A. Pluralismo no Teste de Desempenho: Olhando para Trás e Olhando para Frente

Assim como o campo aceitou que há diferentes modelos de mediação, já é tempo de aceitar que, se os testes de desempenho devem ser justos e úteis, deve haver testes diferentes para os diferentes modelos de prática. Ironicamente, para se ter uma idéia de com o que tal “futuro” se pareceria, um bom ponto de partida é encontrado nos trabalhos dos primeiros testes de desempenho, discutidos na parte II acima.¹²⁹ Em sua resposta à crítica gerada pelo Teste TDP original, o *Test Design Project* foi restabelecido e desenvolveu um novo documento, *Uma Metodologia para Uso na Seleção, no Treinamento e na Avalia-*

127 Ver texto *supra* acompanhando as notas 6-9.

128 Ver Della Noce et al., nota 94 *supra*, em 10-11; Dorothy J. Della Noce, *Ideologically Based Patterns in the Discourse of Mediators: A Comparison of Problem-Solving and Transformative Practice* (2002) (dissertação inédita em arquivo com o autor, apresentando pesquisa documentando que a “boa prática” (como entendida pelos próprios mediadores) no modelo facilitador é o contrário daquela do modelo transformador, e vice-versa).

129 Ver texto *supra* acompanhando as notas 18-35.

ção de Mediadores^{130, 131} Esse documento discutia explicitamente o reconhecimento então emergente de diferentes modelos de mediação e depois incorporou não apenas o Teste TDP original, mas também “variantes” que contêm diferentes mensurações “associadas com diferentes abordagens à mediação, tais como a orientada para acordos e a transformadora, ou a avaliadora e a facilitadora” e “baseadas em diferentes modelos de mediação”.¹³² Apesar de os testes variantes serem, em si, incompletos e as mensurações usadas neles serem insuficientemente desenvolvidas para uma reflexão acurada dos modelos associados, a concepção do TDP em sua *Metodologia* é claramente sustentadora da idéia de se usar diferentes testes para avaliar a competência em diferentes modelos de prática. A *Metodologia* ainda sustenta que é possível descrever um “núcleo de comportamentos” comuns a muitos mediadores e afirma que a “abordagem do núcleo comum . . . continua a ser o modelo de discussão primário aqui”.¹³³ Reconhece, todavia, – e tenta dar exemplos disso – a possibilidade de se adotar uma abordagem genuinamente pluralista ao teste de desempenho, em vez de se usarem testes únicos e multímodos.

Um segundo exemplo, mais prospectivo, de com o que um teste de desempenho deve se parecer, apesar de talvez não ser essa a intenção, é encontrado no modelo desenvolvido por Della Noce et al. para se avaliar a competência no modelo transformador.¹³⁴ Ao apresentar esse modelo, Della Noce e seus colegas especificam para cada categoria de atividade não apenas comportamentos do mediador que fazem parte de uma boa prática transformadora (“movimentos apoiadores”), mas também comportamentos que não têm espaço em tal prática (“movimentos não-apoiadores”).¹³⁵ No apêndice ao estudo, esses comportamentos apoiadores e não-apoiadores são listados lado a lado.¹³⁶ Examinando o texto e as listas, fica claro que os comportamentos agrupados como não-apoiadores em cada categoria/lista são mesmo estranhos ao modelo transformador – mas seriam quase que certamente vistos como apropriados, e mesmo altamente competentes, em um modelo facilitador de prática. Com efeito, no processo de se projetar um teste de desempenho para mediadores transformadores, Della Noce et al. também construíram um teste para mediadores facilitadores e posicionaram os dois testes lado a lado de uma forma que inadvertidamente oferece um bom exemplo de com o que um regime de teste pluralista deve se parecer.

Em tal regime, testes diferentes e especificados conforme modelos estariam disponíveis e mediadores escolheriam qual teste eles gostariam que lhes fosse aplicado. Mediadores que atuam exclusivamente dentro de um modelo poderiam escolher o teste para esse modelo. Mediadores que atuam em ambos os modelos, dependendo dos desejos de seus clientes, poderiam adotar ambos os testes, e, se bem-sucedidos, demonstrariam serem

130 N. do T.: No original, *A Methodology for Use in Selecting, Training and Evaluating Mediators*.

131 *Ver em geral* *МЕТОДОЛОГИЯ*, nota 3 *supra*.

132 *Id.* em 20-21.

133 *Id.* em 6.

134 *Ver em geral* Della Noce et al., nota 94 *supra*.

135 *Id.* em 18-32.

136 *Id.* apêndice A.

competentes em ambos. Não seria exigido dos avaliadores “ajustar” a aplicação de um único teste de uma forma subjetiva para acomodar diferentes modelos de prática, na medida em que os próprios testes providenciariam essa acomodação. O desafio de se conseguir que profissionais concordem com o conteúdo de um conjunto único e universal de habilidades seria evitado, pois os profissionais de cada modelo considerariam muito mais fácil concordar com habilidades envolvidas em seu modelo. Os medos de exclusão por profissionais de modelos “desfavorecidos” seriam reduzidos, na medida em que nenhum modelo seria desfavorecido pelo uso de um teste único e universal; em vez disso, os mediadores que usam cada modelo teriam acesso a uma credencial apropriada ao trabalho que realizam. Deve-se notar que a discussão acima limitou amplamente sua atenção a dois modelos de mediação, facilitador e transformador, na medida em que esses são os dois mais freqüentemente tratados nos testes analisados aqui. Todavia, um verdadeiro regime de teste pluralista não se pode dar ao luxo de ignorar o terceiro modelo importante de mediação em uso hoje, a mediação avaliadora. Esta envolve práticas diferentes dos outros dois modelos, e o teste de competência naquele modelo, portanto, necessariamente exigiria mensurações de desempenho diferentes daquelas voltadas para os outros modelos.¹³⁷ Apesar de isso não poder ser tratado no escopo deste artigo, o desenvolvimento dessas mensurações e de testes válidos de competência na prática avaliadora é tão importante para o futuro dos testes de desempenho quanto qualquer outro dos assuntos tratados neste texto.¹³⁸

B. O Desafio da Diversidade: a Força da Diversidade

A história dos esforços em testar o desempenho do mediador demonstrou que nem testes unímodos, nem multímodos, podem avaliar adequadamente a competência do mediador em um mundo pluralista de prática. Esses esforços também começaram a demonstrar, contudo, que o teste de desempenho pode funcionar nesse mundo pluralista se a abordagem do teste é, em si, um regime de testes múltiplos e pluralista. Há até mesmo exemplos surgindo a respeito de como o que um sistema de testes múltiplos possa parecer, e um trabalho subsequente pode certamente refinar e desenvolver mais essa empreitada. Não há, em resumo, quaisquer barreiras práticas ou conceituais intransponíveis que previnam o campo de se deparar com o desafio do teste de desempenho e, assim, reforcem a garantia de qualidade de uma maneira bastante eficaz. Em vez de afastar-se desse desafio, ele deveria ser enfrentado com um maior vigor, com base nos fundamentos do trabalho feito e nas lições aprendidas até aqui, como vistos no artigo.

¹³⁷ Deve estar claro da discussão dos vários testes nas seções anteriores que, quase sem exceções, nenhum dos testes de desempenho analisados aqui inclui o que poderiam ser consideradas mensurações de uma prática avaliadora competente. Pelo contrário, muitos deles explicitamente desfavorecem tais práticas. Ver texto *supra* acompanhando as notas 75-79. O único que parece tentar incluir mensurações de competência avaliadora, apesar de com algum potencial para confusão, é o Teste PaSEMS. Ver texto *supra* acompanhando as notas 81-85.

¹³⁸ Ver Robert A. Baruch Bush, *Substituting Mediation for Arbitration: The Growing Market for Evaluative Mediation, and What it Means for the ADR Field*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 111, 124-26 & nn. 39-44 (2002); Ellen A. Walkman, *The Challenge of Certification: How to Ensure Mediator Competence While Preserving Diversity*, 30 U.S.F.L. Rev. 723, 724-28 (1996).

De fato, as lições aprendidas na empreitada do teste de desempenho podem ser utilmente aplicadas a outros trabalhos direcionados à garantia da qualidade. Especificamente, onde regras e regimes são estabelecidos para avaliar os currículos de treinamento do mediador, para conceder um “grau avançado” aos profissionais ou mesmo para regular questões de ética profissional, essas regras não deveriam ignorar o pluralismo dos modelos e, em consequência, das práticas de mediação.¹³⁹ Na verdade, apesar de o teste de desempenho ser uma área importante, ainda não é amplamente usado. Em contrapartida, regras que concedem ou negam aprovação a treinadores para que possam formar mediadores, e regras que definem os limites da prática ética e antiética, são bem difundidas e têm um impacto enorme no tipo de prática que os mediadores são livres – ou não – para estudar e nela engajar-se. O campo não pode dar-se ao luxo de *não* acomodar – e, assim, apoiar e garantir sua qualidade – os diferentes modelos de prática que estão verdadeiramente em uso hoje.

A afirmação foi feita de que o reconhecimento de tais diferenças será divisor, minará a habilidade do campo como um todo de manter uma identidade comum e irá, assim, comprometer esforços para alcançar o público e para se relacionar com aqueles nos outros campos.¹⁴⁰ De fato, se a história social recente ensinou alguma coisa, é que o reconhecimento e a acomodação da diversidade traz força, não fraqueza. Se o campo da mediação pode reconhecer e acomodar sua própria diversidade, encontrará novas forças para achar outras profissões – e novas forças para ajudar indivíduos e grupos a lidarem de uma forma positiva e construtiva com os conflitos que sua própria diferença e diversidade inevitavelmente engendram.

139 *Ver., e.g.,* Dorothy J. Della Noce, Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *Clarifying the Theoretical Underpinnings of Mediation: Implications for Practice and Policy*, 3 PEPP. DISP. RESOL. L.J. 39, 59-61 (2002). Esta é uma significativa questão atual de política na Associação para Resolução de Conflitos (ACR – *Association for Conflict Resolution*), a maior organização nacional de profissionais em RAD, incluindo mediadores. Por exemplo, considerando-se o estabelecimento de uma categoria de membros “profissionais avançados”, um grupo de trabalho recentemente recomendou que

Os critérios da AMP não deveriam excluir ou privilegiar um modelo de prática mediatária sobre outro, nem deveria criar ou apoiar mercados específicos ou exclusivos para treinamento e educação de potenciais candidaatos. ... Deve-se ter cuidado para não se criar exigências adicionais que restrinjam o acesso de membros a modelos específicos de abordagens à prática mediatária.

ADVANCED PRACTITIONER MEMBERSHIP WORK GROUP, RECOMMENDATIONS FOR ADVANCED MEDIATION PRACTITIONER (AMP) MEMBERSHIP STATUS 5 (Junho de 2003) (em arquivo com o autor). A Força-Tarefa na Certificação de Mediadores (*Task Force on Mediator Certification*) da ACR, em sua advertência ao Corpo de Diretores da ACR, também afirmou a necessidade de acomodar diferentes modelos de prática. *Ver* ACR TASK FORCE, nota 6 *supra*. Um terceiro estudo da ACR, no âmbito da prática mediatária e da prática não-autorizada do direito, elaborou um relato identificando práticas mediatárias “próprias” e “impróprias” nesse contexto. Sem explicitamente identificar as práticas discutidas em termos de um modelo específico, o relato, contudo, distinguiu entre práticas facilitadora e avaliadora ao definir prática própria e imprópria – apesar de que também relatou que os membros da força-tarefa não foram capazes de chegar a um consenso em se as práticas avaliadoras era próprias ou não. ACR TASK FORCE ON THE UNAUTHORIZED PRACTICE OF LAW, DRAFT REPORT 23-25 (agosto de 2002) (em arquivo com o autor).

140 *Ver., e.g.,* Neilson & English, nota 8 *supra*, em 223-24.

TOMADA DE DECISÃO EM MEDIAÇÃO: O NOVO “GRÁFICO ANTIGO” E O SISTEMA DO “NOVO GRÁFICO NOVO”

Leonard L. Riskin¹

“Todos os modelos estão errados, mas alguns são úteis.” George Box.²

“A questão não apareceu para mim agora como tinha aparecido naquela época.”³

Sumário: I. Introdução. II. Revisando o gráfico: o “Gráfico Antigo”, sua utilização e problemas. III. Novos gráficos e entendimentos propostos. IV. Conclusão.

¹ Traduzido e reimprimido com permissão da Notre Dame Law Review e do Prof. Leonard Riskin. Este artigo foi originalmente publicado com o título em inglês, “Decision Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System” pelo Prof. Leonard Riskin na Notre Dame Law Review, Vol. 79, no. 1, 2003. Traduzido por Tatiana Sandy e André Gomma de Azevedo e revisado por José Fernando Caetano, Marcos Scarcela Portela Scripilliti, Breno Zaban e Tahinah Albuquerque Martins. Copyright © Leonard L. Riskin 2003. Esta tradução Copyright © Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília 2005.

² O Prof. Leonard Riskin é Chesterfield Smith Professor of Law na Faculdade de Direito da Universidade de Florida. B.S., Universidade de Wisconsin-Madison; J.D., Faculdade de Direito de Nova Iorque; LL.M., Faculdade de Direito da Universidade de Yale. Este artigo surgiu em uma apresentação, em 5 de outubro de 2001, na Faculdade de Direito da Universidade de Yale que fazia parte da série de palestrantes em Resolução de Disputa das Faculdades de Direito de Quinnipiac e Yale. Pelos comentários em esboços anteriores, agradeço Marjorie Corman Aaron, Ian Ayres, Jennifer Brown, Roger Carter, Jack Himmelstein, Art Hinshaw, Dan Jordan, Judy Keegan, Kim Kovach, John Lande, Jim Levin, Lela Love, Bobbi McAdoo, Patrick Pinkston, Brad Reich, Frank Sander, Margaret Shaw, Jean Sternlight, Ferris Buck Urbanowski, Nancy Welsh, Paula Young e Jim Westbrook; aos participantes em sessões em que apresentei versões deste artigo na Faculdade de Direito de Yale, a Oficina de Teoria Legal na Faculdade de Direito da Universidade de Michigan, a Faculdade de Direito da Universidade de Missouri-Columbia, Faculdade de Direito de Pepperdine, Universidade de Humboldt em Berlim (Programa de Tulane), programas de instrução em mediação AVM em Salzburg, Austria, a Conferência de Resolução de Disputa nórdica em Copenhague, Dinamarca, e programas de instrução em mediação patrocinados pela Universidade de Missouri-Columbia, Universidade de Pepperdine, Universidade Metodista do Sul, o Instituto de Paz de Iowa, o Instituto de Continuação em Educação Legal do Michigan e a Associação de Mediação do Sul da Califórnia.

Agradeço a Brian Jarrett, Tammy Steinle, e Chris Hogerty pela assistência na pesquisa e aos bibliotecários de Direito na Universidade de Michigan e a Universidade de Missouri-Columbia pelo fornecimento de quase todos os materiais que precisei.

Aprecio muito o suporte financeiro dado pela Fundação da Faculdade de Direito de Missouri por doações feitas por David Beckerman, Keith A. Birkes, e Paul J. Rice.

³ G.E.P. Box, *Robustness in the Strategy of Scientific Model Building*, em *Robustness in Statistics* 201, 202 (Robert L. Launer & Graham N. Wilkinson eds., 1979).

⁴ McGrath v. Kristensen, 340 U.S. 162, 178 (no mesmo sentido, Jackson, J.) (citando Baron Bramwell em *Andrews v. Styrap*, 26 L.T.R. (N.S.) 704, 706 (1872)).

I. Introdução⁴

Em 1994 e 1996, publicaram-se artigos que estabeleceram um sistema para descrever as abordagens de mediadores face à mediação. O sistema empregou um “gráfico” contendo dois eixos que se interceptavam⁵. Um dos eixos representava a noção do mediador sobre sua função, cujos conceitos “facilitador” e “avaliador” determinavam as bases. O outro eixo representava a abordagem do mediador em relação à delimitação do problema, variando entre restrita e ampla. Quando esses eixos se interceptavam, assim como demonstra a Figura 1, produziam quadrantes, os quais representavam as posturas do mediador em relação à mediação.

Com esse sistema, esperava-se ajudar a esclarecer discussões sobre mediação, tema este que, até aquele momento, havia sido constantemente coberto por ambigüidade, pelo seguinte motivo: uma variedade enorme de procedimentos foram chamados de mediação, embora não existisse um sistema amplamente aceito que descrevesse ou identificasse as variantes. Então, decidiu-se oferecer um vocabulário e um conjunto de conceitos para diferenciar os vários processos que eram comumente rotulados de mediação. Também ponderou-se que o gráfico pudesse ajudar partes em conflito e seus advogados a decidirem quando mediar, como selecionar um mediador e como se preparar e participar da mediação. Acreditou-se que o gráfico pudesse ajudar mediadores a entender melhor suas funções, ajudar coordenadores de programas na seleção, no treinamento e na indicação de mediadores, e que pudesse ajudar profissionais e organizações governamentais na regulamentação da prática da mediação.

4 Alguns pensamentos breves e preliminares do tópico tratado neste artigo apareceram em Leonard L. Riskin, *Who Decides What? Rethinking the Grid of Mediator Orientations*, Disp. Resol. Mag., Inverno de 2003, p.22 [doravante Riskin, *Who Decides What?*], e Leonard L. Riskin, *Retiring and Replacing the Grid of Mediator Orientations*, 21 *Alternatives to High Cost Litig.* 69 (2003) [doravante Riskin, *Retiring and Replacing*]. Depois de publicar aqueles artigos, um colega me ajudou a reconhecer a dificuldade de explicar o que eu chamei de “meta-processo”. Conseqüentemente, neste artigo, eu apresento uma abordagem mais nova e menos ambígua que chamo de “Novo Sistema Gráfico Novo” e adoto termos descritivos mais claros.

Espero que a descrição que segue dos meus escritos sobre gráficos de mediação com rótulos atuais minimizará a confusão potencial. O que eu agora chamo de “Gráfico Antigo” apareceu em Leonard L. Riskin, *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*, 12 *Alternatives to High Cost Litig.* 111 (1994) [doravante Riskin, *Mediator Orientations*] e em Leonard L. Riskin, *Understanding Mediators’ Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 *Harv. Negot. L. Rev.* 7 (1996) [doravante Riskin, *Understanding*]; o “Novo Gráfico Antigo”, o qual aparece em Riskin, *Who Decides What?*, *supra*, p.22, e em Riskin, *Retiring and Replacing*, *supra*, p.69, é novamente apresentado neste artigo na parte II.A. O “Sistema Gráfico Novo” apareceu em Riskin, *Who Decides What?*, *supra*, p.22, e em Riskin, *Retiring and Replacing*, *supra*, p.69. O “Sistema do ‘novo gráfico novo’”, que substitui o “Sistema Gráfico Novo”, aparece pela primeira vez neste artigo na parte II.B. Para uma explicação mais completa, ver notas *infra* 131 e 138.

5 Ver Riskin, *Mediator Orientations*, nota *supra* 3; Riskin, *Understanding*, nota *supra* 3.

Figura 1. O “Gráfico Antigo”: posturas do mediador

	Função do Mediador		
	AVALIADOR		
DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA	AVALIADOR	AVALIADOR	DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA
	RESTRITO	AMPLO	
RESTRITA	FACILITADOR	FACILITADOR	AMPLA
	RESTRITO	AMPLO	
	FACILITADOR		
	FUNÇÃO DO MEDIADOR		

O gráfico foi empregado para todos esses propósitos. Ele estimulou – ou serviu de estrutura para – muitos debates e discussões sobre a natureza da mediação e como defini-la e regulá-la.⁶

6 Ver, e.g., James J. Alfani et al., *Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 919 (1997); Richard Birke, *Evaluation and Facilitation: Moving Past Either/Or*, 2000 J. Disp. Resol. 309; Gary L. Gill-Austern, *Faithful*, 2000 J. Disp. Resol. 343; Dwight Golann, *Variations in Mediation: How--and Why--Legal Mediators Change Styles in the Course of a Case*, 2000 J. Disp. Resol. 41; Chris Guthrie, *The Lawyer's Philosophical Map and the Disputant's Perceptual Map: Impediments to Facilitative Mediation and Lawyering*, 6 Harv. Negot. L. Rev. 145 (2001); John Lande, *Toward More Sophisticated Mediation Theory*, 2000 J. Disp. Resol. 321; Lela P. Love, *The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997); Lela P. Love & Kimberlee K. Kovach, *ADR: An Eclectic Array of Processes, Rather than One Eclectic Process*, 2000 J. Disp. Resol. 295; L. Randolph Lowry, *To Evaluate or Not: That is Not the Question!*, 38 Fam. & Conciliation Cts. Rev. 48 (2000); James H. Stark, *The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions and Tentative Proposals, From an Evaluative Lawyer Mediator*, 38 S. Tex. L. Rev. 769 (1997); Jeffrey W. Stempel, *Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 949 (1997) [doravante Stempel, *Beyond False Dichotomies*]; Jeffrey W. Stempel, *Identifying Real Dichotomies Underlying the False Dichotomy: Twenty-First Century Mediation in an Eclectic Regime*, 2001 J. Disp. Resol. 371 [doravante Stempel, *Real Dichotomies*]; Jeffrey W. Stempel, *The Inevitability of the Eclectic: Liberating ADR from Ideology*, 2000 J. Disp. Resol. 247 [doravante Stempel, *Inevitability*]; Joseph B. Stulberg, *Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock*, 24 Fla. St. U. L. Rev. 985 (1997); Donald T. Weckstein, *In Praise of Party Empowerment--And of Mediator Activism*, 33 Willamette L. Rev. 501 (1997); Zena Zumeta, *A Facilitative Mediator Responds*, 2000 J. Disp. Resol. 335.

A outra categoria mais comumente usada é “transformadora” e “resolução-do-problema”, a qual foi apresentada pelos Professores Robert A. Baruch Bush e Joseph Folger. Robert A. Baruch Bush & Joseph P. Folger, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (1994). Barbara Ashley Phillips identificou a abordagem “transformadora de resolução-do-problema” da mediação. Barbara Ashley Phillips, *The Mediation Field Guide: Transcending Litigation and Resolving Conflicts in Your Business or Organization* 59 (2001); ver também John Winslade & Gerald Monk, *Narrative Mediation: A New Approach to Conflict Resolution* 31-41 (2000) (descreve muitas das suposições inerentes em abordagens de resolução-do-problema para mediação e oferece uma crítica). Outros críticos desenvolveram sistemas para categorizar a mediação. Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.14-16 (descreve vários sistemas de categorização); Ellen A. Waldman, *Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, 48 Hastings L.J. 703, 707-10 (1997) (classifica mediações em termos de modelos de “gerador de normas,” “educador quanto as normas”, e “promotor de normas”).

O gráfico tem aparecido em vários livros⁷ e artigos⁸ sobre mediação e resolução de disputa, em centenas de programas de instrução para mediação⁹ e em cursos em universidades e faculdades de direito¹⁰. Ele tem sido usado para auxiliar na regulamentação da prática da mediação¹¹, para ajudar as partes na seleção do mediador¹², para ajudar mediadores a entender suas próprias abordagens¹³ e ajudar organizações a entender os programas de mediação nos quais estão envolvidas¹⁴. Os termos “facilitador” e “avaliador” tornaram-se parte da linguagem no campo da mediação.

O gráfico também tem atraído muitas críticas¹⁵. A crítica mais impetuosa – e duradoura – recaiu sobre a noção de que “avaliação” não era propriamente uma função do me-

7 Riskin, *Understanding*, nota supra 3, foi reimpresso por completo ou em parte em James J. Alfani et al., *Mediation Theory and Practice* 171 (2001); Russell Korobkin, *Negotiation Theory and Strategy* 357-65 (2002); *Mediation: Theory, Policy and Practice* 152, 155, 165, 180-01 (Carrie Menkel-Meadow ed., 2001); Leonard L. Riskin & James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers* 314-28, 427-33 (1997). Foi traduzido para a língua portuguesa e publicado como Leonard L. Riskin, *Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Padrão para Iniciantes*, em *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação* (André Gomma de Azevedo ed., 2001). Riskin, *Understanding*, nota supra 3, também conquistou o primeiro lugar de melhor artigo em resolução de disputa publicado em 1996, do CPR Institute for Dispute Resolution Excellence and Innovation em ADR Awards.

8 artigo mais antigo, Riskin, *Mediator Orientations*, nota supra 3, foi reimpresso por completo ou em parte em *Dispute Resolution: Readings and Case Studies* 301 (Julie Macfarlane ed., 2d ed. 2003); Carrie Menkel-Meadow et al., *Appropriate Dispute Resolution* (a ser publicado em 2004); Melissa Nelken, *Understanding Negotiation* 438 (2001); *Portland Fed. Exec. Bd., ADR/Shared Neutrals Program Handbook app. 1* (1997); Alan Scott Rau et al., *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers* 415 (3d ed. 2002). Foi traduzido para Tcheco e publicado em *Mediace aneb jak resit konflikty* 50 (Otmara Hruskova et al., trans., 1996)

9 Ver fontes citadas na nota supra 5.

10 Por exemplo, o gráfico é um modelo padrão dos numerosos programas de instrução patrocinados recentemente pelo Michigan Institute for Continuing Legal Education. Entrevista com Shel Stark, Diretor Educacional, Michigan Institute for Continuing Legal Education, em Ann Arbor, Micj. (Jan. 20, 2003).

11 Não acompanhei os números, mas estimo que recebi e concedi mais de 100 pedidos para reimprimir estes artigos para programas de instrução ou para faculdades de direito e outros cursos universitários, freqüentemente para usos múltiplos. Também estou ciente que muitos instrutores usam estes artigos sem permissão.

12 Por exemplo, as regras do tribunal de mediação em relações domésticas de Michigan afirmam: “Se as partes não tiverem estipulado o mediador, elas deverão indicar se preferem um mediador que está disposto a conduzir uma mediação (sic) avaliadora. A não indicação da preferência será tratada como não requisição pela mediação avaliadora”. Mich. Ct. R. 3.216 (E) (3).

13 Esta afirmação está fundamentada pelos numerosos comentários casuais de coordenadores de programas e por experiência própria ao ser convidado para mediar ou ponderar uma mediação.

14 Ver Jeffrey Krivis & Barbara McAdoo, *A Style Index for Mediators, 15 Alternatives to High Cost Litig.* 157, 164 (1997). Juntamente com muitas outras pessoas, penso ser este instrumento útil em dar inspiração aos mediadores em suas próprias práticas ou tendências em relação à facilitação. Todavia, me preocupo quanto ao seu uso para impor um rótulo em um mediador.

15 Ver E. Patrick McDermott et al., *An Evaluation of the Equal Employment Opportunity Commission Mediation Program* (2000), disponível em <http://www.eeoc.gov/mediate/report/index.html> [doravante McDermott, *Evaluation*]; E. Patrick McDermott et al., *The EEOC Mediation Program: Mediators' Perspective on the Parties, Processes, and Outcomes* (2001), disponível em <http://www.eeoc.gov/mediate/mcdfinal.html> [doravante McDermott, *Mediators*]; E. Patrick McDermott & Ruth Obar, “What’s Going On” in *Mediation: An Empirical Analysis of Party Satisfaction with Mediator Style, the Factors that Yield the Highest Charging Party Monetary Return, and What Really Happens in the Mediation of Charges Before the Equal Employment Opportunity Commission*, 9 *Harv. Negot. L. Rev.* (a ser publicado em 2004).

16 Ver, e.g., Love, nota supra 5, p. 937; Love & Kovach, nota supra 5, p.297; Kimberlee Kovach & Lela P. Love, *Mapping Mediation: The Risks of Riskin’s Grid*, 3 *Harv. Negot. L. Rev.* 71, 72-73 (1998); Stulberg, nota supra 5, p.985.

diador e que eu tinha feito algo prejudicial ao incluir essa função no gráfico¹⁶. Tal previsível crítica foi respondida no artigo de 1996 quando se indicou que buscava-se simplesmente descrever processos que eram comumente chamados de mediação,¹⁷ e além disso, era “tarde demais” para dizer que a avaliação não fazia parte da mediação já que milhões de pessoas tidas como “mediadores” estavam “avaliando”¹⁸. Como apareceram mais críticas, preocupações e abordagens alternativas, reagiu-se defensivamente e respondi por escrito apenas uma única vez, tentando defletir a crítica com humor¹⁹. Acreditou-se que o gráfico realmente ajudou as pessoas a entenderem uma realidade caótica e que poderia servir para descrever a “abordagem” ou a “orientação” de quase qualquer mediador. Muitos amigos e colegas encorajaram-me nessas crenças, o que resultou em uma complacência auto-satisfatória.

Esse estado de pensamento estava assentado firmemente em seu lugar quando a professora Jennifer Brown convidou a revisitar o gráfico para uma apresentação na Faculdade de Direito de Yale. Quinze minutos depois, ele começou a dissolver-se. Ainda que esteja contente com a considerável extensão de compreensão e diálogo promovidos pelo gráfico, muito do qual foi útil ao campo, eu me encontro perturbado por muitos de seus aspectos e pela forma com que as pessoas o têm utilizado. Ressalte-se que, se se soubesse que o gráfico seria tão influente, teria sido feito um trabalho de construção mais clara. O trabalho então desenvolvido fora o melhor até então possível.

Duas questões surgidas após o aparecimento do gráfico parecem requerer um melhor entendimento de mediação. Primeiramente, restou claro que o debate “facilitador

16 As professoras Kovach e Love forneceram a crítica mais consistente. Temos aqui um resumo conveniente de seus pontos principais, que a Professora Love tem chamado “As Dez Principais Razões Por Que Mediadores Não deviam Avaliar” (originalmente: “*The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate*”):

- I. Os papéis e tarefas relacionados aos avaliadores e facilitadores são conflitantes.
- II. A avaliação promove posicionamento e polarização, que são antitéticos para as metas da mediação.
- III. Códigos de ética advertem mediadores - e outras partes neutras - contra papéis adicionais.
- IV. Se mediadores avaliam reivindicações e defesas legais, eles devem ser advogados; se eliminar aqueles que não sejam advogados, o campo será deliberado.
- V. Existem proteções insuficientes contra opiniões incorretas de mediadores.
- VI. A avaliação abunda: o mundo da disputa necessita de paradigmas alternativos.
- VII. A avaliação do mediador prejudica o enfoque em responsabilidade da parte por uma avaliação crítica, re-avaliação e resolução criativa do problema.
- VIII. A avaliação pode acabar com a negociação.
- IX. Uma compreensão uniforme de mediação é crucial para o desenvolvimento do campo.
- X. Processos híbridos podem ser úteis, mas chamem-nos pelo que eles são!

Love, nota supra 6, p.948; Love & Kovach, nota supra 6, p.303; ver também Kovach & Love, nota supra 15, p.73; Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, “*Evaluative*” *Mediation is an Oxymoron*, 14 *Alternatives to High Costs Litig.* 31, 31 (1996); Stulberg, nota supra 6, p.1004-05 (1997). Para um resumo das críticas relacionadas com a noção de que o mediador possa avaliar, ver Nancy A. Welsh, *The Thinning Vision of Self-Determination in Court-Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization?*, 6 *Harv. Negot. L. Rev.* 1, 27-32 (2001)

Eu não pretendo tratar diretamente da questão da avaliação do mediador neste artigo. Ao invés, eu espero facilitar a tomada de decisão sobre se, quando e como o mediador deveria avaliar. Ver notas *infrás* 139-43.

17 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 4, p.13.

18 *Id.*

19 Ver Leonard L. Riskin, *Mediation Quandaries*, 24 *Fla. St. U. L. Rev.* 1007 (1997).

e avaliador” e outros assuntos aflorados com o diagrama têm implicações significativas no mundo real. Eles afetam treinamento²⁰, regulamentação e prática²¹, bem como avaliação²² da mediação, assim como quem faz a mediação²³, como a mediação é apresentada ao público e as identidades dos mediadores²⁴. Em segundo lugar, muitos participantes do campo – mediadores, advogados, partes, coordenadores de programas e legisladores – têm se tornado muito mais sofisticados em relação à mediação, daí porque o gráfico antigo os serve de forma menos adequada aos seus objetivos.

Assim, no espírito de estimular maiores entendimentos e diálogos refinados sobre mediação, nas páginas seguintes eu descrevo as fraquezas e limitações do gráfico e os problemas por ele provocados e proponho formas para abordá-los. A primeira parte apresenta os fundamentos, objetivos e natureza do sistema gráfico e identifica os problemas e limitações associados a ele. A segunda parte, inicialmente, oferece uma versão revisada do gráfico com as posturas do mediador (o “Novo Gráfico Antigo”). Em seguida, propõe-se a substituição do “Antigo Gráfico” e do “Novo Gráfico Antigo” – ambos estáticos e limitados de algum modo – pelo Sistema do “Novo Gráfico Novo”.

II. Revisando o gráfico: o “Gráfico Antigo”, sua utilização e problemas

II.A. Revisando o “Gráfico Antigo”: fundamentos, natureza e utilização

Eu desenvolvi o sistema gráfico em resposta ao pedido de uma grande firma de advocacia para apresentação de um programa de treinamento para seus advogados e clientes sobre como participar em uma mediação²⁵. Ao planejar o programa, eu percebi que não poderia aconselhar ninguém a participar de uma mediação sem antes saber a natureza do processo que iria se realizar. Contudo, diversos processos eram chamados de mediação e não havia um método amplamente aceito que descrevesse essa diversidade. Como parte do resultado desta situação, usuários potenciais da mediação muitas vezes não tinham uma forma confiável de saber ou aprender sobre o que ocorreria na mediação. O problema era composto por três disparidades entre “teoria” e “prática”, i.e., entre explicações convencionais de mediação e certas crenças e comportamentos comuns aos mediadores²⁶. A primeira disparidade relacionou-se com a avaliação: a sabedoria convencional de autoridades e instrutores de mediadores entendeu que mediadores não prevêm os resultados de

20 Ver entrevista com Shel Stark, note supra 8.

21 Ver Welsh, nota supra 15, p.34-57.

22 Ver McDermott, *Evaluation*, nota supra 13; McDermott, *Mediators*, nota supra 13.

23 Lela Love, por exemplo, argumenta que “se os mediadores avaliarem reivindicações e defesas legais, eles devem ser advogados; ao eliminar aqueles que não sejam advogados o campo será deliberado.” Love, nota supra 5, p.941.

24 John Land, *How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Other?* 24 Fla. St. U. L. Rev. 839, 391 (1997).

25 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.8.

26 Para esforços recentes na indicação de lacunas entre teoria e prática em resolução de disputa, ver Christopher Honeyman et al., *Here There Be Monsters: at the Edge of the Map of Conflict Resolution*, em *The Conflict Resolution Practitioner 1* (Shinji Morokuma ed., 2001).

julgamentos ou dizem às partes como resolver seus conflitos; na prática, contudo, muitos mediadores agem dessa forma²⁷. A segunda disparidade diz respeito aos pontos a serem mediados ou aos objetivos da mediação. A maioria dos especialistas em mediação afirmou que a mediação foi feita para atender ao que realmente importa para as partes, i.e., suas necessidades ou interesses, assim como para capacitar as partes a fim de que desenvolvam suas próprias soluções²⁸. De fato, muitas mediações – especialmente aquelas envolvendo “disputas legais” - i.e., disputas nas quais as partes planejavam (ou esperavam ou ameaçavam) litigar – não abordaram tais pontos. Ao invés, essas mediações enfatizaram primariamente as questões legais ou outras questões adversariais e tentaram obter soluções “no campo de atuação privada permitido por normas dispositivas”²⁹.

Como parte do resultado dessas disparidades entre teoria e prática, a maioria das partes, advogados e até mesmo mediadores não reconheceram a existência de opções em relação aos objetivos e características do processo de mediação. Também não reconheceram a existência de questões sobre *como*, *quando* e *por quem* devem ser tomadas essas escolhas. Isso consiste na terceira disparidade entre teoria e prática: apesar de quase todos os proponentes e expoentes da mediação colocarem a autodeterminação das partes no núcleo da mediação³⁰, na prática, as partes frequentemente não têm a oportunidade ou o conhecimento necessários para exercer a autodeterminação³¹.

Ao desenvolver o gráfico, eu tive a intenção de trazer algumas questões para a atenção não só dos advogados e clientes que eu iria treinar, como também mediadores, coordenadores de programas, legisladores e outros participantes em potencial. O método se baseou em duas questões intimamente relacionadas, sendo as duas centradas no mediador: “1. O mediador tende a definir problemas de forma restrita ou ampla? 2. O mediador avalia – faz opiniões, predições ou propostas de acordo - ou facilita a negociação das partes sem avaliar”³²?

27 Ver Lande, nota supra 5, p.328 (“Até recentemente, a perspectiva facilitadora tem sido ortodoxia declarada no campo da mediação em geral, não apenas uma facção.”); notas 31-40 infra e texto acompanhando. Eu estou descrevendo um entendimento que era comum no meio das pessoas envolvidas com “o movimento de mediação moderna”, isto é, aqueles preocupados com mediação em disputas comunitárias e de família e em processos civis. Os mediadores do trabalho em alguns setores comumente aceitavam o comportamento mais avaliador. Ver, e.g., Deborah M. Kolb, *The Mediators*, p.18-19 (1983).

28 Ver Jay Folberg & Alison Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* 7-8 (1984); Kovach & Love, nota supra 15, p.31; Carrie Menkel-Meadow, *Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-Opted or “The Law of ADR,”* 19 Fla. St. U. L. Rev. 1, 6-9 (1991); Leonard L. Riskin, *Mediation and Lawyers*, 43 Ohio St. L.J. 29, 34 (1982).

29 Peguei esta frase emprestada de Robert H. Mnookin & Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 Yale L.J. 950, 997 (1979). Apesar de não ter dito explicitamente, tais casos informaram meus pensamentos quando desenvolvendo o gráfico. (Sou grato a Arnold Zack por chamar a minha atenção quanto a isso. E-mail de Arnold Zack, Mediador e Árbitro, para Leonard L. Riskin, Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Missouri-Columbia (12 de junho de 2001) (em arquivo com o autor).) Contudo, acreditei que o gráfico poderia ajudar a descrever orientação do mediador em face de qualquer tipo de disputa.

30 Ver Welsh, nota supra 15 *passim*.

31 Id. O envolvimento de advogados e a perspectiva estereotipada do advogado, que chamei de “mapa filosófico padrão do advogado”, contribuiu algumas vezes para esta situação. Ver Riskin, nota supra 27, p.43.

32 Riskin, *Mediator Orientations*, nota supra 3, p.111.

II.B. Reconsiderando o “Gráfico Antigo”: problemas e limitações

Embora muitos tenham achado o diagrama útil, ele contém ou adquiriu uma série de limitações, que ficaram aparentes para mim só recentemente. Esta parte descreve problemas associados com cada eixo e três outras grandes deficiências do “Gráfico Antigo”: seu fracasso em distinguir entre tipos diferentes de decisões da e sobre mediação; seu enfoque limitado e sua qualidade estática; e a idéia fundamental de que o diagrama pode descrever orientações globais de mediador.

II.B.1. Eixo “Função do Mediador”: facilitador e avaliador

II.B.1.a. Descrição

Quando eu desenvolvi o sistema, a maioria de instrutores e doutrinadores de mediação entendeu que mediadores não podiam, ou não deviam, prever o que aconteceria no tribunal ou dizer às partes o que fazer³³. Na prática, porém, muitos mediadores davam opiniões e alguns empurravam partes em direção a acordos ou a um acordo particular³⁴. Ainda por cima, muitas partes ou seus advogados pareciam querer um dos ou ambos destes serviços - ou pensavam que eles fossem características normais da mediação³⁵. Contudo, o assunto de se, quando e como um mediador deveria avaliar recebeu quase nenhuma

33 Ver nota supra 26.

34 Ver Kovach & Love, nota supra 15, p.31; Bobbi McAdoo & Art Hinshaw, *The Challenge of Institutionalizing Alternative Dispute Resolution: Attorney Perspectives on the Effect of Rule 17 on Civil Litigation in Missouri*, 67 *Mo. L. Rev.* 473, 523 (2002); Barbara McAdoo & Nancy Welsh, *Does ADR Really Have a Place on the Lawyer's Philosophical Map?*, 18 *Hamline J. Pub. L. & Pol'y* 376, 390 (1997); Welsh, nota supra 15, p.30-31.

35 Ver Bobbi McAdoo, *A Report to the Minnesota Supreme Court: The Impact of Rule 114 on Civil Litigation Practice in Minnesota*, 25 *Hamline L. Rev.* 401, 472 (1997), (lidando com um período de tempo mais antigo, mas provavelmente refletindo atitudes existentes há muito tempo); McAdoo & Welsh, nota supra 33, p.390.

Uma possível explicação para esta disparidade entre teoria e prática é o seguinte: a maioria dos artigos sobre mediação do final dos anos de 1970 e início dos de 1980 lidaram com mediações nas quais advogados tipicamente não freqüentaram, como mediação comunitária e mediação em divórcio, nas quais, conseqüentemente, havia grande preocupação em proteger a autonomia ou a autodeterminação das partes. Para exemplos, ver Welsh, nota supra 15, p.15-21; Nancy A. Welsh, *Making Deals in Court-Connected Mediation: What's Justice Got to Do with It?*, 79 *Wash. U. L.Q.* 787, 813-14 (2001), e alguns desses artigos basearam-se em sentimentos anti-jurídicos ou anti-advogados, sugerindo que a informação sobre o direito freqüentemente não era importante em uma mediação. Ver Welsh, nota supra 15, p.15-18. Alguns críticos entenderam que esses artigos sugeriram que a mediação tinha uma natureza essencialmente a-legal e, conseqüentemente, colocava em perigo as partes menos poderosas, o que poderia ser curado pela infusão do direito. Ver, e.g., Jerold S. Auerbach, *Justice Without Law? 117-19 (1983)*. Contudo, em disputas em que poderiam razoavelmente terminar no tribunal, a idéia de que a mediação tinha uma característica a-legal ou não-legal fez pouco sentido. No entanto, esta sabedoria convencional continuou tendo força na literatura, a qual freqüentemente falhou ao distinguir disputas “legais” das demais.

atenção em artigos ou em programas de instrução³⁶. Muitos críticos e instrutores confundiram o “ser” e o “dever ser”, tratando o fato que muitos mediadores avaliavam como se isso fosse um segredo sujo.

Esta situação produziu várias conseqüências que me incomodaram. Primeiro, as partes às vezes entravam na mediação não esperando avaliação alguma, mas obtendo uma mesma assim - sem pedir por isto, consentindo com isto ou se preparando para isto³⁷. Em segundo lugar, às vezes o contrário aconteceu: partes que esperavam ou queriam uma avaliação descobriram, já com a mediação em curso, que o mediador não iria ou não poderia oferecer uma³⁸. E em terceiro lugar, alguns mediadores deram opiniões que, por causa de sua natureza ou pertinência, impediram o progresso em direção a solucionar a disputa ou enfraqueceram outros valores associados com a mediação³⁹. Para mim, pareceu que um número significativo de mediadores mantiveram atitudes e práticas fixas sobre se - e como e quando - eles avaliariam, mas não existia nenhum sistema ou prática aceita para transmitir tais informações para as partes ou seus advogados.

A fim de destacar estes problemas e as oportunidades associadas com eles, ao descrever a função do mediador, escolhi enfatizar apenas um aspecto do comportamento do mediador: até que ponto, ao ajudar as partes a resolver sua disputa, o mediador tende a “avaliar”, por exemplo, avaliando os pontos fortes e os pontos fracos de uma posição legal ou prevendo resultados do tribunal⁴⁰. Confrontei “avaliar” com “facilitar”, com o que eu quis dizer que o mediador ajudou nas negociações das partes sem avaliar⁴¹. E coloquei

36 Ver Kovach & Love, nota supra 15, p.31. Talvez haja algumas poucas exceções para esta generalização, todavia estou atento a uma única exceção – a abordagem à mediação desenvolvida por Gary Friedman e Jack Himmelstein, a qual enfatiza maior atenção ao relacionamento entre lei e mediação. Nesta abordagem, o mediador se oferece para indicar como o tribunal pode lidar com o caso, contudo, esclarece que as partes não estão obrigadas a fazer o que um tribunal faria. Em outras palavras, o mediador usa a lei para libertar as partes de se sentirem constrangidas pelo campo de atuação privada permitido por normas dispositivas. Ver Gary J. Friedman, *A Guide to Divorce Mediation: How to Reach a Fair, Legal Settlement at a Fraction of the Cost* passim (1993); *The Center for Mediation in Law, Training Materials 18-20 (2003)* (discussões semelhantes apareceram em versões anteriores desse material); ver também gravação em vídeo: *Saving the Last Dance: Resolving Conflict Through Understanding (Harvard Law School Program on Negotiation & The Center for Mediation in Law 2001)* (doravante *Saving the Last Dance*).

Recentemente, instrutores e críticos tem prestado atenção a quando, onde, como e porque avaliação. Ver, e.g., Marjorie Corman Aaron, *Evaluation in Mediation, in Mediation Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators* §§ 10.0-10.9, p.267-305 (Dwight Golann ed.1996). A Faculdade de Direito da Universidade Hamline recentemente ofereceu um curso de verão chamado “Mediação Avaliadora”. Ver Hamline Univ. Sch. Of Law Dispute Resolution Inst., *Summer 2003 Course Offerings*, disponível em <http://web.hamline.edu/law/adr/2summer.htm> (visitado em set. 9, 2003).

37 Ver, e.g., Kovach & Love, nota supra 15, p.31; Welsh, nota supra 15, p.9-15 (analisando Allen v. Leal, 27 F. Supp. 2d 945 (S.D. Tex. 1998) e descrevendo muitos outros casos). Marjorie Corman Aaron assinalou uma disjunção ainda mais sutil entre teoria e prática. Ela observou “mediadores que pareciam ter uma visão formada sobre o caso – uma avaliação – e que, assim, direcionaram suas questões de “teste de realidade” para pressionarem as partes a “verem” aquela avaliação. Memorando de Marjorie Aaron, Diretora Executiva, Centro de Prática em Negociação e Advocacia voltada a Resolução de Problema, Faculdade de Direito da Universidade de Cincinnati, para Leonard L. Riskin, Professor, Faculdade de Direito da Universidade de Missouri-Columbia (Ago.9, 2002) (em arquivo com o autor).

38 Essa era uma ocorrência comum. Parece ser o que aconteceu na primeira mediação descrita por Barry Werth em Barry Werth, *Damages: One Family's Struggles in the World of Medicine* p.310-25 (1998).

