Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Organizador ANDRÉ GOMMA DE AZEVEDO

Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação

2004
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 © 2004 *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
Loussia Penha Mousse Félix
Márcia Flávia Santini Picarelli
Márcio Iório Aranha
Pedro Batista Martins
Selma Maria Ferreira Lemes

Supervisão Editorial
Breno Carneiro Zaban
Francisco Schertel Mendes
Sérgio Alves Júnior

Preparação de Originais
Fábio Portela Lopes de Almeida

Capa
André Gomma de Azevedo
Divanir Mattos Junior (finalização)

Supervisão Gráfica
Divanir Mattos Junior
Gerson Reis

Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol 3 / André Gomma de Azevedo (org.) – Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

E82a 326 p.
ISBN 85-89929-02-7

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

CDU 347.918

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor
Lauro Morhy

Vice-Reitor
Timothy Martin Mulholland

Faculdade de Direito

Diretor
Marcus Faro de Castro

Vice-Diretor
Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira

Coordenadora de Pós-Graduação
Loussia Penha Musse Félix

Coordenador de Graduação
Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto

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
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 Jacques Vieira Gomes
Carlos Roberto Mota Pelegrino
Célio Rodrigues da Cruz
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
Fernando Hugo Rabello Miranda
Flávio Dino de Castro e Costa
Francisco Ribeiro Todorov
Frederico Henrique Viegas de Lima
George Rodrigo Bandeira Galindo
Geraldo Brindeiro
Gilmar Ferreira Mendes
Gisela de Castro Chamoun
Gislaine Jaciara Castro dos Santos
Gloreni Aparecida Machado
Guilherme Fernandes Neto
Henrique Fagundes Filho
Hércules Alexandre da Costa Benício
Humberto Jacques de Medeiros
Í'talo Fioravanti Sabo Mendes
João Orestes Dalazen
Jorge Amaury Maia Nunes
José Eduardo Sabo Paes
José Geraldo de Sousa Júnior
Karla Leal Macedo
Léo Ferreira Leoncy
Leonardo Roscoe Bessa
Lincoln Magalhães da Rocha
Loussia Penha Musse Felix
Lucas Rocha Furtado
Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
Márcio Wanderley de Azevedo
Marcus Faro de Castro
Olindo Herculano de Menezes
Osíris de Azevedo Lopes Filho
Othon Azevedo Lopes
Pedro Paulo Castelo Branco Coelho
Ricardo José Macedo Britto
Roberto Carlos Batista
Ronaldo Rebello de Britto Poletti
Tarcisio Vieira de Carvalho Neto
Victor Russomano Júnior
Walter Ramos da Costa Porto

Sumário

11 Agradecimentos

15 Apresentação

Primeira Parte – Memória

19 Oito anos da Lei de Arbitragem
Selma Ferreira Lemes

Segunda Parte – Doutrina – Parte Especial

29 A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos
Morton Deutsch

Doutrina – Artigos de Professores

101 Mapeando a mediação: os riscos do gráfico de Riskin
Kimberlee K. Kovach e Lela Love

137 Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados
André Gomma de Azevedo

161 Métodos de composição de conflitos: mediação, conciliação, arbitragem e adjudicação
Alexandre Araujo Costa

Doutrina – Artigos de Pesquisadores

205 Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro
Michelle Tonon Barbado

221 Lei Uniforme de Mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização da mediação
Sérgio Antônio Garcia Alves Júnior

Doutrina – Artigos de Alunos

241 Arbitragem no Direito Individual do Trabalho
Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello

Terceira Parte – Resenhas de Livros

259 Fair Division: From cake-cutting to dispute resolution – Even J. Brams e Alan d. Taylor
Fábio Portela Lopes de Almeida

263 The Handbook of victim offender mediation – Mark S. Umbreit
André Gomma de Azevedo

265 A oficina: uma mediação exemplificada
Artur Coimbra de Oliveira

Quarta Parte – Jurisprudência

271 Jurisprudência Arbitral
Adriana Braghetta

Quinta Parte – Glossário

301 Glossário: Métodos de resolução de disputa – RDs

aos Professores

Francisco de Assis Toledo *(in memoriam)*
e
Dourimar Nunes de Moura

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 nesta faculdade.

Agradecimentos

As idéias apresentadas nesse terceiro 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.

Pela autorização para publicar em português três capítulos de seu livro *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes* registramos nosso apreço ao Professor Morton Deutsch (Columbia University – NY) bem como o seu grupo de pesquisa (*International Center for Cooperation and Conflict Resolution*). Ainda no que concerne a essa autorização não poderíamos deixar de agradecer à Sra. Joanne Grice da Yale University Press. Às professoras Kimberlee K. Kovach (University of Texas School of Law) e Lela Love (Benjamin N. Cardozo School of Law) bem como ao Dr. Nathan Sabel, da Harvard Negotiation Law Review, pela cessão de direitos autorais relativos à tradução do artigo *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid* para a língua portuguesa; à Profa. Selma Maria Ferreira Lemes (Fundação Getúlio Vargas/SP), pela disposição de traçar um retrospecto de como a arbitragem tem evoluído nos 8 (oito) anos de vigência da Lei nº 9.307/96; ao Prof. Alexandre Araújo Costa (Universidade de Brasília) por sua visão panorâmica de métodos de solução de disputas; à Professora Adriana Braguetta (Fundação Getúlio Vargas/SP) pelo zelo de compilar e comentar algumas das mais relevantes e recentes decisões jurisprudenciais; aos pesquisadores Michelle Tonon Barbado, Sérgio Alves Júnior e Fábio Portela Lopes de Almeida bem como à acadêmica Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello pelo desembaraço de escreverem sobre temas novos e delicados no contexto dessas novas áreas de métodos de resolução de disputas.

Registramos com grande consideração a contribuição da Professora Carol Liebman, Diretora da Clinica de Mediação da Universidade de Columbia em Nova Iorque pela sua participação no I Curso de Extensão em Mediação e pelo desencademento de diversas linhas de pesquisa no GT Arbitragem.

Pelo apoio institucional quanto ao vídeo educacional *A Oficina: uma mediação exemplificada* agradecemos ao Tribunal de Justiça do estado da Bahia e em especial aos seguintes membros: Des. Gilberto de Freitas Caribé, Des. Luiz Fernando de Souza Ramos; Desª. Lucy Lopes Moreira e Des. Carlos Alberto Dultra Cintra.

Cumpre 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: Des. José Jeronymo Bezerra de Souza, Des. Estevam Maia, Des. Eduardo de Moraes Oliveira; Desª. Carmelita Indiano A. do Brasil Dias; Des. Natanael Caetano Fernandes, Des. Otávio Augusto Barbosa, Des. Getúlio Vargas de Moraes Oliveira, Juíza Carmen Nícea Nogueira Bittencourt, Juíza Sandra Reves Vasquez Tonussi e Juiz Asiel Henrique de Souza que muito bem assistidos pelo Secretário Executivo desses projetos (a quem estendemos nossa gratidão), Dr. Marcelo Girade, têm obtido notáveis resultados.

Pela contribuição com projetos em andamento como o Manual de Mediação Forense agradecemos a atenção e apoio dos juízes Aiston Henrique de Sousa e Margareth Cristina Becker. Cabe registrar também o apoio e atenção dada pelo Juiz Ben-Hur Viza à pesquisa sobre mediação entre vítima e ofensor que será retomada para o próximo volume desse anuário.

Pela oportunidade de participação no programa de mediação comunitária do Tribunal de Justiça do estado do Acre reiteramos nossa dívida de gratidão à Desª. Eva Evangelista e à Juíza Mirla Regina da Silva Lopes.

Pelo esmeroso trabalho de revisão da tradução da obra *When Push Comes to Shove* de Karl Slaikeu, publicado no início deste ano de 2004, agradecemos ao Dr. Amom Pires Albernaz, Dr. Flávio Dino (TRF 1ª Região), Dra. Fernanda Schreiber, Dr. Henrique Araújo Costa, Dra. Marilda dos Reis Fontinele (MPDFT), Dra. Terezinha M. Licks Prates (MPT) e ao Prof. Welber Barral (UFSC).

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, Dourimar Nunes de Moura, Frederico Henrique Viegas de Lima, Í'talo Fioravanti Sabo Mendes, Jorge Amaury Maia Nunes, José Carlos Moreira Alves, Lucas Rocha Furtado, Marcello Lavenère Machado e Olindo Herculano de Menezes que gentilmente contribuíram com palestras na Semana do Novo Código Civil, realizada entre os dias 25 e 29 de novembro de 2002, reiteramos nossos agradecimentos.

Pela contribuição no I Curso de Extensão em Arbitragem, Mediação e Negociação registramos o auxílio recebido dos professores Dr. Marco Maciel (então Vice-Presidente da República); Dr. Petrônio Muniz (Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitra-

gem); Min. Fátima Nancy Andrighi (Superior Tribunal de Justiça); Dra. Selma Maria Ferreira Lemes (Fundação Getúlio Vargas/SP); Dr. Pedro A. Batista Martins (Fundação Getúlio Vargas/SP); Dr. Carlos Alberto Carmona (Universidade de São Paulo); Dr. Rodrigo Correa (Universidade do Chile); Dr. Frederico Viegas de Lima (Universidade de Brasília); Dra. Maristela Basso (Universidade de São Paulo); Min. Carlos Eduardo Caputo Bastos (Tribunal Superior Eleitoral); Dr. Carlos Henrique de Fróes (Câmara de Comércio Internacional); Prof. José Carlos de Magalhães (Universidade de São Paulo); Dr. Inocêncio Coelho (Universidade de Brasília); Dr. Celso de Tarso Pereira (Ministério das Relações Exteriores); Dr. Francisco Victor Boissou (UniCeub); Dr. Cesare Jermini (Bär & Karrer); Dr. Luiz Fernando Teixeira Pinto (Pinheiro Neto Advogados);

Pela atuação na I Semana de Planejamento e Conscientização Profissional da registramos nosso apreço ao Juiz Fernando Antônio Tavernard Lima (TJDF), Prof. Humberto Jacques de Medeiros (Universidade de Brasília), Profa. Loussia Musse Félix (Universidade de Brasília), Prof. Márcio Iório Aranha (Universidade de Brasília), Dr. Túlio Freitas do Egito Coelho (Trench, Rossi & Watanabe Advogados), Prof. Francisco Victor Boissou (UniCeub) e ao Dr. Francisco Todorov (Trench, Rossi & Watanabe Advogados).

Pelos oportunos projetos de pesquisa em métodos alternativos 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. Gustavo Trancho de Azevedo, Dr. Henrique Araújo Costa, Dr. Weverton Severo, Dr. Cícero Freitas, Dr. Juliano Zaiden Benvindo, Dra. Daniela Bóson, Dr. Vilson Malchow Vedana, Dr. Ivan Machado Barbosa, Dr. Fábio Portela Lopes de Almeida, 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 2004

Prof. André Gomma de Azevedo
Coordenador do GT Arbitragem

Apresentação

É com satisfação que apresento ao público mais esta importante contribuição à literatura jurídica brasileira, no campo dos métodos de resolução de disputas. O livro é fruto das atividades do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação (GT Arbitragem) da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, constituído em 1999 com o objetivo de desenvolver a teoria e a prática de métodos de resolução de disputas.

A obra reúne contribuições destacadas na área de investigação do GT Arbitragem, incluindo três capítulos do livro *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, traduzidos e publicados com autorização de seu autor, o Prof. Morton Deutsch, da Universidade de Columbia, bem como o artigo dos professores Kimberlee K. Kovack e Lela Love "Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid", originalmente publicado em 1998, na *Harvard Negotiation Law Review*, sendo uma resposta a um trabalho do Prof. Leonard L. Riskin, publicado na mesma revista em 1996. Além disso, a obra oferece vários textos instigantes de autores brasileiros, inclusive pesquisadores do GT Arbitragem.

O contato com os textos, sem dúvida, conduzirá o leitor a considerar que o campo da teoria e prática de métodos alternativos de resolução de conflitos tem uma dinâmica desafiadora por suas implicações no mundo contemporâneo. De fato, ao longo do século XX, e especialmente após a Segunda Guerra Mundial, as práticas institucionais de resolução de conflitos, alternativas ao processo judicial liberal clássico, ganharam desenvolvimento notável em diversas sociedades e em vários mecanismos de composição de conflitos de interesses entre atores internacionais. Assim, por um lado, a dimensão "individualista" dos conflitos foi modificada pelo aparecimento de procedimentos de tutela coletiva, em muitos casos com participação de terceiros legitimados. Por outro lado, além das práticas de mediação, conciliação ou arbitragem relacionadas à composição de conflitos locais, como aquelas abrangidas no direito brasileiro pela Lei nº 9.307/96 ou pela legislação que disciplina os juizados especiais nas esferas civil e penal, órgãos como o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID, criado em 1966), do Grupo Banco Mundial, os Mecanismos de Resolução de Controvérsias dos Capítulos 11, 19 e 20 do tratado de integração regional conhecido como NAFTA (North American Free Trade Agreement), o Órgão de Resolução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio (Anexo 2 do Tratado de Marrakesch), os mecanismos de resolução de controvérsias de inúmeros Trata-

dos Bilaterais de Investimento (TBIs) – que incluem o ICSID – e muitas outras instituições avançam em direção a métodos de composição de conflitos que contrastam radicalmente com o processo judicial liberal clássico no plano internacional.

Contudo, esses desenvolvimentos apresentam ambigüidades. Isto porque os métodos alternativos de composição de conflitos oscilam entre duas tendências. De um lado, é favorecido o foco em noções de justiça que fazem apelo ao sentido de comunidade, com uma forte ênfase na dimensão do *interesse público* relevante em cada caso. De outro lado, ocorre a tendência de privilegiamento de abordagens que repousam sobre a análise das implicações do conflito, preponderantemente em termos de *interesses privados* que se presume devam ser protegidos. No primeiro caso, há preocupação com a determinação de "direitos indisponíveis", reconhecidos a um indivíduo ou grupo. No segundo caso, todos os bens objetos da controvérsia tendem a ser tratados como "negociáveis" entre coalizões sociais – que são às vezes tributárias de coalizões políticas – e, portanto, como sendo intrinsecamente disponíveis.

Ora, evidentemente, os desdobramentos destas duas tendências e de seu confronto prático oferecem diversos desafios a serem enfrentados pela reflexão acerca dos métodos alternativos de composição de conflitos, em especial com relação à proteção de direitos fundamentais e dos direitos humanos, tipicamente indisponíveis. Porém, os desafios têm a sua importância redobrada quando se considera que a sociedade contemporânea reconcilia-se mal com concepções absolutas de direito subjetivo, tendo se tornado sujeita a inexoráveis processos de integração e fragmentação, que se sobrepõem parcialmente, e que estão relacionados à internacionalização da política econômica, à formação de redes de cooperação ou comunidades de consumo organizadas em torno de sistemas tecnológicos cambiantes, à formação de preferências resultante da comunicação de massa, ao desenvolvimento de comunidades de informação, à afirmação de identidades não tradicionais e à interpenetração e ao conflito das culturas. Tudo isto se torna ainda mais complexo quando se ampliam os questionamentos para abranger as relações entre as práticas locais e nacionais de resolução alternativa de conflitos e as supra-nacionais, diante dos processos institucionais das democracias no mundo hoje.

A reflexão acadêmica sobre tais desafios e sobre os rumos que as práticas alternativas de composição de conflitos é, portanto, muito bem-vinda e indispensável. O GT Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília tem prestado um serviço importante nesse campo. O volume agora trazido aos leitores brasileiros oferece subsídios que enriquecem o debate e auxiliam na formação de um quadro de referência para o enfrentamento dos desafios próprios ao tema.

Prof. Marcus Faro de Castro
Diretor da Faculdade de Direito
Universidade de Brasília

Primeira Parte

Memória

OITO ANOS DA LEI DE ARBITRAGEM[1]

Selma Ferreira Lemes [2]

A Lei nº 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre arbitragem, conhecida como Lei Marco Maciel, nome de seu patrono no Senado, está a caminho de completar 8 anos de vigência. É hora de efetuarmos um balanço.

No início de 1996, exatamente seis meses antes da Lei de Arbitragem ser promulgada, participávamos no Superior Tribunal de Justiça – STJ de *"Painel de Debates sobre Soluções Alternativas de Controvérsias"*, que contou com o apoio da Embaixada dos EUA e de instituições americanas, no qual tive o privilégio de ser debatedora do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que tratara do tema *"Perspectivas Brasileiras no Campo da Solução Alternativa de Conflitos."* O cenário mudou radicalmente desde aquela época, pois tratávamos da matéria como uma quimera, como meras conjecturas para o futuro, já que não tínhamos previsão de quando o Projeto de Lei seria finalmente votado e a Lei sancionada. Todavia, as proposições que efetuamos naquela oportunidade continuam válidas, mas sob outras óticas. Apontamos quatro fatores que contribuiriam para a correta e eficaz **consolidação**, ousamos dizer **"consolidação",** pois naquela oportunidade falamos em **"desenvolvimento"** da arbitragem entre nós. São os quatros pilares, que sustentam e concederão perenidade à arbitragem. São eles:

1. A Segurança Jurídica.
2. A Difusão Cultural.
3. A Conscientização dos Advogados.
4. A Manutenção de Regras Flexíveis.

---

[1] Palestra inaugural proferida no Seminário "8 Anos da Lei n° 9.307/96 – O Cenário Atual da Arbitragem no Brasil ", promovido pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana – AMCHAM em 24.05.2004, São Paulo.

[2] Advogada. Mestre em Direito Internacional pela USP. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Coordenadora e Professora do Curso de Arbitragem do Programa de Educação Continuada da Fundação Getúlio Vargas – PEC/FGV em São Paulo e Rio de Janeiro. Membro do Grupo Latino-Americano da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – Paris. Sócia Titular de Selma Lemes Advogados Associados.

1. A Segurança Jurídica

Temos um texto de Lei constituído por um arcabouço lógico de conceitos, que, como toda elaboração legislativa, alicerça-se na sociologia do direito e, neste sentido, o legislador brasileiro, ao estabelecer as novas diretrizes do estatuto arbitral nacional, fez opções e exerceu seu direito e dever de considerar e enaltecer as pautas sociais e os valores jurídicos que entendeu deveriam estar albergados na Lei,[3] no exercício de seu poder soberano e constitucional de legislar, tendo como norte orientador as diretrizes sistemáticas, éticas, sociais e de operabilidade (concretitude) que deveriam estar presentes na nova normativa. [4]

Assim, a Lei de Arbitragem, em seus 44 Artigos e VII Capítulos estabelece o arcabouço arbitral brasileiro que, no frontispício, define o caráter voluntário da arbitragem, quando e quem pode utilizá-la, as regras aplicáveis, etc. No Capítulo II, trata do seu nascedouro: a convenção de arbitragem, que se subdivide em cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e compromisso arbitral (art. 3º), arbitragem institucional (art. 5º), o caráter vinculante da cláusula compromissória e a competente ação judicial para instituir a arbitragem diante de cláusula arbitral em branco ou vazia (art.7º), o princípio da autonomia da cláusula compromissória (art.8º) e o da competência dos árbitros (art. 8º,§ único), requisitos do compromisso arbitral, etc.

O Capítulo III refere-se aos árbitros, a figura-chave da arbitragem, quem pode atuar como árbitro (art. 13), requisitos a serem observados, código de ética (art.13, § 6º), recusa e exceção (arts. 14 e 15), responsabilidade civil e penal (art. 17), que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), etc.[5] O Capítulo IV dispõe sobre o procedimento arbitral e declara o momento em que a arbitragem está instituída (art. 19), argüição de suspeição ou impedimento do árbitro; a *lex legum* da lei de arbitragem, que reside nos princípios do devido processo legal (art. 21 § 2º); a conciliação; a fase probatória em que poderá solicitar o auxílio do judiciário, inclusive na execução de medidas coercitivas e cautelares (art. 22, 4º), etc. O Capítulo V é dedicado ao desiderato da arbitragem: a sentença arbitral nacional, seus requisitos e específicas formas de impugnação. Por sua vez, o Capítulo VI dispõe sobre a sentença arbitral estrangeira, requisitos para homologá-la com o fito de darlhe reconhecimento, eficácia e força executiva. As disposições finais previstas no Capítulo VII representam o elo de concatenação com as demais normas do ordenamento jurídico nacional, em especial a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, revogando disposições em contrário e outras providências.

---

[3] Cf. Gregório ROBLES, *Sociologia del Derecho*, Madrid, Civitas, 1993, p. 112. Na literatura jurídica nacional Eros Roberto GRAU analisa a questão sob a ótica do direito legítimo, vale dizer, é o produzido pela autoridade de modo a expressar os padrões de cultura, os sentidos (princípios) forjados pela sociedade como expressões das aspirações e rumos que a sociedade pretende seguir, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 60.

[4] Cf Miguel REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 7/13.

[5] Cf Selma M. Ferreira LEMES, *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001, 239 p. www.ltr.com.br '

Com a nova Lei podemos dizer que inauguramos o **Direito da Arbitragem Brasileiro.** O modelo é ordenado e lógico. Todavia, para sua efetiva inserção, assim como de qualquer outro diploma legal, precisa ter a confirmação do intérprete originário que, no Estado Democrático de Direito, é atribuição do Judiciário. É o Judiciário que imprime a segurança jurídica ao instituto. A jurisprudência gerada será o guia para sua aplicação e utilização. Carlos Maximiliano, em obra precursora de interpretação legal, salientou que "a segurança jurídica, objeto superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas, do que da roupagem mais ou menos apropriada em que se apresentam."[6]

É indubitável que a Lei n. 9.307/96 introduziu no ordenamento nacional novos princípios e conceitos, que ainda demandarão algum tempo para serem devidamente assimilados pela comunidade jurídica. Mas alguns desses conceitos, nestes quase oito anos de vigência da Lei, já se encontram referendados pelo Judiciário, a seguir arrolados:

a. Constitucionalidade de Dispositivos da Lei de Arbitragem – Apreciados pelo Supremo Tribunal Federal – STF, que, entre outras matérias, referendou o efeito vinculante da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso) e a eficácia da cláusula arbitral cheia. Reconheceu que quando as partes fornecem os elementos para dar início à arbitragem, havendo resistência da outra parte e diante de cláusula compromissória que elege uma instituição arbitral para administrar o procedimento, não há a necessidade de acorrer ao Judiciário para instituí-la, pois isso só seria necessário se a cláusula arbitral nada dispusesse a respeito (cláusula arbitral vazia).[7] Os Tribunais de Justiça de São Paulo e de Brasília exararam idêntico entendimento, bem como diversos precedentes de primeira instância, pois os juízes, ao depararem com a alegação da existência de cláusula compromissória, consideram-se impedidos para analisar a demanda, remetendo as partes à arbitragem. Todavia, ainda que esporadicamente, referido entendimento encontra resistência, pois alguns juízes aplicam equivocadamente o conceito da lei revogada e negam eficácia à cláusula compromissória, declarando-se competentes para apreciar a matéria. Mas, seguramente, quando estas questões chegarem às instâncias superiores serão revistas.

b. Concessão de Liminares em Medidas Cautelares prévias à instauração da arbitragem e o entendimento que a ação principal será a propositura da demanda arbitral, bem como que não há incompatibilidade entre as instâncias.

c. Indicação da Lei Aplicável – A 7ª C.C. do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo reconheceu a possibilidade de as partes elegerem lei diversa da brasileira para dirimir a controvérsia, desde que não viole a ordem pública brasileira e os bons costumes (art. 2º § 1º). Este precedente é de suma importância, pois há mais de seis décadas pairava a dúvida

---

[6] Cf nosso artigo " A Jurisprudência Brasileira sobre o Uso da Arbitragem", Jornal Valor Econômico, 26.08.03, p. E-8. Reproduzido em www.mundojuridico.adv.br

[7] Cf Marcio Martins BONILHA, "Do Efeito Vinculante da Cláusula Arbitral," Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, nº 20, p. 107/110, mar./abr., 2004.

na doutrina nacional se as partes em contratos internacionais podiam indicar livremente a lei aplicável, ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (que estabelece que a lei aplicável ao contrato seria a do local onde foi firmado) era de observância obrigatória. O precedente jurisprudencial citado esclarece que a LICC tem natureza supletiva, além, evidentemente, de reforçar o disposto no art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Este precedente reitera o caráter vinculante da cláusula compromissória inserida em contrato, impedindo o exame da controvérsia pelo Judiciário, que somente pode manifestar-se posteriormente e, se for o caso, em sede de ação de nulidade da sentença arbitral. [8]

d. Cláusula Compromisória e a Boa-fé – Decisão que passa a representar um *leading case* da arbitragem no Brasil no que concerne ao efeito vinculante da cláusula compromisssória e a boa-fé foi proferida pelo juiz Dr. Alexandre Alves Lazzarini, da 16ª Vara Cível de São Paulo, confirmada e elogiada pelo Tribunal de Justiça paulista em 13 de novembro de 2003.[9]

e. **Arbitragem Institucional** – A decisão acima confirma, também, a arbitragem institucional regularmente pactuada pelas partes.

f. Aplicação de Preceito de Ordem Pública não se Confunde com Direitos Patrimoniais Indisponíveis – Interessante precedente firmado em sede de ação de nulidade de sentença arbitral proferido pelo juiz Rodrigo Marzola Colombini, da 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, em 16 de setembro de 2003, que versava sobre representação comercial. A sentença arbitral teve diversas passagens reproduzidas pelo ilustre juiz, que, ao entendê-la absolutamente correta, manteve-a integralmente. Reiterou que não há confundir direitos patrimoniais indisponíveis, com aplicação de preceito legal de ordem pública, no caso, a lei de representação comercial.[10]

g. Aplicação Temporal da Lei – Ainda temos algumas divergências de interpretação quanto à aplicação da Lei para contratos que elegeram a arbitragem antes da sua vigência. O entendimento predominante é o de aplicar a Lei em vigor no momento da instauração da arbitragem, consoante posicionamento unânime do STF, quanto à homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, inclusive as que estavam em curso por ocasião da vigência da Lei, mas há dois precedentes que entendem que a lei não retroage, um de primeira instância em São Paulo e outro do STJ.[11]

No Estado do Paraná, por um provimento do Tribunal de Justiça, foi designada Vara específica para apoio da arbitragem, quanto às medidas cautelares, instituição judicial da arbitragem, etc.

---

[8] *Cf.* nossos comentários sobre o referido precedente *Escolha da Lei Aplicável na Arbitragem é Confirmada pelo 1º TACSP,* em www.camarb.com.br.

[9] Cf. nossos comentários na Revista de Arbitragem e Mediação (RT) n. 2.

[10] Sentença publicada na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, 22: 430/433

[11] Cf. os citados precedentes em www.cbar.org.br.

Esta jurisprudência que, paulatinamente, vem sendo produzida[12] demonstra a altivez e serenidade com que as Cortes Judiciais brasileiras recepcionam a arbitragem, numa flagrante demonstração de que justiça arbitral e justiça estatal são irmãs gêmeas.[13] Igualmente, o Judiciário se faz presente para coibir eventuais abusos, quando necessário, para a correta aplicação da arbitragem.

Enfim, passo a passo a jurisprudência judicial contribui para outorgar segurança jurídica ao arcabouço legal da arbitragem no País, que inclusive recebeu o reforço das Convenções Internacionais que ingressaram no direito interno, neste período posterior ao inicio de vigência da Lei.[14]

2. A Difusão Cultural

A difusão cultural, no sentido de conscientizar a sociedade da existência de métodos extrajudiciários de solução de disputas, inclusive a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Essas formas de solução de conflitos demandam ampla divulgação na sociedade e nos meios de comunicação. Inclusive deveriam alcançar os ensinos fundamental e médio, pois todas contribuem para a pacificação social. Como exemplo, lembramos a difusão e a consolidação do tema sobre o meio ambiente na sociedade.

A arbitragem demanda maior divulgação nos meios empresariais. Igualmente haverá de se desmistificar a crença de que arbitragem só serve para as grandes demandas em razão de ser custeada pelas partes. Para tanto, basta que as partes indiquem Câmara ou Centro de Arbitragem idôneo e que tenha custos compatíveis com o valor do contrato.[15]

3. A Conscientização dos Advogados

É absolutamente imprescindível que os operadores do direito se afeiçoem com os novos princípios e conceitos da Lei de Arbitragem, o que vimos salientando com certa freqüência, pois apesar de a Lei facultar a presença do advogado é praticamente impensável conduzir corretamente um processo arbitral sem ele. A prática demonstra que as partes

---

[12] Note-se que inclusive na área trabalhista as Cortes Oficiais vêm auxiliando e confirmando as decisões arbitrais, bem como quando se trata de coibir abusos na área trabalhista. Cf. nosso artigo *O Uso da Arbitragem nas Relações Trabalhistas*, Valor Econômico, 15.08.03, p. E-2. reproduzido em www.mundojuridico.adv.br.

[13] Importa observar que a jurisprudência arbitral não é originária somente dos Tribunais Estatais, mas também deflui dos Tribunais Arbitrais, coligida em compêndios e revistas, especialmente no exterior, representando norte orientador para os profissionais da área. Os precedentes da Corte de Arbitragem Internacional – CCI, por exemplo, freqüentemente são invocados nas sentenças arbitrais, citados por seus números, haja vista que a identidade das partes é mantida em sigilo.

[14] Cf. nossos artigos *A Arbitragem no Brasil e a Convenção de Nova Iorque*, Carta Internacional do Núcleo de Pesquisas Internacionais da USP – NUPRI/USP, n. 117, nov. 2002 e *Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira*, Jornal Valor Econômico, 08.08.03, p. E-4. Ambos artigos reproduzidos em www.mundojuridico.adv.br.

[15] Cf. www.conima.org.br.

conturbam o processo, procrastinam as providências necessárias; enfim, o advogado é um efetivo colaborador do árbitro. Mas não é só na condução do processo arbitral que o advogado é imprescindível. Também por ocasião da redação da cláusula compromissória, quando os contratos são elaborados. Os profissionais do direito devem estar convenientemente preparados para auxiliar seus clientes neste sentido, pois devem evitar a redação das denominadas cláusulas patológicas ou doentes, que representam o "calcanhar de Aquiles" no correto instaurar da arbitragem. Deve-se redigir a cláusula compromisssória que seja completa e permita o regular processamento da arbitragem. Por isso, recomenda-se a adoção de cláusulas modelo de instituições arbitrais. É importante que se reitere que o art. 7º da Lei somente deve ser instado diante de cláusula arbitral vazia ou que careça de alguma complementação, geralmente condicionada a posterior exação das partes.[16]

O profissional do direito deve estar preparado para esta nova e promissora demanda, conhecendo o produto a ser ofertado ao seu cliente. Felizmente, atualmente, já estamos com a disciplina arbitral sendo incluída nas grades curriculares de diversos cursos de bacharelado (direito, administração de empresas, etc), algo praticamente inexistente até o advento da Lei de Arbitragem, bem como de diversos cursos de especialização e extensão universitária.

Não se pode olvidar, igualmente, que se espera do profissional jurídico uma mudança de postura e comportamento. O perfil para do advogado do nosso século exige que o profissional seja antes de tudo um negociador, um gerenciador de conflitos. Não se afeiçoa mais à nossa profissão o advogado excessivamente beligerante. Costumo sugerir, com todo o respeito, que devemos efetuar uma introspecção a permitir que estejamos abertos e possamos adaptar-nos às novas mudanças, e procurar superar o adágio de que "o cachimbo faz a boca torta." As técnicas processuais, muitas vezes procrastinatórias, os infindáveis recursos, não encontram guarida no procedimento arbitral.

Aqui reside um ponto extremamente importante para a arbitragem. Compete ao profissional do direito refletir e ponderar com seu cliente as conveniências ou não em se optar pela via extrajudiciária de solução de conflitos. O advogado deve estar absolutamente consciente que a arbitragem visa à celeridade e que para tanto o procedimento é naturalmente reduzido, sem evidentemente deixar de velar pela aplicação do devido processo legal (art. 21, §. 2). Costumo respeitosamente observar que no procedimento arbitral não temos o agravo de instrumento. O procedimento arbitral é todo ele acordado pelas partes e pelos advogados, não apenas na sua essência (opção pela arbitragem), mas durante todo o procedimento arbitral. Não é sem razão que na arbitragem não temos autor e réu, mas demandante e demandado. Pretendemos transmitir esses eflúvios positivos na Lei de Arbitragem, tanto é que os senhores podem observar que não existem essas referências na Lei.

---

[16] Cf. nosso artigo *Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes,* "Reflexões sobre Arbitragem – *In Memorian* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima", Pedro Batista MARTINS e José M. Rossani GARCEZ (orgs.) São Paulo, LTr, 2002 p.188/208.

Vale observar que a *American Bar Association – ABA,* a Ordem dos Advogados americana, ao elaborar opúsculo sobre a Propriedade Intelectual recordou aos advogados que estes têm o dever ético de aconselhar seus clientes sobre as amplas possibilidades da resolução apropriada de disputas, e que não necessariamente deveria ser a judicial.

A necessidade em conhecer os princípios e conceitos da nova sistemática arbitral é de suma importância, pois não faz o menor sentido apegar-se aos conceitos antigos e ultrapassados. Assim, cláusula arbitral tem efeito vinculante, impede a submissão da controvérsia ao judiciário, honrando o *pacta sunt servanda* e a boa-fé, que na atual sistemática do Código Civil faz surgir a responsabilidade contratual por acarretar dano material e moral.[17]

Enfim, processo arbitral não é processo judicial e o advogado precisa estar consciente que na arbitragem se enaltece, a todo instante, essa diferença, o que nos faz reportar ao quarto tópico a ser abordado.

4. Manutenção de Regras Flexíveis

Enfatizo que, não necessariamente, no procedimento arbitral, autoriza-se a analogia com conceitos e princípios da legislação processual civil. Isto pois a arbitragem pressupõe a adoção de normas mais flexíveis, adstritas aos princípios da autonomia da vontade, do devido processo legal, da não violação da ordem pública e dos bons costumes, da diligência e operabilidade dos árbitros e de suas decisões, que nos obrigam a romper com o elo da processualística forense, aferrada às formas e ritos, que vêm recebendo os eflúvios da modernidade, com a aplicação do princípio da efetividade e o da facilitação do acesso à Justiça. Não tem o antagonismo verificado nas liças forenses e os árbitros têm mais flexibilidade para agir do que os juízes.

As regras flexíveis que privilegiam os princípios objetivam que o processo atinja sua finalidade: proferir rapidamente a sentença arbitral. O desvirtuamento da arbitragem com táticas processuais desnecessárias tem recebido no exterior acirradas críticas e há movimentos que clamam para o retorno da arbitragem às suas origens e simplicidade. Por esta razão vêm-se adotando outros procedimentos, tais como "arbitragem de via rápida" (*fast track*), ou "o procedimento abreviado" (*short form procedure*).[18]

Uma das principais características da arbitragem é a de não ser uma litigância agitada, tem o potencial de ser uma via rápida procedimental. Assevera-se que a flexibilidade não pode ser um mero atributo da arbitragem, mas é a característica de um bom árbitro,

---

[17] Cf. Enéas Costa GARCIA, *Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé*, São Paulo, Juarez de Oliveira, p. 102/282, 2003.

[18] Cf. Margaret RUTHERFORD, The Need for a New Drive: Rethinking Arbitration as a Service to the Public. The Need to Shorten the Duration of Domestic and International Arbitral Proceedings, "Arbitration", 61/6, fev., 1995.

que deve ter a iniciativa, a habilidade e o objetivo de seguir uma linha e estabelecer o ritmo do procedimento. Há de ser asseverado que as partes ao escolherem a via arbitral devem ter como objetivo e norte a obtenção de uma sentença arbitral alicerçada no direito ou por eqüidade e que reflita bom senso.[19] A propósito, em precedente jurisprudencial originário da 44ª Vara Cível do Rio de Janeiro, integralmente confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a ilustre juíza Márcia de Carvalho, com acuidade, atestou e asseverou estas qualidades da arbitragem mantendo integralmente sentença arbitral, afastando a alegação da parte inconformada de que era *extra* ou *ultra petita.* [20]

Conclusão

Como balanço destes quase 8 anos de vigência da Lei de Arbitragem, analisando o passado e mirando o futuro, enfatizo que *"*uma Lei só pode cumprir com seus objetivos, ser útil aos cidadãos e engrandecer as instituições jurídicas de um país, quando interpretada e operacionalizada de acordo com os critérios e princípios que justificam a sua existência.*"*

[19] Cf. nosso artigo *Arbitragem Institucional e Ad Hoc, in* "Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem," Pedro Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Forense, p. 315, 1999.

[20] Cf. nosso artigo *Ação de Anulação de Sentença Arbitral. Improcedência. Impossibilidade de Reexame do Mérito,* "Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem", 19/359-76, jan./mar., 2003.

Segunda Parte

Doutrina
Parte Especial

A RESOLUÇÃO DO CONFLITO[1]

Morton Deutsch[*]

PARTE UM: ENSAIOS TEÓRICOS

1. Introdução

Algum tempo atrás, no jardim da casa de um amigo, meu filho de cinco anos e seu colega disputavam a posse de uma mangueira. Um queria usá-la antes do outro para aguar as flores. Cada um tentava arrancá-la do outro para si e ambos estavam chorando. Os dois estavam muito frustrados e nem um nem outro era capaz de usar a mangueira para regar as flores como desejavam. Depois de chegarem a um impasse nesse cabo-de-guerra, eles começaram a socar e a xingar um ao outro. A evolução do conflito para a violência física provocou a intervenção de uma poderosa terceira parte (um adulto), que propôs um jogo para determinar quem iria usar a mangueira antes do outro. Os meninos, um tanto quanto assustados pela violência da disputa, ficaram aliviados em concordar com a sugestão. Eles rapidamente ficaram envolvidos em tentar achar um pequeno objeto que eu tinha escondido e obedientemente seguiram a regra de que o vencedor seria o primeiro a usar a mangueira por dois minutos. Logo eles se desinteressaram pela mangueira d'água e começaram a colher amoras silvestres, as quais atiravam provocativamente em um menino de dez anos de idade que respondia aos inúteis ataques com uma tolerância impressionante.

Mesmo um simples episódio como esse traz muitas questões pertinentes a conflitos de todos os tipos: intrapessoais, interpessoais, intracoletivos, intercoletivos e internacionais.

---

[1] Publicação original: DEUTSCH, Morton**.** *The resolution of conflict: constructive and destructive processes.* New Haven and London: Yale University Press, 1973. Pp. 1-32; 349-400. Traduzido por Arth ur Coimbra de Oliveira e revisado por Francisco Schertel Mendes, ambos membros do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Mediação, Negociação e Arbitragem.

[*] Morton Deutsch é professor da Universidade de Columbia em Nova Iorque (EUA), fundador do *International Center for Cooperation and Conflict Resolution* e autor de diversas obras em teoria de conflito, sendo por muitos considerado o mais proeminente autor neste tema. A presente tradução consiste tão somente de três capítulos de sua antológica obra.

Assim, alguém pode inquirir sobre os participantes no conflito – como suas características individuais (força, meios de cognição, personalidade, estado emocional etc.) e as relações prévias de um com o outro afetaram o desenvolvimento e o andamento da disputa. Alguém pode pensar, por exemplo, que, se os disputantes no exemplo acima tivessem sido homens em vez de meninos, o recurso à violência física teria sido menos provável. Devemos supor que isso se teria dado porque a violência é mais dolorosa e perigosa entre homens do que entre meninos, e assim as restrições pessoais e sociais contra adultos batendo um em outro são provavelmente mais fortes? Ou talvez fosse mais difícil manifestar-se a violência por causa dos maiores predicados intelectuais dos adultos? Outrossim, parece razoável crer que seria menos provável meninas baterem umas nas outras do que meninos fazê-lo. Se essas suposições estão corretas, como seria possível socializar ou de outro modo doutrinar pessoas de maneira a tornar certos meios de estourar conflitos tão estranhos a ponto de serem "impensáveis"?

Ou alguém pode indagar a respeito da questão envolvida no conflito, da significância de sua motivação e da maneira como ele é expresso. Havia algo sobre a posse ou não-posse da mangueira que tenha sido de particular importância emocional para os litigantes? Um freudiano talvez acentue o simbolismo fálico e a intensidade dos sentimentos de rivalidade e ansiedade que um menino de cinco anos de idade provavelmente tenha sobre a posse de um grande e potente aspersor de água. Além disso, a questão pode ter sido exposta de forma que sua gravidade fosse grande ou pequena, de maneira a se reconhecer como legítima a reclamação de ambos ou de apenas um. A questão pode ter sido definida, dessa forma, como tudo ou nada: ou a mangueira tornou-se posse exclusiva de um menino, ficando sob seu único controle, ou seu uso foi alternado. Podem-se levantar questões também a respeito do ambiente social no qual ocorreu o conflito. Por exemplo, a probabilidade do conflito foi maior porque nenhum menino tinha claros direitos territoriais (ambos eram visitantes em um lugar estranho)? A presença conhecida de uma audiência interessada e importante (os pais) afetou o rumo do conflito em determinados aspectos? De maneira geral, que modos de intervenção de uma terceira parte terão chance de ser mais bem-sucedidas em resolver um conflito de certo tipo? Que características dessa terceira parte, incluindo seu relacionamento com as partes em conflito, determina a aceitabilidade de sua intervenção? Os dois meninos de cinco anos provavelmente não seriam muito influenciados por uma ordem de parar vinda de um menino de quatro anos de idade. Por outro lado, não é implausível que um terceiro fisicamente mais fraco ajude a prevenir que o conflito de partes mais fortes evolua para formas violentas. Que características desses terceiros ajudam a resolver conflitos, e quais são as que promovem impasse e um litígio interminável?

Um delineamento dos fatores que afetam o andamento do conflito

Há muitas outras questões que podem ser levantadas sobre esse episódio conflituoso. Seja o conflito em estudo estabelecido entre sindicato e empresa, entre nações, entre um marido e sua esposa, ou entre crianças, é útil saber algo sobre:

1. *As características das partes em conflito (seus valores e motivações; suas aspirações e objetivos; seus recursos físicos, intelectuais e sociais para travar ou resolver conflitos; suas crenças sobre conflito, incluindo suas concepções estratégicas e táticas; e assim por diante)*. Tanto para grupos de pessoas quanto para garotos em conflito, é interessante saber o que as respectivas partes irão considerar uma recompensa ou ganho e o que irão interpretar como punição ou perda. Tanto para indivíduos quanto para nações, o conhecimento das armas e dos instrumentos disponíveis e das suas habilidades em empregar esses recursos para travar ou resolver conflitos é claramente relevante para prever e entender o andamento do conflito. Similarmente, é pertinente saber quando um conflito dado é entre iguais (dois meninos) ou desiguais (um adulto e uma criança), entre partes de um todo (Nova York e Nova Jersey) ou entre uma parte e um todo (Mississipi e os Estados Unidos), ou entre todos (os Estados Unidos e a União Soviética).

2. *Os relacionamentos prévios de um com o outro (suas concepções, crenças e expectativas sobre o outro, incluindo o que cada um acredita ser a visão do outro sobre si, e particularmente o grau de polarização que ocorreu em avaliações como "bom-mau", "confiável-desconfiável")*. Uma controvérsia específica, sendo entre Egito e Israel, entre sindicato e empresa, ou entre marido e esposa, será influenciada e afetada pelas relações prévias e pelas concepções pré-existentes entre as partes. Um marido ou uma esposa que perdeu a confiança na benevolência das intenções do outro dificilmente conseguirá chegar a um acordo cuja efetivação necessita lealdade mútua, dando-se o mesmo entre Egito e Israel ou entre um sindicato amargurado e uma empresa.

3. *A natureza da questão que dá origem ao conflito (seu âmbito, rigidez, importância emocional, formulação, periodicidade etc.)*. A questão ou as questões em conflito entre nações, coletividades ou indivíduos podem ser difusas e generalizadas, como em um conflito ideológico, ou específicas e limitadas, como em um conflito sobre a posse de uma determinada propriedade; a questão pode ser importante ou trivial para as partes envolvidas; pode dar ensejo a um compromisso ou exigir a sucumbência de um lado a outro.

4. *O ambiente social em que o conflito ocorre (as facilidades e restrições, os encorajamentos e as retrações que ele gera em relação às diferentes estratégias e táticas de travar ou resolver conflitos, incluindo a natureza das normas sociais e das formas institucionais que o regulamentam)*. Tanto indivíduos quanto coletividades e nações podem se achar em ambientes sociais em que existe pouca tradição de resolução cooperativa de conflitos e em que poucas instituições, normas, facilidades ou recursos tenham sido desenvolvidos para contribuir com a resolução pacífica de disputas. Naturalmente, é verdade que o atual ambiente de nações é mais empobrecido nessas tradições e instituições do que os ambientes da maioria dos indivíduos e das coletividades.

5. *Os espectadores interessados no conflito (seus relacionamentos entre si e com as partes em conflito, seus interesses no conflito e as conseqüências deste para os espectadores, suas características)*. Muitos conflitos surgem em uma esfera pública, e o

andamento do conflito pode ser imensamente influenciado pelas concepções dos participantes a respeito de seus espectadores e como eles irão reagir – bem como pelo exato comportamento dos terceiros interessados. Dessa forma, um dos enfatizados êxitos do Estados Unidos no conflito do Vietnã foi desencorajar as "guerrilhas de libertação" em todo lugar. O conflito no Oriente Médio é exacerbado pela corrida armamentista, que é alimentada e subsidiada por terceiros. Da mesma forma, um conflito entre indivíduos ou coletividades pode ser ou incentivado ou retido pelo desejo de manter ou de ganhar frente aos terceiros e pelas promessas ou ameaças de outrem.

6. *A estratégia e a tática empregada pelas partes no conflito (em avaliar e/ou mudar a utilidade, a inutilidade e as probabilidades subjetivas de cada um; e em influenciar as concepções dos outros sobre as próprias utilidades e inutilidades de alguém por meio de táticas que variam em dimensões como legitimidade-ilegitimidade, o uso relativo de incentivos positivos e negativos como promessas e recompensas ou ameaças e punições, liberdade de escolha-coerção, a abertura e veracidade da comunicação e do compartilhamento de informações, o grau de credibilidade, o grau de comprometimento, os tipos de motivos alegados, e assim por diante)*. Muito se tem escrito sobre esses tópicos por estudantes de negociação (e.g., Schelling 1960; Boulding 1962; Stevens 1963; Walton e McKersie 1965). É evidente que os processos de negociação, influência e comunicação ocorrem entre nações bem como entre pessoas. O conhecimento sobre processos como coerção, persuasão, chantagem, insinuação e sedução é tão importante para aqueles que aconselhariam pais como para aqueles que aconselhariam reis.