39 Ver Welsh, nota supra 15, p.27-32; ver também Welsh, nota supra 34, p.813-14.

40 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.23-24.

41 Ver id. p.24. A escolha por estes rótulos deu-se, em parte, do meu compromisso com a idéia de que a mediação deveria realçar e apoiar-se na autodeterminação ou autonomia das partes e deveria lidar com os interesses reais, e não apenas com as posições ou reivindicações legais, ver Riskin, nota supra 27, p.57, e da suposição de que a avaliação tende a interferir no desenvolvimento de ambos. Como indicado abaixo, agora penso ser esta suposição confusamente simplista. Ver texto infra acompanhando as notas 66-74.

“avaliador” e “facilitador” em extremos opostos de um eixo descrevendo a função do mediador (ou a concepção do mediador sobre a função do mediador). E eu disse que cada um destes termos também representava um eixo. Deste modo, a avaliação podia variar de um comportamento que é principalmente informativo (por exemplo, “Seu caso é fraco em X.”) para um orientador (por exemplo, “Você devia pagar \$Y.”), que considerei uma forma extrema de avaliação⁴². E a facilitação podia variar de perguntar a parte quão provável seria que seu caso chegasse ao tribunal a simplesmente manter a ordem enquanto as partes discutiam o que quisessem e como quisessem.

II.B.1.b. Problemas

Tanto a estrutura do eixo quanto a terminologia “facilitação” e “avaliação” têm causado problemas.

II.B.1.b.i. A Estrutura do eixo tem causado confusão

Alguns críticos têm lidado com a facilitação e a avaliação como se fossem alternativas, tratando o eixo - no qual muitos mediadores circulam de um lado a outro⁴³ - como uma dicotomia⁴⁴. E muitos críticos empregaram estes conceitos como se fossem absolutos e representassem orientações reais em direção a prática⁴⁵, e eles habitualmente distinguiram entre “mediação facilitadora” e “mediação avaliadora”⁴⁶. Muito do que escrevi em 1994 e 1996 contribuiu para isso.⁴⁷

Contudo, é bastante claro que muitos mediadores - provavelmente a maioria - adotam comportamentos que se ajustam em ambas as categorias. Eles avaliam e facilitam,

42 Como indicado abaixo, cometi um erro ao incluir o comportamento orientado no eixo da avaliação. Ao invés, deveria distinguir avaliador e orientador. Ver texto infra acompanhando as notas 63-74.

43 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.36.

44 Ver, e.g., Kovach & Love, nota supra 14, p.75; Love & Kovach, nota supra 5, p.306; ver também Birke, nota supra 5, p.310 e 318 (argumentando que a mediação é facilitadora e avaliadora); Stempel, *Inevitability*, nota supra 5, p.269-85, (vendo o eixo como uma falsa dicotomia). Algumas afirmações em meus artigos sobre o gráfico sem dúvida encorajaram tais idéias dicotômicas. Por exemplo, com referência ao “mediador avaliador-restrito”, categorizei os mediadores em quadrantes. Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.26. Krivis e McAdoo, ao criarem um instrumento de auto-administrado baseado no gráfico, não trataram dos eixos como se fossem dicotomias, mas o sistema deles de classificação talvez tenha sutilmente, e inadvertidamente, encorajado tal pensamento dicotômico. Krivis & McAdoo, nota supra 12, p.165.

45 Tais leituras limitadas, dualísticas e formalísticas do papel facilitador-avaliador da dimensão do mediador no gráfico talvez tenham contribuído para o que alguns críticos têm chamado de “polarização” na literatura. Ver Birke, nota supra 5, p.309 (referindo a Kovach & Love, nota supra 15, p.31; Love, nota supra 5; e Jonathan B. Marks, “Evaluative Mediation” - *Oxymoron or Essential Tool?*, *Am. Law.*, May 1996, at 48A); Stempel, *Inevitability*, nota supra 5, p.269-85.

Estou certo que meus trabalhos escritos contribuíram para essa concretização e esse pensamento dualístico. Por exemplo, eu disse que as orientações não eram tipos ideais, mas correspondiam a práticas reais de uma porção substancial de mediadores, embora muitos mediadores terem tirado elementos dos dois quadrantes. Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.26 n.60.

46 Ver, e.g., nota supra 35.

47 Por exemplo, às vezes me referi ao “mediador avaliador-amplo”. Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.29-30. Eu afirmei que a maioria dos mediadores operava de uma orientação predominante ou padronizada. Id. p.24. E esta linguagem dicotômica sobre orientações ganhou força apesar de minhas afirmações sobre as dificuldades em categorizar orientações, estratégias e técnicas dos mediadores. Id. p.36.

um fato que eu mencionei nos meus trabalhos escritos de 1994 e 1996.⁴⁸ Como o Professor Dwight Golann recentemente demonstrou, mediadores freqüentemente avaliam em alguns assuntos e facilitam em outros, tudo dentro do mesmo intervalo de tempo, e tipicamente decidem suas ações pelo menos parcialmente em resposta à personalidade e à conduta dos outros participantes⁴⁹.

Existem outros problemas no meu sistema de classificação da abordagem do mediador frente a sua função. Primeiramente, um mediador pode avaliar e facilitar em um mesmo assunto. Por exemplo, um mediador pode fazer uma previsão ou proposta específica e então facilitar a discussão sobre o assunto⁵⁰, assim como ele pode facilitar uma discussão sobre certo assunto e, então, fazer uma previsão ou recomendação. Ademais, uma ação específica pode ter ambos aspectos, objetivos ou efeitos avaliativos e facilitadores. Uma previsão sobre o que aconteceria no tribunal, por exemplo – fornecida de forma correta, no momento correto e no contexto correto – pode ajudar na capacitação (ou empoderamento) das partes para negociarem à luz daquela informação e não apenas à sua sombra⁵¹. Deste modo, um mediador pode prever o que aconteceria no tribunal e dizer às partes que elas não precisam limitar-se por isto; de fato, ele pode encorajá-las a usar aquelas informações simplesmente como uma forma para entender sua alternativa ao juízo e, então, usando a facilitação, ajudar as partes no desenvolvimento de melhores opções⁵². Tal mediador está

48 Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.36; ver também Golann, nota supra 5, p.61 (documentando que mediadores mudam a abordagem durante uma sessão de mediação conforme circunstâncias). Krivis & McAdoo, nota supra 12, p.165 (afirmando que um mediador pode “mover em torno do diagrama usando estratégias e técnicas diferentes dependendo das circunstâncias”); Stempel, *Beyond False Dichotomies*, nota supra 5, p.952 (“Bons mediadores deveriam ser tanto facilitadores quanto avaliadores em graus variados.”); Stempel, *Inevitability*, nota supra 5, p.250 (definindo uma abordagem “provocador” para uma mediação que dissolva a rígida dicotomia entre avaliação e facilitação).

Infelizmente, o diagrama não providencia um bom modo de descrever tais mediadores, já que pretende descrever “orientações” globais, predominantes ou padronizadas. Outros críticos também notaram isso. Ver, e.g., Stulberg, nota supra 5, p.991-92; Weckstein, nota supra 5, p.526.

49 Ver Golann, nota supra 5, p.61. O eixo facilitador e avaliador lida com a função do mediador, e não com a natureza do processo. Então, o eixo refere-se a opiniões fornecidas pelo mediador e não foi feito para incluir opiniões que foram produzidas pelas partes em uma mediação. Por exemplo, a avaliação do mediador não descreve processos nos quais o mediador encoraja os advogados a apresentarem seus argumentos legais ou os pergunte a fim de provocar a visão do advogado ou a do cliente em relação aos pontos fortes ou fracos de seus casos. Embora tais procedimentos produzam “opiniões”, o mediador não fornece suas próprias opiniões; conseqüentemente, tais procedimentos não ressaltam as preocupações freqüentemente associadas com a avaliação pelo mediador: por exemplo, esta não é uma parte apropriada da função do mediador, que pode interferir na autodeterminação da parte ou que pode significar que o mediador esteja praticando advocacia.

O produto de uma avaliação por meio de uma análise da árvore-de-decisão é mais difícil de se caracterizar. O mediador desenvolve um entendimento (ou entendimentos) sobre o “valor” de uma contestação legal baseado nas predições das partes e seus advogados sobre a probabilidade das várias contingências (e.g., a participação em um júri ou a obtenção de um veredito de uma certa quantia) que estão por vir. Ver Marjorie Corman Aaron & David P. Hoffer, *Decision Analysis as a Method of Evaluating the Trial Alternative*, em *Mediating Legal Disputes: Effective Strategies for Lawyers and Mediators*, nota supra 35, 11, p.307.

O professor Dwight Golann recentemente descreveu a avaliação pelo mediador no processo de barganha, exemplificado pelas predições de um mediador para uma das partes sobre a provável reação da outra parte face uma proposta específica. Golann, nota supra 5, p.50. Ao preparar o gráfico, eu não previ um lugar para tal comportamento, o qual considero treinamento de negociação. Mas os Sistemas do “Novo Gráfico Antigo” e do “Novo Gráfico Novo” oferecem meios de caracterização e descrição desse comportamento. Ver Partes II.A, II.B.2.b-c infra.

50 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.37 (descrevendo o trabalho de Frances Butler).

51 Ver id. p.36-38.

52 Ver id. p.37 (descrevendo o trabalho de Gary Friedman).

fornecendo a avaliação com o fim de tornar propícia a facilitação⁵³. A seguir, o mediador pode atuar de modo facilitador ou avaliador, ou ambos, para ajudar as partes a selecionar uma das opções. Em outras palavras, atitudes que eu classifico como avaliadora e facilitadora muitas vezes caminham lado a lado. Para complicar ainda mais, a facilitação pelo mediador pode produzir uma avaliação através do uso de declarações avaliativas feitas pelos advogados ou pelas partes⁵⁴.

Além disso, freqüentemente pode ser difícil caracterizar uma intervenção específica sem o conhecimento do seu impacto real, o qual pode não corresponder à intenção do mediador⁵⁵. Por exemplo, eu sugeri que geralmente uma pergunta (e.g., sobre o que poderia acontecer no tribunal ou qual efeito um fracasso em chegar ao acordo poderia ter em interesses comerciais ou pessoais) é facilitadora⁵⁶, enquanto que uma declaração sobre tais assuntos é avaliadora⁵⁷. Mas uma pergunta pode ter um impacto avaliador. É claro que isso pode acontecer, quando um mediador expressa e realiza a pergunta de tal modo que a torna avaliadora – por exemplo, “Como por Deus você espera ser capaz de provar aquilo?” Mas isso pode ainda acontecer quando o mediador pergunta apenas por curiosidade ou para ajudar a parte a pensar sobre o assunto, mas a parte ou o advogado interpreta a questão como uma avaliação⁵⁸. Igualmente, um mediador pode apresentar uma declaração de modo sutil, sem nenhuma pressão ou intenção em inclinar as partes em direção a usar aquela avaliação para estruturar seu acordo – o que o torna essencialmente facilitador⁵⁹. E, é claro, a linguagem corporal – deliberada ou não – pode ter efeitos facilitadores ou avaliadores.

Rotular a orientação de um mediador como facilitadora ou avaliadora apresenta um outro desafio. Mesmo assumindo que possamos rotular de forma confiável atuações ou estratégias específicas como facilitadoras ou avaliadoras, se o mediador empregar ambos os tipos de atividades, como podemos determinar o rótulo correto? Se um mediador gastar 98% do seu tempo em atividades não-avaliadoras, por exemplo, mas fornecer uma avaliação como último recurso, como iríamos rotular sua orientação⁶⁰? E como o gráfico

53 Muitos críticos tem reconhecido essa relação entre avaliação e facilitação. O professor Jeffrey Stempel, por exemplo, postula “uma noção ampla da facilitação que abranja o uso de técnicas avaliadoras em circunstâncias apropriadas”. Stempel, *Beyond False Dichotomies*, nota supra 5, p.961; ver também Birke, nota supra 5, p.317 (“[U]m mediador avaliador avalia somente parte do tempo. A facilitação cria o acordo se o mesmo é alcançado.”); Welsh, nota supra 15, p.32 n.137.

54 Essa prática é bastante comum no que tenho chamado de mediação facilitadora e restrita, mas, para mim, isto não constitui uma avaliação pelo mediador. Um caso mais próximo é apresentado pelo uso da análise da árvore-de-decisão, por meio da qual o mediador produz uma avaliação que está baseada em predições de partes e advogados, os quais o mediador insere na “árvore-de-decisão”. Ver nota supra 48. Rosselle Wissler fez útil distinção entre mediadores que avaliam o caso e aqueles que assistem as partes ao avaliarem o caso. Rosselle L. Wissler, *Court-Connected Mediation in General Civil Cases: What We Know from Empirical Research*, 17 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 641, 656 (2002).

55 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.36-37.

56 Ver id. p.28.

57 Ver id. p.27, 31.

58 Roselle Wissler descobriu que é muito mais provável que os participantes de uma mediação percebam as intervenções do mediador como avaliadoras do que o próprio mediador. Roselle L. Wissler, *Trapping the Data: An Assessment of Domestic Relations Mediation in Maine and Ohio Courts* 15, 69 (1999).

59 Desde que desenvolvi o diagrama, tenho me tornado mais atento em relação às minhas próprias intenções em uma mediação. Percebi, por exemplo, que às vezes faço uma pergunta a fim de encorajar suavemente ou induzir a parte em direção a uma particular visão ou decisão.

60 Para uma abordagem útil, ver Krivis & McAdoo, nota supra 12, p.165.

pode esclarecer a “centralidade” da atividade avaliadora⁶¹? Além disso, categorizar uma abordagem do mediador em relação à função do mediador como facilitadora ou avaliadora não fornece um reconhecimento apropriado nem para a dimensão de tempo ou para o processo interativo e dinâmico por meio do qual os mediadores mais ponderados tendem a decidir o que fazer em uma mediação. Em outras palavras, assume-se um nível alto de rigidez na conduta do mediador que nem sempre está presente e, quando presente, pode resultar em oportunidades perdidas. (Essas complicações podem explicar por que, em uma pesquisa recente feita pelo Wisconsin Bar Journal, um mesmo indivíduo foi eleito o melhor mediador facilitador e o segundo melhor mediador avaliador)⁶².

Em outras palavras, dizer que aquele mediador X é “facilitador” é comparável a declaração de que meu primo Joe é “generoso”. Ambos os adjetivos têm um valor módico para previsões. Mas saber que Joe tem uma natureza “generosa” não nos diz se ele contribuirá para uma ONG; depende muito da maneira, natureza e momento da solicitação e do estado de espírito do Joe, além do estado de sua conta bancária. Igualmente, saber que o mediador X tem uma abordagem “avaliadora” não nos diz se aquele mediador avaliará ou facilitará um específico assunto em circunstâncias específicas.

Por todas estas razões, parece claro que rotular a abordagem do mediador em relação a sua função de mediador como facilitador ou avaliador - o que oferece conveniência e talvez uma convicção confortante de que nós entendemos o que está acontecendo - pode ocultar o que realmente está acontecendo⁶³.

II.B.1.b.ii. A terminologia “facilitadora e avaliadora” tem causado confusão

Os tipos de problemas de interpretação descritos acima afligiriam virtualmente qualquer método de divisão de comportamento em categorias. Mas os termos avaliador e facilitador apresentam problemas especiais, porque – e eu percebi isto só recentemente – avaliar e facilitar são tão opostos quanto os são chutar uma bola de futebol e jogar uma partida de futebol. E isto explica em parte por que a terminologia avaliador e facilitador

61 David Geronemus e Margaret L. Shaw apontaram que o gráfico não captura esta dimensão. David Geronemus & Margaret L. Shaw, *Mediation in the Public and Private Sectors: Similarities and Differences*, in *Alternative Dispute Resolution in the Employment Arena – Proceedings of the 53d Annual Conference on Labor* (a ser publicado em 2004).

62 Jane Pribek, McDevitt: *Master of Mediation*, Wis. L.J., Mar. 27, 2002, p.4. Joseph McDevitt, o tão honrado mediador, também ocupou a primeira colocação nas categorias de mediador mais orientador e de mediador com melhor preparo. Id.

63 Nas palavras de John Ashbery: “...For though there are/ some/ who can live without/ compasses, it dissolves all complexity/ if one is perpetually in the know”. John Ashbery, *Runway*, New Yorker, Maio 21, 2001, p.85.

tador tem instigado tanta confusão e o que alguns vêem como polarização na literatura⁶⁴. O problema fundamental é esse: a mediação é negociação intermediada. A sua essência é a facilitação⁶⁵. Se a facilitação é a essência da mediação e se avaliação opõe-se à facilitação, a avaliação pareceria roubar da mediação a sua essência. Isto poderia ser o ponto principal da conclusão de Kim Kovach e Lela Love - com a qual eu vim a simpatizar-me de modo tardio - que “mediação avaliadora é uma contradição em termos”⁶⁶.

Porém, se me lembro bem, eu usei o termo “avaliar” para incluir certo conjunto de comportamentos preditivos, julgadores ou orientadores do mediador que tendem (ou pelos quais o mediador pretende) a direcionar (ou influenciar ou inclinar) as partes em direção a visões específicas de seus problemas, em direção a um resultado específico ou em direção a um acordo qualquer⁶⁷; e eu acreditei que tais comportamentos frequentemente ou tipicamente interferiam na autodeterminação da parte. Em contraste, eu pretendi usar o termo “facilitar” para incluir uma variedade de ações do mediador - não envolvendo tais influências - que tendam (ou que o mediador pretenda) ajudar, ou permitir, as partes a encontrarem seu próprio caminho e fazer suas próprias escolhas baseadas em suas próprias compreensões. Então eu selecionei os termos “facilitador” e “avaliador” em parte para destacar o impacto do mediador na autodeterminação das partes, um valor fundamental, adotado pelo “movimento contemporâneo de mediação”⁶⁸, o qual eu pensei que estivesse ameaçado pelas práticas da mediação envolvendo opiniões que violaram desejos ou expectativas das partes⁶⁹.

Mas eu deixei de enfatizar que a avaliação pelo mediador - dependendo das circunstâncias exatas e do tipo de avaliação apresentada - pode favorecer ou prejudicar a

64 A polarização, claro, tornou-se possível devido à tendência entre muitos críticos de tratar o eixo facilitador e avaliador como uma dicotomia, como mencionado acima. Richard Birke acredita que o debate “facilitador e avaliador” tem tido um efeito polarizante. Birke, nota supra 5, p.309. John Lande acredita que o “debate” produziu vários benefícios. Lande, nota supra 5, p.327-32. Ele argumenta que isso tem “instigado um entendimento mais refinado” de quais métodos são mais apropriados nas várias situações e promovido a autoconsciência sobre a prática da mediação. Id. p.327-30. Ele acredita que essa maior sofisticação possa fomentar uma maior vontade de examinar a teoria da mediação. Id. p.300-32. Eu acho irônico que tantos praticantes da mediação, que estejam comprometidos a procurar por uma área comum (incluindo eu mesmo) tenham caracterizado muito o tratamento desta questão na literatura como um debate ao invés de um diálogo ou discussão. Ver, e.g., Riskin & Westbrook, nota supra 6, p.394-97 (caracterizando o tratamento dessa questão como o “Debate Facilitador e avaliador”).

65 Acredito que essa idéia está amplamente difundida entre os mediadores. Bernard Mayer expressa isto da seguinte maneira: “A mediação é, na essência, uma forma de facilitação onde o foco está em ajudar as pessoas a resolverem um conflito identificado”. Bernard Mayer, *The Dynamics of Conflict Resolution: A Practitioner's Guide* 226 (2000). O professor John Lande sugeriu que, em um sentido, a avaliação pelas partes é a essência da mediação, pelo menos de uma mediação direcionada a uma tomada de decisão ou resolução de disputa (em contraposição à mediação direcionada ao aperfeiçoamento das próprias partes). Antes que as partes alcancem um acordo, elas devem avaliar suas alternativas. Ver Lande, nota supra 23, p.873.

Uma outra causa desta confusão é que o termo “facilitação” é comumente aplicado para processos similares ao de mediação, mas que claramente não são mediações. Por exemplo, agora é comum que organizações empreguem pessoas para facilitarem reuniões de todo tipo. Ver em geral Roger Schwarz, *The Skilled Facilitator: Practical Wisdom for Developing Effective Groups* (1994).

66 Kovach & Love, nota supra 15, p.31.

67 Outra evidência de que pretendi incluir “direção” em “avaliação” apareceu na minha afirmação que “mediadores avaliadores-emplos ... frequentemente definem o âmbito do problema para eles mesmos tratarem”. Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.33. Percebo que posso estar aqui me engajando em um revisionismo histórico.

68 Welsh, nota supra 15, p.15.

69 A autodeterminação da parte tem muitos significados. Ver Welsh, nota supra 15 *passim*. A professora Nancy Welsh tem argumentado que a versão original significava o empoderamento das partes ao dar a elas a responsabilidade de “identificar as questões a serem resolvidas, reconhecer os interesses e preocupações subjacentes a suas posições, gerar opções para solucionar sua disputa e avaliar as opções de solução”. Id.p.19. A “visão mais estreita”, a qual envolve muitos programas de mediação conectados ao tribunal, meramente fornece às partes a oportunidade de consentir com o resultado. Id. p.4.

autodeterminação, ou ainda ambos, favorecer e prejudicar. Como mencionado acima, frequentemente mediadores dão opiniões sem a pretensão de dirigir as partes em direção a uma solução específica. Além disso, quando a avaliação feita pelo mediador oferece a única oportunidade real para que uma parte entenda o resultado provável alternativo - digamos, em um tribunal ou em um processo administrativo - isso poderia fortalecer a autodeterminação daquela parte por meio da fomentação de consentimento informado⁷⁰; mas isso também poderia prejudicar a autodeterminação limitando a imaginação das partes ou afastando seus esforços para tratar interesses subjacentes⁷¹. Em tais situações - que podem surgir quando um participante de mediação não tiver pronto acesso a um advogado (por exemplo, em mediações relacionadas a pequenas causas ou de divórcio) ou tiver um advogado que esteja pouco familiarizado com a lei ou práticas de litígio relevantes - a avaliação (no sentido de uma predição sobre que aconteceria em um tribunal ou processo administrativo) também pode promover outros valores, como justiça, e políticas sociais associadas com a lei relevante⁷².

E existe um problema ainda mais fundamental. A maior ameaça para autodeterminação é causada pelo comportamento que eu coloquei no extremo norte do eixo da avaliação, qual seja comportamento “com intenção de dirigir alguns ou todos os resultados de uma mediação”⁷³. Eu me refiro a um mediador que “urge/força as partes a aceitar (...) um acordo”⁷⁴. Tais intervenções, contudo, não pertencem corretamente ao mesmo eixo que a maioria de outras opiniões, porque, como sustentado acima, opiniões não estão necessariamente intencionadas a dirigir um resultado e nem sempre têm aquele efeito. Em retrospectiva, eu devia ter rotulado-os de “orientadores”⁷⁵ e os diferenciados de intervenções “avaliadoras” que, como explicado acima, podem ser tanto diretivas como não diretivas, ou ambos.

Se nós pusermos “orientador” em um dos extremos do eixo da função do mediador, o que teríamos no outro extremo? “Não orientador” salta em nossa mente imediatamente; contudo, isto carrega uma conotação de psicoterapia que poderia causar confusão⁷⁶. “Provocador”, que tem um histórico de uso em artigos sobre mediação, parece ajustar-se

70 Ver Weckstein, nota supra 5, p.530-32.

71 Do mesmo modo, um mediador que oferece uma proposta de solução, em resposta ao pedido das partes por tal proposta, pode ser visto como fomentador e prejudicial à autodeterminação da parte.

72 Ver Jacqueline M. Nolan-Haley, *Informed Consent in Mediation: A Guiding Principle for Truly Educated Decisionmaking*, 74 *Notre Dame L. Rev.* 775, 778, 787 (1999).

73 Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.24.

74 Id.p.35.

75 Outros críticos têm usado o termo “orientador” para descrever atividades, abordagens ou posturas do mediador. Em 1997, por exemplo, John Lande usou “orientador” no lugar de “avaliador”. Ver Lande, nota supra 23, p.850 n.40. Simon Roberts usou “intervenção diretiva” para descrever um dos três modelos da mediação de família (sendo os outros “intervenção mínima” e “intervenção terapêutica”). Simon Roberts, *Three Models of Family Mediation, in Divorce Mediation and the Legal Process* 144, 145 (Robert Dingwall & John Eekelaar eds., 1988).

76 Ver Carl R. Rogers, *Counseling and Psychotherapy: Newer Concepts in Practice* 115-28 (1942).

melhor⁷⁷. Isso implica que o mediador extrai algo das partes - idéias, questões, alternativas, propostas. Na Parte II.A., eu estabeleço um “Novo Gráfico Antigo” de posturas do mediador que emprega estes termos⁷⁸.

II.B.2. O eixo “Delimitação do Problema” restrito-amplo

O eixo de “delimitação do problema” restrito-amplo também tem limitações significativas. Contudo, como indicado acima, acho que vale a pena conservá-lo.

II.B.2.a. Descrição

Quando eu desenvolvi o gráfico, a maioria das autoridades de renome afirmou que a grande virtude da mediação, isto é, sua maior utilidade, era ajudar as partes a abordar - além de suas reivindicações posicionais - o que realmente estava em jogo para elas⁷⁹. Esta idéia básica apareceu em várias formulações. Alguns falaram dos interesses subjacentes das partes, as metas ou motivações que incitaram suas posições⁸⁰. Outros falaram sobre curar ou reparar relações, reconciliação, ou solução genuína (ao invés de justo acordo)⁸¹. E virtualmente todos os programas de instrução em mediação naquele tempo enfatizaram tais abordagens. Porém, uma grande proporção, talvez uma maioria, de mediações - especialmente aquelas envolvendo assuntos que as partes planejaram apresentar no tribunal - manteve um enfoque muito mais estreito⁸². E, claro, este enfoque estreito era justamente o que muitos advogados e seus clientes queriam - ou achavam que queriam.⁸³ Mas muitos não estavam cientes de que poderiam ter tido escolhas na delimitação da matéria a ser mediada.

Eu tentei capturar este assunto pela idéia de “delimitação do problema”. Eu observei que muitos mediadores tenderam a definir a matéria de uma mediação de uma maneira rotineira ou fixa. Na medida em que a delimitação do problema depende do estado de espírito do mediador, mediadores que mantêm um enfoque estreito podem privar as partes da oportunidade de explorar seus interesses subjacentes ou as raízes e aspectos

77 Outros críticos também têm usado o termo “provocador” para descrever abordagens à mediação. Ver, e.g., Peter T. Coleman, *Intractable Conflict*, em *Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice* 440 (Morton Deutsch & Peter T. Coleman eds., 2000) (“Abordagens provocadoras de intervenção em conflito, particularmente quando trabalhando entre culturas distintas, tende a respeitar mais os disputantes, empoderá-los mais e ser mais sustentável, e, geralmente, é mais efetiva do que abordagens prescritivas.”). O professor John Paul Lederach desenvolveu tipos ideais “prescritivos” e “provocadores” para descrever o treinamento de resolução de conflito feito para produzir um modelo de mediação que faz sentido para uma dada cultura. John Paul Lederach, *Preparing for Peace: Conflict Transformation Across Cultures* 63-100 (1995).

78 Ver figura 3 infra.

79 Ver Riskin, nota supra 27, p.34.

80 Ver John M. Haynes, *Divorce Mediation* 10-11 (1981); F.S.C. Northrop, *The Mediatlional Approval Theory of Law in American Legal Realism*, 44 *Va. L. Rev.* 347, 350-51 (1958).

81 Ver Mark S. Umbreit, *Mediating Interpersonal Conflicts: A Pathway to Peace* passim (1995); Lon L. Fuller, *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 *S. Cal. L. Rev.* 305, 308-09 (1971); Riskin, nota supra 27, p.34.

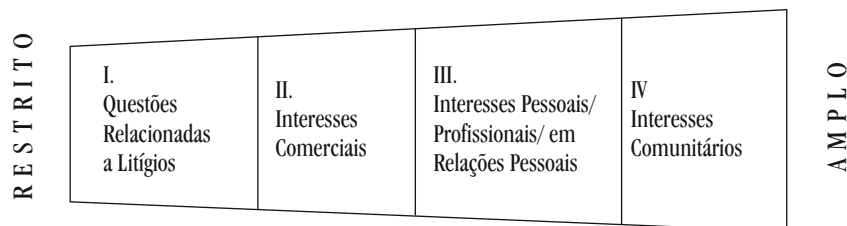
82 Pesquisa recente de McAdoo e Hinshaw, a qual perguntou a advogados do Missouri com qual frequência os mediadores “encorajavam a abordagem de questões que estavam além das causas legais de ação, determinou que 2 por cento ‘sempre’ e 21 por cento ‘geralmente’ encorajavam.” McAdoo & Hinshaw, nota supra 33, p.523.

83 Pesquisa de McAdoo e Hinshaw em relação aos advogados do Missouri concluiu que 87% acharam importante o mediador “saber como avaliar um caso”. Id.p.524.

relacionais de seu conflito, e mediadores que permitem ou encorajam um enfoque amplo podem fornecer esta oportunidade⁸⁴. Eu rotulei os pólos do eixo de delimitação de problema de estreito e amplo, e illustrei uma variedade de modos em que o problema - ou assunto - de uma mediação podia ser definido⁸⁵. Em uma disputa sobre reembolso de despesas de viagem sob um contrato de prestação de serviços em informática, por exemplo, o problema poderia incluir questões de litígio, interesses comerciais, interesses pessoais/relacionais, ou interesses da comunidade. Deste modo, eu pretendi destacar a existência de opções sobre o que eu considere os aspectos mais importantes de mediação - seu enfoque e seus propósitos.

Figura 2. Eixo de Delimitação do problema

Figura 2. Eixo de Delimitação do problema



II.B.2.b. Problemas

Em geral, este eixo recebeu muito menos atenção do que o eixo facilitador e avaliador. Alguns o adotaram sem comentários, eu suponho porque fez sentido para eles e porque parece fácil usá-lo⁸⁶. Outros o ignoraram⁸⁷. Eu não tenho conhecimento de qualquer crítica escrita. Existem, todavia, vários problemas com este eixo ou com o modo pelo qual ele tem sido usado. Os primeiros resultados da estrutura: o eixo de delimitação de problema parece obscurecer as relações dinâmicas entre diferentes enfoques de problema, as abordagens e estratégias do mediador, e os desejos e atuações das partes ou de seus advogados. Como eu o apresentei, este eixo se refere principalmente à tendência do mediador em estar aberto a uma ampla conceitualização ou investigação profunda do problema e em ajudar as partes em direção a uma abertura semelhante, caso estejam dispostas. Na realidade, um enfoque amplo normalmente inclui o restrito. Além disso, a atenção a questões mais restritas pode possibilitar um enfoque mais amplo. Pode ser essencial, por exemplo, solucionar um in-

⁸⁴ Riskin, *Understanding*, nota 4 supra, em 18-23.

⁸⁵ Ver figura 3 infra.

⁸⁶ Ver, e.g., Lela Porter Love, *Mediation of Probate Matters: Leaving a Valuable Legacy*, *Pepp. Disp. Resol. J.* 255, 262 (2001); J.H. Wade, *Problem Definition*, 9 *Bond Disp. Resol. News*, Maio de 2001, p.9.

⁸⁷ Ver, e.g., Birke, nota supra 5 passim; Stempel, *Real Dichotomies*, nota supra 5 passim; Stempel, *Inevitability*, nota supra 5 passim; Jean R. Sternlight, *Lawyers, Representation of Clients in Mediation: Using Economics and Psychology to Structure Advocacy in a Nonadversarial Setting*, 14 *Ohio St. J. em Disp. Resol.* 269 passim (1999).

teresse restrito, como o valor da indenização, antes da apreciação de um interesse “mais amplo”, como a relação das partes - ou vice-versa. Deste modo, muitos mediadores que começam com uma abordagem ampla “retrocederão” para uma abordagem restrita se as partes assim desejarem. Os mediadores que estão abertos a um enfoque amplo tendem a mover-se ao redor desse eixo, enquanto mediadores que não estão abertos a tal perspectiva tendem a permanecer na extremidade restrita. É fácil para os usuários do gráfico ignorar estas relações dinâmicas porque o gráfico, por buscar descrever orientações ou abordagens, não reconhece uma dimensão temporal.

II.B.2.b.i. O eixo “Delimitação do Problema” pode não ser apropriado para descrever algumas metas e abordagens da mediação

Quando eu desenvolvi o sistema gráfico, eu acreditei que o eixo de delimitação do problema restrito e amplo seria útil para descrever as metas ou enfoques de virtualmente qualquer mediação. Mas alguns críticos e praticantes aparentemente discordaram; eles podem ter ignorado o eixo de delimitação do problema - ou o sistema gráfico - em parte porque eles pensaram que não transmitiam ou não poderiam transmitir idéias sobre metas ou processos da mediação que eles quiseram enfatizar. Por exemplo, a meta principal da mediação “transformativa”, como descrita por Bush e Folger, é o auto-aperfeiçoamento das partes por meio de “empoderamento e reconhecimento”⁸⁸, praticantes da mediação transformativa abordam ambos processo e conteúdo de forma provocadora⁸⁹. Eu rotularia esta abordagem de facilitadora (provocadora, na nova terminologia que eu recomendo abaixo) e ampla⁹⁰. Em meu modo de pensar, a meta, ou “problema”, torna-se o auto-aperfeiçoamento das próprias partes. Os professores Bush e Folger, todavia, contrastam mediação transformadora com que eles chamam “mediação solucionadora de problema”⁹¹, em que eles querem dizer mediação com intenção de chegar-se a um acordo⁹².

88 Bush & Folger, nota supra 5, p.3.

89 Ver Joseph P. Folger & Robert. A. Baruch Bush, *Transformative Mediation and Third-Party Intervention: Ten Hallmarks of a Transformative Approach to Practice*, 13 *Med. Q.* 263 *passim* (1996). Contudo, ver Carrie Menkel-Meadow, *The Many Ways of Mediation: The Transformation of Traditions, Ideologies, Paradigms, and Practices*, 11 *Negotiation J.* 217, 238 (1995) (argumentando que a abordagem de Bush e Folger propunha haver mediadores “orquestrando” a comunicação).

90 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.20,33. Jeffrey Stempel considera a mediação transformativa “um subconjunto da mediação facilitadora”, embora reconheça que “puristas” transformativos discordariam. Stempel, *Real Dichotomies*, nota supra 5, p.384.

91 Bush & Folger, nota supra 5, p.59-75. Isto tem instigado confusão porque aquele termo, em muita literatura sobre negociação, refere-se a abordagens baseadas nos interesses ou nas necessidades contrapondo-se a abordagens baseadas em posições ou adversariais. Ver Carrie Menkel-Meadow, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving*, 31 *UCLA L. Rev.* 754 (1984). Nos últimos anos, a resolução-de-problema obteve um significado mais amplo na educação legal. Ver Carrie Menkel-Meadow, *The Lawyer as Problem Solver and Third Party Neutral: Creativity and Non-Partisanship in Lawyering*, 72 *Temp. L. Rev.* 785 (1999).

92 Nas palavras de Lisa Bingham, “Praticantes do modelo transformativo poderiam argumentar que o gráfico de Riskin não captura o que eles fazem, porque está além do alcance da facilitação e por ser qualitativamente diferente da prática descrita no seu artigo.” Lisa B. Bingham, *Why Suppose? Let’s Find Out: A Public Policy Research Program on Dispute Resolution*, 2002 *J. Disp. Resol.* 101, 118.

Talvez a perspectiva de John Lande possa resolver este problema. Ele pensa no “empoderamento e no acordo como objetivos da mediação, enquanto facilitação e avaliação são técnicas usadas pelos mediadores”. Lande, nota supra 5, p.323.

E em “mediação narrativa”, desenvolvida por John Winslade e Gerald Monk, o mediador ajuda a formar a perspectiva das partes na disputa provocando suas “histórias” ou noções de “significados”, ao invés de enfatizar “fatos”⁹³. Eu também considerei esta abordagem facilitadora e ampla. Winslade e Monk, todavia, assim como Bush e Folger, contrastaram mediação narrativa com abordagem “solucionadora de problema”. Eu suspeito que eles também entenderiam “delimitação do problema” desagradavelmente próximo de “solucionadora de problema”⁹⁴. Estes exemplos sugerem por que muitos do ramo preferem usar conceitos diversos dos usados pelo eixo de delimitação do problema restrito e amplo para descrever as metas e propósitos de algumas mediações.

II.B.2.b.ii. Alguns críticos têm confundido ou misturado este eixo com o eixo “Função do Mediador”

Muitos críticos não exibem interesse algum na dimensão representada por este eixo⁹⁵. Outros confundiram ou misturaram este eixo com aspectos do eixo facilitador e avaliador “função do mediador”. Eu acredito que eles supõem (1) que uma abordagem facilitadora do mediador produziria (ou daria às partes uma oportunidade de produzir) uma delimitação ampla do problema⁹⁶; ou (2) de modo inverso, que uma abordagem avaliadora do mediador produziria uma delimitação restrita do problema⁹⁷. Em outras palavras, estes críticos aparentemente crêem que um mediador com uma orientação facilitadora empregaria técnicas facilitadoras não apenas quando trabalhando em direção a solucionar questões substantivas, mas também quando fixando a delimitação de problema, e que isto levaria a uma delimitação ampla do problema ou pelo menos permitiria às partes selecionar uma delimitação ampla do problema. Semelhantemente, eles também

93 Winslade & Monk, nota supra 5, p.125-26.

94 Bárbara Ashley Phillips chama sua abordagem de “solucionadora-de-problema/transformadora”. Phillips, nota supra 5, p.73.

O eixo de delimitação do problema também não indica algumas questões identificadas por Ellen Waldman no seu sistema de classificação de mediadores – e de fixação da função do mediador – baseado em se a mediação é “gerador de normas”, “educador quanto a normas” e “promotor de normas”. Waldman, nota supra 5 *passim*.

Talvez existam outras importantes concepções sobre mediação, ou abordagens a ela, que o eixo de delimitação do problema também não capte adequadamente – pelo menos não o suficiente para satisfazer proponentes daquelas abordagens. Veja a metáfora da profundidade, por exemplo, a qual Bernard Mayer elaborou, Mayer, nota supra 64, p.115-16, e a qual assumi que seria abrangido pelo eixo de delimitação do problema restrito e amplo. Mayer focaliza três dimensões de resolução – cognitiva, comportamental e emocional – e sustenta que o neutro deveria ajudar as partes a entender e procurar a resolução do seu conflito no “nível apropriado de profundidade... profundo o bastante para indicar as reais preocupações que as pessoas têm que motivam o seu engajamento em um conflito particular, mas não tão profundo que exija deles a solução de questões fundamentais da vida que estão além de suas motivações práticas”. Id.p.115. Será que o eixo de delimitação do problema restrito e amplo conseguirá trazer o foco para esta questão ou seria melhor usar interesses “profundos-rasos”? Ao preparar o gráfico, considerei o uso de “profundo” ao invés de “largo”; um problema foi que o oposto de “profundo” é “superficial”, o qual tem uma qualidade pejorativa que queria evitar.

95 Ver nota supra 86.

96 Ver, e.g., Birke, nota supra 5, p.317 (“É a esperança do mediador facilitador que, ao encontrar interesses compartilhados e diferentes, talvez seja criado um espaço para acordo e, além disso, que os interesses conflitantes possam ser superados.”); Stempel, *Real Dichotomies*, nota supra 5, p.377; Stempel, *Inevitability*, nota supra 3, p.288-89.

97 Ver, e.g., Stempel, *Real Dichotomies*, nota supra 5, p.377; Stempel, *Inevitability*, nota supra 5, p.288-89; Zumeta, nota supra 5, p.337.

parecem supor que mediadores “avaliadores” tenderiam a impor uma delimitação restrita do problema⁹⁸.

Contudo, tais suposições são completamente injustificadas. Uma abordagem de mediação avaliadora levaria a uma delimitação restrita do problema apenas se a abordagem do mediador na delimitação do problema for avaliadora e restrita⁹⁹. Do mesmo modo, uma abordagem de mediação facilitadora levaria a (ou tornaria possível) uma delimitação ampla do problema somente se a abordagem for facilitadora e ampla¹⁰⁰.

Apesar destes problemas, eu penso que o eixo de delimitação do problema é bastante útil para chamar a atenção para a questão de qual será o enfoque ou meta de uma mediação.

II.B.3. A ausência de uma distinção entre procedimento e conteúdo

Uma das causas da confusão e da mistura descritas na Parte I.B.2.b.ii é o que agora vejo como a debilidade conceitual dominante em meus artigos sobre o gráfico antigo - seu fracasso em distinguir entre o comportamento do mediador em dois aspectos da mediação: (1) lidando com a substância da disputa (isto é, compreensão e abordagem dos interesses substantivos); e (2) decisões referentes aos procedimentos empregados na

98 Ver Bingham, nota supra 91, p.118; Deborah R. Hensler, *Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology*, 2002 *J. Disp. Resol.* 81, 98.

99 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.26-28, 29-31.

100 Ver id. p.32-33, 45. Duas autoridades notórias em mediação disseram-me que não acreditam que a orientação que descrevi como facilitadora-restrita existia na prática. Todavia, a criação do gráfico foi bastante influenciada pela minha exposição extensa em tais práticas, as quais o mediador simplesmente direciona o processo de tal modo que as partes não têm prontas oportunidades de discutir interesses subjacentes ou questões de relacionamento. Na minha visão, tais mediadores são orientadores em relação ao processo e à função do mediador e são orientadores em relação à delimitação do problema. Contudo, quando trabalhando dentro deste problema restrito – para entendê-lo ou resolvê-lo - os seus comportamentos são bastante provocadores (facilitadores, na terminologia antiga). Então, por exemplo, eles perguntariam aos advogados questões sobre os pontos fortes e fracos de seus casos e os resultados prováveis, ao invés de fazer afirmações (opiniões) sobre tais assuntos. E eles não pretenderiam direcionar as partes para uma particular solução; ao contrário, eles tentariam eliciar uma solução das partes. A meta da autodeterminação é importante para tais mediadores, mas a autodeterminação se aplica ao resultado, não ao processo. Para uma elaboração sobre essa distinção, ver Welsh, nota supra 15, p.4.

Na medida em que a noção de uma abordagem global do mediador é descritivamente útil (uma idéia a qual tenho dúvida, ver texto infra acompanhando notas 111-17), a abordagem facilitadora e restrita era bastante comum na época em que desenvolvi o sistema gráfico, especialmente em mediações envolvidas com casos de dano pessoal e nos quais o seguro é o fator prioritário. (Parece que no resultar dos anos, em mediações não-familiares conectadas ao tribunal, o uso de intervenções avaliadoras tem-se tornado quase rotina.) Ver Welsh, nota supra 34, p.805.

Meu modelo para o quadrante facilitador-restrito foi providenciado por Midwest Arbitration & Mediation, depois *Kansas City Office of U.S. Arbitration & Mediation*, o qual mediu primariamente causas de dano pessoal. Os mediadores (ou os próprios programas) eram bastante avaliadores (orientadores) sobre a delimitação do problema; o que coincidia com a delimitação do problema tipicamente empregada pelos advogados e profissionais dedicados à condução de reivindicações que usaram esse serviço: quanto dinheiro o seguro do réu pagaria ao demandante, e quando. Esses mediadores e a organização também foram orientadores sobre a função do mediador; o mediador não avaliaria – i.e., fazer predições sobre resultados no tribunal ou avaliar os pontos fracos e fortes de qualquer um dos lados ou forçar as partes para um acordo. Assim, por exemplo, os mediadores perguntariam aos advogados questões sobre os pontos fortes e fracos de seus casos e prováveis resultados, ao invés de fazer afirmações (opiniões) sobre tais assuntos. E eles não pretenderiam direcionar as partes para uma solução específica; ao invés, eles tentariam eliciar a solução das partes (facilitar, na terminologia antiga). Não posso documentar isto tendo por referência quaisquer trabalhos escritos; contudo, por volta de 1985, eu frequentei um programa avançado de mediação baseado naquele modelo, conduzido para mediadores da Midwest Arbitration & Mediation por Alan Alhadeff. (Alhadeff parou de usar o modelo há algum tempo atrás. Entrevista com Alan Alhadeff, mediador, em Seattle, Wash. (Abril 4, 2002).) Desde essa época, observei duas vezes mediações nas quais os mediadores da *U.S. Arbitration & Mediation* empregaram este modelo e discuti o modelo com eles e com outros associados da organização.

mediação. Devido à falta desta distinção, o sistema não reconheceu que a abordagem do mediador pode ser radicalmente diferente nestas esferas; por exemplo, um mediador pode ser muito orientador (avaliador na terminologia antiga) em determinar como os aspectos do processo funcionariam (e.g., se ele forneceria uma avaliação, ou se reuniões privadas com cada parte seriam incluídas) e em estabelecer uma delimitação do problema (digamos, uma delimitação restrita), mas muito provocador (facilitador na terminologia antiga) na condução do processo dentro destes parâmetros¹⁰¹. *Indenização por danos materiais*, de Barry Werth, um estudo detalhado de um caso de negligência médica, fornece um exemplo excelente de tal abordagem em descrever o trabalho de mediador David Ferguson¹⁰². Ferguson descreveu sua abordagem como “facilitadora”¹⁰³. E ao ajudar as partes a entender e trabalhar para solucionar a questão de quanto o segurador do acusado pagaria ao demandante, ele era muito facilitador (provocador na nova terminologia). Mas, aparentemente, ele era orientador ao determinar um aspecto do processo, isto é, ao decidir que ele não forneceria uma avaliação, embora parecesse que os advogados quisessem que ele fizesse isso.¹⁰⁴ Outro mediador talvez tenha sido provocador sobre qual deveria ser a função do mediador, e tentado acomodar os anseios das partes para uma avaliação - fornecendo uma avaliação ou providenciando um perito neutro para fornecê-la.

Do mesmo modo, alguns mediadores são muito orientadores ao determinar a delimitação do problema, mas provocadores ao ajudar as partes a trabalharem em direção a uma resolução. Outros podem ser provocadores na determinação do problema, mas orientadores ao ajudar as partes na solução do problema.

Meus textos de 1994 e 1996 sobre o gráfico amplamente ignoraram a tomada de decisão sobre procedimento¹⁰⁵; eles pareceram tratar a orientação do mediador como fixa, como um fato com o qual as partes simplesmente teriam que lidar, porque eu quis sublinhar o problema de comportamento rígido por parte dos mediadores¹⁰⁶. Eu não tratei de como o mediador, as partes, ou ambos fazem, podiam ou deviam fazer para decidir o enfoque do processo ou o seu funcionamento. A maioria dos demais escritores igualmente não dispensou muita atenção para este assunto¹⁰⁷. Contudo, decisões sobre o processo oferecem escolhas e oportunidades incalculáveis para o desenvolvimento - ou supressão - da

101 Kovach e Love apontaram a favor desta idéia em 1998. Ver Kovach & Love, nota supra 14, p.94 n.128 (“Um mediador pode ser ‘orientador’ em relação a decisões processuais sem ‘avaliar’ o caso”).

102 Werth, nota supra 37, p.313-25.

103 Id.p.299.

104 Estou fazendo algumas interferências aqui. Parece provável que, porque o mediador não era um advogado, ele não se sentiu capaz de prever o que aconteceria no tribunal ou de providenciar opiniões menores. Além disso, um dos advogados participou anteriormente com este mediador de uma mediação, então ele poderia ou deveria ter conhecimento da inabilidade ou indisposição do mediador em dar opiniões baseadas no que aconteceria no tribunal. E não está totalmente claro que os advogados pediram explicitamente ao mediador uma avaliação.

105 Todavia, ver Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.33 (descrevendo como mediadores facilitadores ajudam as partes a entenderem a situação uma da outra.).

106 É claro que eu esperava que o gráfico fosse ajudar partes e mediadores a negociarem sobre o funcionamento do processo e suas metas, e muitos o usaram para este propósito.

107 Exceções proeminentes incluem Golann, nota supra 5 *passim*; Kovach & Love, nota supra 15, p.94 n.128. A professora Lisa Bingham tem abordado este assunto de uma perspectiva mais estrutural, diferenciando entre o grau de autodeterminação da parte no nível do projeto do sistema e no processo de resolução de disputa em um caso individual. Ver Bingham, nota supra 92, p.103-08.

autodeterminação¹⁰⁸. E a importância da distinção entre as predisposições ou tendências do mediador quanto à substância e o processo mina a utilidade de usar tanto o gráfico antigo¹⁰⁹ quanto o seu substituto¹¹⁰ para descrever a orientação geral de um mediador frente à mediação.

II.B.4. Qualidade estática, tempo, outras dimensões possíveis e a idéia de uma orientação genérica dirigida ao mediador

Eu expliquei anteriormente que o gráfico tem uma qualidade estática, a qual também reconhecerei em 1996¹¹¹. Ao afirmar que o gráfico descreveu orientações globais do mediador, eu ignorei a dimensão temporal e a influência das partes e seus advogados, isto é, os processos dinâmicos e interativos que caracterizam muitas mediações¹¹². Devido à possibilidade da delimitação do problema e das atividades do mediador variarem de momento a momento, usar qualquer uma das construções do gráfico para descrever uma mediação ou abordagem completas do mediador é o mesmo que usar um único mapa para mostrar os limites nacionais da Europa Central durante a década de 90. Tais gráficos estáticos e bidimensionais não podem mostrar mudanças. Outro problema é que o gráfico considera apenas duas dimensões de comportamento do mediador. Contudo, ao selecionar um mediador ou durante uma mediação, pode ser que se deseje saber sobre uma variedade de características dos mediadores. Essas características poderiam incluir a intensidade ou persistência do mediador¹¹³, pertinência¹¹⁴, transparência¹¹⁵, ou até que ponto o mediador

108 Ver id. *passim*.

109 Ver figura 2 supra.

110 Ver figura 3 infra.

111 Ver Riskin, *Understanding*, nota supra 4, p.35.

112 No artigo do gráfico de 1996, escrevi:

Nesse momento, desejo simplesmente descrever – e descrever simplesmente – o sistema de categorias proposto. Por conveniência, às vezes irei escrever como se o mediador sozinho definisse o problema e selecionasse as estratégias e técnicas que irá empregar. Contudo, a questão de como o mediador e as partes podem, deveriam ou fazem para determinar o âmbito e a natureza de uma dada mediação é extremamente complexa. Conseqüentemente, planejo evitar esta questão em meu artigo e remetê-la para um trabalho subsequente.

Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.26 n.60.

Neste artigo, não estou cumprindo completamente a promessa de lidar com a questão de como os participantes deveriam fazer para tomar decisões sobre o processo de mediação: estou providenciando, contudo, um sistema que deve ajudá-los em tais decisões. Ver Parte II infra.

113 David Geronemus e Margaret Shaw têm identificado como mediadores ativamente interferem na negociação das partes. Geronemus & Shaw, nota supra 60, §35-3.

Por exemplo, se um dos lados pede ao mediador para comunicar uma oferta, a qual o mediador acredita ser improdutiva, o mediador pode responder de várias formas. Organizado do menos intervencionista para o mais intervencionista tem-se: (1) comunicar a oferta, (2) perguntar sobre como o outro lado irá reagir em relação à oferta, (3) declarar a visão do mediador sobre a reação da outra parte, e (4) recusar-se a comunicar a oferta a não ser que seja reformulada. Id.

114 David Geronemus e Margaret Shaw têm notado um outro aspecto importante da previsão temporal. Alguns mediadores – ou mediadores em alguns programas – tendem a fazer a maior parte do seu trabalho antes ou durante as sessões de mediação, enquanto outros começam mais cedo e continuam envolvidos, “até que o caso esteja definitivamente resolvido, julgado ou que as partes insistam para que o mediador vá embora”. Id.

115 Michael Moffitt, *Casting Light on the Black Box of Mediation: Should Mediators Make Their Conduct More Transparent?*, 13 *Ohio St. J. em Disp. Resol.* 1 *passim* (1997).

emprega reuniões privadas, sabe escutar, usa humor ou truques, traz um cachorro¹¹⁶, ou serve comida.

Recordando a perspicácia de George Box que prefaciou este artigo - “todos os modelos estão errados mas alguns são úteis”¹¹⁷ - deve ser óbvio a partir do precedente de que agora eu duvido da utilidade da idéia de orientações globais do mediador como uma ferramenta para descrever ou compreender um mediador específico¹¹⁸.

III. Novos gráficos e entendimentos propostos

Na Parte I, eu notei uma série de problemas ou limitações do gráfico antigo. Eu sugeri que ambas a estrutura e a terminologia do eixo da função do mediador facilitador e avaliador causaram confusão e que o eixo de delimitação do problema restrito e amplo permanece útil, apesar dele não ser capaz de descrever certos tipos de comportamentos na mediação e muitos críticos terem ignorado ou não entendido isto. Além disso, eu sugeri que faltam ao gráfico importantes pontos já que ele: deixa de distinguir entre os comportamentos do mediador em relação ao conteúdo e ao processo; tem uma qualidade estática que ignora ambos a natureza interativa da tomada de decisão na mediação e os elementos de tempo e persistência; é fundamentado na idéia de orientações globais do mediador - uma noção irreal que exclui a atenção para muitas outras questões sobre o comportamento do mediador, obscurece bastante o que fazem os mediadores e ignora a função e a influência das partes.

Nesta Parte, eu ofereço duas propostas. A primeira revisa o antigo diagrama para lidar com o problema terminológico discutido acima; neste “Novo Gráfico Antigo”, “provocador” e “orientador” substituem “facilitador” e “avaliador”. A segunda proposta substitui ambos antigo e novo gráficos de orientação do mediador com um novo sistema gráfico, uma série de gráficos que pretendem tratar a maior parte dos problemas associados com o antigo gráfico.

III.A. Revisando o gráfico: um “Novo Gráfico Antigo” de orientação do mediador usando “orientador” e “provocador”

Pelas razões mencionadas acima, creio que os termos “orientador” e “provocador” seriam mais apropriados do que “avaliador” e “facilitador” para estabelecer o eixo da função do mediador¹¹⁹. Primeiro, eles estão mais próximos da minha meta para este eixo, a qual era focalizar o impacto do comportamento do mediador na autodeterminação da par-

116 Ver Robert D. Benjamin, *Dogs as Conflict Mediators*, 19 *Mediation News*, Dez. 2000, p.10-11.

117 Box, nota supra 1, p.202.

118 Penso que a idéia tem alguma utilidade se considerarmos as orientações como “tipos ideais”, embora, em 1996, eu não pretendi usá-las desse modo. Riskin, *Understanding*, nota supra 3, p.26 n.60.

119 Ver texto supra acompanhando notas 63-68.

te¹²⁰. Segundo, o termo “orientador” é mais genérico e abstrato que “avaliador”, podendo cobrir um âmbito mais amplo de comportamentos do mediador. A Figura 3 demonstra um “novo gráfico antigo” em que os termos “orientador” e “provocador” substituem os termos “avaliador” e “facilitador”¹²¹.

Este “Novo Gráfico Antigo” de posturas do mediador pode melhor nos ajudar a entender uma gama de comportamentos do mediador ao focalizar até que ponto as possíveis condutas do mediador direcionam¹²² o processo de mediação, ou os participantes, em direção a um procedimento, perspectiva ou resultado específico, por um lado, ou, por outro lado, provoca as perspectivas e preferências das partes - e então tenta honrá-las ou acomodá-las. Deste modo, o gráfico se aproxima muito mais da natureza fundamental - e da intenção e do impacto - de vários tipos de comportamentos do mediador e, em especial, de como eles afetam a autodeterminação das partes¹²³.

Figura 3 – O “Novo Gráfico Antigo”: Posturas do mediador

	Função do Mediador ORIENTADOR		
DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA RESTRITA	ORIENTADOR RESTRITO	ORIENTADOR AMPLO	DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA AMPLA
	PROVOCADOR RESTRITO	PROVOCADOR AMPLO	
	PROVOCADOR FUNÇÃO DO MEDIADOR		

Eu não pretendo afirmar que todo comportamento provocador realça a autonomia da parte e todo comportamento orientador enfraquece-a. O comportamento do mediador orientador quase sempre prejudica a autonomia da parte a curto prazo; porém, às vezes este comportamento também pode ser essencial para promover a autonomia da parte. Por exemplo, um mediador talvez tenha que ser orientador ao estabelecer e impor certas regras básicas e ao adotar linhas particulares de questionamento a fim de proteger a habi-

120 Ver texto supra acompanhando notas 74-76.

121 Para uma discussão dos problemas com a terminologia facilitadora e avaliadora, ver texto supra acompanhando notas 62-76.

122 Ver nota supra 74.

123 Os padrões de prática e de ética dos mediadores invariavelmente enfatizam a obrigação do mediador de fomentar a autodeterminação das partes. Ver, e.g., *Model Standards of Conduct for Mediators std. I (1994)*; *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation std. I (2000)*; ver também Welsh, nota supra 15, p.33-57.

lidade de uma ou mais partes de exercer sua influência¹²⁴. Usar os termos “orientador” e “provocador” também pode nos ajudar a reconhecer que os mediadores podem conduzir (ou forçar) as partes em direção a resultados específicos através da “facilitação seletiva” – direcionando a discussão de resultados que o mediador prefere, ao mesmo tempo que não promove discussões de resultados que o mediador não prefere - sem avaliar explicitamente um resultado específico¹²⁵.

Embora eu apresente este “Novo Gráfico Antigo” de posturas do mediador, tenho reservas significativas quanto ao seu uso, já que ele retém muitas das limitações do antigo gráfico. Primeiro, a própria idéia de uma orientação global poderia implicar, para alguns, uma espécie de rigidez em um mediador, uma indisposição para reagir a certas circunstâncias¹²⁶. Deste modo, pode prejudicar a habilidade do mediador, assim como das partes e de seus advogados, em abordar situações com uma mente aberta. Em segundo lugar, como demonstrado acima em relação ao gráfico antigo, é quase impossível - e geralmente imprudente - rotular um mediador específico com uma orientação global¹²⁷. A mudança na terminologia não resolve este problema, assim como não nos ajuda a escapar dos tipos de complexidades e ambigüidades discutidas acima com relação à terminologia avaliador-facilitador¹²⁸. Por exemplo, quase todo mediador será orientador em alguns pontos e provocador em outros. E quase qualquer atuação de um mediador pode ter aspectos, intenções ou efeitos orientadores e provocadores. Deste modo, um mediador poderia direcionar as partes ao encontro de uma compreensão específica de sua situação a fim de provocar opções deles¹²⁹. De modo parecido, quando um mediador pergunta se uma parte consideraria uma futura relação de negócios com a outra, isto obviamente tem um ímpeto provocador. Mas meramente fazer a pergunta pode também ser orientador, no sentido de que o mediador direciona a atenção da parte para um assunto específico e, pelo menos naquele momento, para longe das demais questões.

124 O mediador deve ser responsável por estabelecer e manter um ambiente no qual as partes possam trabalhar em direção a resolução, e isso inevitavelmente requer que o mediador faça um direcionamento. De fato, as partes tipicamente vão querer que o mediador faça isso. Em minha própria experiência, quando pergunto às partes se deveríamos fazer isso ou aquilo, elas geralmente transferem a decisão para mim. Assim, primeiro eu provoco, e depois direciono baseado nas vontades das partes que provoqueei.

Em um sentido, um mediador não pode evitar direcionar os aspectos processuais. Virtualmente tudo que o mediador faz direciona a atenção das partes em direção a certos assuntos e, pelo menos temporariamente, para longe dos demais. A decisão sobre quem fala primeiro pode ter um efeito poderoso na determinação da “história” dominante da disputa para propósitos da mediação. Ver Sara Cobb & Janet Rifkin, *Neutrality as a Discursive Practice: The Construction and Transformation of Narratives in Community Mediation*, em 11 *Studies in Law, Politics, and Society* 69, 71-73 (Austin Sarat & Susan S. Silbey eds., 1991). Muitos mediadores tipicamente direcionam a ordem simplesmente ao pedir que um lado proceda (geralmente o lado que deu início a reivindicação). Mas outros mediadores podem provocar, ao perguntar se um dos lados prefere iniciar. Podemos notar uma distinção similar no comportamento dos mediadores com relação à ordem na qual as questões serão abordadas.

125 Ver David Greatbatch & Robert Dingwall, *Selective Facilitation: Some Preliminary Observations on a Strategy Used by Divorce Mediators*, 23 *Law & Soc’y Rev.* 613 (1989). Embora a mediadora descrita neste artigo tenha avaliado um pouco, ver, e.g., id.p.635, ela promoveu as escolhas que ela e a esposa preferiram através do direcionamento das discussões em direção àquelas escolhas e não em direção a escolhas que favoreciam o marido.

126 Devíamos reconhecer a existência de tais atitudes, mas não encorajá-las.

127 Ver texto supra acompanhando notas 111-17.

128 Ver texto supra acompanhando notas 63-76.

129 Para uma discussão mais completa desse assunto e outros relacionados, ver notas infra 144-45 e texto acompanhando.

Em outras palavras, existe uma qualidade dinâmica e complexa nas relações entre atuações diretivas e provocadoras do mediador. Elas freqüentemente andam juntas e uma atuação específica pode ter motivos e efeitos ambos orientadores e provocadores. E ainda tem mais: as atuações diretivas e provocadoras têm sementes e produtos uma da outra. Por exemplo, quando um mediador se torna muito orientador - digamos, empurrando as partes para que alcancem um acordo - se tal direção não produzir um acordo, ele talvez precise se tornar mais provocador a fim de permitir que as partes promovam sua própria “direção” na descoberta de uma solução. Em outras palavras, um comportamento demasiadamente orientador necessariamente deve ceder a um comportamento provocador¹³⁰.

Tais ações do mediador também têm uma relação dinâmica com a delimitação do problema e com as contribuições das partes. Se trabalhar dentro de um enfoque restrito não produz um acordo satisfatório, por exemplo, uma maneira de lidar com isto seria ampliar o enfoque. Em alguns casos, as partes ou os advogados viriam com comportamentos orientadores próprios, por exemplo, insistindo em atuar em papéis fortes ou definindo o problema o mais amplamente possível. Obviamente, tudo isto sugere que a relação entre o comportamento orientador do mediador e a autodeterminação é freqüentemente complexa e às vezes difícil de se averiguar.

O “Novo Gráfico Antigo” de orientação do mediador é mais útil do que o antigo em fornecer uma visão geral rápida. Contudo, assim como o gráfico antigo, assemelha-se a um mapa que mostra somente as grandes estradas e maiores cidades. Em tal mapa, informações adicionais - como cidades e estradas pequenas, rios, aeroportos, áreas de recreação, parques esportivos, topografia, e clima - poderiam informar e lembrar aos viajantes de escolhas e decisões que poderiam enriquecer suas jornadas. Pessoas envolvidas com a mediação - mediadores, consumidores, instrutores, legisladores - também poderiam se beneficiar de mapas de mediação que destacassem questões específicas. Pensando nisto, na Parte II.B eu apresento uma série de outros novos gráficos¹³¹.

130 A professora Lela Love disse que ela “percebeu que direcionamento produz resistência e que eliciação produz pedidos de direcionamento (confiança)”. E-mail de Lela Love, Professora, *Cardozo School of Law, Yeshiva University*, para Leonard L. Riskin, Professor, *University of Missouri-Columbia School of Law* (Jan.25, 2002) (em arquivo com o autor). A professora Valeie Sanchez tem explorado uma dinâmica semelhante em negociação. Ver Valerie A. Sanchez, *Back to the Future of ADR: Negotiating Justice and Human Needs*, 18 *Ohio St. J. em Disp. Resol.* 669, 685-90 (2003).

Um outro exemplo da dificuldade em rotular uma ação como diretiva ou provocadora é uma situação na qual o mediador, ao trabalhar no projeto do processo de mediação, provoca nas partes à vontade que o mediador seja orientador em relação a determinadas questões.

131 Seria possível preparar versões adicionais do “Novo Gráfico Antigo” e comentários que respondam a alguns dos problemas que descrevi acima. Contudo, qualquer gráfico baseado nas posturas do mediador tem dois problemas inerentes que limitam sua utilidade em fornecer um entendimento mais refinado de mediação do que é apropriado no atual ambiente mais sofisticado da mediação. Primeiramente, o foco no mediador tende a negligenciar o papel das partes e dos advogados e do relacionamento complexo entre o que eles querem e fazem e o que o mediador quer e faz. Em segundo lugar, como elaborei acima, o enfoque na orientação do mediador obscurece o que o mediador realmente faz.

III.B. Substituindo os gráficos de orientação do mediador: o sistema do “Novo Gráfico Novo”¹³²

Eu pretendi com o Sistema do “Novo Gráfico Novo” facilitar a boa tomada de decisão em mediação, trazendo atenção para dois pontos: um enorme conjunto de decisões potenciais em e sobre uma mediação e até que ponto vários participantes poderiam afetar estas decisões. O sistema funciona por meio de uma série de gráficos que - em lugar de focalizar exclusivamente o mediador, como fizeram os diagramas antigos - dão atenção igual a todos os participantes, o que de modo geral significa o mediador, as partes e os advogados. Além disso, os gráficos nos permitem considerar a precisão temporal e a natureza potencialmente dinâmica da tomada de decisão.

O sistema centraliza a idéia de “influência” dos participantes em relação a questões específicas. Ele fornece um método para considerar a influência que os participantes aspiram exercer, realmente exercem e esperam que os outros exerçam em relação a qualquer uma das várias decisões. Isto é possível porque o sistema divide a tomada de decisão em mediação em três categorias: substantiva, processual e meta-processual.

III.B.1. Tipos de tomada de decisão

A tomada de decisão substantiva inclui tentar entender questões substantivas, como o que causou a disputa, e tentar fazer acordos com o fim de solucioná-la. Também inclui estabelecer a delimitação do problema, isto é, o assunto da mediação¹³³.

132 Chamo isto de Sistema do “Novo Gráfico Novo” para distingui-lo do Sistema do “Novo Gráfico” apresentado em dois recentes e breves artigos. Ver Riskin, *Retiring and Replacing*, nota supra 3; Riskin, *Who Decides What?*, nota supra 3, p.22. Para uma lista dos vários diagramas que tenho apresentado, ver nota 4 supra; para uma explanação da relação entre o Sistema do “Novo Gráfico” e o Sistema do “Novo Gráfico Novo”, ver nota 138 infra.

133 Uma variedade de metas e definições de problemas podem ser concebidas como apropriadas para uma dada mediação. Para uma discussão sobre definições de problema, ver Parte I.B.2. supra. O entendimento mais comum sobre as metas da mediação aparece no prefácio dos *Joint Standards*: “A mediação é um processo no qual uma terceira parte imparcial – um mediador – facilita a resolução de uma disputa ao promover acordo voluntário (ou “autodeterminação”) pelas partes em disputa”. Prefácio para o *Model Standards of Conduct for Mediators (1994)*. Os professores Robert A. Baruch Busch e Joseph Folger, todavia, têm promovido a mediação “transformadora”, na qual a meta é aperfeiçoar as partes através “empoderamento e reconhecimento”. Bush & Folger, nota supra 5, p. 139-88. Eles contrastam mediação transformadora com mediações que pretendem resolver ou determinar acordos, as quais eles chamam de “solucionadora de problema”. Os *California Standards* reconhecem o valor independente da meta de desenvolver o entendimento. Eles definem mediação como “um processo no qual uma pessoa (ou pessoas) neutra (s) facilita (m) a comunicação e as negociações entre os disputantes para ajudá-los a alcançar um acordo mutuamente aceitável, ou um melhor entendimento dos interesses, das necessidades, dos valores e das opções de cada participante”. *Standards of Practice for California Mediators pmbi. (Cal. Disp. Resol. Council 2000)*, disponível em <http://cdrc.net/pg2.cfm#def>. Os recentes *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation* também dá à meta do desenvolvimento do entendimento igual valor à meta de alcançar um acordo: “a função primária do mediador de família é ajudar os participantes a obterem um melhor entendimento dos seus próprios interesses e necessidades, bem como dos interesses e necessidades dos outros, e facilitar um acordo entre os participantes”. *Model Standards of Practice for Family and Divorce Mediation std. I (2000)*. Uma fita de vídeo recente ilustra uma abordagem à mediação – elaborada por Gary Friedman, Jack Himmelstein e Robert Mnookin – que procura resolver o conflito através do desenvolvimento do entendimento. *Saving the Last Dance*, nota 36 supra. Bernard Mayer utilmente descreve as seguintes maiores “crenças” sobre os propósitos da resolução de conflito: alcançar um acordo, promover transformação pessoal, abordar injustiças na sociedade, desenvolver o entendimento e abordar os interesses “procedimentais, psicológicos e substantivos de todos”. Mayer, nota supra 64, p.108-15.

A tomada de decisão processual significa decidir quais procedimentos serão empregados para alcançar ou abordar as questões substantivas. Aqui há uma lista de questões processuais potenciais, que se sobrepõem até certo ponto¹³⁴.

Logística: local; tempo (datas, horários de início e término, quantidade e duração das sessões). Empregos da pré-mediação: obrigatório ou opcional; cartas sumárias, alegações, litígio ou outros documentos; deveria o seu emprego incluir: análises legais, interesses subjacentes, metas da mediação ou obstáculos no alcance destas metas? A quem será aplicada a pré-mediação: apenas ao mediador ou a todos os participantes? Comparecimento e participação: quem comparece? Funções dos advogados, clientes, peritos, outros. Procedimento durante a mediação: declarações iniciais; qual parte manifesta-se primeiro; os advogados e clientes se manifestam? Qual é o enfoque destas declarações? Reuniões privadas - se, quando, por que, e como convocá-las? Quem pode convocá-las? Devemos ou não manter sigilo das comunicações? Concluindo a mediação: quem decide? Expressando o acordo por escrito: se, quando, por que, como, e por quem; o quão formal ou legalmente vinculante deveria ser o documento; quem decide. Os procedimentos para definir o (s) problema (s) a ser (em) mediado(s) (e/ou para decidir os propósitos da mediação): até que ponto, se houver algum ponto, será o problema definido: pelas partes, por exemplo, por declarações na pré-mediação, alegações da pré-mediação, ou declarações feitas durante a mediação? Pelo mediador, por exemplo, pelas perguntas direcionadas aos outros participantes? Pelos gerentes, criadores ou patrocinadores do programa de mediação, implicitamente ou explicitamente? Por todos os participantes, por meio do diálogo? Desenvolvendo opções: acontecerá ou não? Em caso positivo, quando, como, e por quem¹³⁵? Desenvolvendo e apresentando propostas: por quem, quando, como, onde? Avaliação: o mediador irá/deveria avaliar ou providenciar a avaliação? Nesse caso, como, o que, por que e sob que condições e padrões? Chegando ao acordo: o mediador pressionará ou não as partes ou os advogados para que alcancem um determinado acordo? Um acordo geral? A função do mediador: o mediador direcionará ou provocará questões processuais e substantivas específicas? O mediador será transparente ou obscuro sobre o seu próprio comportamento?¹³⁶ O mediador fornecerá ou não comida?

A tomada de decisão meta-processual significa decidir como as decisões processuais subseqüentes serão feitas. Os participantes poderiam fazer acordos, por exemplo, sobre quem ou o que determinaria qualquer uma das várias questões processuais, como aquelas mencionadas acima¹³⁷.

Uma série de gráficos aparece abaixo. Cada gráfico lida com um tipo específico de decisão e fornece um exemplo de um conjunto de gráficos que poderíamos preparar para

134 Para uma extensa discussão de como a resolução de algumas dessas questões afetam a qualidade da tomada de decisão, ver Lande, nota supra 23, p.857-79.

135 Para uma discussão sobre os custos e benefícios da geração de opções em negociação, ver Chris Guthrie, *Panacea or Pandora's Box?: The Costs of Options in Negotiation*, 88 Iowa L. Rev. 601 (2003).

136 Ver Moffitt, nota supra 114 *passim* (discutindo o nível apropriado de transparência em mediações).

137 Ver texto supra acompanhando nota 132.

elucidar aspectos específicos da tomada de decisão em mediação. O conceito que unifica o sistema é a “influência” do participante - o grau de influência que vários participantes aspiram exercer ou realmente exercem sobre uma determinada questão. Em cada um destes gráficos, o grau de influência é representado no eixo norte-sul. O extremo norte do eixo mostra que a maior parte da influência vem do mediador; o extremo sul mostra partes e advogados exercendo a maior parte da influência¹³⁸. O eixo leste-oeste representaria uma questão específica. Deste modo, o propósito de cada diagrama nesta série é trazer atenção para a influência que cada participante exerce (ou gostaria de exercer) sobre uma determinada questão. Uma versão genérica deste gráfico aparece na Figura 4.

III.B.2. Tipos de gráficos de tomada de decisão

Aqui estão alguns exemplos de como gráficos poderiam iluminar cada um dos três tipos de tomada de decisão¹³⁹.

Figura 4 – Influência do Participante (Gráfico Genérico)

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
QUESTÃO			QUESTÃO
	INFLUÊNCIA DA (O) PARTE/ADVOGADO		

¹³⁸ Considerei o uso de “controle” ao invés de “influência”. “Controle”, todavia, parece muito forte, dado os modos sutis pelos quais os participantes afetam o processo e um ao outro, além da importância de admitir as contribuições potenciais ou reais de todos os participantes.

¹³⁹ Em meus prévios breves esforços para produzir um “novo sistema gráfico”, apresentei somente duas categorias de tomada de decisão na mediação, as quais chamei de processo de mediação e de meta-processo. Ver Riskin, *Retiring and Replacing*, nota supra 3; Riskin, *Who Decides What?*, nota supra 3. Contudo, quando tentei explicar aquele sistema gráfico proposto para audiências variadas, percebi que as duas categorias algumas vezes me confundiam – assim como confundiam pelo menos outro colega. Penso que o Sistema do “Novo Gráfico Novo” que apresento neste artigo, o qual utiliza três categorias de tomada de decisão – substantiva, processual e meta-processual – é muito mais claro conceitualmente, pelo menos isoladamente. Os dois sistemas do novo-gráfico juntos, todavia, podem gerar ainda mais confusão. Então, sugiro que todos nós esqueçamos sobre o sistema do “gráfico novo” e usemos o “sistema do novo gráfico novo”.

Aos leitores familiarizados com o sistema do novo gráfico descrito nos breves artigos, permita-me explicar a relação entre o “novo sistema gráfico” e o “sistema do novo gráfico novo”:- o que chamei de meta-processo no “novo sistema gráfico” inclui o que, no “sistema do novo gráfico novo”, chamo de tomada de decisão meta-processual e tomada de decisão processual. O que chamei de processo de mediação no “novo sistema gráfico” aparece no “sistema do novo gráfico novo” como tomada de decisão substantiva.

III.B.2.a. Gráficos de tomada de decisão substantiva

Os gráficos de tomada de decisão substantiva poderiam lidar com o estabelecimento da delimitação do problema ou com a compreensão ou solução de determinadas questões substantivas. Ao abordar cada um destes enfoques, eu proponho o uso de dois tipos de gráficos: um que lida com predisposições dos participantes, no que se refere a como aquela questão deveria ser resolvida e quem deveria contribuir para sua resolução¹⁴⁰; o outro focaliza a influência real. O primeiro gráfico representaria as convicções, atitudes ou aspirações dos participantes sobre uma determinada questão, antes da mediação ou do surgimento da questão. A Figura 5, por exemplo, demonstra as predisposições dos participantes sobre a questão substantiva de delimitação do problema e suas suposições sobre o grau de influência que exerceriam, ou gostariam de exercer sobre esta questão.

Figura 5 - Tomada de decisão substantiva: predisposição relativa à delimitação do problema

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
Delimitação do problema restrita	·M		DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA AMPLA
	·PBL		
	PAL·	PB·	
	·PA		
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO		

O ponto M mostra que o mediador está predisposto a uma delimitação de problema restrita e supõe que ele fortemente influenciaria o desenvolvimento de uma tal delimitação de problema. O ponto PA mostra que a Parte A está predisposta a uma delimitação restrita do problema e acredita (ou supõe) que exerceria muita influência em estabelecer aquela delimitação de problema. O ponto APA mostra que o advogado da Parte A estava predisposto a uma delimitação de problema ligeiramente mais ampla e supôs que sua influência, combinada com a do mediador, impulsionaria o processo nesta direção. PB mostra que a Parte B estava predisposta a uma delimitação mais ampla do problema e assumiria que as partes ou advogados exerceriam muita influência ou controle sobre o processo de chegar até aquela delimitação do problema. APB mostraria que o advogado da Parte B estava predisposto a uma delimitação tão extensa do problema da quanto estava o

¹⁴⁰ Uma predisposição difere de uma orientação, da forma como usei o termo no gráfico antigo, de duas formas. A idéia de uma orientação implica uma certa constância ou consistência em atitudes e práticas que têm um impacto amplo em uma mediação. Uma predisposição, todavia, refere-se a uma atitude que existe em um momento específico – antes da questão surgir realmente e antes dos participantes saberem as predisposições dos demais participantes; assim, está inerentemente sujeita a mudança. Além disso, uma predisposição, como usei o termo, aplica-se somente a uma questão específica.

advogado da Parte A e esperava que o mediador desempenhasse a função predominante na delimitação daquele problema¹⁴¹.

O segundo tipo de gráfico de tomada de decisão substantiva enfocaria a influência real. Por exemplo, gráficos poderiam mostrar o problema operacional – a delimitação em vários momentos durante uma mediação e as influências dos participantes em estabelecer aquela delimitação do problema, como ilustrado na Figura 6.

Figura 6 - Tomada de decisão substantiva: influência na delimitação do problema em vários momentos

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA RESTRITA	·T1		DELIMITAÇÃO DO PROBLEMA AMPLA
	·T2	·T3	
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO		

Em T1, a mediação enfoca um problema restrito e quase toda a influência para desenvolver aquele enfoque do problema veio do mediador. Em T2, a mediação tem um propósito mais amplo e, embora a influência do mediador no desenvolvimento da delimitação do problema ainda predomine, partes e advogados também exerceram alguma influência. Em T3, as partes e seus advogados influenciaram mais substancialmente o desenvolvimento de uma delimitação mais ampla do problema.

¹⁴¹ Perceba-se que este gráfico não facilita a representação das expectativas de uma parte ou um advogado em particular em relação a exatamente quem, dentre partes e advogados, exerceria influência sobre esta questão. Seria possível representar tais questões ao usarmos cores ou sombras diferentes para cada um dos participantes. Isso, claro, diminuiria a simplicidade que estou tentando manter. Além disso, o propósito deste gráfico não é representar realmente as predisposições. Ao contrário, espero que ele possa ajudar os participantes a tornarem-se mais atentos às predisposições dos outros e as suas próprias, e assim facilitar o processo de estabelecimento da delimitação do problema.

Note-se, também, que este gráfico focaliza um momento específico no tempo e não explica porque os participantes possuem predisposições específicas. Não está claro, por exemplo, até que ponto a predisposição de cada participante está relacionada com suposições sobre o que os outros querem. As atitudes dos indivíduos podem mudar uma vez que aprendam sobre as atitudes dos outros. Contudo, este tipo de gráfico deve ser útil em ajudar os participantes a focalizarem em suas próprias predisposições e nas dos demais participantes, assim como em disparidades emergentes e em permitir que discutam como e quando tentar reconciliar visões divergentes.

Alternativamente, nós poderíamos usar gráficos separados para demonstrar a delimitação do problema em vários momentos¹⁴². Usando gráficos individuais para representar momentos específicos em uma mediação e, considerando cada um como um quadro em um filme cinematográfico, seria possível obter uma idéia do desenvolvimento de uma mediação em relação a questões individuais¹⁴³.

Gráficos adicionais poderiam trazer a atenção para a compreensão e solução de determinadas questões substantivas que entram na delimitação do problema. Na Figura 7, por exemplo, o Ponto A mostra as partes ou os advogados influenciando o desenvolvimento da compreensão de determinado problema restrito, como a quantia que X pagará a Y. O Ponto B mostra o mediador influenciando a compreensão de um problema amplo, como o colapso das relações profissionais e pessoais entre X e Y.

Figura 7 - Tomada de decisão substantiva: influência na compreensão de problemas específicos

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
Problema		·B	PROBLEMA
RESTRITO	·A		AMPLIO
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO		

De modo similar, na Figura 8, o Ponto A mostra as partes ou os advogados influenciando fortemente a resolução de uma questão restrita e o Ponto B mostra o mediador influenciando fortemente a resolução de uma questão ampla.

142 A Figura 5 mostra um modo de representar as aspirações de cada participante em relação a uma questão individual. Contudo, a Figura 6 não apresenta um modo de identificar separadamente a influência que partes individuais e os advogados realmente exercem. (Em mediações reais, freqüentemente seria difícil ou impossível identificar tais influências). Não vejo isso como um problema em particular, porque não espero que os gráficos providenciem representações precisas da influência exercida pelos participantes individuais. Ao contrário, espero que eles facilitem uma boa tomada de decisão ao mostrarem como cada participante teoricamente poderia influenciar um amplo conjunto de decisões.

143 Sou grato ao meu colega da Universidade do Missouri Art Hinshaw por esta sugestão. Comentando um rascunho antigo deste artigo, a Professora Nancy Welsh escreveu:

Da mesma maneira que assistir a primeira cópia de um filme permite um diretor de cinema determinar o quão bem um filme está capturando o tema ou o humor desejados, uma série de gráficos que capturam decisões-chave feitas em momentos críticos de uma mediação pode e deve permitir uma avaliação de até que ponto a autodeterminação da parte é promovida pelo processo e pelo mediador.

E-mail de Nancy Welsh, Professora, *The Dickinson School of Law, Pennsylvania State University*, para Leonard L. Riskin, Professor, *University of Missouri-Columbia School of Law* (Ago. 15, 2002) (em arquivo com o autor).

Figura 8 - Tomada de decisão substantiva: influência na solução de problemas específicos

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
Questão RESTRITA		·B	Questão AMPLA
	·A		
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO		

III.B.2.b. Gráficos de tomada de decisão processual

Pretendo incluir na tomada de decisão processual escolhas sobre uma variedade de questões tomadas antes de ou, às vezes, momento-a-momento durante uma mediação¹⁴⁴. Obviamente, ao tomar-se decisões processuais como estas, influência pode advir dos mediadores, das partes e dos advogados participantes. Às vezes, criadores ou coordenadores de programa tomam tais decisões processuais. Algumas destas decisões são explícitas e cuidadosamente determinadas – fazem parte do processo de criação de (um sistema de) resolução de disputas formal¹⁴⁵.

Em algumas situações, os próprios mediadores direcionam o resultado de certas decisões do processo, seja antes da mediação, no seu início ou durante o processo; na terminologia do Sistema do “Novo Gráfico Novo”, diríamos que o mediador exerceu virtualmente toda a influência sobre tais decisões. Em outras situações, o mediador poderia provocar as perspectivas e desejos das partes e tomar uma decisão que corresponde completamente ou parcialmente a tais desejos ou perspectivas das partes. Os novos gráficos indicariam que ambos, o mediador e as partes, exerceram alguma influência sobre esta decisão. Às vezes,

144 Ver texto supra acompanhado das notas 133-35.

145 Ver Bingham, nota supra 91 *passim*; ver também Cathy Costantino & Christina Sickles Merchant, *Designing Conflict Management Systems: A Guide to Creating Productive and Healthy Organizations passim* (1996).

as partes afirmam seus desejos ainda que o mediador não “provoque”, e os novos gráficos nos permitiriam representar a influência associada com tais afirmações¹⁴⁶.

Os gráficos de tomada de decisão processual poderiam abordar qualquer uma de um amplo conjunto de questões processuais como aquelas listadas acima¹⁴⁷. A Figura 9, por exemplo, mostra a influência das partes/advogados e do mediador sobre se o mediador forneceria uma avaliação.

146 No final dos anos 70 e início dos anos 80, as autoridades comumente diziam que o mediador controla o processo e as partes controlam os resultados. Meu colega John Lande confirma minha impressão que isso faz parte da história oral do campo. Entrevista com John Lande, Professor, *University of Missouri-Columbia School of Law*, em Columbia, Mo. (Set. 23, 2003). A idéia que o mediador controla o processo nunca foi clara para mim. A maioria dos padrões formais de ética e prática não abordam esta questão diretamente. Contudo, alguns que o fazem parecem atribuir às partes alguma influência sobre decisões procedimentais. Os *Standards of Practice for California Mediators*, por exemplo, estabelecem que “enquanto a responsabilidade de condução do processo de mediação é do Mediador em consulta com as partes, a responsabilidade pela resolução da disputa é das partes.” *Standards of Practice for California Mediators §1* (Cal. Disp. Resol. Council 2000), disponível em <http://cdrc.net/pg2.cfm#def>. Mas eles não delineiam claramente a responsabilidade pelo projeto do processo ou pela tomada de decisões processuais durante a mediação. Os *Virginia Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators* prevêm que, ao iniciar um processo de mediação:

1.c. O mediador deve também descrever seu estilo e sua abordagem de mediação. Deve ser dada às partes oportunidade para expressarem suas expectativas em relação à condução do processo de mediação. As partes e o mediador devem incluir no acordo a ser mediado uma declaração geral em relação ao estilo do mediador e a abordagem da mediação que as partes acordaram.

...

2.c. O mediador deve alcançar um entendimento com os participantes em relação aos procedimentos que possam ser usados na mediação. Isso inclui, mas não está limitado a, a prática de reuniões separadas entre o mediador e participantes, o envolvimento de pessoas interessadas adicionais, o efeito processual da participação no processo de mediação em qualquer caso pendente no tribunal e as condições sob as quais a mediação possa ser extinta pelo mediador.

Standards of Ethics and Professional Responsibility for Certified Mediators, pt. D, §§ 1.c, 2.c. (Jud. Council of Va. 2002), disponível em <http://www.courts.state.va.us/soe/soe.htm> (2002).

As regras em Michigan para mediações associadas ao tribunal de questões domésticas proíbem os mediadores de fornecerem opiniões a não ser quando as partes especificamente as requisitem. *Mich. Ct. R. 3.216 (E) (3), 2.411 (B)*.

Na prática real, uma porção significativa de programas de mediação e mediadores tende a ser bastante orientada sobre a tomada de decisões processuais. Os programas de mediação, com frequência, simplesmente prescrevem as regras do processo. E muitos mediadores, por exemplo, simplesmente descrevem seus procedimentos usuais às partes – tanto antes do acordo de entrada em mediação como durante a primeira sessão – explicando como o processo funcionará, dominando essencialmente – embora talvez sem perceberem – ambas tomadas de decisão processual e meta-processual. Claro, muitos programas e mediadores permitem um espaço para a influência da parte, e algumas partes ou seus advogados irão exercer esta influência em questões processuais e meta-processuais independentemente do mediador ou do programa expressarem abertura para tal influência.

147 Ver texto *supra* acompanhando notas 133-35. A professora Nancy Welsh, escrevendo de uma perspectiva ligeiramente diferente, tem sugerido a existência de um conjunto de questões processuais: questões/decisões chave processuais; uso de reuniões privadas (predominante/não utilizada); participação dos disputantes (distinguindo da do seu advogado) na comunicação e negociação (predominante/nenhuma); compromisso com a solução/acordo (acordo como meta primária/acordo não relevante); questões/decisões chave substantivas; delimitação das questões (ampla/restrita ou individual/múltipla); seleção de normas a serem usadas para guiar tomadas de decisão (seleção de normas pelo mediador/seleção de normas por disputante); aplicação das normas às reivindicações dos disputantes e propostas de acordos (aplicação das normas pelo mediador/aplicação das normas pelo disputante); criação de opções de acordo (criação pelo mediador/criação pelo disputante); seleção das opções de acordo (mediador seleciona/disputante seleciona). E-mail de Nancy A. Welsh, Professora, *The Dickinson School of Law, Pennsylvania State University*, para Leonard L. Riskin, Professor, *University of Missouri-Columbia School of Law* (Set. 11, 2002) (em arquivo com o autor).

Figura 9 - Tomada de decisão processual: influência para avaliação pelo mediador

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR		
Comportamento do Mediador AVALIADOR			Comportamento do Mediador NÃO AVALIADOR
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO		

Uma outra versão deste gráfico poderia mostrar as predisposições sobre aquela questão. A Figura 10 demonstra as influências na tomada de decisão sobre o uso de reuniões privadas. O Ponto A indica uma decisão para usar reuniões privadas intensamente, a qual foi alcançada por um processo em que o mediador, as partes e seus advogados exerceriam igual influência. O ponto B indica uma decisão de não ter nenhuma reunião privada, influenciada completamente pelo mediador.

Figura 10 - Tomada de decisão processual: influência no uso de reuniões privadas

	INFLUÊNCIA DO MEDIADOR				
USO DA REUNIÃO PRIVADA	A I. II.		B* III. IV.		NENHUMA REUNIÃO PRIVADA
	Intenso	Semi-intenso	Moderado	Leve	
	INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO				

III.B.2.c. Gráficos de tomada de decisão meta-processual

A tomada de decisão meta-processual refere-se à escolha de como decisões processuais subseqüentes serão feitas. Um ponto importante na tomada de decisão meta-processual é o grau de influência que os vários participantes terão sobre questões processuais específicas ou sobre questões processuais em geral. Na Figura 11, o eixo leste-oeste mostra a influência do participante sobre escolhas processuais, indicando no extremo oeste a influência da parte/advogado e no extremo leste a influência do mediador. O eixo norte-sul mostra a influência do participante sobre a decisão meta-processual do grau de influência que teria os participantes sobre as decisões processuais subseqüentes.

O Ponto A mostra que as partes/advogados exerceriam mais influência durante a tomada de decisão meta-processual e que isto produziu a decisão de que o mediador subsequente exerceria a maior parte da influência sobre questões processuais. O Ponto B mostra o mediador exercendo quase toda a influência na tomada de decisão meta-processual, o que determinou que as partes ou advogados exerceriam a maior parte da influência sobre escolhas processuais subsequentes. O Ponto C mostra que na tomada de decisão meta-processual, o mediador exerceu uma influência ligeiramente maior do que as partes/advogados e que isto produziu um acordo de que partes ou advogados e mediador teriam igual influência na decisão de questões processuais subsequentes. E, finalmente, o Ponto D mostra que um meta-processo dominado pelas partes/advogados também produziu o resultado de que partes/advogados e mediador teriam igual influência quando das escolhas processuais.

Figura 11 - Tomada de decisão meta-processual: decidindo quem influencia decisões processuais

		INFLUÊNCIA DO MEDIADOR no Meta-Processo			
INFLUÊNCIA DA (O) PARTE/ ADVOGADO nas Escolhas Processuais		B		INFLUÊNCIA DO MEDIA- DOR nas Escolhas Proces- suais	
		C			
		D	A		
		INFLUÊNCIA DA(O) PARTE/ADVOGADO no Meta-Processo			

Gráficos meta-processuais semelhantes poderiam lidar com até que ponto vários participantes influenciariam decisões sobre questões processuais individuais, como o uso de reuniões privadas, alegações das partes, opiniões do mediador, o local da mediação ou os graus de influência que os participantes exerceriam sobre quando escolhas processuais fossem feitas.

III.B.3. O Sistema do “Novo Gráfico Novo” em perspectiva

Os gráficos que anunciei são apenas exemplos. O sistema permitiria o desenvolvimento de outros gráficos para propósitos especializados. Deste modo, alguns podem achá-lo útil para produzir gráficos de delimitação do problema que focalize na profundidade do problema, ao invés da extensão¹⁴⁸; que focalize em até que ponto a mediação daria foco às

¹⁴⁸ Ver Mayer, nota supra 64, p.115.

várias dimensões do conflito, tais como cognitiva, emocional e comportamental¹⁴⁹; e em até que ponto o processo focalizaria a resolução ou solução da disputa¹⁵⁰ ou transformação das partes¹⁵¹. Outros gráficos de tomada de decisões processuais poderiam tratar da questão de como e quando (ao invés de *se*) o mediador avaliaria, ou sobre questões relativas às regras sob as quais as reuniões privadas seriam conduzidas.

Uma série de gráficos com focalização específica, como estes, poderia ajudar a fomentar um maior grau de consciência - entre mediadores, partes, advogados, criadores de programas de mediação, coordenadores e avaliadores - das várias questões possíveis a serem decididas e dos vários graus de contribuição dos participantes na compreensão ou solução de tais questões. Esta consciência sustentaria uma tomada de decisão mais ativa e sofisticada em e sobre mediação. Tais gráficos também poderiam ser úteis para avaliar e estudar as mediações completas ou refletir sobre elas.