7. *As conseqüências do conflito para cada participante e para outras partes interessadas (os ganhos e perdas relacionados à questão imediata em conflito, os precedentes estabelecidos, as mudanças internas nos participantes resultantes de terem entrado em conflito, os efeitos a longo-prazo no relacionamento entre as partes envolvidas, a reputação que cada parte desenvolve aos olhos dos vários espectadores interessados)*. As atitudes praticadas no andamento do conflito e as conseqüências deste raramente deixam os participantes inalterados.

As dinâmicas do conflito interpessoal, intercoletivo e internacional aparentam ter características similares e parecem depender de alguns processos subjacentes comuns, como "a profecia da auto-execução", percepção e julgamento equivocados, e "compromisso inconsciente". Por exemplo, parece bem provável que, tanto para grupos quanto para indivíduos, a profecia da auto-execução opera no sentido de produzir hostilidade na parte de um disputante quando uma ação hostil é iniciada contra ele, baseada na expectativa da hostilidade do outro. Similarmente, coletividades e indivíduos geralmente enxergam suas próprias ações para com o outro como mais legítimas e bem-intencionadas do que as do outro perante si.

Esse delineamento de alguns fatores entranhados nos conflitos envolvendo diferentes tipos de unidades – indivíduos, grupos, organizações e nações – não implica que os

mecanismos ou potencialidades de obter informações, de tomar decisões e de agir sejam necessariamente parecidas nos distintos tipos de unidades. Ninguém deve cometer a falácia da "mentalidade de grupo". Por outro lado, ninguém deve ignorar o fato de que nações e indivíduos têm a capacidade de agir mesmo não podendo cada unidade fazer os mesmos tipos de coisas: uma nação pode declarar guerra, um homem não pode; um homem pode fazer amor, não uma nação.

Está além do âmbito desta obra tentar explicitar o arcabouço conceitual que fundamenta a afirmação de que é profícuo observar conflitos interpessoais, intercoletivos e internacionais com as mesmas categorias, mas é interessante reconhecer que a minha abordagem em todos os níveis aqui é *sócio-psicológica*. Algumas noções-chave em uma visão sócio-psicológica são:

1. Cada participante de uma interação social responde ao outro conforme suas percepções e cognições deste; elas podem ou não corresponder à realidade do outro.

2. Cada participante de uma interação social, estando ciente da capacidade de percepção do outro, é influenciado por suas próprias expectativas referentes às ações do outro, bem como pelas suas percepções da conduta daquele. Essas expectativas podem ou não ser acuradas; a habilidade de entrar no papel do outro e prever seu comportamento não é evidente, seja nas crises interpessoais, seja nas internacionais.

3. Uma interação social não é somente iniciada por motivos, mas também gera novos motivos e pode alterar os já existentes. Não é apenas determinada, como também determinante. No processo de racionalizar e justificar ações praticadas e efeitos produzidos, novos valores e motivos emergem. Além disso, a interação social expõe os atores como modelos e exemplos que devem ser imitados e com os quais se deve identificar.

4. A interação social realiza-se em um ambiente social – uma família, um grupo, uma comunidade, uma nação, uma civilização – que desenvolveu técnicas, símbolos, categorias, regras e valores relevantes para as interações humanas. Assim, para entender eventos que ocorrem em interações sociais, deve-se compreender as inter-relações desses eventos com o contexto social envolvente no qual ocorrem.

5. Apesar de cada participante de uma interação social, indivíduo ou grupo, ser uma unidade complexa composta por vários subsistemas interativos, pode agir unificadamente em algum aspecto de seu ambiente. Tomar decisões no plano individual ou no plano nacional pode desenrolar uma luta entre diferentes interesses e valores de controle sobre a ação. Estrutura e processo internos, embora menos visíveis em indivíduos do que em grupos, são características de todas as unidades sociais.

As funções do conflito

A legitimidade de empregar conceitos similares para discutir conflitos entre diferentes tipos de unidades é distendida para justificar a abordagem do tema erguido nesta obra. A idéia principal aqui diz respeito às condições que determinam se um conflito irá ser resolvido com conseqüências construtivas ou destrutivas. A abordagem consiste em examinar diferentes níveis de conflito para verificar se há ou não algumas noções centrais que iluminam várias situações conflituosas e, destarte, investigar essas noções em experiências laboratoriais.

A questão central que fundamenta esta investigação supõe que o conflito é potencialmente de valor pessoal e social. Ele tem muitas funções positivas (Simmel 1955; Coser 1956). O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é freqüentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna. Além disso, como Coser (1956, pp.154-55) indicou:

> *Em grupos estruturados sobre laços frouxos e em sociedades abertas, o conflito, que busca a resolução de uma tensão entre antagonistas, provavelmente tem funções integradoras e estabilizantes para o relacionamento. Por permitir uma expressão direta e imediata de reclamações rivais, tais sistemas sociais conseguem reajustar suas estruturas eliminando as fontes de insatisfação. Os inúmeros conflitos experimentados podem servir para eliminar as causas de dissociação e restabelecer a unidade. Esses sistemas fazem uso, por meio da tolerância e da institucionalização do conflito, de um importante mecanismo estabilizante.*
>
> *Além disso, o conflito dentro de um grupo freqüentemente ajuda a revitalizar normas existentes; ou contribui para o surgimento de novas normas. Nesse sentido, o conflito social é um mecanismo de adequação de normas a novas condições. Uma sociedade flexível beneficia-se do conflito por causa desse comportamento, na medida em que ajuda a criar e a modificar normas, assegura sua continuidade sob condições diversas. Tal mecanismo de reajustamento de normas é dificilmente observado em sistemas rígidos: suprimindo o conflito, eles abafam um sinal de aviso geralmente útil, aumentando, assim, o perigo de haver um colapso catastrófico.*
>
> *O conflito interno pode também servir como um meio para averiguar a força relativa dos interesses antagônicos dentro da estrutura, e a partir disso constituir um mecanismo para a manutenção ou contínuo reajuste da balan-*

ça de poder. Na medida em que a explosão de um conflito indica a rejeição de uma acomodação anterior entre as partes, uma vez que o respectivo poder dos contendores tenha sido averiguada no conflito, um novo equilíbrio pode ser estabelecido e o relacionamento pode prosseguir sobre essa nova base.

Saliento as funções positivas do conflito, e de maneira alguma ofereci uma lista exaustiva, porque muitas discussões sobre o conflito dispõem-no no rol dos vilões, como se o conflito em si fosse a causa da psicopatologia, da desordem social e da guerra. Uma leitura superficial da teoria psicanalítica com ênfase no "princípio do prazer", teoria de campo que dá importância à redução da tensão, e da teoria da dissonância preocupada com a redução da dissonância, pareceriam sugerir que a utopia psicológica seria uma existência livre de conflitos. Desse modo, aparentemente a maioria das pessoas procura conflito em esportes competitivos e jogos, indo ao teatro ou lendo um romance, ouvindo as notícias, no jogo provocante dos encontros íntimos, e no seu trabalho intelectual. Felizmente, ninguém tem de encarar o prospecto de uma existência sem conflitos. O conflito não deve ser eliminado nem suprimido por um longo tempo.

Algumas definições

Neste ponto, seria bom definir alguns termos-chave usados no texto. Um *conflito* existe quando atividades *incompatíveis* ocorrem. As ações incompatíveis podem se originar em uma pessoa, em uma coletividade ou em uma nação; tais conflitos chamam-se *intra*pessoais, *intra*coletivos ou *intra*nacionais. Ou podem refletir ações incompatíveis de uma ou mais pessoas, coletividades ou nações; esses conflitos são chamados *inter*pessoais, *inter*coletivos ou *inter*nacionais. Uma ação incompatível com outra impede, obstrui, interfere, danifica ou de alguma maneira torna a última menos provável ou menos efetiva.

Os termos *competição* e *conflito* são muito usados como sinônimos ou como substitutos um para o outro. Isso reflete uma confusão básica. Apesar de toda competição produzir um conflito, nem todo conflito reflete uma competição. Esta implica uma oposição entre os objetivos das partes interdependentes, de maneira que a probabilidade de uma parte alcançar sucesso diminui à medida que a da outra parte aumenta. Em um conflito que provém de competição, as ações incompatíveis refletem objetivos também incompatíveis. Todavia, o conflito pode ocorrer mesmo quando não haja incompatibilidade de objetivos. Assim, se um marido e sua esposa estão em conflito sobre como tratar as picadas de mosquito em seu filho, não é porque eles têm objetivos mutuamente exclusivos; aqui, seus objetivos são concordantes. Essa distinção entre conflito e competição não é feita em vão. É importante e básico para um tema que fundamenta o trabalho discutido neste livro. Nomeadamente, o conflito pode ocorrer em um contexto cooperativo ou competitivo, e os processos de resolução de conflito mais prováveis de aparecer serão fortemente influenciados por esse contexto.

Este texto se preocupa com o conflito psicológico ou percebido – isto é, com conflitos que existem psicologicamente para as partes envolvidas. Isso não significa que as percepções sejam sempre verídicas ou que as incompatibilidades reais sejam sempre percebidas.

A possibilidade de a natureza de um relacionamento ser mal percebida indica que, ocorrendo ou não um conflito, este pode ser determinado por um desentendimento ou por uma má informação a respeito do estado de ânimos objetivo. Dessa forma, a presença ou a ausência de conflito nunca é rigidamente determinada pelo estado de ânimos objetivo. Além da possibilidade de má-percepção, fatores psicológicos entram na determinação do conflito ainda de outra maneira crucial. O conflito é também determinado sobre o que é valorizado pelas partes conflitantes. Mesmo o exemplo clássico de puro conflito – dois homens famintos em um bote com comida suficiente para a sobrevivência de apenas um – perde seu impacto se um ou os dois homens tiverem valores religiosos e sociais que podem tornar-se psicologicamente mais dominantes que a necessidade da fome ou o desejo pela sobrevivência.

O cerne dessas observações é que nem a ocorrência nem o surgimento de um conflito é completa e rigidamente determinado por circunstâncias objetivas. Isso significa que o destino dos participantes em uma situação de conflito não é inevitavelmente determinado pelas circunstâncias externas nas quais eles se encontram. Tomando o conflito um rumo produtivo ou destrutivo, está aberto a influências mesmo sob as condições objetivas mais desfavoráveis. Similarmente, até mesmo sob as circunstâncias objetivas mais favoráveis, fatores psicológicos podem fazer um conflito tomar um rumo destrutivo. A importância do conflito "real" não pode ser negada; todavia, o processo psicológico de percepção e avaliação também é "real", e está envolvido na transformação de condições objetivas em um conflito experimentado.

Uma tipologia de conflitos

Apesar de terem sido elaboradas muitas diferentes tipologias de conflito (veja, por exemplo, Boulding 1962; Rapoport 1960; e vários artigos no primeiro número do *Journal of Conflict Resolution*, 1957), na tabela 1.1 é apresentada ainda uma outra. Nela, os conflitos são discriminados de acordo com o relacionamento entre o estado de ânimos objetivo e o estado de ânimos como é percebido pelas partes conflitantes. Seis tipos de conflitos são caracterizados a seguir.

Conflito Verídico. Este tipo de conflito existe objetivamente e é acuradamente percebido. Não é contingente em relação a algum aspecto facilmente alterado do ambiente. Destarte, se uma mulher quer usar a sala de estar da casa como um estúdio para pintura e seu marido deseja usá-la como um escritório, eles têm um "conflito verdadeiro". É especialmente verdadeiro se suas agendas são de tal forma que ela pode pintar e ele pode

TABELA 1.1. Uma Tipologia de Conflitos

Tipo	Conflito Objetivo Entre A & B	Conflito Experienciado Entre A & B	Tipo de má percepção[1]		Partes em Conflito
			Contingência do Conflito	Questões em Conflito	
I. Conflito Verídico	Sim	Sim	Não	Não	Não
II. Conflito Contingente	Sim	Sim	Sim	Não	Não
III. Conflito Deslocado	Sim	Sim	Não	Sim	Não
IV. Conflito Mal Atribuído	Sim	Não	Não	Não	Sim
V. Conflito Latente	Sim	Não			
VI. Conflito Falso	Não	Sim	Sim ou	Sim ou	Sim

1 O estado de ânimos como experimentado e percebido por uma das partes no conflito. A outra parte pode, é claro, experimentar e perceber-lo diferentemente. Assim, A pode estar deslocando o conflito, e para B o conflito pode ser latente.

estudar somente ao mesmo tempo e se a sala não puder ser subdividida para permitir ambas as atividades simultaneamente. Conflitos verídicos são difíceis de serem resolvidos amigavelmente, a menos que haja cooperação suficiente entre as duas partes para que trabalhem juntas em resolver seu problema mútuo de estabelecer prioridades ou que eles possam concordar sobre um mecanismo institucional imparcial aceito por ambos para resolver o conflito (*e.g.*, arbitragem vinculante, girar uma moeda).

Conflito Contingente. Aqui a existência do conflito é dependente de circunstâncias prontamente re-arranjáveis, mas isso não é reconhecido pelas partes conflitantes. Assim, o conflito verídico do parágrafo anterior seria classificado como um conflito contingente se houvesse um sótão ou uma garagem ou algum outro espaço que poderia ser facilmente convertido em um escritório ou um estúdio de pintura. O conflito contingente desapareceria se os recursos alternativos para satisfazer as necessidades "conflitantes" fossem reconhecidos. Conflitos contingentes são difíceis de se resolver apenas quando as perspectivas das partes em conflito são estreitas e rígidas, o que é fruto de recursos insuficientes de cognição e de solução de problemas ou excessiva tensão emocional. Ademais, é claro, se as questões em risco no conflito contingente tenham se agravado a ponto de que aceitar um substituto equivalente implique a perda do cerne da questão, o conflito perdeu sua contingência.

Conflito Deslocado. Aqui, as partes em conflito estão, por assim dizer, discutindo sobre a coisa errada. Marido e esposa, por exemplo, podem altercar a respeito das contas domésticas (Estou ganhando o bastante pelo que dou a ela? Ele realmente me dá o bastante?) como um deslocamento de um conflito não expresso sobre relações sexuais. O conflito experienciado é o conflito *manifesto*; já o que não está sendo diretamente expressado é o conflito *subjacente*. O conflito manifesto em geral expressará o subjacente de uma forma simbólica ou idiomática; a forma indireta é um modo mais "seguro" de falar sobre conflitos que pareçam voláteis ou perigosos demais para serem tratados diretamente. Ou o conflito manifesto pode simplesmente refletir a irritabilidade e a tensão geral nas relações entre

as partes conflitantes que resulta de um conflito não-resolvido e subjacente – a tensão não-resolvida levando cada lado a ser excessivamente sensível a desprezos, inclinado a controvérsias e a ter outras posturas desse tipo.

Conflitos manifestos têm formas tão diversas como a de uma paciente obsessiva sobre se ela deve ou não conferir se realmente desligou o fogão; a discussão de dois irmãos sobre em que canal a TV deve ser sintonizada; a controvérsia entre o quadro escolar e o sindicato dos professores pela transferência de um outro professor; ou uma disputa internacional envolvendo alegações de violação de uma demarcação territorial por uma aeronave estrangeira. Cada um desses conflitos manifestos pode ser sintomático de um conflito subjacente. A paciente obsessiva pode querer confiar em si mesma mas possuir medo de ter impulsos que seriam destrutivos se não conferidos; os dois irmãos podem estar lutando para obter o que cada um considera ser a sua parte justa das recompensas familiares; e assim por diante. Não raro um conflito manifesto pode ser resolvido apenas temporariamente – a não ser que se lide com o conflito subjacente ou que este seja separado do conflito manifesto e tratado isoladamente. Por outro lado, às vezes a resolução de um conflito subjacente é acelerada pelo fato de se lidar com ele inicialmente nas suas formas seguras e deslocadas, que geralmente parecem mais alcançáveis por serem menos cósmicas em suas implicações do que o conflito subjacente.

Conflito Mal-Atribuído. Neste tipo, o conflito dá-se entre as partes erradas e, como conseqüência, geralmente sobre questões equivocadas. Tal má-atribuição pode ser inconsciente, como quando alguém culpa uma criança por algo que ela foi instruída a fazer por seus pais, ou então pode ser criada pelos que irão ganhar com ela. "Dividir e conquistar" é uma estratégia conhecida para enfraquecer um grupo, induzindo o conflito interno de maneira a obscurecer o conflito entre o grupo e seu conquistador. Similarmente, quando há uma escassez de bons empregos, o antagonismo, em vez da cooperação, entre trabalhadores brancos e negros pode refletir uma característica errônea: a origem da dificuldade de um grupo racial sendo atribuída à competição do outro em vez de o ser ao sistema industrial ou ao governo. Essa característica errônea pode ser criada indiretamente por meio de ideologias que atribuam os problemas econômicos aos defeitos de indivíduos e grupos em vez de ao funcionamento do sistema econômico. Uma das preocupações inevitáveis de grupos interessados em produzir mudança social é reduzir a má-atribuição e os conflitos falsos ou contenciosos, fazendo a cooperação efetiva ganhar espaço entre grupos de pequeno poder. A cooperação efetiva irá, presumivelmente, elevar seus poderes mútuos para alcançar a mudança.

Conflito latente. Este é, com efeito, um conflito que deveria estar ocorrendo mas não está. Alguém pode não estar experienciando conscientemente um conflito da maneira como deveria porque ele foi reprimido, deslocado, ou mal-atribuído ou porque ele nem sequer existe psicologicamente. Se uma mulher pensa ser natural homens terem melhores direitos legais e econômicos, ela provavelmente pouco contestará os machistas. Todavia, mesmo rejeitando a doutrina da superioridade masculina, ela pode não ser partidária dos

direitos femininos até estar consciente da discriminação contra as mulheres. Dessa forma, um dos objetivos daqueles interessados no melhoramento social é tornar conflitos latentes em conflitos conscientes. A conscientização ocorre no fortalecimento simultâneo da percepção de uma identidade própria (como uma mulher, como um negro, como um trabalhador) e torna-se maior na saliência do conflito com outros que denigrem sua identidade.

Conflito Falso. É a ocorrência do conflito quando não há base para ele. Este conflito sempre indica má-percepção ou má-compreensão. Dada a notória inexatidão na percepção realizada pelos indivíduos, grupos ou nações, não é improvável que tais conflitos sejam freqüentes. Um conflito pode, logicamente, iniciar-se como falso mas eliciar novos motivos e comportamentos que o transformem em verdadeiro. Uma transformação como essa é mais provável de ocorrer em uma atmosfera de competitividade e suspeição do que em uma de cooperação e confiança.

Os seis tipos de conflito, descritos acima, não excluem um ao outro mutuamente. A existência de um conflito deslocado ou mal-atribuído indica que há também um conflito não-reconhecido ou latente. Além do mais, em qualquer situação de conflito, a interação entre as partes envolvidas pode transformá-lo de um tipo em outro. Somado a isso, um conflito real pode ser complexo, abrangendo várias questões e muitas partes. Pode haver um conflito verídico sobre uma questão, um conflito deslocado em outra, e elementos de má-atribuição em relação a várias das questões em conflito.

Um conflito, independentemente de sua realidade, dá-se geralmente sobre um ou outro entre vários tipos de questões. Os cinco tipos básicos de questões estão descritas abaixo.

Controle sobre recursos. Recursos como espaço, dinheiro, propriedade, poder, prestígio, alimentos e outros podem ser vistos como impartilháveis, e se duas ou mais partes buscam a posse ou o uso exclusivo de um recurso ou de uma parte disponível dele, está apto a nascer um conflito entre elas. Conflitos desse tipo são difíceis de serem resolvidos construtivamente quando há rígida fixação no recurso específico em questão e pouca possibilidade de encontrar um substituto satisfatório para ele.

Preferências e incômodos. Muitos conflitos surgem porque as atividades ou os gostos de um indivíduo ou de um grupo chocam-se com as preferências, a sensatez ou a sensibilidade de um outro. Uma noiva adora seus gatos e quer ficar com eles; seu futuro marido não gosta de gatos e não os quer. Um vizinho toca piano mal e incessantemente; as paredes são finas. A questão não é o direito abstrato de alguém às suas preferências ou atividades, mas sim se ele pode exercer esse direito na medida em que, fazendo isso, cria um incômodo ou um distúrbio para outro. Tal conflito é, em geral, prontamente tratado com fuga e segregação, de maneira que as sensibilidades ou preferências opostas não entrem em jogo ao mesmo tempo ou no mesmo lugar. Às vezes, contudo, as sensibilidades opostas vêem-se emaranhadas em uma luta mais profunda de poder ou amor relativos (Ele me ama o bastante para aturar meus gatos?), e essa luta simbólica é difícil de se resolver se a questão subjacente não é clara.

Valores. Muitos conflitos compreendem o que "deveria ser". Uma pessoa pode preferir um sistema de governo que enfatize a justiça social; já, uma outra, que enfatize a liberdade individual. Conflitos de valor podem se dar sobre questões relativamente isoladas (Deveria ser usado spray químico contra nuvens de mariposas?) ou tomar a forma de conflitos ideológicos ou religiosos em que sistemas de valores são postos um contra o outro. Não é a diferença de valores em si que conduz ao conflito, mas, antes, a alegação de que um valor deveria dominar ou ser aplicado universalmente, mesmo por aqueles que detêm diferentes valores. Um conflito de valor é mais provável de ocorrer quando valores opostos estejam implicados em uma ação legal ou política, e.g., quando a legislatura estatal tem de decidir se deve sustentar um projeto de lei banindo o aborto ou quando o conselho da vila deve votar se deve ou não permitir vaporização química nas árvores sob sua jurisdição. Uma perspectiva de valor que não alega uma superioridade intrínseca e não procura forçar seus pontos de vista morais sobre descrentes provavelmente estará menos envolvida em algum conflito de valor.

Crenças. Muitos conflitos se dão sobre o que "é": sobre fatos, informações, conhecimento, ou crenças sobre a realidade. Os conflitos podem ser sobre algo tão aberto e direto como as percepções de duas pessoas olhando a mesma coisa. O notório depoimento conflitante de testemunhas de um acidente é uma ilustração. Ou o conflito pode ser mais sutil, como na diferença de suposições básicas sobre como as coisas relacionam-se entre si. Um economista pode acreditar que a melhor maneira de prognosticar tendências na economia nacional é verificar as variáveis X, Y e Z; outro pode pensar que A, B e C são melhores indicadores. O trabalho de Asch e seus colaboradores (1956), estudando o conflito perceptivo, e a pesquisa de Hammond e seus colegas (1965), investigando conflitos sobre suposições cognitivas, demonstraram que tais conflitos podem ser emocionalmente preocupantes quando o oponente ou seus pontos de vista não podem ser dispensados como sendo incompetentes ou malévolos. A oposição às crenças fundamentais seguramente guardadas de um indivíduo é um desafio para o seu apego à realidade. Se não se pode ter confiança em que se acredita ou percebe, sua habilidade de agir racionalmente é minada.

Nem todas as discrepâncias de crença levam ao conflito. Uma esposa pode acreditar que banho de sol é bom para a pele e seu marido pode pensar o oposto, mas nenhum conflito haverá, a menos que eles precisem agir juntamente em uma área relevante às suas crenças, a menos que um ou ambos decidam que uma das duas crenças deve dominar e ser aceita pelo outro, ou a menos que suas crenças sejam tão fundamentais para seus pontos de vista sobre a realidade e tão baseadas no consenso social que disputas para eles devem ser negadas.

A natureza do relacionamento entre as partes.

Duas pessoas podem conflitar por visões ou desejos opostos em seu relacionamento mútuo. Ambas podem querer ser dominantes ou podem desejar ser dominadas;

uma pode querer mais "afeição" que a outra; e assim por diante. Às vezes um conflito sobre o relacionamento é difícil demais para ser encarado diretamente e, como uma conseqüência, permanece latente ou é deslocado ou mal-atribuído.

Conflitos destrutivos e construtivos

Outra distinção útil entre conflitos, que difere das feitas na tipologia apresentada acima, é a que distingue conflitos *destrutivos* e *construtivos*.

Nos extremos, esses termos são fáceis de se definir. Assim, um conflito claramente tem conseqüências destrutivas se seus participantes estão insatisfeitos com as conclusões e sentem, como resultado do conflito, que perderam. Similarmente, um conflito tem conseqüências produtivas se todos os participantes estão satisfeitos com os efeitos e sentem que, resolvido o conflito, ganharam. Também, na maioria das vezes, um conflito cujos efeitos são satisfatórios para todos os participantes será mais construtivo do que um que seja satisfatório para uns e insatisfatório para outros.

É, sem dúvida, mais fácil identificar e medir satisfações-insatisfações e ganhos-perdas em simples situações de conflito produzidas dentro de laboratório do que o fazer em complexos conflitos coletivos do cotidiano. Porém, mesmo nessas situações complexas, não é impossível comparar conflitos em relação aos seus efeitos. Em algumas ocasiões, negociações sindicais podem conduzir a uma greve prolongada com perda considerável e má vontade resultantes para ambas as partes; em outros casos, tais negociações podem levar a um acordo mutuamente satisfatório no qual ambas as partes obtêm algo que querem. Algumas vezes, uma contenda entre um marido e sua esposa irá clarear desentendimentos não expressos e levá-los a grande intimidade; em outras, pode produzir apenas amargura e estranhamento.

A pergunta

Retornemos agora ao quesito básico ao qual este trabalho se endereça: como evitar que o conflito seja destrutivo. O ponto *não* é como eliminar ou prevenir o conflito, mas, em vez disso, como fazê-lo ser produtivo. Não devemos lidar com situações de conflito "puro" em que uma parte inevitavelmente perde o que a outra ganha. O interesse aqui se dá sobre conflitos em que haja uma mistura de interesses cooperativos e competitivos, em que uma variedade de resultados é possível: perda mútua, ganho para um e perda para outro, e ganho mútuo. Assim, a tese deste livro pode ser re-elaborada como uma investigação das condições sob as quais os participantes irão desenvolver um relacionamento cooperativo ou competitivo em uma situação que permita o desenvolvimento de ambos.

Deve ser salientado que a eliminação do conflito puro não é muito restritiva. Como se indicou acima, o conflito é determinado pelo que é valorizado pelas partes conflitantes

e por quais crenças e percepções elas detêm. Mas valores, crenças e percepções nem sempre são inalteráveis. Além disso, há poucas circunstâncias, particularmente se a situação é repetitiva ou se os participantes estão envolvidos em muitos relacionamentos diferentes juntos, que sejam tão rigidamente estruturadas de maneira que o ganho de um venha inevitavelmente das perdas do outro. É, evidentemente, verdade que os participantes podem, de imediato, definir uma ocasião que permite ganho mútuo como uma situação de conflito puro e agirem uma para outra de uma forma puramente competitiva.

Há uma importante vantagem na reformulação do quesito original em uma afirmativa referente às condições sob as quais um relacionamento cooperativo ou competitivo irá se desenrolar entre participantes que têm uma mistura de interesses cooperativos e competitivos na relação entre um e outro. Isso permite a considerável aplicação de trabalhos teóricos e de pesquisa prévios para a caracterização de dois principais processos de inter-relações em lidar com conflito: um processo cooperativo e um competitivo. Deve-se saber que o desenvolvimento de um ou de outro tipo de relacionamento será manifestado não somente nos resultados do conflito mas também nos processos de se lidar com ele.

No próximo capítulo, caracterizar-se-ão as principais diferenças entre processos cooperativos e competitivos como eles têm sido revelado em trabalhos teóricos e experimentais. Nos capítulos subseqüentes da Parte Um, serão examinados conflitos em diferentes níveis – intrapessoal, interpessoal e intercoletivos – para verificar se é possível chegar a algumas generalizações amplas a respeito das condições que proporcionam a ocorrência de um em vez de outro processo de resolução de conflito. Na Parte Dois, algumas investigações experimentais, conduzidas no laboratório do autor e que sustentam essas generalizações, serão descritas.

Na Parte Três são descritas as típicas características de conflitos destrutivos e construtivos e os fatores que determinam qual modo de resolução de conflito será dominante. Nessa parte, a regulamentação do conflito e o papel de terceiros no processo também são discutidos. Finalmente, algumas das questões especiais relacionadas ao conflito entre o fraco e o forte são consideradas.

2. Processos cooperativos e competitivos

Uma análise teórica de cooperação e competição

Kurt Lewin, com quem estudei como graduando, tinha uma pergunta favorita: "Qual é a essência dos fenômenos?" Esta questão foi de central importância na formulação da minha dissertação de doutorado sobre os efeitos da cooperação e da competição (Deutsch 1948). Parecia que, implícito na então esparsa literatura acadêmica sobre o assunto, bem como no uso diário, havia a noção de que o ponto central das diferenças entre cooperação e competição residia na natureza da forma pela qual se dá a ligação entre os objetivos

dos participantes em cada situação. Em uma situação cooperativa, os objetivos estão tão ligados que todos "afundam ou nadam" juntos, enquanto que, na situação competitiva, se um nada, o outro deve afundar.

Com essa idéia em mente, defini uma situação cooperativa como uma em que os objetivos dos participantes estão tão ligados que qualquer participante os alcançará se, e somente se, os outros com quem está ligado também o podem fazer. O termo interdependência promovedora tem sido usado para caracterizar todas as ligações entre objetivos nas quais há uma correlação positiva entre as obtenções dos participantes ligados. O grau de interdependência promovedora refere-se à quantidade de correlações positivas; seu valor pode variar de 0 a +1.

De maneira similar, em uma situação competitiva os objetivos dos participantes são inversamente interdependentes. Interdependência inversa é a condição em que participantes estão tão proximamente ligados que há uma correlação negativa entre a aquisição de seus objetivos. O grau de interdependência inversa refere-se à quantidade de correlação negativa; seu valor pode variar de 0 a −1. No caso limite de pura competição, um participante pode alcançar seu objetivo se, e somente se, os outros com quem está ligado não o podem fazer.

Esta discussão teórica irá cobrir apenas situações puras de cooperação e competição que sejam simétricas e percebidas consoantemente. A Figura 2.1 ilustra um caso de interdependência promovedora simétrica; a percepção consoante implica que o relacionamento é percebido por ambas as partes (P_1 e P_2) como sendo promovedoramente interdependente. A Figura 2.1 também ilustra uma interdependência inversa simétrica e o caso de não-interdependência entre os objetivos de P_1 e P_2.

A
Interdependência puramente promovedora

		P_2		
		G	D	
P_1	G	p	o	p
	D	o	1-p	1-p
		p	1-p	

B
Interdependência puramente inversa

		P_2		
		G	D	
P_1	G	o	1-p	1-p
	D	p	o	p
		p	1-p	

C
Não-interdependência

		P_2		
		G	D	
P_1	G	p_1p_2	$p_1(1-p_2)$	p_1
	D	$p_2(1-p1_1$	$(1-p_1)(1-p_2)$	$1-p_1$
		p_2	$1-p_2$	

Deve ser observado que poucas situações reais correspondem a situações cooperativas ou competitivas puras como aqui definidas. A maioria das situações do dia-a-dia envolvem um complexo conjunto de objetivos e subobjetivos. Conseqüentemente, é possível a indivíduos serem promovedoramente interdependentes com respeito a um objetivo e inversamente interdependentes em relação a outro. Os membros de um time de basquetebol devem estar cooperativamente inter-relacionados com respeito a vencer o jogo mas competitivos com respeito a ser o "astro" do time. Outrossim, pessoas podem ser promove-

doramente interdependentes com respeito a subobjetivos e inversamente interdependentes com respeito a objetivos principais, ou vice-versa. Empresas fabricando o mesmo produto podem ser cooperativas no que concerne à expansão do mercado total mas competitivas no que tange à porção dele que uma detém. Além disso, há certas situações em que pessoas podem competir sobre os termos de sua cooperação, como na negociação. De fato, extrapolar a situação "pura" é quase sempre desnecessário para entender o mais complexo: quando as ocasiões de cooperação e competição não estão rigidamente segregadas, é provável que as forças relativas das ligações cooperativas e competitivas entre as partes (como determinado pela importância dos objetivos que são ligados entre si e o grau de sua ligação ou interdependência) determinarão a direção do processo resultante.

Os efeitos de cooperação e competição

Em uma situação cooperativa, quando um participante se comporta de maneira a aumentar suas chances de alcançar o objetivo, ele aumenta as chances de que os outros, com quem ele está promovedoramente ligado, também alcancem seus objetivos. Em contraste, em uma situação competitiva, quando um participante se comporta de forma a aumentar suas próprias chances de sucesso, ele diminui as chances dos outros. Para entender as conseqüências divergentes das situações cooperativas e competitivas, seria interessante examinar seus efeitos sobre processos sócio-psicológicos centrais tais como a "substituibilidade" (o desejo de permitir que as ações de outra pessoa sejam substituíveis por uma ação própria), a "catalisação" (o desenvolvimento de atitudes positivas ou negativas) e a "indutibilidade" (a prontidão em ser positivamente influenciado por um outro).

Substituibilidade. Se P_1 moveu-se em direção ao seu objetivo em virtude das ações de P_2, as ações deste são substituíveis por ações similarmente intentadas praticadas por P_1, e a repetição seria percebida como supérflua. Dessa forma, em uma situação cooperativa, esperar-se-ia que houvesse pequena necessidade para os cooperadores duplicarem as atividades de ambos. Por outro lado, se as chances de P_1 alcançar seu objetivo são reduzidas enquanto as chances de P_2 são aumentadas por causa das ações bem-sucedidas de P_2, não se esperaria nenhuma substituibilidade. Assim, em uma situação competitiva, P_1 iria, em vez disso, procurar cobrir a mesma área que P_2 tentando imitar ou ultrapassá-lo.

Catalisação positiva. Se P_1 moveu-se em direção ao seu objetivo como conseqüência das ações efetivas de P_2, em uma situação cooperativa é provável que P_1 catalise positivamente as ações de P_2 e possa generalizar essa catalisação a P_2 de maneira que ele (P_1) irá querer cooperar com P_2 em outras situações. De outra forma, se a chance de P_1 alcançar seu objetivo foi reduzida como uma conseqüência do comportamento fortemente competitivo de P_2, parece provável que P_1 catalisará negativamente P_2 e seu comportamento e não irá querer competir com P_2 no futuro. Uma atitude negativa direcionada a um oponente

efetivo como P_2, todavia, seria inconsistente com uma tentativa de imitar ou ultrapassar o comportamento de P_2; assim, P_1 estará em autoconflito na situação social competitiva quando estiver tendo um mau desempenho.

Indutibilidade. Se as ações cooperativas bem-sucedidas de P_2 deslocam P_1 em direção aos seus objetivos, pode-se esperar que P_1 facilite as ações de P_2. Dessa forma, em um relacionamento cooperativo, espera-se que as pessoas sejam mutuamente colaboradoras e correspondentes às demandas dos outros. Se as ações de P_2 afastam P_1 de seus objetivos, espera-se que P_1 seja obstrutivo e resistente aos esforços de P_2. Competidores estão mais inclinados a tentar impedir uns aos outros que a ajudar.

Note-se que na descrição dos efeitos exposta acima, todas as situações se dão sobre o que ocorre quando as ações de P_2 afetam positiva ou negativamente as chances de P_1 alcançar seus objetivos. Até aqui, fez-se a suposição simplificadora de que as ações de P_2 são bem-sucedidas ou efetivas; assim, em uma situação cooperativa, as ações de P_2 irão ajudar P_1, mas essas mesmas ações iriam prejudicar P_1 se esta fosse uma situação competitiva. Entretanto, o comportamento de P_2 pode ser fracassado ou relativamente ineficaz (menos eficaz que o de outro cooperador ou competidor em potencial que serve de base de comparação). Em vez de ajudar P_1, com quem está cooperativamente ligado, P_2 pode na verdade reduzir suas chances de alcançar o objetivo; ou em vez de prejudicar P_1, com quem está competitivamente ligado, P_2 pode melhorar suas chances. Se este fosse o caso, as predições para as situações cooperativas e competitivas seriam revertidas. Na situação cooperativa, não haveria substituibilidade: P_1 iria impedir, e não facilitar, as ações de P_2. E na situação competitiva, P_1 facilitaria e gostaria das ações fracassadas de P_2, mas não sentiria qualquer necessidade de imitar ou ultrapassá-las.

Alhures (Deutsch 1949a, 1962), algumas das últimas conseqüências das diferenças entre um processo social cooperativo e um competitivo foram detalhadas. Aqui, alguns dos principais resultados dessa análise teórica foram resumidos. Em síntese, um processo cooperativo, por permitir maior substituibilidade, encoraja uma maior divisão do trabalho e especialização de papéis; isso permite um uso mais econômico de pessoal e recursos que, por sua vez, conduzem a uma maior produtividade das tarefas. O desenvolvimento de atitudes mais favoráveis de um em relação ao outro nas situações cooperativas fomenta mais confiança mútua e abertura de comunicação bem como providencia uma base mais estável para uma cooperação contínua, a despeito do crescimento ou da míngua de determinados objetivos. Isso também encoraja uma percepção de similaridade de atitudes. Na medida em que participantes na situação cooperativa são mais facilmente influenciáveis do que os na situação competitiva, os primeiros são geralmente mais atenciosos uns com os outros. Isso reduz dificuldades de comunicação e estimula o uso de técnicas de persuasão em vez de coerção quando há diferenças de ponto de vista.

O processo cooperativo, todavia, contém inerentemente algumas "patologias" típicas: a divisão de trabalho e a especialização de papéis tendem a criar interesses nas funções

especializadas, de maneira que os especialistas tornem-se mais orientados ao suprimento de suas próprias funções do que ao suprimento das necessidades totais da empreitada cooperativa; o desenvolvimento de relações pessoais amigáveis encoraja o favoritismo ou o nepotismo, que pode ser um impedimento para a contemplação das exigências das tarefas, uma fonte de conflito interno, e uma base para a erosão de regras universalizadoras que podem conflitar com os laços de um relacionamento pessoal; e a suscetibilidade à influência social na situação cooperativa pode levar a uma conformidade excessiva, bem como à inibição de discordâncias e diferenças que, por sua vez, podem retardar inovações e desenvolvimentos no processo cooperativo.

Até agora, tem havido um bom número de pesquisas experimentais sustentando minha análise teórica dos processos de cooperação e competição. A maioria da pesquisa tem investigado a cooperação e competição *intra*coletiva. Na próxima seção, um resumo de um estudo sobre esse assunto por este autor é apresentado. Na seção seguinte, é resumida uma investigação de Sherif e seus associados que lida com cooperação e competição *inter*-coletiva. Apesar de o trabalho de Sherif não ter sido guiado pela análise teórica exposta acima, seus dados são claramente relevantes para ela e os resultados de seu estudo a respeito da cooperação e competição *inter*coletiva configuram bem um paralelo com os resultados da minha pesquisa sobre a cooperação e competição *intra*coletiva.

Um estudo sobre cooperação e competição intracoletivas

Na primavera de 1948, conduzi um experimento com graduandos do M.I.T. que estavam inscritos em seções de um curso introdutório de psicologia que eu estava lecionando. Eu subdividi as seções em dez grupos, cada um composto de cinco estudantes, e reuni-me com cada grupo durante três horas uma vez por semana durante seis semanas. Cada grupo seguia a mesma rotina em seus encontros. Primeiro, era dada aos membros a tarefa de resolver um complexo enigma intelectual o mais rápido que pudessem. (Por exemplo: Tem de ter havido uma escassez de jovens senhoritas elegíveis em Kinsleydale, na medida em que cada um de cinco homens casou-se com a mãe viúva de um dos outros. O enteado de Jenson, Tomkins, é o padrasto de Perkins. A mãe de Jenkins é uma amiga da Sra. Watkins, cuja sogra é uma prima da Sra. Perkins. Qual é o nome do enteado de Simkins? [Resposta: Watkins.]) Durante os cinqüenta minutos seguintes, eles eram constituídos como um "quadro de consultores em relações humanas" e eram indagados a formular, após cada discussão do grupo, uma resposta escrita para uma carta pedindo conselhos sobre um problema pessoal ou social. Eles discutiam problemas tais quais como responder a um incidente envolvendo preconceito em uma barbearia e o que recomendar a um soldado que está a retornar e que se sente culpado por ter sido infiel a sua esposa além-mar. Durante o resto do período, eu conduzia o grupo em uma discussão de conceitos e princípios psicológicos relacionados a assuntos como aprendizado, percepção, cognição e motivação.

Depois da primeira semana de reuniões, os grupos foram divididos em pares associados baseado em seus desempenhos em grupo da primeira reunião. Um grupo em cada par associado foi então designado aleatoriamente a um sistema de avaliação competitiva e o outro grupo a um de avaliação cooperativa. À metade dos grupos foi dito que suas discussões sobre o problema de relações humanas seriam avaliadas competitivamente: cada contribuição individual à discussão do grupo e à sua produção seria comparada às contribuições de cada um dos membros do outro grupo, e o melhor contribuinte iria ganhar um A, o segundo melhor ganharia um B e assim sucessivamente. À outra metade dos grupos foi dito que eles seriam avaliados cooperativamente: todos do grupo ganhariam a mesma nota, esta sendo determinada por quão bem a discussão e a produção do grupo se saíssem quando comparadas com aqueles quatro outros grupos similares; todos os membros do melhor grupo ganhariam A, os do segundo melhor grupo ganhariam B e assim por diante. Os estudantes aceitaram os procedimentos de avaliação nos dois tipos de grupo sem questionar ou protestar. Na medida em que as notas eram muito importantes no M.I.T., os estudantes eram altamente motivados a alcançar uma boa avaliação em ambas as condições.

Todos os grupos eram observados sistematicamente por três pesquisadores assistentes que categorizavam e mediam diferentes aspectos das discussões tais como simpatia, ordem e qualidade. Eles também anotaram quem falou com quem e quanta atenção e entendimento mútuo havia durante as discussões. Além disso, os estudantes preencheram questionários após cada discussão, nos quais avaliavam vários aspectos da discussão, suas próprias reações durante ela e suas atitudes para com outros membros do grupo.

Os resultados do experimento mostraram diferenças marcantes entre os grupos cooperativos e competitivos. Quando comparados com os grupos avaliados competitivamente, os cooperativos apresentaram as seguintes características:

1. Comunicação intermembros mais efetiva. Mais idéias foram verbalizadas e os membros foram mais atenciosos uns com os outros e mais abertos e influenciados pelas idéias dos outros. Eles tiveram menos dificuldades em se comunicar e em entender os outros.

2. Mais simpatia, mais solidariedade e menos obstrução foram expressas na discussão. Os membros também ficaram mais satisfeitos com o grupo e com suas soluções e mais favoravelmente impressionados pela contribuição dos outros membros do grupo. Adicionalmente, os membros dos grupos cooperativos avaliaram a si mesmos com notas mais altas na ânsia de ganhar o respeito de seus colegas e em obrigação para com os outros membros.

3. Maior coordenação de esforços, maior divisão de trabalho, maior orientação para a realização da tarefa, mais ordem na discussão e maior produtividade foram manifestadas nos grupos cooperativos.

4. Maior sentimento de concordância e similaridade de idéias e maior confiança dos membros em suas próprias idéias e no valor que os outros membros davam a essas idéias foram obtidos nos grupos cooperativos.

As descobertas acima, que são descritas de maneira mais completa em meu artigo, "An Experimental Study of the Effects of Cooperation and Competition Upon Group Process" (Deutsch 1949b), foram abalizadas pelos estudos de vários outros pesquisadores (Back 1951; Berkowitz 1957; Gerard 1953; Gottheil 1955; Grossack 1954; Levy 1953; Margolin 1954; Mintz 1951; Mizuhara 1952; Mizuhara e Tamai 1952; Raven e Eachus 1963; Thomas 1957; Workie 1967). Todos esses estudos com exceção do de Workie, no entanto, foram confinados a comparações de relações competitivas e cooperativas entre indivíduos. Workie estudou cooperação e competição *inter*coletiva bem como *intra*coletiva. Sua pesquisa indica que, sejam as unidades observadas grupos ou indivíduos, as mesmas descobertas básicas são obtidas. A produtividade total de um sistema de grupos interdependentes é menor quando a estrutura de recompensas orienta os grupos em direção à competição intercoletiva em vez de cooperação. Não surpreendentemente, a maioria das obstruções aos objetivos e das decepções ocorre entre grupos que estão em competição um com o outro e não nos cooperativamente interdependentes.

Um estudo sobre cooperação e competição intercoletivas

As investigações mais detalhadas de cooperação e competição intercoletivas até hoje foram conduzidas por Muzafer Sherif e por Blake e Mouton (Sherif *et al*. 1961; Sherif 1966; Blake e Mouton 1961a, b e 1962a, b). Esses estudos são notáveis pelo seus engenhosos usos de estabelecimentos naturais em vez de laboratoriais. Sherif e seus associados conduziram o agora clássico estudo "Robbers Cave" em uma área de *camping* especialmente arranjada na qual os campistas (meninos de onze e doze anos de idade) interagiam em atividades que pareciam naturais para eles; eles não estavam avisados de que seu comportamento estava sob observação.

O experimento procedeu em três estágios. O primeiro estágio foi designado para produzir grupos com estruturas e normas internas distintas, de maneira que pudessem ser confrontados com problemas intercoletivos. Essa fase de formação coletiva durou por volta de uma semana. Ela iniciou-se tendo cada um dos dois grupos de campistas indo acampar em ônibus separados e depois vivendo em cabanas separadas. Os meninos de cada cabana envolviam-se em várias atividades cooperativas: acampar fora, cozinhar, melhorar lugares para nadar, transportar canoas sobre terreno irregular até a água e assim por diante. Cada grupo desenvolveu uma organização e costumes específicos, e cada um manifestou um senso de coletividade próprio e a realização da união que marcam um grupo coeso. Na segunda fase do experimento, produziram-se tensão e conflito entre os dois grupos por meio da introdução de condições que levassem à competição entre eles. Uma série de situações foram criadas nas quais um grupo só alcançaria seu objetivo ao custo do outro grupo – *e.g.* por meio de um torneio de competições com prêmios desejáveis concedidos apenas ao grupo vencedor. Em conseqüência, membros de cada grupo desenvolveram atitudes hostis e estereótipos altamente desfavoráveis em direção ao outro grupo e seus

membros. Manifestou-se conflito em blaterações depreciativas e inventivas ("jogo sujo", "espionagem" e "trapaças"), lampejos de conflito psíquico e invasões à cabana dos outros. Ao mesmo tempo, houve um aumento na solidariedade e na cooperação internas ao grupo e uma significativa mudança nas relações de prestígio dentro dos grupos, de forma que aqueles que eram particularmente eficientes na competição intercoletiva sobressaíram. Claramente, a cooperação e a harmonia intracoletiva não levam necessariamente a uma harmonia intercoletiva.