O novo sistema gráfico divide a tomada de decisão em mediação em três categorias - substantiva, processual, e meta-processual - porque penso ser esta divisão útil e penso que outros também a acharão útil. Em outras palavras, este sistema é baseado em uma série de construções e de modo algum representa uma verdade sobre como o processo de mediação funciona ou deveria funcionar. E em algumas mediações, será difícil ou impossível identificar perspectivas reais ou eventos reais que correspondam a algumas das construções do sistema. Vejamos a tomada de decisão meta-processual, por exemplo. A tomada de decisão meta-processual formal aparece em uma série de mediações, especialmente aquelas envolvendo várias partes e questões de interesse público¹⁵². Mas em muitas mediações não há nenhuma tomada de decisão meta-processual explícita, isto é, nenhuma tomada de decisão formal sobre como tomar decisões processuais. É comum, por exemplo, para o mediador ou uma organização que patrocine ou administre um programa de mediação simplesmente anunciar certas decisões processuais - isto é, exercer toda a influência. Deste modo, por exemplo, quando o Serviço Postal dos Estados Unidos lançou o programa REDRESS, sob o qual milhares de disputas trabalhistas têm sido desde então mediadas, os oficiais responsáveis decidiram que as mediações seguiriam uma “abordagem facilitadora”. Depois de aproximadamente um ano, eles ampliaram o programa e determinaram que as mediações seguiriam a abordagem “transformativa” de Bush e Folger¹⁵³.

149 Ver id.p.42-46, 98-115.

150 Muitos críticos têm distinguido acordo de resolução. Ver J. Michael Keating, Jr. & Margaret L. Shaw, “*Compared to What?*”: *Defining Terms in Court-Related ADR Programs*, 6 *Negot. J.* 217 (1990) (sugerindo que “acordo” tipifica conferências judicialmente estabelecidas, mas que “colaboração” ou “resolução” deviam ser o objetivo da mediação).

151 Ver texto *supra* acompanhando nota 140.

152 Entrevista com Hansjorg Schwarz, Mediador, em Berlim, FR.G. (Ago. 5, 2003) (discutindo a expansão do aeroporto de Vienna, Austria).

153 Bingham, nota *supra* 91, p.113; ver também Lisa B. Bingham, *Mediating Employment Disputes: Perceptions of REDRESS at the United States Postal Service*, 17 *Rev. Pub. Pers. Admin.* 20 (1997) (descrevendo o programa de mediação implementado pelo Serviço Postal e analisando seu sucesso baseado em pesquisas com participantes do processo). Eu não sei o quanto estas decisões foram influenciadas pelos funcionários do Serviço Postal que eram responsáveis pelo programa REDRESS.

A decisão pelo emprego da abordagem transformativa de mediação pode ser uma escolha ambas processual e substantiva. No modelo transformativo, o mediador busca direção das partes (na minha visão, através de meios provocativos); mas a abordagem transformativa também tem a “solução do problema” como pano de fundo, enfatizando a meta de aperfeiçoamento das partes. Ver Folger & Bush, nota *supra* 88, *passim*.

Por outro lado, às vezes criadores, patrocinadores ou gerentes de programa tomam decisões importantes inconscientemente, implicitamente ou indiretamente. Por exemplo, a maioria dos programas de mediação de crédito rural financiados pelo Departamento de Agricultura dos Estados Unidos na década de 1980 resultou em mediações que eram muito restritas e sumárias¹⁵⁴. Isto aconteceu principalmente porque a maioria dos programas estatais destinou muito pouca verba aos mediadores. Como resultado, os únicos mediadores que “teriam condições” de fazer ofertas baixas o suficiente para ganhar contratos para mediar eram aqueles propensos a conduzir mediações sumárias, os quais acreditavam que estas mediações exigiam uma delimitação restrita do problema¹⁵⁵.

De modo similar, freqüentemente será impossível conhecer as predisposições reais dos participantes individuais sobre questões específicas; os próprios participantes podem não ter tais predisposições ou não estarem cientes delas. Igualmente, freqüentemente seremos incapazes de saber até que ponto os participantes individuais realmente influenciam na compreensão ou resolução de questões específicas. E ainda que pudéssemos aprender sobre influências reais exercidas por partes ou advogados individuais, os gráficos não são tão apropriados para exibi-las e nem são apropriados para demonstrá-las¹⁵⁶.

Não penso que quaisquer destas limitações reduzam a utilidade do Sistema do “Novo Gráfico Novo”. Seu propósito principal é elucidar o que poderia acontecer ou aconteceu em uma mediação e então facilitar - tornar mais provável - uma tomada de decisão sábia. Em outras palavras, o sistema chama a atenção para o que é e o que poderia ser, a fim de facilitar a tomada de decisão sobre o que deveria ser. Deste modo, por exemplo, o sistema de diagrama assinala que, implicitamente ou explicitamente, decisões processuais e meta-processuais são tomadas e que é possível fazer tais processos acessíveis e permitirem a todos os participantes exercer influência nele. E isto promove a consciência da possibilidade - ou probabilidade - de diferentes perspectivas entre os participantes, até mesmo entre clientes e seus advogados.

154 Ver Leonard L. Riskin, *Two Concepts of Mediation in the FmHA's Farmer-Lender Mediation Program*, 45 *Admin. L. Rev.* 21, 27-30 (1993).

155 Id. Os programas de Iowa e Minnesota foram grandes exceções. Os coordenadores desses programas tiveram visões mais amplas de mediação – e mais capital e outros recursos – do que outros programas estaduais. Id. Em alguns outros programas de alto-volume, uma abordagem restrita pode ser desenvolvida devido a restrições no tempo ou devido ao estado de espírito dos mediadores e partes ou seus advogados.

156 Embora os gráficos de predisposição sirvam para apresentar as atitudes de cada participante separadamente, os gráficos de influência não permitem um modo simples para distinguir a influência de cada parte e de cada advogado. Em uma mediação real, todavia, cada parte e cada advogado podem influenciar, ou tentar influenciar, a determinação de qualquer questão em diferentes direções. Por exemplo, na primeira mediação retratada por Barry Werth, os demandantes queriam uma delimitação ampla do problema que lhes proporcionaria algum reconhecimento pelo quanto tinham sofrido e quão bem tinham lidado com isso, além de fornecer a eles algum entendimento do que realmente causou o dano a sua criança. Ver Werth, nota supra 37, p.310-25. Por outro lado, seus advogados pareciam querer uma delimitação do problema restrita, limitada principalmente ao que aconteceria no tribunal. Id. Este desejo, indubitavelmente, foi baseado, em parte pelo menos, na suposição de que isto era o melhor para o cliente. Id. Também parece claro que todos os outros participantes – o mediador, os demandados e seus seguradores e advogados – compartilharam a perspectiva dos advogados dos demandantes. Id.

Nancy Welsh descreveu a tendência entre advogados de dominarem processos de mediação e guiarem seus clientes em direção a definições de problemas restritas e de base financeira. Welsh, nota supra 34, p.841, 855. Para discussão adicional sobre divergências entre perspectivas de advogados e clientes, ver Robert H. Mnookin et al., *Beyond Winning: Negotiating to Create Value in Deals and Disputes* 69-91 (2000) (descrevendo as tensões dos principais agentes na negociação); e Leonard L. Riskin, *Represented Client in Settlement Conference: The Lessons of G. Heileman Brewing Co. v. Joseph Out Corp.*, 69 *Wash. U. L. Q.* 1059, 1099-105 (1991) (discutindo as divergências entre as perspectivas de advogados e clientes em conferências de mediação e de acordo).

Neste artigo, eu não pretendo promover uma abordagem específica da tomada de decisão em geral ou em uma dada mediação. Acredito que freqüentemente há muito a se ganhar - em termos de autodeterminação, qualidade e resultado do processo – ao se estabelecer um processo explícito de tomada de decisão que ofereça a oportunidade para todos os, ou para a maioria dos participantes influenciar em importantes questões substantivas processuais e meta-processuais. E eu espero que este artigo encoraje tais processos realçando a consciência de opções quando da tomada de decisão. Contudo, muitas mediações nas quais falta uma tomada de decisão explícita sobre questões processuais e meta-processuais funcionam bem. Uma escolha por fazer a tomada de decisões processual e meta-processual mais aberta e inclusive envolve custos em termos de tempo, energia e despesas financeiras. Também apresenta riscos de minar a eficiência e o enfoque de uma mediação e a habilidade de um mediador para agir prontamente. Assim, solucionar a questão do acesso à tomada de decisão exige um equilíbrio delicado. Eu não busco realizar este equilíbrio, mas apenas mencioná-lo.

III.B.4. Usos e limitações do Sistema do “Novo Gráfico Novo”

O Sistema do “Novo Gráfico Novo”, apesar de muito mais refinado que seus predecessores, tem várias limitações. Primeiramente, os gráficos no novo sistema, assim como seus precursores, não são matematicamente precisos de modo algum. Segundo, como mencionado acima, freqüentemente será impossível conhecer ou representar a predisposição ou a influência de qualquer participante com qualquer grau de certeza. Em algumas situações, estas atitudes ou práticas encontrar-se-ão naquilo que o participante supõe que outros participantes queiram ou esperem e os resultados decorrerão de interações entre e no interior de influências que são muito complexas e sutis para se mapear, ainda que pudéssemos ser conscientes delas. Pense, por exemplo, sobre um mediador que tenta “sucessivamente recontextualizar” o conflito e partes que consigam ou não aceitar tal delimitação em graus variados¹⁵⁷. Também poderá acontecer de existir um enorme abismo entre a intenção do participante nestas circunstâncias e o efeito real de seu comportamento¹⁵⁸.

Eu já considerei e abandonei várias idéias - algumas sugeridas por colegas - sobre como representar a influência de participantes individuais ou a natureza dinâmica de tais influências. Estas envolveriam transparências sobrepostas, cada uma exibindo a influência de um participante específico; usando símbolos ou cores diferentes para denotar diferentes participantes; adicionando dimensões; e formas variáveis. Cada uma destas idéias tem seu mérito, mas parecem retirar do sistema a simplicidade que eu acho tão valiosa. Mais importante ainda, eu penso que as debilidades no sistema gráfico novo não prejudicam sua função primária – melhorar a compreensão, facilitar conversações claras, aperfeiçoar tomadas de decisão e chamar a atenção para as relações sutis entre nossas intenções, nossas

¹⁵⁷ Ver Mayer, nota supra 64, p.132-39.

¹⁵⁸ O gráfico pode nos ajudar a notar tais discrepâncias.

ações e os efeitos destas ações¹⁵⁹. Eu espero que o sistema do gráfico novo - os conceitos e terminologia - produza benefícios semelhantes para participantes em mediações reais, habilitando-os ter uma maior consciência momento-a-momento que levará a melhores tomadas de decisão.

IV. Conclusão

Ao usar estes novos gráficos, pode ser útil visualizar uma mediação como uma jornada empreendida por um grupo. Como o guia ou motorista da excursão e os viajantes, o mediador, as partes e seus advogados podem dividir ou compartilhar responsabilidades de tomada de decisão de muitas formas. Os gráficos são mapas para ajudar os participantes a identificar questões, entendê-las e tomar decisões sobre elas. O antigo gráfico e o gráfico revisado de posturas do mediador fornecem informações limitadas lidando principalmente com a orientação do mediador; deste modo, eles colocam o mediador na função de um guia da excursão que segue sua própria visão ou a visão do seu programa. Da mesma maneira que um panfleto poderia ajudar os viajantes a selecionar um pacote de viagem e a bagagem para tanto, os gráficos de orientação de mediador (o “Gráfico Antigo” e o “Novo Gráfico Antigo”) podem guiar participantes na escolha de um mediador e na preparação para uma mediação.

Mas os viajantes poderiam ter uma variedade de propósitos; eles poderiam querer principalmente chegar a um destino, apreciar a paisagem no caminho ou familiarizar-se um com o outro ou com si próprios. E suas vontades podem mudar durante a viagem. Eles poderiam concordar em ir à Disneylandia e contratar um motorista de ônibus ou guia para levá-los. Mas se eles encontrarem mau tempo, tráfego pesado ou um local mais atraente, como uma praia ou um museu; se eles conversarem e perceberem que nenhum deles realmente queria ir, mas cada um pensou que os outros queriam; se eles experimentarem inspirações transformativas sobre si mesmos ou outros - em quaisquer destes eventos, eles poderiam mudar de idéia sobre onde ir ou como chegar lá e acabar indo de carro ao Museu

¹⁵⁹ Tive experiências muito positivas usando estes gráficos no treinamento de mediação e quando lecionando e praticando mediação. Como ajuda para demonstrações sobre entender a mediação, por exemplo, os novos gráficos promovem observações e discussões vastamente mais nuançadas do que o gráfico antigo promovia. Também os tenho usado em conexão com exercícios de representações em mediação. Depois dos participantes lerem suas instruções confidenciais, peço para que parem e percebam suas predisposições e intenções em relação a questões específicas. Então, durante as representações, aciono um sino para parar a ação e pedir aos participantes que percebam suas intenções em relação à influência de certas questões. As discussões entre os participantes – durante e após as representações – têm me levado a valiosos pensamentos sobre as disparidades entre as predisposições dos participantes, as disparidades entre as intenções de um indivíduo e o impacto de suas ações ou a percepção de suas ações pelos outros participantes.

Usei tais atividades para aumentar o efeito em treinamentos de mediação avançada especializados baseados em ponderação, os quais co-conduzi com Ferris Buck Urbanowski em Texas, Iowa e Califórnia. Em tais programas, os participantes aprendem, por meio da prática da meditação, a prestarem uma ponderada atenção a seus pensamentos, até mesmo aos mais passageiros, assim como a sensações corporais, julgamentos e emoções. Mas os exercícios descritos acima também funcionam bem nos programas de instrução de mediação mais convencionais, nos quais os participantes não têm instrução ou prática de ponderação. Para uma avaliação de como a meditação ponderada pode contribuir para a educação em resolução de disputas e em matérias legais, ver Leonard L. Riskin, *The Contemplative Lawyer: On the Potential Benefits of Mindfulness Meditation to Law Students, Lawyers, and Their Clients*, 7 *Harv. Negot. L. Ver.* 1, 46-60 (2002). Ver em geral *The Initiative on Mindfulness in Law and Dispute Resolution*, em <http://www.law.missouri.edu/csdr/mindfulness.htm> (último acesso em out. 8, 2003); *Harvard Negotiation Insight Initiative*, em <http://www.pon.harvard.edu>. (último acesso em out. 8, 2003).

Getty. Se qualquer um destes eventos irá acontecer depende enormemente de até que ponto todos ou alguns deles possam estar cientes das mudanças e das possibilidades de escolha, e até que ponto sintam-se suficientemente flexíveis para responder de maneira criativa. Isto, por sua vez, não depende somente das predisposições, do comportamento e da abertura do motorista ou guia da excursão, mas também da assertividade e sabedoria dos viajantes.

Claramente, a mesma situação existe em mediação. Frequentemente mediadores, partes e seus advogados entram em mediações com metas e expectativas ou predisposições específicas sobre o processo de mediação. Eles podem querer resolver uma questão ou disputa específica, entender aquela questão ou disputa, entender um ao outro e eles próprios ou mudar eles próprios e um ao outro. Em uma mediação, como em uma viagem, metas ou métodos para alcançar tais metas podem mudar com a aquisição de novos conhecimentos e o surgimento de novas circunstâncias¹⁶⁰. Uma mediação, como uma viagem para Cannes, Quebec ou Kansas City, pode ser comum, satisfatória ou transformadora - ou as três coisas juntas¹⁶¹. O processo de tomada de decisão em uma mediação detém - ou pode deter - oportunidades infinitas de aprendizagem, mudança de metas e procedimentos e mudança de métodos para alcançar objetivos. O resultado depende, em parte, das intenções, da consciência e da flexibilidade de todos os participantes. Eu espero que este Sistema do “Novo Gráfico Novo” ajude pessoas conectadas com mediação a notarem a ampla gama de questões importantes e a decidirem sabiamente sobre essas questões.

Contudo meu entusiasmo é abrandado por reservas, além daquelas que notei acima. A maior virtude do gráfico antigo, sua simplicidade, também é seu maior vício. O sistema original - baseado em apenas uma imagem estática da orientação do mediador - fomentou um diálogo valioso e um útil debate, mas também obscureceu nossa visão de muitas questões importantes e pode ter iniciado uma polarização improdutiva na literatura acadêmica. O Sistema do “Novo Gráfico Novo” é muito mais complexo. Eu espero que esta complexidade produza mais inspiração que confusão.

¹⁶⁰ Concordo com muito da afirmação de Eric Galton:

O empoderamento em seu mais verdadeiro sentido é o mediador ajustar o processo ao que as pessoas em uma específica disputa querem como resultado e ao que esperam como resultado. Elas podem esperar por uma conciliação. Elas podem esperar apenas por um acordo econômico. Elas podem simplesmente querer compreensão e reconhecimento. Elas podem apenas querer ser ouvidas. A imposição de uma única fórmula de mediação oblitera suas flexibilidade e diversidade essenciais e pode até impor um processo que as pessoas não queriam. No final, a questão é sobre pessoas, não mediadores. Eric Galton, *The Preventable Death of Mediation*, *Disp. Resol. Mag., Verão de 2002*, p.23, 25. Mas me preocupo sobre se esta declaração dá atenção suficiente à função do mediador em ajudar as partes a determinarem o que elas querem da mediação.

¹⁶¹ Lembrei do poema de Shel Silverstein, *Magic Carpet* (Tapete Mágico):

*You have a magic carpet That will whiz you through the air
To Spain or Maine or Africa
If you just tell it where.
So will you let it take you
Where you've never been before,
Or will you buy some drapes to match
And use it
On your
Floor?*

Shel Silverstein, *Magic Carpet*, in *A Light in the Attic* 106 (1981).

PARA A VERIFICAÇÃO DA EFICÁCIA DE UMA MEDIAÇÃO TRANSFORMADORA

*Artur Coimbra de Oliveira*¹

Sumário: I. Introdução. II. Instrumentos que proporcionam um juízo sobre a eficácia da mediação transformadora. III. Questões aplicáveis. IV. Conclusão. V. Bibliografia.

I. Introdução

A mediação transformadora é uma espécie de mediação teoricamente elaborada por Robert Baruch Bush e Joseph Folger, dois pesquisadores de universidades americanas, que buscaram encontrar uma alternativa ao que chamam de mediação orientada para acordos. A mediação orientada para acordos traz em si um papel do mediador que procura direcionar as partes a um acordo formal sobre a disputa.

Bush e Folger, portanto, enxergam a mediação, hoje, como possuindo basicamente dois gêneros: a mediação orientada para acordos (*settlement-oriented mediation*) e a mediação transformadora (*transformative mediation*). O primeiro gênero é o mais tradicional, sendo o bojo no qual nasceu a própria mediação. Ainda se distinguem duas espécies dentro desse gênero: a mediação facilitadora e a mediação avaliadora. Grosso modo, nesta, o mediador, na sua atuação, propõe possíveis soluções ao caso, buscando esclarecer o conflito e fornecer idéias de acordo para as partes, ao passo que, naquela, o mediador apenas facilita a comunicação entre as partes, não dando qualquer tipo de opinião em relação ao conflito ou a como deve ele ser resolvido.

A proposta de uma perspectiva transformadora para a mediação é a de se evitar que a busca por um acordo ofusque ou deixe para segundo plano uma intenção ainda anterior a essa: a transformação do conflito de uma espiral negativa em um processo cooperativo de empoderamento² (*empowerment*) e reconhecimento mútuo³ (*recognition*). Dessa

1 Integrante do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. O autor agradece ao Professor André Gomma de Azevedo pela orientação e aos demais integrantes do GT Arbitragem pelo apoio acadêmico.

2 Empoderamento é o salto das partes no sentido de adquirir maior clareza em relação ao problema e, assim, maior capacidade de decidir autonomamente.

3 Reconhecimento, no âmbito da mediação transformadora, é o salto de compreensão de uma parte em relação ao ponto de vista da outra, em que a primeira também reconhece como legítima a visão da segunda referente ao conflito.

forma, a mediação transformadora não tem por escopo direto ajudar as partes a chegarem a uma solução consensual ao seu conflito, mas, antes, busca trabalhar com as partes para que estas mudem a qualidade do conflito.

Há, assim, algumas diferenças marcantes entre a prática orientada para acordos e a prática transformadora. Além da já citada, pode-se ainda verificar a rigidez do processo. A mediação transformadora visa a um maior grau de autonomia das partes possível. Apesar de ser mais flexível do que o processo judicial, o processo no âmbito da mediação orientada para acordos tem um rito pré-construído, o que não ocorre com a mediação transformadora, em que as próprias partes constroem, desde o início, o processo em si.⁴

Outro ponto que merece destaque é que, ainda segundo Bush e Folger⁵, a mediação orientada para acordos tem uma crença subjacente em que o conflito deve ser controlado porque seus resultados podem ser danosos, ao passo que a mediação transformadora crê haver uma capacidade inerente a todos os seres humanos de se fortalecer e de se ligar um ao outro, tornando dispensável o controle externo ao conflito.

Isso, por sua vez, leva a uma concepção comunicacional do mediador distinta da observada na prática orientada para a consecução de um acordo formal. Enquanto que, na mediação orientada para acordos, tende-se a ter uma idéia de que o mediador é um esclarecedor e transmissor de mensagens de uma parte à outra, na mediação transformadora o mediador tende a ser visto como parte integrante desse sistema de comunicação entre as partes, dotado de ação e capaz de impulsionar a compreensão que as partes têm de si mesma, do outro e do conflito.⁶

Observa-se, assim, que a mediação transformadora possui não somente uma estrutura, mas também uma ideologia subjacente à prática distinta da mediação orientada para acordos. Por essa clareza ideológica e pela maior liberdade dada às partes, a mediação transformadora tem, nos últimos anos, conquistado cada vez mais adeptos. O propósito deste artigo é fornecer um meio para se averiguar a eficácia de uma mediação transformadora a partir das habilidades básicas (*basic skills*) que um mediador transformador eficiente deve ter, com vista a contemplar os fins últimos desse tipo de prática.

4 “Separar mérito e processo é, na prática, impossível. A distinção entre mérito e processo não é como a relação entre preparar a mesa e preparar a comida. É mais próxima da relação entre como a comida é preparada e como é o seu gosto no final. As escolhas sobre fritar, cozinhar ou usar o micro-ondas têm um impacto direto no aspecto e no gosto da comida. De forma análoga, processo e mérito são interligados – as escolhas feitas sobre o processo têm uma influência direta e inevitável na forma como o conflito se desenrola”. (FOLGER, J. P. et al. *Working Through Conflict: Strategies for Relationships, Groups and Organizations*. 4. ed. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 2001, p. 57. Tradução livre do original).

5 BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. rev. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 237-ss.

6 A respeito dos modelos de *transmissão* e de *construcionismo social* na mediação, cf. SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: Considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, D. Fried & LITTLEJOHN, S. (Eds.), *Novos Paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, 1999.

II. Instrumentos que proporcionam um juízo sobre a eficácia da mediação transformadora

“O sucesso na mediação transformadora é medido pelo *fator delta*, a ocorrência de saltos e mudanças na compreensão que as partes têm de si mesmas e do outro e, em consequência, na qualidade de sua interação”.⁷ São esses os pontos a serem buscados por um mediador transformador e, portanto, são esses os fatores a serem avaliados na averiguação de eficiência de uma mediação transformadora. Para isso, todavia, não há potenciômetro.

Há notadamente duas formas de se avaliar um mediador pela sua prática, dependendo da perspectiva que se adota: a visão das partes envolvidas ou a visão de uma equipe tecnicamente qualificada. Nesta, o mediador é avaliado diretamente, tomando-se por base suas ações e estratégias, por uma equipe de mediadores ou técnicos em mediação que analisa uma sessão conduzida pelo respectivo profissional avaliado. Dorothy Della Noce, James Antes e Judith Saul fazem um estudo profundo sobre esse procedimento de avaliação.⁸

Este artigo, contudo, não trata dessa forma de avaliação, mas sim da primeira: a avaliação feita pelas partes do processo de mediação. Nesta avaliação, submete-se um questionário objetivo aos participantes da sessão de mediação para que, por meio de perguntas estrategicamente elaboradas, obtenha-se a avaliação indireta do desempenho do mediador na sessão. Pela frequência da realização dessa avaliação, pode-se considerá-la o método mais importante para a manutenção da qualidade de um programa de mediação transformadora.

A concentração deste artigo na mediação transformadora, passando ao largo de outros tipos de mediação, não é ocasional. Já se demonstrou – tanto empírica quanto teoricamente – que as avaliações multímodas expressam uma falsa imagem da atuação do mediador. Isso ocorre porque existem habilidades específicas de um mediador facilitador, por exemplo, que refletem, sob a perspectiva de uma prática transformadora, uma má atuação, e vice-versa. Assim, não há como um mesmo instrumento avaliar eficientemente a mediação orientada para acordos e a mediação transformadora.⁹

Frisa-se aqui também o fato de as partes serem as responsáveis por essa avaliação da atuação. Na verdade, as respostas aos quesitos (isto é, a análise efetiva da mediação que ocorreu) são dadas por elas, mas os resultados são comparados com expectativas de eficiência/não-eficiência pré-estabelecidas por profissionais e técnicos na área. Mas por que as partes, que não têm formação técnica no assunto, são responsáveis por isso?

7 BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 75. Tradução livre do original.

8 Cf. DELLA NOCE, Dorothy J., ANTES, James R. e SAUL, Judith A. Assuring Mediator Quality: Identifying Practice Competence in Transformative Mediators: An Interactive Rating Scale Assessment Model. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 19, 2004. p. 1005-ss.

9 Cf. BUSH, Robert A. Baruch. Um modelo não serve para todos: uma abordagem plural ao teste do desempenho e à garantia da qualidade do mediador. 2004. Neste volume.

Em primeiro lugar, é às expectativas das partes que a mediação deve corresponder. Tem de haver um paralelismo entre as expectativas que elas trazem para a mediação e a forma como esta se desenrola. Como a mediação transformadora não trabalha propriamente com alcance de resultados, mas com o conflito em si, psico-socialmente estabelecido, apenas as partes podem dizer de forma confiável se houve alteração na qualidade do conflito. Quando se trabalha a avaliação da mediação com base no resultado, este é um aspecto externo que pode ser mensurado não somente pelas partes, mas por qualquer pessoa tecnicamente preparada para fazê-lo que acompanhe o desenrolar de um conflito em uma sessão de mediação.

Outro ponto importante, ao qual só as partes podem atender, é a avaliação do grau de controle que elas possuem do processo. Das formas de mediação que existem, a mediação transformadora é a que concede maior controle do processo às partes, não havendo ritos pré-estabelecidos a serem seguidos e com os diálogos se desenvolvendo naturalmente. No entanto, apesar de a forma ser observável, o que se tem de analisar é se as partes sentiram-se ou não as condutoras do processo.

Essa questão de se estar no controle do processo implica o caráter de justiça que será atribuído a ele. Se as partes possuem uma boa participação no procedimento, isso dá legitimidade a ele, pois as partes passam a ter voz e são responsáveis pelo resultado, ficando-lhes mais patente que o melhor possível foi feito.¹⁰

Evidentemente, os acordos são importantes para as partes. A mediação transformadora não os ignora. No entanto, a preocupação com a transformação do conflito é uma medida para garantir a legitimidade do resultado, visto que as próprias partes buscarão o acordo se quiserem/puderem, isto é, se o conflito estiver construído de uma forma tal que permita isso. Se não for o caso, não há problema em não existir um acordo que solucione o caso; há, sim, problema em se alcançar um resultado com que uma das partes, ou ambas, não estejam satisfeitas.¹¹

A partir desses traços básicos de uma mediação transformadora e da importância que as partes têm na avaliação da atuação do mediador, a proposta é elaborar tipos de perguntas a constarem no questionário das partes, que deve ser respondido após a realização

10 “Pesquisadores mais antigos da área processual, notadamente John Thibaut e Laurens Walker, sustentavam que as partes valorizavam o controle sobre o processo principalmente porque isso lhes permitia alcançar resultados substanciais.

(...)

Pesquisadores mais recentes no âmbito processual e procedimental, como E. Allan Lind e Tom Lyer, em contraste, sustentam que o controle sobre o processo é valorizado principalmente porque dá às partes uma chance de ter uma voz e participar significativamente no processo. De acordo com essa visão intrínseca ou ‘orientada para o procedimento’ do controle processual, ‘a mera experiência de uma oportunidade para expressar-se será vista como justa – não há referência ao resultado do procedimento’.

(GUTHRIE, Chris e LEVIN, James. A “Party Satisfaction” Perspective on a Comprehensive Mediation Statute. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 13, 1998. p. 887. Tradução livre do original).

11 “(...) a qualidade de um resultado deve ser mensurado não apenas por seus termos materiais, mas também pelo processo por meio do qual foi atingido. Resultados que se atingem como frutos de saltos dados pelas partes em direção a uma maior clareza, abertura e compreensão são propensos a ter mais significado para elas do que os resultados gerados pelo direcionamento do mediador, apesar de bem-intencionado”. (BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. pp. 71-2. Tradução livre do original).

da mediação. A seguir a cada pergunta, constará uma explicação, uma fundamentação teórica, da sua importância.

III. Questões aplicáveis

Na elaboração das questões a serem submetidas às partes, não se pode perder a idéia de que estas não são tecnicamente formadas em mediação e deve-se buscar, por meio das percepções que elas tiveram do processo, a qualidade da atuação do mediador. Por meio das questões, procuram-se abranger ao máximo os chamados valores nucleares (*core values*) de uma mediação transformadora, isto é, os pontos que têm de ser contemplados para que se tenha uma atuação eficaz. Na mediação transformadora, podem-se apontar dois valores nucleares principais: a autodeterminação (que resultará no conceito de *empoderamento*) e a conexão (que equivale ao conceito de *reconhecimento mútuo*). De uma forma ou de outra, todas as perguntas fazem referências a eles.

III.I. O mediador insistiu em alcançar um acordo?

() Sim.

(x) Não.

Essa pergunta é fundamental para se verificar se uma mediação transformadora está sendo eficiente e bem aplicada. O fato de a mediação transformadora valorizar outros resultados que não o acordo pode ser considerado o principal pilar de sua atividade. É, como se pode verificar sem maiores problemas, a principal diferença em relação às mediações orientadas ao acordo.

Na mediação transformadora, durante a conversa inicial, em que o mediador se apresenta e fala a respeito da mediação em si, deixa claro que o acordo é um dos resultados possíveis, mas não o único. O caráter transformador fornece outras benesses que não necessariamente o acordo. A mediação transformadora não reduz o conflito ao problema objetivamente posto, mas vê a interação intersubjetiva como uma possibilidade de um crescimento moral e pessoal.¹²

Assim, o fato de as partes criarem em si uma visão mais clara e objetiva do problema é uma das vantagens. Também há um certo viés pedagógico, na medida em que as partes, de uma certa forma, aprendem a reconhecer o ponto de vista do outro em uma visão

12 “De acordo com essa concepção de mundo Relacional, a sociedade não é uma força que age contrariamente aos interesses individuais, mas é um meio para os relacionamentos humanos. Instituições sociais, como os programas de mediação, devem ir além do papel minimalista trazido pela concepção de mundo Individualista. Devem fomentar as relações humanas por meio de um papel apoiador e educativo que serve não apenas para ‘nos proteger do pior em cada um, mas também para nos ajudar a encontrar e ativar o que há de melhor em nós’”. (Cf. FRANZ, Patricia L. *Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program*. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 13, 1998. p. 1039-ss. Tradução livre do original).

conflituosa e sentem-se capazes, por meio dos saltos de empoderamento, de lidar por si mesmas com futuros conflitos.¹³

O objetivo do mediador transformador é dar condições para o empoderamento e o reconhecimento mútuo das partes. O acordo, se for viável, será determinado por elas e a partir das percepções que elas têm do conflito. Assim, o mediador não trabalha no nível da compreensão do conflito, buscando construir uma versão coerente, concreta e objetiva dele. O mediador, por outro lado, opera mais adequadamente no nível lingüístico, isto é, nas palavras das próprias partes.¹⁴ É com base nelas que o mediador verifica a possibilidade de saltos de empoderamento e reconhecimento.

O fato de o acordo não ser o objetivo direto do trabalho do mediador abre-lhe um caminho para usar de uma estratégia chamada *checagem*. A *checagem* é um movimento do mediador por meio do qual se verifica com a(s) parte(s) o que elas querem fazer. Quando elas parecem indecisas sobre a continuidade da mediação ou olham para o mediador esperando algum direcionamento ou aconselhamento, ele direciona uma pergunta à(s) parte(s) para que ela(s) decida(m) o que fazer: se pretende(m) continuar a mediação, se prefere(m) tentar resolver o problema por meio do processo judicial etc.

O posicionamento de Robert Bush e Joseph Folger em separar hermeticamente a mediação orientada para acordos e a mediação transformadora não é majoritária. Em verdade, boa parte dos estudiosos enxerga uma série de gradações entre um modelo puro e o outro.¹⁵

Assim, sob esta perspectiva, mais comum, os nortes transformadores – reconhecimento e empoderamento – podem ser conjugados com a tentativa de se alcançar um acordo. Bush e Folger, ao enxergarem pressupostos ideológicos diferentes para uma e outra forma de mediação, não vêem como possível essa combinação. Eles, contudo, admitem que os princípios da mediação transformadora podem ser aplicados em inúmeras ocasiões.¹⁶ Possuindo essa versatilidade, faz sentido a tentativa de se buscar a recombinação da busca por um acordo entre as partes com o empoderamento e o reconhecimento.

13 “As partes de uma mediação são afetadas de duas formas: no que concerne ao seu grau de autonomia e capacidade para autodeterminação e no que tange ao seu grau de reconhecimento do outro e à sua capacidade de considerar e respeitá-lo. E isso, *por si mesmo*, é o valor público que a mediação promove”. (BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 81. Tradução livre do original).

14 Isso explica o grande viés de estudo sobre a mediação transformadora dado no nível da lingüística, da semiótica e da teoria da comunicação. Citem-se, por oportuno, DELLA NÓCE, Dorothy J., ANTES, James R. e SAUL, Judith A. 2004; e SHAILOR, Jonathan G. 1999.

15 Isso leva a um esquema correspondente ao gráfico de Riskin. Cf. RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Tradução de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp. 63-111; RISKIN, Leonard L. Tomada de Decisão em Mediação: o Novo Gráfico Antigo e o Novo Sistema do Gráfico Novo. Neste volume.

16 Cf. nota 29 *infra*.

III. II. O diálogo correu de forma natural ou você sentiu que o mediador procurou separar momentos específicos para cada um falar?

O diálogo correu naturalmente como uma conversa.

O mediador teve um forte papel na separação de momentos para cada um falar.

O modelo de mediação transformadora sustenta a menor intervenção do mediador possível, de forma que as partes tenham ampla liberdade para se manifestarem quando e como quiserem. Assim, diferentemente do modelo de mediação orientada para acordos, em que há um procedimento já estabelecido – uma parte fala de cada vez, em seguida há sessões privadas de cada parte com o mediador e por fim as partes voltam a se reunir –, quem faz o procedimento são as próprias partes e o mediador apenas acompanha, intervindo pontualmente e quando necessário apenas.

O que se verifica comumente na mediação facilitadora ou avaliadora é que o mediador porta-se como um filtro de comunicação entre as partes em conflito. A parte, ao falar, mesmo nas sessões conjuntas, dirige-se mais ao mediador do que à outra parte. Na mediação transformadora, o mediador deve preocupar-se para que as partes olhem uma para a outra, conversando diretamente. O papel do mediador é apenas apoiar movimentos de empoderamento e reconhecimento mútuo.

Isso não significa que o mediador transformador não tenha um papel de também facilitar a comunicação entre as partes. Sim, tem-no na medida em que isso favorece um empoderamento ou possibilita o reconhecimento entre elas. No entanto, a maneira pela qual o mediador realiza esses esclarecimentos é muito mais pontual, ocorrendo somente se o conflito comportar esse tipo de intervenção; não é, portanto, um procedimento corriqueiro de conduta.

A falta de rigidez na forma é tal que, no início da sessão, quando o mediador se apresenta e fala a respeito do processo, não se refere a ele como uma “sessão”, mas trata a mediação como uma “conversa” que as partes terão entre si, com a ocasional manifestação do mediador. Além disso, as sessões privadas, que fazem parte do procedimento na mediação orientada para acordos, são uma opção das partes. O mediador, em nenhum momento, convoca esse tipo de reunião; quando observa que saltos importantes de empoderamento podem ocorrer em uma sessão privada, a idéia de uma sessão privada é apenas proposta pelo mediador às partes. Desde o início, portanto, dá-se autonomia às partes para falarem e decidirem o que acharem melhor.

O mediador, não sendo o “dono” do processo, está menos propenso a se sobrepor às partes, conferindo-lhes mais independência. Esta se verifica também na atitude do mediador durante as suas manifestações. Se ele for interrompido por uma das partes enquan-

to estiver falando alguma coisa, isso é um bom sinal, pois demonstra que a partes de fato intronizaram a idéia de que são focos centrais no processo. Assim, quando isso ocorrer, o mediador não deve tentar conter essa interrupção, mas recuar em sua fala, abrindo espaço para que a parte se expresse.¹⁷

III.III. O mediador tentou esclarecer diretamente à outra parte o seu ponto de vista?

() Sim.

(x) Não.

A mediação transformadora, como já dito acima, sustenta-se nas trocas mútuas entre as partes e, por isso, apenas uma parte pode explicar à outra seu próprio ponto de vista. Um movimento freqüente na mediação facilitadora – e considerado marca de uma mediação bem sucedida – é o trabalho do mediador que consiste em emoldurar as questões, resumindo-as e transmitindo-as de uma parte à outra. Assim, a resolução do problema torna-se mais objetiva, visto que se passa a ter um foco sobre o qual agir: a visão que o mediador tem do conflito.

Isso ocorre, no âmbito das mediações orientadas ao acordo, nas sessões privadas. Nestas, o mediador busca sensibilizar ou informar cada uma das partes com pontos provindos da outra que, a seu ver, terão forte efeito no esclarecimento da disputa, e, dessa forma, na facilitação da resolução do conflito. O mediador, assim, tem um papel deveras protagonista na busca por uma solução ao conflito.

Na mediação transformadora, o mediador continua a ter um forte papel no esclarecimento das questões, mas isso se dá com o protagonismo da parte que tem seu ponto de vista esclarecido. O mediador, ao verificar um discurso diluído, que esteja dificultando o reconhecimento pela outra parte, usa uma estratégia chamada *reflexo*, uma das marcas da mediação transformadora. Por meio dessa técnica, o mediador tenta deixar mais claro o discurso de uma das partes tanto para a parte que falou quanto para a outra.¹⁸

Com o reflexo, o mediador retorna a quem proferiu determinado discurso o que acredita ter sido dito, tentando manter o conteúdo e a carga emocional. Diante disso, a parte que havia proferido o discurso tem a chance de escutar e confirmar se era ou não isso que ela pretendia dizer. Confirmando ou não, há, de pronto, um esclarecimento e uma delimitação da questão para a outra parte, que observa a todo o procedimento do reflexo. Assim, as duas partes têm um papel central na elucidação de pontos obscuros, contemplando-se o propósito da mediação transformadora, que é o de que as próprias partes busquem novas formas de enxergar o problema.

17 BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 143.

18 BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 143-ss.

Note-se que, no reflexo, o mediador dirige-se somente à parte que falou, e não à que escutou o discurso. Isso evita que o mediador seja visto como alguém parcial, pois, se transmitisse a mensagem de uma diretamente à outra, estaria agindo como um advogado da parte que tem seu discurso transmitido. Isso também tiraria a tranqüilidade da outra parte, pois ela deixaria de ser mera observadora do reflexo e passaria a se preocupar em fornecer uma resposta ao mediador, que lhe dirigiria a palavra. Isso, por sua vez, obstruiria a reflexão interna que ela poderia fazer sobre o que a outra parte falou, visto que teria de suprir uma expectativa de resposta do mediador – por mais que seja apenas a transmissão de linguagem corporal.

III.IV. O mediador evitou discussões sobre situações passadas, preocupando-se objetivamente com as conseqüências futuras do conflito?

() **Sim.**

(x) **Não.**

Na mediação orientada para acordos, é comum ouvir-se do mediador que no processo de mediação há uma discussão voltada para o futuro, isto é, para o que se pode fazer a partir daquele momento em relação às circunstâncias conflituosas que já estão postas. Isso tem um efeito positivo no sentido de evitar um desgaste grande das partes com situações e expressões mal compreendidas do passado, inaugurando-se, com a mediação, uma nova esfera de comunicação baseada nas regras básicas estabelecidas pelo mediador no início da sessão e orientada para o futuro e para a busca de acordos.

Essa idéia, todavia, no âmbito da mediação transformadora, pode entrar em choque com o salto para um maior empoderamento das partes. Uma situação passada mal resolvida que é trazida à tona e discutida insistentemente não deve ser evitada pelo mediador, pois, se as partes insistem em discuti-la, há uma importância no desenrolar do conflito e, além disso, na compreensão de uma parte em relação à outra. Se, por meio dessa discussão de um problema passado, as partes conseguirem compreender uma a outra e sentirem-se cada uma compreendida pela outra, há um grande salto de empoderamento que será aproveitado na discussão conflituosa atual.

Assim, o mediador deve evitar a tendência da mediação orientada para acordos que consiste em mover as partes para longe de seus posicionamentos iniciais em busca de fomentar uma discussão “mais profícua” e uma maior clareza na compreensão do problema efetivamente posto em discussão.¹⁹ Quando o mediador emoldura o objeto da discussão, não alcança um engajamento pleno das partes no processo.

19 “O profissional transformativo busca a discussão do passado a fim de construir bases para trocas de reconhecimento no presente e, então, convida e ajuda as partes – de diversas maneiras, mas sempre sem pressioná-las – a reconsiderar e revisar seus pontos de vista em relação ao passado e a ampliar o reconhecimento em relação à outra parte”. (BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph. Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. In: SCHNITMAN, D. F. e LITTLEJOHN, S. (Org.). *Novos paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, pp. 85-100.).

III.V. O mediador interveio em algum momento para interromper a discussão e evitar um desgaste emocional seu ou da outra parte?

Sim.

Não.

Como já foi dito anteriormente, o mediador pode insistir na discussão pró-futuro. Isso ocorre muitas vezes pelo fato de a discussão tornar-se demasiadamente acalorada, com fortes expressões e vociferações por uma ou ambas as partes. Um mediador cuja prática é orientada para acordos não se sente bem com esse tipo de expressividade e provavelmente notificará as partes para se conterem ou procurará abafar os ânimos delimitando as questões a serem resolvidas. Isso não deve ser feito por um mediador transformador.

A prática transformadora aponta que o mediador apóie esse tipo de discussão, visto que, quanto mais conflituosa é a conversa, maiores são as possibilidades de se alcançar um bom salto de empoderamento. Para se definir o papel do mediador nessas ocasiões, há uma recomendação simples, porém esclarecedora: o mediador deve seguir as partes no desenrolar do conflito, e não as conduzir.

Sendo que “a interação conflituosa geralmente fica pior antes de melhorar”²⁰, é importante que o mediador mantenha-se calmo nesses momentos, segurando seus impulsos de tentar acalmar os ânimos. Dessa forma, as partes sentem-se apoiadas para entrar nesse grau de discussão sem constrangimentos, o que, posteriormente, provavelmente irá render bons saltos de empoderamento e reconhecimento.

E se, após uma situação de discussão altamente emocional, as partes chegarem a um impasse e houver um profundo silêncio? Neste caso, o mediador deve identificar o que o silêncio significa. Há basicamente dois significados para ele: as partes estão pensando e refletindo sobre o que foi debatido; ou as partes estão confusas com o que foi discutido e não sabem que rumo tomar.

Há uma grande tendência de os mediadores sentirem-se incomodados com o silêncio, procurando intervir quando ele ocorre. No entanto, isso tem de ser revisto. Se o silêncio significar que as partes estão refletindo sobre o que foi dito, é uma má atitude do mediador manifestar-se com o objetivo de que as partes continuem a se expressar. É importante que o mediador mantenha-se silente, pois, nesses momentos em que as partes refletem sobre o problema, ocorrem importantes saltos de reconhecimento.

Por outro lado, se o silêncio for decorrente de uma confusão a respeito do problema, causada pelo intenso teor do que foi debatido, uma manifestação do mediador no sentido de esclarecer a situação para as partes é bem-vinda. Assim, há um movimento

²⁰ BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 195. Tradução livre do original.

denominado *recontextualização*. Essa estratégia do mediador é útil para ajudar as partes a lembrarem-se dos aspectos do problema discutidos até então.

A recontextualização parece-se com o reflexo, entretanto se dá perante as duas partes e não apenas em relação ao discurso de uma. O mediador, após um momento que tenha perturbado a percepção das partes, busca sintetizar e organizar o que as partes discutiram, tornando as questões mais claras e possibilitando saltos de empoderamento e decisões mais legítimas.²¹

III.VI. Você acha que a mediação foi útil no seu caso?

() **Sim.**

() **Não.**

Esta pergunta apresenta basicamente três utilidades: sonda objetivamente a satisfação da parte com a mediação, fornece uma meta-avaliação do teste de desempenho e proporciona uma tipificação de casos paulatinamente construída para orientar futuros direcionamentos à mediação.

Em nenhuma das outras perguntas foi abordada objetivamente a questão da satisfação da parte com o procedimento, mas todas se direcionaram a elas perguntando a respeito de condutas do mediador. Esta pergunta serve como um denominador para todas as outras, porque estas só terão validade prática se forem coerentes com ela. Assim, podem-se tirar conclusões cotejando as respostas das primeiras à desta última.

Assim, se a resposta a todas as outras foi de acordo com os preceitos da prática transformadora e a última pergunta foi respondida negativamente, é pouco provável que a insatisfação da parte tenha sido causada por uma má atuação do mediador. Isso abre espaço para se considerar que aquele conflito específico não comporta uma mediação.

Se a resposta das primeiras for de acordo com a mediação transformadora e a da última for positiva, tem-se um caso em que concorreram para a satisfação da parte a boa atuação do mediador²² e o conflito original, que comportava uma mediação transformadora.

Se a resposta às primeiras perguntas for no sentido contrário à boa prática transformadora e a resposta à última for negativa, não se pode atribuir a insatisfação ao caso concreto, mas somente à conduta do mediador. Pode-se supor que, se uma mediação transformadora fosse bem aplicada ao caso, poder-se-ia ter bons resultados; não se pode

21 “Depois de uma recontextualização, as partes geralmente movimentarão a conversa em uma direção imprevista pelo mediador. Isto significa que o sumário foi efetivo em apoiar a escolha das partes, não afetada por qualquer julgamento ou organização do mediador”. (BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 156. Tradução livre do original).