No terceiro estágio, diferentes abordagens para reduzir o conflito intercoletivo foram avaliadas: contato entre os grupos em atividades altamente prazerosas para cada grupo, mas sem envolver interdependência entre eles (ir ao cinema, comer na mesma sala de jantar, queimar fogos de artifício em 4 de julho); e, em contraste, a introdução de objetivos extraordinários, que tinham um apelo convincente para cada grupo mas que nenhum dos grupos conseguiria alcançar sem a cooperação do outro. Outras técnicas como "disseminar informações favoráveis sobre o outro grupo" e "reuniões entre líderes dos dois grupos" foram rejeitadas preliminarmente como ineficazes. Contatos intercoletivos sem a existência de objetivos extraordinários foram ineficazes em reduzir o conflito; na verdade, tais contatos intercoletivos freqüentemente se degeneravam em conflito. Todavia, esforços articulados em direção à realização de objetivos extraordinários (como consertar o sistema de suprimento de água do acampamento depois de os experimentadores sigilosamente providenciarem sua quebra, levantar os fundos necessários para ir a um filme altamente desejado, mover uma caminhonete que tenha "enguiçado") mudaram gradual e cumulativamente as relações entre os dois grupos de um padrão de hostilidade para uma interação amigável.

As descobertas de Sherif foram sustentadas pelo trabalho de outros investigadores, particularmente Blake e Mouton (1961a, b), que estiveram especialmente interessados nos efeitos de conflitos perde-ganha nas negociações entre grupos. Eles estudaram o conflito intercoletivo em laboratórios de treinamento de relações humanas entre grupos *ad hoc* e temporários, bem como entre sindicato e empresa no meio industrial. Em descobertas similares às de Sherif, eles reportaram que a competição intercoletiva tem efeitos característicos nas relações internas ao grupo (uma crescente coesão interna, uma mudança para uma liderança orientada ao conflito, maior identificação pessoal dos membros com seu grupo), nas percepções sobre os externos ao grupo (um aumento na estereotipagem negativa e na percepção das dessemelhanças), e nas negociações entre os grupos para resolver suas diferenças. Entre grupos altamente competitivos, as negociações são caracterizadas por: uma tendência em supervalorizar as recomendações do próprio grupo e em menosprezar as do outro grupo; desentendimentos de posição mútuos, de maneira que valores comuns são negligenciados e diferenças enfatizadas; uma tendência de apreciar mais a vitória do que o acordo, de modo que um negociador que estabelece um compromisso é visto como um traidor, enquanto um que é inflexível é visto como um herói; uma tendência a desacreditar em uma terceira parte neutra se esta fizer uma recomendação que não seja

claramente favorável ao próprio grupo; freqüentes impasses em vez de chegar a um acordo mutuamente satisfatório.

Claramente, há um paralelo bem delineado nos resultados da pesquisa tanto na cooperação quanto na competição dentro de grupos e entre grupos. As descobertas proporcionadas pela pesquisa, bem como a análise teórica, indicam que as diferenças entre os processos envolvidos na cooperação e na competição (comparando-as em suas formas pura ou extrema) podem ser sintetizados no que se segue:

1. *Comunicação*

a) Um processo cooperativo é caracterizado por uma comunicação aberta e honesta de informações relevantes entre os participantes. Cada um é interessado em informar e ser informado pelo outro.

b) Um processo competitivo é caracterizado tanto pela escassez de comunicação como pela comunicação desencaminhada. Isso também dá ensejo à espionagem ou outras técnicas de se obter informação sobre o outro que este não pretenda comunicar. Somado à obtenção de tal informação, cada parte está interessada em prover informações erradas ou desanimadoras para a outra.

2. *Percepção*

a) Um processo cooperativo tende a aumentar a sensibilidade a similaridades e interesses comuns enquanto minimiza a saliência das diferenças. Isso estimula uma convergência e conformidade de crenças e valores.

b) Um processo competitivo tende a aumentar a sensibilidade a diferenças e ameaças enquanto minimiza a percepção das similaridades. Isso estimula o sentimento de completa oposição: "Você é mau; eu sou bom." Parece provável que a competição produz um forte viés no sentido de perceber mal as ações neutras ou conciliatórias do outro como malevolentemente motivadas ao invés da tendência trazida pela cooperação de se enxergar as ações do outro como benevolentemente intencionadas.

3. *Atitudes para com o outro*

a) Um processo cooperativo conduz a uma atitude amigável e confiante, e isso aumenta a inclinação a responder beneficamente às necessidades e aos pedidos do outro.

b) Um processo competitivo leva a uma atitude suspeitosa e hostil, e isso aumenta a prontidão para tirar partido das necessidades do outro e responder negativamente aos seus pedidos.

4. *Orientação de tarefas*

a) Um processo cooperativo habilita os participantes a abordarem o problema mutuamente reconhecido de forma a utilizar seus talentos especiais e a capacitá-los a se substituírem um pelo outro no seu trabalho conjunto, reduzindo a duplicação do esforço.

O aumento de poder e de recursos mútuos torna-se um objetivo. Isso conduz à definição de interesses conflitantes como um problema mútuo a ser resolvido por esforço colaborativo. Facilita-se o reconhecimento da legitimidade dos interesses do outro e da necessidade de se procurar uma solução que responda aos anseios de todos. Isso tende a limitar, em vez de expandir, o escopo dos interesses em conflito. Tentativas de influenciar o outro tendem a limitar-se a processos de persuasão.

b) Um processo competitivo estimula a visão de que a solução de um conflito pode apenas ser uma imposição de um lado sobre o outro. O crescimento do poder de um e a minimização da legitimidade dos interesses do outro lado na situação tornam-se objetivos. Isso enseja a expansão do escopo de questões em conflito, de maneira que o conflito torna-se um assunto de princípio geral e não é mais confinado a uma questão particular em um determinado tempo e espaço. Esse crescimento do conflito aumenta sua significância motivadora para os participantes e intensifica seu envolvimento emocional nele; estes fatores, por sua vez, podem tornar uma derrota limitada menos aceita ou mais humilhante que o desastre mútuo poderia ser. Duplicação do esforço, de sorte que os competidores tornem-se imagens espelhadas um do outro, é mais provável do que a divisão do esforço. Processos coercitivos tendem a ser empregados na tentativa de influenciar o outro.

Este esboço de alguns aspectos dos processos competitivo e cooperativo sugere que cada processo tende a ser autoconfirmativo, de forma que a experiência de cooperação irá induzir a um espiral benigno de aumento da cooperação, enquanto a competição induzirá a um vicioso espiral de intensificação da competição. Isso é verdade até certo ponto, mas há limites que geralmente operam para limitar o desencadeamento de ambos os processos. Um desses limites vem do fato de que uma pessoa ou um grupo está freqüentemente envolvido em diversas situações e relacionamentos simultaneamente e seus outros envolvimentos e relacionamentos habitualmente previnem ou contêm o que pode ser chamado de uma obsessiva intensificação de qualquer relacionamento em particular.

Um paradoxo?

Agora caracterizei a manifestação sócio-psicológica central das abordagens cooperativa e competitiva da resolução de interesses conflitantes. Também sugeri que seria profícuo pensar nas conseqüências mutuamente destrutivas do conflito como resultado de um processo competitivo de resolução de conflito e nas conseqüências mutuamente construtivas que emergem do processo cooperativo. Pode-se então perguntar: em uma situação de conflito, que condições determinam qual processo irá prevalecer? Aqui, deve ser encarada uma aparente contradição nesta exposição. Anteriormente foi indicado que o conflito possuía funções sociais e individuais positivas, e agora se vê que um processo competitivo de resolução de conflito é provavelmente destrutivo.

Há vários pontos a serem abordados. Primeiro, o conflito não está confinado a processos competitivos; a controvérsia sobre os meios de se alcançar um objetivo mutuamente desejado é uma parte comum da cooperação. Um conflito desse tipo não é competitivo na medida em que cada cooperador é motivado a selecionar as melhores formas para se chegar ao objetivo mútuo em vez de escolher o método pelo qual advogou inicialmente. Não há razão por que se pensar tal conflito como destrutivo. Segundo, a competição não é inevitavelmente destrutiva para ambos os lados. Geralmente um lado é mais poderoso, mais determinado ou possui mais recursos que o outro, e pode ter capacidade de impor sua solução preferida inicialmente ao conflito. É, sem dúvida, possível que a derrota de um indivíduo, grupo ou nação em um conflito possa ser construtivo para outros além do vitorioso imediato, e ocasionalmente o é mesmo para a parte vencida. A competição também proporciona um mecanismo social útil para selecionar os mais aptos a desempenhar as atividades envolvidas na competição. (A maior habilidade no desempenho pode, é claro, refletir diferenças no treinamento e nos recursos, bem como diferenças de talento ou motivação.) Terceiro, o conflito competitivo, com suas resultantes perdas para uma ou ambas as partes envolvidas, pode ser uma pré-condição necessária para motivar as partes a se emprenharem em um processo cooperativo. Uma autoridade ou uma maioria opulenta e complacente pode ser indiferente a uma descontente minoria subordinada até que as ameaças e perdas de um conflito competitivo motivem-na a buscar uma solução cooperativa. Finalmente, parece razoável especular que muito do prazer na competição surge quando ela ocorre em um encontro cooperativo; então há um interesse cooperativo em ter uma competição mutuamente agradável em vez de um interesse primário em derrotar o outro.

Devemos nos voltar agora a uma consideração das condições que proporcionam um processo de resolução de conflito em vez de outro. Em uma tentativa de chegar a algumas amplas generalizações, devo examinar o conflito nos níveis intrapessoal e intercoletivo nos próximos capítulos.

PARTE TRÊS: ENSAIO CONCLUSIVO

3. Fatores que influenciam a resolução de conflito

Introdução

O propósito deste capítulo é resumir os aspectos típicos de conflitos destrutivos e construtivos. A ênfase será dada sobre o contraste entre os processos competitivo e cooperativo de resolução de conflito. Nesta conexão, também devem ser discutidos os processos de percepção e compromisso que tendem a reforçar e estender qualquer dos modos de resolução do conflito que foi iniciado. Em seguida, consideraremos os fatores que determinam qual modo de resolução de conflito será dominante. Sustentando essa discussão, está o pressuposto de que o conflito entre partes com relações cooperativas em vez de competitivas é provavelmente menos destrutivo. Ainda, é óbvio que as relações entre partes conflitantes podem ser incorrigivelmente competitivas. Sob tais circunstâncias, a regulamentação do conflito para limitar seu potencial destrutivo torna-se um objetivo. Neste contexto, discutiremos as circunstâncias que afetam a probabilidade de regulamentação eficaz do conflito. Finalmente, consideraremos algumas das questões especiais relacionadas a conflitos entre o fraco e o forte.

O andamento do conflito destrutivo

O conflito destrutivo é caracterizado por uma tendência à expansão e à intensificação. Como resultado, tal conflito freqüentemente se torna independente de suas causas iniciais e é mais provável de continuar após elas terem se tornado irrelevantes ou esquecidas. A expansão ocorre em várias dimensões do conflito: o tamanho e o número das questões imediatamente envolvidas; o número de motivos e participantes implicados em cada lado da questão; o tamanho e o número dos princípios e precedentes que parecem estar em risco; os custos com os quais os participantes estão dispostos a arcar em relação ao conflito; o número de normas de conduta moral que se derrogam no comportamento para com o outro lado; e a intensidade de atitudes negativas para com o outro lado.

Pode-se dizer que os processos envolvidos na intensificação do conflito, como expressou Coleman (1957, p.14), "criam uma Lei de Gresham do Conflito: os elementos danosos e perigosos fazem sumir aqueles que manteriam o conflito limitado." Paralelo à expansão do escopo do conflito, há um aumento da confiança em uma estratégia de poder e sobre táticas de ameaça, coerção e fraude. Correspondentemente, há o afastamento de uma estratégia de persuasão e das táticas de conciliação, de minimização de diferenças e de

aprimoramento do entendimento mútuo e da boa-vontade. Dentro de cada uma das partes conflitantes, há uma crescente pressão por uniformidade de opinião e uma tendência da liderança e do controle serem tomados por elementos militantemente organizados para sustentar o conflito por meio de combate e serem afastados daqueles mais conciliatórios.

A tendência de intensificar conflitos resulta do conjunto de três processos interrelacionados: (1) processos competitivos envolvidos na tentativa de vencer o conflito; (2) processos de má-percepção e percepção enviesada; e (3) processos de compromisso causados por pressões por consistência cognitiva e social. Estes processos dão origem a um ciclo mutuamente reforçado de relações que geram ações e reações que intensificam o conflito.

Outros fatores, é claro, podem servir para limitar e encapsular o conflito de maneira a não desenvolver uma intensificação em espiral. Aqui nos referimos a fatores como: o número e a força dos elos cooperativos existentes, identificações recíprocas, lealdade e sociedade comuns entre as partes conflitantes; a existência de valores, instituições, procedimentos e grupos que são organizados para ajudar a limitar e a regulamentar o conflito; e a saliência e a significância dos custos de se intensificar o conflito. Se esses fatores de limitação do conflito forem fracos, deve ser difícil prevenir um conflito competitivo de expandir seu escopo. Mesmo sendo fortes, mau julgamento e pressões oriundas de tendências a ser rigidamente autoconsistente podem tornar difícil manter um conflito competitivo encapsulado.

Efeitos competitivos. No capítulo 2, caracterizei as distinções essenciais entre um processo cooperativo e um competitivo e descrevi seus aspectos sócio-psicológicos um pouco detalhadamente. Aqui, devo apenas salientar algumas das principais particularidades do processo competitivo, aqueles que tendem a perpetuar e intensificar o conflito. Tipicamente, um processo competitivo tende a produzir os seguintes efeitos:

1. A comunicação entre as partes conflitantes é não-confiante e empobrecida. Os canais e as oportunidades de comunicação disponíveis não são utilizados ou usados na tentativa de enganar ou intimidar o outro. Pouca confiança é conferida à informação que é obtida diretamente do outro; espionagem e outros meios tortuosos de se obter informação têm mais confiança. A pobreza da comunicação aumenta a possibilidade de erro e má-informação de forma que é provável reforçar as orientações e expectativas pré-existentes para com o outro. Assim, a habilidade de notar e responder às mudanças do outro, para longe de uma orientação perde-ganha, fica debilitada.

2. Isso estimula a visão de que a solução do conflito pode apenas ser imposta por um ou outro lado por meio de força superior, fraude ou esperteza. O crescimento do poder próprio e a redução complementar do poder do outro se tornam objetivos. A tentativa de cada uma das partes conflitantes criar ou manter uma diferença de poder favorável ao seu próprio lado tende a expandir o escopo do conflito de um foco na questão imediata em disputa para um conflito sobre o poder de se impor as preferências de um sobre o outro.

3. Isso leva a uma atitude suspicaz e hostil que aumenta a sensibilidade a diferenças e ameaças enquanto minimiza a percepção de similaridades. Isto, por sua vez, torna menos aplicáveis as normas de conduta e moralidade geralmente aceitas que governam o comportamento de um para com os que são similares a si. Dessa forma, isso permite um comportamento para com o outro que seria considerado ultrajante se fosse direcionado a alguém como si próprio. Na medida em que nenhum dos dois lados provavelmente concederá superioridade moral ao outro, o conflito pode intensificar-se se um ou outro lado adota um comportamento moralmente ultrajante para com o outro.

Mau julgamento e má-percepção. Na nossa discussão prévia sobre os efeitos da competição, ficou evidente que comunicação pobre, atitudes hostis e supersensibilidade a diferenças podem levar a visões distorcidas sobre o outro que, por sua vez, podem intensificar e perpetuar o conflito. Somadas às distorções naturais do processo competitivo, há outras que ocorrem comumente no curso da interação. Alhures (Deutsch 1962, 1965), descrevi algumas das fontes comuns de má-percepção em situações internacionais. Muitas dessas más-percepções operam transformando um conflito em uma disputa competitiva – mesmo se o conflito não emergiu de um relacionamento competitivo.

As implicações de um simples princípio psicológico podem ilustrar isso melhor: a percepção de qualquer ato é determinada tanto pela nossa visão do ato em si, como pela nossa visão do contexto no qual o ato ocorre. Os contextos dos atos sociais são freqüentemente não percebidos de imediato, e geralmente não são óbvios. Quando o contexto não é explícito, tendemos a supor um contexto familiar – um que parece provável nos termos de nossa experiência passada. Na medida em que as situações presentes e as experiências passadas de quem age e de quem percebe são diferentes, não é surpresa que os dois indivíduos interpretem o mesmo ato de forma bastante diferente. Desentendimentos desse tipo são muito prováveis, é claro, quando o agente e o observador vêm de origens culturais distintas e não estão totalmente informados sobre essas diferenças. Um período de rápida mudança social também torna tais desentendimentos difundidos na medida em que a lacuna entre o passado e o presente se alarga.

Dado o fato de que a habilidade de se colocar no lugar de outro é notoriamente subempregada e não desenvolvida na maioria das pessoas, e também dado que esta habilidade é debilitada por pressões e informações inadequadas, é esperado que algumas tendências apareçam na percepção sobre as ações durante o conflito. Assim, visto que a maioria das pessoas são fortemente motivadas a deter uma visão favorável sobre si mesmas, mas são menos fortemente motivadas para o fazer sobre os outros, não é surpreendente que haja uma inclinação no sentido de perceber seu próprio comportamento para com o outro como sendo mais benevolente e legítimo do que o comportamento do outro em direção a si. Esta é a simples corroboração de uma verdade psicológica bem demonstrada: nomeadamente, que a avaliação de um ato é afetada pela avaliação de sua origem – e a origem é parte do contexto de comportamento. Por exemplo, a pesquisa demonstrou que estudantes americanos são tendentes a avaliar mais favoravelmente uma ação dos

Estados Unidos direcionados à União Soviética do que essa mesma ação dirigida pela União Soviética aos Estados Unidos. Estamos propensos a enxergar as atividades de espionagem dos Estados Unidos na União Soviética como mais benevolentes que as atividades similares exercidas pelos agentes soviéticos nos Estados Unidos.

Se cada lado de um conflito tende a ver seus próprios motivos e comportamentos como mais benevolentes e legítimos que os do outro lado, é evidente que o conflito irá crescer em espiral intensivamente. Se Acme percebe suas ações como uma forma benevolente e legítima de interferir com ações que Bolt não tem o direito de adotar, Acme será surpreendido pela intensidade da resposta hostil de Bolt e terá de fortificar sua contra-ação para negar a resposta de Bolt. Mas como Bolt irá provavelmente agir se enxergar suas próprias ações como bem motivadas? E quão improvavelmente ele não irá responder à intensificação de Acme com uma contra-intensificação se ele é capaz de o fazer? Na medida em que há uma percepção enviesada da legitimação e da benevolência, alguém poderia também esperar que houvesse um viés paralelo no qual se considere haver um acordo eqüitativo para resolver o conflito: não deveriam legitimidades diferentes ser diferentemente recompensadas? A percepção enviesada do que é um compromisso justo torna o acordo mais difícil de ser alcançado e, assim, estende o conflito. Uma outra conseqüência da percepção enviesada da legitimação e da benevolência é refletida nas assimetrias entre confiança e suspeição e entre cooperação e competição. A confiança, quando violada, está mais propensa a se tornar suspeição do que a suspeição negada transformar-se em confiança. Similarmente, é mais fácil passar da cooperação para a competição do que percorrer esse trânsito no sentido inverso.

Há, sem dúvida, outros tipos de processos que levam a más-percepções e maus julgamentos. Além das distorções originadas de pressões por auto-consistência e conformidade social (que são discutidas abaixo), a intensificação do conflito pode induzir pressão e tensão para além de um moderado nível de otimização, e essa superativação, por sua vez, pode levar a um enfraquecimento dos processos perceptivo e cognitivo de muitas maneiras. Pode reduzir o leque de alternativas enxergadas; pode diminuir a perspectiva sobre o tempo, de sorte a proporcionar uma focalização nas conseqüências imediatas das alternativas percebidas em vez de nas suas conseqüências finais; pode polarizar o pensamento de maneira que as percepções sejam levadas em uma classificação simplista de ser preto ou branco, contra ou pró, bom ou mau; pode levar a respostas estereotipadas; pode aumentar a suscetibilidade a rumores que incitam medo ou esperança; pode aumentar as defesas; pode multiplicar as pressões por conformidade social. Com efeito, tensão excessiva reduz os recursos intelectuais disponíveis para se descobrir novas maneiras de se lidar com um problema ou novas idéias para se resolver um conflito. A intensificação do conflito é o resultado provável, na medida em que o raciocínio simplista e a polarização do pensamento levam os participantes a enxergarem suas alternativas como sendo limitadas à vitória ou à derrota.

Paradoxalmente, deve-se também notar que a disposição de recursos intelectuais e de outros tipos que podem ser usados para sustentar um conflito pode tornar difícil, no

seu início, prever o resultado de uma tentativa de imposição da preferência de um sobre o outro. Espécies menos inventivas que o homem podem facilmente prever a conseqüência de uma contestação à força por meio de gesticulação agressiva e outras demonstrações potencialmente combativas; assim eles raramente têm de entrar em combate para definir "quem fica com o quê, quando." Todavia, a versatilidade das técnicas humanas para alcançar dominação sobre outros homens torna provável que o combate surja, porque os combatentes têm julgamentos discordantes dos resultados em potencial. Diferentemente dos seus ancestrais peludos, o "macaco pelado" não pode concordar previamente sobre quem irá ganhar. Mau julgamento da pretensão e da capacidade do outro lado com respeito à luta tem às vezes transformado controvérsia em combate à medida que a elevada tensão restringe à vitória ou à derrota os resultados enxergados do conflito.

Processo de compromisso. Foi há muito reconhecido que as pessoas tendem a agir de acordo com suas crenças; mais recentemente, Festinger enfatizou em sua teoria da dissonância cognitiva que o inverso é também freqüentemente verdade: as pessoas tendem a fazer suas crenças e atitudes de acordo com suas ações (veja o capítulo 3 para uma discussão mais profunda). Essa pressão por auto-consistência pode levar a um envolvimento inconsciente no conflito e a uma intensificação deste porque as ações de um indivíduo têm de ser justificadas para si e para os outros. O desenrolar trágico do envolvimento americano na guerra civil no Vietnã proporciona uma ilustração.

Em artigo não publicado apresentado alguns anos atrás (Deutsch 1966b), escrevi:

> *Como nos envolvemos nesta situação ridícula e trágica: uma situação em que as vidas e os recursos americanos estão sendo gastos em defesa de um povo que está sendo mais penosamente ferido e que está tornando-se mais amargamente antagônico a nós quanto mais nos envolvemos em seu conflito interno? Como é que ficamos tão obcecados com a guerra no Vietnã do Sul a ponto de pretender abandonar nossos planos para alcançar uma Grande Sociedade em nossa pátria, negligenciar os mais importantes problemas na América do Sul e na Índia e arriscar destruir nossa liderança no estrangeiro?*
>
> *A declaração mais direta da razão da continuidade do nosso envolvimento é o fato de estarmos envolvidos: nosso envolvimento continuado justifica nosso envolvimento passado. Uma vez envolvido, é excessivamente difícil de se desligar e admitir, com isso, o quão despropositado e inconsciente nosso envolvimento passado foi. Estou dizendo, em outras palavras, que não estamos envolvidos por qualquer grande causa estratégica ou moral e que quaisquer motivos que agora imputamos ao nosso envolvimento são racionalizações ex post facto.*
>
> *Como uma nação, tropeçamos para dentro do conflito no Vietnã do Sul. A cada passo do aumento do envolvimento, fomos levados a acreditar que com alguma ajuda adicional (auxílio econômico, depois consultores militares,*

depois o uso de helicópteros americanos, depois o uso de soldados americanos para combate, depois uma intervenção aérea maciça por aviões americanos, depois o bombardeamento do Norte, depois a intervenção intensa das tropas americanas, e assim por diante) não arriscaríamos um conflito maior mas, sim, ajudaríamos a construir um país independente e estável que pudesse sustentar-se sobre seus próprios pés. Temos agido repetidamente na suposição tentadora de que, com apenas mais um pequeno investimento, preveniríamos a coisa toda de ir por ralo abaixo.

Esse tipo de suposição é uma com a qual estamos familiarizados em conexão com a psicologia da aposta. Todos sabemos de um apostador fracassado indo mais e mais fundo em um buraco, que continua contando com a esperança de que, fazendo-o, recuperará suas perdas iniciais. Nem todos os apostadores perdedores sucumbem à tentação da aposta, é claro. Mas aqueles cujo senso de onipotência está correndo risco, aqueles orgulhosos demais para reconhecer que não podem superar as probabilidades contrárias estão vulneráveis a esse tipo de tentação desastrosa.

Além da tentação de apostador, devo descrever brevemente três outros processos de comprometimento gradual e inconsciente. Um é o processo previamente discutido da redução da desarmonia. Como Festinger (1961) apontou: "Ratos e pessoas acabam amando as coisas pelas quais sofreram." Presumivelmente, eles fazem-no para reduzir a desarmonia induzida pelo sofrimento, e seu método de redução da desarmonia é aumentar a atratividade da escolha que os levou ao sofrimento: somente se o que alguém escolheu valeu realmente a pena, todo o sofrimento associado é tolerável. Não aumentamos o que enxergamos estar em risco no conflito do Vietnã a medida em que se torna mais e mais custoso para nós? Não nos foi dito que nossa honra nacional, nossa influência como um líder mundial e nossa segurança nacional estavam em jogo no conflito sobre essa pequena e trágica terra?

Silvan Tomkins (Tomkins e Izard 1965) descreveu um processo de ampliação circular e crescente que também ajuda a explicar o alargamento do envolvimento e a monopolização do pensamento. Ele sugere que isso ocorre se há uma seqüência de eventos deste tipo: ameaça, defesa bem-sucedida, derrubada da defesa e ressurgimento da ameaça; segunda defesa bem-sucedida, segunda derrubada da defesa e ressurgimento da ameaça, e assim por diante até que uma expectativa seja gerada de que não importa o quão bem-sucedida possa parecer uma defesa contra uma temida contingência, irá provar inutilidade e requerer ainda uma outra defesa. Este processo é circular e crescente visto que cada nova ameaça requer uma defesa mais desesperada, e a derrubada bem-sucedida de cada defesa recém-aprovada gera um aumento da natureza da ameaça e o efeito concorrente que evoca.

A preocupação crescente e obsessiva dos oficiais americanos com o Vietnã por, em parte, refletir tal processo: por seguidas vezes, eles assumiram que uma defesa nova e mais poderosa ou uma agressão contra os vietcongues seria suficiente, só até descobrirem que um comprometimento militar mais poderoso seria necessario.

Deixe-me, finalmente, voltar os olhos para um processo do cotidiano de envolvimento inconsciente: a cilada situacional. A característica deste processo é que o comportamento é tipicamente iniciado sob a suposição de que o ambiente é condescendente em vez de reativo – que responde como uma ferramenta para os propósitos de alguém em vez de como um sistema auto-sustentável. Ações bem intencionadas às vezes produzem efeitos opostos do que os intentados porque as ações não levam em conta as características do ambiente em que tomam parte. Até agora, estamos todos conscientes de que uma conseqüência não pretendida das avaliações de saúde pública na América Latina foi a explosão populacional. Só agora estamos começando a reconhecer que algumas conseqüências dos tipos de contribuição que demos a países subdesenvolvidos acabam por impedir seu desenvolvimento econômico e forjar uma necessidade sempre crescente por ajuda. Similarmente, alguém pode propor que a natureza da intervenção americana no Vietnã serviu para enfraquecer a oposição aos vietcongues, desmoralizar aqueles no Vietnã que estavam aptos e pretendendo confiar nos vietnamitas para resolver seus problemas sem controle estrangeiro, aumentar a força e a resolução dos vietcongues e, de outro modo, produzir as repostas que requeriam um crescente envolvimento e comprometimento de recursos americanos e de homens apenas para prevenir uma imediata reviravolta da situação.

Um conflito destrutivo como o do Vietnã pode ser trazido a uma conclusão pelo fato de os custos de se continuar o conflito tornarem-se tão altos em relação a quaisquer valores que possam ser obtidos por meio dessa continuação para um ou ambos os lados, que sua insensibilidade seja constrangedoramente evidente. A insensibilidade tende a ser mais explícita para aqueles que não foram os responsáveis pela decisão, e assim têm pouca necessidade de justificar um conflito, e para aqueles que suportam os custos mais fortemente. O conflito destrutivo também pode ser abortado antes de se desenrolar completamente se há uma comunidade ou terceiras partes fortes o bastante para compelir as partes conflitantes a cessarem a violência. Nós, nos Estados Unidos, estamos na desafortunada posição, relativamente ao nosso prestígio e poder, de que não há nem uma terceira parte desinteressada, nem uma comunidade internacional, que seja poderosa o bastante para nos motivar a aceitar um compromisso quando pensamos que nossos próprios interesses podem ser engrandecidos pelo resultado de uma luta competitiva. A paz no Vietnã poderia ter ocorrido muito mais cedo se as Nações Unidas, ou mesmo nossos amigos, pudessem ter nos influenciado.

O andamento do conflito produtivo

A questão que eu gostaria de considerar agora é se há quaisquer aspectos distintivos no processo de resolução de conflito que conduz a resultados construtivos. Controvérsias animadas e produtivas têm padrões comuns que são distintos dos que caracterizam contendas fatais?

Eu esperava encontrar na literatura de ciências sociais mais ajuda a responder essas questões do que tenho achado até então. Por exemplo, os escritos sobre desenvolvimento da personalidade infelizmente têm pouco a dizer sobre conflito produtivo; o foco é no conflito patológico. Ainda, cada um de nós sabe por meio das próprias experiências pessoais, bem como por meio das biografias de homens como Freud, Darwin e Santo Agostinho, que um intenso conflito interior é freqüentemente (mas não necessariamente) o prelúdio para o crescimento intelectual e emocional. Similarmente, a volumosa literatura sobre conflito social negligencia o conflito produtivo entre grupos. É verdade que a antiga visão negativa sobre conflito social produziu uma concepção que salienta as funções sociais do conflito. Todavia, excetuando-se os escritos das pessoas conectadas com o movimento da não-violência, pouca tentativa foi feita para se distinguir conflitos que conseguem mudança social por meio de um processo que é mutuamente recompensador para as partes envolvidas dos conflitos que não o conseguem. Já a mudança pode ocorrer tanto por um processo de confronto, que é custoso para os grupos conflitantes, quanto por um processo de resolução de problemas, que é mutuamente recompensador aos grupos conflitantes. Minhas próprias predileções me levaram à crença de que os principais aspectos da resolução de conflito produtiva seriam similares, no plano social, aos processos envolvidos no pensamento criativo. Deixe-me primeiramente me voltar aos processos envolvidos no pensamento criativo. Para uma avaliação crítica e incisiva da literatura existente, é recomendável ver Stein (1968).

Pensamento criativo. O processo criativo tem sido descrito como consistindo em várias fases sobrepostas. Apesar de vários autores diferirem levemente na caracterização das fases, todos sugerem uma seqüência parecida com (1) um período inicial que leva à experiência e ao reconhecimento de um problema que seja suficientemente estimulante para motivar esforços em ser resolvido; (2) um período de esforço concentrado para resolver o problema por meio de ações rotineiras, prontamente disponíveis ou habituais; (3) uma experiência de frustração, tensão e desconforto que se segue à falha de processos costumeiros de resolver o problema e leva a um desvio temporário em relação a ele; (4) a percepção do problema de uma perspectiva diferente e sua reformulação de uma forma que permita novas orientações para o surgimento de uma solução; (5) o aparecimento de uma tentativa de solução em um momento de perspicácia, freqüentemente acompanhado de uma sensação de alegria; (6) a elaboração da solução e seu teste contra a realidade; e finalmente (7) a comunicação da solução a públicos relevantes.

Há três elementos-chave psicológicos neste processo: (1) o estímulo a um grau apropriado de motivação para resolver o problema; (2) o desenvolvimento das condições

que permitem a reformulação do problema, uma vez que se tenha chegado a um impasse; e (3) disponibilidade concorrente de diversas idéias que podem ser flexivelmente combinadas em modelos novos e variados. Cada um desses elementos-chave está sujeito à influência de condições sociais e da personalidade dos solucionadores do problema.

Por isso considerar o surgimento de um grau ideal de motivação como um nível suficiente para sustentar os esforços necessários para resolver o problema apesar das frustrações e dos impasses, mas não tão intenso que se sobreponha ou evite o distanciamento do problema. Comodidade excessiva, satisfação com as coisas como estão, uma sensação de impotência, terror e raiva: nada disso está propenso a levar a uma motivação ideal para reconhecer e encarar um problema ou um conflito. Nem uma presteza passiva para aquiescer às demandas do ambiente, nem mesmo a pretensão de se encaixar no ambiente, não importando o quão pobremente esse encaixe se dá. Motivação ideal pressupõe uma prontidão alerta para estar insatisfeito com as coisas como estão e uma liberdade para enfrentar o ambiente sem medo excessivo combinado com uma confiança na própria capacidade de persistir enfrentando obstáculos. A intensidade da motivação que é ideal irá variar com a efetividade com que possa ser controlada: quanto mais efetivos os controles, mais intensa a motivação pode ser sem ter conseqüências rompedoras.

Dessa forma, uma das funções criativas do conflito reside na sua capacidade de gerar motivação para resolver um problema que pode, de outra forma, não ser investigado. Um estudante que expõe suas teorias e pesquisa ao escrutínio de seus companheiros pode ser estimulado a uma análise mais profunda quando se confronta com dados conflitantes e com uma análise teórica feita por um colega. Similarmente, indivíduos e grupos que têm autoridade e poder e que estão satisfeitos com o *status quo* podem ser estimulados a reconhecer problemas e motivados a trabalhar neles na medida em que a oposição dos insatisfeitos torna as relações e os arranjos costumeiros insustentáveis e não compensatórios e/ou na medida em que são ajudados a perceber as possibilidades de relações e arranjos mais satisfatórios. A aceitação da necessidade de uma mudança no *status quo*, em vez de uma adesão rígida e defensiva a posições previamente existentes, é mais provável, contudo, quando as circunstâncias que geram novas motivações sugerem caminhos de ação que contêm uma mínima ameaça para o social ou para a auto-estima daqueles que devem mudar.

Assim, apesar de que a insatisfação aguda com as coisas como estão e a motivação para reconhecer e trabalhar em problemas são necessárias para soluções criativas, essas coisas não são suficientes. As circunstâncias que conduzem a uma criativa quebra de impasses são variadas, mas têm em comum o fato de que "elas proporcionam ao indivíduo um ambiente em que ele não se sente ameaçado e em que ele não se sente sob pressão. Ele fica tranqüilo mas alerta" (Stein 1968). Ameaça induz à defensiva e reduz tanto a tolerância à ambigüidade quanto a abertura ao novo e ao não-familiar; tensão excessiva leva a uma primitivização e a uma estereotipagem dos processos do pensamento. Como Rokeach apontou, ameaça e tensão excessivas induzem a uma mente fechada em vez de

uma aberta. Para entreter novas idéias que podem, à primeira vista, parecer selvagens e implausíveis, para questionar suposições iniciais sobre a estrutura na qual o problema ou o conflito ocorre, o indivíduo precisa de liberdade ou coragem para se expressar sem medo ou censura. Além disso, ele precisa se tornar suficientemente afastado dos seus pontos de vista originais para poder enxergar o conflito de novas perspectivas.

Apesar de um ambiente sem pressões ou ameaças facilitar a reestruturação de um problema ou conflito e, fazendo-o, torná-lo mais propenso a uma solução, a habilidade de reformular um problema e desenvolver soluções é, por sua vez, dependente da disponibilidade de recursos cognitivos. Idéias *são* importantes para a resolução criativa de um conflito, e quaisquer fatores que alargam a amplitude de idéias e alternativas cognitivamente disponíveis aos participantes em um conflito serão úteis. A inteligência, a exposição a diversas experiências, um interesse em idéias, uma preferência pelo novo e complexo, uma receptividade a metáforas e analogias, a capacidade de fazer associações remotas, uma independência de julgamento e a habilidade de jogar com idéias são alguns dos fatores pessoais que caracterizam solucionadores criativos de problemas. A disponibilidade de idéias também depende de condições sociais, tais como a oportunidade de se comunicar com outras pessoas, que podem ter idéias diferentes e relevantes, e de se expor a elas (*e.g.*, peritos, observadores imparciais, pessoas passando por situações similares ou análogas), uma atmosfera social que valoriza a inovação e a originalidade e encoraja o intercâmbio de idéias, uma tradição social que enseja a visão otimista de que, com esforço e tempo, soluções construtivas podem ser descobertas ou inventadas para problemas que inicialmente parecem intratáveis.

A aplicação de recursos cognitivos inteiros na descoberta e invenção de soluções construtivas para conflitos é relativamente rara. Muito mais recursos estão disponíveis para manter um conflito. A pesquisa e o desenvolvimento dispensados em técnicas de se manter ou suprimir um conflito, bem como as despesas gastas na manutenção de conflitos, minimizam os esforços pela construção da paz. Isso é obviamente verdade na esfera nacional, onde gastos militares dominam o orçamento nacional. Eu afirmaria que isso também é verdade nos planos interpessoal e intercoletivo. Na esfera interpessoal, a maioria de nós recebe treinamento considerável para manter ou suprimir um conflito e temos instituições elaboradas para lidar com relações adversárias e para tratar as casualidades psicológicas de um conflito interpessoal. Em contraste, há pouco treinamento formal nas técnicas de resolução construtiva de conflito e os recursos institucionais para ajudar pessoas a resolver conflitos são mesmo escassos.

Resolução cooperativa de problemas. Em um contexto cooperativo, um conflito pode ser visto como um problema comum no qual as partes conflitantes têm o interesse unido de alcançar uma solução mutuamente satisfatória. Como salientei ao longo deste trabalho, não há nada inerente à maioria dos conflitos que os torna impossível de serem resolvidos por meio de um processo cooperativo. É verdade, obviamente, que a ocorrência de resolução cooperativa de conflito é menos provável em determinadas circunstâncias e

em certos tipos de conflito do que em outros. Devemos considerar algumas das circunstâncias predispostas em uma outra seção.

Como nossa discussão sobre cooperação no capítulo 2 indicou, havia um bom número de razões por que um processo cooperativo é propenso a levar a uma resolução produtiva do conflito:

1. Beneficia uma comunicação honesta e aberta de informações relevantes entre os participantes. A liberdade para compartilhar informações habilita as partes a irem, além do manifestado, às questões subjacentes envolvidas no conflito e, com isso, facilitar a definição significativa e acurada dos problemas que enfrentam juntos. Também permite que cada parte se beneficie do conhecimento possuído pelo outro e, assim, encarar o problema comum com maiores recursos intelectuais. Somado a isso, a comunicação aberta e honesta reduz a probabilidade de desenvolvimento de mal-entendidos que possam conduzir à confusão ou desconfiança.

2. Encoraja o reconhecimento da legitimidade dos interesses do outro e da necessidade de se buscar uma solução que responda às necessidades de cada lado. Isso tende a limitar em vez de expandir o escopo de interesses conflitantes e, dessa forma, minimizar o anseio por defensiva. Permite aos participantes abordarem o problema mutuamente admitido de uma forma que utilize seus talentos especiais e permita que sejam substituídos por outro no seu trabalho conjunto de forma a reduzir a duplicação do esforço. Tentativas de influência tendem a ser limitadas ao processo da persuasão. O crescimento de recursos e poder mútuos tornam-se o objetivo.

3. Conduz a uma atitude confiante e amigável, que aumenta a sensibilidade a similaridades enquanto minimiza a saliência das diferenças. Isso estimula uma convergência de crenças e valores.

Pode-se ver que um processo cooperativo produz muitas das características que são condutivas à resolução criativa do problema – abertura, inexistência de uma posição defensiva e utilização completa de recursos disponíveis. Entretanto, em si, a cooperação não assegura que os esforços para resolver problemas serão bem sucedidos. Outros fatores como a imaginação, experiência e flexibilidade das partes envolvidas são também determinantes. Apesar disso, se em um relacionamento cooperativo as partes estão fortemente compromissadas, pode-se superar as falhas e desativar ou postergar um conflito aparentemente inconciliável. Ou, se o conflito não pode ser deixado de lado, relações cooperativas ajudarão a contê-lo de forma que a disputa por supremacia possa ocorrer sob regras pré-estabelecidas.

Má-percepção benevolente. Assim como processos competitivos tendem a produzir formas características de má-percepção e mau julgamento, o mesmo ocorre com processos cooperativos. A cooperação tende a minimizar diferenças e engrandecer a percepção da benevolência do outro. Essas distorções típicas freqüentemente têm o efeito de

sufocar o conflito e tornar improvável um crescimento. A conseqüência de más-percepções benevolentes é limitar a freqüência e a intensidade da oposição experimentada. Não é, portanto, surpresa que a pesquisa tenha mostrado que casais com casamento mais felizes, comparados com os que têm casamentos menos felizes, são geralmente caracterizados por más-percepções benevolentes dos seus parceiros em vez de por uma visão acurada das dúvidas e hostilidades entretidas por eles. Também não surpreende que outra pesquisa (Keiffer 1968) tenha sugerido que pessoas com expectativas e orientações mutuamente cooperativas podem ingressar em "cooperação prematura." Elas podem não explorar suficientemente suas diferenças ou confrontar as questões entre si com largura o bastante para que lhes seja permitido chegar a um acordo bem firmado e estável. "Cooperação prematura" pode levar a uma concordância superficial, insatisfatória e instável antes que as questões subjacentes no conflito tenham sido trabalhadas.

Compromisso cooperativo. Mais cedo, discuti muitos processos de envolvimento e compromisso inconsciente para o andamento de uma ação competitiva: redução da desarmonia, a falácia do apostador, ampliação circular e progressiva e ciladas situacionais. Esses processos, similarmente, podem atrair alguém a ser mais profundamente envolvido em um relacionamento cooperativo mesmo quando o relacionamento está tendo poucas conseqüências frutíferas. Investimentos passados, instrumentos, procedimentos e instituições já estabelecidas, obrigações para com terceiros e pressões situacionais podem operar para conduzir alguém a um conflito cooperativo. Isso ocorre mesmo quando as ligações emocionais com o outro e a utilidade percebida do relacionamento não garantem por si mesmas essa continuação. Os elos de um relacionamento cooperativo podem ser cimentados em lealdade, compromisso, conformidade, culpa ou conveniência, bem como em ligações e ganhos pessoais. A existência de vínculos que não os baseados na utilidade e na atitude pessoal provê uma base para a continuidade e a estabilidade defronte às flutuações das atitudes e dos ganhos pessoais.

Fatores que afetam o andamento do conflito

Nas seções anteriores, foram descritas as características típicas dos conflitos construtivos e destrutivos. Agora me volto para uma consideração dos fatores que influenciam o caminho que um conflito segue. Há, inevitavelmente, um sem-número de assuntos específicos que podem afetar o fato de um conflito tomar ou não uma direção construtiva ou destrutiva. Isso é proveitoso para se ter uma idéia simplificadora que enfatiza determinantes centrais e permite uma proliferação de detalhes específicos na medida em que se torne necessária.

Revisando o trabalho até aqui apresentado neste volume – minha análise teórica prévia dos efeitos da cooperação e da competição sobre processos coletivos e meu trabalho subseqüente sobre fatores que influenciam se um relacionamento cooperativo ou com-

petitivo irá ser desenvolvido (que foi descrito sob rótulos do tipo "confiança e suspeição", "negociação" e "resolução de conflitos") –, uma grande idéia simplificadora ocorreu-me, a qual devo nomear como *A lei crua das relações sociais de Deutsch*. Ocorre que *processos e efeitos característicos extraídos de um dado tipo de relacionamento social (cooperativo ou competitivo) tendem também a produzir aquele tipo de relacionamento social*. Por isso, a estratégia de poder e as táticas de coerção, ameaça e fraude resultam de, e também resultam em, um relacionamento competitivo. De maneira parecida, a estratégia de resolução mútua de problemas e as táticas de persuasão, abertura e crescimento mútuo eliciam, e também são eliciadas por, uma orientação cooperativa.

A Tabela 13.1 apresenta em um formato esboçado e condensado algumas das idéias básicas envolvidas em minha análise dos efeitos da cooperação e da competição que foi apresentada no capítulo 2. Recapitulando, a teoria afirma que os efeitos das ações de uma pessoa sobre outra serão uma função da natureza de sua interdependência e da natureza da ação que é realizada. Ações habilmente executadas por um antagonista irão produzir respostas bem diferentes de ações hábeis de um aliado, mas um colaborador confuso pode evocar tanta reação negativa quanto um oponente sagaz. A teoria liga tipo de interdependência e tipo de ação com três processos sócio-psicológicos básicos – que foram denominados *substituibilidade*, *catalisação* e *indutibilidade* – que então desenvolvem uma variedade de conseqüências sócio-psicológicas desses processos na medida em que são afetados pelas variáveis com as quais a teoria se preocupa. Aqui, é interessante focar a atenção nas conseqüências.

O ponto é que se se observa uma situação em que há uma mistura de elementos cooperativos e competitivos (a maioria das situações de conflito e de negociação são dessa natureza), pode-se movê-la em uma ou outra direção criando, enquanto estados iniciais, as conseqüências típicas da cooperação ou da competição efetivas. Tudo isso pode ser resumido dizendo-se que "cooperação gera cooperação, enquanto competição gera competição." Todavia, esta síntese é muito condensada; há outros fatores que determinam o curso da resolução de conflito somados ao tipo de processo social envolvido. Abaixo se encontra um delineamento dos fatores que afetam a resolução de conflito que salientam determinantes cruciais.

TABELA 13.1 (continuação)
Conceitos Básicos na Análise dos Efeitos da Cooperação e da Competição

Tipo de Interdependência Percebida entre P e O	*Tipo de Ação Realizada por O*	*Efeitos das Ações de O sobre P*	*Algumas Conseqüências Teoricamente Esperadas de um Intercâmbio de Ações Efetivas entre P e O em Relacionamentos Cooperativos e Competitivos*
Inversa: Os objetivos de P e de O estão ligados de tal maneira que suas probabilidades de alcançá-los são negativamente correlatas; à medida que as chances de um aumentam, as chances do outro diminuem	Efetiva: (a ação de O aumenta as chances de O alcançar seu objetivo e, assim, diminui as de P.)	Substituibilidade negativa: P precisará agir para realizar o que O realizou. Catalisação negativa: P irá antipatizar com a ocorrência dos sucessos de O e irá rejeitá-lo como um futuro competidor. Indutibilidade negativa: P irá dificultar ou bloquear as ações de O e reagirá negativamente às tentativas de influência feitas por ele.	Orientação das tarefas: ênfase em interesses antagônicos; a minimização do poder do outro se torna um objetivo.
			Atitudes: atitudes suspeitosas e hostis com uma prontidão para explorar as fraquezas e as necessidades do outro e uma correspondência negativa aos seus pedidos.
	Inefetiva: (a ação de O diminui as chances de O alcançar seu objetivo e, assim, aumenta as de P.)	Substituibilidade positiva: P não precisará repetir os erros de O. Catalisação positiva: P irá valorizar a ocorrência dos fracassos de O e irá preferi-lo como um futuro competidor. Indutibilidade positiva: P irá facilitar os equívocos de O e estará pronto a ajudá-lo a cometer erros.	Percepção: aumenta a sensibilidade para interesses opostos e ameaças e potencializa as diferenças, minimizando a percepção de similaridades.
			Comunicação: comunicação escassa ou enganosa; espionagem ou outras técnicas de se obter informações que o outro não pretende fornecer; cada um procura obter informações acuradas sobre o outro mas para desviar, desencorajar ou intimidá-lo; táticas coercitivas são empregadas.

TABELA 13.1
Conceitos Básicos na Análise dos Efeitos da Cooperação e da Competição

Tipo de Interdependência Percebida entre P e O	*Tipo de Ação Realizada por O*	*Efeitos das Ações de O sobre P*	*Algumas Conseqüências Teoricamente Esperadas de um Intercâmbio de Ações Efetivas entre P e O em Relacionamentos Cooperativos e Competitivos*
Promovedora: Os objetivos de P e de O estão ligados de tal maneira que suas probabilidades de alcançá-los são positivamente correlatas; à medida que as chances de um aumentam ou diminuem, as chances do outro acompanham.	Efetiva: (a ação de O aumenta as chances de O alcançar seu objetivo e, assim, também as de P.)	Substituibilidade positiva: P não precisará agir para realizar o que O realizou. Catalisação positiva: P irá valorizar as ações de O e será atraído por ele em situações futuras e similares (i.é, como um cooperador companheiro). Indutibilidade positiva: P irá facilitar as ações de O e estará aberto à sua influência positiva.	Orientação das tarefas: realce de interesses mútuos; esforço coordenado com divisão de trabalho e especialização de funções; substituibilidade de esforços em vez de duplicação; o crescimento do poder mútuo torna-se um objetivo.
			Atitudes: atitudes confiantes e amigáveis com um interesse positivo no bem-estar do outro e uma presteza em responder beneficamente às suas necessidades e aos seus pedidos.
	Inefetiva: (a ação de O diminui as chances de O alcançar seu objetivo e, assim, também as de P.)	Substituibilidade negativa: P precisará agir para realizar o que O falhou em realizar. Catalisação negativa: P rejeitará as ações de O e rejeitará O em situações futuras e similares (i.é, como um cooperador companheiro). Indutibilidade negativa: P irá retardar as ações de O e será negativamente influenciado por ele.	Percepção: sensibilidade aguçada para interesses comuns e minimização da saliência de interesses opostos; uma sensação de convergência de crenças e valores.
			Comunicação: comunicação aberta e honesta de informações relevantes; cada um está interessado em informar e ser informado acuradamente; a comunicação é persuasiva em vez de coerciva em seu propósito.

Processo

Na Tabela 13.1, a última coluna apresenta, resumidamente, algumas das conseqüências-chave de ações efetivas em um relacionamento cooperativo e em um competitivo. Acima, indicamos que esses efeitos característicos tendem, enquanto condições iniciais, a gerar os mesmos processos que deram origem a eles. Assim, uma orientação de conflito que salienta interesses comuns, busca o crescimento do poder em conjunto e define o conflito como um problema mútuo, está mais propensa a ter um andamento construtivo do que uma orientação que enfatiza interesses antagônicos, busca maximizar as diferenças de poder e define o conflito em termos de ganhar ou perder. Similarmente, uma orientação confiante e amigável para com o outro, com um interesse positivo em seu bem-estar e uma presteza em responder beneficamente à suas necessidades e aos seus pedidos, está menos propensa a conduzir a um conflito destrutivo do que uma atitude hostil e suspeitosa, com prontidão em explorar as necessidades e fraquezas do outro e uma correspondência negativa aos pedidos do outro. Uma percebida similaridade nas crenças e nos valores, um sentimento de vínculos e interesses comuns entre si e o outro tende mais a produzir um conflito construtivo do que um sentimento de crenças e valores opostos. Comunicação completa, aberta, honesta e livre de distorções malevolentes, que é persuasiva em vez de coerciva na forma e no intento, é menos propensa a conduzir a um conflito destrutivo do que comunicação bloqueada, desencaminhada ou autista.

Relacionamento prévio

Quanto mais fortes e mais salientes forem os laços cooperativos ligando as partes conflitantes em comparação aos laços competitivos, mais é provável que um conflito se resolva cooperativamente. A força total dos vínculos cooperativos, bem como seu número, é uma função de sua importância. Há obviamente muitos tipos diferentes de vínculos: objetivos extraordinários, interesses mutuamente facilitadores, lealdades e valores comuns, ligações a uma comunidade comum, entre outros. Esses elos são importantes na medida em que satisfazem necessidades significantes satisfatoriamente. Dessa forma, experiências de relacionamentos cooperativos anteriores que obtiveram êxito entre dois indivíduos ou grupos aumentam a probabilidade da cooperação presente; experiências de fracasso e desilusão em tentativas de cooperar tornam tal cooperação improvável. De outro lado, a experiência passada de um conflito competitivo custoso não necessariamente aumenta a probabilidade de cooperação, apesar de este ser um resultado possível.

A natureza do conflito

Há várias dimensões fundamentais em um conflito que eu gostaria de abordar aqui: o tamanho do conflito, a centralidade das questões envolvidas, a rigidez das questões, o número de questões envolvidas e o quão estão interconectadas, o consenso na importância da questão e o grau até o qual o conflito é admitido.

Tamanho do conflito. Vimos anteriormente que uma das características dos conflitos destrutivos é que eles tendem a crescer em tamanho. De uma maneira correspondente, a pesquisa informou no capítulo 11, e a discussão teórica dos conflitos intrapsíquico e intercoletivo indica fortemente, que conflitos maiores são mais prováveis de tomar um curso destrutivo do que os pequenos. Sugeri no capítulo 11 que o tamanho do conflito poderia ser definido como sendo igual à diferença esperada no valor dos resultados que uma pessoa receberia se vencesse, comparado aos valores que receberia se a outra vencesse o conflito. Uma implicação dessa definição é que, quanto mais concordantes são as visões e os interesses das partes, menor será o tamanho do seu conflito. Um conflito pode ser grande porque os participantes percebem a si mesmos como tendo importantes interesses que estão em oposição um ao outro, ou pode ser intenso, apesar da congruência dos seus interesses, porque têm visões opostas de como perseguir seus importantes interesses mútuos – cada um pensando que o caminho proposto por si mesmo será favorável e o do outro será desastroso para os interesses comuns. Assim, para reduzir o tamanho, pode-se focalizar em diminuir a oposição percebida entre os valores e interesses das partes conflitantes ou em reduzir a oposição percebida entre suas crenças e métodos de atingir seus valores e interesses comuns, bem como em encolher a importância percebida sobre o que está em jogo no conflito.

Há várias técnicas que podem ser empregadas para diminuir a percebida oposição de interesses ou crenças; entre essas se incluem comunicação controlada (Burton 1969), reversão de papéis (Cohen 1950; Rapoport 1960), e exercícios de encontros de grupo (Schutz 1967). Essas técnicas supõem essencialmente que a oposição percebida pode ser reduzida se as partes conflitantes puderem ser levadas a ver o quanto elas têm em comum, se suas diferenças podem ser vistas no contexto de suas similaridades e concordâncias. Elas também supõem que, se mal-entendidos são eliminados por meio de comunicação melhorada, aberta, completa e direta entre as partes, suas percebidas diferenças irão decrescer. Enquanto este é freqüentemente o caso, a remoção do mal-entendido às vezes aguça a consciência para interesses ou crenças conflitantes, uma consciência que tinha sido obscurecida por mal-entendidos benevolentes (Johnson 1967).

É um tanto quanto surpreendente que, na literatura que lida com a administração terapêutica do conflito, tenha havido um foco relativamente pequeno no que Fisher (1964) denominou *controle de questão*. Controlar a importância do que é percebido estar em risco em um conflito pode ser uma das maneiras mais efetivas de se prevenir que o conflito tome um caminho destrutivo. Muitos conflitos podem ser definidos de um modo que aumente ou minimize o tamanho das questões disputadas. Em geral, conflitos espontâneos, que são localizados em termos de um dado tempo e espaço e especificados em termos de ações particulares e delimitadas e suas conseqüências, são muito mais fáceis de se resolver construtivamente do que conflitos que são definidos em termos de princípios, precedentes, direitos etc., de maneira que as

questões transcendam tempo e espaço e sejam generalizadas além da ação específica para personalidades, grupos, raças ou outras grandes unidades ou categorias sociais. Assim, quando uma contenda começa a se concentrar em personalidades ou em participantes de grupos em vez de em ações específicas, ela geralmente dá um giro improdutivo. Similarmente, quando uma discussão enfoca direitos ou princípios em vez do que especificamente está ocorrendo em um dado tempo e local, não é provável que seja frutífera.

Há, entretanto, uma assimetria sobre o tamanho do conflito que deveria ser notada. Além disso, se um conflito provoca uma mudança no *status quo*, mantê-lo pequeno pode favorecer a falta de mudanças. É particularmente provável ser este o caso quando há uma inércia social ou um viés em favor do *status quo*. Nesse caso, aqueles que desejam trazer mudança têm de aumentar o conflito suficientemente para motivar os que não vêem razão em estar interessado em alterar as coisas como estão. Então, os esforçados em preservar o *status quo* devem procurar minimizar o conflito de maneira que ele não pareça merecer preocupação, enquanto os que estão tentando trazer uma mudança devem tentar salientá-lo de forma a torná-lo um foco de atenção.

Rigidez da questão. A percebida falta de alternativas satisfatórias ou de substitutos para os métodos de se alcançar os resultados ou para os resultados inicialmente em risco no conflito geram a *rigidez da questão*. Se um acadêmico quer um aumento salarial e não aceitará uma promoção como substituto, ele e sua universidade financeiramente pressionada podem ver-se enredados em um conflito irreconciliável, um conflito que seria prontamente resolvido se uma promoção fosse uma alternativa aceitável. Às vezes, limitações de motivação e intelectuais podem levar as partes a perceber questões mais rigidamente do que a realidade dita – como quando uma criança insegura teimosamente insiste que não pode fazer "número 2" exceto em seu próprio penico. Todavia, é também evidente que uma realidade dura pode muito bem limitar a possibilidade de se encontrar substituições aceitáveis e restringir estreitamente as possibilidades abertas às partes conflitantes. Se há insuficiência de comida, abrigo, roupa, remédio ou qualquer outra coisa necessária para a sobrevivência física e psicológica, o conflito sobre essas necessidades irá freqüentemente assumir uma qualidade de desespero.

A rigidez da questão não é somente determinada pelos recursos psicológicos e ambientais disponíveis para as partes conflitantes, mas também pela natureza da questão. Certas questões são menos condutivas à resolução do conflito do que outras. "Maior poder sobre o outro", "vitória sobre o outro", "ter mais prestígio que o outro" são definições rígidas do conflito, na medida em que é impossível em toda questão dada para cada parte em conflito ter resultados que são superiores aos dos outros.

Centralidade das questões. Qualquer questão que recaia sobre algo considerado vital para o bem-estar físico de uma pessoa, sua posição sócio-econômica, sua auto-estima ou sua defesa contra ansiedade é *central*. Quanto mais central uma questão é considerada,

mais probabilidade ela tem de ser vista como uma questão grande ou importante e mais apta ela é para ser definida como rígida. Assim, conflitos sobre questões consideradas centrais por ambos os lados são freqüentemente as mais irreconciliáveis. A centralidade de uma questão é determinada não apenas pela significância substantiva da questão, ou por quais valores são percebidos como estando em risco, mas também pela percebida vulnerabilidade da pessoa. Quanto mais vulnerável em determinada área uma pessoa se considera, mais provavelmente ela considerará uma questão envolvida nessa área como uma questão central. Há, é claro, diferenças imensas entre as pessoas sobre quão larga uma margem de segurança elas exigem para não se sentirem vulneráveis. Aqueles que requerem uma grande margem geralmente buscarão evitar o conflito sobre questões centrais e, se houver o surgimento de tal conflito, irão, freqüentemente, experienciá-lo como uma contenda de vida ou morte sem amarras. Dessa forma, para evitar provocar que o outro entre em uma contenda desesperada, deve-se evitar combatê-lo em suas regiões centrais e vulneráveis.

O número e a interdependência das questões. Um conflito no qual o vencedor leva tudo e o perdedor nada ganha é propenso a ser mais amargamente contestado do que um em que há vitórias para ambos os lados. Se vitórias são possíveis para ambos, não há mais um vencedor e um perdedor; em vez disso, há um vencedor para cada questão em conflito. Assim, parece evidente que, se um "único" conflito pode ser pulverizado em um número de questões separadas de maneira a que não seja mais um problema de tudo-ou-nada, o conflito tenderá a não seguir um caminho destrutivo. Isso, sem dúvida, não traria mudanças muito boas se todas as questões separadas estiverem tão interconectadas que a perda em uma implicasse inevitavelmente a perda em todas as outras.

Consenso na importância de diferentes questões. Assim como pulverizar um grande feixe de questões em seus componentes separados pode favorecer o sentimento de vitórias múltiplas, também o pode a falta de consenso na significância das questões. Se um lado considera a questão A importante e a B insignificante enquanto o outro pensa que A tem pouca importância e B é crucial, é evidente que suas discordâncias em valorizar as questões facilitarão a resolução de um conflito entre eles sobre duas questões.

Consciência das questões. No capítulo 3, apontamos que o conflito não admitido ou inconsciente é considerado mais difícil de ser resolvido do que o conflito que é reconhecido pelas partes envolvidas. Similarmente, o conflito entre partes que não reconhecem a existência e legitimidade da outra tem mais propensão a ser destrutivo do que o conflito no qual elas se reconhecem como legítimas. Há duas formas principais do conflito não admitido: conflito deslocado e conflito latente ou reprimido. No conflito deslocado, o conflito é transferido da questão de maior preocupação para outra questão associada. (Ver capítulo 1 para uma discussão mais profunda dos tipos de conflito.) Assim, um marido e sua esposa que têm um conflito não admitido sobre afeição podem deslocar a questão para a arena sexual. Eles podem prever que seria menos doloroso discutir sobre a freqüência e a duração das relações sexuais do que discutir suas necessidades de tratamento afetivo de um pelo outro.

A suposição que está na moda nos escritos de ciência social, exceto entre terapeutas do comportamento, é que é improdutivo lidar com o conflito manifesto, a menos que o conflito subjacente também seja visto e encarado. Contudo, há suficientes exemplos lembrados de experiências bem-sucedidas em lidar com conflitos manifestos e, assim, pavimentar o caminho até uma confrontação produtiva de conflitos não admitidos para questionar se essa suposição é universalmente válida. Uma administração bem-sucedida do conflito manifesto pode dar às partes conflitantes a coragem de encarar o conflito mais fundamental, que trazia previamente à tona preocupações demais para ser reconhecido. Todavia, parece razoável esperar que, a menos que o conflito subjacente seja ultimamente encarado, permanecerá um chão fértil para vários novos conflitos manifestos.

O conflito reprimido e latente ocorre quando uma das partes conflitantes é suficientemente dominante para fazer a parte mais fraca privar-se de qualquer comportamento conflitante e exposto em perseguição de seus objetivos. O resultado comum de tal repressão é a construção de um mal-estar na parte subordinada, que toma várias formas tais quais depressão, desleixo, agressividade passiva e doenças psicossomáticas – todas acompanhadas por uma fúria contida e subjacente. O conflito reprimido tem más conseqüências não apenas para a parte suprimida mas também para a dominante. Somado à resistência passiva e à ameaça contínua de uma explosão violenta da raiva contida do reprimido, o conflito reprimido cria atitudes de superioridade nos dominantes que interferem com uma confrontação cooperativa das questões em disputa uma vez que o conflito tenha emergido.

As características das partes em conflito

As ideologias, as personalidades, as posições sociais e os recursos pessoais das partes conflitantes: tudo tem um papel em determinar se um dado conflito irá seguir um andamento cooperativo ou competitivo. Eles o fazem de duas formas principais. Primeiro, eles podem levar diretamente para uma avaliação mais favorável de um processo ou de outro. Assim, a estratégia e a tática associadas com a disputa competitiva podem parecer mais viris ou intrigantes do que as associadas com a cooperação. Considerem-se as contrastantes figuras conhecidas do militar e do diplomata. Ou a imagem de alguém sobre si como duro, invencível e imbatível pode levar outro a esperar que há mais a ganhar da competição que da cooperação. Segundo, eles podem evocar um processo interativo que pode resultar em mal-entendido e em sentimentos negativos e podem, por sua vez, estimular uma orientação positiva para o conflito. Alternativamente, as características das partes podem dar origem a um processo social que irá engendrar um sentimento de compreensão e compatibilidade mútuas que, por sua vez, podem dar origem a uma orientação cooperativa. Observado isso, certos tipos de pessoa irão lidar umas com as outras de forma errada e, como resultado, serão negativos em sua avaliação, enquanto outros pares de pessoas achar-se-ão mutuamente muito parecidas e, em conseqüência, serão cooperativamente orientados.

Tem havido, até então, uma baixa quantidade de pesquisas sistemáticas nos determinantes pessoais do comportamento do conflito. Terhune (1970 a, b) elaborou recentemente um excelente exame dessa pesquisa. Minha discussão, que segue abaixo, dá-se graças ao sumário de Terhune, mas não se confina a ele.

Primeiramente, é importante notar que a magnitude dos efeitos das variáveis pessoais é muito influenciada pela situação. Quanto mais competitiva ou ameaçadora é a situação (o que é determinado por fatores como os resultados possíveis e o comportamento da outra parte), menor é a diferença no comportamento entre tipos distintos de personalidade. Em tais situações, pessoas de personalidades diferentes tendem a ser levadas a um comportamento competitivo. De outro lado, uma situação cooperativa permite aos diferentes tipos de personalidade demonstrar comportamentos diferentes (ver Kelley e Stahelski 1970, para pesquisas relacionadas).

Em segundo lugar, as características pessoais de um lado não podem ser consideradas proficuamente se separadas das do outro lado. Assim, se ambos os lados têm aspirações altas, de maneira que cada um quer a maior fatia do resultado aproveitável, então um processo cooperativo é menos provável do que se suas aspirações permitem que ambos sejam satisfeitos. Este seria o caso se os dois tivessem aspirações baixas ou se um as tiver baixas e o outro altas. É evidente que algumas características de personalidade levam à compatibilidade quando cada membro de um par interativo mostra-as; com outras características, a compatibilidade é criada pela dessemelhança.

Similaridades em crenças, atitudes e valores – i.e., em perspectivas basilares – freqüentemente conduzem à compatibilidade e, dessa forma, a resoluções cooperativas do conflito. Exceções a esta generalização ocorrem em relação a concepções competitivas (sair-se bem à custa de outros) do mundo e também em relação a ideologias e doutrinas, que, embora semelhantes em concepção, reclamam prioridade ou preeminência aos seus adeptos. Dessemelhança no aspecto freqüentemente leva a relações antagônicas porque ela é experienciada como uma ameaça fundamental para a concepção que o outro tem da realidade e, portanto, para a sua segurança. Por outro lado, a semelhança entre membros de um conflito na necessidade de dominar, liderar, ter um prestígio maior ou possuir exclusivamente uma pessoa ou um objeto pode gerar competição, ao passo que a dessemelhança pode evocar a cooperação.

A pesquisa clínica sobre casais (Dicks 1967) sugere que pessoas casadas uma com a outra estão propensas a lidar com conflitos mais produtivamente quando têm crenças, atitudes e valores similares, mas uma dessemelhança complementar em necessidades manifestas e ocultas, como, por exemplo, a independência manifesta e a dependência oculta do marido são complementadas pela dependência manifesta e independência oculta da esposa. Presumidamente, cada um obtém um alívio vicário de seus próprios esforços ocultos pelo comportamento manifesto do outro; também obtém satisfação direta em seus papéis manifestos e ocultos recíprocos.

É razoável supor que certos traços de personalidade são compatíveis com um amplo espectro de personalidades, ao passo que outros traços serão próprios de apenas alguns. Assim, Terhune (1970) afirma que características de personalidade como agressividade, autoritarismo, necessidade de dominação, suspeição, dogmatismo, tendência a menosprezar ou a explorar os outros e maquiavelismo tendem a produzir conflitos dispendiosos e que a cooperação está mais propensa de se resultar de personalidades que são igualitárias, confiantes, abertas, tolerantes à ambigüidade, de objetivos altos, benignas em sua visão da natureza humana. Em outras palavras, uma pessoa dominante ou desconfiada é propensa a lidar com mais pessoas de forma errada e está apta a ter uma margem mais curta de relações cooperativas do que uma pessoa que é igualitária ou confiante. As do primeiro tipo são, como conseqüência de suas experiências, menos propensas a esperar que os outros sejam cooperativos e estão, assim, mais aptas a ter visões pessimistas sobre as possibilidades de iniciar um processo cooperativo bem-sucedido.

Conflito interno e dissensão entre as respectivas partes do conflito é outra característica que pode afetar o seu andamento entre elas. O conflito interno pode resultar em uma elevada beligerância externa como uma tática de aumentar a coesão interna, ou pode levar ao enfraquecimento externo e possivelmente instigar o outro lado a obter uma vantagem competitiva. A instabilidade interna também interfere na resolução cooperativa do conflito tornando difícil de se trabalhar um acordo durável e seguro.

Estimativas de sucesso

Muitos conflitos têm um caráter espontâneo e expressivo no qual o andamento da ação tomada é uma expressão tanto da qualidade do relacionamento entre os participantes quanto das características dos participantes individuais. Outros conflitos são guiados por uma orientação instrumental em que os andamentos da ação são avaliados conscientemente e escolhidos em termos do quão propensos são para conduzir a resultados satisfatórios. Muitos fatores que influenciam as estimativas de sucesso dos diferentes processos de resolução de conflito poderiam ser listados. Os que se enxergam tendo uma clara superioridade em poder são propensos a favorecer um processo competitivo desregulamentado; os que se enxergam como tendo uma superioridade legal em "direitos" são propensos a favorecer relações adversárias que são regulamentadas por instituições legais; os que são preocupados com relacionamentos de longa duração, com a possibilidade de se trabalhar juntos no futuro, são mais propensos a favorecer um processo cooperativo. De maneira semelhante, os que foram excluídos do processo cooperativo e esperam que as regulamentações lhes sejam empecilhos podem pensar do processo competitivo como sendo o único que oferece qualquer potencial de satisfação.

Terceiros

As atitudes, a força e os recursos de terceiros interessados são freqüentemente determinantes cruciais. O conflito entre os principais conflitantes pode ser instigado ou agravado por um terceiro consciente ou inconscientemente – como, por exemplo, quando uma criança lidando com seus próprios sentimentos edipianos tenta provocar um briga entre seus pais. Como a expressão *tertium gaudens* sugere, terceiros podem muitas vezes obter poder jogando dois rivais em potencial um contra o outro. As condições sob as quais isso pode ser feito de forma bem-sucedida não são bem compreendidas. Uma pesquisa feita por Geis (1964) sugere, todavia, que aqueles que possuem altos níveis de maquiavelismo são aptos a obterem maior sucesso em fazê-lo.

A intervenção de terceiros é freqüentemente construtiva (ver capítulo 8, experimento IV). A mera intervenção de um estranho no conflito pode servir para unificar as partes conflitantes contra o interventor: ambas as partes conflitantes podem concordar que o conflito é privativamente delas e ambos podem temer ou ressentir a intrusão de um estranho em suas relações privadas. Não raro, uma dupla brigando violentamente entre si se vira agressivamente contra alguém que tenta intervir em sua contenda. Aqui, o terceiro, inadvertidamente, por meio de sua intervenção, ativa e torna mais salientes os laços coesivos entre as partes conflitantes. Terceiros que têm prestígio, poder e habilidade podem, deliberadamente, facilitar a resolução construtiva de um conflito usando seu prestígio e poder para encorajar tal resolução e ajudando a prover os recursos para a resolução do problema (instituições, instrumentos, pessoal, normas sociais e procedimentos), de forma a apressar a descoberta de uma solução mutuamente satisfatória. A próxima seção considera bem detalhadamente o papel dos terceiros na regulamentação do conflito.

A regulamentação do conflito

É evidente que o conflito pode ser limitado e controlado por formas institucionais (*e.g.*, o acordo coletivo, o sistema judicial), papéis sociais (mediadores, conciliadores, árbitros, juízes, policiais), normas sociais (imparcialidade, justiça, igualdade, não-violência, integridade de comunicação etc.), regras para conduzir negociações (quando começar e terminar negociações, como estabelecer uma pauta de discussão, como apresentar demandas etc.) e procedimentos específicos (comunicação velada *versus* explícita, sessões públicas *versus* privadas etc.). Essas formas sociais devem ser direcionadas para regulamentar como a força deve ser aplicada, como no código de um duelo de honra ou em certas regras de guerra; ou devem ser tentativas de apurar as relações de poder básicas dos disputantes sem recorrer a uma briga de poder, como é muitas vezes o caso nas negociações de acordo coletivo e relações internacionais; ou podem ser orientadas no sentido de remover o poder da base que determina o resultado do conflito, como é freqüentemente o caso nos processos judiciais.

A respeito do conflito regulamentado, é pertinente que se elabore três questões centrais: (1) Quais são as condições necessárias para a institucionalização e regulamentação do conflito? (2) Quais são as condições que tornam provável que as regulamentações serão seguidas pelas partes em conflito? e (3) Quais são as condições sob as quais as instituições e os procedimentos serão usados para sustentar o conflito competitivamente ou resolvê-lo cooperativamente? Por que adversários optariam por um duelo de honra em vez de tentar matar um ao outro sem observar quaisquer regras? Em um duelo, quando um duelista preferiria morrer em vez de trapacear? Sob quais condições os duelistas usarão as regras para tentar matar um ao outro, e sob quais condições eles usarão as mesmas regras para restabelecer a honra e a estima mútua?

O desenvolvimento da regulamentação do conflito

Para se desenvolver a regulamentação do conflito, muitas precondições parecem ser necessárias. Primeiramente, as próprias partes conflitantes devem ser organizadas. Como Dahrendorf (1959, p. 226) apontou: "Na medida em que as forças conflitantes são agregados difusos e incoerentes, a regulamentação é virtualmente impossível." *Ao menos que cada parte seja internamente coerente de maneira suficiente e estável para agir como uma unidade organizada, de forma que as ações de seus componentes sejam controladas e unificadas em relação ao conflito, é evidente que a regulamentação não pode ser efetivamente desenvolvida ou mantida*. Assim, é improvável que alguém entre em um duelo de honra com um oponente que seja tão instável e impulsivo a ponto de suas ações serem incontroláveis – e não pode ser previsto com confiança se ele seguirá as regras.

Em segundo lugar, *cada parte de um conflito deve querer reconhecer a legitimidade da outra e comprometer-se a aceitar o resultado do conflito regulamentado, mesmo que seja considerado desfavorável ao seu interesse*. Por exemplo, um empregador que se defronte com demandas de um número de seus trabalhadores pode pensar que essas demandas não representam os anseios da maioria de seus empregados e recusar-se a reconhecê-las. Sob tais condições, é improvável que o conflito entre o empregador e seus trabalhadores seja limitado e regulamentado por regras e procedimentos que sejam aceitáveis para ambos os lados. Outrossim, se um empregador ou um sindicato deixa clara sua intenção de se recusar a aceitar o resultado de um conflito regulamentado acreditando que o resultado seja indesejável, há pouco incentivo para o outro lado submeter-se a ser regulamentado. Semelhantemente, é difícil ter-se um duelo de honra se o oponente não aceita o direito de ser desafiado. Nem haverá participação em tal duelo se o desafiador sabe que o oponente tentará feri-lo de uma forma clandestina caso seja vencido justamente por ele.

Terceiro, deve ser notado que *os conflitos que são regulamentados pouco provavelmente serão sem precedentes*. Um conflito que é recorrente provê uma base de experiência para o desenvolvimento dos procedimentos, instituições, instrumentos e papéis

sociais para limitar seu poder de destruição. Seria tranqüilizante ser possível relatar alguma evidência que demonstrasse que a experiência repetida com um dado tipo de conflito leva a seu gerenciamento mais produtivo. Infelizmente, não pude encontrar nenhuma pesquisa significante tratando desta questão.

Finalmente, e talvez o mais importante, *a regulamentação do conflito está mais propensa a ser desenvolvida quando ambos os lados de um conflito são partes de uma mesma comunidade*. Isso ocorre por várias razões. A comunidade pode ser contrariamente afetada por um conflito desenfreado e, assim, exercer pressões nas partes conflitantes para que regulamentem e limitem seu conflito e sigam as regras sobre as quais concordarem. Além disso, enquanto membros de uma mesma comunidade possuem valores, tradições e linguagem similares, pode ser mais fácil para as partes conflitantes concordarem com regras e procedimentos de regulamentação do conflito do que se elas não tivessem essa correspondência de fundo. Uma mesma comunidade também é propensa a ajudar a prover o conhecimento, os recursos e os instrumentos que possam acelerar o desenvolvimento de métodos de se regulamentar um conflito. A experiência prévia com conflitos parecidos pode ter levado a comunidade a desenvolver instituições e procedimentos para se lidar com o tipo de conflito no qual as partes estão envolvidas. Um duelo de honra pressupõe que os duelistas tenham um código de honra comum, um código ao qual todos os membros da comunidade irão aderir se quiserem ser estimados em seu âmbito. Também pressupõe uma organização de papéis sociais e procedimentos que tenham sido cuidadosamente articulados dentro da comunidade e que ajudem a limitar e a especificar as ações que podem ser tomadas pelos adversários.

Adesão às regras

Um exame completo das condições que influenciam o fato de as regras (normas, acordos, contratos, leis etc.) serem aceitas ou violadas conduz a uma discussão dos diferentes tipos de violação de regras e desvios sociais, suas origens e formas de controle. Tal empreitada está além do escopo deste trabalho. Todavia, parece razoável asseverar que a adesão às regras é mais provável quando:

1. *As regras são conhecidas*. Quão acessível é a informação sobre as regras? Quanta publicidade lhes foi dada e por meio de qual mídia de comunicação? Quão motivados e aptos são os indivíduos para receber e absorver conhecimento das regras?

2. *As regras são claras, certas e consistentes*. Quão fácil é o entendimento das regras, e quão claras são suas implicações? Se há a conformidade para com uma regra, isso leva a uma violação de outras porque as regras não são internamente consistentes?

3. *As regras não são vistas como enviesadas contra os interesses de alguém*. Quão justas são as regras? Elas dão ao adversário uma vantagem que de outra forma não seria conseguida?

4. *O outro aceita as regras*. Com quanta confiança pode alguém que confia nas regras prever que o outro lado também as seguirá? Se o outro violar as regras, será por ignorância ou maldade?

5. *As violações são rapidamente conhecidas por outras pessoas significativas*. Se ocorrer a violação das regras, quão rápido será ela identificada? Quanta vantagem o violador ganhará antes de a violação ser detectada? Quais indivíduos conhecerão das violações e quão influentes são eles?

6. *Há aprovação social relevante para a adesão e relevante desaprovação social pela violação*. Quão fortemente internalizados são os valores de consciência nas partes conflitantes? Pessoas e grupos importantes na sociedade se preocupam se as regras são seguidas ou violadas? São garantidos estima e outros benefícios sociais pela adesão às regras, e há significantes sanções negativas para aqueles que as violam?

7. *A adesão às regras foi recompensadora no passado*. As experiências prévias com as regras foram recompensadoras ou frustrantes? Há um legado de confiança ou suspeição com respeito às regras e ao modo como elas foram administradas no passado?

8. *Pretende-se ser possível empregar as regras no futuro*. Os adversários entrevêem um futuro melhor por terem trabalhado pela preservação do atual sistema de regras, ou o resultado do conflito específico é mais importante para eles do que a preservação do sistema? O sistema de regulamentação do conflito é tão desacreditado a ponto de o participante do conflito estar mais preocupado em destruir esse sistema do que em resolver o conflito específico?

Regulamentação efetiva do conflito

Apesar de a adesão às regras ser uma condição necessária para o conflito ser regulamentado produtivamente, é obviamente insuficiente. Tanto a guerra limitada quanto os intercâmbios cooperativos devem ser guiados por regras. É relevante perguntar, por exemplo, sob quais condições as instituições e os procedimentos de negociação coletiva entre o sindicato e a empresa resultam em paz industrial em vez de guerra industrial.

Um dos mais extensos estudos que tentam responder a essa questão foi elaborado sob a égide de um comitê, a National Planning Association, que incluía muitos dos melhores acadêmicos e profissionais das relações industriais nos Estados Unidos. Os resultados dessa investigação foram publicados em quatorze monografias, que incluíam estudos de casos de relações harmônicas entre sindicato e empresa em muitas indústrias diferentes e em vários contextos distintos. Nas conclusões de seu relato final (National Planning Association 1953), listam-se as seguintes causas básicas da paz industrial:

1. Há completa aceitação pela empresa do processo de negociação coletiva e do sindicalismo como uma instituição. A companhia considera um sindicato forte como uma vantagem para a empresa.

2. O sindicato aceita completamente a propriedade e a operação privativas da empresa; ele reconhece que o bem-estar de seus membros depende da operação bem-sucedida do negócio.

3. O sindicato é forte, responsável e democrático.

4. A companhia fica fora dos assuntos internos do sindicato; ela não busca abalar a lealdade dos trabalhadores para com seu sindicato.

5. Existe confiança mútua entre as partes. Não houve incompatibilidades ideológicas sérias.

6. Nenhuma das partes, na negociação, adotou uma abordagem legalista para a solução dos problemas no relacionamento.

7. As negociações são "problematicamente centradas" – mais tempo é gasto em problemas do dia-a-dia que em definições de princípios abstratos.

8. Há uma consulta largamente difundida entre o sindicato e a empresa e um compartilhamento de informações altamente desenvolvido.

9. As reivindicações são dispostas prontamente, no próprio local sempre que possível. Há flexibilidade e informalidade no procedimento.

Resumidamente, negociações que envolvem conflitos de interesse são mais propensas a ter resultados aceitáveis para as partes envolvidas quando ocorrem em um contexto de relações cooperativas. Relações harmoniosas são mais difíceis de ocorrer se um ou ambos os lados (1) pensam que sua existência ou seus direitos estão ameaçados pelo outro lado; (2) pensam que sua sobrevivência está comprometida pela competição externa de outras empresas ou de sindicatos rivais; (3) são despedaçados por facções internas que se tornam deslocadas no relacionamento entre o sindicato e a empresa; (4) têm pouca autonomia local, de maneira que acordos não podem corresponder às condições locais; (5) são constantemente sujeitos a novas condições devido a fatores como mudanças na tecnologia, alterações no mercado, variações sazonais e mudança do pessoal da empresa ou do sindicato.

Até aqui, nesta seção, discutiu-se a regulamentação do conflito de maneira um pouco detalhada e tentaram-se delinear as respostas para três questões centrais: (1) Quais são as condições necessárias para a institucionalização e a regulamentação do conflito? (2) Quais são as condições que tornam provável que as regulamentações sejam seguidas pelas partes conflitantes? e (3) Sob quais condições as instituições e os procedimentos serão usados para manter o conflito competitivamente ou resolvê-lo cooperativamente? Agora, deve-se discutir o papel de terceiros em regulamentar, abortar ou desfazer um processo nocivo de resolução de conflito. A pergunta é: Como pode um terceiro intervir terapeuticamente se as negociações caíram em impasse ou são improdutivas por causa de mal-entendidos, comunicações falhas, desenvolvimento de atitudes hostis ou inabilidade de se descobrir uma solução mutuamente satisfatória?

Se se examinam papéis como o do mediador nas negociações industriais (Douglas 1962; Stevens 1963; Kressel 1972), o do interventor nas disputas da comunidade (Cormick 1971), o do psicoterapeuta que faz terapia para casais (Bach e Wyden 1969), o do consultor para relações humanas que trabalha com conflitos intercoletivos de vários tipos (Chalmers e Cormick 1971; Walton 1969) ou o do conciliador internacional (Iklé 1964; Jackson 1952; Bailey 1971; Edmead 1971; e Pechota 1971), um bom número de funções comuns podem ser identificadas.[2] Estas são consideradas abaixo.

1. Ajudar as partes conflitantes a identificar e a confrontar as questões em conflito. Os conflitos são freqüentemente suprimidos, evitados ou evadidos e, às vezes, como conseqüência, deslocados. Duas pessoas casadas podem irritar-se uma com a outra sobre trivialidades porque não encararam diretamente suas visões conflitantes sobre suas respectivas responsabilidades domésticas. Uma das principais tarefas de um terceiro é ajudar as partes conflitantes a identificar e a confrontar as questões sobre as quais elas discordam. Há muitas formas para se fazer isso. Primeiramente, a mera presença de um terceiro apoiador, preparado, neutro e discreto pode acalmar suficientemente as ansiedades das partes sobre as possibilidades de uma derrocada descontrolada e catastrófica, a ponto de que elas sejam capazes de lidar com questões que poderiam, de outra forma, pensar ser muito complicadas de serem tratadas. Além disso, sua presença pode servir como um contínuo lembrete para se atentar para as questões, encará-las seriamente. Segundo, um terceiro pode tentar alterar as assimetrias na motivação, no poder ou na legitimidade entre as partes conflitantes. Tais assimetrias muitas vezes levam à evasão ou à supressão do conflito. O conflito é mais propenso a ser encarado abertamente se ambas as partes conflitantes (em vez de apenas uma) são motivadas a lidar com as questões, se o equilíbrio de poder é tal que nenhum dos lados pode impor sua decisão sobre o outro e se ambos os lados reconhecem a legitimidade do outro. Assim, em uma disputa entre a First Spanish Methodist Church in East Harlem (Primeira Igreja Metodista Espanhola em East Harlem) e uma comunidade protestante organizada chamada Young Lords Organization (YLO), o Board of Mediation for Community Disputes (Órgão de Mediação para as Disputas da Comunidade) ajudou a legitimar a YLO e dar-lhe um grau de estatura por reconhecê-la como representativa de um dado eleitorado (Cormick 1971). Somado a isso, por certificar a "razoabilidade" da YLO e a sua intenção de considerar um acordo, o prestigioso órgão impôs uma pressão considerável sobre a igreja para que ingressasse nas negociações com um grupo que ela tinha previamente se recusado a reconhecer. Terceiros podem não só auxiliar as partes conflitantes a se confrontarem, mas também podem ajudar a identificar as questões reais em conflito. A retórica das partes ou a proliferação de questões durante uma disputa prolongada podem obscurecer as questões subjacentes. Um terceiro habilidoso que pode entrevistar cada parte separadamente, bem como vê-las em interação, pode desenvolver uma clara imagem do

[2] Além de usar uma literatura relevante, utilizei-me de minha própria experiência como psicoterapeuta, trabalhando com indivíduos, casais e famílias, e também aproveitei minha experiência como consultor, trabalhando com problemas de relações intercoletivas.

que elas concordam ou discordam e pode ser capaz de usar essa imagem para ajudá-las a identificar a substância de seu conflito.

2. *Ajudar a prover circunstâncias e condições favoráveis para se confrontarem as questões*. Um terceiro pode ajudar a criar uma atmosfera na qual discussões significativas possam ocorrer, fornecendo um lugar para reunião em território neutro, onde as partes conflitantes podem ser separadas de pressões e rupturas imediatas devido às irritações do dia-a-dia. Além disso, por meio da sua intervenção, ele pode freqüentemente regulamentar o grau de tensão entre as partes, sugerindo que elas mudem para questões mais ou menos "quentes"; criando impedimentos para inibir certos tipos de comportamento destrutivo; ou usando encorajamento para ensejar ações construtivas. Assim, ele pode muitas vezes estimular tensão suficiente para manter um diálogo sério ou remover a tensão em excesso que possa romper um encontro produtivo. Outrossim, ele pode ajudar a arranjar e a medir o tempo dos confrontos, de maneira que as partes conflitantes estejam ambas prontas a ingressar na discussão e de forma que nenhuma das partes pense que a prontidão em ingressar em um diálogo é uma admissão de fraqueza.

3. *Ajudar a remover os bloqueios e as distorções no processo comunicativo de uma maneira tal que a compreensão mútua possa se desenvolver*. Fazer isso vincula diversas atividades, como: estimular comunicação suficiente de ambas as partes de forma que a menos articulada, bem como a mais articulada, possam expressar suas visões completamente; traduzir para permitir que a comunicação seja compreendida da mesma maneira pelos dois lados; e treinar as partes conflitantes em como se comunicar mais efetivamente e como conferir se estão sendo compreendidos um pelo outro. Em conflitos conjugais, por exemplo, não é incomum que um seja mais articulado e mais dominante que o outro. O terapeuta de casais deve observar se ambos os lados do conflito possam se expressar. Também é comum maridos e esposas entenderem mal um ao outro; esposas, mais freqüentemente, usam a linguagem particular de um relacionamento pessoal e emocional, no qual argumentos são verificáveis em termos de sentimentos subjetivos, enquanto maridos mais comumente empregam a linguagem universal das relações sociais impessoais, no qual argumentos são objetivamente verificáveis. Assim, uma esposa dirá "Estarei pronta em um minuto" e significará "Estarei pronta em o que creio ser um tempo curto." Seu marido, contudo, deve interpretar o argumento de acordo com o tempo do relógio. Esposas freqüentemente se machucam porque seus maridos não dizem "Eu te amo" bastantes vezes. Os maridos, tipicamente, consideram que terem dito amar suas esposas implica que eles irão continuar a amá-las a não ser que venham dizer o contrário. Portanto, a reiteração parece desnecessária para os homens. Um terceiro bem-preparado entenderá as diferenças sócio-culturais que levam um lado a entender mal o outro, e não apenas servirá como tradutor, mas também ajudará os dois lados a entender os contextos e estruturas que dão à comunicação do outro seu significado. Além disso, ele os treinará a usarem técnicas de retorno mútuo para conferir o quão bem eles estão entendendo um ao outro, verificando, de tempo em tempo, que o outro disse o que se pensa ter dito e, semelhantemente, que o outro entendeu o que realmente queria ser comunicado.

4. *Ajudar a estabelecer normas para a interação racional como o respeito mútuo, comunicação aberta, o uso de persuasão em vez de coerção e desejo de atingir um acordo mutuamente satisfatório*. Em outras palavras, as partes conflitantes são ajudadas a lutar justamente, vale dizer, lutar sob regras que os previnam de bater um no outro abaixo da cintura ou de gritar falta quando uma troca justa mas intensa estiver ocorrendo (Bach e Wyden 1969). Esta é, talvez, uma das funções mais importantes de um terceiro quando ele está lidando com disputantes inexperientes. Os inexperientes são propensos a adotar táticas como: atingir o outro em seus pontos sensíveis; generalizar em vez de ser específico, de maneira que questões em conflito se tornem amplas e difusas em vez de limitadas e claramente concentradas; definir questões em termos absolutos que não deixam espaço para colaboração ou, em termos moralistas, que implicam que, se o outro se render, ele estará confessando a culpa; propor ultimatos e ameaças que impliquem que o outro não tenha alternativa a não ser render-se; e blefar indiscriminadamente de maneira que seja impossível saber quando se deveria levá-los a sério.

Regras justas de procedimento são valiosas em qualquer tipo de discussão mas são vitais em conflitos. A essência de regras justas é que elas não são enviesadas. Concordar com tais regras implica que cada uma das partes em conflito pretende deixar o outro fazer consigo o que se fizer com o outro. Essas regras dão, a ambos os lados, oportunidade de declarar posições e responder ao outro. Além disso, elas limitam ou definem os tipos de ofensa que cada lado pode infligir no outro. Elas também fazem cada lado responsável pelas posições que toma e pelos comportamentos que tem, de forma que nenhum lado possa desprezar a realidade, mentir à vontade, nem atribuir suas ações a outros e, fazendo-o, isentarem-se. Somado a isso, essas regras muitas vezes exigem que cada parte, ao criticar o outro, ofereça-lhe uma alternativa na forma de uma proposta de concordar ou discordar (Fisher 1969). Tal proposta declara especificamente que tipo de decisão ou ação se quer do outro e não é meramente uma declaração de insatisfação com o que o outro está fazendo ou oferecendo. Mesmo se o outro pretende render-se, é preciso que ele deixe isso claro, de forma que sua desistência seja reconhecida e leve ao término das hostilidades.