22 É empiricamente comprovada a importância de uma boa formação do mediador, com um amplo conhecimento das técnicas mediáticas aplicáveis; isso tem um papel-chave no bom desenvolvimento da sessão e no útil desenrolar do conflito ao longo dela. (Cf. HENDERSON, Douglas. Mediation Success: An Empirical Analysis. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 11, 1996, p. 105-ss).

supor o contrário – que não se alcançariam bons resultados – se a atuação do mediador não correspondeu aos fatores de uma boa prática.

Por fim, no caso de as respostas às condutas do mediador estiverem em desacordo com uma mediação transformadora bem aplicada e a última for respondida positivamente, esses dados não podem ser objetivamente considerados. Isso porque se poderá ter duas hipóteses. A satisfação pode ser decorrente da correta aplicação de outro modelo de mediação, que funcionou no caso concreto, mas, por se tratar de outro modelo, a conduta do mediador não foi rastreada pelas perguntas anteriores. A satisfação, por outro lado, também pode ser considerada um “golpe de sorte”, se a atuação do mediador não correspondeu ao modelo transformador nem a qualquer outro modelo.

Por meio dessa conjugação de respostas, pode-se verificar se o questionário aplicado tem um efeito útil na verificação da conduta dos mediadores, pois, se as respostas forem freqüentemente incoerentes, não se pode considerar a hipótese de que tem havido a aplicação de outros modelos de mediação.²³ Isso porque se pressupõe que, se não todos, a maioria dos mediadores alvos deste questionário já passaram por um programa de seleção e um curso de formação na prática transformadora.

Além de proporcionar esses diagnósticos, existe a possibilidade de se tentar formar uma estrutura mais ou menos coerente que permita uma razoável tipificação de casos que comportam e que não comportam uma mediação transformadora. Fala-se aqui em “tentar formar”, porque, em pesquisas já realizadas com a mediação orientada para acordos²⁴, não concentradas no modelo transformador, demonstrou-se que o tipo de conflito²⁵ não tem uma grande influência no bom desenrolar de uma mediação.

É importante que se tente verificar ao menos uma tipificação mínima nesse sentido no âmbito da mediação transformadora, pois isso contribui à aplicação dos programas de mediação no Brasil, que possivelmente se darão²⁶, em sua maioria, anexos aos tribunais.²⁷ Assim, o papel do juiz encaixar-se-ia mais aproximadamente na figura de um

23 A incoerência pode decorrer, por exemplo, do fato de haver uma satisfação generalizada com a mediação (respostas positivas à última pergunta), enquanto as condutas do mediador (as respostas às primeiras perguntas) não têm correspondido a uma boa prática transformadora.

24 Cf. HENDERSON, Douglas. 1996.

25 Quando se fala aqui em tipo de conflito, refere-se à matéria objeto do conflito; por exemplo, danos pessoais, inadimplência contratual, casos de direito de família, contendas trabalhistas etc. A respeito da tentativa de se realizar essa triagem na mediação vítima-ofensor, cf., neste volume, CARNEIRO, Breno Zaban. A indicação à mediação vítima-ofensor: algumas considerações em referência à sua eficácia em diferentes casos.

26 Isso se denota do Projeto de Lei de Mediação em curso no Congresso Nacional, que prevê uma interação entre a jurisdição e a mediação, sendo, por exemplo, papel do juiz informar as partes a respeito dos benefícios da mediação, indagando-lhes se querem participar de uma sessão.

27 Um programa de mediação anexo ao tribunal é um programa que, de uma certa forma, possui conexões com os processos judiciais, possibilitando que o processo saia do curso processual no Judiciário, suspendendo-se o rito, e ocorra uma sessão de mediação, podendo o processo posteriormente retornar ao seu trilha judicial. A expressão “anexo ao tribunal” é uma tradução de *court-connected*.

administrador de processos, que orienta o melhor caminho para a resolução da disputa²⁸, o que vem ao encontro da idéia de Fórum de Múltiplas Portas.²⁹

Dessa forma, para facilitar uma melhor distribuição dos processos de acordo com as formas de resolução de disputa que provavelmente trarão um bom resultado, é importante a realização desta última pergunta do questionário. Pode-se ter uma idéia, nunca conclusiva, porém indicativa, dos processos que estarão mais propensos a ter um bom desenvolvimento com a mediação transformadora.

IV. Conclusão

A mediação transformadora tem uma aplicação bem ampla e, à medida que estudos vão extraindo princípios da atuação do mediador, mais fica clara sua atuação e, conseqüentemente, mais se consegue transportar uma prática transformadora para outras áreas de resolução de conflitos.³⁰ Assim, hoje se pode dizer que existem habilidades nucleares que o mediador deve dominar para ser considerado um profissional competente. É com base nessas habilidades que este artigo se guiou.

Assim, analiticamente, podem-se verificar alguns traços que a mediação tem de contemplar para ser considerada transformadora: a busca por reconhecimento e empoderamento das partes, isto é, a maior autonomia das partes possível, o incentivo para a autodeterminação delas, para um processo decisório mais consciente, para que uma parte consiga identificar e reconhecer o ponto de vista da outra e outros subtipos dos dois primeiros princípios.

As questões devem buscar identificar se o mediador foi capaz de permitir e incentivar a ocorrência da transformação do conflito. Elas, no entanto, têm geralmente de buscar comportamentos negativos do mediador. Isso ocorre porque nem todas as mediações requerem que o mediador faça uso de todas as principais estratégias disponíveis na prática transformadora. O que as perguntas fazem é identificar se, em algum momento, o mediador “saiu dos trilhos” da mediação transformadora.

Nota-se, destarte, que essa forma de avaliação, se feita permanente e adequadamente, traz um diagnóstico efetivo da concordância da prática mediatária com os princípios básicos da mediação transformadora. Todavia, isso não é o suficiente para que se tenha um bom programa de mediação transformadora. É um pressuposto que o mediador já tenha sido bem treinado na prática transformadora e passado por um processo de seleção, sendo

28 BUSH, Robert A. Baruch. *Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades*. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 15, verão de 1996. p. 455-ss

29 Cf. BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. pp. 243-ss.

30 “A discussão dos princípios nucleares abriu espaço para novos formatos de intervenção que não são limitados às áreas em que a mediação tem sido tradicionalmente praticada. Isso permitiu que mediadores trabalhassem com seus ingredientes essenciais em vez de estarem limitados a uma receita desejada”. (BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. 2005. p. 120. Tradução livre do original).

examinado por pessoas tecnicamente preparadas que irão verificar o seu conhecimento da teoria e da prática transformadora.

Para esse tipo de avaliação, muito se tem escrito a respeito.³¹ Pouca atenção tem-se dado, entretanto, em fundamentar teoricamente uma avaliação feita pelas próprias partes, cuja função é verificar periodicamente a qualidade dos serviços de mediação prestada. Este artigo tentou jogar uma luz sobre essa área, até então mal explorada.

V. Bibliografia

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de múltiplas portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BUSH, Robert A. Baruch. Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 15, verão de 1996.

_____, Um modelo não serve para todos: uma abordagem plural ao teste do desempenho e à garantia da qualidade do mediador. Neste volume.

BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. 1. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 1994.

_____, *Mediação transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador*. In: SCHNITMAN, D. F. e LITTLEJOHN, S. (Org.). *Novos paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, pp. 85-100.

_____, *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. rev. ed. São Francisco: Jossey-Bass, 2005.

CARNEIRO, Breno Zaban. A indicação à mediação vítima-ofensor: algumas considerações em referência à sua eficácia em diferentes casos. Neste volume.

DELLA NOCE, Dorothy J., ANTES, James R. e SAUL, Judith A. Assuring Mediator Quality: Identifying Practice Competence in Transformative Mediators: An Interactive Rating Scale Assessment Model. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 19, 2004.

FOLGER, J. P. *et al. Working Through Conflict: Strategies for Relationships, Groups and Organizations*. 4. ed. Reading, Massachusetts: Addison-Wesley, 2001.

FRANZ, Patricia L. Habits of a Highly Effective Transformative Mediation Program. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 13, 1998.

31 Cf. BUSH, Robert A. Baruch. 2004; DELLA NOCE, Dorothy J., ANTES, James R. e SAUL, Judith A. 2004.

HENDERSON, Douglas. Mediation Success: An Empirical Analysis. In: *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Ohio, vol. 11, 1996.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. Tradução de Henrique Araújo Costa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. pp. 63-111.

_____. Tomada de Decisão em Mediação: o Novo Gráfico Antigo e o Novo Sistema do Gráfico Novo. Neste volume.

SHAILOR, Jonathan G. Desenvolvendo uma abordagem transformacional à prática da mediação: Considerações teóricas e práticas. In: SCHNITMAN, D. Fried & LITTLEJOHN, S. (Eds.), *Novos Paradigmas em Mediação*. Porto Alegre: Editora Artes Médicas Sul, 1999.

IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA POR MEIO DA MEDIAÇÃO PENAL

Tatiana Sandy Tiago¹

Sumário: I. Introdução. II. Justiça restaurativa. III. Carências do processo judicial no âmbito criminal. IV. A mediação penal como aplicação da justiça restaurativa. V. Resultados da mediação penal no Direito Comparado. VI. Aplicabilidade da mediação para graves delitos. VII. Conclusão. VIII. Bibliografia.

Introdução

No processo judicial tradicional, os principais atingidos pelo crime, isto é, vítima, comunidade e ofensor, não têm participado ativamente do processo em si e, muitas vezes, o ofensor não compreende as conseqüências do ato criminoso, a comunidade não participa do processo de restauração dos envolvidos e a vítima tem se sentido ignorada e ainda mais frustrada pelo Poder Judiciário.

Estas carências do processo de justiça criminal hodierno instigam o estudo de procedimentos que suplementem o processo judicial, ou seja, que focalizem mais nas necessidades daqueles realmente afetados pelo crime.

Neste artigo, não tivemos a intenção, e nem poderíamos, de esgotar o assunto. O nosso principal objetivo é esclarecer dúvidas centrais sobre a implementação de uma nova - e ao mesmo tempo tão antiga² - justiça, chamada de justiça restaurativa, apresentar possíveis soluções para algumas falhas constatadas no atual sistema de justiça criminal e, com isso, estimular novos trabalhos sobre o tema.

¹ Integrante do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. A autora agradece ao Professor André Gomma de Azevedo pela orientação e aos demais integrantes do GT Arbitragem pelo apoio acadêmico. Artigo revisado por Tahinah Albuquerque Martins, membro do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

² Segundo Mark S. Umbreit, a idéia de justiça restaurativa teve origem nas populações indígenas, como os Aborígenes da Austrália e os indígenas do Canadá e Estados Unidos da América; e seus princípios são compatíveis com os valores de praticamente todas as religiões do mundo. (UMBREIT, Mark S. *Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma Avaliação a partir de várias Experiências Locais*, publicado neste livro). No mesmo sentido, Consedine (1995) e Braithwaite (1999), citados por Allison Morris (2002), afirmam a origem antiga dos princípios da justiça restaurativa; contudo, Allison Morris salienta que o formato da justiça restaurativa ainda é bastante recente. (ver MORRIS, Allison. *Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice*. British Journal of Criminology. 2002).

Primeiramente, o texto irá conceituar justiça restaurativa e ressaltar seus princípios e objetivos. Em seguida, serão apresentadas algumas carências do processo judicial frente às necessidades dos principais atingidos pelo delito. O texto então abordará como implementar a justiça restaurativa e sua compatibilidade com as características da mediação. Logo após, iremos apresentar resultados concretos da mediação vítima-ofensor em diversos países nos quais é adotada e ainda apresentaremos a aplicabilidade desse processo aos delitos de maior potencial ofensivo.

Justiça restaurativa

No estudo da criminologia atual, pode-se dizer que há duas correntes principais que guiam a ciência do direito penal, a saber: a justiça criminal retributiva³ e justiça criminal restaurativa⁴.

Podemos entender justiça restaurativa como um conjunto de valores que destacam a importância de uma assistência maior e mais ativa às vítimas de crimes, responsabilizando diretamente os ofensores pelos danos causados à comunidade e às pessoas individualmente⁵. É um novo paradigma que entende ser o indivíduo o principal atingido pelo crime, e não o Estado. O crime é compreendido em aspectos mais amplos do que apenas a conduta individual do ofensor contra o Estado e a justiça é vista pelos olhos da vítima, da comunidade vitimada e do próprio ofensor.

A justiça restaurativa enfatiza a necessidade daqueles diretamente afetados pelo crime terem oportunidades de se envolverem mais diretamente com o processo de compreensão do impacto causado pelo crime e na recuperação das vítimas⁶.

Nesta nova visão sobre crime e justiça, o foco das atenções está voltado para as necessidades da vítima e/ou comunidade vitimada e na responsabilização do ofensor pelos danos causados, no intuito de que sua reintegração à comunidade seja eficaz. Vejamos os principais valores que embasam esse novo paradigma⁷:

1. A maior preocupação da justiça restaurativa é com a recuperação da vítima e da comunidade vitimada e não com uma maior punição do ofensor.
2. A justiça restaurativa requer que o ofensor seja responsabilizado diretamente pelos danos causados às vítimas e/ou comunidade vitimada.
3. A justiça restaurativa reforça o envolvimento de toda a comunidade na responsabilização do ofensor e na recuperação de vítimas e ofensores.

3 Explicitaremos as características da justiça retributiva mais à frente, quando comparada à justiça restaurativa.

4 BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Ed. UnB, 2000. (pág.171)

5 Nas próprias palavras de Umbreit: *Restorative justice is based on values that emphasize the importance of providing more active support and assistance to crime victim; holding offenders directly accountable to the people and communities they have violated.* (UMBREIT, Mark S. *The handbook of victim-offender mediation: an essential guide to practice and research*. 2000).

6 UMBREIT, Mark S. *Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma Avaliação a partir de várias Experiências Locais*, publicado neste livro.

7 Esses valores foram retirados do livro de Umbreit (2000).

4. A justiça restaurativa destaca a importância do próprio ofensor visualizar o impacto de sua conduta.

5. A justiça restaurativa reconhece a responsabilidade da comunidade nas condições sociais que colaboraram para a conduta do ofensor.

A justiça restaurativa, diferentemente da justiça retributiva⁸, enxerga o indivíduo como principal vítima do crime, e não o Estado. Daí a importância da vítima, da comunidade e do ofensor terem a oportunidade de participarem ativamente na resolução do conflito (delito). Outra diferença entre justiça restaurativa e retributiva está na importância dada à responsabilidade do ofensor em compreender o dano causado e reparar a vítima, ao invés do destaque dado à punição do delinqüente. Vejamos no quadro abaixo outras diferenças importantes entre esses dois paradigmas de justiça⁹:

Justiça Retributiva	Justiça Restaurativa
Conflito entendido como um ataque indivíduo vs. Estado; aspecto interpessoal e valor do conflito ignorados.	Crime entendido como conflito interpessoal, que envolve vítima, ofensor e comunidade; o valor do conflito é reconhecido.
Crime definido como violação da norma penal do Estado.	Crime definido como ação que causa dano ao indivíduo e/ou à comunidade.
Ação direta do Estado contra o ofensor: vítima e comunidade ignoradas, representadas abstratamente pelo Estado e ofensor passivo representado por um profissional.	Vítima, comunidade e ofensor atuantes na resolução do conflito através do diálogo. São reconhecidos os papéis da vítima e do ofensor, tanto no problema como em sua solução. A vítima tem voz ativa, suas necessidades são reconhecidas; o ofensor é estimulado a responsabilizar-se pelo dano causado; e a comunidade tem o papel de catalisadora de um processo restaurativo.
A responsabilidade do ofensor é medida pela sanção dada pelo Estado; focaliza-se a conduta passada do ofensor – o que fez o delinqüente - e o dano social causado é substituído por outro dano ao ofensor.	A responsabilidade do ofensor é definida como a compreensão do impacto de sua ação e o compromisso em reparar o dano causado; focaliza-se a solução do problema, a conduta futura de reparar o dano: o que deverá ser feito?
A ofensa é abordada apenas no seu aspecto legal.	A ofensa é abordada em suas várias dimensões (moral, social, econômica e política).
Estimula-se a competição entre as partes.	Estimula-se a reciprocidade entre as partes.
Não há espaço para remorso e perdão ¹⁰ .	Há possibilidades e espaço para remorso e perdão.

8 A justiça retributiva é o paradigma de justiça atual seguido pelo Poder Judiciário brasileiro.

9 Essa tabela foi baseada na comparação desses dois paradigmas feita por Umbreit (2000) e por Beristain (2000). Para uma abordagem mais específica sobre as diferenças entre esses dois paradigmas sob o ponto de vista dos valores, procedimentos, resultados e efeitos dos processos retributivo e restaurativo para as vítimas e os ofensores, ver GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa: O Paradigma do Encontro*. No prelo.

10 No nosso sistema judicial atual, a demonstração de arrependimento por parte do ofensor, em regra, é visto com bons olhos, acarretando na diminuição da pena. Contudo, este remorso é expresso quase sempre perante o juiz e não perante a vítima – não há um diálogo direto entre vítima e ofensor que possibilite a expressão de remorso pelo ofensor e o conseqüente perdão da vítima. Em contrapartida, no sistema da justiça restaurativa há pleno espaço para uma comunicação direta entre os envolvidos no crime, possibilitando expressões de remorso e perdão.

A pena é conseqüência natural que pretende prevenir futuros crimes.	A pena é a reparação do dano como um meio de restaurar vítima e ofensor.
Irreparabilidade do estigma causado pelo crime.	O estigma causado pelo crime é reparável pela ação restauradora.

Carências do processo judicial no âmbito criminal

O Estado, por meio do processo judicial, satisfaz a sua pretensão de punir (*jus puniendi*) o indivíduo ofensor, enquanto este, por imperativo constitucional, oferece resistência a essa pretensão¹¹. O monopólio da pretensão de punir pelo Estado eliminou a vingança imediata e ilimitada das sociedades primitivas, evitando os excessos da reação incontrolada e possibilitando a racionalização das conseqüências do crime¹².

Contudo, não se eliminou do processo o aspecto adversarial, apenas o ritualizou, conservando os princípios da justiça retributiva e, por conseguinte, carente em alguns aspectos essenciais aos envolvidos diretamente na ofensa. No processo judicial hodierno, tem-se a concepção de justiça como disputa entre rivais que terá como resultado, necessariamente, um vencedor e um perdedor, estimulando-se a competição entre as partes, ao invés da cooperação.

No processo judicial atual, a vítima tem um papel reduzido e muitas vezes inexistente na resolução do conflito, já que todo o sistema encontra-se direcionado à busca da verdade e certeza.

O Judiciário hodierno muitas vezes contribui para o agravamento de sentimentos como frustração e raiva nas vítimas ao ignorá-las¹³. As vítimas, por vezes, não recebem informações plenas sobre o processo em curso, datas de audiências e resultado final (sentença). Ademais, as vítimas raramente são ouvidas pelas autoridades em relação aos seus sentimentos, frustrações, receios, perdas e necessidades - que muitas vezes vão além das previsões legais em matéria de reparação de danos. Como, então, satisfazer as necessidades da vítima se ela não tem voz no processo? Os conflitos e frustrações internos do ofendido remanescem mesmo depois de sentenciado o ofensor. Os interesses estritamente jurídicos são tratados no processo judicial, mas os demais interesses e necessidades da vítima não tutelados pelo ordenamento positivado e por vezes essenciais são, em regra, ignorados. Essa litigiosidade remanescente¹⁴, isto é, o conflito que persiste mesmo após o término do processo judicial, em razão da existência de interesses não tratados no processo criminal tradicional, persiste com a vítima.

Também a comunidade, abstratamente representada na figura do Estado, não participa do processo de recuperação da vítima ou do ofensor.

11 CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. (págs. 1-2)

12 BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Ed. UnB, 2000. (pág. 184)

13 UMBREIT, Mark S. *Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma Avaliação a partir de várias Experiências Locais*, publicado neste livro.

14 AZEVEDO, André Gomma de. *O Processo de Mediação: Fundamentação Epistemológica, Características e Princípios*. Revista IBDE. Vol.3. pág. 26

Outra carência do processo judicial atual está na inserção do ofensor na comunidade. É notória a ineficácia desse processo na reintegração do delinqüente à comunidade e na prevenção de futuros delitos. A idéia de que se aumentando a pena reduz-se a (re) incidência de crimes não mais se sustenta; ora, se assim fosse, os Estados Unidos da América seria um dos países mais seguros do mundo¹⁵.

Contudo, o paradigma da justiça retributiva prevalece até hoje principalmente porque nossos governantes e o público em geral acreditam que a aplicação da pena afirma a desaprovação da comunidade frente à conduta do ofensor, denuncia o crime e assegura conseqüências dolorosas para o delinqüente¹⁶. No âmbito do atual processo judicial, o dever do ofensor é primordialmente o cumprimento da pena imposta pelo texto legal e não a compreensão do impacto de seus atos e o compromisso em reparar o dano causado à vítima e/ou comunidade vitimada. Não há espaço para ofendido e ofensor comunicarem-se diretamente, o que dificulta a compreensão pelo ofensor do impacto de sua ação e, conseqüentemente, retarda, quando não anula, o processo de responsabilização direta pelo dano causado à vítima e sua futura reparação.

Muitas vezes o ofensor só compreende a dimensão dos seus atos quando escuta diretamente da vítima o mal causado; e a vítima muitas vezes precisa compreender o que aconteceu (todos os aspectos do crime) e escutar do próprio ofensor que não foi algo pessoal, que ele está arrependido e quer reparar o dano causado para recuperar-se totalmente¹⁷. O diálogo é importante para ambas as partes porque possibilita a reflexão, a compreensão mútua, a relativização das concepções de mundo e a empatia recíproca. Compreendendo a magnitude de suas ações, provavelmente o ofensor pensará melhor antes de agir de modo a prejudicar o outro, diminuindo-se a probabilidade de reincidência.

Os únicos espaços propiciados pelo processo judicial tradicional a expressões de remorso e compreensão dos atos do ofensor são nas audiências e nas alegações finais do réu, em que o acusado, por vezes, expressa remorso no intuito de diminuir a pena¹⁸ e não como expressão voluntária e verdadeira de que entendeu a dimensão do mal causado. Sublinhe-se que, na maioria das vezes, essas expressões não são feitas na presença da vítima.

A mediação penal como aplicação da justiça restaurativa

O processo judicial hodierno, pelas características já constatadas, não compreende questões essenciais relacionadas aos principais indivíduos atingidos pelo delito. A solução seria a implementação de um sistema voltado ao atendimento dessas necessidades, complementando o sistema atual e suprimindo algumas falhas. A justiça criminal restaurativa, por

15 UMBREIT, Mark S. *Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma Avaliação a partir de várias Experiências Locais*, publicado neste livro.

16 BAZEMORE, Gordon. *Restorative Justice and Earned Redemption: Communities, Victims, and Offender Reintegration*. *American Behavioral Scientist*. Março 1998, v. 41, n. 6, p. 768 (46).

17 BIBAS, Stephanos; BIRSCHBACH, Richard A. *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*. *Yale Law Journal*. Outubro 2004, v. 144, i1, p. 85 (66).

18 BIBAS; BIRSCHBACH (2004).

ser pautada em princípios que ressaltam a participação direta dos principais envolvidos no ato ofensivo, a restauração da vítima e/ou comunidade vitimada, a responsabilização direta do ofensor pelo dano causado e o envolvimento de toda a comunidade na restauração tanto da vítima quanto do ofensor desempenha bem esse papel, suprindo algumas falhas do processo judicial hodierno e complementando o sistema de justiça criminal.

A idéia de implementar a justiça restaurativa requer procedimentos diversos dos utilizados no processo judicial, no intuito de possibilitar-se a concretização dos seus princípios. Vários são os procedimentos capazes de implementar os valores da justiça restaurativa, como conferências (*conferencing*), círculos de assistência (*circles*), programas de assistência à vítima (*victim assistance*), programas de assistência ao ex-ofensor (*ex-offender assistance*), programas de serviços comunitários (*community service*), programas de restituição (*restitution*) e mediação vítima-ofensor (*victim-offender mediation*)¹⁹.

As conferências são práticas restaurativas que envolvem vítima, ofensor, familiares, grupos comunitários de apoio, aparato policial e promotores em uma conversa sobre o crime e suas conseqüências. O objetivo principal dessa prática restaurativa, ao reunir essa diversidade de indivíduos, é demonstrar ao ofensor a quantidade de indivíduos preocupados com ele, além de insuflar no ofensor o sentimento de responsabilidade perante seus familiares, grupo comunitário e sociedade. Esse tipo de prática tem sido útil em programas com jovens ofensores²⁰, em que estudos qualitativos têm sugerido o desenvolvimento do sentimento de empatia do ofensor pela vítima, a mudança positiva do comportamento do ofensor e o aperfeiçoamento das relações do ofensor com seus familiares e com o aparato policial.

Nos círculos de assistência tem-se a participação da vítima, do ofensor, dos familiares de ambos e da comunidade no processo de restauração. A todos é dada a oportunidade de expressão. O objetivo principal dessa prática é ajudar na restauração da vítima e do ofensor, além de possibilitar o empoderamento da comunidade através do seu envolvimento na decisão do que deve ser feito em relação a um caso específico e na questão dos problemas subjacentes que possam ter levado o indivíduo ao cometimento do crime²¹. Ao atingir seu objetivo, o círculo de assistência contribui para a construção de valores como respeito, honestidade, capacidade de escuta, verdade, confiança etc²².

19 Para uma abordagem mais profunda sobre cada uma das práticas restaurativas apontadas, v. BRIGHT, Christopher; PARKER, Lynette. *Prison Fellowship International*. 1997. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/intro>.

20 Segundo Christopher Bright, referindo-se a Van Ness e Strong – 1997. Contudo, isso não significa que as conferências não possam ser aplicadas para ofensores adultos. Ainda segundo Bright, tem-se a implementação das conferências na Austrália, em que a prática da conferência tem sido adaptada para uso policial na prevenção de infrações praticadas por menores; no Canadá, em que existem programas de conferência para proteção da criança, violência familiar e jovens infratores; e, ainda, na Inglaterra, princípios e programas referentes à prática da conferência foram inseridos no sistema destinado ao bem-estar da criança e da sociedade.

21 Segundo Lynette Parker, diferentes tópicos relacionados ao crime cometido são discutidos no círculo. Todos têm a oportunidade de descrever como se sentem. O ofensor poderá falar o porquê do cometimento do crime e vítima e comunidade terão a chance de explicitarem o impacto econômico, físico e emocional causado pelo ato ofensivo.

22 Lynette Parker ainda afirma que, em regra, esse tipo de prática restaurativa tem tido bons resultados, principalmente em relação ao aperfeiçoamento de relações e no fortalecimento da comunidade. Contudo, segundo a autora, ainda não existem estudos suficientes que comprovem a eficácia desse tipo de prática.

Os programas de assistência à vítima oferecem às vítimas de crimes serviços como representação legal, para que não haja revitimização devido à negligência do sistema atual em relação à vítima²³, serviços psicológicos, de reparação material e de reintegração da vítima na sociedade como indivíduo restaurado.

Já os programas de assistência ao ex-ofensor visam ao desenvolvimento de capacidades ou habilidades em indivíduos que já foram ofensores (já cumpriram a pena estipulada pelo Estado), permitindo ao ex-ofensor uma reintegração harmoniosa na comunidade, sem estigmas ou falta de capacidade social. Os serviços de assistência ao ex-ofensor variam conforme as necessidades de cada ofensor.²⁴

Outros dois importantes procedimentos típicos da justiça restaurativa são os programas de serviço comunitário e de restituição, em que o ofensor deve reparar o dano causado à vítima. No serviço comunitário, a vítima é a comunidade; no programa de restituição²⁵, a vítima é o indivíduo. Essa diferença é importante porque evita a aplicação do serviço comunitário de forma punitiva. Muitas vezes o serviço comunitário é simplesmente adicionado à sentença do ofensor, sendo usado como meio de punição ao ofensor e não de reparação do dano causado à vítima comunidade.²⁶

Todos esses procedimentos são importantes, cada qual com suas peculiaridades de aplicação, e tornam possível a concretização dos princípios da justiça restaurativa. Contudo, o procedimento que se tem mostrado mais completo no sentido de concretizar os valores da justiça restaurativa no âmbito criminal é a mediação vítima-ofensor²⁷.

A mediação é um processo autocompositivo indireto²⁸ (ou triangular) caracterizado pela presença de um terceiro catalisador da comunicação entre as partes, que busca identificar questões, interesses e sentimentos, pela flexibilidade procedimental e pela ausência de decisão vinculante de terceiro²⁹.

23 Essa representação legal, segundo Christopher Bright, diz respeito à possibilidade de fornecer voz à vítima no processo como um todo e possibilitar o acesso da vítima à informação em todas as fases do processo. O autor explica que, por exemplo, o Estado pode punir o ofensor de modo a satisfazer a necessidade retributiva estatal, mas não restaurar a vítima, isto é, as necessidades restaurativas da vítima podem não ser atendidas no processo judicial.

24 Segundo Christopher Bright, citando Van Ness e Strong – 1997, nos Estados Unidos da América, o programa *Detroit Transition of Prisoners (TOP)*, em que há mobilização no sentido de apoiar o ex-ofensor e sua família em relação às suas necessidades, tem atingido um índice satisfatório de não reincidência criminal: apenas 9% dos ex-ofensores participantes do programa reincidiram. Para informações específicas sobre este programa, acessar: <http://www.topinc.net/index.htm>.

25 A restituição pode ser tanto monetária quanto em forma de outros serviços. O importante é reparar o dano causado.

26 Christopher Bright salienta que o serviço comunitário não objetiva punição ou reabilitação do ofensor, mas a percepção de responsabilidade pelo ofensor do dano causado à comunidade. O foco não está nas necessidades do ofensor ou na sua vulnerabilidade social, mas nas suas forças, na sua capacidade de ser responsável e na sua capacidade de escolha. Contudo, a reabilitação não deixa de ser uma possível consequência, já que o ofensor, ao reparar o dano causado à comunidade, adquire senso de responsabilidade social, além de se sentir útil para a comunidade – a prestação de serviço comunitário pode ser um excelente legitimador social para a inserção do ofensor na comunidade.

27 UMBREIT (2000).

28 Os processos autocompositivos podem ser diretos (bipolares) ou indiretos (triangulares). Chamamos de negociação a autocomposição direta e de mediação a indireta.

29 AZEVEDO, André Gomma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. (pág. 152).

Nesse processo, o mediador, em reuniões conjuntas e individuais, estimula as partes a manifestarem seus interesses, sentimentos e questões que acharem pertinentes para a resolução do conflito. O mediador, imparcial e objetivamente, recontextualiza os fatos para as partes, enfatizando os aspectos positivos das partes e estimulando-as à cooperação³⁰ no intuito de chegarem a melhor solução possível para ambas as partes. Tem-se um processo cooperativo (ganhos mútuos³¹), prospectivo (voltado para o futuro), amplo (investiga questões, interesses e sentimentos das partes) e com uma visão positiva do conflito³².

Dentre as modalidades de mediação, temos a mediação penal ou mediação vítima-ofensor. A diferença desta modalidade em relação às outras (*e.g.* mediação comercial, comunitária, familiar, etc.) está em que na mediação vítima-ofensor não se discute se o ofensor é ou não o responsável pelo dano causado à vítima e nem a vítima recebe menos do que necessita para sua recuperação³³. Enquanto nas demais mediações as partes são estimuladas a reconhecerem responsabilidades mútuas, seus erros e a negociarem a melhor solução para ambas, na mediação penal não se discute a culpabilidade do ofensor e o acordo é secundário, sendo o objetivo principal dessa mediação o diálogo direto entre as partes e a reparação do dano causado. Na mediação penal, o ofensor é estimulado a reconhecer sua responsabilidade e a reparar a vítima no que for preciso e da melhor forma possível. Outra diferença está na inexistência, em regra, de relação prévia entre as partes e na neutralidade do mediador na mediação penal³⁴. O mediador deve ser imparcial em relação aos indivíduos como seres humanos, tratando-os com igual respeito, mas não deverá ser imparcial em relação à infração cometida.

Na mediação vítima-ofensor, vítimas e ofensores têm a oportunidade de encontrar-se e, na presença de um mediador, comunicarem-se diretamente. A vítima tem a oportunidade de contar ao ofensor as conseqüências do crime em sua vida, tirar eventuais dúvidas sobre questões importantes que tenha (relacionadas ao delito) e estar diretamente envolvida no processo de restauração. Já o ofensor terá a oportunidade de entender melhor as conseqüências do seu ato, refletir, desenvolver o sentimento de empatia, responsabilizar-se diretamente pelos danos causados e desenvolver um plano de reparação.

30 Para uma abordagem mais profunda, v. PERRONI, Otávio Augusto Buzar, *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de mediação*, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol.2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

31 No processo de mediação, a vitória de uma parte não implica necessariamente a derrota da outra. Especificamente sobre este tema, v. ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos alternativos de resolução de disputa*, e RIBEIRO, Rochelle Pastana, *A utilização de algoritmos para uma negociação mais justa e sem ressentimentos – uma análise da obra de Brams e Taylor*, in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol.2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003; v. ainda FISHER, Roger, URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

32 Segundo Morton Deutsch no livro *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Process*. New Haven and London, 1973: Yale University Press, o conflito pode ser visto por uma perspectiva positiva ou negativa. Na perspectiva negativa do conflito, tem-se que o conflito deve ser evitado, já que, necessariamente, leva a resultados ruins. Na perspectiva positiva do conflito tem-se que o conflito pode ser positivo para as partes, na medida em que estimula novos interesses e curiosidade, previne a estagnação da relação e explora a capacidade de cada indivíduo. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. (pág. 431)

33 UMBREIT (2000).

34 HIGTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladis S.; GREGORIO, Carlos G. *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal: la mediación penal y los programas víctima – victimario*. Argentina, 1998.

Outro aspecto importante sobre a mediação vítima-ofensor é que, apesar da informalidade e da flexibilidade serem características da mediação, não se deve confundir essas características com ausência de procedimentos³⁵. A mediação penal, assim como todo e qualquer processo, possui fases, atos coordenados lógica e cronologicamente que devem ser seguidos para a obtenção de uma melhor comunicação entre as partes. Sublinhe-se que, por tratar a mediação de um processo com estrutura procedimental flexível, o seu desenvolvimento deverá adaptar-se ao contexto específico de cada disputa³⁶. Assim, especificamente no caso da mediação vítima-ofensor, tem-se a divisão das fases em quatro grandes fases: seleção; preparação; mediação; e conclusão³⁷.

Resultados da mediação penal no Direito Comparado

Segundo constata Mark Umbreit, a mediação vítima-ofensor tem sido implantada em vários países, demonstrando o constante crescimento da aplicação desse processo. Nos Estados Unidos da América já são 291 programas de mediação vítima-ofensor; na Inglaterra são 20 programas; no Canadá foram implementados 26 programas; na Alemanha foram 293 programas; na Austrália são 05 programas; na Finlândia já foram implantados 130 programas de mediação penal; e na Áustria e Nova Zelândia há programas de mediação vítima-ofensor em todas as jurisdições.

Nos países em que a mediação vítima-ofensor foi implantada tem-se notado excelentes resultados no índice de satisfação tanto das vítimas quanto dos ofensores em relação a esse processo. Vejamos na tabela abaixo os resultados (em porcentagem) obtidos em pesquisas feitas em quatro (04) províncias no Canadá, quatro (04) estados nos Estados Unidos da América e duas (02) cidades na Inglaterra³⁸.

	Canadá	Estados Unidos da América	Inglaterra
Satisfação da vítima com a indicação do caso para mediação	78%	79%	62%
Satisfação do ofensor com a indicação do caso para mediação	74%	87%	79%

35 AZEVEDO, André Gomma de. *O Processo de Mediação: Fundamentação Epistemológica, Características e Princípios*. Revista IBDE. v.3. (pág. 19). Segundo Azevedo, a estrutura procedimental constitui característica essencial da mediação, sendo a mediação um processo informal e flexível, porém estruturado. Nesse mesmo sentido v. MORRIS, Allison. *Critiquing the Critics: A Brief Response to Critics of Restorative Justice*. British Journal of Criminology. 2002.

36 AZEVEDO, André Gomma de. *O Processo de Mediação: Fundamentação Epistemológica, Características e Princípios*. Revista IBDE. v.3. (pág. 19).

37 UMBREIT (2000). Para uma explicação mais específica sobre as fases da mediação vítima-ofensor, v. artigo traduzido nessa obra.

38 UMBREIT, Mark e ROBERTS, A.W. 1996. *Mediation of criminal conflict in England: an assessment of services in Coventry and Leeds*. St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota. In: UMBREIT (1998).

Satisfação da vítima com o resultado da mediação	89%	90%	84%
Satisfação do ofensor com o resultado da mediação	91%	91%	100%
Temor da vítima em ser revitimada pelo mesmo ofensor, após mediação	11% (64% menor do que o índice das vítimas que não participaram da mediação)	10% (56% menor do que o índice das vítimas que não participaram da mediação)	16% (50% menor do que o índice das vítimas que não participaram da mediação)
Percepção de justiça pela vítima com a indicação do caso para mediação	80%	83%	59%
Percepção de justiça pelo ofensor com a indicação do caso para mediação	80%	89%	89%

Fonte: Umbreit e Roberts (1996).

Em pesquisas realizadas na década de 1990, em diversos programas de mediação penal com ofensores adolescentes, nos Estados Unidos da América, tem-se que apenas 18% dos ofensores cometeram novos delitos; já os que não participaram do programa de mediação atingiram o índice de 27%. Dados similares foram obtidos em pesquisas na Inglaterra com ofensores adultos³⁹. Apesar da importante diferença, os resultados obtidos com a mediação em relação à reincidência não são satisfatoriamente significantes até o momento atual.

Outros dados interessantes foram obtidos em pesquisas feitas por diversos estudiosos da área⁴⁰. Vejamos o quadro ilustrativo.

	Mediação		Processo judicial	
	Vítima	Ofensor	Vítima	Ofensor
Oportunidade de relatar a sua percepção dos fatos	94%	88%	64%	64%
Sentimento de que sua opinião foi considerada	94%	72%	92%	55%
Sentimento de que o juiz ou mediador foi justo em relação ao caso	88%	91%	76%	63%
Ofensores que se arrependem do que fizeram	(não se aplica)	74%	(não se aplica)	29%
Vítimas que perdoaram seus ofensores	43%	(não se aplica)	22%	(não se aplica)
Sentimento de que o ofensor foi responsabilizado pelo dano causado	92%	82%	71%	49%

Fonte: Bibas e Bierschbach (2004)

39 UMBREIT (1998).

40 Esses dados foram retirados do artigo de BIBAS e BIERSCHBACH (2004).

I. Aplicabilidade da mediação para graves delitos

Há uma tendência em pensarmos na aplicabilidade da mediação apenas para delitos de menor potencial ofensivo⁴¹, excluindo-a dos delitos mais graves. Contudo, há quem afirme que isso se deva mais ao não uso da mediação penal para graves delitos do que a sua não aplicabilidade⁴².

Sem dúvida, a maioria dos programas de mediação penal implantados trabalha com delitos de menor gravidade. No entanto, tem-se observado o crescimento da prática desse processo para delitos mais graves⁴³ e suas vantagens já podem ser evidenciadas.

Em algumas prisões de segurança máxima nos Estados Unidos da América (Alasca, Califórnia, Nova Iorque, Pensilvânia, Minnessota e Texas) já existem programas de mediação penal para delitos graves em que pais de filhos assassinados e vítimas de crimes violentos têm a oportunidade de encontrarem com seus ofensores internados na presença de um mediador altamente qualificado para esta tarefa, no próprio estabelecimento prisional⁴⁴. O objetivo principal desse tipo de mediação é oferecer às vítimas de crimes violentos a oportunidade de encontrarem e comunicarem diretamente com seus ofensores em um ambiente seguro e estruturado, a fim de facilitar o processo de restauração. Muitas vítimas necessitam de respostas que apenas os ofensores podem fornecer, precisam expressar as conseqüências causadas pelo ato criminoso ou simplesmente ouvir diretamente do ofensor que ele reconhece sua responsabilidade pelo dano causado e que se arrepende.

Esse tipo de mediação penal requer do mediador um cuidado redobrado com a segurança da vítima e com a preparação tanto da vítima como do ofensor, antes e durante os encontros. O processo é mais lento e intenso, demandando maior qualificação do mediador. Em regra, o mediador reúne-se com as partes de três a cinco vezes por mês, em um período de dez a doze meses, além de contar com a ajuda de terapeutas para ajudar no processo de recuperação⁴⁵.

41 No Brasil, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95) prevê a conciliação entre as partes (Art. 74), no caso de ação penal privada ou pública condicionada à representação, onde é dada a oportunidade às partes para que realizem um acordo quanto aos danos gerados com a conduta delitiva; e a transação penal (Art. 76), no caso de não ocorrer a conciliação ou tratar-se de crime de ação penal pública incondicionada, em que o Ministério Público poderá realizar um acordo com o autor do fato, consistente na aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, sem a necessidade do infrator ser denunciado e responder ao processo penal. Esses são importantes instrumentos de resolução do conflito que procuram a satisfação material da vítima, a qual é por vezes ignorada no processo penal tradicional. Contudo, a competência dos Juizados Especiais abrange apenas delitos de menor potencial ofensivo, excluindo de sua competência os delitos mais graves. Para uma abordagem mais específica sobre o Juizado Especial Criminal e a justiça restaurativa, v. ainda nesse volume: MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Juizado Especial Criminal: o primeiro passo rumo à justiça restaurativa*.

42 HIGTON; ÁLVAREZ; GREGORIO (1998).

43 Segundo Higton, Alvarez e Gregório, quando do início do programa de mediação penal estatal do Texas (*Victim Services Unit of the Texas Department of Criminal Justice*), nos Estados Unidos da América, após o programa ter atendido seis (06) casos, na lista de espera de vítimas de crimes violentos que queriam participar do programa constavam dozentas (200) pessoas. Para uma explicação mais específica sobre os critérios para aferição do potencial restaurativo da mediação para graves delitos, v. artigo ainda nesse volume: CARNEIRO, Breno Zaban. *Mediação vítima-ofensor: critérios para aferição casuística do potencial restaurativo*.

44 HIGTON; ÁLVAREZ; GREGORIO (1998).

45 UMBREIT (1998).

O mediador deve ser capaz de compreender a experiência vivenciada pela vítima, suas tensões e traumas e as conseqüências trazidas pelo crime. Também deve conhecer bem o sistema de justiça criminal, compreender o ofensor e ser capaz de relacionar-se com ele sem pré-julgá-lo⁴⁶.

O processo de mediação em delitos graves tem início com o interesse da vítima em participar do programa. Cada vítima estabelecerá seus objetivos e a forma e o alcance que quer dar ao seu processo.

Em estudo realizado com vinte e duas (22) vítimas e vinte e quatro (24) ofensores que participaram desse tipo de mediação, praticamente todos indicaram um alto grau de satisfação com o programa e afirmaram que indicariam essa experiência a outros⁴⁷. Pode-se perceber os aspectos positivos da mediação penal em graves delitos através dos resultados constatados pelos participantes. Entre os efeitos relatados pelas vítimas tem-se o sentimento de que realmente foram ouvidas; a percepção de que o ofensor não mais dominava as suas vidas; a compreensão do ofensor como pessoa e não mais como monstro; sentiram-se mais seguras; sentimento de paz; disseram que não tentariam mais o suicídio; e que não sentiam mais ódio pelo ofensor.

Já os ofensores relatam o descobrimento de emoções e sentimento de empatia; a atenção maior em relação ao impacto de seus atos; e o sentimento de alívio e paz espiritual ao saber que contribuíram no processo de recuperação da vítima.

Logo, percebe-se que, apesar desse processo estar concentrado na recuperação das vítimas, ofensores também ganham na mediação penal em graves delitos. Contudo, não é todo e qualquer ofensor e/ou vítima de crime violento que está apto para a mediação penal. Apenas deverá participar do processo o ofensor que já admitiu ser o responsável pelo crime, arrependeu-se e quer contribuir para a reparação do dano causado à vítima⁴⁸; e ambos, vítima e ofensor devem participar voluntariamente, nunca pressionados.

II. Conclusão

Esperamos ter demonstrado as falhas do processo judicial hodierno em relação a importantes questões para os principais envolvidos no delito - vítima, comunidade e ofensor -, principalmente por estar a justiça criminal brasileira atual pautada nos princípios da justiça retributiva, em que o conflito é entendido como um ataque indivíduo vs. Estado e os sentimentos e necessidades da vítima e/ou comunidade vitimada são ignorados no processo de reparação do dano e restauração das partes.

A solução seria a implementação de um processo embasado nos princípios da justiça restaurativa, suprindo, desse modo, algumas falhas do processo atual. A mediação

⁴⁶ HIGTON; ÁLVAREZ; GREGÓRIO (1998).

⁴⁷ ROBERTS, T. 1995. *Evaluation of the victim-offender mediation program in Langley, B.C. Victoria, BC: Focus Consultants*. In: UMBREIT (1998).

⁴⁸ HIGTON; ÁLVAREZ; GREGÓRIO (1998).

vítima-ofensor demonstrou ser o processo que melhor concretiza os valores ressaltados por essa nova - e tão antiga - idéia de justiça, em que a vítima tem a oportunidade de expressar suas perdas diretamente ao ofensor e ouvir do delinqüente que este reconheceu sua responsabilidade, compreendeu o impacto do seu ato na vida da vítima e que se arrepende; já o ofensor tem a oportunidade de refletir sobre a magnitude de sua ação, colocar-se no lugar da vítima e contribuir para a reparação do dano causado.

Sublinhe-se que, apesar da mediação vítima-ofensor estar direcionada para a reparação do dano causado e às necessidades da vítima, o ofensor também ganha nesse processo.

Ademais, faz-se necessário acrescentar que a mediação vítima-ofensor não deve substituir o processo atual e não soluciona todas as mazelas da justiça criminal. Contudo, é capaz de complementar o processo tradicional, suprir algumas falhas e concretizar os princípios da justiça restaurativa. Daí a importância da inserção da mediação nas diversas fases da justiça criminal.

Por fim, esperamos ter esclarecido dúvidas centrais acerca da justiça restaurativa e de sua implementação por meio da mediação penal e instigado novos trabalhos sobre o tema ainda novo no mundo jurídico brasileiro.

Bibliografia

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos alternativos de resolução de disputa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de. *O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v.4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2007.