Regras justas para a regulamentação do conflito fornecem uma base para ele ser resolvido quando nenhuma outra base para um acordo pode ser encontrada: a primeira escolha vai para o vencedor da disputa. Todavia, o vencedor em uma disputa justa não é necessariamente o último sobrevivente, como pode ser o caso em um teste de poder descontrolado. O valor e os procedimentos que regulamentam o conflito devem selecionar o vencedor em algum outro critério que não a força física relativa dos participantes. Um conflito entre marido e esposa ou entre os Estados Unidos e um de seus cidadãos deve ser instaurado por um processo judicial cujas regras permitam que o disputante vença com o mais forte reclame da lei, mesmo que sua destreza fí sica seja mais fraca. Ou as regras podem tornar a disputa intelectual em vez de física. Assim, por meio das regras empregadas na regulamentação do conflito, uma sociedade pode encorajar a sobrevivência de certos valores e a extinção de outros porque as regras tendem a favorecer aqueles que possuem

recursos de um tipo e não de outro – *e.g.* aqueles que possuem direito fundamental em vez de força física.

Embora normas que estimulem regras justas para o combate sejam úteis para limitar o poder de destruição de uma contenda, são muitas vezes insuficientes para encorajar negociações cooperativas. Estas são facilitadas por normas que enfatizem o reconhecimento da legitimidade do outro, o respeito mútuo, o desejo de um acordo mutuamente satisfatório e a comunicação aberta. O terceiro, reconhecendo a legitimidade de ambos os lados, tratando cada um com respeito, encorajando a objetividade na comunicação e enfatizando que acordos estáveis baseiam-se em satisfação mútua, pode fazer muito para promover uma estrutura social que conduza a negociações cooperativas em vez de meros combates justos.

5. *Ajudar a determinar que tipos de soluções são viáveis e fazer sugestões sobre soluções possíveis*. Ouvindo e investigando cuidadosamente, o terceiro pode muitas vezes descobrir as aspirações e expectativas de cada lado e perceber o quão rigidamente fixadas estão. Às vezes, uma solução requer que as aspirações de uma ou de ambas as partes conflitantes sejam alteradas e tornadas mais realistas. Se cada parte espera que a outra faça algo impossível para esta fazer, cada uma tem de redefinir suas aspirações antes de ser possível uma solução. Uma esposa descontente não pode esperar razoavelmente que seu marido introvertido torne-se um leão da vida social, e um sindicato não pode realisticamente querer que um empregador pague salários que sejam substancialmente maiores do que os pagos por seus competidores e que, como conseqüência, o tirem do mercado. O terceiro pode usar seu conhecimento e sua autoridade para tentar refrear aspirações irrealistas. Ele pode com freqüência ir além disso para fazer sugestões de acordos potenciais que possam ser aceitáveis a ambos os lados. Fazendo-o, ele pode achar necessário ajudar as partes em conflito a redefinir seu problema de forma que alternativas previamente inconcebíveis sejam consideradas. Assim, por exemplo, um terceiro pode sugerir que a solução para uma disputa de dinheiro sobre quem ganha qual fatia do bolo financeiro resida em esforços reunidos para engrandecer o bolo a ser dividido. Certamente, um terceiro que oferece uma sugestão específica deveria fazê-lo de uma forma que possibilite às partes conflitantes pensar que elas devem aceitar ou rejeitar a sugestão, que essa é uma solução que "possuem" e pela qual elas são responsáveis se concordarem em aceitá-la.

6. *Colaborar para que um acordo viável seja aceito pelas partes em conflito*. Embora uma solução produtiva do conflito ou um acordo praticável seja conhecido pelas partes, elas podem ser resistentes porque cada uma pode sentir que um acordo como esse parecerá uma fuga e resultará em um desvio do cerne da questão. Várias táticas são possíveis para que um terceiro sobrepuje esse tipo de resistência. Ele pode enfatizar a futilidade e os custos de um falso orgulho – é improvável que um acordo melhor seja alcançado e os custos de uma contenda prolongada podem ser insuportáveis. Alternativamente, ele pode tentar apresentar o acordo de maneira que cada lado possa pensar que chegou à vitória. Isso pode ocorrer se cada lado é levado a acreditar que obteve o que queria em uma

questão crucial. Ou, ainda, o terceiro pode exercer pressão para conseguir o acordo por meio de táticas tais como a ameaça de se retirar, se um consenso não é alcançado dentro de um tempo especificado, confinando as partes conflitantes em um quarto fechado até que elas concordem e alistando o público ou outros indivíduos em apoio ao acordo. Apesar de argumentos forçados serem geralmente não desejáveis porque as partes podem não se sentir comprometidas a eles, é às vezes verdade que disputantes tenham de ser compelidos a aceitar um acordo que eles normalmente ficariam felizes em aceitar, de forma a criar a impressão em seus constituintes de que fizeram a única coisa que puderam naquelas circunstâncias.

7. *Ajudar a tornar as negociações e o acordo alcançado prestigiosos e atraentes para públicos interessados, especialmente os grupos representados por negociadores*. Os negociadores de um acordo podem ser partes principais do conflito ou podem ser agentes ou representantes das partes conflitantes. Neste caso, o acordo deve ser aceitável aos autores, bem como aos negociadores. Todavia, mesmo quando o autor promove a negociação, suas atitudes subseqüentes no sentido de qualquer ajuste ao qual chegue serão, em parte, determinadas pelas reações de outros significantes para ele. Assim, é útil para o terceiro ajudar os negociadores a vender o acordo, vale dizer, fazê-lo parecer meritório e seguramente sustentado.

Delinearam-se acima as funções que um terceiro pode desempenhar para ajudar as partes conflitantes a chegar a uma resolução construtiva de seu conflito. Mas como esse papel de um terceiro se estabiliza e é aceito? A investigação histórica de Elmore Jackson (1952) sobre mediação, em seu livro *Meeting of Minds*, sugere que instituições sociais como a mediação são mais aptas a se desenvolver quando há terceiros poderosos, como em uma comunidade coesa, com um interesse em prevenir uma luta destrutiva por causa do dano que ela traz à comunidade ou pelo prejuízo que as partes têm no conflito. Parece razoável especular que tais instituições inicialmente surgem em resposta à ocorrência do conflito destrutivo, como tentativa de limitar o poder de destruição. Também parece provável que se o papel de um terceiro firma uma reputação de ser bem-sucedido em prevenir ou limitar o conflito destrutivo, e se esses terceiros são facilmente acessíveis para agirem como mediadores, conciliadores ou conselheiros, as partes em conflito que tiverem chegado a um impasse tenderão a buscar ajuda antes e não depois de entrarem em uma luta destrutiva. Se as especulações anteriores estiverem corretas, então seria socialmente válido encorajar o desenvolvimento de centros de conciliação altamente visíveis nas vizinhanças, que poderiam ser usados por pessoas ou grupos que estejam envolvidos em um conflito improdutivo. Há, sugiro, uma falta generalizada de terceiros prontamente acessíveis, prestigiosos, hábeis, imparciais e discretos para ajudar os envolvidos em um conflito amargo. Controvérsias familiares, disputas de vizinhança, conflitos intercoletivos e outros seriam muitas vezes resolvidos mais produtivamente se tal ajuda fosse facilmente disponível.

Indicou-se acima que terceiros podem ajudar a resolver disputas construtivamente, na medida em que sejam *conhecidos*, *prontamente acessíveis*, *prestigiosos*, *hábeis*,

imparciais e *discretos*. Cada uma dessas qualidades é necessária se as partes conflitantes estão abertas para procurar ajuda e recebê-la de forma bem-sucedida de terceiros. Talvez o mais ambíguo desses termos seja *hábeis*. Quais são as habilidades de um mediador, um terapeuta ou um conciliador "hábil" e como elas são adquiridas? Neste momento, não há boas respostas para essa pergunta. Isso é em parte devido à falta de um claro critério para o sucesso; é parcialmente devido à natureza discreta e não-pública das atividades de um terceiro, que o torna difícil de ser observado e estudado; é em parte o misticismo de visões tradicionais que enfatizam a natureza ilusória, idiossincrática e pessoal de todas as intervenções de terceiros; e é parcialmente a falta de uma teoria sistemática de intervenção em conflitos. Parece abundantemente claro que respostas a essas perguntas requerem uma investigação sistemática das suposições que subjazem nas intervenções de mediadores, conciliadores e outros no conflito e um estudo sistemático dos diferentes tipos de intervenções e seus efeitos.

Mudando o andamento do conflito

Até aqui, deve estar evidente que creio que uma orientação *mutuamente cooperativa* está propensa a ser a mais produtiva para se resolver o conflito. Deve-se reconhecer ainda que as orientações das partes conflitantes podem não ser mútuas. Um lado pode experimentar o conflito e ser motivado a resolvê-lo; o outro lado pode estar contente com as coisas como estão e nem sequer ter ciência da insatisfação do outro. Ou ambos podem reconhecer o conflito, mas um pode estar orientado a uma solução perde-ganha enquanto o outro pode estar procurando uma resolução cooperativa. Sugerimos anteriormente que a tendência comum nessas assimetrias de orientação é produzir uma mudança no sentido da competição mútua em vez de cooperação. É, apesar de tudo, possível atacar, sobrepujar ou destruir o outro sem o seu consentimento, mas, para cooperar com o outro, deve-se pretender isso ou, ao menos, estar complacente.

Como pode Acme induzir Bolt a cooperar na resolução de um conflito se Bolt não está inclinado a isso ou se Bolt enxerga seus interesses como antagônicos aos de Acme? Não há, obviamente, uma resposta única a essa questão. Qual resposta é a apropriada depende de fatores como: a natureza e a motivação da não-cooperação de Bolt, os recursos e vulnerabilidades particulares de cada parte e seus relacionamentos com terceiros. Contudo, é evidente que a procura por uma resposta deve ser guiada pela consciência de que há perigos em certos tipos de procedimentos de influência. Nomeadamente, eles podem alastrar e aumentar a resistência aberta e a alienação, ou podem meramente produzir dissimulação ou cooperação não-autêntica com alienação subjacente.

Resumirei, da minha discussão sobre a influência social no capítulo 6, algumas hipóteses sobre os tipos de procedimentos de influência que estão propensos a fomentar resistência e alienação:

1. *Técnicas ilegítimas*, que violam os valores e as normas que governam a interação e a influência detidas pelo outro, são alienadoras (quanto maior for a violação, *i.e.*, quanto mais importantes e numerosos forem os valores sendo violados, maior será a resistência). É, sem dúvida, verdade que às vezes ocorre um efeito de adaptação de nível, de forma que uma norma perde sua legitimidade se é freqüentemente violada; outras vezes, a acumulação de violações tende a produzir uma reação crescentemente negativa.

2. *Sanções negativas*, como punições e ameaças, tendem a produzir mais resistência do que sanções positivas como promessas e recompensas. O que é considerado como sendo recompensador ou punitivo também pode ser influenciado pelo nível de adaptação da parte; a redução do nível das recompensas que são costumeiramente recebidas será geralmente vista como negativa.

3. Sanções que são de tipo *inapropriado* também são propensas a gerar resistência. Assim, a recompensa em dinheiro, em vez de apreciação, pode diminuir a disposição para cooperar de alguém cuja cooperação é engendrada por motivos de filiação em vez de utilitários. Semelhantemente, uma ameaça ou punição é mais propensa a ser efetiva se se encaixa no crime do que se sua conexão com o crime é artificial. Uma criança que quebra o brinquedo de outra é punida mais apropriadamente se ela tiver de dar à outra um brinquedo seu como substituto do que se lhe for negada permissão para assistir à TV.

4. Influência de tamanho *excessivo* tende a ser resistida; promessa ou recompensa excessiva conduz à sensação de estar sendo subornado, e ameaça ou punição excessiva conduz ao sentimento de estar sendo coagido.

Delineei, até aqui, o que *não* se deve fazer se se quer produzir uma autêntica resolução de conflito cooperativa. Volto-me agora à questão de quais cursos de ação podem ser tomados para induzir a cooperação. Vou-me concentrar em um tipo particularmente importante de conflito: o conflito entre aqueles grupos que têm autoridade considerável para provocar decisões e controle relativamente alto sobre os meios convencionais de influência social e política e aqueles grupos que têm pouca autoridade para guiar decisões e controle relativamente pequeno sobre os meios convencionais de influência. Embora tenha sempre havido conflitos entre quem comanda e quem é comandado, entre pais e filhos e entre empregadores e empregados, sugiro que esse é o conflito característico do nosso tempo. Ele surge de uma demanda crescente por mais poder e prosperidade promovida por aqueles que foram intensamente excluídos do processo decisório, geralmente para sua desvantagem econômica, social, psicológica e física. A crise racial nos Estados Unidos, os levantes estudantis pelo mundo, as lutas revolucionárias nas regiões subdesenvolvidas, as controvérsias dentro e entre as nações no leste europeu e a guerra civil no Vietnã do Sul: todos esses conflitos expressam, em parte, o crescente reconhecimento, em todos os níveis da vida coletiva, que a mudança social é possível, que as coisas não precisam permanecer como estão, que se pode participar na formação do próprio ambiente e que se pode melhorar a sorte que se tem.

Ao que parece, os que estão contentes com seus papéis superiores no processo decisório desenvolvem um interesse em preservar o *status quo* e razões apropriadas para esse propósito. Essas razões geralmente tomam a forma de atribuir competência superior (mais habilidade, conhecimento e preparo) e/ou valor moral superior (maior iniciativa, determinação, senso de responsabilidade, autocontrole) para si mesmo comparado aos outros de menor valor. As razões são normalmente acompanhadas de sentimentos que conduzem seus possuidores a reagir com desaprovação e resistência a tentativas de mudar as relações de poder e com apreensão e defesa à possibilidade de essas tentativas obterem sucesso. A apreensão é freqüentemente uma resposta à expectativa de que a mudança deixar-lhes-á em uma posição enfraquecida sobre o controle daqueles buscando vingança por injustiças passadas.

O que pode um grupo menos poderoso (Acme) fazer para reduzir ou sobrepujar a defensiva de um grupo mais poderoso (Bolt) e para aumentar a presteza deste em dividir o poder? Suponhamos, assim, que, como cientistas sociais, fôssemos consultores dos pobres e fracos em vez de dos ricos e fortes. O que sugeriríamos? Cumpre observar que esta seria uma posição nova e incomum para a maioria de nós. Se já demos algum conselho, foi para aqueles de alto poder. A conseqüência despercebida dessas consultas feitas a apenas um lado tem sido que freqüentemente supomos que a patologia social esteve dentro do gueto em vez de naqueles que construíram as paredes para circundá-lo, que os desfavorecidos são os que precisam ser mudados em vez das pessoas e das instituições que têm mantido os desfavorecidos em uma situação submersa.

Todavia, dada a resistência e a defensiva dos que detêm o alto poder, o que podemos recomendar como estratégia de persuasão àqueles de pouco poder? O processo de persuasão começa com o comunicador detendo uma mensagem indicando que ele quer percorrer o caminho até o outro. Ele tem de ter um objetivo se ele quer articular uma mensagem clara e convincente. Mais do que isso, ao formular e comunicar sua mensagem, é importante reconhecer que ela será ouvida não só pelo outro mas também pelo seu próprio grupo e por outros públicos interessados. Os efeitos desejáveis de uma mensagem no seu pretenso público pode ser negada pelos seus efeitos imprevistos naqueles para quem ela não foi direcionada.

Sugiro que, para a mensagem de Acme para Bolt ser efetiva, ela contenha os seguintes elementos básicos:

1. *Uma demonstração clara das ações e mudanças específicas sendo requeridas de Bolt*. Bolt deve saber o que é esperado dele de maneira que ele possa preencher as expectativas de Acme se ele assim o deseja. Presumidamente, Bolt está mais apto a fazer o que Acme deseja se acredita que isso é possível ser feito por ele. Ele é mais propenso a acreditar que esse é o caso se as pretensões de Acme são enxergadas como específicas e limitadas em vez de se forem vistas como vagas e desmesuradas.

2. *Uma apreciação das dificuldades, problemas e custos que Bolt prevê se ele concordar com os desejos de Acme*. Tal apreciação deve ser combinada com uma vontade

expressa de cooperar com Bolt a superar as dificuldades e reduzir os custos. Essa vontade causa uma presteza por parte de Acme para considerar as propostas e contrapropostas de Bolt e modificar suas próprias propostas iniciais de maneira que se possa atingir uma concordância mutuamente correspondente.

3. *Uma descrição dos valores e benefícios que Bolt irá realizar cooperando com Acme*. Com efeito, se Bolt pode ser convencido de que tem mais a ganhar que a perder fazendo o que Acme quer, obviamente ele é mais propenso a fazê-lo. Os ganhos importantes residem na possibilidade de que Bolt, compartilhando o poder com Acme, possa aumentar a cooperação deste e, assim, aumentar marcadamente a sua própria satisfação com seus objetivos. Dessa forma, há vários casos nas relações trabalhador-empresa, estudante-faculdade e guarda-prisioneiro que indicam que a parte mais poderosa tem ganhado enormemente por meio da elevação do poder (e, assim, do senso de responsabilidade) da parte mais fraca. Além disso, outras insatisfações que Bolt tenha experimentado em seu relacionamento com Acme podem ser reduzidas pela cooperação engrandecida de Acme. Outras fontes de ganho potencial para Bolt residem na elevada reputação e boa-vontade que ele irá obter de terceiros influentes e na maior satisfação que ele irá experimentar quando Acme estiver contente, em vez de insatisfeito, com seu relacionamento.

4. *Uma apresentação das conseqüências negativas e danosas que são inevitáveis para os valores e objetivos de Bolt se os desejos de Acme não forem respondidos positivamente*. Com efeito, Bolt deve ser guiado a entender os custos da discordância – de forma que ele possa perceber que os custos da concordância não são os únicos a serem levados em conta. Os custos potenciais, para Bolt, de um fracasso em chegar a um acordo incluem: as perdas resultantes de um decréscimo na cooperação futura de Acme, incluindo a possibilidade da não-cooperação total de Acme; reduções na estima e na boa-vontade, e também possivelmente a perda da cooperação de terceiros importantes; perdas devido a tentativas de prejudicar, arruinar, obstruir ou destruir os interesses de Bolt promovidas por Acme ou seus simpatizantes.

5. *Uma expressão do poder e da determinação de Acme em agir efetiva e firmemente para induzir Bolt a chegar a um acordo aceitável*. O compromisso inabalável de Acme em provocar uma mudança pode afetar Bolt convencendo-o de que as necessidades de Acme são sérias e não supérfluas, merecendo atenção. Isso também pode convencer Bolt de que a pressão de Acme não irá diminuir até que um acordo aceitável seja alcançado. Todavia, se Bolt não tem nenhuma preocupação com as necessidades de Acme e nenhuma crença de que a pressão de Acme será suficientemente forte para perturbá-lo, Acme deve tentar desenvolver, mobilizar e publicar seu poder suficientemente para convencer Bolt de que a negociação seria uma ação prudente.

Uma mensagem que contém os elementos acima impulsiona Acme fortemente ao seu objetivo, apesar de sugerir que os meios de atingi-lo são flexíveis e potencialmente correspondentes às visões de Bolt. Porquanto o objetivo é articulado de forma a ser es-

pecífico e limitado, é mais provável que seja considerado por Bolt possível de ser aceito do que um objetivo exposto em termos gerais e grandiosos. A mensagem fornece a Bolt o prospecto positivo de que a mudança irá resultar na ampliação social e no fortalecimento da auto-estima e renderá benefícios derivados de um aumento da cooperação de Acme. Ela também indica que resultados negativos sejam esperados da falta de mudança. Apesar da intenção firme de Acme em alterar o *status quo* ser evidente, seu posicionamento por toda a parte é cooperativo. A possibilidade de uma troca mútua verdadeira é mantida aberta, com reconhecimento explícito de que as insatisfações e os problemas não são de apenas um lado.

Fúria ou medo no grupo de pouco poder muitas vezes torna impossível para os membros desse grupo comunicar uma mensagem do tipo descrito acima. A fúria leva a uma ênfase em técnicas destrutivas e coercivas e impede o oferecimento de cooperação autêntica. O medo, por outro lado, enfraquece o comprometimento com os passos necessários para se provocar uma mudança, diminuindo a credibilidade a respeito da idéia de que a condescendência será retirada se a mudança não ocorrer. A fúria é potencialmente uma emoção mais útil do que o medo, na medida em que conduz a ações que são menos danosas ao desenvolvimento de uma sensação de poder e, assim, de auto-estima. Bem controlada, a raiva ou a revolta pode ser um poderoso fortificador para uma determinada ação, e, se essa ação é direcionada a construir o próprio poder de quem a pratica em vez de destruir o poder do outro, a revolta pode ter um resultado socialmente construtivo.

Em todo caso, é evidente que quando a raiva ou o medo intenso é a emoção dominante, a mensagem cooperativa delineada aqui é altamente irrelevante. Tanto a raiva como o medo plantam-se em um sentimento de desamparo e impotência; são emoções associadas com um estado de dependência. Os de pouco poder podem superar essas emoções debilitantes por meio de suas próprias ações sociais bem-sucedidas em assuntos significativos para si. Na gíria corrente, eles "têm de se virar"; não pode ser dado a eles nem feito por eles. Por isso minha ênfase tem sido no compartilhamento do poder, e destarte no aumento do poder de um para afetar o seu destino, em vez de no compartilhamento da riqueza. Apesar de o compartilhamento da riqueza ser desejável, não é suficiente. Em seu sentido mais debilitante, a pobreza é uma falta de poder e não meramente uma falta de dinheiro. O dinheiro é, sem dúvida, uma base para o poder, mas não é a única. Se alguém escolhe ser pobre, como fazem alguns membros de grupos religiosos ou pioneiros, a síndrome psicológica geralmente associada com a pobreza imposta – uma mistura de dependência, apatia, perspectivas de curto-prazo, suspeição, medo e raiva – não se faz presente.

Assim, a habilidade de oferecer e envolver-se em cooperação autêntica pressupõe uma consciência de que não se é desamparado ou impotente, mesmo que se esteja em uma situação relativamente desvantajosa. Não apenas a ação independente, mas também a ação cooperativa, requer um reconhecimento e uma confirmação de sua capacidade de "fazer por conta própria", se necessário. A menos que alguém tenha a liberdade de escolher *não* cooperar, não pode haver livre escolha *para* cooperar. O poder negro é, pois,

uma necessidade para a cooperação negra, para a cooperação do negro com os negros e também para a cooperação negra com os brancos. A impotência e a conseqüente falta de estima pessoal e coletiva não conduzem nem à coesão coletiva interna nem à cooperação externa. O poder negro, contudo, não necessariamente leva à cooperação. Isso se dá em parte porque, em sua origem e em sua retórica, o poder negro deve ser orientado contra o poder branco e, dessa forma, está propenso a intensificar a defensiva daqueles com alto grau de poder.

Entretanto, mesmo que o poder seja "pró" em vez de "contra", e mesmo se isso forneça uma base para a cooperação autêntica, esta pode não ocorrer se for de pequena importância ao grupo com muito poder. Este grupo pode não ser atingido pelos estímulos positivos ou negativos que o grupo de pouco poder controla; ele não precisa da condescendência do outro grupo. Universidades podem obter novos estudantes; as nações ricas não são mais tão dependentes da matéria-prima produzida nas nações subdesenvolvidas; a sociedade branca industrial não precisa de muitos trabalhadores negros despreparados.

Afora se resignar à apatia, o que um grupo de pequeno poder pode fazer em tais situações? Basicamente, há apenas a possibilidade de aumentar seu poder relativo suficientemente para compelir o outro a negociar. O poder relativo é intensificado por um dos dois meios: aumentando-se o próprio poder ou diminuindo o poder do outro. As tentativas de mudar o poder podem ser direcionadas a alterar os recursos subjacentes a ele (como bem-estar, força física, organização, conhecimento, habilidade, confiança, respeito e afeição) ou podem-se direcionar a diminuir a eficácia com a qual os recursos de poder são empregados. O poder potencial pode não ser convertido em poder efetivo porque aqueles que possuem esse poder podem não estar conscientes dele, ou podem não estar motivados a usá-lo, ou podem usar o seu poder ineficiente e inabilmente de maneira que muito poder potencial seja gasto. Assim, como vimos o capítulo 5, o poder efetivo depende dos seguintes elementos-chave: (1) o controle ou a posse de recursos para gerar poder; (2) a consciência dos recursos que se possui ou controla; (3) a motivação em empregar esses recursos para influenciar outros; (4) habilidade em converter os recursos em poder utilizável; e (5) bom senso em empregar este poder de forma que seu uso seja apropriado em tipo e magnitude à situação em que é usado.

Operando um ou mais dos elementos-chave listados acima, um grupo de pouco poder pode trabalhar para crescer seu próprio poder ou para, opondo-se, reduzir o poder do grupo com muito poder. Existem, é claro, inúmeras maneiras das quais cada um dos elementos-chave pode ser afetado; quais dos caminhos são adequados para se empregar a qualquer tempo serão determinados pelas circunstâncias particulares. Todavia, é seguro supor que grupos com pouco poder geralmente carecem de controle sobre os recursos, como dinheiro, armas e posição oficial, que são imediatamente relacionados ao poder econômico, militar e político. Seus recursos primários são ter pessoas descontentes e a "justiça" do seu lado.

A utilidade das pessoas como um recurso de poder dá-se em função de seu *número*, suas *qualidades pessoais* (como conhecimento, habilidade, dedicação e disciplina), sua *coesão social* (refletida na confiança entre elas, na estima mútua, nos valores comuns e nos mesmos objetivos) e sua *organização social* (expressa na comunicação e coordenação efetivas, divisão de trabalho e especialização de funções, planejamento e avaliação). O número de pessoas é obviamente importante, mas, sem dúvida, não tão importante como suas qualidades pessoais, sua coesão e sua organização sociais. Uma massa grande e incipiente de pessoas indisciplinadas e improdutivas está à mercê de um grupo pequeno, dedicado, disciplinado, bem-organizado e coeso. A maior parte dos grupos grandes é controlada por menos de 10 por cento de seus membros em virtude de uma atividade organizada em face de uma massa passiva de membros.

Se se examinarem grupos minoritários de pouco poder como os judeus, os chineses e os japoneses, que se saíram desproporcionalmente bem nos Estados Unidos e em outros países para os quais migraram, parece que esses grupos têm se caracterizado por alta coesão e organização social eficaz combinadas com uma ênfase no desenvolvimento de qualidades pessoais como habilidade, dedicação e disciplina. Similarmente, a eficácia de forças de guerrilha, como foram os vietcongues, devem-se, em parte, às suas coesão e organização sociais e dedicação pessoal. Claramente, o desenvolvimento dessas características é de grande importância como meio de aumentar o poder de um grupo.

No capítulo 4, consideraram-se alguns dos determinantes da coesão. Aqui adicionarei que grupos tornam-se coesos por formular e trabalhar juntos em questões que são específicas, imediatas e realizáveis. Eles tornam-se eficazmente organizados na medida em que planejam como usar seus recursos para alcançar seus propósitos e avaliam sua eficácia passada à luz de suas experiências. É evidente que a posse de objetivos vagos, grandiosos e de longo prazo não sustentam longamente a coesão de um grupo. Nem a posse exclusiva de uma única questão é propensa a sustentar a coesão de um grupo de longa duração a menos que essa questão se divida em várias subquestões. Os interessados em desenvolver coesão e organização sociais devem inicialmente buscar questões que permitem vitórias significantes rapidamente; eles só devem preocupar-se com uma luta prolongada e indeterminada depois que organizações sociais fortemente coesas e eficazes tiverem sido criadas.

Até agora, salientei qualidades pessoais, coesão e organização sociais como sendo recursos que podem ser desenvolvidos por grupos de pouco poder para aumentá-lo. Tipicamente, esses recursos são altamente subdesenvolvidos nesses grupos; todavia, são necessários para a utilização eficaz de quase todos os outros tipos de recurso, incluindo dinheiro, votos, ferramentas, força e outros. Os grupos de pouco poder têm freqüentemente duas outras qualidades-chave que podem ser usadas para ampliar seus recursos: o descontentamento e o sentimento de injustiça. Se forem intensas o bastante, elas podem fornecer a motivação ativa e a determinação contínua para mudar o *status quo*. Elas são fortificadores para a ação individual e social trazer a mudança. Além disso, na medida em que a base do descontentamento e a natureza da injustiça podem ser comunicadas a outros de maneira

que, mesmo que de forma indireta, estes as experimentem, apoiadores e aliados serão atraídos para o lado do grupo de pouco poder. E aumentar o número dos seus apoiadores e aliados é um outro modo importante de elevar o seu poder.

Como foi visto em capítulos anteriores, o descontentamento e o sentimento de injustiça podem estar, em um grupo subordinado, latentes em vez de manifestos. Nem a consciência de si mesmo como desfavorecido, nem a consciência de ser um membro de uma classe de pessoas desfavorecidas podem existir psicologicamente. Se esse for o caso, as táticas de conscientização são precursoras necessárias ao desenvolvimento da coesão coletiva e da organização social. A diversidade de táticas de conscientização foi ilustrada pela variedade de técnicas empregadas, nos últimos anos, por grupos de libertação da mulher e por grupos de poder negro. Elas oscilam de reuniões em grupos de discussão quase-terapêuticas até confrontações dramáticas dos que estão no grupo de alto poder, passando por reuniões e manifestações de massa. É provável que a consciência positiva de sua identidade desfavorecida seja mais aflorada quando uma pessoa vê alguém considerado semelhante a si ser explicitamente atacado (ou subjugado) por causa da sua identidade, mas também vê o ataque sendo eficazmente resistido. O ataque e a resistência revelam tanto o ferimento quanto a sua cura.

Elevando à consciência o descontentamento e o sentimento de injustiça, uma energia poderosa e persistente para a mudança é ativada. Se essa energia puder ser aproveitada com uma ação habilidosa e disciplinada por indivíduos dedicados em grupos eficazmente organizados e coesos, é criado um poderoso instrumento para a mudança social, alterando-se radicalmente um grupo de pouco poder. Ele está, então, em posição de oferecer estímulos positivos ou negativos para os de alto poder. Os estímulos positivos são os derivados de uma cooperação intensificada, enquanto os negativos são os provindos da não-cooperação, da importunação, da obstrução e da destruição.

Estímulos negativos são as perdas que o grupo de alto poder, ou "os grandes", espera experimentar como conseqüência de uma briga de poderes com o grupo de pouco poder, ou "os pequenos". Como Alinsky (1971, p. 152) apontou: "A tática básica na guerra contra os Grandes é um jiu-jitsu político em massa: os Pequenos não se opõem rigidamente aos Grandes, mas agem de uma forma habilidosa e planejada tal que a força superior dos Grandes torna-se sua própria ruína." Como no jiu-jitsu físico, a inércia, o impulso e o desequilíbrio do adversário são usados como arma contra ele.

Assim, como Alinsky posteriormente sugere, "(...) na medida em que os Grandes posam publicamente como os guardiões da responsabilidade, da moralidade, da lei e da justiça (que são freqüentemente estranhos um ao outro), eles podem ser constantemente levados a corresponder as expectativas do seu próprio livro de moralidade e de regulamentos. Nenhuma organização, incluindo a religião organizada, pode corresponder as expectativas de seu próprio livro ao pé da letra."

Alinsky (1971) cita diversos exemplos de táticas em que sistemas burocráticos foram amarrados em seus próprios tentáculos por pressão de corresponder às suas próprias

regras e seus procedimentos estatuídos. Táticas desse tipo devem-se concentrar na demanda ou no uso de um serviço pelo qual alguém está encarregado, um serviço que não seja ordinariamente usado tão intensamente e o qual a instituição não esteja preparada para prestar em grande volume sem um custo excessivo para ela. Por exemplo, bancos podem falir por uma abertura ou um fechamento de contas em massa; lojas de departamento, por um intenso retorno de compras; aeroportos, por um excessivo uso de seus vasos sanitários e mictórios pelos visitantes; e assim por diante. Ou a tática pode concentrar-se na desobediência a uma regra ou a uma lei que não possa ser executada em face de uma não-concordância em massa. Assim, fazendeiros não podem suportar despejar todos os inquilinos em uma greve de aluguéis coesa ou escolas expulsar todos os estudantes que desobedeçam a um regulamento repugnante – se os estudantes estão unidos em sua oposição.

Relacionada à tática de surrar os grandes com seus próprios livros de normas e regulamentos está a tática de induzi-los a erros tais como violar suas próprias regras ou regulamentos. Se eles podem ser incitados a um óbvio rompimento dos princípios estatuídos por si mesmos, então segmentos do grupo de alto poder podem se tornar descontentes, com o conseqüente enfraquecimento dos grandes. Somado a isso, terceiros previamente neutros podem, em resposta às violações feitas pelos que estão no poder, direcionar suas simpatias e apoio aos pequenos.

Em geral, é um erro pensar que um grupo de grande poder é completamente unificado. A maioria dos grupos têm divisões internas e conflitos entre seus membros mais ativos; além disso, apenas uma pequena porção de seus membros estão dispostos a ser apoiadores ativos da atual política. Os conflitos entre aqueles que estão ativos nos grupos de alto poder, bem como a distinção entre membros ativos e passivos, fornecem importantes pontos de influência para os pequenos. O conflito interno pode ser exacerbado por meio do fomento de suspeição mútua e jogando um lado contra o outro. A aquiescência passiva da maioria inativa dos grandes pode desaparecer na medida em que seus líderes são induzidos a erros desmedidos e são submetidos ao ridículo e ao embaraço por sua inabilidade em lidar eficazmente com as importunações e os transtornos persistentes causados pelos pequenos.

O poder dos grandes, como é verdade em qualquer grupo, depende de aspectos tangíveis, como o controle sobre os instrumentos de força, um sistema de comunicação eficaz e um eficiente sistema de transporte, bem como de aspectos intangíveis, tais quais o prestígio e a aura de invencibilidade. Apesar de um grupo de pouco poder não ser capaz de interferir seriamente nas bases tangíveis de poder dos grandes sem ingressar em ações de sabotagem ilegais e destrutivas, ele tem vários meios legais de turvar e enfraquecer suas fontes de poder intangíveis. O ridículo e as técnicas de embaraçar são as armas mais efetivas para esse propósito. Aqui, como em qualquer lugar, a inventividade e a imaginação têm um importante papel em idear táticas efetivas. Alinsky, um mestre em inventar essas táticas, ilustra com o seguinte exemplo hipotético (1971, p. 141):

> *Imagine-se a cena no tribunal americano, no julgamento da recente tentativa de conspiração dos sete de Chicago[3], se os réus e o advogado tivessem manifestado analmente seu desprezo pelo Juiz Hoffman e pelo sistema. O que poderia o Juiz Hoffman, os oficiais de justiça ou qualquer outro ter feito? O juiz os teria considerado em desacato por serem flatulentos? Aqui está uma tática que não possuiria precedente legal. A reação da imprensa desaprovaria o juiz pelo resto do tempo.*

Outras táticas de criar o embaraço e o ridículo incluem o piquete de pessoas como moradores de favela, principais acionistas e pessoas da administração de empresas recalcitrantes, e outros exercícios de poder desse tipo, em situações embaraçosas para eles – *e.g.* em suas casas, igrejas ou sinagogas, nos seus clubes. A vantagem de táticas como o ridículo e o embaraço é que elas são freqüentemente muito aprazíveis para aqueles de pouco poder e muito difíceis de se lidar para os de alto poder sem que estes percam o caráter.

Nas muitas páginas anteriores, discuti algumas das estratégias e táticas disponíveis para grupos de pouco poder em suas tentativas de compelir um resistente grupo de alto poder a concordar em mudar suas relações. Minha discussão pretendeu ser sugestiva em vez de abrangente. Também tencionou indicar que resignação apática ou poder de destruição não são as únicas respostas possíveis em face de uma autoridade contrária. É possível elevar o poder dos pequenos desenvolvendo seus recursos pessoais, coesão e organização sociais, de maneira que eles tenham mais influência. E, na moda do jiu-jitsu, é possível para os pequenos empregar algumas das características dos grandes para tirá-los do equilíbrio e reduzir sua oposição eficaz.

Conclusão

Ao passo que reviso essa última seção, em que funcionei como um conselheiro espontâneo dos que possuem pouco poder, fico impressionado pelo fato de que pouco do que eu disse está fundamentado em pesquisas sistemáticas e teorias. Cientistas sociais raramente dirigiram suas atenções à defensiva e à resistência dos fortes e poderosos perante a necessidade de mudança social. Eles não consideraram que estratégias e táticas são apropriadas para grupos de pequeno poder e quais delas são propensas a conduzir a um processo de resolução de conflito produtivo e não destrutivo. Eles concentraram-se muito no tumulto e nas deficiências daqueles com pouco poder e não suficientemente na defensiva e na resistência dos poderosos; a primeira será superada na medida em que se supera a última.

---

[3] Nota do Tradutor: Os sete de Chicago, conhecidos nos Estados Unidos como *The Chicago Seven*, foram sete (originalmente, oito) réus acusados de conspiração, de incitação a motim e de outras denúncias na Convenção Democrática Nacional (*Democratic National Convention*) de 1968. Nessa convenção, ocorrida em Chicago, Illinois, nos Estados Unidos da América, houve inúmeras manifestações contra a guerra do Vietnã. A polícia interviu e, posteriormente, para o julgamento do caso, foram indicados oito manifestantes e oito policiais.

Não é óbvio que, com as enormes disparidades de poder e riqueza nas nações e entre elas, haverá pressões contínuas por mudança social? E não é também óbvio que os processos de mudança social serão desordeiros e destrutivos a menos que os que estão no poder sejam aptos, ou habilitados, a baixar sua defensiva e sua resistência para uma mudança no seu *status* relativo? Reconcentremos nossos esforços de modo que haja algo útil a se dizer para aqueles que buscam uma mudança social radical porém pacífica. Muitas vezes no passado, a efetiva mudança social na distribuição do poder foi atingida ao custo da paz; este é um luxo que o mundo não pode mais suportar.

Bibliografia

ASCH, S. E. 1956. Studies of independence and conformity: I. A minority of one against a unanimous majority. *Psychological Monographs* 70, whole no. 416.

ALINSKY, S. D. 1971. *Rules for radicals: A practical primer for realistic radicals.* New York: Random House.

BACH, G. R., & Wyden, P. 1969. *The intimate enemy: How to fight fair in love and marriage*. New York: Morrow.

BACK, K. W. 1951. Influence through social communication. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 46:9-23.

BAILEY, S. D. 1971. *Peaceful settlement of disputes: Ideas and proposals for research*. Unitar PS no. 1. New York: United Nations Institute for Training and Research.

BERKOWITZ, L. 1957. Effects of perceived dependency relationships upon conformity to group expectations. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 55:350-54.

BLAKE, R. R., & Mouton, J. S. 1961a. Comprehension of own and outgroup positions under intergroup competition. *Journal of Conflict Resolution* 5: 304-10.

BLAKE, R. R., & Mouton, J. S. 1961b. Loyalty of representatives to ingroup positions during intergroup competition. *Sociometry* 24:177-83.

BLAKE, R. R., & Mouton, J. S. 1962a. Overevaluation of own group's product in intergroup competition. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 64:237-38.

BLAKE, R. R., & Mouton, J. S. 1962b. Comprehension of points of communality in competing solutions. *Sociometry* 25:56-63.

BOULDING, K. E. 1962. *Conflict and defense: A general theory*. New York: Harper & Row.

BURTON, J. 1969. *Conflict and communication*. New York: Macmillan.

CHALMERS, W. E., and Cormick, G. W., eds. 1971. *Racial conflict and negotiations: Perspectives and first case studies.* Institute of Labor and Industrial Relations, The University of Michigan–Wayne State University, Ann Arbor, Michigan.

COHEN, J. 1950. Technique of role-reversal: The study of international conferences. *World Federation for Mental Health* (Paris meeting), August-September.

COLEMAN, J. S. 1957. *Community conflict*. Glencoe, Ill.: Free Press.

CORMICK, G. W. 1971. Year end report to the Ford Foundation. Board of Mediation for Community Disputes, January 1, 1970, to December 31, 1970.

COSER, L. 1956. *The function of social conflict*. Glencoe, Ill.: Free Press.

DAHRENDORF, R. 1959. *Class and class conflict in industrial society*. Stanford: Stanford University Press.

DEUTSCH, M. 1949a. A theory of cooperation and competition. *Human Relations* 2:129-51.

DEUTSCH, M. 1949b. An experimental study of the effects of cooperation and competition upon group process. *Human Relations* 2:199-231.

DEUTSCH, M. 1965. A psychological approach to international conflict. In G. Sperrazzo, ed., *Psychology and international relations*. Washington, D.C.: Georgetown University Press.

DEUTSCH, M. 1966b. Vietnam and the start of World War III: Some psychological parallels. Presidential address before the New York State Psychological Association, May 6.

DEUTSCH, M., & Krauss, R. M. 1962. Studies of interpersonal bargaining. *Journal of Conflict Resolution* 6:52-76.

DICKS, H. V. 1967. *Marital tensions; Clinical studies towards a psychological theory of interaction*. New York: Basic Books.

DOUGLAS, A. 1962. *Industrial peacemaking*. New York: Columbia University Press.

EDMEAD, F. 1971. *Analysis and prediction in international mediation*. Unitar PS no. 2. New York: United Nations Institute for Training and Research.

FESTINGER, L. 1961. The psychological effects of insufficient reward. *American Psychologist* 16:1-12.

FISHER, R. 1964. Fractionating conflict. In R. Fisher, ed., *International conflict and behavioral science: The Craigville papers*. New York: Basic Books.

FISHER, R. 1969. *International conflict for beginners*. New York: Harper and Row.

GEIS, F. L. 1964. Machiavellianism and success in a three-person game. Ph.D. dissertation, Columbia University.

GERARD, H. B. 1953. The effect of different dimensions of disagreement on the communication process in small groups. *Human Relations* 7:313-25.

GOTTHEIL, E. 1955. Changes in social perception contingent upon competing or cooperating. *Sociometry* 18:132-37.

GROSSACK, M. 1954. Some effects of cooperation and competition on small group behavior. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 49:341-48.

HAMMOND, K. R. 1965. New directions and research in conflict resolution. *Journal of Social Issues* 21:44-66.

IKLÉ, F. C. 1964. *How nations negotiate*. New York: Harper & Row.

JACKSON, E. 1952. *Meeting of minds*. New York: McGraw-Hill.

JOHNSON, D. W. 1967. Use of role reversal in intergroup competition. *Journal of Personality and Social Psychology* 7:135-41.

Journal of Conflict Resolution. 1957. 1:1-104.

KEIFFER, M. G. 1968. The effect of availability and precision of threat on bargaining behavior. Ph.D. dissertation, Teachers College, Columbia University.

KELLEY, H. H., & Stahelski, A. J. 1970. Social interaction basis of cooperators' and competitors' beliefs about others. *Journal of Personality and Social Psychology* 16:66-91.

KRESSEL, K. 1972. *Labor mediation: An exploratory study*. New York: Association of Labor Mediation Agencies.

LEVY, S. 1953. Experimental study of group norms: The effects of group cohesiveness upon social conformity. Ph.D. dissertation, New York University.

MARGOLIN, J. B. 1954. The effect of perceived cooperation or competition on the transfer of hostility. Ph.D. dissertation, New York University.

MINTZ, A. 1951. Non-adaptive group behavior. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 46:150-59.

MIZUHARA, T., &Tamai, S. 1952. Experimental studies of cooperation and competition. *Japanese Journal of Psychology* 22:124-27.

National Planning Association. 1953. *Causes of industrial peace*. Washington, D.C.: National Planning Association.

PECHOTA, V. 1971. *Complementary structures of third-party settlement of international disputes*. Unitar PS no. 3. New York: United Nations Institute for Training and Research.

RAPOPORT, A. 1960. *Fights, games and debates*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

RAVEN, B. H., & Eachus, H. T. 1963. Cooperation and competition in means-interdependent triads. *Journal of Abnormal and Social Psychology* 67:307-16.

SCHELLING, T. C. 1960. *The strategy of conflict*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SCHUTZ, W. C. 1967. *Joy: Expanding Human Awareness*. New York: Grove Press.

SHERIF, M. 1966. *In common predicament: Social psychology of intergroup conflict and cooperation*. Boston: Houghton Mifflin.

SHERIF, M.; Harvey, O. J.; White, B. J.; Hood, W. R.; & Sherif, C. W. 1961. *Intergroup conflict and cooperation: The robbers cave experiment*. Norman, Oklahoma: University Book Exchange.

SIMMEL, G. 1955. *Conflict*. New York: Free Press.

STEIN, M. I. 1968. The creative individual. In manuscript.

STEVENS, C. M. 1963. *Strategy and collective bargaining negotiation*. New York: McGraw-Hill.

TERHUNE, K. W. 1970a. The effects of personality in cooperation and conflict. In P. Swingle, ed., *The structure of conflict*. New York: Academic Press.

TERHUNE, K. W. 1970b. From a national character to a national behavior: A reformulation. *Journal of Conflict Resolution* 14:203-63.

THOMAS, E. J. 1957. Effects of facilitative role interdependence on group functioning. *Human Relations* 10:347-66.

TOMKINS, S. S., & Izard, C. C., eds. 1965. *Affect, cognition, and personality*. New York: Springer.

WALTON, R. E. 1969. *Interpersonal peacemaking: Confrontations and third party consultation*. Reading, Mass.: Addison-Wesley.

WALTON, R. E., & McKersie, R. B. 1965. *A behavioral theory of labor negotiations*. New York: McGraw-Hill.

WORKIE, A. 1967. The effect of cooperation and competition on productivity. Ph.D. dissertation, Teachers College, Columbia University.

Segunda Parte

Doutrina
Artigos de Professores

MAPEANDO A MEDIAÇÃO: OS RISCOS DO GRÁFICO DE RISKIN[1]

Kimberlee K. Kovach e Lela P. Love[2]

Nós agradecemos diversos colegas por lerem atenciosamente e por tecerem comentários a um esboço deste artigo: Bárbara McAdoo, Chris Honeyman, John Lande, Sharon Press e Len Riskin. Também somos gratas aos valiosos pensamentos, às elaboradas sugestões e ao suporte e direcionamento de colegas, estudantes, familiares e amigos. Em especial: Peter Popov, Eric Galton, Josh Stulberg, Frank Scardilli, Robert Baruch Bush, James Boskey, Rick Fieberg, Brenda Perez e Hope Winthrop. Reflexões preliminares sobre o tema deste artigo estão em *Kovach* e *Love, Evaluetive Mediation is an Oxymoron, 14 Alternatives to High Cost Litig. 31 (1996)*.