_____, *O processo de mediação: fundamentação epistemológica, características e princípios*. Revista IBDE. vol.3.

_____, (Org). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.1. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2002.

_____, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

_____, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BAZEMORE, Gordon. *Restorative justice and earned redemption: communities, victims, and offender reintegration*. American Behavioral Scientist. Março 1998. vol.41 n.6 p. 768 (46).

_____, *Whom and how do we reintegrate? Finding community in restorative justice*. Criminology & Public Policy. Columbus. Fevereiro 2005. vol.4 Iss.1 p.131-148.

_____, PRANIS, Kay. *Hazards along the day*. Correction Today. Lanham. Dezembro 1997. vol.59 Iss.7 p.84-89.

_____, STINCHCOMB, Jeanne. *A civic engagement model of reentry: involving community through service and restorative justice*. Federal Probation. Washington. Setembro 2004. vol.68 Iss.2 p.14-24.

BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Brasília: Ed. UnB, 2000.

BIBAS, Stephanos; BIERSCHBACH, Richard A. *Integrating remorse and apology into criminal procedure*. Yale Law Journal. Outubro 2004, vol. 144, i1, p. 85 (66).

BRAITHWAITE, John. *Shame and criminal justice*. Canadian Journal of Criminology. Ottawa. Julho 200. vol.42 Iss.3 p.281-298.

BRIGHT, Christopher; PARKER, Lynette. *Prison Fellowship International*. 1997. Disponível em: <http://www.restorativejustice.org/intro>. Acesso em: agosto de 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Breno Zaban. *Mediação vítima-ofensor: critérios para aferição casuística do potencial restaurativo*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. vol.4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2005.

CHOWN, Peggy L.; PARHAM, John H. *Can we talk? Mediation in juvenile cases*. The FBI Law Enforcement Bulletin. Novembro 1995. vol. 64 n.11 p. 21 (5).

COLLEY, Bartholomew Bioh. *A community approach to overcoming violence: peace and justice through reconciliation*. The Ecumenical Review. Geneva. Julho 2001. vol.53 Iss.3 p.385-389.

DZUR, Albert W. *Civic implications of restorative justice theory: citizen participation and criminal justice policy*. Policy Sciences. Amsterdã. Dezembro 2003. vol.36 Iss.3/4 p.279-306.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Trad. Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2 ed. Rio de Janeiro. Imago, 1994.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. *Justiça Restaurativa: É possível no Brasil?* In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Livro>. Acesso em: agosto de 2005.

_____, *Justiça Restaurativa: O Paradigma do Encontro*. No prelo.

HIGTON, Elena; ÁLVAREZ, Gladis S.; GREGORIO, Carlos G. *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal: la mediación penal y los programas víctima – victimario*. Argentina, 1998.

MARTINS, Tahinah Albuquerque. *Juizado Especial Criminal: o primeiro passo rumo à justiça restaurativa*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.4. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2005.

MORRIS, Allison. *Critiquing the Critics: A brief response to critics of restorative justice*. British Journal of Criminology. 2002.

PERRONI, Otávio Augusto Buzar. *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de mediação*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

RIBEIRO, Rochelle Pastana. *A utilização de algoritmos para uma negociação mais justa e sem ressentimentos – uma análise da obra de Brams e Taylor*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. vol.2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

ROBERTS, T. 1995. *Evaluation of the victim-offender mediation program in Langley, B.C. Victoria, BC: Focus Consultants*. In: UMBREIT, Mark S. *Restorative justice through victim-offender mediation: a multi-site assessment*. Western Criminology Review. 1998. Disponível em: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>. Acesso em: novembro de 2004.

RODRIGUEZ, Nancy. *Restorative justice, communities, and delinquency: whom do we re-integrate?* Criminology & Public Policy. Columbus. Fevereiro 2005. vol.4 Iss.1 p.103-130.

UMBREIT, Mark S. *The handbook of victim-offender mediation: an essential guide to practice and research*. 2000.

_____, *Justiça Restaurativa por meio da Mediação Vítima-Ofensor: uma Avaliação a partir de várias Experiências Locais*, publicado neste livro

_____, *Restorative justice through victim-offender mediation: a multi-site assessment*. Western Criminology Review. 1998. Disponível em: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>. Acesso em: novembro de 2004.

_____, COATES, Robert B.; VOS, Betty. *Restorative justice systemic change: the Washington County experience*. Federal Probation Washington. Dezembro 2004, vol.68 Iss.3 p.16-23.

_____, GREENWOOD, Jean. *Guidelines for victim-sensitive victim-offender mediation: restorative justice through dialogue*. Center for Restorative Justice & Peacemaking. University of Minnesota. Abril 2000. Disponível em: www.mediate.com/articles/pdf/vomguide.pdf. Acesso em: maio de 2005.

_____, ROBERTS, A.W. 1996. *Mediation of criminal conflict in England: an assessment of services in Coventry and Leeds*. St. Paul, MN: Center for Restorative Justice & Mediation, University of Minnesota. In: UMBREIT, Mark S. *Restorative justice through victim-offender mediation: a multi-site assessment*. Western Criminology Review. 1998. Disponível em: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/umbreit.html>. Acesso em: novembro de 2004.

WILLIAMS, Brian. *Recent legislation on offenders and victims of crime: restorative justice or co-option?* Community Safety Journal. Brighton. Janeiro 2005. vol.4 Iss.1 p.13-19.

WOOLFORD, Andrew. *Restorative justice and family violence*. The Canadian Review of Sociology and Anthropology. Toronto. Fevereiro 2004. vol.41 Iss.1 p.117-119.

_____, RATNER, R.S. *Nomadic justice? Restorative justice on the margins of law*. Social Justice. San Francisco. 2003. vol.30 Iss.1 p.177.

ZEHR, Howard. *Restorative justice: the concept*. Corrections Today. Lanham. Dezembro 1997. vol.59 Iss.7 p.68-70.

A INDICAÇÃO À MEDIAÇÃO VÍTIMA-OFENSOR: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM REFERÊNCIA À SUA EFICÁCIA EM DIFERENTES CASOS

*Breno Zaban Carneiro*¹

I. Introdução. II. Mediação Vítima-Ofensor – Conceito, Procedimento e Efeitos. III. A Relação entre a Justiça Restaurativa e o Sistema Estatal de Justiça. IV. Mediação Vítima-Ofensor – Critérios para Avaliação do Potencial de Eficácia. V. Considerações Finais. V. Bibliografia.

I. Introdução

A justiça restaurativa consiste em uma nova abordagem ao fenômeno do crime². Ao invés de se concentrar na punição do ofensor³, enfoca-se a restituição do prejuízo observado pela vítima e a reintegração do perpetrador do delito à comunidade. Busca-se oferecer a oportunidade de cura em face das lesões psicológicas, sociais e patrimoniais decorrentes do crime, que em geral são ignoradas pelo sistema de justiça penal convencional.

A mediação vítima-ofensor é um processo que segue as especificações da justiça restaurativa. Ao se reunirem os envolvidos no delito em um ambiente seguro e controlado, busca-se dar a oportunidade de confrontar as conseqüências do delito sobre cada uma das partes e estabelecer formas de reparação dos prejuízos sofridos.

Contudo, a mediação vítima-ofensor não apresenta a mesma eficácia em todos os casos. Há diversos fatores que devem ser ponderados antes de se promover a aludida reunião. Negligência quanto à observância prévia de tais fatores pode conduzir a uma mediação que não só deixe de fornecer os efeitos restaurativos desejados, mas ocasione ainda mais lesões aos envolvidos.

¹ Membro do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade Brasília. O autor gostaria de agradecer a Marcus Mota da Cunha Lopes, Sérgio Antônio Garcia Alves Júnior, Tahinah Albuquerque Martins e André Gomma de Azevedo pela revisão do texto.

² Para uma perspectiva mais ampla sobre a abordagem restaurativa, ver AZEVEDO, André Gomma de. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal, constante neste volume

³ Para os fins deste trabalho, "ofensor" deve ser entendido como o perpetrador de um ilícito penal.

Identificar alguns destes fatores é a tarefa a que se propõe o presente artigo. Para tanto, os pontos apresentados serão divididos em três blocos principais. O primeiro bloco visa a apresentar uma visão geral do que é mediação vítima-ofensor, buscando indicar quais são seus fundamentos e quais efeitos propicia. Em seguida, será realizada breve exposição acerca da forma pela qual a mediação vítima-ofensor interage com o sistema de justiça convencional. O terceiro bloco tem por escopo apresentar alguns critérios que permitam identificar o potencial de realização dos efeitos aludidos. Após a apresentação destas idéias, será esboçado um balanço geral dos pontos abordados.

Pretende-se, com tal exposição, atingir os seguintes escopos: 1) informar agentes envolvidos na persecução penal a respeito de uma nova abordagem ao crime que pode ser utilizada em conjunto com a abordagem tradicional; 2) indicar critérios que permitam a melhor triagem de casos por programas de mediação; 3) indicar elementos que orientem as expectativas do mediador quanto às possíveis dificuldades e os possíveis resultados a serem observados durante e após a intervenção restaurativa.

II. Mediação Vítima-Ofensor – Conceito, Procedimento e Efeitos

II.a. Conceito

Por processo restaurativo pode-se entender qualquer processo no qual a vítima, o ofensor e membros da comunidade afetados participam juntos e ativamente na resolução das questões decorrentes de um crime⁴. Trata-se de uma abordagem ao comportamento criminoso distinta⁵ do sistema punitivo convencional⁶. Na justiça restaurativa, o enfoque do termo “justiça criminal” afasta-se da premissa de que o crime é um assunto que concerne apenas ao Estado e ao ofensor, aproximando-se então de uma concepção que inclui como interessadas a vítima e a comunidade lesionadas⁷.

Há diversas definições da justiça restaurativa que, porém, tendem a incluir os seguintes elementos: a) focalizar o dano causado ao invés do fato criminoso; b) enfocar as pessoas prejudicadas; c) ter como objetivos principais a cura e a reintegração, individual e social; d) reconhecer a importância do próprio processo de responder pelo delito; e) envolver a comunidade na resposta ao crime; f) integrar o sistema social de modo a des-

4 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Basic Principles on Restorative Justice*. United Nations Economic and Social Council, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice. Abril de 2002. Disponível em: <http://www.un.org/docs/ecosoc/documents.asp?id=315>.

5 Para uma comparação entre a justiça convencional (retributiva) e a restaurativa, vide UMBREIT, Mark S., *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. Jossey-Bass, 2001. p. XXXI-XXXII.

6 Zehr esclarece que não existe um sistema de justiça exclusivamente retributivo (convencional) ou restaurativo. Escreve o autor que dificilmente se alcançará uma justiça totalmente restaurativa; um objetivo mais realista seria buscar ao máximo possível um processo que inclua vítimas, ofensores e membros da comunidade afetada no centro da busca por uma justiça que cure as feridas resultantes do delito. ZEHR, Howard. *Restorative Justice: The Concept*. In *Corrections Today*. Lanham: Dezembro de 1997. Vol. 59, nº 7. p.

7 ASHWORTH, Andrew. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*. In *British Journal of Criminology*. 2002, 42. p. 578

cobrir pressões sociais, econômicas e políticas conducentes ao crime, permitindo assim a elaboração de políticas de redução de crimes⁸.

Entre os diversos processos voltados à obtenção dos objetivos restaurativos citados, podemos apontar a Mediação Vítima-Ofensor (doravante MVO), objeto do presente artigo. A MVO oferece a vítimas de crimes a oportunidade de encontrar os perpetradores em um ambiente seguro e estruturado, com o objetivo de responsabilizar diretamente os ofensores ao mesmo tempo em que se proporciona assistência e compensação às vítimas⁹. Seu modo de funcionamento e seus efeitos serão abordados nos tópicos que se seguem.

II.b. Procedimento¹⁰

Por mediação pode-se entender o processo pelo qual um terceiro imparcial auxilia partes em conflito a gerirem suas controvérsias. A mediação não deve ser compreendida como um modelo único¹¹ de atuação, mas sim como um gênero de prática que abrange diversas modalidades¹². Cada modalidade apresenta suas próprias peculiaridades quanto ao modo de atuação do mediador e objetivos buscados no processo.

No caso da MVO, entende Umbreit¹³ que o modelo de prática utilizado pode ser descrito como um processo humanístico de dimensões transformativas¹⁴. De acordo com Bush e Folger¹⁵, um processo transformativo consistiria em uma intervenção pelo mediador voltada exclusivamente a dar às partes o apoio necessário para a obtenção de *reconhecimento e empoderamento* por elas. Empoderamento e reconhecimento, informam os autores, consistem em mudanças na forma como se observa a si e ao outro; enquanto o empoderamento implica percepção de maior força pessoal para enfrentar o conflito, o

8 WRIGHT, Martin. *The Court as Last Resort – Victim-sensitive, Community-based Responses to Crime*. In *British Journal of Criminology*, 2002, 42, p. 655.

9 UMBREIT, 2001, p. XXXVIII. O trecho a que se faz referência restringe o conceito a vítimas de crimes patrimoniais ou agressões menores. Contudo, entendemos mais conveniente apresentar no corpo do texto uma perspectiva mais ampla, dado que: a) o próprio Umbreit discute a possibilidade de mediação em crimes violentos naquela mesma obra; b) a compreensão das idéias posteriormente apresentadas neste artigo seria comprometida por tal vinculação conceitual.

10 Utilizamos aqui o termo “procedimento” de forma análoga à utilizada na teoria geral do processo. Assim, o procedimento deve ser entendido, para os fins deste tópico, como “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Malheiros, 17ª Edição, 2001. p. 278

11 Ver RISKIN, Leonard L. *Tomada de Decisão em Mediação: o Novo Gráfico Antigo e o Novo Sistema do Gráfico Novo*, constante neste volume.

12 Ver BUSH, Robert A. Baruch. *Um modelo não serve para todos: uma abordagem pluralista ao teste de desempenho e à garantia de qualidade do mediador*, constante neste volume.

13 UMBREIT, 2001, p. 3-4

14 De acordo com Hughes e Mossman, contudo, não se deve associar a justiça restaurativa à concepção transformativa. Informam as autoras que a abordagem restaurativa ainda concentra-se no enfoque na reparação à violação do direito, de modo incompatível com o enfoque na mudança da percepção do conflito esposado pela abordagem transformativa. Aduzem que, na prática, poucos ou nenhum projetos restaurativos atingiram o objetivo de transformar o enfoque do sistema penal, apesar do potencial para fazê-lo. HUGHES, Patrícia e MOSSMAN, Mary Jane. *Re-thinking access to criminal justice in Canada: A Critical Review of Needs, Responses and Restorative Justice Initiatives*. Department of Justice Canada, Research and Statistical Division. Março de 2001. Disponível em: <http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/rr03-2.pdf>. p. 70-72.

15 BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. Jossey Bass, 2005. p. 75

reconhecimento implica uma compreensão maior da forma como a outra parte pensa sobre a disputa¹⁶.

A teoria da mediação transformativa entende que seres humanos possuem por natureza os elementos ou recursos necessários ao surgimento do empoderamento e do reconhecimento. O processo transformativo, portanto, implica uma atitude mais passiva por parte do mediador, que se restringe a apoiar as partes em um movimento em direção a uma compreensão do conflito mais construtiva e, conseqüentemente, mais apta a produzir resultados úteis aos interessados.

Assim, o enfoque do mediador¹⁷ será de fornecer suporte às partes antes e durante o momento de encontro, facilitando a difícil interação entre lesionado e ofensor e potencializando os efeitos restaurativos do processo. Para fornecer tal suporte, o mediador dispõe de diversas técnicas e recursos, tais como¹⁸: realizar sessões pré-mediação com cada parte, de modo a ouvir a suas histórias, avaliar o caso e fornecer informações relevantes; posicionar as partes de modo a terem contato visual direto e espontâneo durante a mediação; admitir momentos de silêncio, de modo a permitir a reflexão e iniciativa das partes; estabelecer confiança e compreensão com cada parte¹⁹.

II.c. Efeitos

Cabe agora realizar algumas observações sobre os resultados percebidos como decorrência da mediação vítima-ofensor. Todos os efeitos aqui indicados foram observados por pesquisas empíricas conduzidas em diversas localidades²⁰.

O primeiro efeito diz respeito à satisfação dos envolvidos no processo. Após a MVO, vítima e ofensor, na maior parte das vezes, expressaram que seu caso foi administrado de modo adequado pelo sistema de justiça. A percepção de ter sido tratado de forma justa é também indicada em diversos estudos.

A restituição do prejuízo pelo ofensor à vítima é outro efeito da MVO. Muito embora a restituição material não seja, em si, um elemento essencial da mediação, têm-se observado altos índices de realização de acordos de reparação, bem como de execução espontânea de tais acordos. Observou-se que, como resultado da MVO, a probabilidade de

16 Para uma descrição mais detalhada sobre os princípios básicos da mediação transformativa ou transformadora, ver OLIVEIRA, Artur Coimbra de, *Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora*, constante nesse volume

17 Estamos aqui apenas indicando as orientações procedimentais básicas a serem seguidas em mediações vítima-ofensor. Para uma descrição mais ampla sobre características procedimentais desse processo, vide AZEVEDO, *op. cit.*, constante nesse volume.

18 Estas e outras implicações práticas do modelo humanístico de mediação podem ser encontradas em UMBREIT, 2001, p. 9-16

19 Como informa Umbreit, embora programas de MVO possam adotar práticas diferentes em áreas diferentes, os objetivos buscados e alcançados em geral são relativamente similares. UMBREIT, 2001, p. 123

20 Mais especificamente, este tópico baseou-se na exposição de Umbreit sobre estudos nos Estados Unidos (UMBREIT, 2001, p. 195-214), no Canadá (*idem*, p. 215-233) e na Inglaterra (*idem*, p. 235-252), bem como em um estudo comparativo entre os três países (*idem*, p. 179-193) e na visão geral oferecida pelo autor das pesquisas empíricas (*idem*, p. 161-177). Cabe ressaltar ao fato de que, como informa Umbreit (*idem*, p. 162), a MVO é uma das intervenções no sistema de justiça mais empiricamente bem fundamentadas que já foram observadas.

se realizar a reparação é significativamente maior em comparação com ordens judiciais para pagamento de restituição.

Um efeito menos expressivo e mencionado dessa forma de mediação concerne a menor utilização do sistema de justiça convencional. Alguns estudos indicam que, como resultado da MVO, menos julgamentos são realizados e ofensores passam menos tempo na prisão.

Uma quarta consequência da utilização desse processo de justiça restaurativa envolve a contenção da reincidência criminal. Ofensores que participaram da MVO são, em geral, menos propensos a cometer novos crimes que ofensores que não participaram desse processo. O grau de diferença entre os dois grupos, contudo, varia razoavelmente entre os estudos realizados.

No que se refere a custos, há alguma indicação de que a MVO pode permitir economia de gastos no trato de ofensas penais. Contudo, a base empírica para tal observação ainda é pequena. Outra ressalva a ser feita diz respeito ao fato de que o custo por caso pode variar significativamente de acordo com o número de casos conduzidos e a quantidade de tempo dedicado a cada um.

Um último efeito ao qual cabe menção diz respeito ao impacto psicológico positivo sobre a vítima. Os dados estatísticos indicam, em geral, significativa redução no que se refere ao medo nutrido pela vítima de ser novamente alvo do mesmo ofensor²¹.

III. A Relação entre a Justiça Restaurativa e o Sistema Estatal de Justiça

O presente tópico visa a esclarecer a interação entre processos restaurativos e o sistema estatal de justiça. Com tal exposição, pretendemos indicar que a justiça restaurativa pode ser entendida como uma abordagem paralela e não excludente do sistema penal. Pretendemos também demonstrar que a mediação vítima-ofensor não está necessariamente ligada a algum momento específico da persecução penal, de modo que as proposições a serem aqui realizadas acerca da eficácia do processo de mediação não estarão vinculadas ao seu uso em um ou outro momento do processo criminal.

III.a. A Imprescindibilidade do Sistema Retributivo Convencional

De acordo com Hughes e Mossman²², muito embora haja quem entenda que a justiça restaurativa deve substituir completamente o sistema convencional, a concepção dominante sobre o papel dos processos restaurativos é menos ambiciosa:

21 Outro benefício psicológico advém da própria possibilidade de se discutir o crime. De fato, "falar sobre um trauma traz notáveis reduções em pressão sanguínea, tensão muscular e condutância da pele durante e imediatamente após tal revelação" (Livro tradução de "Talking about a trauma brings about striking reductions in blood pressure, muscle tension, and skin conductance during and immediately after such disclosure" PENNEBAKER, James. *Emotion, Disclosure and Health: An Overview.* In *Emotion, Disclosure and Health*. American Psychological Association. Washington, D.C., 1995. *apud* GEHM, John R. *Victim-Offender Mediation Programs: An Exploration of Practice and Theoretical Frameworks*. In *Western Criminology Review*, vol. 1, nº 1. Disponível em: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/gehm.html>. p. 22. Optou-se por não fazer tal ressalva no corpo do texto devido à inexistência de dados empíricos específicos sobre este ponto.

22 *Op. cit.*, p. 79

A maioria dos comentadores reconhece ou admite que a justiça restaurativa não será sempre apropriada ou efetiva e que deve ser “apoiada” por abordagens mais tradicionais, tais como punição, incluindo emprisonamento ou, mais genericamente, incapacitação.²³

Stephen P. Garvey²⁴ entende que o crime transmite uma mensagem de insulto ou desprezo às vítimas, sendo este prejuízo expressivo ou moral que estrutura o dano ilícito que constitui o crime. Entende o autor que esse dano não pode ser sanado pela interação entre vítima e ofensor. Para Garvey, é a punição pelo Estado que anula a referida mensagem danosa. Desta forma, a restauração completa da vítima dependeria do efetivo cumprimento da pena atribuída pelo Estado ao ofensor.

Entende Garvey que é precisamente a existência dessa mensagem de insulto ou desprezo à vítima e às leis que fundamenta a necessidade de se punir. Para o autor, esse é o elemento que compõe a intenção criminosa combatida pelo sistema convencional de justiça.

Por outro lado, há quem entenda que a própria participação em processos restaurativos impõe ônus ao ofensor. Kathleen Daly realizou pesquisa sobre este ponto, chegando à conclusão de que a maior parte das vítimas envolvidas em um processo restaurativo entendeu a participação do ofensor como uma punição²⁵. Em contrapartida, Garvey²⁶ argumenta que deve haver proporcionalidade entre delito e punição. Ou seja, embora simplesmente participar de uma mediação vítima-ofensor possa constituir suficiente punição em um caso de agressão verbal, é inaceitável se pensar que a participação em um processo restaurativo é punição suficiente para um caso de homicídio. Desta forma, o sistema penal convencional ainda faz-se necessário.

III.b. A Interação entre a Abordagem Restaurativa e a Abordagem Retributiva

Uma vez estabelecida a necessidade de se manter um sistema retributivo paralelo ao restaurativo, cabe agora indicar de que forma a interação entre os dois sistemas pode ocorrer.

A princípio, é importante ressaltar que iniciativas restaurativas não são, necessariamente, vinculadas ao Estado. Como afirmado anteriormente²⁷, essa abordagem ao crime

23 Livre tradução de “Most commentators recognize or concede that restorative justice will not always be appropriate or effective and that it must be “backed up” by more traditional approaches, such as punishment, including imprisonment or, more generally, “incapacitation” “. HUGHES e MOSSMAN, *op. cit.*, p. 79-80. Como exemplos de incapacitação diversa de emprisonamento, as autoras indicam a remoção de crianças de molestadores.

24 GARVEY, Stephen P. *Restorative Justice, Punishment and Atonement*. In Utah Law Review, 2003:303. Disponível em http://www.law.utah.edu/pdf/law_review_symposia/restorative_justice/09Garvey.pdf. p. 306 e 308

25 DALY, Kathleen. *Does punishment have a place in restorative justice?* Trabalho apresentado na Conferência Anual da Sociedade de Criminologia da Nova Zelândia e da Austrália, Perth, 28-30 de setembro de 1999. Disponível em www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly_docs/kdpaper7.pdf

26 *Op. cit.*, p. 310

27 Tópico II.a *supra*.

enfoca, primordialmente, a vítima e o dano por ela sofrido, e não o ofensor e a ilicitude do ato por ele perpetrado. Desta forma, a iniciativa restaurativa pode ocorrer de forma totalmente alheia ao tratamento estatal do crime, uma vez que não precisa necessariamente influir na pena a ser cumprida pelo ofensor.

Por outro lado, parte significativa dos programas de MVO é realizada de forma associada à persecução penal. A abordagem restaurativa pode ser aplicada em diferentes momentos da atuação estatal, desde logo após a realização do crime até o momento de cumprimento da pena.

Daniel W. Van Ness²⁸, analisando o uso da justiça restaurativa ao redor do mundo, aponta diferentes pontos de inserção no sistema penal convencional. De acordo com o autor, casos têm sido remetidos a processos restaurativos por policiais, juízes, promotores e até mesmo agentes de liberdade condicional. A indicação ou o próprio uso de abordagens restaurativas por tais agentes, obviamente, depende da discricionariedade dada pelo ordenamento a suas ações.

No caso do Brasil, essa inserção, a princípio, demonstrar-se-ia prejudicada, uma vez que toda a persecução penal no país é caracterizada por alto grau de indisponibilidade a ser observado pelos agentes. Por outro lado, cabe ressalva à necessidade de se observar o fim social do sistema penal. Tal imperativo é previsto pela própria Lei de Introdução ao Código Civil²⁹, dispositivo que se entende como orientador da interpretação de todas as normas jurídicas nacionais.

Assim, se por um lado os agentes envolvidos na persecução penal no Brasil não têm autoridade para exigir a participação em processos restaurativos, por outro lado a participação espontânea indica arrependimento e esforço de reparação pelo ofensor. Esse fator deve ser considerado na aplicação de pena, se considerarmos que a recuperação do criminoso é um objetivo do sistema. Desta forma, não entendemos haver óbice relevante a que o Estado brasileiro disponibilize opções restaurativas e adeqüe o tratamento do ofensor à sua participação e ao seu desempenho em tais opções.

Tendo realizado tais observações sobre a imprescindibilidade do sistema de justiça convencional e sobre as possibilidades de sua interação com a justiça restaurativa, cabe agora passar à análise dos potenciais benefícios a serem observados pelo uso da mediação vítima-ofensor em diferentes casos.

28 NESS, Daniel W. Van. *An Overview of Restorative Justice Around the World*. Décimo primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal. Disponível em: www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/11_un/dan%20van%20ness%20final%20paper.pdf

29 Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

IV. Mediação Vítima-Ofensor – Critérios para Avaliação do Potencial de Eficácia.

Uma ressalva que poderia ser feita à descrição dos efeitos procedida no tópico II.c *supra* é a de que eles apresentam conseqüências positivas apenas porque a amostra mediada já detinha os elementos necessários e suficientes ao sucesso da MVO. Ou seja, poder-se-ia criticar os estudos empíricos na medida em que não permitiriam conhecimento sobre o resultado da MVO em um cenário não propício ao desenvolvimento deste processo.

A tal crítica, contudo, cabe a resposta de que a própria execução de uma mediação vítima-ofensor em um ambiente que lhe seja hostil constitui má prática do processo. Em outras palavras, há certos elementos que devem estar presentes para que os efeitos positivos da MVO possam ser observados.

Uma ressalva, contudo, faz-se necessária. Como indicado anteriormente³⁰, a própria estrutura da MVO pressupõe a existência, em cada pessoa, dos fundamentos essenciais ao reconhecimento e ao empoderamento que conduzem à obtenção dos efeitos positivos da mediação. Desta forma, qualquer caso poderia, a princípio, ser objeto da MVO.

Por outro lado, há que se observar que os recursos econômicos são, por definição, sempre escassos. Assim, não é razoável se supor que um programa de MVO possuirá recursos suficientes para dar suporte adequado a todos os casos em que haja eventual possibilidade de obtenção de efeitos restaurativos. Desta forma, critérios devem ser estudados para orientar a seleção de casos pelos programas³¹. A identificação de tais critérios é o objeto do presente tópico.

IV.a. Natureza e Gravidade do Delito

O primeiro elemento a ser observado concerne à natureza e à gravidade do delito. Há controvérsia sobre a adequação da MVO em crimes que envolvem lesão a bens da vida mais relevantes, bem como em delitos de impacto mais expressivo sobre quaisquer bens.

Como informam Hughes e Mossman³², muito embora a MVO possa ser empregada para quaisquer crimes, ela é mais freqüentemente utilizada em casos de delitos referentes à propriedade ou de agressões leves. Nestes casos, o potencial de reparação do prejuízo pelo ofensor seria mais efetivo. Além disso, a demonstração do efeito humano do crime

30 Tópico II.b *supra*.

31 A identificação dos casos em que a justiça restaurativa é mais eficaz é relevante na medida em que orienta o gasto público direcionado à melhoria do sistema de justiça penal. Uma vez estabelecidos critérios para avaliar se o benefício social auferido pela utilização de processo restaurativo em um caso específico excede os gastos governamentais, torna-se então possível identificar os casos em que o uso do sistema restaurativo justifica o investimento estatal. Nesse sentido: "State investment in restorative programmes needs to be justified by demonstrable improvements in the quality of the criminal justice system, achievable at an acceptable price. Eligibility for restorative processes might therefore be approached on the basis of providing the 'most good for the most people'. This suggests the need for some form of targeting". Ver NOVA ZELÂNDIA. *Restorative Justice Processes: the main options for New Zealand*. Disponível em <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/chapter6.html#rtftoc1>.

32 HUGHES e MOSSMAN, *op. cit.*, p. 100.

contribuiria para a conscientização do ofensor, diminuindo a probabilidade de cometimento de ofensas mais graves³³. A possibilidade de revitimização³⁴ do ofendido no decorrer do processo também seria menos expressiva em comparação com crimes de natureza diversa (e.g. estupro) ou de maior gravidade (e.g. lesão corporal grave).

Outra parte da doutrina, contudo, espousa o entendimento de que casos de maior impacto são precisamente os mais indicados para a MVO. As lesões psicológicas e comunitárias decorrentes destes delitos são muito mais expressivas do que as percebidas nos crimes de menor grau ofensivo. O potencial de restauração oferecido pela MVO é muito mais bem empregado no trato de tais ofensas. Obviamente, a mediação destes casos teria de ser realizada de forma muito mais cautelosa³⁵. Porém, caso bem utilizada, sua eficácia seria também muito mais significativa^{36 37}.

Observe-se que há críticas a cada uma de tais perspectivas. Por um lado, condena-se o uso de processos restaurativos em crimes de menor potencial ofensivo, tendo em vista o fato de que o próprio uso de tais processos implica uma penalização do ofensor mais significativa do que ele receberia pelo sistema convencional de justiça³⁸. Por outro lado, critica-se o uso da justiça restaurativa em casos de crimes de maior impacto. Argumenta-se que isso implicaria uma “privatização” do que deveria ser uma ofensa ao público e em uma trivialização do que deveria ser considerado um delito sério³⁹.

IV.b. Idade do Ofensor

Boa parte dos programas de MVO existentes dedica-se exclusivamente a casos em que o ofensor não tenha atingido a maioridade. Por este motivo, tratamos desse critério em tópico separado daquele destinado às características relevantes do ofensor (III.c *infra*).

33 UMBREIT, 2001, p. 175

34 A vitimização tem sido caracterizada por pesquisas como uma perda de controle, de significado, de fé na humanidade e em um mundo justo e ordeiro. Muito do processo de recuperação tem sido descrito como um processo de reordenação ou de criação de significado. GEHM, *op. cit.* Fala-se em revitimização quando o reencontro com o ofensor ocasiona à vítima a repetição das lesões psicológicas características da vitimização.

35 Entre as preocupações específicas relevantes a tais casos, pode-se enunciar: a) necessidade de preparação mais extensa pelo mediador em face do caso; b) necessidade de múltiplas reuniões separadas antes de se reunir as partes; c) negociação com agentes penitenciários para assegurar a condução da MVO em um presídio; d) necessidade extrema de neutralidade por parte do mediador. UMBREIT, 2001, p. 256.

36 De acordo com Umbreit, “vítimas que buscam e escolhem este tipo de encontro e diálogo com um indivíduo que trouxe uma tragédia inexpressível a suas vidas relatam sentimentos de alívio, uma percepção de desfecho e gratidão por não terem sido esquecidas, silenciadas ou ignoradas”. (Livro tradução de “Victims who seek and choose this kind of encounter and dialogue with an individual who brought unspeakable tragedy to their lives report feelings of relief, a sense of closure, and gratefulness for not being forgotten, silenced or ignored” UMBREIT, 2001, p. 175)

37 Observe-se que também a opinião pública divide-se sobre o tema. Em pesquisa realizada na Nova Zelândia em 1995, descobriu-se que a maior parte dos participantes acreditava que qualquer crime deveria ser passível de inclusão desde que a vítima quisesse utilizar o processo. Contudo, identificou-se uma tensão entre alguns homens que se sentiram desconfortáveis com a ideia de justiça restaurativa em crimes como abuso de crianças, estupro e homicídio e algumas mulheres que entendiam que a justiça restaurativa deveria ser reservada exatamente para crimes mais sérios como estupro e homicídio. NOVA ZELÂNDIA. *op. cit.*

38 MORRIS, Allison. *Critiquing the Critics – A Brief Response to Critics of Restorative Justice*. British Journal of Criminology, 2002, 42, p. 602-603. A autora responde a esta crítica alegando que este aumento do potencial punitivo é observável apenas em certos exemplos de justiça restaurativa, não se aplicando a todos os programas.

39 MORRIS, *op. cit.*, 603-604. Segundo a autora, os processos restaurativos não trivializam o crime, mas acreditam que os amigos e família do ofendido são os agentes mais aptos a denunciar a seriedade do prejuízo perpetrado pelo ofensor. Observa também que esta crítica é mais frequentemente mencionada no que se refere a violência contra a mulher.

Há dois aspectos básicos a se considerar no que se refere a propostas de MVO para ofensores até um certo limite de idade. O primeiro concerne à expectativa de maior influência sobre o ofensor jovem do que o processo teria sobre um adulto. O segundo envolve a maior facilidade de redirecionar o aparato punitivo do Estado em face do delito, permitindo assim uma maior probabilidade de interesse por parte do ofensor⁴⁰. Como esse segundo ponto envolve mais uma questão de compatibilidade sistêmica do que uma de potencialização de efeitos, a nossa análise restringir-se-á a examinar a alegada maior eficácia da MVO sobre o ofensor jovem.

Neste âmbito, duas variáveis afiguram-se relevantes, quais sejam a efetividade da restituição e a contenção da reincidência. No que se refere à restituição dos prejuízos, há evidência de que processos similares de MVO com enfoques de idade distintos apresentam o mesmo nível de geração de acordos de restituição⁴¹. Quanto ao adimplemento efetivo do acordo, há indicação de que programas de MVO com menores de idade têm impacto sobre a atitude dos ofensores; não dispomos, porém, de dados confirmando ou afastando a mesma situação no que concerne a programas voltados a adultos. A mesma indisponibilidade de dados é observada no que se refere à reincidência. Embora se tenha percebido efetiva redução do potencial de cometimento de novos crimes em programas de MVO voltados a jovens, não dispomos de dados sobre tal efeito em adultos.

IV.c. Aspectos Concernentes ao Ofensor

O primeiro elemento de relevo consiste na possibilidade de o ofensor escolher se participará ou não da mediação. O ingresso forçado não é apropriado e tende a ser contra-producente. A própria falta de sinceridade ou a atitude contrariada do ofensor pode resultar em prejuízo adicional para a vítima.

Observe-se que a decisão de ingressar na MVO deve ser plenamente informada. O mediador deve fornecer todos os elementos necessários à ponderação⁴² pelo ofensor dos riscos e benefícios de se mediar o seu caso específico. Como informa Umbreit⁴³, ter um participante bem informado e disposto aumenta as chances de que a mediação produza benefícios para todas as partes envolvidas⁴⁴.

No que se refere à possibilidade de retirar-se da mediação após já iniciada, dois aspectos devem ser considerados. Por um lado, a saída do ofensor pode implicar revitimização, uma vez que as expectativas da vítima de responsabilização do ofensor serão

40 NOVA ZELÂNDIA, *op. cit.*

41 Comparação realizada entre projetos no Canadá, nos quais a idade média do ofensor é de 24 anos, e nos Estados Unidos, onde a idade média do ofensor é de 15 anos. UMBREIT, 2001, p. 182 e 189-190.

42 Até que ponto o mediador deve influenciar a opção da parte é uma questão relevante, que será melhor abordada ao se tratar da opção da vítima (ver tópico III.d *infra*).

43 UMBREIT, 2001, p. 27-28

44 Há quem condene a justiça restaurativa por entender que a pressão exercida sobre o ofensor para aceitar sua responsabilidade por seus delitos pode resultar em violação de seus direitos como acusado em um sistema de justiça. Sobre tal crítica e respostas a ela, ver MORRIS, *op. cit.*, p. 601-602

frustradas. Por outro, a obrigatoriedade de continuar uma mediação sem a disposição do ofensor pode resultar nas mesmas conseqüências negativas que a falta de escolha sobre o ingresso potencializa⁴⁵.

Outro fator de interesse concerne a características da comunidade na qual o ofensor está inserido. Como observa Rodriguez⁴⁶, menores de idade originários de comunidades com maiores níveis de desemprego tendem a ser escolhidos para participar de programas de justiça restaurativa com maior freqüência do que aqueles provenientes de comunidades caracterizadas por heterogeneidade racial ou étnica. Ou seja, este é um fator reputado relevante por oficiais encarregados de selecionar casos⁴⁷. Rodriguez, contudo, aponta que tais características comunitárias não surtem efeito⁴⁸ na eficácia da intervenção restaurativa:

“Embora variedade de comunidades tenha sido observada no processo de seleção e características comunitárias tenham sido elementos significativos para indicar quem seria selecionado, estes aspectos não tiveram papel significativo na efetividade do programa. No final das contas, independentemente de se a seleção feita por agentes da justiça deva ser atribuída a suas percepções de menores infratores, comunidades ou existência de elementos que permitam o funcionamento do programa (e.g. disponibilidade de voluntários), menor reincidência por participantes da justiça restaurativa foi observada em todas as comunidades.”⁴⁹

Um terceiro elemento relevante diz respeito à inadequação de debates a respeito de culpa. Uma vez que a justiça restaurativa propugna a responsabilização do ofensor, afigura-se significativamente inapropriado que o perpetrador busque esquivar-se de responder pelo delito. Como afirma Russel⁵⁰, é importante que vítima e ofensor entendam que a responsabilidade pela ofensa jaz exclusivamente com o perpetrador e de forma alguma

45 Como informa Marshall, embora deva ser sempre dada ao ofensor a possibilidade de fazer reparações e à vítima a possibilidade de ingressar em MVO, os fatores que atualmente determinam a disponibilidade de tal opção são aqueles de maior significância para o sistema no que se refere a afastamento da persecução penal e do emprisonamento, bem como a redução de custos. MARSHALL, S.E. e R.A. Duff. *Criminalization and Sharing Wrongs*. 11:1 Canadian Journal of Law and Jurisprudence 7 *apud* HUGHES e MOSSMAN, *op. cit.*, p. 80.

46 RODRIGUEZ, Nancy. *Restorative Justice, Communities, and Delinquency: Whom do We Reintegrate?*. In *Criminology & Public Policy*. Columbus: Fevereiro de 2005. p. 13

47 Como prováveis fundamentos de tal perspectiva, Rodriguez enuncia: menores provenientes de comunidades socialmente desorganizadas auferem maior benefício do processo restaurativo; entendimento de que áreas de maior heterogeneidade étnica/racial associam-se a altas taxas de crime – membros destas comunidades deveriam ser mais responsabilizados e, conseqüentemente, a reintegração seria menos apropriada; maior facilidade prática de realizar intervenções restaurativas em certos tipos de comunidades (e.g. alto desemprego pode significar maior número de voluntários). RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 14.

48 O que não significa que certas características culturais das partes não devam ser consideradas durante o processo. Como informa Umbreit, preferências quanto a linguagem corporal, proximidade entre pessoas, densidade de linguagem, etc, devem ser observadas pelo mediador de modo a que ele possa traduzir as intenções expressadas e propiciar uma comunicação efetiva entre as partes.

49 Livre tradução de “Although community variation occurred in the selection process and community characteristics were significant predictors of who was selected, these aspects did not play a significant role in the effectiveness of the program. In the end, regardless of whether the selection decision made by court officials is attributed to their perception of juveniles, communities, or mere artifacts of program capacity (e.g., availability of volunteers), lower recidivism by restorative justice participants was exhibited across all communities” RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 14. (grifo ao fim nosso)

50 RUSSEL, Susan. *Questions for restorative justice practitioners to consider when creating and implementing a victim-centered and victim-balanced program*. Vermont Center for Crime Victim Services. Disponível em: http://uirp.org/library/t2000/t2000_russell.html.

com a vítima. Em casos de violência doméstica, adiciona o autor, tal entendimento deve ser declarado de maneira direta às partes. Observe-se que, de acordo com resolução das Nações Unidas, não se deve utilizar processos restaurativos quando não haja suficiente evidência para a persecução criminal do ofensor⁵¹.

Um último ponto a ser destacado concerne à posse, pelo ofensor, de certos atributos psicológicos essenciais ao encontro com a vítima. Por exemplo, ofensores sem maturidade moral não serão capazes de compreender os objetivos restaurativos do acordo de restituição. Ofensores sem empatia não poderão fornecer um senso de segurança às vítimas, uma vez que não são capazes de se identificar com o medo e insegurança que elas têm. Entre as características psicológicas de maior impacto positivo para processos restaurativos, Presser e Lowenkamp⁵² apontam honestidade, capacidade de concentração, estabilidade psicológica e empatia.

Ofensores apresentarão tais características em diversos níveis. Utiliza-se o termo responsividade para designar o grau de observância dos atributos desejados. Observe-se que há diversos instrumentos para aferir a responsividade do ofensor⁵³. Observe-se também que, como já dito no início deste capítulo, a mediação vítima-ofensor pressupõe que todas as pessoas possuem os requisitos básicos para a eficácia do processo. Desta forma, o conceito de responsividade deve ser entendido como fator facilitador, e não fundamento necessário para a prática da MVO.

IV.d. Aspectos Concernentes à Vítima

O processo de mediação vítima-ofensor é uma abordagem centrada na vítima e no dano por ela percebido. Assim, como afirmado anteriormente⁵⁴, deve-se limitar o mínimo possível o ingresso da vítima na mediação quando ela assim o desejar. Cabem, contudo, duas ressalvas.

A primeira refere-se à suficiência de elementos para a tomada da decisão de ingressar. Entende-se que a própria possibilidade de fazer escolhas sobre a mediação implica benefício para a vítima, uma vez que propicia restauração do senso de controle perdido após o delito⁵⁵. É, contudo, responsabilidade do mediador assegurar que a vítima tenha

51 "7. Restorative processes should be used only where there is sufficient evidence to charge the offender and with the free and voluntary consent of the victim and the offender. The victim and the offender should be able to withdraw such consent at any time during the process. Agreements should be arrived at voluntarily and contain only reasonable and proportionate obligations." ONU, *op. cit.*, p. 4. (itálico nosso)

52 PRESSER, Lois e LOWENKAMP, Christopher T. *Restorative Justice and Offender Screening*. In *Journal of Criminal Justice*, vol. 27, nº 4, p. 339. Os autores associam as características enunciadas a necessidades das vítimas, indicando o ponto específico de impacto da presença ou ausência de tais atributos.

53 Entre os quais Presser e Lowenkamp apontam o *Kohlberg's Standard Moral Judgment Interview*, o *BarOn Emotional Quotient Inventory* e o *Interpersonal Maturity Level Classification*, cada um deles apresentando enfoque diferente. PRESSER e LOWENKAMP, *op. cit.*, p. 338-339

54 Vide nota 33 *supra*.

55 Por este motivo, geralmente oferece-se à vítima a oportunidade de escolha sobre o ingresso na mediação apenas após a manifestação do ofensor de que se dispõe a participar. Desta forma, o senso de controle da vítima é promovido ao lhe permitir ter a palavra final sobre a utilização do processo.

todas as informações necessárias à realização de escolhas, bem como sondar se as expectativas dela não projetam resultados improváveis como decorrentes da mediação. Umbreit explica que:

*“Embora vítimas, assim como ofensores, geralmente percebam resultados bastante positivos, estes não são garantidos. Os próprios mediadores devem ser realistas com as vítimas, proporcionando informações precisas sobre possíveis resultados e os tipos de resultados mais comuns, advertindo enfaticamente que cada mediação é singular e não pode ser prevista”*⁵⁶

Entre as informações que o mediador deve disponibilizar à vítima, entende-se necessários dados sobre os seguintes elementos⁵⁷: o programa de mediação específico; o mediador; o processo de mediação e seu propósito; o sistema judicial; os direitos da vítima; os recursos à disposição; o ofensor.

Há diversos motivos que fundamentam a decisão da vítima em participar de uma sessão de MVO⁵⁸. Ela pode desejar fazer perguntas que esclareçam sobre porque e como foi alvo do crime. Pode querer manifestar ao ofensor o impacto que o delito teve em sua vida. Pode entender ser seu dever cívico colaborar para a reintegração do ofensor⁵⁹.

Quaisquer que sejam os motivos do ofensor, o que se observa como relevante é que a decisão de participar da mediação deve partir da ponderação de valores considerados relevantes pela vítima, e não pelo mediador. Esta observação é realizada tendo em vista o potencial de influência do terceiro imparcial ao propor a MVO. Ao apresentar os elementos que entende serem benéficos à vítima, o mediador está sugerindo uma nova forma de reagir ao crime. Essa sugestão, naturalmente, é realizada visando à participação da vítima. Contudo, se realizada de forma tão enfática a ponto de aduzir o assentimento da vítima mesmo sem sua real convicção das vantagens da MVO, pode-se acabar por trazer à mediação uma parte sem comprometimento ao processo nem crença no conceito. Gehm, citando Umbreit, refere-se a tal fenômeno como o “paradoxo do perdão”:

“Embora perdão e reconciliação representem resultados potenciais importantes do processo de ajuda mútua e diálogo assistido por mediador entre vítimas de crimes e ofensores, eles devem emergir de uma forma natural e genuína, que seja significativa para as partes envolvidas. Aí jaz o paradoxo:

56 Livre tradução de “Although victims generally experience very positive outcomes, as do offenders, these cannot be guaranteed. Mediators themselves need to be realistic with victims, providing accurate information about the possible outcomes and the kinds of results that are most typical, with the strong caution that each mediation is unique and cannot be predicted.” UMBREIT, 2001, p. 31. A frustração de expectativas de restauração pode implicar nova revitimização, motivo pelo qual se enfatiza a necessidade de esclarecer sobre todos os potenciais resultados.