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

Sumário:

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

---

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

[2] Kimberlee K. Kovach leciona RAD (Resolução Alternativa de Disputas) e dirige a Clínica de Mediação na Faculdade de Direito da Universidade do Texas. Ela preside a Seção para Resolução Alternativa de Disputas da ABA (*American Bar Association)*. Lela P. Love é professora de Direito e diretora do Programa Kukin para Resolução de Conflitos na Faculdade de Direito Benjamin N. Cardozo.

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

I. Visão Geral

Mapas são usados para orientação e direcionamento. Um mapa topográfico e uma bússola são suficientes para nos guiar por um terreno desconhecido. Para passar em um exame da *BAR*[3], estudantes de Direito seguem um mapa de estudos cuidadosamente planejado pela *BAR/BRI*. Para entender as configurações políticas, estudamos mapas do mundo, que indicam países, estados e as suas fronteiras. Ou seja, mapas são importantes. Eles criam paradigmas nos quais é possível trabalhar de forma segura e eficiente. O universo descrito por um mapa – aquilo que é incluído nele e aquilo que é deixado de fora – precisa ser coeso, lógico e preciso. De outra forma, os mapas desviariam o usuário de seu objetivo.

Mais de uma década atrás, o Professor Leonard Riskin percebeu que advogados e mediadores utilizam padrões de mapas filosóficos radicalmente diferentes[4]. As concepções que permeiam o mapa do advogado consistem em duas partes adversárias em uma causa cuja solução deriva da lei. Já a premissa que sustenta o mapa do mediador é a possibilidade de uma resolução, que não é determinada nem por lei nem por precedentes judiciais, na qual as duas partes envolvidas saiam ganhando[5]. Recentemente, Riskin publicou um mapa do mundo da mediação – o Gráfico Riskin[6]. O Gráfico divide a mediação em quatro quadrantes, cada um definido pela orientação do mediador em relação a duas categorias: a sua função (mediador-avaliador ou mediador-facilitador) e a definição do problema

---

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

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

[5] Idem, pág 43-44.

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

(amplo ou restrito). O Gráfico efetuou uma importante contribuição, tanto por esclarecer o atual estágio da atividade dos mediadores como por estimular um vigoroso debate sobre o direcionamento que a prática deve tomar no futuro[7]. A questão, porém, persiste: é possível confiar em um mapa que caracteriza metade do mundo da mediação como avaliadora? Será que as fronteiras da prática mediatária deveriam incluir a opção de uma orientação avaliadora?[8]

Desde a sua introdução, o Gráfico tendeu a legitimar as atividades avaliadoras como parte do mundo da mediação. Orientadores e professores discutem e exploram os aspectos avaliadores da mediação e alguns dirigem seus esforços para melhorar o processo avaliativo[9]. Um mecanismo de estimativa pessoal foi desenvolvido para ajudar os mediadores a determinar qual o seu tipo de orientação de acordo com o Gráfico[10]. Sujeitos neutros que efetuam basicamente um papel avaliador no caso sentem-se bem em chamar a si próprios de "mediadores". Essa tendência não pode continuar.

Um papel avaliador mostra-se útil a um sujeito neutro nos processos de resolução de disputas em que este sujeito decide ou opina sobre o caso. Essa orientação vai ao encontro do mapa filosófico que promove a advocacia litigiosa perante um terceiro encarregado de

---

[7] O debate se focou no aspecto avaliativo-facilitativo do Gráfico. Ver Majorie Corman Aaron, ADR Toolbox: The Highwire Art of Evaluation, 14 Alternatives to High Cost Litig. 62 (1996) (descrevendo os usos apropriados da avaliação pelo mediador e recomendando estratégias específicas); James J. Alfini, Evaluative Versus Facilitative Mediation: A Discussion, 24 Fla. St. U. L. Rev. 919 (1997); John Bickerman, Evaluative Mediator Responds, 14 Alternatives to High Cost Litig. 70 (1996) (declarando que as partes deveriam ser livres para escolher entre estilos facilitadores e avaliadores); James B. Boskey, Let 100 Flowers Bloom, Alternative Newsl., Nov. 1996, at 1; Dwight Golann, So You Want An Evaluation, 15 Alternatives to High Cost Litig. (1997); Dwight Golann & Marjorie Corman Aaron, Managing the Merits: The Use (and Misuse) of Evaluation in Mediation, Disp. Resol. J., Jan. 1997; Samuel J. Imperati, Mediator Practice Models: The Intersection of Ethics and Stylistic Practices in Mediation, 33 Willamette L. Rev. 703 (1997); Kimberlee K. Kovach & Lela P. Love, "Evaluative" Mediation Is An Oxymoron, 14 Alternatives to High Cost Litig. 31 (1996); Lela P. Love, The Top Ten Reasons Why Mediators Should Not Evaluate, 24 Fla. St. U. L. Rev. 937 (1997); John Lande, How Will Lawyering and Mediation Practices Transform Each Another? 24 Fla. St. U. L. Rev. 839, 856-79 (1997) (articulando um ideal de um "consentimento de alta qualidade" (em 857-79), que é mais próximo da mediação facilitadora, mas favorece um acesso pluralista da definição das distintas variedades de mediação (em 856)); Jonathan Marks, Evaluative Mediation—Oxymoron or Essential Tool?, The Am. Law., May 1996, at 48A; Robert B. Moberly, Mediator Gag Rules: Is It Ethical for Mediators to Evaluate or Advise?, 38 S. Tex. L. Rev. 669 (1997) (argumentando contra regras éticas que proíbam a avaliação do mediador) Barbara A. Phillips, Mediation: Did We Get It Wrong, 33 Willamette L. Rev. 649, 701 (1997); Leonard L. Riskin, Mediation Quandaries, 24 Fla. St. U. L. Rev. 1007 (1997); James H. Stark, The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions and Tentative Proposals, From An Evaluative Lawyer Mediator, 38 S. Tex. L. Rev. 769 (1997) (endossando a mediação do avaliador e propondo princípios éticos para tal avaliação); Jeffrey W. Stempel, Beyond Formalism and False Dichotomies: The Need for Institutionalizing a Flexible Concept of the Mediator's Role, 24 Fla. St. U. L. Rev. 949 (1997) (endossando uma mediação flexível que permita o uso judicial de técnicas avaliadoras); Joseph B. Stulberg, Facilitative Versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the "Grid" Lock, 24 Fla. St. U. L. Rev. 985 (1997); Donald T. Weckstein, In Praise of Party Empowerment—and of Mediator Activism, 33 Willamette L. Rev. 501 (1997).

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

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

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

tomar decisões e que aplica leis aos "fatos", opinando tanto para influenciar as partes a tomar uma decisão (júri simulado[11], prévia avaliação neutra[12] e arbitragem não vinculante[13]) ou a fazer um acordo como para gerar um resultado do tipo "perde-ganha" (arbitragem[14], julgamento privado[15] e litígio tradicional). Uma orientação avaliadora pode, porém, vir a prejudicar a mediação, se esta realmente pretende continuar a ser uma alternativa única aos demais processos de resolução de conflitos, encorajando a autonomia das partes e estimulando que elas tomem suas decisões[16]. Conseqüentemente, nós entendemos que o Gráfico Riskin, se usado como um guia de aconselhamento pelos mediadores[17], irá levar seus usuários por caminhos enganosos.

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

---

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

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

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

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

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

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

[17] Como o Professor Bush percebeu, o Gráfico Riskin apresenta uma descrição precisa do que está acontecendo hoje e, nesse sentido, é uma ferramenta muita poderosa para expor o atual panorama da mediação. O Gráfico, porém, é problemático se visto como uma prescrição da esfera da prática aceitável. A grande divisão do Gráfico é entre avaliação e facilitação. A mediação é essencialmente não-avaliadora. Ver Bush Videotape, supra note 8.

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

Como demonstra o Gráfico Riskin, diversos mediadores avaliam, na prática, qual resultado seria mais justo ou qual decisão seria eventualmente tomada em um processo judicial. Isso os ajuda tanto no acerto de pequenos detalhes como na resolução de toda a disputa[18]. Este artigo é uma tentativa de expor os riscos desses tipos de avaliação. Todavia, deve-se ressaltar que a mistura de procedimentos facilitadores com os avaliadores mostra-se útil em algumas situações[19]. Alguns mediadores que misturam a mediação com a avaliação do caso efetivamente ajudam as partes envolvidas na disputa[20]. Funcionalistas renegam a importância da nomenclatura de um processo, desde que ele funcione. Ainda assim, rótulos, mapas e guias precisos possuem sua importância.

A parte II deste artigo garante que há tempo suficiente para alterar o mapa da mediação, particularmente no contexto das atuais tentativas de regularização da profissão. A terceira parte examina o histórico da resolução alternativa de disputa (RAD), de forma a extrair informações pertinentes. A parte IV explica porque uma orientação avaliadora não deveria consistir em uma opção para o mediador. Por fim, a parte V conclui que os mapas da mediação devem definir um paradigma que difira claramente da norma adjudicatária, um paradigma que tenha a auto-determinação das partes como seu valor maior.

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

A. Uma padaria precisa fazer pão.

O professor Riskin reconhece que os limites de seu Gráfico são questionados por alguns mediadores[21]. Ele afirma, porém, que o tempo para críticas já passou[22]. Utilizando uma analogia culinária, Riskin ressalta a futilidade dos *pizzaiolos* de Nápoles, que afirmam que a pizzaria Domino's não faz uma pizza de verdade[23].

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

---

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

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

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

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

[22] ibidem

[23] ibidem

outra metáfora culinária: a França recentemente esclareceu as exigências para se definir uma verdadeira padaria. Desde 1º de janeiro de 1997, todo estabelecimento que quiser denominar-se "padaria" deve selecionar sua própria farinha, misturar sua própria massa e cozinhar seus pães dentro dos limites de sua propriedade[24]. Essa regulamentação surgiu em resposta aos estabelecimentos que vendiam pães produzidos em massa e auto-intitulavam-se "padarias". Novas regulamentações podem e devem agir em resposta ao surgimento de uma nova necessidade[25].

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

> *"Mediação é um processo no qual uma terceira parte imparcial, um mediador, facilita a resolução da disputa por meio da promoção de acordos voluntários entre ambas as partes da disputa. Um mediador facilita a comunicação, promove o entendimento, força as partes a se focarem em seus interesses e procura soluções criativas que deixem as partes livres para chegar a um acordo próprio"*[26].

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

B. Existência não é legitimidade

O Gráfico Riskin descreve, de forma acertada, a existência de uma orientação avaliadora na prática atual da mediação[27]. Isso é mais claro nos casos que estão ligados aos tribunais ou nas disputas "legalizadas"[28]. Entretanto, a simples existência deste tipo de prática não a legitima. A conduta de alguns profissionais que atuam à margem das normas e regras estabelecidas não é suficiente para legitimar as suas atitudes ou redefinir a sua profissão. Por exemplo, não se deve redefinir a arbitragem pelo simples fato de que

---

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

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

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

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

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

os árbitros utilizam-se da mediação em determinados casos[29]. A mera violação de leis por particulares não pode causar a sua alteração. Ou seja, a simples existência de uma atividade anômala não lhe dá legitimidade, embora certas vezes possa originar um argumento para essa legitimação[30].

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

Além do mais, a prática da avaliação neutra já possui uma função reconhecida fora dos limites da mediação. Estatutos e regras de tribunais sustentam uma variedade de procedimentos avaliadores[31]; em vez da mediação, é a avaliação neutra que predomina na maioria das resoluções de disputas. Não estamos sugerindo que a avaliação seja menos útil do que a mediação. Tampouco afirmamos que os profissionais devem se limitar a apenas um tipo de serviço. Apenas entendemos que a mediação possui um caráter único e singular.

C. Muito barulho por algo

1. Uma profunda incongruência.

O debate sobre a existência de uma orientação avaliadora no universo da mediação vai além de uma mera questão terminológica[32]. O professor Joseph Stulberg afirma:

> *"Em sua rica e vasta história, a mediação não se mostrou um processo cuja função seja a de avaliar os pontos fortes e fracos das partes envolvidas. A mediação não é um processo no qual uma terceira parte opina após tomar conhecimento das evidências. Também não consiste em um ensaio de um julgamento perante um juiz ou um júri. A mediação é um diálogo constante entre as idéias e visões das partes, de modo a ajudá-las a identificar quais são os resultados que elas realmente querem."* [33]

---

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

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

[31] Ver Tex. Civ. Prac. & Rem. Code Ann. (1997) 154.025 (definindo a conferencia moderada para acordos); Civil Justice Reform Act of 1990, 28 U.S.C.A. 473 (West 1997) (incluindo o processo separado da prévia avaliação neutra); Minn. Gen. R. Prac. Dist. Ct. 114.02 (1998) (definindo dois processos 'avaliativos' prévia avaliação neutra e descoberta neutra dos fatos)

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

[33] Id. at 1001.

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

Uma pequena história ilustra bem a necessidade de se esclarecer qual a real função do mediador. Recentemente, o administrador de um programa de mediação de um distrito descreveu uma situação politicamente tensa: docentes de mediação, após a conclusão de um curso de treinamento, afirmaram que um determinado juiz não estava apto para atuar como mediador[34]. O juiz, um profissional admirado e bem conceituado, possuía grande conhecimento de casos que envolviam ofensas pessoais e tinha grande prestígio para opinar neste campo. Apesar disso, ele acabava sempre por utilizar-se da orientação avaliadora, à qual estava acostumado. Dessa forma, os docentes sugeriram que, apesar de ele poder ser um excelente árbitro, ele não deveria ser incluído no painel de mediação[35]. Se os conceitos de Riskin realmente oferecem a concepção operacional da mediação, então o juiz deveria ter participado da equipe de mediação. Uma resolução de tal monta teria tornado insignificante a oferta de diferentes processos (arbitragem não vinculante, avaliação neutra prévia e mediação) por parte da corte.

Defensores da "mediação avaliadora" afirmam que a utilização de uma avaliação neutra ajuda as partes a superar o impasse[36]. Poucos deles questionam a utilidade de uma avaliação confiável no fornecimento de um balanço da realidade e na ajuda às partes para que elas atinjam um acordo. As propostas dessas pessoas servem de base para vários processos de resoluções de disputas, incluindo a arbitragem não vinculante, o julgamento por júri sumário e a avaliação neutra prévia. Todavia, nós continuamos a acreditar que um sujeito neutro, ao oferecer uma avaliação que lhe foi requisitada, ainda que esta seja o último passo do processo mediatário,[37] está se movendo fora dos limites do mapa da mediação, indo em direção a um processo diferente no qual as referências básicas governantes também devem ser diferentes[38].

2. O significado da avaliação.

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

---

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

[35] Idem.

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

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

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

essenciais a um papel facilitador do mediador: elaborar a composição da conversa de uma forma que as partes possam se ouvir reciprocamente sem reagirem de uma maneira defensiva; estruturar o planejamento das transações de forma a maximizar a possibilidade de uma colaboração bem sucedida entre as partes; experimentar estimativas e posições de modo a assegurar que cada parte compreenda e considere as contraposições e avaliações distintas; desestimular propostas que possam atrapalhar as negociações ou que pareçam irrealistas e insatisfatórias; encorajar as partes a obter mais recursos e informações;[39] e, em determinados casos, sugerir possibilidades de resolução que estimulem as partes a elaborar opiniões próprias. De certa forma, todas essas atividades envolvem um certo tipo de avaliação ou julgamento por parte do mediador e podem influenciar na direção da conversa[40]. Entretanto, se tanto a motivação como o resultado dessas atividades é estimular as partes a avaliarem e tomarem suas próprias decisões, então elas se encaixam mais em uma orientação facilitadora do que em uma avaliadora[41].

Um mediador passa a ser "avaliador", no sentido de não se enquadrar no mapa da mediação, quando se identifica ou age como um avaliador (orientação avaliadora) ou quando manifesta uma opinião sobre o que seria mais justo ou qual seria o resultado judicial mais provável em um determinado ponto da disputa (conduta avaliadora). Esse tipo de orientação e de conduta pode impedir que as partes avaliem autonomamente as suas alternativas na negociação (por exemplo, a sua BATNA[42], WATNA[43] ou EATNA[44]) e

---

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

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

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

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

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

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

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

decidam qual o melhor ou o mais justo resultado do conflito para elas. A linha que separa o mediador que propõe uma solução "justa" e em consonância com uma eventual decisão do tribunal de um mediador que testa a efetividade real de uma proposta das partes e do resultado judicialmente provável é tênue[45]. Ainda assim, esta linha existe, como ilustra o exemplo a seguir.

Em uma mediação de um divórcio, uma das partes propõe um acordo segundo o qual a criança fará uma viagem de uma hora, tanto para ir como para voltar da escola. O mediador intervém: "*Essa é uma longa viagem."* Esse comentário poderia indicar uma orientação avaliadora, se feito como um julgamento ou se seguido da pergunta: *"Por que vocês não pensam numa outra idéia*?" Por outro lado, esse mesmo comentário poderia ser totalmente apropriado à situação, se feito de forma natural e se seguido das perguntas: "*Vocês consideraram esse aspecto da proposta? Isto funcionará para a criança?"* Julgamentos disfarçados e opiniões em forma de perguntas não os tornam mais fracos. Se a orientação e o tom do mediador forem avaliadores, uma pergunta provavelmente será recebida como uma opinião ou um julgamento. Já em uma mediação facilitadora, fazer perguntas pode reafirmar a responsabilidade das partes pela avaliação.

D. Regulação da Conduta do Mediador.

O amadurecimento de uma profissão cria a necessidade de uma auto-regulação por parte de seus profissionais[46]. Códigos éticos são elaborados e exigências educacionais são estabelecidas. A mediação, por sua vez, permanece em um estágio inicial. Talvez o atual debate, que envolve a orientação facilitadora e a avaliadora, indique que a mediação esteja passando da infância para a adolescência, uma fase na qual a profissão passa a procurar por uma identidade própria. Se assim for, uma boa resolução desta discussão pode indicar o início de uma nova era.

Esse debate tornou-se ainda mais importante[47] devido aos recentes esforços feitos para estudar a necessidade de elaboração de uma lei que proponha um modelo para a mediação[48]. Se um estatuto legal permitir que os mediadores assumam uma orientação avaliadora, ele acabará com a noção de mediação baseada na autonomia das partes[49].

---

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

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

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

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

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

1. Regulação no passado: o "abrigo insensato"

A metáfora do "abrigo insensato" referente à regulação que se desenvolveu na mediação está em consonância com a experimentação e a inovação que acompanham o nascimento de quase todo processo novo. Respeitando o debate entre avaliação e facilitação, os planos de regulação refletem o retrato da mediação feito pelo Gráfico Riskin. Três principais modelos de regulação[50] ilustram as concepções predominantes sobre a orientação do mediador.

a. O mediador como um facilitador.

A Comissão para Resolução Alternativa de Disputas da Carolina do Norte[51] promulgou o "Manual de Conduta Profissional para Mediadores", que proíbe a avaliação por parte do mediador. O Manual afirma que "*o mediador deve abster-se de julgar diretamente as questões envolvidas na disputa*"[52]. Enquanto permite aos mediadores "*levantar perguntas"* e *"fazer sugestões"*, o Manual proíbe que eles "*tomem decisões pelas partes, exprimam suas opiniões e dêem conselhos que indiquem uma posição a respeito das propostas envolvidas na disputa*"[53].

b. O mediador como facilitador e depois como avaliador.

Em 1981, a Califórnia tornou-se o primeiro estado da Federação a ordenar que disputas que envolvessem custódia de filhos fossem decididas com auxílio da mediação[54]. Segundo o estatuto legal, o mediador precisa avaliar as necessidades e interesses da criança envolvida na controvérsia.[55] Se as partes não conseguirem chegar a um acordo, o mediador pode sugerir uma proposta de custódia à corte ou então recomendar que o Estado investigue a situação[56]. Nesse caso, o mediador começa como um facilitador e transforma-se em um avaliador na medida em que as partes não conseguem resolver a disputa.[57]

c. O mediador como avaliador.

A normas da Corte de Michigan prescrevem a mediação.[58] A corte normalmente seleciona três avaliadores de um painel de advogados, que, após uma argumentação

---

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

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

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

[53] Idem.

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

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

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

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

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

limitada e uma curta apreciação de documentos escritos, profere um julgamento em forma de compensação financeira. A decisão do avaliador não obriga as partes e não pode ser usada como evidência no tribunal. A parte que rejeitou o decisão deve, porém, rever a sua posição perante o tribunal. Caso contrário, pode vir a sofrer certas sanções. Esse processo, conhecido como "mediação Michigan", possui tantas semelhanças com a arbitragem não vinculante que denominá-lo de "mediação" parece constituir um erro.[59]

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

Em termos nacionais, três organizações de profissionais de resolução de disputa – a *American Bar Association Sections of Dispute Resolution and Litigation (ABA)*, a *Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR)* e a *American Arbitration Association (AAA)* – desenvolveram e adotaram os Padrões Conjuntos entre 1992 e 1994[60]. Estes foram um esforço pioneiro na padronização nacional da mediação[61].

De acordo com os Padrões Conjuntos, a mediação baseia-se no princípio da auto-determinação das partes.[62] Em relação ao debate avaliação-facilitação, os Padrões Conjuntos determinam que os mediadores não devem dar conselhos às partes.[63] O comitê principal indicou que a conduta do mediador deve estar voltada primordialmente para ajudar as partes a achar uma solução própria. Além do mais, os *Comentários aos Padrões Conjuntos* lembram que, ao aconselhar as partes, o mediador está exercendo uma outra função e, dessa forma, deveria avisá-las sobre sua nova postura. [64]

3. Tentativas estaduais de esclarecer a função do mediador.

A tendência atual, entre os Estados que possuem comissões destinadas a regulamentar a prática da mediação, é restringir as condutas avaliadoras dos mediadores. Estas tentativas, porém, sofrem uma forte resistência imposta pelos advogados-mediadores. O exemplo a seguir ilustra a situação.

---

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

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

[61] Idem, em 476-477.

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

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

[64] Idem, em n.74.

a. Virgínia

Um estatuto de Virgínia define a mediação como um processo no qual um terceiro neutro facilita a comunicação entre as partes mas não toma decisões nem impõe uma solução para a disputa.[65] O Departamento de Serviços de Resolução Alternativa de Disputas desse estado reconheceu que a mediação, por permitir que as partes alcancem uma solução própria, é diferente de outros processos de resolução de disputa.[66] O Estatuto de Ética e Responsabilidade Profissional para Mediadores, que acaba de ser adotado, deixa claro que a auto-determinação é parte fundamental da mediação e que a função primordial do mediador é facilitar uma resolução voluntária das partes.[67] O mesmo Estatuto reconhece, porém, a necessidade de haver entre os mediadores uma "*flexibilidade no estilo e no processo*". Dessa forma, exige-se que o mediador descreva o seu estilo para as partes. Estas devem aceitar e concordar com o que lhes foi apresentado.[68] É interessante apontar que, atualmente, profissionais que promovem acordos por meio da avaliação não são reconhecidos como mediadores pelo Departamento, recebendo denominações diversas.[69]

b. Flórida

O estatuto da Corte Suprema da Flórida proíbe que os mediadores tentem prever a decisão que um determinado juiz tomaria se apresentado à disputa.[70] Enquanto outras regras garantem ao mediador amplos poderes de avaliação, o Painel Consultivo de Qualificações do Mediador, elaborado no estado, assume uma visão mais estrita ao proibir qualquer avaliação e qualquer tipo de aconselhamento legal por parte dos mediadores.[71]

Essa interpretação gerou muita controvérsia.[72] De acordo com uma pesquisa informal (e relativamente pequena) elaborada junto a advogados em Hillsborough County,[73] há uma certa preferência pelos mediadores que avaliam o caso e o provável posicionamento da corte. Alguns mediadores também contestam a posição estrita do Painel. Dessa forma,

---

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

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

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

[68] Idem.

[69] Ver Telephone Interviews with Geetha Ravindra, Director, Dispute Resolution Services, Supreme Court of Virginia (Mar. 1997 and Jan. 1998)

[70] Ver Fla. R. for Certified and Court-Appointed Mediators 10.090(d). Ver Robert B. Moberly, Ethical Standards for Court-Appointed Mediators and Florida's Mandatory Mediation Experiment, 21 Fla. St. L. Rev. 701 (1994).

[71] Ver Risette Posey, Latest MQAP Advisory Opinions, Resol. Rep., Oct. 1995, at 2-5, 14-16 (Mediator Qualifications Advisory Panel Op. 95-002, 95-005).

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

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

o Comitê para Mediação e Arbitragem da Corte Suprema da Flórida está considerando reformular a legislação de uma maneira tal que possibilite a avaliação, desde que esta não interfira na auto-determinação das partes.[74] Uma interpretação possível dessa situação é aquela que indica que os advogados possuem um poder de lobby suficiente para empurrar a mediação de volta ao sistema litigioso. Sistema este no qual eles se sentem confortáveis e indispensáveis.[75]

c. Texas

No Texas, um estatuto de RAD define a mediação como sendo um processo no qual uma pessoa neutra não impõe o seu julgamento às partes, mas apenas facilita a comunicação e o entendimento entre elas.[76] As Regras Éticas para Mediadores *(Ethical Guidelines for Mediators)*, determinadas pela Seção de Resolução Alternativa de Disputas do Estado do Texas[77] (*Alternative Dispute Resolution Section of the State Bar of Texas)*, afirma que o mediador não deve "*aconselhar legal ou profissionalmente as partes*"[78] e deve encorajá-las a procurar aconselhamento profissional.[79] Alguns mediadores, porém, não obedecem essas normas. Na prática, as partes freqüentemente esperam que o mediador avalie os méritos do caso. Essa atitude é ainda mais intensa em casos ligados a cortes, nos quais os advogados impõem o seu domínio.

d. Minnesota

O estado de Minnesota caminha, com a chamada "mediação avaliadora", em direção contrária àquela demonstrada pelos exemplos anteriores. A norma 114 da Suprema Corte do estado[80] determina que as partes considerem uma RAD em todos os casos civis de disputa. Essa determinação alterou substancialmente a pratica jurídica em Minessota[81]. Tanto a definição de "mediação"[82] como o direcionamento do treinamento[83] feitos na norma

---

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

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

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

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

[78] Idem.

[79] Idem.

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

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

[82] A mediação é definida na Norma 114 como: "(um) *fórum no qual uma terceira parte neutra facilita a comunicação entre as partes de forma a promover o acordo. Um mediador não deve impor às partes o seu próprio julgamento a respeito das questões da disputa.* Minn. Gen. R. Prac. Dist. Ct. 114.02(a)(4).

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

114 sugerem que a mediação é um processo de facilitação no qual as partes possuem um elevado grau de auto-determinação.[84] Na prática, porém, acontece algo diferente.

Após diversos debates sobre a ética no direcionamento do mediador, a Comissão de exame da RAD recomendou que a Suprema Corte adotasse a seguinte postura no Código Ético da mediação: "*O mediador pode opinar sobre os pontos fortes e fracos do caso. É aceitável que o mediador opine em resposta às necessidades das partes, desde que ele não as obrigue a aceitar qualquer tipo de proposta*."[85] Essa linguagem foi aceita pela Suprema Corte. Um estudo sobre os advogados de Minnesota indicou que a maioria deles quer que o mediador dê sua opinião em questões em que há impasse. Eles acreditam que isso pode ajudar a resolver o caso.[86]

Esses acontecimentos trouxeram certa preocupação aos especialistas de RAD de Minnesota, pois "*o modelo de mediação continua a se encaixar na tradicional cultura legal*",[87] podendo até se tornar indistinguível da avaliação neutra ou das conferências de acordos[88] judiciais. Se isso acontecer, "*nem os advogados nem seus clientes virão a se beneficiar da RAD"*.[89]

Como demonstram os exemplos acima, diferentes legislações estatais tornaram confuso o sentido da palavra "mediação". Uma regulamentação única e uniforme traria enormes vantagens ao cenário atual. Uma concepção única da mediação pode impedir que os benefícios trazidos por ela sejam diluídos ou esvaziados. Se a função do mediador fosse entendida como sendo diferente das outras efetuadas por uma terceira parte, então as partes disputantes e os seus representantes saberiam mais precisamente o que esperar de um mediador. Isso facilitaria a sua escolha entre os diferentes processo de RAD. Também seria mais fácil criar painéis, regras e procedimentos disciplinares para a categoria. Educadores teriam objetivos mais claros ao ensinar a mediação para seus alunos.[90] Uma abordagem consistente no sentido de uniformizar o entendimento da mediação no país promoveria ações e valores desse tipo.[91]

---

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

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

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

[87] Idem, 392.

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

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

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

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

Não se deve esquecer, porém, que a regulamentação também possui seus riscos. Ela pode limitar o horizonte de trabalho, inibir inovações e debates e reprimir o pluralismo[92]. Mas o que é pior: um estatuto uniforme poderia padronizar a mediação de uma forma tal que afastasse o seu principal objetivo: resolver disputas com base no principio da autodeterminação das partes.[93]

Existe, no entanto, a necessidade de uma regulamentação nacional. O Gráfico Riskin, ao ampliar demasiadamente as possibilidades de orientação para o mediador, acabou por impor um constante estado de desregulação. De acordo com o Gráfico, praticamente todos que oferecem serviços de RAD podem chamar a si mesmos de "mediadores".[94] Essa falta de clareza na definição mostra-se um importante obstáculo à elaboração de um regulamento nacional.

III. Como chegamos a tal ponto?

A. As origens da RAD

A mediação e a arbitragem existiram por toda a história.[95] Para o movimento americano moderno de RAD[96], a Conferência Pound de 1976 constitui um dos pontos centrais.[97] Esse encontro de teóricos e profissionais jurídicos, presidido pelo Chefe de Justiça Warren Burger, dedicou-se a discutir a insatisfação pública com o sistema de justiça.[98] Na Conferência, o Professor Frank Sander apresentou uma visão diferente da justiça norte-americana segundo a qual "*as cortes possuem muitas portas*", algumas levando ao litígio e outras levando a processos alternativos.[99]

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

---

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

[93] Ver Stulberg, supra note 49.

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

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

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

[97] Idem, 309.

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

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

com as disputas litigiosas: "*Nosso sistema é muito caro, muito doloroso, muito destrutivo e muito ineficiente para um povo realmente civilizado*"[100]. Alguns anos depois, Derek Bok, o presidente de Harvard, expôs o seguinte pensamento:

> *"Eu acredito que, nas próximas gerações, as maiores oportunidades da sociedade estarão baseadas nas inclinações humanas à colaboração e ao compromisso, e não nas nossas tendências à competição e à rivalidade. Se os advogados não forem os líderes e orientadores dessa cooperação, então eles certamente não estarão no centro das mais criativas experiências sociais de nosso tempo". [101]*

Esse comentário demonstra perfeitamente a excitação causada pelo desenvolvimento de processos alternativos de resolução de disputas. A mediação, um desses processos, tinha como idéia central um princípio básico que a diferenciava radicalmente das disputas judiciais: na mediação, as partes controlavam por si próprias o resultado da disputa. Ou seja, a decisão emanava das partes e não de uma corte ou da sociedade. Já nos litígios judiciais, a decisão era tomada por um terceiro que aplicava as regras e padrões sociais ao caso particular.[102] Dessa forma, nota-se que estes dois paradigmas de resolução de disputas diferem fortemente, apesar de ambos possuírem argumentos e raciocínios convincentes.

Manter a integridade das alternativas ao processo adjudicador garante o "pluralismo de processos" em nosso sistema de resolução de disputas.[103] Recentemente, Frank Sander observou que "*a mediação é o gigante adormecido da RAD, pois difere totalmente de um julgamento e de uma decisão arbitral*"[104]. Se o paradigma utilizado na mediação for o mesmo que o destes processos, então o gigante adormecido pode se transformar em nada mais do que um mero anão superestimado.[105]

B. Ensinamentos da arbitragem

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

---

[100] Supra note 99.

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

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

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

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

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

hegemônica. Em seu desenvolvimento, a arbitragem assumiu problemas similares àqueles do litígio judicial e perdeu diversos elementos que a tornavam atraente em seu início.[106]

No processo arbitral, as partes concordam em submeter a sua disputa a uma terceira parte neutra.[107] A decisão desta é vinculante e definitiva. O processo foi desenvolvido como um meio rápido e informal de resolver questões de áreas específicas recorrendo a especialistas dessas áreas. Associações de mercadores e artesãos e a indústria marítima usavam da arbitragem já no século XIV e na colonização da América.[108] A ausência de revelações complicadas e caras, de regras arcaicas de evidências e de um processo recheado de apelações indicava que as partes podiam atingir uma decisão rápida e definitiva proferida por um especialista confiável e, assim, prosseguirem com seus negócios. Os árbitros,[109] que pertenciam a uma categoria de especialistas em determinadas áreas ou então eram comerciantes experientes nos costumes daquelas indústrias, tomavam suas decisões baseados na igualdade, na justiça e na prática industrial, ao invés de se prenderem aos precedentes legais. A arbitragem provou, ao oferecer flexibilidade, rapidez e justiça, o processo de escolha da RAD.

Com o passar do tempo, porém, os advogados começaram a se integrar mais ao processo de arbitragem e as operações começaram a se tornar mais complicadas. Assim, o processo ficou cada vez mais regulado por normas, tornando-se lento e complexo. Por exemplo, a prática da arbitragem comercial em âmbito internacional deixou de ser um compromisso informal para se tornar um litígio *offshore*.[110] Na arbitragem trabalhista, criou-se uma tendência ao legalismo, causada, pelo menos em parte, pelo hábito que os advogados possuem de utilizar elementos comuns em cortes judiciais, como a formalidade, as objeções, as transcrições, as cartas e as citações de casos.[111]

A arbitragem tornou-se algo tão aborrecedor que muitos advogados acham mais fácil e menos perigoso ir ao tribunal.[112] A velocidade e os menores custos, benefícios tradicionais

---

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

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

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

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

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

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

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

da arbitragem, não são mais uma realidade tão clara. Estudos indicam que algumas arbitragens demoram[113] e custam mais[114] do que o litígio judicial. Um caso que envolvia uma disputa de contrato básica demorou sete anos e custou aproximadamente U$100 milhões, além de envolver várias rodadas de litígio colateral.[115] Embora exemplos desse tipo sejam incomuns, eles indicam uma tendência à complexidade e aos altos custos. Por lembrar cada vez mais o processo litigioso, a arbitragem passou a perder popularidade.[116]

Evidências sugerem que algumas das forças que empurraram a arbitragem para o campo do litígio são as mesmas que agora empurram a mediação em direção semelhante.[117] Se isso se concretizar, outro processo alternativo ao litígio terá falhado.

C. A transformação da mediação

Antigamente, um conceito claro guiava a mediação.[118] O professor Lon Fuller, em uma definição clássica, expôs claramente o aspecto que distingue a mediação: "*a qualidade central da mediação é reorientar as partes ao encontro uma da outra, não pela imposição de regras, mas ajudando-as a atingir um novo entendimento de sua relação. Esse entendimento comum redirecionará suas atitudes e disposições, levando uma ao encontro da outra*"[119]. É essa a orientação que torna a mediação diferente de qualquer outro processo de resolução de disputas.

Hoje em dia, a mediação se transformou. "Mediação-avaliadora"[120], "mediação-litigiosa"[121] e "mediação Michigan"[122] são processos nos quais uma pessoa neutra pode

---

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

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

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

[116] Ver idem, 56. (declarando que cortes federais não adotaram um único programa de arbitragem desde 1991, enquanto o uso da mediação continua a se expandir). Ver também Holden, supra note 112, at 18 (declarando que a arbitragem era a forma dominante de RAD há uma década atrás e notando uma insatisfação corrente com a arbitragem).

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

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

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

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

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

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

servir como um árbitro e no qual os participantes continuam a ostentar suas posturas adversárias. Esses processos possuem tão pouco em comum com o conceito básico da mediação que parece um erro grave acomodar todos eles sob a mesma denominação terminológica. Instituições, obviamente, mudam e evoluem. Mas uma modificação que transforme as suas características fundamentais deve trazer consigo uma alteração na sua nomenclatura. Não chamamos, por exemplo, as borboletas de lagartas.[123]

A crescente aceitação de procedimentos avaliadores na mediação, como uma forma de sugerir os limites dos acordos e indicar os resultados mais justos ou os mais provavelmente atingidos em uma corte[124], traz à tona algumas das mesmas preocupações encaradas na arbitragem. Se a mediação transformar-se em uma corte, ou seja, um processo no qual uma terceira parte toma as decisões, ela torna-se mais arriscada e imprevisível. Neste caso, as normas, os procedimentos e as salvaguardas da corte tradicional são mais atraentes.[125] A única forma de afastar esse dilema é reter a mediação firme aos seus princípios iniciais.

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

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

Com a evolução da mediação,[126] surgiram dois contextos distintos para a sua prática. O primeiro deles consiste na mediação "não-legalizada" e voluntária, voltada para a resolução de disputas em comunidades,[127] escolas, negócios, instituições, famílias[128] e questões trabalhistas[129]. Nesses ambientes, o mediador facilita a comunicação e o

---

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

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

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

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

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

[128] A mediação do divórcio começou como uma alternativa "não-legalizada" ao litígio utilizada antes da abertura de um processo judicial. Hoje em dia, é normal que haja diversos casos de família ligados à corte que sejam encaminhados para a mediação. Para uma discussão geral da mediação no contexto das leis da família, ver John Haynes, Divorce Mediation (1981). Ver também Craig A. McEwen et al., Bring in the Lawyers: Challenging the Dominant Approaches to Ensuring Fairness in Divorce Mediation, 79 Minn. L. Rev. 1317 (1995). Ver de modo geral Trina Grillo, The Mediation Alternative: Process Dangers for Women, 100 Yale L.J. 1545 (1991) (criticando o uso da madiação em questões de divórcio). O processo avaliador descrito por Gillo não é uma forma de mediação apoiada pelas autoras.

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

entendimento entre as partes e procura encontrar opções que sejam benéficas a ambos os lados. Em um outro contexto, tribunais[130] introduziram a mediação em uma ampla gama de casos.[131] Nestas mediações "legalizadas", os mediadores freqüentemente recebem o treinamento como advogados e acabam por retornar à sua orientação adversária original, analisando os méritos legais do caso para avançar no acordo[132]. Apesar de vários mediadores também serem treinados em técnicas de facilitação, a avaliação do caso domina a sua prática[133]. Essa experiência "legalizada" lembra mais a arbitragem não vinculante do que propriamente a mediação. Ela não só não reorienta as partes ao encontro uma da outra como também não encoraja a colaboração entre as partes como forma de solucionar o problema. Ao invés disso, fornece um espaço para uma avaliação feita por um terceiro neutro.[134]

Uma das razões que estimula os mediadores a utilizarem uma orientação avaliadora em casos ligados a tribunais é a crença difundida entre eles de que as partes esperam (ou a justiça requer) um resultado semelhante àquele que seria produzido em um litígio judicial.[135] A preocupação de que a mediação ordenada pela corte não intensifique as desigualdades existentes entre as partes nem beneficie a parte mais sofisticada, mais poderosa e com mais conhecimento também apóia uma orientação avaliadora, em detrimento de uma facilitadora.[136]

---

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

[131] Ver Lande, supra note 7, at 858 (declarando que o principal objetivo da mediação no início do atual movimento de RAD era dar mais poder às partes, particularmente em um contexto mais próximo. Com o crescente envolvimento de advogados e tribunais na década de 80, a ênfase passou a ser dada à elaboração do acordo e às técnicas de mediação mais avaliadoras e diretas). Lande parece empregar as palavras "avaliadora" e "direta" em um mesmo sentido, mas nós não o fazemos. Um mediador pode ser "direto" e ainda assim respeitar as decisões do processo sem avaliar o caso ou sugerir soluções.

[132] Normas de tribunais que regulam os painéis de mediadores freqüentemente encorajam profissionais que possuem uma orientação avaliadora. Por exemplo, no Distrito do Sul do Texas, um grupo responsável pelo planejamento e pela implementação de um plano para redução de custos e demora nas cortes federais (em acordo com o Ato de Reforma da Justiça Civil) exigiu que os mediadores sejam licenciados na prática jurídica por no mínimo dez anos. Ver U.S. Dist. Ct. R. S.D. Tex. 20. No Distrito Leste de N.Y., normas de procedimento que regulamentam o programa de mediação exigem que o profissional seja um especialista na área jurídica em que atua; seja a cinco anos membro da *BAR*; e tenha sido previamente admitido para a prática. Não há nenhuma exigência sobre treinamento ou experiência na mediação. Ver U.S. Dist. Ct. E.D. N.Y. Local Civ. R. 83.11(b)(2)(a) (proposta em 1997, sujeita a um período de 60 dias de notificações e comentários). Ver também id. at 83.11(b)(5)(a) (permitindo o mediador oferecer "sugestões específicas para o acordo"); id. at 83.11(b)(5)(d) (exigindo que o mediador ofereça uma "avaliação escrita do caso" ao final de cada sessão de mediação). Essas regulamentações caracterizam o mediador como um especialista em avaliação do caso que oferece seu serviço protegido pelo rótulo da "mediação".

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

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

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

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

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

Por fim, tribunais poderiam implementar mecanismos que assegurassem a barganha das partes com o conhecimento de seus direitos legais. Por exemplo, um projeto do Programa de Mediação do Tribunal de Nova York ordena que sejam dadas informações legais escritas e que seja disponibilizado um conselheiro legal para os participantes da mediação. Assim, proprietários e inquilinos negociam tendo acesso à informação sobre seus direitos e sobre os possíveis resultados de um litígio judicial. Os mediadores desse programa destacam esse serviço desde o inicio e encorajam, durante as sessões, as partes a procurarem informações e conselhos que acharem necessários.[137]

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

Alguns defendem a mediação avaliadora argumentando que as partes normalmente esperam isso do mediador.[138] Em casos ligados a tribunais, advogados atuam somente em benefício de seus clientes.[139] Estudos indicam que os advogados possuem uma preferência por mediadores que avaliem o caso, que tenham experiência litigiosa e que sejam especializados no tema da disputa.[140] Isso, obviamente, não é nenhuma surpresa. Assim como a maioria das pessoas, os advogados sentem-se mais confortáveis em situações que conhecem bem. Ora, advogados estão acostumados a falar em defesa de seus clientes e a

---

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

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

[139] Ver Lande, supra note 4.

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

apresentar argumentos sobre os méritos do caso. Dessa forma, nada mais natural do que sua tentativa de empurrar a mediação de volta ao paradigma da adversariedade.[141]

Se a regulação não exigir que os mediadores mantenham-se dentro de certos parâmetros facilitadores, eles (os mediadores) acabarão por alterar o processo de forma a atender as expectativas dos consumidores (advogados, na maioria dos casos). Ironicamente, um equilíbrio entre oferta e procura poderia ocorrer se os mediadores oferecessem tanto a mediação como a avaliação neutra, desde que diferenciassem um serviço do outro em cada situação. Com uma definição mais clara dos processos, os advogados poderiam aprender mais sobre a mediação e vir assim a conhecer melhor o seu valor enquanto processo puramente facilitador.[142]

Da mesma forma, as partes freqüentemente não possuem informação suficiente que lhes permita escolher entre uma opção avaliadora e outra facilitadora. Essa atração causada pela avaliação deve-se, em parte, ao predomínio do paradigma da adversariedade, mais familiar e hegemônico do que o da facilitação.[143] Dadas as informações adequadas, a educação correta e as opções disponíveis, as partes e seus advogados poderão vir a escolher a mediação facilitadora.[144] O atual déficit de informação sobre a mediação e sobre as diferenças entre ela e outra formas de RAD invalidam o argumento do livre mercado.

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

Apesar de várias jurisdições terem criado uma gama de processos entre os quais os disputantes e seus advogados podem escolher, a mediação tornou-se a opção mais popular, ou pelo menos a mais disponível.[145] A mediação, porém, ao invés de permanecer um processo diferenciado, incorporou características da avaliação neutra e da arbitragem consultiva. Talvez a explicação para essa transformação esteja no bom trabalho dos

---

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

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

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

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

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

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

mediadores-facilitadores, que criaram um produto valioso, atraindo, assim, profissionais que ofereciam serviços avaliadores e que estavam interessados em vendê-los sob o mesmo rótulo.[146]

Um estudo feito há dois anos nos tribunais de Nova York indicou que o termo "mediação" possui uma "variedade extraordinária" de usos.[147] O relatório reconhece a existência de uma necessidade crítica de se uniformizar os padrões e as definições dos processos de RAD.[148] Sobre a confusão de termos e nomes, o relatório constata que "desconhecer as fronteiras entre a mediação, a avaliação neutra e a arbitragem pode trazer conseqüências nefastas."[149] Impossibilitar as partes de saber o que esperar do processo e impedir a parte neutra de entender o que é ser um bom profissional estão entre essas implicações.[150] O relatório afirma ainda que "mediadores não deveriam aconselhar os litigantes de acordo com a lei ou com os eventuais resultados em uma corte"[151], atividades estas praticadas pelos mediadores-avaliadores de acordo com o Gráfico Riskin.

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

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

Qualquer atividade que ponha em risco as propostas fundamentais de um empreendimento deve ser evitada. A participação das partes, a colaboração criativa entre elas e o resultado "ganha-ganha" são objetivos e princípios que sustentam a mediação.[152] Um mediador avaliador coloca essas propostas em risco e, dessa forma, dificulta o desenvolvimento da mediação como uma alternativa ao paradigma da adversariedade.

---

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

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

[148] Ver id. at 7.

[149] Ver at 37.

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

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

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

A. A participação das partes e o processo de decisão

1. A participação das partes

A participação das partes e as decisões por elas feitas caracterizam a mediação. Esses aspectos resultam em um grande nível de satisfação com o processo e garantem um resultado construído unicamente pelos interesses e pelas peculiaridades das partes.[153] Além do mais, geram níveis impressionantes de comprometimento das partes para com a solução por elas elaborada. A mediação avaliadora põe em risco esses benefícios, pois ela minimiza a participação das partes, inclina o resultado em direção à provável decisão de um tribunal e diminui o comprometimento das partes com a solução final, já que esta provém mais do agente neutro do que propriamente das partes.[154]

Se a pessoa neutra assumir uma orientação ou uma função avaliadora, as partes, ao invés de voltarem seus esforços para a criação de soluções próprias, passarão a tentar influenciar o responsável pelas decisões. A maioria dos mediadores-avaliadores não dá espaço para a autodeterminação ou para um melhor entendimento entre as partes. Eles buscam somente a apresentação de provas e argumentos, da mesma forma que fazem os advogados. Neste caso, advogados experientes tornam-se, em detrimento das partes, as personagens principais da disputa. A avaliação neutra torna-se o principal foco do conflito, em detrimento das decisões feitas pelas partes. Essa "advocatização" da mediação não só minimiza a participação das partes como também exige que o mediador seja, antes de tudo, um bom avaliador. Essa mudança na função do mediador diminui a importância das habilidades necessárias para promover a autodeterminação e a participação construtiva das partes.