57 UMBREIT, 2001, p. 30.

58 Gehm informa que, embora pouco se saiba sobre por que indivíduos escolhem participar destas reuniões, alguns pontos importantes tem sido observados, entre os quais: 1) níveis de participação parecem estar dissociados de características específicas da vítima tais como idade, sexo, nível de educação, etc.; 2) a percepção de identidade de raça/etnia com o ofensor, contudo, aumenta a probabilidade de participação; 3) vítimas institucionais (e.g. escolas, igrejas) tendem a participar mais do que vítimas individuais. GEHM, *op. cit.*

59 WRIGHT, *op. cit.*, p. 657

*quanto mais se fala sobre perdão e reconciliação ao se encorajar as partes a participar, menos provável é que as vítimas participem e tenham a oportunidade de experimentar elementos de perdão.*⁶⁰

A outra ressalva que se pretende fazer neste tópico diz respeito à segurança da vítima. O mediador deve a todo momento observar se há algum elemento que apresente ameaça física ou emocional à segurança ou bem-estar dela. Entre os fatores de risco a serem considerados incluem-se: histórico anterior entre as partes; disparidades de poder entre os indivíduos; atitudes, comportamentos e sentimentos da parte⁶¹.

Manter contato com a vítima e observar suas reações é importante para identificar tais elementos. Pausar a mediação e consultar as partes envolvidas pode ser uma forma útil de sondagem. Se a vítima se sentir insegura, o mediador deve estar preparado para agir imediatamente, seja providenciando opções, terminando a mediação ou providenciando escolta para a saída da vítima⁶².

V. Considerações Finais

Ao longo do texto, analisaram-se as características que tornam um caso específico mais ou menos propenso a apresentar resultados restaurativos como consequência da mediação vítima-ofensor. Cabe agora fazer um balanço final da matéria abordada.

Da doutrina pesquisada e dos estudos empíricos analisados, alguns pontos restaram razoavelmente incontroversos. A MVO funciona melhor quando é dada a opção de participar do processo tanto à vítima como ao ofensor, sendo que esta decisão deve ser tomada em face de informações suficientes e ausência de pressões. A definição prévia de responsabilidade do ofensor também é essencial ao bom funcionamento da mediação. Ainda no que se refere ao ofensor, identificou-se a existência de certos atributos psicológicos, sondáveis por meio de ferramentas cognitivas apropriadas, que são propícios à MVO. No que concerne a características comunitárias, observou-se que não exercem influência significativa sobre o resultado do processo. Por fim, a segurança da vítima foi apontada como uma característica fundamental para a eficácia da mediação.

Em outros pontos, porém, não foi possível delinear um perfil claro de características profícuas à mediação vítima-ofensor. No que se refere à MVO em crimes de natureza mais violenta, não se superou a controvérsia sobre sua adequação. Quanto à idade do

60 Livre tradução de "Although forgiveness and reconciliation represent a powerful potential outcome of the process of mediator-assisted dialogue and mutual aid between crime victims and offenders, they must emerge in a natural and genuine manner that has meaning to the involved parties. Therein lies the paradox: the more one talks about forgiveness and reconciliation while encouraging parties to participate, the less likely it is that victims will participate and have the opportunity to experience elements of forgiveness". UMBREIT, Mark S. *Mediating Interpersonal Conflicts: A Pathway to Peace*. West Concord, MN: CPI Publishing, p. 154. *apud* GEHM, *op. cit.*

61 REINO UNIDO. *Best Practice Guidance for Restorative Practitioners - to form the basis of training and accreditation*. Home Office, março de 2004. Disponível em www.homeoffice.gov.uk/docs3/bestpracticeforrestorativepractitioners.pdf. P. 8

62 UMBREIT, 2001, p. 21

ofensor como critério de seleção de casos, não foi encontrada evidência que apoiasse ou refutasse a tese de sua maior eficácia.

Finalmente, parece evidente que a sondagem casuística dos elementos citados no artigo é fundamental para o sucesso de qualquer programa de mediação vítima-ofensor.

V. Bibliografia

ASHWORTH, Andrew. *Responsibilities, Rights and Restorative Justice*. In *British Journal of Criminology*. 2002, 42.

AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal*, constante neste volume.

BUSH, Robert A. Baruch. *Um modelo não serve para todos: uma abordagem pluralista ao teste de desempenho e à garantia de qualidade do mediador*, constante neste volume.

BUSH, Robert A. Baruch e FOLGER, Joseph P. *The Promise of Mediation – The Transformative Approach to Conflict*. Jossey Bass, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Malheiros, 17ª Edição, 2001.

DALY, Kathleen. *Does punishment have a place in restorative justice?* Trabalho apresentado na Conferência Anual da Sociedade de Criminologia da Nova Zelândia e da Austrália, Perth, 28-30 de setembro de 1999. Disponível em www.gu.edu.au/school/ccj/kdaly_docs/kdpaper7.pdf.

GARVEY, Stephen P. *Restorative Justice, Punishment and Atonement*. In *Utah Law Review*, 2003:303. Disponível em http://www.law.utah.edu/pdf/law_review_symposia/restorative_justice/09Garvey.pdf.

GEHM, John R. *Victim –Offender Mediation Programs: An Exploration of Practice and Theoretical Frameworks*. In *Western Criminology Review*, vol. 1, nº 1. Disponível em: <http://wcr.sonoma.edu/v1n1/gehm.html> (último acesso em 01/06/2005).

HUGHES, Patrícia e MOSSMAN, Mary Jane. *Re-thinking access to criminal justice in Canada: A Critical Review of Needs, Responses and Restorative Justice Initiatives*. Department of Justice Canada, Research and Statistical Division. Março de 2001. Disponível em: <http://www.canada.justice.gc.ca/en/ps/rs/rep/rr03-2.pdf> (último acesso em 01/06/2005).

MORRIS, Allison. *Critiquing the Critics – A Brief Response to Critics of Restorative Justice*. *British Journal of Criminology*, 2002, 42.

NESS, Daniel W. Van. *An Overview of Restorative Justice Around the World*. Décimo primeiro Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção de Crimes e Justiça Criminal. Disponível em: www.icclr.law.ubc.ca/publications/reports/11_un/dan%20van%20ness%20final%20paper.pdf.

NOVA ZELÂNDIA. *Restorative Justice Processes: the main options for New Zealand*. Disponível em <http://www.justice.govt.nz/pubs/reports/1996/restorative/chapter6.html#rftoc1>. (último acesso em 01/06/2005).

OLIVEIRA, Artur Coimbra de, *Para a verificação da eficácia de uma mediação transformadora*. , constante nesse volume.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Basic Principles on Restorative Justice*. United Nations Economic and Social Council, Commission on Crime Prevention and Criminal Justice. Abril de 2002. Disponível em: <http://www.un.org/docs/ecosoc/documents.asp?id=315> (último acesso em 01/06/2005).

PRESSER, Lois e LOWENKAMP, Christopher T. *Restorative Justice and Offender Screening*. In *Journal of Criminal Justice*, vol. 27, nº 4.

REINO UNIDO. *Best Practice Guidance for Restorative Practitioners - to form the basis of training and accreditation*. Home Office, março de 2004. Disponível em <http://www.homeoffice.gov.uk/docs3/bestpracticeforrestorativepractitioners.pdf> (último acesso em 01/06/2005).

RISKIN, Leonard L. *Tomada de Decisão em Mediação: o Novo Gráfico Antigo e o Novo Sistema do Gráfico Novo*, constante neste volume.

RODRIGUEZ, Nancy. *Restorative Justice, Communities, and Delinquency: Whom do We Reintegrate?*. In *Criminology & Public Policy*. Columbus: Fevereiro de 2005.

RUSSEL, Susan. *Questions for restorative justice practitioners to consider when creating and implementing a victim-centered and victim-balanced program*. Vermon Center for Crime Victim Services. Disponível em: http://iirp.org/library/t2000/t2000_srussell.html (último acesso em 01/06/2005).

UMBREIT, Mark S., *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*. Jossey-Bass, 2001.

WRIGHT, Martin. *The Court as Last Resort – Victim-sensitive, Community-based Responses to Crime*. In *British Journal of Criminology*. 2002, 42.

ZEHR, Howard. *Restorative Justice: The Concept*. In *Corrections Today*. Lanham: Dezembro de 1997. Vol. 59, nº 7.

Quinta Parte
Resenha
de Livros

BUSH, ROBERT A. BARUCH E FOLGER, JOSEPH P. *THE PROMISE OF MEDIATION: RESPONDING TO CONFLICT THROUGH EMPOWERMENT AND RECOGNITION*. 1. ED. SAN FRANCISCO: JOSSEY-BASS, 1994.

_____, *THE PROMISE OF MEDIATION: THE TRANSFORMATIVE APPROACH TO CONFLICT*. REV. ED. SAN FRANCISCO: JOSSEY-BASS, 2005.

Artur Coimbra de Oliveira¹

Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger lançaram, em 1994, pela editora Jossey-Bass, de São Francisco - CA, a obra *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. A obra teve um grande impacto sobre o campo da mediação nos Estados Unidos e em outros países nos quais a mediação também possuía avançado desenvolvimento. Ela trouxe, de uma forma inédita, uma apresentação e uma construção teórica e tecnicamente fundamentada da prática transformadora de mediação.

A obra é introduzida com uma exposição de quatro visões (*stories*) existentes a respeito do fenômeno da mediação. Uma visão enxerga a mediação como uma forma de buscar a satisfação das necessidades humanas; outra visão tem a mediação como um meio de estreitar os laços sociais e assentar uma consciência comunitária; a terceira enaltece o potencial que tem a mediação de transformar os seres humanos e a sociedade; por fim, a quarta é uma concepção negativista do fenômeno, enxergando-o como um instrumento de opressão dos mais fortes contra os mais fracos.

A partir dessa estruturação analítica de visões existentes, o livro é escrito de forma a apresentar a visão transformadora, sempre em oposição à concepção da mediação voltada à produção de acordos, que, segundo os autores, está arraigada na primeira visão exposta. Primeiramente, a concepção de mediação voltada à produção de acordos é criticada. Em seguida, a obra introduz a prática transformadora, fundamentada nas estratégias de reconhecimento e empoderamento das partes², bem como na idéia de que o resultado do conflito mediado deve ser fruto da autonomia das partes e de que o acordo, meta da prática mediatória orientada para acordos, é apenas um dos possíveis resultados de uma mediação.

¹ Artur Coimbra de Oliveira é membro do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

² Para um esclarecimento dos conceitos de empoderamento e reconhecimento e de outros conceitos-chave trazidos ao texto, cf. Glossário: Métodos de resolução de disputa – RDs. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004, pp. 301-ss.

Após uma breve exposição dos pilares da prática transformadora, os autores apresentam dois casos concretos de mediação, o primeiro sendo conduzido por um mediador que segue a linha da mediação orientada para acordos e o segundo sendo mediado conforme os princípios transformadores. Tendo comentado esses casos concretos, a obra traça um perfil abstrato do processo de mediação transformadora, demonstrando possibilidades de ação do mediador e alertando para riscos de má atuação que podem vir a ocorrer.

Feito esse mapeamento da prática transformadora, os autores ocupam os dois últimos capítulos do livro com uma exposição dos fundamentos epistemológicos e ideológicos da mediação orientada para acordos e da mediação transformadora, culminando, por fim, em um resumo prático da obra, esquematizando as ações possíveis de um mediador transformador e debatendo questões e críticas comumente levantadas à prática transformadora.

Em 2005, Robert Bush e Joseph Folger relançaram a obra sob o título *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*, uma edição “nova e revisada”. Nesta, os autores também iniciam relatando as mesmas quatro *stories* da edição anterior. Em seguida, contudo, surge uma inovação em relação à primeira edição: faz-se uma abordagem e uma justificativa da mediação transformadora com base em teorias do conflito, trazendo, como instrumento central de análise, o conceito de espiral de conflito, discutido por Aaron Beck³ e Morton Deutsch⁴.

Bush e Folger, no capítulo seguinte, trazem à obra excertos de depoimentos de profissionais da área mediatária nos EUA que explicitam suas preocupações com a prática da mediação orientada para acordos. A partir disso, os autores falam da prática da mediação transformadora e de como ela tem sido aplicada nos últimos anos, angariando também depoimentos de mediadores e de outros profissionais que atuam nessa área.

Seguindo a linha da primeira edição, há, nos capítulos quatro e cinco, a apresentação de um caso concreto exemplificativo – e não dois, como na edição anterior. Tem-se, por outro lado, a transcrição completa – e não apenas de trechos, como na primeira edição – de uma mediação simulada realizada pelo próprio Robert Bush entre atores devidamente preparados. As técnicas utilizadas pelo mediador são explicitadas neste momento. Entre muitas ações do mediador, destacam-se três estratégias principais: a checagem (*check-in*), o reflexo (*reflection*) e a recontextualização (*summary*).

Após a apresentação do caso concreto, os autores comentam assertivas comuns a respeito da mediação transformadora, destruindo concepções falsas a respeito da prática e justificando fatos que deram origem a críticas. Para isso, aproveita-se muito do que já foi discutido na primeira edição da obra. Por fim, há uma breve reafirmação da pluralidade de práticas mediatárias (para longe de uma concepção homogênea, em que se verificam

3 Cf. Beck, A. T. *Prisoners of Hate: The Cognitive Basis of Anger, Hostility, and Violence*. New York: Perennial/HarperCollins, 1999.

4 Cf. DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Três capítulos dessa obra encontram-se traduzidos para a língua portuguesa no volume 3 desta coleção (AZEVEDO, 2004).

apenas diferenças de estilos de atuação por parte de cada mediador) e a explicitação das bases filosóficas e epistemológicas da mediação transformadora, em oposição à mediação orientada para acordos.

Nas duas edições da obra, Robert Bush e Joseph Folger constroem e desenvolvem o conceito e os princípios da mediação transformadora em oposição à prática orientada para soluções, muito popular à época da primeira edição – e bastante presente no cenário mediatário em geral ainda hoje. A idéia de um mediador diretivo vai de encontro à conduta transformadora do conflito e os autores procuram separar ao máximo os dois tipos de prática.

Com isso, apesar de a primeira edição da obra ser claramente voltada, também, à crítica da mediação orientada para acordos, é na segunda edição que a idéia de uma “teoria pura” da mediação transformadora ganha mais força. Assim, condutas que possam vir a desviar – por mais brandamente que seja – o controle do processo detido pelas partes em direção ao mediador são intensamente rechaçadas. Esse é o caso, por exemplo, das sessões privadas (*caucus*). Na primeira edição, é recomendado, em vários momentos dos trechos dos casos concretos, que o mediador convoque, durante a mediação, sessões privadas com as partes. Na nova edição, por outro lado, diz-se que o mediador não deve convocar uma sessão privada, mas pode propor à(s) parte(s) que, se eventualmente quiser(em), isso ocorra.

Uma fundamentação teórica importante, constante na última edição, mas ausente na primeira, são as referências, no capítulo dois, a teorias do conflito e às idéias de empoderamento e reconhecimento vistas por meio desses paradigmas. Explicitam-se as relações entre esses princípios e a geração de fortalecimento/fraqueza na(s) parte(s) envolvida(s) na mediação, demonstra-se a importância da interação entre as partes para o alcance dos princípios acima e apresentam-se visões de psicologia social sobre essa interação e sobre o papel do mediador na comunicação entre as partes.

Por outro lado, a escolha dos casos concretos que compõem a primeira edição parece mais próxima da realidade das mediações anexas a tribunais (*court-connected mediations*), prática mais comum no Brasil do que as chamadas mediações privadas. Isso ocorre, provavelmente, porque os autores, nessa edição, preocupam-se fortemente em demonstrar a prática real de uma mediação transformadora, observando com muitos detalhes as condutas dos mediadores. Na segunda edição, essa preocupação também existe, porém é muito mais claro o cuidado em se construir uma fundamentação teórica autônoma para a mediação transformadora do que a busca por distinguir a atuação do mediador nos modelos transformador e orientado para acordos.

Essa dicotomia criada por Bush e Folger, a propósito, pode conduzir à falsa idéia de que a mediação transformadora não se preocupa com o alcance de um acordo e apenas busca a transformação das partes. Em vez disso, o mediador transformador também deseja que se alcance um acordo, mas não age diretamente em busca disso. A sua atuação é anterior à tentativa de um acordo:

(...) apesar de o trabalho do mediador ser o de apoiar saltos de empoderamento e reconhecimento, o modelo transformador não ignora a importância de se resolverem questões específicas. Em verdade, ele [o modelo transformador] parte do princípio de que, se os mediadores realizarem seu trabalho conforme demonstrado, as próprias partes irão muito provavelmente realizar mudanças positivas em sua interação e encontrar termos aceitáveis para a solução por si mesmas onde tais termos realmente existam.⁵

De qualquer forma, o foco ligeiramente distinto das duas publicações não torna a edição nova e revisada uma substituta da primeira. As duas têm sua importância específica, conforme acima demonstrado. Isso torna ambas as edições leituras obrigatórias não só para estudiosos da mediação transformadora, como para quaisquer mediadores, na medida em que as idéias de reconhecimento e empoderamento das partes têm ganhado cada vez mais espaço na prática mediatória em geral.

5 BUSH e FOLGER. 2005. p. 68. Tradução livre do original.

SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (ORGS.). JUSTIÇA RESTAURATIVA: COLETÂNEA DE ARTIGOS. BRASÍLIA: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO – PNUD, 2005.

Tatiana Sandy Tiago

O Ministério da Justiça brasileiro e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) trazem a público uma coletânea de textos acadêmicos de renomados especialistas voltada para a difusão dos princípios da justiça restaurativa no Brasil.

Esta publicação procura explicitar algumas questões centrais sobre o que é justiça restaurativa, no que ela se difere do sistema de justiça atual, que impacto terá a justiça restaurativa para a sociedade e para o Estado e como podemos implementá-la em países como o Brasil, em que a maioria dos cidadãos não tem o devido acesso à justiça.

A obra é estruturada em duas partes: *questões teóricas e experiências de práticas restaurativas*.

A primeira parte, composta por dez capítulos, inicia-se com o texto de Renato Sócrates Gomes Pinto, em que se discute a possibilidade da justiça restaurativa no Brasil, enfocando a compatibilidade jurídica desse novo paradigma com a Constituição e a legislação vigentes no país. No texto seguinte, Renato Campos Pinto De Vitto explora os modelos de reação ao delito ao longo da história e explicita princípios da justiça restaurativa e seus contornos práticos, correlacionando o modelo restaurativo à doutrina de afirmação dos direitos humanos. No terceiro capítulo da obra, Eduardo Rezende Melo aborda a questão da difusão e implementação da justiça restaurativa sob o prisma de desafios histórico-culturais, comparando o atual paradigma com o da justiça restaurativa. No capítulo seguinte, Jan Froestad e Clifford Shearing contextualizam a justiça restaurativa em termos de um conjunto nuclear de valores e de resultados associados, o que possibilita a distinção entre os diferentes espaços da justiça criminal tradicional e o da justiça restaurativa. No capítulo cinco, Silvana Sandra Paz e Silvina Marcela Paz discorrem acerca dos possíveis processos restaurativos e analisam a relação entre mediação penal e justiça restaurativa.

No sexto capítulo da obra, André Gomma de Azevedo apresenta os conceitos de justiça restaurativa e de mediação vítima-ofensor. A justiça restaurativa, segundo o autor,

apresenta uma estrutura conceitual substancialmente distinta da chamada justiça tradicional, pois enfatiza a importância de se elevar o papel da vítima e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores são efetivamente responsabilizados perante as pessoas vitimizadas. Isso proporcionaria uma maior percepção de segurança na comunidade, a efetiva resolução de conflitos e a satisfação moral por parte dos envolvidos. No capítulo seguinte, Mylène Jaccoud discorre sobre os princípios, as tendências e os procedimentos relacionados à justiça restaurativa. No capítulo oito, Philip Oxhorn e Catherine Slakmon analisam a relação entre micro-justiça, desigualdade e cidadania democrática no país e alegam que a justiça restaurativa é um importante caminho para a construção do que eles definem como sinergia entre o Estado e a sociedade civil. No capítulo subsequente, Luiza Maria S. dos Santos Carvalho aborda questões relacionadas à promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça. E, por fim, no último capítulo da primeira parte, Pedro Scuro Neto discorre sobre as oportunidades e dificuldades da justiça restaurativa na América Latina, examinando a conexão entre justiça restaurativa, segurança pública e financiamento internacional para projetos de justiça comunitária.

A segunda parte da obra, composta por nove artigos sobre experiências de práticas restaurativas, inicia-se com L. Lynette Parker e a análise da evolução da justiça restaurativa na América Latina. No capítulo seguinte, Chris Marshall, Jim Boyack e Helen Bowen discutem a evolução do novo paradigma de justiça na Nova Zelândia. Em seguida, Gabrielle Maxwell amplia a discussão das práticas restaurativas na Nova Zelândia, abordando desde a justiça juvenil até o sistema de justiça para adultos, além da análise dessas práticas no âmbito policial. No capítulo quatorze, Brenda Morrison discorre sobre práticas restaurativas no âmbito escolar, sustentando que a justiça restaurativa e a regulamentação responsiva visam a conferir poder por intermédio da quebra de ciclos de vergonha e alienação. No capítulo subsequente, Eliza Ahmed analisa os padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação dos jovens, enfatizando a questão do status de intimidação das crianças estar relacionado a suas habilidades de administração da vergonha.

No capítulo dezesseis, Mary Koss, Karen J. Bachar, Carolyn Carlson e C. Quince Hopkins discorrem sobre as conquistas e os obstáculos na implementação e avaliação do programa RESTORE, voltado para crimes sexuais no Arizona, EUA. No capítulo seguinte, Rachael Field discute o desequilíbrio de poder em relação aos participantes do sexo feminino nos encontros restaurativos, explicitando as peculiaridades deste público específico. No capítulo subsequente, Chris Marshall analisa a questão do terrorismo religioso, propondo aplicações do modelo de justiça restaurativa para vítimas e protagonistas desta violência. E, por fim, o último capítulo da obra, artigo de autoria de Allison Morris (traduzido por Marcelo Maciel e revisado por André Gomma de Azevedo e Francisco Schertel, todos do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da UnB), pretende responder críticas endereçadas ao modelo restaurativo, mostrando que tais críticas baseiam-se em visões equivocadas, além de se omitirem na avaliação do que esse

novo modelo já atingiu e ainda está por atingir, em contraposição ao que o sistema criminal convencional já alcançou.

A leitura em conjunto dos artigos sugere que o modelo restaurativo pode contribuir substancialmente na concretização de uma justiça mais participativa, que opere uma real transformação no sistema de justiça criminal, fomentando uma forma inovadora de promoção da inclusão social, da cidadania, dos direitos humanos e da paz social.

As diferentes abordagens do tema *Justiça Restaurativa* tornam a obra analisada leitura indispensável aos estudiosos das novas tendências do processo penal e aos interessados na humanização e na efetividade da justiça criminal.

Sexta Parte
Miscelânea

LEI UNIFORME DE MEDIAÇÃO¹
(ÚLTIMA REVISÃO OU EMENDA EM 2003)

Redigido pela
CONFERÊNCIA NACIONAL DE COMISSÁRIOS DE LEIS UNIFORMES ESTADUAIS

e por ela
APROVADA E RECOMENDADA PARA PROMULGAÇÃO EM TODOS OS ESTADOS

em sua
CONFERÊNCIA ANUAL EM SEU 110º ANO
WHITE SULPHUR SPRINGS, WEST VIRGINIA
10-17 DE AGOSTO DE 2001

EMENDAS APROVADAS

em sua
CONFERÊNCIA ANUAL EM SEU 112º ANO
WASHINGTON, DC
1º-17 DE AGOSTO DE 2003

¹ Tradução não-oficial realizada por Sérgio Alves Júnior; revisão, por Breno Zaban Carneiro e Tahinah Albuquerque Martins. Todos são membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

LEI UNIFORME DE MEDIAÇÃO

ARTIGO 1º. TÍTULO. Esta [Lei] pode ser citada como a Lei Uniforme de Mediação.

ARTIGO 2º. DEFINIÇÕES. Nesta [Lei]:

(1) “Mediação” significa um processo no qual um mediador facilita a comunicação e negociação entre as partes para auxiliá-las a alcançar um acordo voluntário relativo a sua disputa.

(2) “Informação da mediação” significa uma declaração, oral ou em um registro, verbal ou não-verbal, que ocorre durante uma mediação ou que é feita com o propósito de considerar, conduzir, participar de, iniciar, continuar ou retomar uma mediação ou manter um mediador.

(3) “Mediador” significa um indivíduo que conduz uma mediação.

(4) “Terceiro participante” significa uma pessoa, que não seja parte ou mediador, que participa em uma mediação.

(5) “Parte na mediação” significa uma pessoa que participa em uma mediação e cuja anuência é necessária para se resolver a disputa.

(6) “Pessoa” significa um indivíduo, empresa, *business trust*, propriedade imobiliária, *trust*, sociedade, sociedade de responsabilidade limitada, associação, *joint venture*, governo; repartição, órgão ou secretaria do governo; empresa pública, ou qualquer outro ente jurídico ou comercial.

(7) “Procedimento” significa:

(A) um processo judicial, administrativo, arbitral, ou qualquer outro processo adjudicatório, inclusive atos realizados antes ou depois de audiências, conferências e procedimentos probatórios.

(B) Uma audiência legislativa ou processo similar.

(8) “Registro” significa uma informação que é registrada em um meio tangível ou armazenada em um meio eletrônico ou similar e é restaurável para algum formato compreensível.

(9) “Assinar” significa:

(A) executar ou adotar um símbolo tangível com o intuito de autenticar um registro; ou

(B) anexar ou associar logicamente um símbolo eletrônico, som, ou processo similar para ou com um registro, com o intuito de autenticar um registro.

ARTIGO 3º. ALCANCE.

(a) Exceto nas hipóteses dos parágrafos (b) ou (c), esta [Lei] se aplica a uma mediação em que:

(1) exija-se, por lei ou ordem de um tribunal ou norma administrativa, que as partes se submetam à mediação, ou em que as partes sejam encaminhadas por um tribunal, órgão da administração ou árbitro;

(2) as partes na mediação e o mediador expressem, em um registro que demonstre uma expectativa de que a informação da mediação seja protegida contra a quebra de sigilo, sua vontade de mediar; ou

(3) as partes na mediação utilizem como mediador um indivíduo que ofereça seus serviços particulares de mediador.

(b) A [Lei] não se aplica a uma mediação:

(1) referente ao estabelecimento, negociação, administração ou encerramento de uma ação coletiva;

(2) referente a uma disputa que esteja pendente ou seja parte de um processo estabelecido por um acordo coletivo, a [Lei] apenas se aplica a uma mediação surgida de uma disputa que tenha sido iniciada em um órgão da administração ou tribunal;

(3) conduzida por um juiz competente para proferir decisões no caso;

(4) conduzida com o apoio e aprovação de:

(A) uma escola de ensino fundamental ou médio, caso todas as partes sejam estudantes ou

(B) uma instituição de reabilitação de menores, caso todas as partes sejam residentes dessa instituição.

(c) Se todas as partes concordarem previamente, em um registro assinado ou algum outro registro em que reste demonstrada a vontade de todas as partes, que toda ou parte da mediação não seja protegida, os privilégios de que tratam os Artigos 4º a 6º não se aplicam à integralidade da mediação ou àquele trecho especificamente destacado.

Nota do Legislador: Quando esta Lei se aplicar a mediações conduzidas pelas cortes de um estado, sugere-se que os Poderes Judiciários estaduais promulguem regras que compatibilizem tais procedimentos.

ARTIGO 4º. PRIVILÉGIO DE IMUNIDADE CONTRA QUEBRA DE SIGILO; ADMISSIBILIDADE; PROCEDIMENTO PROBATÓRIO.

(a) Exceto nas hipóteses do Artigo 6º, uma informação da mediação é protegida contra a quebra de sigilo conforme o parágrafo (b) e não se sujeita a procedimentos proba-

tórios nem é admissível como meio de prova, a menos que ocorra renúncia ou preclusão conforme o Artigo 5º.

(b) Em um procedimento, os seguintes privilégios se aplicam:

(1) Uma parte na mediação pode se recusar a revelar uma informação da mediação, e pode impedir que qualquer outra pessoa o faça.

(2) Um mediador pode se recusar a revelar uma informação da mediação, e pode impedir que qualquer outra pessoa revele informações referentes ao mediador.

(3) Um terceiro participante pode se recusar a revelar uma informação da mediação, e pode impedir que qualquer outra pessoa revele informações referentes ao terceiro participante.

(c) Provas que sejam admissíveis ou sujeitas a procedimentos probatórios não se tornam inadmissíveis ou sigilosas meramente por terem sido utilizadas em uma mediação.

Nota do Legislador: A Lei não se sobrepõe a leis estaduais que tornem o mediador incompetente para testemunhar, ou que prevejam condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios a mediadores que sejam equivocadamente intimados para testemunhar.

ARTIGO 5º. RENÚNCIA E PRECLUSÃO DE PRIVILÉGIOS.

(a) Um privilégio de que trata o Artigo 4º pode ser renunciado em um registro ou oralmente durante um procedimento se for expressamente renunciado por todas as partes na mediação e:

(1) no caso do privilégio do mediador, se for expressamente renunciado pelo mediador;

(2) no caso do privilégio de um terceiro participante, se for expressamente renunciado pelo terceiro participante.

(b) Ocorre preclusão de um privilégio de que trata o Artigo 4º quando uma pessoa revela ou faz alguma representação sobre uma informação da mediação que prejudique, em um procedimento, um terceiro não envolvido na mediação, mas deve-se afastar o privilégio daquela pessoa somente até o limite necessário para que o prejudicado se defenda.

(c) Ocorre preclusão de um privilégio de que trata o Artigo 4º quando uma pessoa intencionalmente utiliza uma mediação para planejar, tentar cometer ou cometer um crime, ou para ocultar um crime ou ato criminoso em andamento.

ARTIGO 6º. EXCEÇÕES A PRIVILÉGIOS.

(a) Não será admitido um privilégio de que trata o Artigo 4º para uma informação da mediação que seja:

(1) especificamente tornada disponível ao público em decorrência de um registro assinado por todas as partes do acordo;

(2) disponível ao público em conformidade com [o legislador deve inserir referência a norma que determine o livre acesso a informações processuais] ou que seja (por opção ou exigência legal) aberta ao público.

(3) uma ameaça ou declaração de um plano para causar lesão corporal ou cometer um crime com o emprego de violência;

(4) intencionalmente utilizada para planejar um crime, tentar cometer ou cometer um crime, ou para ocultar um crime ou ato criminoso em andamento.

(5) solicitada ou oferecida como prova em uma ação ou reclamação de má-conduta profissional ou imperícia contra um mediador;

(6) exceto nas hipóteses do parágrafo (c), solicitada ou oferecida como prova em uma ação ou reclamação de má-conduta profissional ou imperícia contra uma parte, terceiro participante ou representante de uma parte, baseada na conduta dos indivíduos durante uma mediação; ou

(7) solicitada ou oferecida como prova ou contraprova de abuso, negligência, abandono ou exploração em um procedimento em que uma criança ou adulto protegido pelo poder público seja parte, a menos que o:

[Alternativa A: caso de [o legislador estadual deve inserir, por exemplo, proteção a crianças ou adultos] seja encaminhado à mediação por um tribunal e haja participação de um órgão público]

[Alternativa B: órgão público participe na mediação de casos de [o legislador estadual deve inserir, por exemplo, proteção a crianças ou adultos]].

(b) Não será admitido um privilégio de que trata o Artigo 4º se um tribunal, órgão da administração ou árbitro entender, após a realização de uma audiência, que a parte que solicita a revelação da informação demonstrou que seria impossível produzir a prova por alguma outra forma, que há uma necessidade na demonstração dessas informações que substancialmente supera o interesse em se proteger sua confidencialidade, e que a informação da mediação é solicitada ou proposta em:

(1) procedimento legal que envolva um crime grave [ou contravenção]; ou

(2) exceto nas hipóteses do parágrafo (c), um procedimento para instruir um pedido de rescisão ou alteração contratual ou uma defesa para evitar responsabilidade de um contrato surgido de uma mediação.

(c) Um mediador não pode ser constrangido a fornecer provas de uma informação da mediação referente aos parágrafos (a) (6) ou (b) (2).

(d) Se uma informação da mediação não é protegida pelos parágrafos (a) ou (b), apenas a parte da comunicação necessária à aplicação da exceção contra a quebra de sigilo pode ser admitida. A admissão de provas referentes aos parágrafos (a) ou (b) não torna a prova, ou qualquer outra informação da mediação, admissível para qualquer outro propósito.

Nota do Legislador: Se o estado não possuir uma norma que determine o livre acesso a informações de processos, o seguinte trecho deve ser retirado do inciso (2) do parágrafo (a): “disponível ao público em conformidade com [inserir referência a norma que determine o livre acesso a informações processuais] ou”

ARTIGO 7º. PROIBIÇÃO DE RELATÓRIOS DOS MEDIADORES.

(a) Exceto onde determinado pelo parágrafo (b), um mediador não pode elaborar um relatório, declaração, avaliação, recomendação, memorial, ou qualquer outra forma de informação sobre uma mediação a um tribunal, órgão da administração, ou outra autoridade competente para proferir decisões naquela disputa.

(b) Um mediador pode revelar:

(1) se uma mediação ocorreu ou foi encerrada, se a um acordo foi alcançado, e sua adimplência;

(2) uma informação da mediação na forma do Artigo 6º; ou

(3) uma informação da mediação que demonstre abuso, negligência, abandono, ou exploração de um indivíduo para um órgão público responsável pela proteção de indivíduos contra tais maus tratos.

(a) Uma informação feita violando o parágrafo (a) não pode ser considerada por um tribunal, órgão da administração ou árbitro.

ARTIGO 8º. CONFIDENCIALIDADE. A menos que sujeitas à [o legislador deve inserir referência a norma que determine o livre acesso a reuniões e informações processuais], as informações da mediação são confidenciais até o limite acordado pelas partes ou determinado por outras leis ou regulamentos deste estado.

ARTIGO 9º. REVELAÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSE PELO MEDIADOR; ANTECEDENTES DO MEDIADOR.

(a) Antes de aceitar uma mediação, um indivíduo procurado para mediar um conflito deve:

(1) fazer uma investigação proporcional às circunstâncias do caso para determinar se há fatos conhecidos que um indivíduo sensato entenderia capazes de afetar a imparcialidade do mediador, incluindo interesses financeiros ou pessoais no desfecho da

mediação e relacionamentos existentes ou pretéritos com uma parte na mediação ou provável participante na mediação; e

(2) revelar qualquer desses fatos conhecidos às partes na mediação antes de aceitar uma mediação.

(b) Se um mediador descobrir algum fato descrito no parágrafo (a)(1) após aceitar uma mediação, o mediador deve revelar esse fato às partes o quanto antes.

(c) Quando solicitado por uma parte na mediação, um indivíduo procurado para mediar um conflito deve revelar suas qualificações que o tornam apto a conduzir uma mediação.

(d) Ocorre preclusão de um privilégio de que trata o Artigo 4º quando uma pessoa viola o parágrafo (a), (b), ou [(g)].

(e) Os parágrafos (a), (b), (c), [(g)] não se aplicam a um indivíduo que atue no processo como juiz.

(f) Esta [Lei] não exige que um mediador tenha alguma qualificação formação específica decorrente de antecedentes ou profissão.

[(g) Um mediador deve ser imparcial, a menos que após a revelação dos fatos exigidos nos parágrafos (a) e (b), as partes acordem em sentido contrário.]

ARTIGO 10. PARTICIPAÇÃO NA MEDIAÇÃO. Um advogado ou outro indivíduo designado por uma parte pode acompanhá-la e participar da mediação. Pode-se anular uma renúncia de participação feita antes do início da mediação.

ARTIGO 11. MEDIAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL

(a) Neste artigo, “Lei Modelo” significa a Lei Modelo para Conciliação Comercial Internacional adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL – em 28 de junho de 2002 e recomendada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na resolução (A/RES/57/18) datada de 19 de novembro de 2002, e “mediação comercial internacional” significa uma conciliação comercial internacional conforme definição do Artigo 1º da Lei Modelo.

(b) Exceto nas hipóteses dos parágrafos (c) e (d), se uma mediação for uma mediação comercial internacional, a mediação é regida pela Lei Modelo.

(c) A menos que as partes concordem, nos termos do Artigo 3º(c) desta [Lei], que toda ou parte de uma mediação comercial internacional não seja beneficiada pelo privilégio contra quebra de sigilo, os Artigos 4º, 5º e 6º e quaisquer definições aplicáveis do Artigo 2º desta [Lei] também se aplicam à mediação e nada do Artigo 10 da Lei Modelo derroga os Artigos 4º, 5º e 6º.

(d) Se as partes de uma mediação comercial internacional concordarem em conformidade com o Artigo 1º, parágrafo (7), da Lei Modelo que a Lei Modelo não se aplica, a presente [Lei] deve ser empregada.

Nota do Legislador: A Lei Modelo para Conciliação Comercial Internacional da UNCITRAL pode ser encontrada em www.uncitral.org/en-index.htm. Comentários importantes sobre interpretação encontram-se no Guia para Promulgação e Emprego da Lei Modelo para Conciliação Comercial Internacional da UNCITRAL. Os estados devem citar o Guia em uma Nota do Legislador na Lei. Tal procedimento é especialmente relevante em relação à interpretação do artigo 9º da Lei Modelo.

ARTIGO 12. RELAÇÃO COM A LEI DE ASSINATURAS ELETRÔNICAS EM COMÉRCIO GLOBAL E NACIONAL. Esta [Lei] modifica, limita ou sobrepõe-se à Lei de Assinaturas Eletrônicas em Comércio Global e Nacional, 15 U.S.C. Artigo 7001 e ss., mas esta [Lei] não modifica, limita ou sobrepõe-se ao Artigo 101(c) daquela Lei ou autoriza distribuição eletrônica de qualquer das notas descritas no Artigo 103 (b) daquela Lei.

ARTIGO 13. UNIFORMIDADE DE APLICAÇÃO E ELABORAÇÃO. Ao aplicar e elaborar esta [Lei], deve-se levar em consideração a necessidade de promover a uniformidade do tema nos Estados que optarem por sua ratificação.

ARTIGO 14. CLÁUSULA DE DIVISIBILIDADE. Se alguma das disposições desta [Lei] ou sua aplicação a uma pessoa ou circunstância for considerada inválida, a invalidação não afeta outras disposições ou aplicações desta [Lei] que possam ser levadas a cabo sem a disposição ou aplicação inválida, e para esta finalidade as disposições desta [Lei] são divisíveis.

ARTIGO 15. DATA DE ENTRADA EM VIGOR. Esta [Lei] entra em vigor.....

ARTIGO 16. REVOGACÕES. Ficam revogadas as seguintes leis e partes de leis:

(1)

(2)

ARTIGO 17. APLICAÇÃO A ACORDOS OU INDICAÇÕES PREEXISTENTES.

(a) Esta [Lei] regula uma mediação decorrente de um acordo ou indicação para mediar feita a partir de [data de entrada em vigor desta [Lei]].

(b) A partir de [uma data de carência predeterminada], esta [Lei] passa a regular um acordo para mediar feito a qualquer tempo.

NAÇÕES UNIDAS CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL¹

Resoluções e decisões aprovadas pelo Conselho Econômico e Social em sua sessão substantiva de 2002

(1º a 26 de julho de 2002)

2002/12

Princípios básicos para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal

O Conselho Econômico e Social,

Recordando sua resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Elaboração e aplicação de medidas de mediação e justiça restaurativa em matéria de justiça criminal”, na qual havia pedido que a Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal estudasse a conveniência de se formular padrões das Nações Unidas sobre mediação e justiça restaurativa,

Também recordando sua resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”, na qual pediu que o Secretário-Geral solicitasse observações dos Estados Membros e das pertinentes organizações intergovernamentais e não-governamentais, bem como dos institutos que integram do Programa das Nações Unidas em matéria de prevenção do delito e justiça criminal, sobre a conveniência e os meios de se estabelecer princípios comuns para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, incluindo a conveniência da elaboração de um novo instrumento para tal objetivo,

¹ AVISO: A presente tradução não é oficial e não deve, de forma alguma, ser tomada como tal, possuindo apenas propósitos didáticos e de divulgação. Ela foi elaborada por Marcelo Maciel e revisada por Maysa Maria Massimo Ribeiro, com base no texto original em inglês (<http://www.pfijcr.org/programs/un/ecosocresolution>, acesso em 2 de agosto de 2005) e na tradução em espanhol da ONU (<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/528/45/PDF/N0252845.pdf?OpenElement>, acesso em 2 de agosto de 2005).

Levando em conta os compromissos internacionais existentes com relação às vítimas, em particular a Declaração sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e de abuso de poder,²

Levando em consideração os debates sobre justiça restaurativa mantidos durante o Décimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, sob item da pauta intitulado “Delinqüentes e Vítimas: responsabilidade e equidade no processo de justiça”,³

Considerando a resolução 56/261 da Assembléia Geral, de 31 de janeiro de 2002, intitulada “Planos de ação para a aplicação da Declaração de Viena sobre o crime e a justiça: enfrentando os desafios do século XXI”, e particularmente as medidas de justiça restaurativa necessárias para o cumprimento dos compromissos estabelecidos no parágrafo 28 da Declaração de Viena,⁴

Levando em consideração, com louvor, o trabalho realizado pelo Grupo de Especialistas sobre Justiça Restaurativa na reunião celebrada em Ottawa, de 29 de outubro a 1º de novembro de 2001,

Levando em consideração o relatório do Secretário-Geral sobre a justiça restaurativa⁵ e o relatório do Grupo de Especialistas sobre Justiça Restaurativa⁶,

1. *Toma nota* dos princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, os quais estão em anexo à presente resolução;

2. *Encoraja* os Estados Membros a se basearem nos princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa para a elaboração e gestão de seus programas de justiça restaurativa;

3. *Solicita* ao Secretário-Geral que assegure a máxima difusão possível dos princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal entre os Estados Membros, os institutos da rede do Programa das Nações Unidas em matéria de prevenção do delito e justiça criminal e outras organizações internacionais, regionais e não-governamentais;

4. *Exorta* os Estados Membros que já tenham adotado práticas de justiça restaurativa a disponibilizar informações sobre seus programas aos países que estejam interessados nessas práticas;

2 Resolução 40/34 da Assembléia Geral, anexo.

3 V. o *Décimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente, Viena, 10 a 17 de abril de 2000: Relatório preparado pela Secretaria* (publicação das Nações Unidas, número de venda: E.00.IV.8), capítulo V, seção E.

4 Resolução 55/59 da Assembléia Geral, anexo.

5 E/CN.15/2002/5 e Corr.1.

6 E/CN.15/2002/5/Add.1

5. *Exorta também* os Estados Membros a prestarem assistência mútua na elaboração e na aplicação de pesquisas, treinamento e outros programas, bem como nas atividades para fomentar o debate e o intercâmbio de experiências relativas à justiça restaurativa;

6. *Exorta, ademais*, os Estados Membros a considerar a possibilidade de prestar auxílio técnico, por meio de contribuições voluntárias, a países em desenvolvimento e a países com economia em transição que solicitem tal assistência, com o fim de ajudá-los a formular programas de justiça restaurativa.

Anexo

Princípios básicos sobre a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal

Preâmbulo

Recordando que tem havido um significativo aumento global de iniciativas relacionadas à justiça restaurativa,

Reconhecendo que tais iniciativas freqüentemente baseiam-se em formas tradicionais e nativas de justiça que vêem o crime como fundamentalmente danoso à pessoa,

Enfatizando que a justiça restaurativa é uma resposta evolutiva ao crime que respeita a dignidade e a igualdade entre cada pessoa, constrói a compreensão e promove a harmonia social por meio da recuperação das vítimas, dos infratores e das comunidades,

Destacando que este enfoque permite que aqueles afetados pelo crime compartilhem abertamente seus sentimentos e experiências, tendo como objetivo o atendimento de suas necessidades,

Consciente de que tal enfoque confere às vítimas a oportunidade de obter reparação, sentir-se mais seguras e alcançar uma conclusão para o problema; permite que os infratores compreendam melhor as causas e as conseqüências de seus comportamentos e assumam, de forma significativa, responsabilidade por suas ações; e permite que as comunidades entendam as causas do comportamento criminoso, promovam o bem-estar comunitário e previnam outros crimes

Notando que a justiça restaurativa proporciona um variado leque de medidas, que são flexíveis em sua adaptação aos sistemas criminais estabelecidos e que os complementam, levando em consideração particularidades legais, sociais e culturais,

Reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não obsta o direito de o Estado processar supostos infratores,

I. Terminologia

1. “Programa de justiça restaurativa” significa qualquer programa que utilize processos restaurativos e objetive alcançar resultados restaurativos.

2. “Processo restaurativo” significa qualquer processo em que a vítima e o infrator e, quando apropriado, quaisquer outras pessoas ou membros da comunidade afetados por um crime, participem conjuntamente e de forma ativa na resolução das questões que o conflito origina, usualmente com a ajuda de um facilitador. Entre os processos restaurativos incluem-se a mediação, a conciliação, a celebração de conversas (*conferencing*) e reuniões para decidir a sanção (*sentencing circles*).

3. “Resultado restaurativo” é aquele acordo oriundo de um processo restaurativo. Tais resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como a reparação, a restituição e o serviço comunitário, objetivando o atendimento das necessidades e das responsabilidades individuais e coletivas das partes e alcançando a reintegração da vítima e do infrator.

4. “Partes” são a vítima, o infrator e quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pelo crime que participem de um processo restaurativo.

5. “Facilitador” refere-se à pessoa cuja função é mediar, de maneira justa e imparcial, a participação das partes em um processo restaurativo.

II. Utilização de programas de justiça restaurativa

6. Os programas de justiça restaurativa podem ser utilizados em qualquer fase do sistema de justiça criminal, de acordo com o disposto nas leis do país.

7. Os processos restaurativos somente podem ser utilizados em situações em que há provas suficientes para se culpar o infrator, devendo ser livre e voluntário o consentimento da vítima e do infrator para a participação no processo. A vítima e o infrator devem poder retirar tal consentimento em qualquer momento do processo. Os acordos devem ser consensuais e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais.