Na prática, se a mediação passa a priorizar a avaliação neutra, a participação das partes perde em importância. Por exemplo, o Programa *CAMP (Civil Appeals Management Plan of the United States Court of Appeals for the Second Circuit)* utiliza equipes de advogados como mediadores para avaliar os pontos fortes e as fraquezas do caso de cada parte. Esse programa não espera nem exige a participação das partes, apesar de os mediadores poderem convidá-las a presenciar a conferência.[155] Em algumas situações

---

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

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

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

nas quais predomina a mediação avaliadora, mediadores simplesmente dispensam a participação das partes. Os advogados, porém, participam freqüentemente e têm facilidade para entender os procedimentos. Como conseqüência, as partes, que normalmente possuem pouca experiência com a mediação, permanecem desconhecendo o processo. Alguns mediadores conduzem toda a sessão de uma forma que lembra uma convenção partidária, obstruindo qualquer comunicação entre as partes.[156] Essas práticas não dão suporte a uma significante participação das partes.

Se a avaliação do mediador fosse totalmente não-coercitiva e não prejudicasse a participação das partes, então obviamente a mediação avaliadora não estaria em conflito com autodeterminação das partes.[157] Entretanto, vários processos de RAD dependem da potência e do impacto da avaliação neutra pra serem eficazes.[158] Deve-se reconhecer que, em alguns casos, as partes possuem o discernimento e os recursos para entender que a avaliação do mediador é só mais uma informação disponível. Mas estes casos são raros. Além do mais, é impossível prever ou determinar o impacto exato das palavras. Dessa forma, se a condição para avaliar o caso é não interferir ou influenciar a autodeterminação das partes, então certamente o caminho mais seguro é não fazer nenhuma avaliação.

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

---

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

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

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

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

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

Por fim, a avaliação do mediador pode trazer conseqüências adversas à sua neutralidade. Se a avaliação for considerada errada ou prejudicial por uma das partes, esta pode prontamente se retirar do processo de mediação. Há vários anos atrás, os árbitros de pequenas causas da Corte Civil de Nova York eram instruídos a não deixar que as partes tomassem conhecimento de suas decisões,[159] pois a corte não tinha funcionários suficientes para proteger os seus árbitros da fúria das partes desapontadas nem possuía tempo para permitir que eles ficassem ouvindo argumentações sem fim. Essa anedota[160] destaca as reações típicas a decisões desfavoráveis: raiva, desafeição e alienação. Todas elas desestimulam uma participação construtiva das partes.

2. Fluxo de Informação

Um mediador habilidoso aumenta e enriquece a base de informações a partir da qual as partes tomam as suas decisões. Dessa forma, ele garante um maior entendimento entre as partes e assegura que soluções melhores sejam encontradas. Na polarização e no isolamento criados pela dinâmica adversária, as partes freqüentemente não compreendem as percepções, atitudes, ações, interesses e valores sustentados pelo outro lado envolvido na questão. Mediadores aumentam a quantidade de informação e elevam o grau de confiança a ela conferido, utilizando sua neutralidade e os benefícios de uma solução "ganha-ganha" como argumentos para estimular uma maior abertura das partes. Eles também reduzem as barreiras estratégicas e cognitivas que podem impedir um acordo.[161] A denominação

---

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

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

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

"barreiras estratégicas" inclui táticas familiares à barganha competitiva, tais como: ocultar informações que sejam desvantajosas ao valor pedido; insistir em posições extremas e ser inflexível em relação a concessões importantes; tentar distrair o oponente[162]. Já "barreiras cognitivas" incluem uma variedade de fenômenos cognitivos[163] que, ao operar no ambiente do conflito, resultam na distorção da informação e em resultados imperfeitos.

Como os mediadores fazem para aumentar e enriquecer a base de informações? Eles agem de forma a assegurar às partes que o compartilhamento de informação traz pouco ou nenhum risco. Como o mediador não avalia nem toma decisões, as partes não possuem motivo para assumir a mentalidade tradicional ou para utilizar estratégias típicas de situações que envolvem o compartilhamento de informação com um avaliador. Trabalhar com um profissional deste tipo requer um sistema de pensamento adversarial. As estratégias para essas situações envolvem: apresentar informações no momento mais propício para si mesmo e da maneira mais prejudicial ao seu oponente; manter e esconder informações que podem inclinar o avaliador a decidir de forma favorável a seu oponente; não elaborar ofertas ou acordos, inclusive ofertas favoráveis, tendo em vista que o avaliador pode interpretar tal atitude como um sinal de endividamento para com a outra parte. Se ao final do processo o mediador tiver que proferir uma avaliação, então ele não pode esperar receber informações diferentes daquelas que seriam compartilhadas em um procedimento adversarial. Isso fica ainda mais evidente quando as partes envolvidas possuem total domínio e conhecimento do processo. Dessa forma, o mediador-avaliador é incapaz de estabelecer uma base de informações sobre a qual possam ser construídas resoluções do tipo "ganha-ganha".

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

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

---

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

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

acordo por meio do fluxo de informações e da remoção e redução das distorções cognitivas da informação.[164] Mediadores não deveriam sacrificar essa dimensão crítica assumindo um papel avaliador.

3. Criando a resolução de problemas.

Uma orientação avaliadora do interventor neutro tende a reproduzir o processo adversarial e a colocar as partes em posições contrárias.[165] As posturas, tanto defensivas como ofensivas, que resultam desse processo inibem a colaboração e a criatividade.

Teóricos de métodos de resoluções criativas de problemas recomendam que as partes separem o processo de criar opções do processo de escolher as opções.[166] Esse conselho deriva da constatação de que o julgamento prematuro das opções desenvolvidas interfere no processo criativo das partes. A afirmação de Albert Einstein de que "os problemas importantes que enfrentamos hoje não podem ser resolvidos com o mesmo nível de pensamento a partir do qual eles foram criados"[167] destaca a necessidade crítica de se promover graus maiores de pensamento e criatividade, coisa que um mediador-avaliador não pode fazer.

A forte energia e a intensa emoção que surgem em situações de conflito podem tanto causar sérios danos ao processo como também gerar mudanças e reestruturações criativas. O mediador deve agir de forma a elevar o diálogo de um patamar de recriminações e de acusações para um outro no qual prevaleçam a criação de opções e de idéias inovadoras. De fato, existem bloqueios de todos os tipos para a resolução de problemas.[168] A avaliação por um sujeito neutro vem adicionar mais um obstáculo. Se a mediação realmente for um processo orientado para que ocorra uma avaliação neutra, então essa própria orientação cria o maior obstáculo à criatividade.

---

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

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

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

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

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

B. Implicações da Justiça

1. Obtendo legitimidade e soluções de qualidade.

Diversos mecanismos garantem a legitimidade e a qualidade das decisões nos processos em que um interventor neutro toma decisões. As decisões dos juízes possuem legitimidade por causa do status que os magistrados possuem e porque elas estão sujeitas à influência das apelações. Os juízes também seguem normas procedimentais que garantem a apresentação de argumentos e de evidências pertinentes e excluem informações duvidosas. As decisões arbitrais são reconhecidas como legítimas porque as partes escolheram os árbitros e se submeteram contratualmente à decisão por eles tomada. Normalmente, pelo fato de os árbitros serem especialistas nos temas em questão, chega-se a soluções de alta qualidade.

Os mediadores, por sua vez, não possuem nem o aspecto legal do juiz nem são especialistas como os árbitros. Eles tampouco são revisados e corrigidos por algum tipo de apelação. Em regra, os mediadores não recebem o treinamento necessário para fazer decisões. Os programas de treinamento para mediação não ensinam a estimar a credibilidade, a pesar evidências, a determinar a quantidade adequada de provas ou a conduzir apropriadamente uma pesquisa. Além do mais, os mediadores assistem a discussões de acordos, que podem influenciar negativamente profissionais que talvez confundam generosidade com culpa.[169] Nem o treinamento nem a estrutura do processo transformam os mediadores em sujeitos ideais para tomarem decisões.

Quando um mediador opina sobre o resultado judicial mais provável ou analisa os méritos das reivindicações, surgem questionamentos sobre o conhecimento específico necessário para se dar uma opinião e sobre a obrigação de se fazer uma pesquisa antes de se proferir uma avaliação. A tendência de uma pessoa neutra chegar a conclusões erradas também é colocada em questão nesse caso. Atualmente, a confidencialidade e a imunidade do mediador protegem as suas eventuais opiniões "ruins" do julgamento público, o que resulta em uma falha grave na prestação de contas dos mediadores. Além do mais, a avaliação sobre o resultado judicial mais provável só poderia ser feita por aqueles que possuem tanto a habilidade na prática da mediação como o conhecimento apropriado e as credenciais necessárias na matéria legal da disputa.[170] Isso acaba por levar à ingrata conclusão de que apenas os advogados podem orientar a mediação, o que empurra mais uma vez este processo de resolução alternativa para o âmbito das normas adversariais.

---

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

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

2. Utilizando estratégias que se amoldam à função.

A estratégia básica dos mediadores é reunir as partes em um debate. Devido a obstáculos na comunicação entre as partes, juízes e árbitros não podem normalmente utilizar esse mesmo tipo de estratégia.[171] O sujeito neutro, ao receber evidências ou outras informações sem a presença de uma das partes, acaba por negar-lhe o direito de ouvir e confrontar os testemunhos que poderão ser utilizados contra ela.[172] As avaliações e opiniões possuem menos valor quando estão baseadas em evidências que não foram sujeitas à refutação por parte de todos os envolvidos na questão. Conseqüentemente, avaliações e opiniões que surgem da mediação podem possuir sérios desvios. Dessa forma, antes de "misturar" os processos, os sujeitos neutros devem avisar as partes e obter o seu consentimento a respeito do procedimento utilizado.

3. Abrindo várias portas

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

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

---

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

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

V. Conclusão

A. Um outro mapa

Esse artigo afirma que o mediador deve guiar-se por uma orientação facilitadora para ajudar as partes a criar uma solução que derive verdadeiramente da autodeterminação. O "mapa" abaixo descreve a orientação do sujeito neutro em vários processos de resolução de disputas e em tarefas e resultados a eles relativos.

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

Nesse gráfico, há uma grande divisão entre os processos que exigem uma orientação avaliadora e os processos nos quais o sujeito neutro atua como um facilitador. Os processos

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

Desrespeitar essa divisão acarreta algumas conseqüências:

1) Viajantes precisam possuir as qualificações e os equipamentos necessários para enfrentar o desafio ao qual eles se propõem. De mesma forma, um sujeito neutro não deveria assumir um papel para qual não está devidamente preparado. Além de conhecerem normas sobra a confiabilidade de evidências, sobre a descoberta de fatos, sobre a carga de provas e sobre a pesquisa e análise de dados legais, avaliadores deveriam ser advogados limitados por códigos de conduta profissional e vulneráveis a processos por má conduta. Em outros contextos, avaliadores deveriam ser especialistas no assunto concernente à disputa, de forma a oferecerem decisões e opiniões de alta qualidade.

2) Um viajante também deve arrumar de forma apropriada sua bagagem, descartando aqueles pertences que não serão usados, de acordo com o clima e os costumes do destino. Por exemplo, no terreno da facilitação, um mediador usa a reunião e o debate entre as partes como ferramentas, coisa que não poderia ser feita se ele fosse um avaliador ou um adjudicador. Ainda no campo da facilitação, um mediador obtém informações a respeito de suposições, sentimentos e perspectivas das partes, vendo com bons olhos a conversação entre elas, já que, dessa forma, percepções equivocadas e desentendimentos podem ser resolvidos. Do outro lado, em um terreno no qual imperam a avaliação e a adjudicação, a conversação é limitada, proibida ou relegada a segundo plano, pois é tida como uma fonte de influência negativa sobre aquele neutro encarregado de tomar as decisões.[173]

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

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

apropriadas a cada um desses processos. É óbvio que esse tipo de procedimento só deve ser usado quando as partes tiverem total conhecimento de suas premissas e quando elas estiverem de acordo a respeito da viagem na qual irão embarcar.[174]

B. Mantendo a promessa da RAD.

Em 1981, o Professor Joseph Stulberg escreveu: "*paradoxalmente, enquanto o uso da mediação se expandiu, um entendimento comum sobre o que constitui a mediação sofreu um enfraquecimento... É importante (...) identificar e clarear os princípios e dinâmicas que fazem da mediação um processo de resolução de disputas*".[175] Essa tarefa mostra-se, hoje, muito mais urgente. Sem um entendimento comum do que é mediação, será muito difícil desenvolver códigos de ética,[176] encontrar interventores neutros qualificados e desenvolver programas de treinamentos apropriados.

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

Uma orientação facilitadora do mediador não priva as partes de informações importantes sobre os seus direitos ou sobre outras normas sociais. Ela não impede que as partes tirem proveito do fato de contarem com alguém que pode exercer tanto a função de facilitador como o papel de conselheiro. Mediadores devem encorajar as partes a "jogar com um baralho cheio", ou seja, a obter informações sobre os seus direitos legais, sobre os prováveis resultados de uma decisão judicial e sobre qualquer outro área concernente à disputa.[177] Advogados e outros especialistas freqüentemente ensinam aos participantes de uma mediação os pontos fortes e as fraquezas das posições sustentadas. Há casos em

---

[174] Relatando um debate de um encontro do ADR Committee of the American Intellectual Property Law Association, em que quatro profissionais discutiram as suas experiências a respeito de disputas de propriedade intelectual. David Plant, o presidente do comitê, notou que há um debate sobre "se um mediador pode, mais tarde, propriamente servir como um árbitro, e se é adequado que um mediador expresse um ponto de vista. No mínimo, em ambos os casos, é requisito uma anuência esclarecida das partes". David Plant, Practice Notes: Mediation Insights, 12 Alternatives to High Cost Litig. 4, 55 (1994) (grifado).

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

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

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

que, após deliberarem e consentirem, as partes querem que o mediador atue como um especialista ou como um avaliador. Nestas situações, o mediador pode trocar de função e entrar em um processo de resolução de disputa misto. Ao exigirmos que essa atividade avaliadora não seja chamada de "mediação", nós pretendemos destacar que, nesses tipos de processo, as partes tentam basicamente persuadir o interventor neutro e este assume tarefas e qualidades diferentes ao agir como um avaliador.[178]

Não há nenhuma diferença fundamental entre a arbitragem não vinculante e a mediação que se utiliza da avaliação e da recomendação de um terceiro para a resolução de disputas. Tanto a mediação como a arbitragem possuem uma tendência a se inclinar em direção ao paradigma dominante do litígio, com o conseqüente aumento da formalidade e dos gastos e com a diminuição da participação e do controle das partes. A assimilação ameaça a promessa visionária da RAD de ser um mosaico de diferentes processos. É de uma profunda ironia que Leonard Riskin, que tão bem articulou a radical diferença entre o mapa filosófico de um advogado e o de um mediador[179], tenha criado um gráfico que localiza a mediação em um ambiente familiar ao mapa dos advogados. Usemos o Gráfico de Grid como um alerta à atual localização da mediação e criemos um mapa alternativo do terreno da mediação – um mapa no qual a promessa inicial da RAD seja mantida.

[178] Em certos aspectos, nós concordamos com aqueles que propõem a avaliação judicial no contexto da mediação. Nós concordamos com a análise do Professor Marjorie Corman Aaron, que acredita que a avaliação deve ser utilizada apenas como um último passo para transpor uma lacuna ou impasse insuperável no acordo e apenas quando requisitada pelas partes. Ver Aaron, supra note 7, at 62. Nós concordamos com o Professor James Boskey na caracterização da avaliação como uma técnica avançada, que não deveria ser usada de uma forma tal que fizesse o mediador se esquecer da sua atividade primordial: a mediação. Nós também concordamos com o Professor Boskey no que se refere à necessidade de a avaliação ser feita por um interventor neutro que seja um especialista no assunto no qual dará sua opinião. Nós acreditamos ainda que as partes devem estar completamente informadas antes de consentirem à avaliação. Ver Boskey, supra note 168. Ressaltaríamos, porém, que a avaliação de um sujeito neutro nesses casos não deveria ser chamada de "mediação".

[179] Ver Riskin, supra note 4.

AUTOCOMPOSIÇÃO E PROCESSOS CONSTRUTIVOS: UMA BREVE ANÁLISE DE PROJETOS-PILOTO DE MEDIAÇÃO FORENSE E ALGUNS DE SEUS RESULTADOS[1]

André Gomma de Azevedo[2]

I. Introdução. II. Perspectivas Autocompositivas do Direito Processual, a Mediação Forense e a transição para processos construtivos. III. O papel do magistrado no moderno ordenamento jurídico processual perante processos autocompositivos estatais. IV. Conclusão. V. Bibliografia

I. Introdução

O Direito Processual há algum tempo direciona crescente atenção aos mecanismos autocompositivos (*i.e.* mediação ou conciliação[3]) como forma de assegurar maior efetividade ao ordenamento jurídico processual. Isto porque, como corolário da tendência

[1] Meus agradecimentos especiais aos pesquisadores Artur Coimbra de Oliveira, Fábio Portela Lopes de Almeida e Francisco Schertel Mendes pelas críticas e comentários bem como pelo trabalho de revisão de texto.

[2] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB). Mestre em Direito pela Universidade de Columbia em Nova Iorque – EUA (CLS). Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV/RJ) e em São Paulo (FGV/SP). 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.

[3] Os conceitos de conciliação e mediação são freqüentemente caracterizados como distintos institutos, sendo aquela forma autocompositiva definida por alguns como "uma forma de intervenção mais passiva e menos estruturada do que a mediação" (YARN, Douglas E., *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999, p. 102). Outros sustentam que "a conciliação é o componente psicológico da mediação na qual uma terceira parte busca criar uma atmosfera de confiança e cooperação que seja produtiva como negociação" (MOORE, Christopher; *O Processo de Mediação*. Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998, p. 177). Neste trabalho ambos conceitos são adotados como sinônimos relativos por não se produzirem efeitos jurídicos distintos decorrentes da utilização desses termos. Cabe registrar que essa unificação terminológica tem se mostrado como tendência moderna já adotada em diversos países como o Canadá, o Reino Unido e a Austrália (SINGER, L. R. *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*. Coulder, CO: Ed. Westview, 1990).Ademais, no contexto brasileiro, quando o legislador buscou inspiração no direito comparado para

do direito processual de preocupar-se com o acesso a justiça, passou-se a considerar que o ordenamento jurídico processual possui um função dúplice: um meio pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos [heterocomposição] e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado [autocomposição assistida por agentes estatais][4].

Vale frisar que a autocomposição é definida[5] como a forma de solução, resolução ou decisão do litígio por obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro. Assim, na medida em que as partes conseguem encontrar uma forma de adequação dos interesses originalmente contrapostos, tem-se por resolvida a disputa. Na heterocomposição, a justiça é definida a partir de valores impostos por um terceiro, juiz ou árbitro. Por outro lado, na autocomposição a justiça é alcançada a partir da anuência das próprias partes quanto ao procedimento adotado e conteúdo alcançado pelo discurso argumentativo. Assim, se na heterocomposição a justiça é definida por valores impostos, na autocomposição esta é alcançada em razão de valores consensuados[6].

Na orientação de solução de disputas sob os auspícios do Estado, a autocomposição serve não apenas como instrumento para a efetiva realização de direitos materiais[7], mas também como forma de reestruturar a relação entre as partes no intuito de melhor capacitá-las a tratar suas questões com base em suas necessidades e interesses, mesmo que estes não sejam juridicamente tutelados[8].

incorporar ao nosso ordenamento jurídico estrutura semelhante aos *small claims courts* norte-americanos, introduziu, com os juizados especiais (Lei nº 9.099/95), o que nos EUA se denominava *mediation* (mediação), usando o termo "conciliação" possivelmente por ser este o termo utilizado no Brasil desde as Ordenações Filipinas até a Constituição Federal atual. Especificamente sobre esse tema, apresentando a conclusão de que a conciliação e a mediação seriam espécies de um gênero comum, *vide* PIRES, Amom Albernaz. *Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada.* in: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Também abordando tangencialmente o tema *vide* RISKIN, Leonard, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed* in *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1:7, Primavera de 1996.

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

5 ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa,* Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 77 apud CARREIRA ALVIM, José Eduardo, *ob. cit.,* p. 19.

6 Nota-se, portanto, o patente abandono do positivismo jurídico que impõe o predomínio da norma sobre a vontade consentida. Pelo positivismo jurídico, encontrado 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 considerando também em função da *satisfação das partes* quanto ao resultado e ao procedimento que as conduziu a tanto.

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

8 Exemplificativamente, ao perguntar às partes o que as levou àquele processo de mediação, o mediador está introduzindo a possibilidade de estas apresentarem seus interesses de forma genérica, ainda que estes não sejam juridicamente tutelados.

Zamora Y Castillo sustentava que o processo rende, com freqüência, muito menos do que deveria – em "função dos defeitos procedimentais, resulta muitas vezes lento e custoso, fazendo com que as partes quando possível, o abandone"[9]. Cabe acrescentar a esses "defeitos procedimentais" o fato de que em muitos casos, o processo judicial ao tratar exclusivamente[10] daqueles interesses juridicamente tutelados (*i.e.* Direitos), exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados[11]. Assim, uma vez identificado que o sistema processual "rende menos do que deveria", cabe examinar quais orientações podem ser adotadas para adequadamente endereçar essa questão.

Morton Deutsch, em sua obra *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*[12] apresentou importante classificação de processos de resolução de disputas ao indicar que esses podem ser *construtivos* ou *destrutivos*. Para Deutsch, um processo destrutivo é caracterizado pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social preexistente à disputa em razão da forma pela qual esta é conduzida. Em processos destrutivos há a tendência de o conflito se expandir ou tornar-se mais acentuado no desenvolvimento da relação processual. Como resultado, tal conflito freqüentemente se torna "independente de suas causas iniciais[13]" assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca "vencer" a disputa e decorre da percepção, no mais das vezes errônea, de que os interesses das partes não podem ser ambos satisfeitos. Em outras palavras, as partes quando em processos destrutivos de resolução de disputas concluem tal relação processual com esmaecimento de sua relação social.

Por sua vez, processos construtivos, segundo Deutsch, seriam aqueles em razão dos quais as partes concluiriam a relação processual com um fortalecimento da relação social preexistente à disputa. Para esse professor, processos construtivos caracterizam-se: i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade das partes ou do condutor do processo (e.g. magistrado ou mediador) a motivar todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição culpa; iii) pelo desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses[14] e iv) pela disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam

---

[9] ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa,* Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 238.

[10] GOLDBERG, Stephen B. *et alii*, *Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict*, Cambridge, MA: Ed. PON Books, 1993.

[11] *v.* SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988.

[12] DEUTSCH, Morton, *The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Processes*, New Haven:Yale University Press, 1973. Cabe destacar que três capítulos desse trabalho estão, graças à generosidade do Prof. Morton Deutsch e da Yale University Press, presentes neste 3º Volume de Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.

[13] DEUTSCH, *ob. cit., p. 351*.

[14] DEUTSCH, *ob. cit*. P. 360.

influenciando a relação (social) das partes. Exemplificativamente, mesmo um casal em via de separação pode ser orientado por meio de um processo construtivo na medida em que o condutor desse procedimento estiver apto a motivar as partes para que, diante de inevitável ruptura de vínculo conjugal, estas possam desenvolver a melhor relação possível na fase posterior à separação – presumindo, no exemplo, que as partes manterão algum vínculo em razão da existência de filhos.

Assim, retornando ao conceito de Zamora Y Castillo, o processo [judicial], de fato, rende, com freqüência, menos do que poderia, em parte por que se direciona, sob seu escopo social[15], a pacificação fazendo uso, em grande parte, de mecanismos destrutivos de resolução de disputas a que esse autor mexicano denominou "defeitos procedimentais".

Buscando atender ao predicado de efetividade para que, quando possível, sejam incluídos processos construtivos de resolução de disputas, os ordenamentos jurídico-processuais modernos estão sofrendo sensíveis alterações na medida em que passam a ser compostos de vários processos distintos. Esse espectro de processos (*e.g*. processo judicial, arbitragem, mediação dentre outros) forma um mecanismo denominado *sistema pluri-processual*[16]. Com o pluri-processualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem 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 solução da disputa no caso concreto.

Nessa complementaridade, são consideradas as características intrínsecas ou aspectos relativos a esses processos na escolha do instrumento de resolução de disputa (*v.g.* custos financeiros, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exeqüibilidade da solução, custos ou desgastes emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade). Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que ainda irão relacionar-se no futuro (*e.g.* disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse de estabelecer um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (*e.g.* disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores), recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que seja pouco sigiloso (*e.g.* processo judicial). A

---

[15] *Cf.* ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991 e DINAMARCO, Cândido Rangel, *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

[16] *Cf.* SANDER, Frank E.A., *Varieties of Dispute Processing*, in *The Pound Conference*, 70 Federal Rules Decisions 111, 1976; STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities*, Ohio State Journal on Dispute Resolution, nº 13, 1998, p. 303; e BARBOSA, Ivan Machado, *Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

moderna doutrina registra que essa característica de afeiçoamento do procedimento às peculiaridades de cada litígio decorre do chamado *princípio da adaptabilidade*[17].

Em grande parte, esses distintos processos já estão sendo aplicados por tribunais como forma de emprestar efetividade ao sistema. A chamada institucionalização[18] desses instrumentos iniciou-se ainda no final da década de 1970, em razão de uma proposta do professor Frank Sander[19] denominada *Multidoor Courthouse* (Fórum de Múltiplas Portas)[20]. Esta organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um poder judiciário como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, 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, em vez de existir apenas uma "porta" – o processo judicial – que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um amplo sistema com vários distintos tipos 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 gerencial[21], pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e acompanhamento[22] 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 afirmar que, por intermédio do pluri-processualismo, ao magistrado se oferecem opções para que este possa dirigir as partes em conflito a um processo construtivo. Isso porque, em regra[23], ao se apresentar perante determinado tribunal, a parte passa por um procedimento de triagem para se verificar qual processo seria mais recomendável para a situação concreta que o levou ao Poder Judiciário. Em alguns sistemas processuais, a triagem chega a ser compulsória – não podendo a parte deixar de utilizar o processo indicado pelo tribunal[24].

Dos diversos exemplos encontrados no Brasil de sistemas pluri-processuais (nos quais são encontrados, em regra, programas de mediação forense), merecem destaque, por

---

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

[18] GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.* p. 432.

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

[20] *Cf*. STIPANOWICH, Thomas J., *The Multi-Door Contract and Other Possibilities* in *Ohio State Journal on Dispute Resolution* nº 13, 1998, p. 303.

[21] RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, nº 96, p. 435.

[22] *Cf.* ELLIOTT, E. Donald, *Managerial Judging and the Evolution of Procedure*, in *University of Chicago Law Review* nº 53, p. 323.

[23] *v.* STIPANOWICH, Thomas J., *ob. cit.* p 304.

[24] GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.* p. 433.

serem bastante ilustrativos e já terem obtido excelentes resultados, o Serviço de Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, o Núcleo de Conciliação Prévia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o Serviço de Mediação de Família do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o Programa de Mediação no Sistema Financeiro de Habitação do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o Programa de Mediação Comunitária do Tribunal de Justiça do Acre e o Fórum de Múltiplas Portas instituído no Juizado Especial em Curitiba pelo Tribunal de Justiça do Paraná. Esses projetos, claramente se propõem a ser modelos de resolução de disputa que possam configurar como complementos da prestação jurisdicional na primeira instância.

Nesse contexto, constata-se que aos poucos o juiz passa a ser mais do que um prolator de sentenças para ser também um administrador de processos de resolução de disputas ou um "gestor de conflitos"[25], analisando quais demandas, diante de circunstâncias e fatos concretos, devem seguir para um processo autocompositivo (*e.g.* mediação) e quais podem ser resolvidos por heterocomposição sem perda de legitimidade ou estímulo à perpetuação da litigiosidade mesmo após o trânsito em julgado da decisão[26]. Ademais, como parte significativa da "gestão de conflitos" pelo magistrado, constata-se patente preocupação com a escolha do processo de resolução de disputas para que as partes sejam dirigidas, sempre que possível, a processos construtivos como forma de efetivamente produzir, perante o jurisdicionado, a pacificação social a que se destina, sob a óptica social, o ordenamento jurídico.

II. Perspectivas Autocompositivas do Direito Processual, a Mediação Forense e a transição para processos construtivos.

Como indicado em outra oportunidade[27], a moderna Teoria Geral do Processo[28] sustenta que a jurisdição, enquanto função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses contrapostos para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos impondo imperativamente determinadas decisões, é caracterizada basicamente por diversas propriedades fundamentais uma das quais merece especial atenção: a ***substitutividade***. Esta é tida como a atribuição

---

[25] RESNIK, Judith, *Managerial Judges*, Harvard Law Review, nº 96, 1986.

[26] Quanto à permanência de litigiosidade após o trânsito em julgado da decisão, em outra oportunidade (*v.* nota de rodapé nº 25) foi definida *litigiosidade remanescente* como aquela que persiste entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados adequadamente. Em regra, constata-se sua existência no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos) seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada perante o Estado.

[27] AZEVEDO, André Gomma, *Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*, in AZEVEDO, André Gomma, *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

[28] GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii, *Teoria Geral do Processo*, São Paulo: Ed. Malheiros 18ª. Edição, 1993, p. 131

do Estado de substituir a vontade das partes envolvidas no conflito (e que poderiam ter transacionado) para, quando provocado, definitivamente compor a lide.

Chiovenda sustenta ainda que a jurisdição é uma atividade secundária[29], definindo-a, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando a composição de lides em razão de essa resolução de controvérsia não ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Cabe registrar que, sob esta óptica, *o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes* – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade ou, segundo a óptica de Garth e Cappelletti, intervir para estimular a autocomposição sob os auspícios do Estado.

Cabe mencionar que historicamente muitos processualistas renomados, como Zamora Y Castillo, Goldschmidt, Chiovenda, dentre outros, consideravam a conciliação como um mecanismo muito eficiente de resolução de disputas[30] e merecedor de incentivos – sejam estes doutrinários ou legislativos. Todavia dos diversos ensaios e tentativas de implementar mecanismos autocompositivos dentro de sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX, não há quaisquer registros fidedignos de bom êxito desses ensaios e tentativas. De fato, há indicações de que, quando a autocomposição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Em relação a essa conduta, também denominada de pseudo-autocomposição[31], muito se escreveu para criticá-la. Nesse sentido, vale registro da opinião de Francesco Carnelutti segundo o qual "infelizmente, a experiência tem demonstrado, sem embargo, que não poucas vezes [a autocomposição] se degenera em insistências excessivas e inoportunas de juízes preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes[32]"

Pode-se afirmar que a razão do insucesso dessas propostas legislativas do final do século XIX e início do século XX decorre da forma com que a mediação/conciliação era conduzida. Dos registros existentes[33] constata-se que esses modelos baseavam-se fortemente em uma mediação intuitiva na qual caberia ao conciliador conduzir o processo segundo critério subjetivo de "bom senso"[34].

---

[29] CHIOVENDA, Giuseppe, *ob. cit.* p. 18.

[30] ZAMORA Y CASTILLO, *ob. cit.,* pp. 13, 22 e 31.

[31] ZAMORA Y CASTILLO, *ob. cit.,* p. 31.

[32] CARNELUTTI, Francesco, *Instituições do Processo Civil – Volume II*, São Paulo: Classic Book, 2000, p. 70

[33] *v*. notas de rodapé de números 28 a 30.

[34] Vale mencionar que, contemporaneamente, há corrente absolutamente minoritária apregoando ainda tal procedimento intuitivo. Nesse sentido, v. WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: a mediação no Direito*. Almed, 1998.

Em razão dos resultados positivos de algumas iniciativas autocompositivas[35] baseadas em teoria multidisciplinar a partir de meados do século XX aos poucos a "mediação intuitiva" foi substituída por uma "mediação técnica" [36]. Um exemplo característico da utilização desses instrumentos como *alternativas técnicas* à atuação Estatal foi a implantação de mediação por líderes comunitários[37] nos Estados Unidos no início da década de 1970[38]. Cabe mencionar que esta teoria multidisciplinar deu-se em função do desenvolvimento de pesquisas aplicadas e voltadas a assegurar maior efetividade a esses processos autocompositivos. 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 conflito[39]. No campo da matemática aplicada, desenvolveram-se estudos em aplicação de algoritmos[40] para a resolução de disputas[41]. No campo da economia, passaram-se a aplicar conceitos retirados da Teoria dos Jogos, como o 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 mútua[42]. Nota-se, portanto, o abandono da prática intuitiva da conciliação em favor de uma técnica específica desenvolvida para esses novos instrumentos[43].

---

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

36 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.

37 GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al*. *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*, Nova Iorque: Ed. Aspen Law & Business, 2ª ed. 1992, p. 6.

38 Existem registros indicando a utilização de meios autocompositivos, em especial a mediação, desde a colonização norte-americana (AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law?*, Nova Iorque: Ed. Oxford University Press, 1983) contudo os primeiros registros de mediadores profissionais são da década de 1940 (AARON, Benjamin, BURGOON, Donald, et. alii (Orgs.), *The Railway Labor Act at Fifty*, Washington, DC: Ed. National Mediation Board, 1977). Sobre a história da implementação da mediação nos Estados Unidos *vide* GOLDBERG, Stephen, SANDER, Frank *et. al*. *ob. cit*. p. 7.

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

40 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.

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

42 Acerca desses novos conceitos desenvolvidos *vide* ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de, *A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa*; PERRONI, Otávio, *Perspectivas de psicologia cognitiva no processo de Mediação*; e AZEVEDO, Gustavo Trancho, *Confidencialidade na mediação* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação Vol. 2, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003.

43 Para maiores detalhes acerca da metodologia pedagógica referente à 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.

Outra característica dessa mediação técnica é sua procedimentalização. Entende-se que, para se aplicarem as técnicas de forma adequada, faz-se necessária a utilização de uma estrutura lógica e cronológica. Assim, apesar de possuir um rito mais informal do que o processo judicial[44], a mediação possui uma organização lógica característica de um processo de resolução de disputas.

Assim, sendo a mediação um processo caracterizado pela flexibilidade procedimental, muito se diverge sobre seu procedimento. John W. Cooley, aposentado juiz federal norte-americano, divide o processo de mediação em oito fases: i) iniciação, momento no qual as partes submetem a disputa a uma organização pública ou privada ou a um terceiro neutro em relação ao conflito, para que seja composta; ii) preparação, fase na qual os advogados se preparam para o processo, coletando um conjunto de informações, tais como os interesses de seus clientes, questões fáticas e pontos controversos; iii) sessão inicial ou apresentação, momento no qual o mediador explica a natureza e formato do processo de mediação aos advogados e partes; iv) declaração do problema, quando as partes, por já estarem debatendo acerca da disputa abertamente, delimitam os pontos controversos que deverão ser objeto de acordo; v) esclarecimento do problema, fase na qual o mediador isola as questões genuinamente básicas em disputa buscando melhor relacionar os interesses das partes com as questões apresentadas; vi) geração e avaliação de alternativas, momento no qual o mediador estimula as partes e advogados a desenvolver possíveis soluções para a controvérsia; vii) seleção de alternativas, estágio no qual as partes, diante das diversas possibilidades desenvolvidas na fase anterior, decidem quanto a solução; viii) acordo, momento no qual o mediador esclarece os termos do acordo a que tiverem chegado as partes e auxilia na elaboração do termo de transação[45].

Quanto à mediação forense, ante a flexibilidade procedimental acima referida, os diversos tribunais justiça no Brasil têm também adotado procedimentos ligeiramente distintos entre si. Contudo, todos esses procedimentos têm em comum as seguintes fases de processos autocompositivos: i) postulação, a partir do discurso direto da parte, de questões e interesses; ii) identificação, por parte dos mediadores, de partes, interesses, sentimentos e questões necessários para o adequado desenvolvimento do processo; e iii) resolução das questões com auxílio de técnica interdisciplinares.

Contudo, mais do que possuírem em comum fases do processo de mediação, os programas ora existentes no Brasil têm explicita ou implicitamente se direcionado a transformar o processo estatal de resolução de disputas em um processo construtivo – um meio pelo qual as partes possam, de forma eficiente, tratar suas questões, necessidades e interesses a ponto de permitir que os vínculos sociais existentes entre essas partes possam sair fortalecidos.

---

[44] *Cf.* BACELLAR, Roberto Portugal, *Juizados Especiais – A Nova Mediação Paraprocessual*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

[45] *Cf.* COOLEY, John W, *A advocacia na mediação*, Brasília: Ed. UnB, 2000.

De um lado, esses programas nada mais fazem do que emprestar efetividade à característica substitutiva da jurisdição na medida em que criam um mecanismo de resolução de disputas pelo qual o Direito deixa de ser a principal fonte de solução de questões para assumir função secundária. Isto porque, em primeiro lugar, as partes são estimuladas a dirimir suas diferenças com base nos seus interesses[46]. Somente quando não lograrem êxito nessa resolução com base em interesses é que as partes são dirigidas ao processo heterocompositivo estatal no qual se examinarão os fatos envolvidos na disputa para em seguida se aplicar o Direito. Em suma, constata-se na mediação forense a efetivação da característica da substitutividade da jurisdição ao se estabelecer que a heterocomposição estatal somente deve ocorrer como atividade secundária após esgotadas as efetivas tentativas da atividade primária – a autocomposição – desenvolvidas considerando as características intrínsecas dessa forma de resolução de disputas.

Cabe destacar que esses novos modelos autocompositivos visam permitir que partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias[47], e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca[48].

Os resultados colhidos em alguns projetos-piloto de mediação forense no Brasil demonstram que, após serem submetidas a esse processo autocompositivo a maioria das partes acredita que a mediação as auxiliará a melhor dirimir conflitos futuros. Exemplificativamente, na pesquisa realizada no Programa de Mediação Forense do TJDFT com partes que não alcançaram acordo na mediação forense, constatou-se que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) dos entrevistados[49] acreditam que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro[50]. Programas similares em outros países[51] também apresentam resultados semelhantes – dos quais se pode concluir marcante tendência nos ordenamentos jurídico-processuais de direcionar procedimentos para que tratem do futuro da relação social das partes em disputa (i.e. para que sejam prospectivos na forma de endereçamento de questões), e para que sejam mais do que conjuntos de atos coordenados lógica e cronologicamente seguindo brilhantes

---

[46] *Cf.* GOLDBERG, Stephen, *et. alii. ob.cit.*

[47] RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

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

[49] Na pesquisa realizada com partes que conseguiram transacionar todos responderam acreditar que o processo do qual participaram os ajudará a melhor resolver questões semelhantes no futuro.

[50] Para maiores detalhes quanto um desses resultados no Brasil vide relatório do Projeto Piloto em Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado na internet na página http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm.

[51] *Cf.* PLAPINGER, Elizabeth S., *Court ADR: Elements of Program Design*, Nova Iorque: Center of Public Resources, 1992 e RHODE, Deborah, *ob. cit*.

modelos teóricos que lamentavelmente se projetam na prática como morosos, ineficientes e, em relação à classificação de Deutsch, em regra, destrutivos.

A discussão acerca da introdução de mecanismos aptos a permitir que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas como se a mediação ou a arbitragem fossem panacéias para um sistema em crise[52]. Dos resultados obtidos nos diversos projetos-piloto no Brasil, conclui-se que não há como impor um único procedimento de mediação em todo Brasil ante patentes diferenças nas realidades fáticas (*fattispecie*[53]) em razão das quais foram elaboradas.

A experiência, aliada a pesquisas metodologicamente adequadas[54], tem demonstrado que o que torna um procedimento efetivo depende das necessidades das partes em conflito, dos valores sociais ligados às questões em debate e, principalmente da qualidade dos programas. Uma recente pesquisa do Instituto RAND[55] constatou que não houve vantagens significativas para a mediação quando comparada ao processo heterocompositivo judicial e concluiu que esses resultados insatisfatórios decorreram de programas que não foram adequadamente desenvolvidos para atender os objetivos específicos que os usuários de tal processo buscavam. Esses projetos examinados pelo Instituto RAND tiveram, como conclui essa pesquisa, insuficiente treinamento de mediadores e oportunidades inadequadas para a participação dos envolvidos[56].

Segundo a professora Deborah Rhode[57], a maioria dos estudos indica que a satisfação dos usuários com o devido processo legal depende fortemente da percepção de que o procedimento foi justo e 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 sistema[58].

---

[52] Há diversas situações em que a mediação ou a arbitragem não são recomendadas – *e.g.* demandas que versem sobre interesses coletivos ou que requeiram elevado grau de publicização (*e.g.* Ações Civis Públicas decorrentes de danos a saúde causados pelo uso do amianto como isolante térmico).

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

[54] *v*. RHODE, Deborah, *ob. cit*. p. 132.

[55] O Instituto RAND é uma organização não governamental (ONG) estruturada como uma Sociedade Anônima (Corporation) e tem como propósito conduzir pesquisa multidisciplinares tanto no setor público como no privado com o intuito de auxiliar o desenvolvimento de políticas públicas por intermédio de pesquisas empíricas e analíticas. Para maiores informações *v.* http://www.rand.org/ .

[56] HENSLER, Deborah, R. *Puzzling over ADR: Drawing Meaning from the RAND Report* , Dispute Resolution Magazine no. 8, 1997, p. 9 apud RHODE, Deborah, *ob. cit*. p. 133.

[57] *ob. cit.* p. 135.

[58] Lind e Taylor, *Procedural Justice*, 64-67, 102-104; Stempel, *Reflections on Judical ADR*, 353-354 apud Rhode, *ob. cit.* p. 135.

Nesse sentido, alguns exemplos brasileiros merecem destaque, como o programa de mediação do TRF da 4ª Região[59], onde se flexibilizou a confidencialidade característica da mediação para permitir que as partes possam acompanhar as mediações de réus em demandas similares referentes ao Sistema Financeiro de Habitações, possibilitando o acesso pelos usuários do sistema a maiores informações acerca das espécies de acordos firmados em casos semelhantes e das relevantes questões de fato e de direito. Dessa forma, os Juízes Federais encarregados de conduzir o processo de mediação conseguiram emprestar maior transparência e celeridade a esse processo.

Em suma, constata-se que, lentamente, o Direito Processual está se desenvolvendo independentemente de uma equivocada orientação de que o ordenamento jurídico processual somente se desenvolve por intermédio de reformas procedimentais impostas em alterações legislativas. Com o desenvolvimento de bem sucedidos projetos-piloto em mediação forense, conclui-se que é possível o desenvolvimento de processos construtivos sob os auspícios do Estado. Naturalmente, isso somente ocorrerá se, seguindo as conclusões alcançadas a partir da pesquisa acima referida elaborada pelo Instituto RAND, houver: i) adequado planejamento do programa de mediação forense considerando a realidade fática da unidade da federação ou até mesmo da comunidade; ii) adequado treinamento de mediadores; e iii) adequada oportunidades para que as partes possam diretamente participar do processo.

III. O papel do magistrado no moderno ordenamento jurídico processual perante processos autocompositivos estatais.

Diante de um complexo ordenamento jurídico processual composto de distintos e novos processos cuja efetividade em grande parte se liga à engenhosidade ou criatividade com a qual estes são geridos, pode-se seguramente afirmar que a inserção de um sistema de mediação forense não se destina apenas a reduzir o volume de trabalho do magistrado. A uma porque independente da proporção de magistrado por habitante, juízes em estados democráticos de direito sempre terão muito trabalho. Um exemplo patente é o da Alemanha onde há, proporcionalmente à população, aproximadamente 16 (dezesseis) vezes mais juízes do que no Brasil[60] e em ambos os sistemas há abundante trabalho a ser realizado pelos magistrados. De fato, com a inserção de um sistema de mediação forense o que se alcança é uma maior especialização do trabalho do magistrado na medida em que este passa a julgar somente casos em que as partes, mesmo utilizando técnicas autocompositivas idôneas, não conseguiram resolver diretamente.

---

[59] Os dados apresentados nesta oportunidade foram colhidos da palestra do Juiz Federal Erivaldo Ribeiro dos Santos realizada no dia 04.03.2004 no 4º Congresso Brasileiro de Administração da Justiça realizado pelo Conselho da Justiça Federal.

[60] BRASIL, Diagnóstico do Poder Judiciário, Brasília: Imprensa Oficial, 2004.

Cumpre ressaltar que as experiências registradas neste artigo referem-se a projetos nos quais o magistrado mantém a liberdade de recomendar, diretamente ou por intermédio de um auxiliar, que as partes se utilizem de um processo autocompositivo (*e.g.* mediação) dependendo das circunstâncias e do contexto no qual estas se encontrem. Essa proposta, originalmente cunhada como *court referred* ou *court mandated mediation*[61] (mediação referida ou determinada pelo tribunal), acertadamente parte do pressuposto de que o desenvolvimento de um sistema que automaticamente selecione quais casos merecem ou não ser referidos à mediação muitas vezes exclui da autocomposição disputas que grandemente seriam favorecidas por esse processo e pelo instrutivo contato com o magistrado quanto à adequação da mediação para aquele contexto. De outro lado, nota-se também em situações de escolha de casos por critérios legislativos que frequentemente se impõe às partes um processo do qual não têm interesse em participar, proporcionando desnecessária perda de tempo e legitimidade.

De fato, os programas de mediação institucionalizada que apresentam maior grau de satisfação dos usuários são aqueles em que há um servidor encarregado de proceder com a triagem de quais casos seguirão para alguma forma de processo autocompositivo. Cabe destacar que, com alguma freqüência, essa triagem também é feita pelo próprio magistrado, como registra a bem sucedida experiência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios[62].