8. A vítima e o infrator devem usualmente estar de acordo com relação aos fatos fundamentais do caso, sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do infrator não poderá ser utilizada como indício de confissão de culpa nos procedimentos judiciais posteriores.

9. Diferenças que levem a uma disparidade de posições, bem como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração quando da submissão de um caso a um processo restaurativo, bem como em sua ulterior condução.

10. A segurança das partes deve ser levada em conta quando da submissão de um caso a um processo restaurativo, bem como em sua ulterior condução.

11. Quando os processos restaurativos não sejam apropriados ou possíveis, o caso deverá ser remetido à justiça criminal e uma decisão sobre como proceder deve ser tomada sem demora. Nesses casos, os funcionários da justiça criminal devem esforçar-se para encorajar o infrator a assumir responsabilidade frente à vítima e às comunidades afetadas, devendo também apoiar a reintegração da vítima e do infrator na comunidade.

III. Funcionamento de programas de justiça restaurativa

12. Os Estados Membros devem considerar a possibilidade da adoção de diretrizes e normas, com base normativa se preciso, que regulem a utilização de programas de justiça restaurativa. Estas diretrizes e normas devem respeitar os princípios básicos enunciados no presente texto e versarão, entre outros, sobre:

- a) As condições para a remissão de casos aos programas de justiça restaurativa;
- b) A gestão dos casos após um processo restaurativo;
- c) As qualificações, o treinamento e a avaliação dos facilitadores;
- d) A administração dos programas de justiça restaurativa;
- e) As normas sobre competência e as regras de conduta que regerão o funcionamento dos programas de justiça restaurativa.

13. Nos programas de justiça restaurativa e, em particular, nos processos restaurativos, devem ser aplicadas as salvaguardas procedimentais básicas, garantindo o tratamento igualitário para com vítimas e infratores:

- a) De acordo com as leis nacionais, a vítima e o infrator devem ter o direito de consultar advogados com relação ao processo restaurativo e, caso necessário, devem ter acesso a um tradutor ou intérprete. Os menores, além disso, devem ter o direito de serem assistidos pelos pais ou tutores;
- b) Antes de concordarem em participar de um processo restaurativo, as partes devem estar plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis conseqüências de sua decisão;
- c) Nem a vítima nem o ofensor devem ser coagidos ou induzidos de forma desleal a participar em processos restaurativos ou a aceitar resultados restaurativos.

14. As discussões feitas em um processo restaurativo que não sejam conduzidas em público devem ter caráter confidencial e não poderão ser divulgadas após o término do processo, à exceção do disposto em lei ou do acordado pelas partes.

15. Os resultados dos acordos feitos no quadro de um processo restaurativo devem ser, quando apropriado, supervisionados judicialmente ou incorporados em decisões judiciais ou julgamentos. Quando isso ocorrer, o resultado deve possuir a mesma estatura

que qualquer outra decisão judicial ou sentença e deve impedir o estabelecimento de um novo processo judicial de investigação sobre os mesmos fatos.

16. Quando as partes não chegarem a um acordo, o caso deverá ser remetido à justiça criminal e uma decisão sobre como proceder deve ser tomada sem demora. Somente o fato de que não se chegou a um acordo não poderá ser invocado em procedimentos criminais posteriores.

17. O descumprimento de um acordo feito no curso de um processo restaurativo deve ser remetido de volta ao programa restaurativo ou, quando assim dispuser a legislação nacional, ao processo ordinário de justiça criminal, sendo que uma decisão sobre como proceder deve ser tomada sem demora. O descumprimento de um acordo, este diverso de uma decisão ou sentença judicial, não poderá servir como justificativa para uma condenação mais severa em procedimentos posteriores da justiça criminal.

18. Os facilitadores devem desempenhar suas funções de maneira imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nesse sentido, devem zelar para que as partes ajam com mútuo respeito, assegurando que elas possam encontrar uma solução apropriada entre si.

19. Os facilitadores devem possuir uma boa compreensão das culturas e comunidades locais e, quando apropriado, devem receber treinamento antes de assumir suas funções de facilitação.

IV. Desenvolvimento contínuo de programas de justiça restaurativa

20. Os Estados Membros devem considerar a possibilidade de formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura propícia a sua utilização entre as autoridades policiais, judiciais e sociais, bem como entre as comunidades locais.

21. Consultas regulares entre autoridades da justiça criminal e administradores de programas de justiça restaurativa devem ser feitas, com o escopo de desenvolver uma compreensão comum e de melhorar a efetividade dos processos e os resultados restaurativos, de aumentar o campo de aplicação de tais programas, bem como de estudar meios pelos quais idéias de cunho restaurativo possam ser incorporadas nas práticas de justiça criminal.

22. Os Estados Membros, em cooperação com a sociedade civil quando apropriado, deverão promover pesquisas e avaliações sobre programas de justiça restaurativa, com o objetivo de determinar em que medida eles promovem resultados restaurativos, servem como complemento ou alternativa ao processo judicial criminal e proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os processos restaurativos podem necessitar de mudanças

concretas ao longo do tempo. Os Estados Membros, dessa forma, devem encorajar a avaliação e a modificação periódica de tais programas. Os resultados das pesquisas e das avaliações devem orientar a posterior elaboração de políticas e programas.

V. Cláusula de salvaguarda

23. Nada do enunciado nestes princípios básicos deve afetar quaisquer direitos do infrator e da vítima que estejam reconhecidos pela legislação nacional ou pelo direito internacional aplicável.

FORMULÁRIO PARA AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS: MEDIÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

Baseado em formulários desenvolvidos por:

Mark S. Umbreit, Ph.D.

Faculdade de Ciências Sociais – Universidade de Minnesota

André Gomma de Azevedo

Faculdade de Direito – Universidade de Brasília

Esse formulário para avaliação de programas foi tornado possível graças à generosidade do Prof. Mark S. Umbreit que forneceu modelo desenvolvido em 1992 com subsídio do State Justice Institute em Alexandria, Virgínia dado para o Minnesota Citizens Council on Crime and Justice localizado em Minnesota. O Minnesota Citizens Council on Crime and Justice contratou a Universidade de Minnesota para contar com os serviços do Prof. Umbreit. A adaptação ao ordenamento jurídico brasileiro foi desenvolvida pelo Prof. André Gomma de Azevedo que fez uso de formulário de apreciação qualitativa desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação para uso no programa piloto de mediação forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Para contatar o Prof. Umbreit:

Center for Restorative Justice and Peacemaking

School of Social Work

University of Minnesota

1404 Gortner Ave, 105 Peters Hall

St. Paul MN 55108-6160

612-624-4293 Fax: 612-625-8224

E-mail: rjp@tlcmail.che.umn.edu

Internet: <http://ssw.che.umn.edu/rjp>

Para contatar o Prof. Azevedo:

Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação

Faculdade de Direito

Universidade de Brasília

Campus Universitário Darcy Ribeiro

Brasília, DF

61 33072347

e-mail: gtarb@unb.br

internet: <http://www.unb.br/fd/gt>

FORMULÁRIO DE AVALIAÇÃO PARA PROGRAMAS PILOTO: MEDIÇÃO VÍTIMA-OFENSOR

Apresentação

Nas próximas páginas, encontrar-se-ão quatro questionários elaborados a partir de um formulário desenvolvido por um dos mais respeitados pesquisadores na área de Justiça Restaurativa e Mediação Vítilma-Ofensor, o Professor Mark S. Umbreit da Universidade de Minnesota. Somou-se ao trabalho do Prof. Umbreit outro formulário desenvolvido pelo Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, que nele foi incorporado para atender aos contextos culturais brasileiros. Este formulário híbrido foi desenvolvido de forma a ser passível de aplicação sem a necessidade de um apoio metodológico mais elaborado. Assim, os questionários podem ser aplicados por voluntários que, por razões financeiras naturais, normalmente compõem boa parte da equipe de um programa de mediação vítima-ofensor.

Enquanto dois dos questionários são destinados aos protagonistas do processo - vítimas e ofensores, que participaram do programa - outros dois são endereçados àqueles que, apesar de terem seu caso encaminhado ao programa, optaram por não participar da mediação vítima ofensor. Entrevistar os participantes após a sessão de mediação vítima-ofensor é fundamental para um programa de justiça restaurativa, na medida em que permite aferir se as partes tiveram suas necessidades emocionais e materiais adequadamente atendidas. Ademais, só a partir desse procedimento se faz possível avaliar o mais importante fator para o sucesso de uma mediação: a capacidade autocompositiva do mediador.

Apesar de não serem indispensáveis entrevistas com grupos de comparação, formados por pessoas que, apesar de encaminhadas ao programa, decidiram não participar, estas podem fornecer dados valiosos para a análise do sucesso de um programa de mediação vítima-ofensor. Em muitos casos, é justamente o confronto entre os resultados obtidos com os participantes da mediação e os níveis de satisfação daqueles que decidiram não participar que apontará o êxito do programa.

Dessa forma, o Formulário para Avaliação de Programas apresentado nas próximas páginas mostra-se essencial para a boa prática da mediação vítima-ofensor. Estruturados de uma forma simples, os questionários que o compõem permitem avaliar de forma eficaz

um programa sem altos encargos financeiros. Para nossa cultura jurídica, ele certamente representa um forte impulso para o desenvolvimento de novos projetos no Brasil, país ainda por demais ligado ao paradigma retributivo, mas que cada vez mais conta com iniciativas novas no campo da justiça restaurativa.

André Gomma de Azevedo
Francisco Schertel Mendes

Introdução

A Justiça Restaurativa pode ser conceituada como a proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.

Cabe registrar que a Justiça Restaurativa apresenta uma estrutura conceitual substancialmente distinta da chamada justiça tradicional ou Justiça (Puramente) Retributiva. A Justiça Restaurativa enfatiza a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível, proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos.

Nesse contexto, a mediação vítima-ofensor e demais processos restaurativos fornecem a oportunidade para aqueles que cometeram crimes de encontrar pessoalmente com a vítima, na presença de um mediador treinado. Trata-se de processo de resolução de conflito a destinado criar uma forma de justiça que seja assim percebida pelas próprias partes. A competência do mediador é o fator mais crítico para que as partes tenham suas necessidades emocionais, materiais e de informação preenchidas pelo processo de mediação.

Informações a respeito da opinião do usuário constituem um importante elemento na manutenção do controle de qualidade de qualquer serviço prestado, inclusive a mediação. Por meio de um sistema consistente e confiável de coleta das opiniões dos usuários sobre a sua satisfação com o processo da mediação e seus resultados, informações importantes e úteis podem ser obtidas para o aprimoramento das mediações.

Este Formulário para Avaliação de Programas foi projetado para ser um sistema auto-administrável de coleta rotineira da satisfação de usuários, fazendo parte da operação de um programa de mediação vítima-ofensor. Por “auto-administrável”, entendemos que esse formulário de avaliação pode ser implementado pelo quadro de funcionários e por voluntários, não havendo necessidade de que verbas sejam especialmente destinadas a um programa de avaliação nem que haja conexão com um pesquisador de uma Universidade ou instituição similar. Se utilizado de forma adequada, esse sistema de avaliação de programas pode ser facilmente integrado à operação já existente de um programa e pode

verdadeiramente oferecer uma experiência de boa qualidade em relação a participantes anteriores da mediação, perguntando-lhes sua opinião sobre como o seu caso foi tratado.

O Formulário para Avaliação de Programas foi parcialmente desenvolvido a partir do conhecimento e da experiência adquiridos em dois anos e meio de avaliação de programas de mediação vítima-ofensor nos EUA e em dois anos de avaliação do Serviço de Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Questionários

Esse Formulário para Avaliação de Programas inclui os seguintes questionários, para ambos os participantes da mediação e para um grupo de comparação disponível a todos os programas de mediação, constituído por aquelas vítimas e ofensores que foram encaminhados à mediação, mas que optaram por não participar desse processo.

Grupos de Mediação

1. Questionário pós-mediação para vítimas.
2. Questionário pós-mediação para ofensores.

Grupos de Comparação

1. Questionário para vítimas encaminhadas à MVO mas que não participaram desse processo.
2. Questionário para ofensores encaminhados à MVO mas que não participaram desse processo.

Respostas para perguntas importantes

Quem deve conduzir as entrevistas?

É importante que pessoas com interesse particular no resultado da mediação não conduzam a entrevista. Por exemplo, o mediador do caso não deve ser o responsável por fazer a entrevista. Recomenda-se que a entrevista seja conduzida por um voluntário (que não tenha servido como mediador), alguma pessoa com função secretarial ou um estudante. Quem quer que faça a entrevista deve praticar suas habilidades como entrevistador sob supervisão antes de conduzir efetivamente a atividade com vítimas e ofensores.

Como as entrevistas são administradas?

Todos os questionários são projetados para serem aplicados pelo telefone em uma entrevista que deve durar entre 15 e 30 minutos.

Quando devem ocorrer as entrevistas pós-mediação?

Elas devem ocorrer, tanto com vítimas como com ofensores, depois de aproximadamente um mês da data da mediação.

Quando devem ocorrer as entrevistas com grupos de comparação?

Entrevistas com vítimas e ofensores que foram encaminhados ao programa mas que não participaram da mediação devem ser feitas aproximadamente um mês depois da data em que seu processo foi extinto ou suspenso condicionalmente.

Deve ser feita a seleção de uma amostra aleatória para as entrevistas?

Muitos programas de mediação vítima-ofensor não possuem uma base de encaminhamento de casos suficientemente ampla para permitir que seja feita uma amostragem aleatória dos casos para entrevistas. Nesses casos, deve-se utilizar a amostra disponível. Isso significa simplesmente que é apresentada a todos os sujeitos possíveis a possibilidade de serem entrevistados.

Para programas que tenham uma ampla e consistente base de encaminhamentos, contudo, um sistema de amostras aleatórias é muito mais desejável. Tal sistema implica simplesmente que se selecione aleatoriamente um ponto de partida em uma lista de casos e, então, que se escolha a partir daí todo outro caso a ser entrevistado.

Devem ser feitas entrevistas com os grupos de comparação?

Ao se proceder a entrevistas com partes que foram encaminhadas ao programa mas não participaram da mediação criar-se-á um importante ponto de comparação. Por exemplo, descobrir que 90% das vítimas que passaram pela mediação estão satisfeitas com a forma pela qual seu caso foi tratado pelo poder judiciário é relevante. Todavia, sem um grupo de comparação, não seria possível saber se 90% de vítimas similares que não participaram da mediação também ficaram satisfeitas com a forma pela qual suas questões foram tratadas.

Deve-se ressaltar que devem ser levadas em conta variáveis como idade, sexo e tipo penal. O mesmo poderia se feito com as vítimas desses ofensores comparados. Esse tipo de grupo de comparação, contudo, é mais difícil de ser obtido e exigiria a assistência de uma pessoa treinada em técnicas de pesquisa e avaliação de programas.

E se perguntas adicionais tiverem que ser feitas?

Não há absolutamente nenhuma razão que impeça a adição de outras questões relacionadas às necessidades do seu programa específico. De fato, isto é encorajado. Quanto mais prático e relevante for o sistema de avaliação, mais provavelmente ele será utilizado na operação corrente do programa.

Formulário de Entrevista pós-Mediação para Vítimas

Local do Programa: _____

Número do caso: _____

Data da entrevista: _____

Entrevistador: _____

Idade da vítima: _____

Sexo: _____

Crime: _____

Roteiro de Entrevista pós-Mediação para Vítima Eu gostaria de começar fazendo algumas perguntas genéricas

1) Você conhecia o ofensor antes do crime?

- a) sim b) não

1.A) se Sim: Qual era sua relação com o ofensor?

- a) ele era um amigo
b) conhecia-o de vista
c) conhecia-o da vizinhança
d) outro: _____

2) Você já foi vítima de algum crime antes?

- a) sim b) não

2.A) se Sim: Quantas vezes anteriores? ____

Que tipos de crime foram esses?

- a) crimes contra a propriedade ____ (número de vezes)
b) crimes contra a pessoa ____ (número de vezes)

3) Qual dos seguintes efeitos possíveis do crime em sua vida foi o mais importante para você?

- a) uma maior sensação de medo
b) a perda da propriedade
c) o dano à propriedade
d) a dificuldade em lidar com a polícia e com funcionários do Poder Judiciário
e) um sentimento de impotência

Eu agora gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o poder judiciário no seu caso.

4) Quão satisfeito você ficou com a forma pela qual o poder judiciário cuidou do seu caso?

- a) muito satisfeito
- b) satisfeito
- c) parcialmente satisfeito e parcialmente insatisfeito (regular)
- d) insatisfeito
- e) muito insatisfeito

4a) O(a) Sr(a.) acredita que o resultado na sua demanda foi dado ou alcançado em um prazo razoável? Ou seja, o processo foi:

- a) muito rápido
- b) Rápido
- c) razoável
- d) lento
- e) muito lento

4b) O(a) Sr(a.) acredita que o juiz / mediador foi imparcial na sua atuação?

- a) muito imparcial
- b) imparcial
- c) razoável
- d) parcial
- e) muito parcial

4c) Como foi seu tratamento enquanto esteve no Poder Judiciário?

- a) péssimo
- b) ruim
- c) razoável
- d) bom
- e) excelente

5) Você acredita que sua opinião em relação ao crime e ao ofensor foi adequadamente levada em conta nesse caso?

- a) sim
- b) não

6) Você foi informado pelo poder judiciário sobre as ações tomadas em relação ao ofensor no seu caso?

- a) sim
- b) não

7) Você acredita que o ofensor foi adequadamente responsabilizado por seu comportamento?

- a) sim
- b) não

8) Você acredita que o programa de mediação vítima-ofensor deve ser parte integrante do poder judiciário criminal e oferecido, de forma voluntária, a todas as vítimas que provavelmente o considerariam útil?

- a) sim b) não

Agora eu gostaria de fazer algumas perguntas sobre o programa de mediação vítima-ofensor.

9) Você sentiu que participar do programa de mediação vítima-ofensor foi uma escolha própria sua?

- a) sim b) não

9.A) se Sim: Por que você escolheu participar do programa de mediação vítima-ofensor?

- a) para ser ressarcido pelos prejuízos
b) para deixar o ofensor saber você se sentiu sobre o crime
c) para receber respostas às perguntas que você tinha
d) para ajudar o ofensor
e) para receber um pedido de desculpas
f) outro: _____

10) Você acha que o mediador preparou você suficientemente para o encontro com o ofensor?

- a) sim b) não

10.A) O que foi mais útil nessa preparação para mediação? (selecionar um)

- a) ser informado sobre o que acontece na mediação
b) ter alguém para ouvir minha história sobre o ocorrido
c) receber explicações sobre quais são possíveis riscos e benefícios da mediação
d) outro: _____

10.B) O que foi menos útil nessa preparação para mediação? (selecionar um)

- a) não receber informações suficientes sobre a mediação
b) sentir que você não teve outra opção a não ser participar da mediação
c) ninguém ouvir sua história sobre o ocorrido ou como você se sentiu sobre isso
d) você nunca entendeu como a mediação poderia beneficiar você
e) nenhuma das opções acima
f) outro: _____

11) Quem estava presente na sessão de mediação? (**esclarecimento para o entrevistador: anotar papéis desempenhados, não nomes**)

- a) número de mediadores _____
- b) número de vítimas _____
- c) número de pessoas com a vítima _____
- d) número de ofensores _____
- e) número de pessoas com o ofensor _____
- f) observadores _____

12) Quanto tempo durou a sessão de mediação? _____

13) Você diria que o tom do encontro foi de forma geral:

- a) muito amigável
- b) amigável
- c) neutro
- d) agressivo
- e) muito agressivo
- f) outro: _____

14) Você ficou surpreso com qualquer coisa que aconteceu na sessão de mediação?

- a) sim
- b) não

14.A) se Sim: Pelo o quê?

- a) ela transcorreu melhor do que eu esperava
- b) ela transcorreu pior do que eu esperava
- c) o ofensor pareceu sincero
- d) o ofensor pareceu arrogante
- e) outro: _____

14a) O(a) Sr(a.) acredita que a demanda sobre a qual conversamos o ajudou a melhor entender a parte contrária e se fazer ser melhor compreendido?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

14b) O(a) Sr(a.) acredita que aprendeu algo positivo, em função de sua experiência nesse processo, que, por exemplo, o(a) auxiliará a resolver suas futuras controvérsias?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

14c) O(a) Sr(a.) acredita que a o processo no qual participou o ajudou a ser melhor compreendido pela outra parte?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

14d) O(a) Sr(a.) acredita que a o processo no qual participou o ajudou a melhor compreender a outra parte?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

14e) O(a) Sr(a.) sentiu-se pressionado a chegar a um acordo ou a fechar um acordo?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

14f) O(a) Sr(a.) acredita que seu advogado apresentou propostas construtivas para a resolução do conflito?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder
- e) não se aplica (não estava acompanhado de advogado)

14g) O(a) Sr(a.) acredita que o acordo foi ou está sendo cumprido?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder
- e) não se aplica (e.g. houve um pedido de desculpas que resultou na composição entre os envolvidos)

Agora eu gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o encontro com o ofensor. Para cada um dos itens seguintes, por favor me diga se o item é muito importante, importante, sem importância ou sem qualquer importância.

- 15) Receber respostas sobre questões que você gostaria de fazer ao ofensor.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância
- 16) Contar ao ofensor como o crime afetou a sua vida.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância
- 16.A) Por que você diz isso?
- 17) Ser ressarcido pelos prejuízos causados pelo ofensor.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância
- 17.A) Por favor, conte-me um pouco mais sobre isso?
- 18) Que o ofensor receba algum tipo de aconselhamento ou outro tipo de ajuda.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância
- 18.A) Por que?
- 19) Que o ofensor seja encaminhado a uma instituição de cumprimento de pena.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância
- 19.A) Você poderia me contar mais sobre isso?

20) Que o ofensor diga que está arrependido (a)?

- a) muito importante
- b) importante
- c) de reduzida importância
- d) sem importância
- e) sem nenhuma importância

20.A) O ofensor pareceu estar arrependido da maneira pela qual prejudicou você?

- a) sim
- b) não

20.B) O ofensor pediu desculpas?

- a) sim
- b) não

21) Ter a oportunidade de negociar um acordo de ressarcimento com o ofensor que seja aceitável para ambos.

- a) muito importante
- b) importante
- c) de reduzida importância
- d) sem importância
- e) sem nenhuma importância

21.A) Por que?

Eu gostaria de fazer mais algumas perguntas adicionais sobre o encontro com o ofensor e seu resultado.

22) Houve a negociação de um acordo de ressarcimento durante a sessão de mediação com o ofensor?

- a) sim
- b) não

22.A) se Sim: Sobre o que se acordou?

- a) uma quantia em dinheiro
- b) uma quantia de trabalho
- c) outro: _____

23) O acordo de restituição foi justo para você?

- a) sim
- b) não

22.A) Você poderia me contar um pouco mais sobre isso?

24) O acordo de restituição foi justo para o ofensor?

- a) sim
- b) não

24.a) Por que você diz isso?

- 25) Foi útil encontrar com ofensor?
- Nem um pouco útil
 - Um pouco útil
 - Muito útil
- 25.A) Por que?
- 26) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua atitude em relação ao ofensor hoje?
- Muito Positiva
 - Positiva
 - Confusa: Positiva e Negativa
 - Negativa
 - Muito Negativa
- 27) Você teme que o ofensor cometa outro crime contra você?
- sim
 - não
- 28) Como você se sente agora com relação ao crime praticado contra você?
- Muito preocupado (a)
 - Um pouco preocupado (a)
 - Despreocupado (a)
- 29) Na sua opinião, qual a probabilidade do ofensor cometer outro crime contra alguém?
- Muito provável
 - Provável
 - Improvável
 - Muito improvável
- 30) Qual dessas opções melhor descreve sua postura em relação à **sessão de mediação** com o ofensor?
- Muito Positiva
 - Positiva
 - Confusa ou antagônica: Positiva e Negativa
 - Negativa
 - Muito Negativa
- 30.A) O que você pensa sobre isso?
- 31) Quem foi que mais falou durante a sessão de mediação: **(papéis desempenhados, não nomes)**
- o mediador
 - você, como vítima
 - o ofensor
 - a vítima e o ofensor
 - a participação do mediador, da vítima e do ofensor demorou praticamente o mesmo tempo

32) Dos itens seguintes, coloque por favor em ordem de importância as tarefas do mediador, sendo 1º o item mais importante:

- a) exercer liderança durante o encontro
- b) fazer com que eu e o ofensor nos sintamos confortáveis e seguros
- c) assumir o comando e ser quem mais fala na sessão
- d) permitir que eu fale diretamente com o ofensor por tempo suficiente
- e) ser um bom ouvinte
- f) ajudar-nos a formular um acordo de restituição
- g) outro: _____

33) Você acredita que o mediador foi justo?

- a) sim
- b) não

33.A) se Não: No que ele (a) foi injusto (a)?

34) Qual dessas opções melhor descreve sua postura em relação a como o mediador trabalhou com você e com o ofensor?

- a) Muito satisfeito (a)
- b) Satisfeito (a)
- c) Nem satisfeito (a) nem insatisfeito (a)
- d) Insatisfeito (a)
- e) Muito Insatisfeito (a)

34.A) Você poderia explicar sua resposta?

35) Se você tivesse a chance de escolher de novo, você optaria por se encontrar com o ofensor junto com um mediador?

- a) sim
- b) não

35.A) O que você pensa sobre isso?

36) Você recomendaria a mediação vítima-ofensor para outras vítimas do crime?

- a) sim
- b) não

36.A) Você poderia explicar sua resposta?

37) Quando você saiu da sessão de mediação com o ofensor, quão satisfeito você estava com o resultado do encontro?

- a) Muito satisfeito (a)
- b) Satisfeito (a)
- c) Nem satisfeito (a) nem insatisfeito (a)
- d) Insatisfeito (a)
- e) Muito Insatisfeito (a)

38) Quais foram as três coisas que você achou mais satisfatórias na sua experiência com a mediação vítima-ofensor?

- 1) _____
- 2) _____
- 3) _____

39) Quais foram as três coisas que você achou menos satisfatórias na sua experiência com a mediação vítima-ofensor?

- 1) _____
- 2) _____
- 3) _____

As afirmações seguintes correspondem a declarações que, às vezes, são feitas por vítimas que participam da mediação vítima-ofensor. Por favor, indique se você concorda fortemente, concorda, discorda ou discorda fortemente com cada uma dessas afirmações.

	Concorda fortemente	Concorda	Discorda	Discorda fortemente
40) A mediação vítima-ofensor permitiu que eu expressasse meus sentimentos sobre como é se sentir vitimado.				
41) A mediação vítima-ofensor permitiu que eu participasse mais do processo na justiça criminal.				
42) O ofensor não foi sincero em sua participação				
43) Eu tenho hoje uma melhor compreensão das razões do crime ter sido cometido contra mim				
44) O ofensor participou unicamente para tentar ficar fora da cadeia				
45) Participar da mediação vítima-ofensor fez com que o processo da justiça criminal atendesse mais às minhas necessidades como ser humano				

46) Como resultado da sua participação na mediação vítima-ofensor, alguma das suas posturas em relação ao poder judiciário criminal ou juizado de menores mudou?

- a) sim
- b) não

46.A) se Sim: Qual postura e por que?

47) Dos itens seguintes, coloque por favor em ordem de importância as suas preocupações em relação à justiça do sistema penal, sendo 1º o item mais importante.

- a) punição do ofensor
- b) ressarcimento da vítima
- c) ajuda para o ofensor
- d) participação ativa da vítima no sistema de juizado de menores
- e) pedido de desculpas do ofensor
- f) outro: _____

48) Dado o seu entendimento de justiça, você experimentou justiça dentro do sistema penal no seu caso?

- a) sim
- b) não

49) Existe alguma coisa mais que você gostaria de falar sobre a sessão de mediação com a vítima ou sobre como seu caso foi tratado?

Muito obrigado por sua disposição em participar nesse programa de avaliação.

Formulário de Entrevista pós-Mediação para Ofensores

Local do Programa: _____

Número do caso: _____

Data da entrevista: _____

Entrevistador: _____

Idade da vítima: _____

Sexo: _____

Crime: _____

Primeiramente, eu agora gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o poder judiciário nesse caso.

1) Quão satisfeito você ficou com a forma pela qual o poder judiciário cuidou do seu caso?

- a) muito satisfeito
- b) satisfeito
- c) parcialmente satisfeito e parcialmente insatisfeito (regular)
- d) insatisfeito
- e) muito insatisfeito

2) Você acredita que você foi adequadamente responsabilizado pelo crime que você cometeu?

- a) sim
- b) não

2a) O(a) Sr(a.) acredita que o resultado na sua demanda foi dado ou alcançado em um prazo razoável? Ou seja, o processo foi:

- a) muito rápido
- b) Rápido
- c) razoável
- d) lento
- e) muito lento

2b) O(a) Sr(a.) acredita que o juiz / mediador foi imparcial na sua atuação?

- a) muito imparcial
- b) imparcial
- c) razoável
- d) parcial
- e) muito parcial

2c) Como foi seu tratamento enquanto esteve no Poder Judiciário?

- a) péssimo
- b) ruim
- c) razoável
- d) bom
- e) excelente

Agora eu gostaria de fazer algumas perguntas sobre o programa de mediação vítima-ofensor.

3) Você sentiu que participar do programa de mediação vítima-ofensor foi uma escolha própria sua?

- a) sim
- b) não

3.A) se Sim: Por que você escolheu participar do programa de mediação vítima ofensor?

- a) para ressarcir a vítima pelos seus prejuízos
- b) para deixar a vítima saber porque eu cometi o crime
- c) para pedir desculpas
- d) para assumir responsabilidade direta de fazer as coisas se acertarem
- e) outro: _____ -

4) Você acha que o mediador preparou você suficientemente para o encontro com o ofensor?

- a) sim
- b) não

4.A) O que foi mais útil nessa preparação para mediação? (selecionar um)

- a) ser informado sobre o que acontece na mediação
- b) ter alguém para ouvir minha história sobre o ocorrido
- c) receber explicações sobre quais são possíveis riscos e benefícios da mediação
- d) outro: _____

4.B) O que foi menos útil nessa preparação para mediação? (selecionar um)

- a) não receber informações suficientes sobre a mediação
- b) sentir que você não teve outra opção a não ser participar da mediação
- c) ninguém ouvir sua história sobre o ocorrido ou como você se sentiu sobre isso
- d) você nunca entendeu como a mediação poderia beneficiar você

5) Quem estava presente na sessão de mediação? **(esclarecimento para o entrevistador: anotar papéis desempenhados, não nomes)**

- a) número de mediadores _____
- b) número de vítimas _____

- c) número de pessoas com a vítima _____
d) número de ofensores _____
e) número de pessoas com o ofensor _____
- 6) Quanto tempo durou a sessão de mediação? _____
- 7) Você diria que o tom do encontro foi de forma geral:
- amigável
 - agressivo
 - outro: _____
- 7.b) Você poderia me contar um pouco mais sobre isso?
- 8) Você ficou surpreso com qualquer coisa que aconteceu na sessão de mediação?
- sim
 - não
- 8.A) se Sim: Pelo o quê?
- ela transcorreu melhor do que eu esperava
 - ela transcorreu pior do que eu esperava
 - a vítima pareceu e preocupar comigo
 - a vítima pareceu ter tanta raiva
 - outro: _____
- 8a) O(a) Sr(a.) acredita que a demanda sobre a qual conversamos o ajudou a melhor entender a parte contrária e se fazer ser melhor compreendido?
- sim
 - não
 - sim, em parte
 - não sei responder
- 8b) O(a) Sr(a.) acredita que aprendeu algo positivo, em função de sua experiência nesse processo, que, por exemplo, o(a) auxiliará a resolver suas futuras controvérsias?
- sim
 - não
 - sim, em parte
 - não sei responder
- 8c) O(a) Sr(a.) acredita que a o processo no qual participou o ajudou a ser melhor compreendido pela outra parte?
- sim
 - não
 - sim, em parte
 - não sei responder

8d) O(a) Sr(a.) acredita que a o processo no qual participou o ajudou a melhor compreender a outra parte?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

8e) O(a) Sr(a.) sentiu-se pressionado a chegar a um acordo ou a fechar um acordo?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder

8f) O(a) Sr(a.) acredita que seu advogado apresentou propostas construtivas para a resolução do conflito?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder
- e) não se aplica (não estava acompanhado de advogado)

8g) O(a) Sr(a.) acredita que o acordo foi ou está sendo cumprido?

- a) sim
- b) não
- c) sim, em parte
- d) não sei responder
- e) não se aplica (e.g. houve um pedido de desculpas que resultou na composição entre os envolvidos)

Agora eu gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o encontro com a vítima. Para cada um dos itens seguintes, por favor me diga se o item é muito importante, importante, sem importância ou sem qualquer importância.

9) Ser capaz de contar à vítima o que aconteceu.

- a) muito importante
- b) importante
- c) de reduzida importância
- d) sem importância
- e) sem nenhuma importância

9.a) O que você pensa sobre isso?

- 10) Ressarcir a vítima pagando-lhe em dinheiro ou fazendo algum trabalho.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância

10.a) Por favor, conte-me um pouco mais sobre isso?

- 11) Ter a oportunidade de negociar um acordo de ressarcimento com a vítima que fosse aceitável para ambos.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância

11.a) Quais são seus pensamentos sobre isso?

- 12) Ser capaz de se desculpar com a vítima pelo aquilo que você fez.
- a) muito importante
 - b) importante
 - c) de reduzida importância
 - d) sem importância
 - e) sem nenhuma importância

12.a) Você se desculpou com a sua vítima?

- a) sim
- b) não

12.b) Você poderia me contar um pouco mais sobre isso?

Eu gostaria de fazer mais algumas perguntas adicionais sobre o encontro com a vítima e seu resultado.

- 13) Houve a negociação de um acordo de ressarcimento durante a sessão de mediação com a vítima?
- a) sim
 - b) não

13.A) se Sim: Sobre o que se acordou?

- a) uma quantia em dinheiro
- b) uma quantia de trabalho
- c) outro: _____

- 14) O acordo de restituição foi justo para você?
- a) sim
 - b) não

- 22.A) Você poderia me contar um pouco mais sobre isso?
- 15) O acordo de restituição foi justo para a vítima?
a) sim b) não
- 15.a) Por que você diz isso?
- 16) Foi útil encontrar com a vítima?
a) Nem um pouco útil
b) Um pouco útil
c) Muito útil
- 16.A) Por que?
- 17) Você se sentiu melhor após se encontrar com a vítima?
- 17.a) O que você pensa sobre isso?
- 18) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua atitude em relação ao ofensor hoje?
a) Muito Positiva
b) Positiva
c) Confusa: Positiva e Negativa
d) Negativa
e) Muito Negativa
- 19) Você acredita que a vítima possui uma opinião melhor sobre você depois de vocês terem se encontrado?
a) sim b) não
- 19.a) Por que isso?
- 20) Qual a probabilidade de você concluir o acordo de restituição à vítima?
a) muito provável
b) provável
c) improvável
d) muito improvável
- 20.a) Por que você diz isso?
- 21) Qual a probabilidade de você cometer outro crime?
a) muito provável
b) provável
c) improvável
d) muito improvável

21.a) Por que você diz isso?

22) Qual dessas opções melhor descreve sua atitude em relação à **sessão de mediação** com a vítima?

- a) Muito Positiva
- b) Positiva
- c) Confusa: Positiva e Negativa
- d) Negativa
- e) Muito Negativa

22.a) Quais são seus pensamentos sobre isso?

23) Quem foi que mais falou durante a sessão de mediação: (**papéis desempenhados, não nomes**)

- a) o mediador
- b) você, como ofensor
- c) a vítima

24) Dos itens seguintes, coloque por favor em ordem de importância as tarefas do mediador, sendo 1º o item mais importante:

- _____ a) exercer liderança durante o encontro
- _____ b) fazer com que eu e a vítima nos sintamos confortáveis e seguros
- _____ c) assumir o comando e ser quem mais fala na sessão
- _____ d) permitir que eu fale diretamente com a vítima por tempo suficiente
- _____ e) ser um bom ouvinte
- _____ f) ajudar-nos a formular um acordo de restituição
- _____ g) outro: _____

25) Você acredita que o mediador foi justo?

- a) sim
- b) não

25.A) se Não: No que ele(a) foi injusto(a)?

26) Qual dessas opções melhor descreve sua atitude em relação a como o mediador trabalhou com você e com a vítima?

- a) Muito satisfeito (a)
- b) Satisfeito (a)
- c) Nem satisfeito (a) nem insatisfeito (a)
- d) Insatisfeito (a)
- e) Muito Insatisfeito (a)

26.A) Você poderia explicar sua resposta?

27) Se você tivesse a chance de escolher de novo, você optaria por se encontrar com a vítima junto com um mediador?

- a) sim b) não

27.A) O que você pensa sobre isso?

28) Você recomendaria a mediação vítima-ofensor para outros amigos que talvez se metessem em problemas?

- a) sim b) não

28.A) Você poderia explicar sua resposta?

29) Quando você saiu da sessão de mediação com a vítima, quão satisfeito você estava com o resultado do encontro?

- a) Muito satisfeito (a)
b) Satisfeito (a)
c) Nem satisfeito (a) nem insatisfeito (a)
d) Insatisfeito (a)
e) Muito Insatisfeito (a)

30) Quais foram as três coisas que você achou mais satisfatórias na sua experiência com a mediação vítima-ofensor?

- 1) _____
2) _____
3) _____

31) Quais foram as três coisas que você achou menos satisfatórias na sua experiência com a mediação vítima-ofensor?

- 1) _____
2) _____
3) _____

As afirmações seguintes correspondem a declarações que, às vezes, são feitas por ofensores que participam da mediação vítima-ofensor. Por favor, indique se você concorda fortemente, concorda, discorda ou discorda fortemente com cada uma dessas afirmações.

	Concorda fortemente	Concorda	Discorda	Discorda fortemente
32) Eu sofri muita pressão para ser que a pessoa que mais falava no encontro.				
33) Eu senti como se não tivesse outra opção a não ser participar da sessão de mediação com a vítima.				
34) A vítima não foi sincera em sua participação.				
35) Eu tenho hoje uma melhor compreensão de como meu comportamento afetou a vítima.				
36) A vítima participou unicamente porque queria o dinheiro de volta.				
37) Sem o programa de mediação vítima-ofensor, eu provavelmente teria ido para a cadeia.				

38) Como resultado da sua participação na mediação vítima-ofensor, alguma das suas posturas em relação ao poder judiciário criminal ou juizado de menores mudou?

- a) sim b) não

38.A) se Sim: Qual postura e por que?

39) Dos itens seguintes, coloque por favor em ordem de importância as suas preocupações em relação à justiça do sistema penal, sendo 1º o item mais importante.

- ___ a) punição do ofensor
 ___ b) ressarcimento da vítima
 ___ c) ajuda para o ofensor
 ___ d) participação ativa da vítima no sistema de juizado de menores
 ___ e) pedido de desculpas do ofensor
 ___ f) outro: _____

40) Dado o seu entendimento de justiça, você experimentou justiça dentro do sistema penal no seu caso?

- a) sim b) não

41) Existe alguma coisa mais que você gostaria de falar sobre a sessão de mediação com a vítima ou sobre como seu caso foi tratado?

Muito obrigado por sua disposição em participar nesse programa de avaliação.

Formulário de Entrevista para Vítimas encaminhadas mas que não participaram da Mediação

Local do Programa:

Número do caso:

Data da entrevista:

Entrevistador:

Idade da ofensor:

Sexo:

Crime:

Primeiramente, eu agora gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o poder judiciário nesse caso.

1) Quão satisfeito você ficou com a forma pela qual o poder judiciário cuidou do seu caso?

- a) muito satisfeito
- b) satisfeito
- c) parcialmente satisfeito e parcialmente insatisfeito (regular)
- d) insatisfeito
- e) muito insatisfeito

2) Você acredita que sua opinião em relação ao crime e ao ofensor foi adequadamente levada em conta nesse caso?

- a) sim
- b) não

3) Você foi informado pelo poder judiciário sobre as ações tomadas em relação ao ofensor no seu caso?

- a) sim
- b) não

4) Você acredita que o ofensor foi adequadamente responsabilizado por seu comportamento?

- a) sim
- b) não

5) Você acredita que o programa de mediação vítima-ofensor deve ser parte integrante do poder judiciário criminal e oferecido, de forma a ser voluntário, a todas as vítimas que o considerariam útil?

- a) sim
- b) não

6) A mediação vítima-ofensor claramente não é algo em que todos queiram participar. Você poderia me explicar por que você escolheu não participar?

7) Existe algo que poderia facilitar a sua participação no programa de mediação vítima-ofensor?

Para cada um dos itens seguintes, por favor me diga se o item é muito importante, importante, sem importância ou sem qualquer importância.

	Muito importante	Importante	Sem importância	Sem nenhuma importância
8) Receber respostas a questões que você gostaria de perguntar ao ofensor				
9) Contar ao ofensor como o crime afetou você				
10) Ser ressarcido pelos prejuízos				
11) O ofensor receber algum tipo de aconselhamento ou outro tipo de ajuda				
12) O ofensor ser encaminhado a uma instituição de correção				
13) O ofensor dizer que está arrependido(a)				
14) Ter a oportunidade de negociar um acordo de restituição com o ofensor que seja aceitável para ambos				

15) Você acha que um encontro com o ofensor poderia ser útil?

- a) nem um pouco útil
- b) um pouco útil
- c) muito útil

16) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua postura em relação ao ofensor hoje?

- a) Muito Positiva
- b) Positiva
- c) Confusa: Positiva e Negativa
- d) Negativa
- e) Muito Negativa

17) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua postura hoje em relação à idéia de encontrar com o seu ofensor, mesmo você não tendo participado do programa de mediação vítima-ofensor?

- a) Muito Positiva
- b) Positiva
- c) Confusa: Positiva e Negativa
- d) Negativa
- e) Muito Negativa

18) Você teme que o ofensor cometa outro crime contra você?

- a) sim
- b) não

19) Como você se sente agora com relação ao crime praticado contra você?

- a) Muito preocupado (a)
- b) Um pouco preocupado (a)
- c) Despreocupado (a)

Nós estamos quase acabando, mas antes de encerrar eu gostaria de fazer duas perguntas sobre a justiça.

20) Dos itens seguintes, qual é o mais importante para você em relação à justiça do sistema penal?

- a) punição do ofensor
- b) ressarcimento da vítima
- c) ajuda para o ofensor
- d) participação ativa da vítima no sistema de juizado de menores
- e) pedido de desculpas do ofensor

21) Dado o seu entendimento de justiça, você experimentou justiça dentro do sistema penal no seu caso?

- a) sim
- b) não

Isso encerra nossa entrevista formal.

22) Existe alguma coisa mais que você gostaria de falar sobre como o poder judiciário criminal cuidou do seu caso?

Muito obrigado por participar nesse programa de avaliação.

Formulário de Entrevista para Ofensores encaminhados mas que não participaram da Mediação

Local do Programa: _____

Número do caso: _____

Data da entrevista: _____

Entrevistador: _____

Idade da vítima: _____

Sexo: _____

Crime: _____

Primeiramente, eu agora gostaria de fazer algumas perguntas sobre sua experiência com o poder judiciário nesse caso.

1) Quão satisfeito você ficou com a forma pela qual o poder judiciário cuidou do seu caso?

- a) muito satisfeito
- b) satisfeito
- c) parcialmente satisfeito e parcialmente insatisfeito (regular)
- d) insatisfeito
- e) muito insatisfeito

2) Você acredita que você foi adequadamente responsabilizado pelo crime que você cometeu?

- a) sim
- b) não

Agora, eu gostaria de fazer algumas perguntas sobre o programa de mediação vítima-ofensor ao qual você foi encaminhado. Mediação vítima-ofensor não é algo em que todos queiram participar.

3) Você pode me dizer por que você não participou do programa de mediação vítima-ofensor?

4) Existe alguma coisa que pudesse ter tornado mais fácil ou mais tentadora a sua participação no programa de mediação vítima-ofensor?

Para cada um dos itens seguintes, por favor me diga se o item é muito importante, importante, sem importância ou sem qualquer importância.

	Muito importante	Importante	Sem importância	Sem nenhuma importância
5) Ser capaz de contar à vítima o que aconteceu				
6) Ressarcir a vítima pagando-lhe em dinheiro ou fazendo algum trabalho				
7) Ter a oportunidade de negociar um acordo de restituição com a vítima que seja aceitável para ambos				
8) Ser capaz de se desculpar com a vítima pelo aquilo que você fez				

9) 15) Você acha que um encontro com a vítima poderia ser útil?

- a) nem um pouco útil
- b) um pouco útil
- c) muito útil

10) Você se sentiria nervoso em encontrar com a vítima?

- a) sim
- b) não

11) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua postura em relação à vítima hoje?

- a) Muito Positiva
- b) Positiva
- c) Confusa: Positiva e Negativa
- d) Negativa
- e) Muito Negativa

12) Qual dos seguintes opções melhor descreve sua postura hoje em relação à idéia de encontrar com a sua vítima, mesmo você não tendo participado do programa de mediação vítima-ofensor?

- a) Muito Positiva
- b) Positiva
- c) Confusa: Positiva e Negativa
- d) Negativa
- e) Muito Negativa

13) Você se importa com o que a vítima pensa?

- a) sim
- b) não

Nós estamos quase acabando, mas antes de encerrar eu gostaria de fazer duas perguntas sobre a justiça.

14) Dos itens seguintes, qual é o mais importante para você em relação à justiça do sistema penal?

- a) punição do ofensor
- b) ressarcimento da vítima
- c) ajuda para o ofensor
- d) o ofensor reparar as coisas pessoalmente
- e) o ofensor ser capaz de se desculpar com a vítima

21) Dado o seu entendimento de justiça, você experimentou justiça dentro do sistema penal no seu caso?

- a) sim
- b) não

Isso encerra nossa entrevista formal.

49) Existe alguma coisa mais que você gostaria de falar sobre como o poder judiciário cuidou do seu caso?

Muito obrigado por participar nesse programa de avaliação



Maggiore Editora: Tel: (61) 3032-6630 - 8142-1476

Impressão: 300 exemplares - Formato: 16x23 cm

Papel miolo: Polem Soft 90g. 1/1 cor

Capa: Cartão Supremo 240g. 4/0 cor
Plastificação BOPP