Por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por intermédio de seu Núcleo de Conciliação Prévia voltado às questões de família, tem adotado procedimento claramente dirigido a transformar a relação jurídica processual das partes em um processo construtivo[63]. Isso porque, tanto no contato com o magistrado como com o conciliador, há patente preocupação em não impor o acordo perante as parte e sim estimular para que estas apresentem propostas. Ademais, nesse programa, quando a conciliação resta frustrada há o encaminhamento das partes à unidade de apoio psicossocial.

Como retratado acima, diante de inovações que decorrem principalmente da diligência e engenhosidade de magistrados e servidores que fazem uso de doutrina[64] desenvolvida com cunho marcantemente interdisciplinar e com base legal no permissivo

---

[61] Sobre o tema, *vide,* entre outros, STREETER-SCHAEFER, Holly, *A Look At Court Mandated Civil Mediation*, Drake Law Review no. 49, 2001, p. 367; WRIGHT NELSON, Dorothy, *ADR in the Federal Courts—One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public*, Ohio State Journal on Dispute Resolution no 17, 2001, p. 1.; BARUCH BUSH, Robert A., *Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades*, The Review of Litigation no. 15, 1996, p. 455.

[62] *v.* relatório do Projeto Piloto em Mediação Forense do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios publicado na internet na página http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm.

[63] Para maiores detalhes quanto a esse Núcleo de Conciliação Prévia do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia *v. http://www.tj.ba.gov.br/projetos/ncp/ncp.htm.*

[64] Como indicado acima, para referências bibliográficas acerca desses 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.

contido no art. 125, IV do Código de Processo Civil[65], alguns Tribunais de Justiça no Brasil já têm desenvolvido programas de mediação forense.

Naturalmente, com freqüência muitos advogados apresentam dúvidas e questionamentos quanto a esses programas. Sem dúvida, muitas dessas preocupações decorrem do desconforto existente na participação de advogados na conciliação dos juizados especiais (Lei nº 9.099/95) onde, por equívoco do legislador, não houve a previsão de treinamento para conciliadores que ocorreu exterior[66]. Ademais, até a presente data, alguns programas buscam, erroneamente, excluir o advogado da autocomposição prevista preliminarmente à audiência de instrução[67]. Todavia, há dados concretos[68] que indicam que a satisfação de advogados quando estão diante de processos autocompositivos é maior do que quando estão diante de processos heterocompositivos. Naturalmente, esses resultados de satisfação de advogados são obtidos tão somente quando há a aplicação de adequada técnica de mediação no que concerne a advogados[69].

Ao magistrado, em audiência na qual constate a necessidade das partes passarem mais tempo explorando seus interesses, opções e necessidades cabe estimular os advogados e partes a participarem de mediações forenses indicando os seguintes pontos[70]: i) explicar no que consiste a mediação, como funciona o serviço de mediação forense e qual a importância da presença das partes[71]; ii) explicar porque a possibilidade da mediação está

---

[65] "Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes".

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

[67] A boa técnica autocompositiva, segundo Cooley, recomenda que os advogados sejam recebidos em conciliações e mediações como os excelentes operadores de resolução de conflito que em regra são. Para tanto, faz-se necessária a instrução do advogado acerca dos diferentes papeis desempenhados em processos autocompositivos e heterocompositivos. Cabe registrar que esta instrução para a advocacia em mediação/conciliação deve ocorrer ao início de cada mediação com a declaração de abertura do mediador. No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios são distribuídos livretos explicativos acerca da mediação e do desenvolvimento da advocacia nesses processos autocompositivos. Naturalmente, tal instrução deveria ocorrer também nas faculdades de direito, contudo com exceção da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e da Faculdade Unisinos no Rio Grande do Sul até o corrente ano não há cursos de mediação/conciliação no currículo de Faculdades de Direito no Brasil. Especificamente sobre o tema de advocacia na mediação *vide* COOLEY, John W, *A advocacia na mediação*, Brasília: Ed. UnB, 2000.

[68] *v.* nota de rodapé nº 60.

[69] *Cf.* COOLEY, John, *The Mediator´s Handbook*, Ed. Nita, 2000,

[70] As indicações, recomendações e exemplos presentes nesse artigo, e em especial nas notas de rodapé 67-74, foram fortemente baseadas na experiência norte-americana (BRAZIL, Wayne D, *For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel* in 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution, nº 16, 2000, p. 165) e em razão da experiência na magistratura exercida pelo autor.

[71] *E.g.* "A mediação é um processo de resolução de disputas no qual um terceiro imparcial, auxilia as partes a melhor compreender seus interesses e direitos permitindo que estas alcancem um resultado que atenda da melhor forma possível às suas necessidades.

Em face dessa natureza conciliatória, a mediação é freqüentemente definida como uma negociação assistida ou catalisada pela participação de um terceiro. Contudo, o mediador, diferentemente do juiz dentro do processo judicial, nada decide, nem profere decisão alguma. O mediador, no Serviço de Mediação Forense, não deve sugerir o acordo. Cabe mencionar que os mediadores não podem ser chamados para servir como testemunhas em um eventual processo judicial pois o que for debatido no processo de mediação permanecerá confidencial. Apesar de não haver restrições formais de tempo, uma sessão de mediação dura em média três horas De fato, trata-se de um processo bastante diverso do judicial sendo que a participação dos advogados, quando corretamente dirigida, mostra-se de grande valia. Para isso foi desenvolvido um guia específico sobre esse tema que será entregue ao término dessa audiência (Vide SILVA, Cynthia Cristina Carvalho e AZEVEDO, André Gomma de, Guia para a Advocacia na Mediação: Noções Preliminares, Brasília: Ed. TJDFT, 2003, p. 7. Esse livreto está disponível pelo site http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm). Já há algum tempo os tribunais têm sido criticados por muitas vezes ignorar as partes usando procedimentos e vocabulário que para um leigo são freqüentemente obscuros. É importante que

sendo apresentada às partes[72]; e iii) responder a questões especificas frequentemente apresentadas por advogados das quais se exemplificam: a) Se é necessária a Mediação forense mesmo se as partes já tentaram negociar[73]; b) Se o acordo realmente se mostra, diante de

as partes compreendam que a mediação forense busca precisamente desenvolver um processo no qual as partes tenham papel central utilizando uma linguagem que seja confortável, conveniente e produtiva.

Neste Tribunal entendemos que procedimentos legais podem muitas vezes ser intimidadores e confusos para aqueles que não são formados em Direito ou não trabalham na área. Um dos deveres do magistrado é precisamente reduzir esse desconforto e apresentar para as partes as diversas formas de se revolver uma disputa para que estas escolham fundamentadamente a que provavelmente produzirá melhores resultados".

[72] *e.g.* "Faz parte das minhas atribuições como magistrado debater com as partes acerca dos benefícios que a mediação pode apresentar a esta demanda. Antes de entrarmos nesse tema preciso registrar, para não ser mal compreendido, que o objetivo deste Tribunal não é pressionar as partes para que cheguem a um acordo – nem como juiz de direito pretendo livrar-me de casos como este ou reduzir a minha pauta de julgamentos. Sempre haverá muito trabalho para juízes de direito neste Tribunal e este caso indo ou não para a mediação continuarei tendo a mesma jornada de trabalho.

Levanto a questão da mediação porque acredito que parte do meu trabalho seja estimular as partes a ponderar acerca da melhor forma de resolver, de modo construtivo, as questões que os trouxeram aqui. Um importante aspecto do meu trabalho consiste em determinar, em conjunto com as partes, se, diante de seus valores e interesses, se faz sentido tentarmos alguma forma autocompositiva ou conciliatória de resolução de disputas.

Assim, trago esse debate à tona não para compelir ou impor, mas para racionalizar com as partes e advogados qual forma de resolução de disputa possui maior probabilidade de se mostrar eficiente diante das circunstâncias específicas de cada demanda.

Há neste Tribunal um projeto piloto de mediação forense que tem obtido resultados notáveis. O índice de satisfação das partes, mesmo em casos em que não se chega a um acordo, é acima de 85% (O presente exemplo refere-se ao projeto piloto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Para maiores informações sobre esse projeto *vide* http://www.tjdf.gov.br/institucional/medfor/index.htm). Em alguns casos, as partes conseguem, auxiliadas por um mediador devidamente treinado, alcançar resultados em tempo significativamente menor do que seriam apresentados na sentença – economizando assim tempo e reduzindo o desgaste emocional decorrente de uma ação judicial. Em outros casos, as partes chegam a elaborar um termo detransação com soluções que não poderiam ser determinadas em uma sentença. Na maior parte dos casos enviados à mediação as partes conseguem, em razão da atuação dos mediadores, melhor compreender a situação, os argumentos, os interesses e as questões presentes na demanda levada à mediação.

Assim, mesmo quando não há um acordo em decorrência da mediação, a maior parte de seus usuários gosta muito desse processo seja porque ajuda a trilhar um possível acordo no futuro seja porque a mediação possibilitou que se compreendesse melhor quais são os pontos em debate permitindo que enfocasse em questões que são realmente relevantes para as partes.

Em suma, a mediação forense, potencialmente se mostra como uma ferramenta muito útil, que devemos considerar, em especial em função de algumas características que acredito estarem presentes nessa demanda.

Registro ainda que caso queiram fazer uso do serviço de mediação forense, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda"

[73] *E.g.* "Advogado: 'Nós já tentamos negociar e não houve êxito nessas tratativas' Magistrado: 'Frequentemente as partes apresentam-se perante um juiz de direito com uma demanda que foi negociada diretamente pelas partes ou por intermédio de advogados. A experiência tem mostrado que mesmo nesses casos a mediação pode ser útil na medida em que um mediador com treinamento adequado auxilia a melhor delimitar as questões a serem debatidas e identificar os interesses subjacentes – aqueles que apesar de muitas vezes não serem juridicamente tutelados são relevantes para as partes. Existem muitos tipos de dificuldades surgidas em negociações que um bom mediador pode auxiliar a ultrapassar. Assim, um eficiente mediador pode reduzir o risco de que alguma questão artificial ou evitável venha a impedir as partes a chegarem a uma solução construtiva. Por exemplo, algumas vezes as partes deixam de chegar a um consenso por terem interpretado erroneamente a comunicação da outra parte ou porque tenham se equivocado quanto às alternativas que possuem para a eventualidade do acordo não ser alcançado. Assim, há casos em que uma parte entra com uma ação de indenização pleiteando R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) de danos morais por negativação indevida no SPC e efetivamente acreditando que receberá um valor semelhante ao pedido. De fato, sabemos que somente em situações muito excepcionais algum juiz de direito fixaria condenação em tal montante.

Vale mencionar também que um bom mediador fará uso da confidencialidade desse processo para se reunir individualmente com cada parte para obter informações mais seguras sobre as expectativas, os interesses e as necessidades de cada um. A experiência tem mostrado que as partes são frequentemente mais francas e flexíveis quando eles lidam com um mediador que confiam pois este permite que visualizem melhor o tipo de solução consensuada que podem obter.

Ainda, um bom mediador pode reduzir a chamada "reação desvalorizadora" – um conceito de psicologia cognitiva referente à tendência em uma negociação das partes desacreditarem, desconfiarem ou desvalorizarem certa proposta tão somente porque foi apresentada pela parte contrária. Para auxiliar a resolver essa questão, o mediador frequentemente se coloca como fonte de eventuais propostas ou as apresenta de forma neutra e recontextualizada.

Ao se trazer um mediador para uma disputa, as partes muitas vezes reduzem efeitos negativos de confrontos de personalidades e outros conflitos interpessoais. Isso porque algumas vezes a personalidade de uma das partes ou advogados prejudica a dinâmica da negociação. Um mediador adequadamente treinado pode neutralizar esse tipo de problema pelo modo com que requer que as partes se tratem, orientando a forma da comunicação entre estas e utilizando, quando necessário, de sessões individuais'."

determinado caso concreto como a melhor solução[74]; c) se em determinados casos em que há grande envolvimento emocional a mediação forense deve ser utilizada[75]; d) como proceder em casos em que o acordo não é possível[76]; e e) se a mediação é recomendável em disputas nas quais as partes divergem exclusivamente acerca de questões de direito[77].

IV. Conclusão

Diante da significativa contribuição de Morton Deutsch ao apresentar a definição de processos construtivos de resolução de disputas, pode-se afirmar que ocorreu alguma recontextualização acerca do conceito de conflito na medida em que se registrou ser este um elemento da vida que inevitavelmente permeia todas as relações humanas e contém potencial de contribuir positivamente nessas relações. Nesse sentido, com base em construções teórica de caráter multidisciplinar corroboradas por projetos-piloto existentes no Brasil, pode-se afirmar que, se conduzido construtivamente, o conflito pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional[78]. A abordagem do conflito de que este pode, se conduzido com técnica adequada, ser um importante meio de conhecimento,

[74] *E.g* "Advogado: 'Qualquer avaliação feita pelo mediador será direcionada ao acordo e esse não é necessariamente o objetivo das partes 'Magistrado:'Frequentemente advogados em diligente defesa dos interesses de seus constituintes manifestam receio com pressões por conciliadores ou mediadores para se aplicar uma 'decisão salomônica' – isto é, se dividir a diferença entre oferta e pedido. Da mesma forma há receio de que o mediador tente pressionar as partes para um acordo. Esses são receios legítimos e que devem ser apresentados para o mediador em uma sessão individual. Os mediadores que trabalham junto ao Serviço de Mediação Forense foram cuidadosamente selecionados e treinados, sendo diligentes e éticos nas suas atuações. Todavia, caso haja qualquer forma de pressão por parte do mediador recomendamos que a parte encerre a mediação e comunique esse fato à Secretaria do Serviço de Mediação Forense. Cumpre ressaltar que até a presente data não houve reclamações nesse sentido. Vale mencionar também que ao recomendar que uma demanda siga para a Mediação o que o Tribunal busca é apresentar para as partes oportunidades que o processo judicial tradicional não permite – oportunidades de participar em um procedimento mais flexível e informal a fim de que tanto o advogado como o cliente possam encontrar um moto mais rápido, menos oneroso e que proporciona como regra geral maior grau de satisfação'."

[75] *E.g* Advogado: 'Na presente demanda há grande carga emotiva envolvida na disputa, não parece um caso que deva ir à Mediação sob pena das partes chegarem às vias de fato'Magistrado: 'A Mediação tem sido especialmente bem sucedida em casos envolvendo acentuada animosidade ou grande carga emotiva. Em diversos casos, como demonstrado em pesquisas de psicologia aplicada , comunicações e negociações não conseguem se desenvolver até que uma ou mais partes tenha tido uma oportunidade de expressar sua irresignação, raiva ou outro sentimento. O mediador pode, aplicando técnicas adequadas para tanto, promover um ambiente seguro e construtivo para que isso ocorra. Em alguns casos, os litigantes precisam ter alguma pessoa neutra que possa ouvir e registrar a intensidade de tais sentimentos antes que o caso esteja pronto a ser debatido com objetividade. Assim, considerem a utilização da mediação ao menos para auxiliar a resolver tais questões emotivas e estimular negociações construtivas'."

[76] *E.g.* "Advogado: 'Nesse caso a mediação seria uma perda de tempo porque não há como chegarmos a um acordo nesse caso'

Magistrado: 'Agradeço a franqueza quanto à sua apreciação do presente caso. Neste Tribunal estamos fortemente engajados em respeitar o direito de ação da parte bem como o dever ético do advogado de orientar da melhor maneira possível seu cliente. Por esse motivo, indicamos que com muita freqüência ouve-se de partes que determinado caso não chegará, em hipótese alguma, a acordo e constata-se que, passado algum tempo, a parte eventualmente transaciona. Considerando que ao buscar-se a mediação como forma de resolução de disputas praticamente não há quaisquer prejuízos ao cliente e as partes que inicialmente indicam que não há possibilidade de acordo e que posteriormente seguem para a mediação há grande índice de satisfação quanto a esse processo – independentemente do resultado da mediação'."

[77] *E.g.* "Advogado: 'Trata-se de debate tão somente sobre matéria de direito – cada parte acredita que tem o direito ao seu lado e que irá vencer' Magistrado: 'Possivelmente seria vantajoso às partes cogitarem resolver suas disputas não apenas baseados em seus direitos ou provas que possuem mas também com base em interesses e necessidades recíprocas. Algumas vezesoutros fatores além dos "Direitos" acabam desempenhando papel fundamental na resolução de uma disputa.

Registro ainda que, caso queiram fazer uso do serviço de mediação forense, isso não provocará maiores demoras quanto ao andamento da presente demanda'."

[78] *Cf.* DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000.

amadurecimento e aproximação de seres humanos impulsiona relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional.

Semelhantes alterações ocorreram em meados do século XIX, período no qual muitos médicos ainda vestiam, no exercício de seus ofícios, pesados casacos de pele e roupa preta como sinal de distinção. Nesta época, o médico Húngaro Ignaz Semmelweis, ao perceber que muitos profissionais saíam da sala de autópsia para a sala de parto do Hospital Geral da Viena sem trocar de roupa ou sequer lavar as mãos, concluiu que algum desconhecido "material cadavérico" causava a elevadíssima taxa de mortalidade em parturientes de aproximadamente 13% (treze por cento)[79]. Ao propor que os médico lavassem as mãos com uma solução a base de cloro, Semmelweis constatou queda de aproximadamente 85% (oitenta e cinco por cento) na taxa de mortalidade reduzindo esta para 2% (dois por cento) dos casos. Posteriormente quando voltou para a Hungria e conseguiu persuadir colegas médicos a abandonarem os trajes de peles escuras e utilizarem roupas brancas, alcançou nova redução do índice de mortalidade de cerca de 60% (sessenta por cento) chegando a níveis de letalidade de 0,85% (oitenta e cinco centésimos de por cento) dos casos. As idéias acerca da transmissibilidade de microorganismos patogênicos (germes) por intermédio dos médicos foram recebidas com muito cepticismo na Áustria, onde Semmelweis desenvolveu tal teoria. Em parte, muitos médicos resistiram à idéia de terem que mudar diversas convenções sociais e utilizarem roupas brancas – vestimentas inusitadas para a época. Por outro lado, muitos não acreditavam que poderiam estar servindo como meio de transmissão de doenças.

Semelhantemente à relação de médicos com agentes patológicos, no Direito moderno, em especial diante do conceito apresentado por Morton Deutsch de processos construtivos de resolução de disputas, constata-se que em grande parte o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se em torno de processos destrutivos lastreados em procedimentos fundados, em regra, somente no direito positivo. As partes quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos em regra têm o conflito acentuado ante a procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual contudo na prática acabam por se mostrar ineficientes e freqüentemente enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as parte em conflito. Quando um juiz de direito sentencia, determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, põe fim, sob a perspectiva do direito positivado, a um determinado litígio, todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos[80]. Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida

[79] *v*. RISSE, G.B., Semmelweis, Ignaz Philipp. *Dictionary of Scientific Biography* (C.C. Gilespie, ed.). New York: Charles Scribner's Sons, 1980.

[80] *v*. artigo do Prof. Alexandre Araújo Costa nesta obra.

indicar o direito aplicável à espécie (subsunção), o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.

Com a incorporação de diversos processos ao sistema processual, constata-se que o operador do direito deve passar também a: i) preocupar-se com a *litigiosidade remanescente* – aquela que persiste entre as partes após o término de um processo de composição de conflitos em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial – seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (*e.g.* vizinhos que permanecem em posições antagônicas em razão de comunicação ineficiente entre ambos), seja por não se ter aventado tal matéria juridicamente tutelada perante o Estado; ii) voltar-se, em atenção ao princípio do empoderamento[81], a um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos, educando-as com técnicas de negociação e mediação; e iii) dirigir-se como instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito (*i.e.* compreensão recíproca), em atenção ao princípio da validação ou princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos[82].

Na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gerenciamento de disputas (ou gestão de processos de resolução de disputas). Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercerem suas atividades profissionais, devem se voltar para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais **eficiente** e **construtiva**. Criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um efetivo pacificador ou no mínimo como um solucionador de problemas (ou questões).

As perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um efetivo pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (*e.g.* mediadores e árbitros), ainda que somente quando requisitado – como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que "vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes"[83].

---

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

[82] BARUCH BUSH, Robert *et al.*, *ob. cit.* p. 191 e segs.

[83] GRINOVER, Ada Pellegrini *et. alii, ob. cit*, p. 29.

Ao se proceder alegoricamente aos conceitos de higiene organizacional apresentadas por Semmelweis, conclui-se que se de um lado os operadores da área de saúde têm a responsabilidade profissional voltada ao prolongamento da vida, por outro, os operadores da área do direito estão deontologicamente ligados à pacificação social e à preservação e aperfeiçoamento de relações sociais. Ainda, da mesma forma com que muitos médicos, principalmente no passado, a despeito da evidente boa intenção de preservar a vida infectavam pacientes com agentes patológicos, operadores do direito – na maior parte das vezes muito bem intencionados – têm grandes dificuldades (por falta de treinamento técnico) em auxiliar as partes em disputa a construtivamente resolverem disputas. Como exemplificado acima, quando um juiz de direito sentencia determinando com quem ficará a guarda de um filho ou os valores a serem pagos a título de alimentos, põe fim, para fins do direito positivado, a um determinado litígio, todavia, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades entre os divorciandos/separandos bem como para os filhos.

Os projetos-piloto de institucionalização da mediação têm obtido notáveis resultados e já têm contribuído significativamente para o ordenamento jurídico processual brasileiro. Isto porque, todos os exemplos bem sucedidos citados acima foram desenvolvidos não em razão de um imperativo legal positivado e sim em função de: i) brilhantes operadores do direito que efetivamente planejaram tais projetos, lastreados em genérica norma processual prevista no art. 125, IV do Código de Processo Civil e considerando as características específicas de cada região ou unidade da federação; ii) foram utilizadas técnicas autocompositivas próprias por intermédio de mediadores adequadamente treinados[84]; iii) muitos programas foram desenvolvidos com claras orientações qualitativas (*i.e.* dirige-se o processo não apenas visando elevado número de transações mas sim elevada satisfação dos usuários quanto ao processo e ao seu resultado[85]); e iv) houve apoio dos magistrados envolvidos para que os programas fossem adaptados às necessidades e características de cada tribunal ou fórum e conduzidos com tempo suficiente para que as partes pudessem adequadamente se manifestar.

No que concerne ao papel do magistrado diante dessa nova realidade do ordenamento jurídico processual, cabe mencionar que essa nova conduta profissional está tão somente adequando-se à nova concepção de Direito apresentada contemporaneamente por diversos autores, dos quais se destaca Boaventura de Sousa Santos, segundo o qual

---

[84] Como indicado acima, sobre as diversas técnicas existentes *v*. o 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.

[85] Sobre as orientações qualitativas em mediação forense *v.* nota de rodapé nº 60.

[86] SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72 apud VEDANA, Vilson Malchow, *Programa de Mediação Comunitária*, Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, no prelo havendo ainda a possibilidade de alteração do título da obra.

"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[86]".

Pode-se concluir que a crescente busca da mediação como meio de complementação da estrutura estatal de resolução de disputas é decorrente, principalmente, de dois fatores básicos do desenvolvimento da cultura jurídico-processual brasileira: (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 processual[87]; (ii) por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é eliminar conflitos mediante critérios justos[88] 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][89]".

Com o citado abandono de fórmulas exclusivamente positivas para atuação do Estado na sua função de resolver de disputa mediante critérios justos, constata-se inevitável aproximação de técnica própria e assunção de novas funções para que todos os operadores do direito e em especial os magistrados efetivamente atuem como agentes catalisadores de pacificação social e sejam capazes de resolver lides construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias[90], e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca[91].

No atual ordenamento jurídico processual brasileiro, há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis, mas determinantes para a efetividade do sistema processual. Os diligentes e engenhosos magistrados e servidores que brilhantemente desenvolveram os projetos-piloto exemplificados acima demonstram, tal como feito por Semmelveis na área de saúde, que ao operador do direito compete examinar com muito cuidado o quanto sua atuação e

---

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

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

89 Cabe destacar que a expressão utilizada por Dinamarco refere-se ao abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas (DINAMARCO, Cândido Rangel, *ob. cit.* p. 157), contudo diante de novas concepções acerca do que vem a ser "jurídico" ou não (*v*. SANTOS, Boaventura de Sousa. O discurso e o poder; ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre : Fabris, 1988, p. 72) optamos por substituir esta última palavra.

90 RHODE, Deborah L., *In the Interest of Justice: Reforming the Legal Profession*, Nova Iorque: Oxford University Press, 2000, p. 132.

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

92 *Cf*. DEUTSCH, Morton; *The Resolution of Conflict: Constructive and Deconstructive Processes*, New Haven, CT: Yale University Press, 1973; DEUTSCH, Morton, *The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; BUNKER, Barbara B. *et alii*, *Conflict, Cooperation & Justice: Essays Inspired by the Work of Morton Deutsch*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 1995; MAYER, Bernard, *The Dynamics of Conflict Resolution*: A Practitioner's Guide, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2000; MAYER, Bernard, *Beyond Neutrality : Confronting the Crisis in Conflict Resolution*, São Francisco: Ed. Jossey-Bass, 2004.

técnica estão produzindo resultados *construtivos*, ao aproximar as partes em disputa e melhorar a relação social entre estas existentes, ou *destrutivos*, ao aplicar cruamente as normas processuais a ponto de eventualmente permitir que entre as partes em conflito subsista litigiosidade após a prolação de uma sentença, o que seguramente produz o enfraquecimento da relação social que vincula as partes. Diante da teoria de conflito existente[92], não cabe mais ao operador do direito, e em especial ao membro do Ministério Público e ao magistrado, se posicionar atrás de togas escuras e agir sob um manto de tradição para permitir que partes, quando busquem do Estado auxílio para a solução de conflitos, recebam tratamento que não seja aquele voltado a estimular maior compreensão recíproca, humanização da disputa, manutenção da relação social e, por conseqüência, maior realização pessoal bem como melhores condições de vida.

V. Bibliografia

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

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.

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

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.

AZEVEDO, Gustavo Trancho, *Confidencialidade na 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

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.

BRAZIL, Wayne D, *For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences – and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel* in 16 Ohio State Journal on Dispute Resolution, nº 16, 2000

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. Bookseller, 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.

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.

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: Ed. Malheiros, 8ª Ed., 2000.

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

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

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.

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

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.

PIRES, Amom Albernaz, *Mediação e Conciliação: Breves reflexões para uma conceituação adequada* in AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

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

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

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

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.

SHELL, Richard G, *Bargaining for Advantage: Negotiation Strategies for Reasonable People*, Ed. Viking Penguin Publishers, 1999.

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

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

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.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá, *Processo, Autocomposição e Autodefensa*, Cidade do México: Ed. Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

CARTOGRAFIA DOS MÉTODOS DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

Alexandre Araújo Costa[1]

I. Introdução: por uma nova cartografia. II. Reconhecimento do terreno: avaliando as diferenças entre os conflitos. III. Mapeando as estratégias autocompositivas. IV. Entre mediação e conciliação**.** V. Mapeando as estratégias heterocompositivas. VI. Articulando os mapas: avaliação crítica e comparativa das estratégias. VII. Conclusão: pela autonomia dos métodos. Bibliografia

I. Introdução: por uma nova cartografia

Conhecer é construir mapas e os registros cartográficos de territórios novos são quase sempre muito limitados[2]. E, embora possa parecer incrível para alguns, a resolução de conflitos é um campo novo para o direito, o que faz com que os mapas teóricos de que dispomos para lidar com essa questão ainda sejam demasiadamente inseguros.

Embora o direito sempre tenha lidado com conflitos, faz muito pouco tempo que os juristas passaram a entender que esse é um objeto merecedor de reflexões específicas. A história do conhecimento é repleta de situações como essa: passamos séculos lidando com uma realidade que, pelos mais variados motivos, não é tematizada pelas nossas reflexões. A escravidão, a homossexualidade, a preservação ambiental, a liberdade de crença, o direito das mulheres a um tratamento igualitário, durante muito tempo esses temas simplesmente estiveram excluídos dos estudos sistemáticos que normalmente chamamos de ciência ou filosofia. Em um dado momento, esses fatos passaram a ser entendidos como problemas, ou seja, como fontes de indagações que merecem ser respondidas.

---

[1] Mestre em Direito e Estado e pesquisador associado da UnB.

[2] Utilizamos aqui a metáfora cartográfica, que foi especialmente desenvolvida nas obras de Guattari e Deleuze e recentemente retomada por Boaventura. [Vide Guattari, *Cartografias esquizoanalíticas*, pp. 31 e ss., Deleuze e Guattari, *Mil platôs*, vol. I, e Santos, *A crítica da razão indolente*, pp. 189 e ss.].

Para que um determinado objeto se transforme em um problema, é necessário que nos tornemos conscientes de que o modo tradicional de lidarmos com eles talvez não seja o mais adequado. Essa percepção de que algo poderia ser diferente em nossas visões ou em nosso comportamento costuma estimular, ao menos em algum, a busca de construir novos padrões teóricos e práticos para lidar com velhos fenômenos, vistos de forma renovada.

O conflito normalmente era visto pelos juristas como aquilo que deve ser combatido, pois uma das funções primordiais do direito é resolver os conflitos sociais. Esses conflitos são inevitáveis, dado que a existência de divergências de interesses é inerente a uma sociedade formada por indivíduos autônomos. Porém, a única reação adequada ao conflito é busca de sua anulação, dado que a sociedade harmônica é aquela em que não há conflitos e tensões.

E como o direito pode anular os conflitos? A estratégia jurídica básica é a de estabelecer juízes, que decidem os conflitos mediante sua autoridade. Mas, em uma sociedade de homens iguais, os juízes não podem decidir de acordo com suas convicções pessoais, mas precisam aplicar padrões objetivos previamente fixados. Portanto, é preciso haver normas jurídicas que estabeleçam os padrões de julgamento.

Simplificada de maneira quase grosseira, essa é uma descrição do direito moderno e de sua articulação com o individualismo moderno: os indivíduos têm interesses pessoais, esses interesses entram em choque, esses choques devem ser anulados mediante a aplicação de regras previamente definidas e aplicadas por juízes imparciais.

Nessa visão de mundo, que papel pode ser reservado ao conflito? Nenhum, obviamente, a não ser o de vilão da história. Assim, como os gregos uniram todos os não-gregos no conceito de *bárbaro*, os europeus juntaram todos os povos ameríndios e africanos no conceito de *primitivos* e os juristas uniram todas as tensões que ameaçavam a paz social no conceito de *conflito*. Em todos esses casos, a generalidade do conceito simplesmente desconhece as imensas diferenças entre os objetos que os compõem, pois esses três conceitos servem para identificar simplesmente aquilo contra o que nos opomos, aquilo que deve ser recusado, dominado ou anulado.

Essa visão moderna está em crise, e, no campo dos conflitos, essa crise conduziu a uma percepção crescente de que há muitas coisas escondidas sob o nome genérico de conflitos. Tensões dos mais variados tipos e origens, com os mais variados modos de desenlace, exigindo estratégias as mais diversas para o seu enfrentamento. Essa primeira abertura gerou uma primeira onda de reflexão, na esteira da qual surgiu o movimento de resolução alternativa de disputas (RAD).

Porém, a própria noção de que é preciso valorizar métodos *alternativos* significa um reconhecimento que o modo jurisdicional é o mecanismo padrão de resolução, pois toda alternativa é alternativa a algum padrão. Além disso, o desenvolvimento dos métodos

de RAD deu-se dentro da concepção de que todo conflito é uma disputa de mais de uma pessoa acerca de um mesmo bem e que, por isso, pode ser resolvida a partir de um acordo. Esse primeiro momento resulta, portanto, em um reconhecimento dos limites da técnica jurídica de aplicação de normas gerais e de uma valorização das estratégias voltadas à criação autônoma de normas individuais para a resolução da disputa. As concepções resultantes desse momento, que ainda são dominantes, são o que podemos chamar de modelos centrados na solução de problemas (*problem-solving models*).

Porém, a identificação do conflito com a disputa acerca de um bem (ou de uma determinada combinação de bens) é uma concepção demasiadamente restrita da dimensão conflituosa da vida em sociedade. E a insistência no acordo como forma *única* de resolução de conflitos é demasiadamente ligada à noção de que os conflitos são aquilo que se precisa anular na sociedade. Com o tempo, desenvolveu-se uma percepção mais crítica acerca das peculiaridades dos conflitos e da possibilidade de resolvê-los mediante acordos.

Uma das percepções fundamentais é a de que a disputa não é o conflito, mas uma decorrência do conflito. Portanto, resolver a disputa não põe fim ao conflito subjacente. Quando um juiz determina com quem ficará a guarda de um filho, isso põe fim a uma determinada disputa (ou litígio, como definiremos a seguir), mas, além de não resolver a relação conflituosa, muitas vezes acirra o próprio conflito, criando novas dificuldades para os pais e para os filhos. Então, torna-se claro que o conflito, ao menos em muitos casos, não pode ser resolvido pelo acordo.

Mais profunda que essa mudança é a percepção de que o conflito talvez não seja algo a ser anulado, mas que as relações humanas têm uma dimensão conflitiva que as integra. As tensões não são frutos simplesmente de interesses divergentes (ou seja, de desejos diferentes que podem ser avaliados dentro de uma mesma visão de mundo), mas de diferentes maneiras de perceber o mundo. Essas diferenças não podem ser reduzidas sem violentar o direito de cada um à sua própria identidade.

Esse direito à diferença é um dos elementos que está na base das novas teorias sobre o conflito. Antes, a diferença era vista como algo ruim, ou admissível apenas dentro de certos limites predeterminados, que tendiam a reduzir a diferença imediata a uma igualdade mediata. Por exemplo: duas pessoas envolvidas em um acidente de carro desejam coisas imediatamente diferentes, pois nenhuma quer arcar com os danos. Mas ambas desejam o mesmo: ser indenizadas pelo prejuízo que sofreram. Assim, muitas vezes queremos coisas diferentes porque, no fundo, queremos a mesma coisa. Somente nessas situações faz sentido a estratégia normativa de estabelecer critérios sobre quem tem razão em desejar a mesma coisa (uma indenização, a propriedade de um bem, a guarda de um filho, etc.).

Em outras palavras, a diferença somente era admissível no tocante à disputa, mas não no tocante ao conflito. Mas o que fazer quando o conflito não é uma disputa por um determinado bem, mas o resultado de uma percepção diferente do mundo? Que fazer quando se confrontam um marido que repete padrões patriarcais e uma mulher que

o ama, mas tenta conquistar sua liberdade e autonomia? Ou quando desejamos aquilo que não é quantificável, como atenção, carinho ou um pedido de desculpas? Ou aquilo que nenhum acordo é capaz de criar, por envolver respeito, afeto, cuidado ou qualquer coisa que envolva um sentimento sincero? Nessas situações, os modelos de disputa falham, justamente porque há conflito sem haver propriamente disputa. O que está em jogo são desejos inconciliáveis por serem divergentes e não por convergirem em relação a um bem disputado.

Outra mudança fundamental foi a incorporação de certas tendências existentes na filosofia desde meados do século XX, passando-se a reconhecer que a linguagem não é apenas um instrumento para a realização de acordos de interesses[3]. Como sintetizou Dora Schnitman, "la función primaria del lenguaje es la construcción de mundos humanos, no simplemente la transmisión de mensajes de un lugar a otro. La comunicación se torna así un proceso constructivo, no un mero carril conductor de mensajes o de ideas"[4].

Com isso, a linguagem deixa de ser vista como um instrumento para negociar a resolução disputas (visão inerente à primeira onda dos métodos RAD), pois se passa a reconhecer que os próprios conflitos têm uma dimensão lingüística, no sentido de que eles são constituídos pela nossa percepção das relações vividas, que são reconstruídas lingüisticamente dentro de uma narrativa pessoal. Nessa medida, alterar a percepção que uma pessoa tem do conflito significa modificar o próprio conflito, pois é possível modificar o modo de comportamento entre as pessoas nele envolvidas.

Passou-se, então, a pensar na intervenção na própria estrutura do conflito, alterando a dimensão simbólica da relação conflituosa (ou seja, alterando o modo como as pessoas percebem os fatos que elas qualificam como conflituosos) e, conseqüentemente, abrindo novas portas para a transformação dessa relação. Como elaboramos lingüisticamente a própria realidade (ou, ao menos a linguagem é um elemento importante na percepção do que chamamos de realidade), é possível intervir na própria maneira como pensamos o nosso conflito. Ora, como um conflito não existe fora da percepção (ainda que inconsciente) das pessoas, intervir na elaboração simbólica do conflito significa promover a transformação do conflito em si (e não apenas nos seus resultados ou conseqüências).

Esse conjunto de percepções conduz à valorização da mediação como elemento de transformação das relações sociais (como em Warat, Bush e Folger)[5] e ao reconhecimento do aspecto lingüístico e simbólico das relações (como em Winslade, Monk e também em Warat[6]).

---

[3] Nas teorias ligadas à cultura anglo-saxã ou por ela influenciadas, essa dimensão constitutiva (e não apenas representativa) da linguagem é normalmente vinculada a uma concepção por eles chamada de *social construcionist theory* (teoria do construtivismo social). Porém, são várias as concepções que, desde o início do século XX, especialmente a partir do segundo Wittgenstein e de Heidegger, acentuam a dimensão constitutiva (ou construtiva) da linguagem.

[4] Schnitman, *Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos*, p. 31.

[5] Vide Warat, *O ofício do mediador*, e Bush e Folger, La mediación transformadora y la intervención de terceros.

[6] Vide Winslade e Monk, *Narrative mediation* e Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação.

Cada uma dessas teorias oferece um mapa diferente do terreno da resolução de conflitos. Algumas estruturas permanecem um pouco alheias às movimentações contemporâneas (a arbitragem, por exemplo, não sofre grandes alterações conceituais), mas outras estão sendo constantemente mapeadas por cartógrafos que fornecem os mapas mais diferentes (especialmente a mediação). Por tudo isso, alguém que inicia o estudo do tema pode sentir-se bastante perdido, já que os livros vão apresentar, muitas vezes como verdades incontestadas, definições as mais diversas de palavras como *conflito*, *disputa*, *mediação*, *conciliação* e outras.

Por esse motivo, é inevitável fazer um estudo dos vários mapas disponíveis e creio ser conveniente traçar um mapa geral, que tente organizar as várias teorias como mapeamentos parciais, dando um sentido global ao tema da resolução de conflitos. Para usar uma terminologia mais arcaica e pretensiosa, convém elaborar uma teoria geral do conflito.

O objetivo deste artigo é delinear um mapa geral dos conflitos, a partir de uma perspectiva jurídica. O resultado é certamente ainda muito lacunoso, como todo mapa de um terreno inóspito, cujas fronteiras são controvertidas e no qual vários grupos lutam por conquistar hegemonia. Mas creio que a atividade do teórico não pode ser outra coisa senão esta (re)elaboração de mapas provisórios, que não se pretendem confundir com o real[7], mas que sabem não passar de uma orientação para que os homens possam pensar e agir em suas relações uns com os outros.

II. Reconhecimento do terreno: avaliando as diferenças entre os conflitos

A afirmação de que o direito atua sobre os conflitos sociais talvez possa ser acolhida unanimemente pelos juristas, especialmente porque ela é tão vaga que cada um poderia atribuir aos termos *direito*, *conflito* e *social* qualquer sentido que lhe aprouvesse. De toda forma, por mais que haja debates acerca da função específica do direito, parece claro que ele lida com a conflituosidade social, o que indica ser conveniente pensarmos um pouco mais a fundo sobre os conflitos e os mecanismos de que dispomos para enfrentá-los, para que possamos mapear devidamente esse terreno.

Tomemos o exemplo de Capitu e Bentinho, um casal de companheiros que, após anos de convívio, decidiu separar-se, situação em que é preciso enfrentar o problema da divisão dos bens que compunham o seu patrimônio. Nesse caso, pode ser que ambos estejam de acordo sobre qual seria a divisão mais justa — caso em que não ocorreria conflito específico sobre este tema —, mas também pode ser que haja divergência acerca da divisão dos bens.

---

[7] Pois me parece uma ingenuidade epistemológica extemporânea confundir o mapa com o mundo, tal como fizeram os grandes defensores das teorias gerais dos dois séculos passados e suas releituras atuais, como a tentativa de Remo Entelman de construir uma teoria geral do conflito nos moldes formalistas da Teoria Pura do Direito de Kelsen. [Vide ENTELMAN, *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*].

II.A. Agir estratégico-indiferente e agir comprometido

Havendo divergência, espera-se normalmente que ambos conversem, mostrem os seus pontos de vista e, respeitando as divergências de posicionamento, busquem uma saída consensual. Trata-se este caso de uma tentativa de *autocomposição*, na medida em que as decisões acerca do conflito são tomadas pelas próprias partes interessadas.

Quando existe uma contraposição de interesses, ela muitas vezes é resolvida pelas partes mediante um processo de busca de uma decisão consensual, na qual cada envolvido tenta mudar a opinião do outro ou abre mão de parte de suas pretensões, na busca de alcançar um equilíbrio de perdas e ganhos que seja minimamente satisfatório para ambos.

No caso da separação, por exemplo, pode ser que um dos companheiros abra mão de certos discos e da mesa de jantar, enquanto o outro abre mão de alguns livros e da estante da sala, na busca de encontrar uma solução consensual. Observe-se que não é só a divisão patrimonial que precisa ser definida nesses casos, pois os ex-companheiros também podem decidir conjuntamente vários outros pontos, como definir a versão dos fatos que será exposta para as famílias e para os amigos, ou comprometer-se a não freqüentar certos restaurantes ou cinemas, com o fim de evitar encontros que seriam desagradáveis para algum deles.

Nesse ponto, é bastante típico que o jurista reduza a autocomposição a uma negociação de interesses contrapostos, a partir de um comportamento estratégico, no qual cada uma das partes envolvidas busca maximizar os seus próprios interesses, não estando diretamente comprometido com a satisfação (nem com a contrariedade) do interesse dos outros. Esse tipo de redução trabalha com um modelo individualista de matriz utilitarista, no qual se considera que todo indivíduo tende a fazer opções racionais no sentido de obter para si, em cada caso concreto, o máximo de prazer e o mínimo de dor.

De acordo com tal perspectiva, se uma das partes pensa na satisfação da outra, não é por estar comprometido com ela, mas apenas porque um agente racional precisaria levar em consideração que ela tenderá a aceitar a proposta que lhe for mais vantajosa[8].

[8] Cabe observar que o pensamento estratégico não é necessariamente individualista, pois mesmo o mais altruísta dos modos de pensar possui uma dimensão estratégica, no sentido de que envolve um questionamento acerca das conseqüências desejáveis e dos melhores meios de alcançá-las. Tampouco o utilitarismo é necessariamente egoísta, pois, ao exemplo do que defende John Stuart Mill [Mill, Utilitarismo], é possível pensar a utilidade como social e não individual. Porém, o modelo jurídico a que nos referimos pressupõe que o homem é um indivíduo que sempre age racionalmente para atingir seus interesses *individuais*, o que implica um raciocínio *simultaneamente* estratégico e individualista.

Penso que os termos mais significativos para indicar esse modelo seriam *individualista* ou *indiferente*, mas, como essas palavras são demasiadamente ambíguas na linguagem comum, creio que o seu uso tenderia a acarretar mais confusão que entendimento. Em especial, há o problema de a palavra "indiferente", isoladamente, não explicar que esse agir seria indiferente ao outro, mas não em relação a interesses individuais do próprio agente. Optei, então, em utilizar a expressão *estratégico-indiferente* para fazer referência a esse modo de agir, apesar de ela ser ela demasiadamente longa e cacofônica. De toda forma, devo confessar que, em alguns pontos, termino por privilegiar a eufonia ao rigor e a falar apenas em *agir meramente estratégico* para me referir ao agir estratégico individualista voltado tão-somente para a garantia dos interesses individuais do agente.

Nesse tipo de modelo, que está na base tanto da teoria econômica clássica como da teoria dos jogos tradicional, tende-se a encarar os envolvidos no conflito como adversários e pressupõe-se que cada parte tem um compromisso apenas com a realização dos seus próprios interesses.

Essa perspectiva, que reduz o comportamento a um agir estratégico-indiferente aos interesses das partes envolvidas, é bastante razoável para a análise de muitos dos conflitos juridicamente relevantes, pois há uma infinidade de casos em que as partes são efetivamente adversárias em um conflito que pode ser reduzido a um jogo de interesses no qual cada envolvido busca maximizar seus ganhos. Nesses casos, pode-se qualificar os conflitos como *adversariais*, o que ocorre tipicamente nos casos de batida de carros entre motoristas que não se conhecem, de bancos que buscam cobrar dívidas vencidas, de seguradoras que buscam enquadrar uma determinada situação em uma das hipóteses que as exime de ressarcir o segurado. Em nenhuma dessas hipóteses parecer haver muito mais que um agir estratégico praticado por pessoas que se entendem como adversárias, pois cada uma busca maximizar seus interesses e o ganho de uma implica quase sempre uma perda para a outra.

Porém, reduzir todos os conflitos a esse modelo seria um exagero, pois há também uma variedade de casos em que uma das partes tem, sim, interesse na satisfação dos interesses da outra. Não se trata de satisfazer parcialmente os interesses de uma das partes como uma forma de maximizar o seu interesse individual, mas de considerar o respeito aos desejos do outro como um objetivo *autônomo*. Nesse caso, o modelo ideal não seria o de dois adversários que buscassem maximizar seus interesses particulares, ainda que em detrimento do outro, mas de duas pessoas que buscassem criar uma situação que seja a mais *justa*, maximizando o bem comum e não apenas os seus interesses particulares.

Poderíamos aqui falar de um *agir comprometido*, pois a satisfação dos interesses do outro mostra-se como um dos objetivos relevantes das partes. Com isso, o ganho de uma parte deixa de implicar uma perda para a outra, que não é vista como um adversário, dado que as pessoas envolvidas têm efetivo interesse em satisfazer os interesses do outro e não apenas os seus próprios. Talvez Capitu e Bentinho já não mais encontrassem satisfação na vida em comum, mas continuassem partilhando uma grande amizade, ou respeito, ou qualquer sentimento que os fizesse ter interesse na felicidade do outro.

Cabe ressalvar que a moderna teoria dos jogos também conta com modelos capazes de lidar com situações que não são necessariamente adversariais e buscam identificar soluções de maximização dos ganhos para todas as partes envolvidas, tal como a idéia do *equilibrium* de Nash[9]. De toda forma, mesmo esses modelos de maximização de ganhos para o conjunto dos interessados não ultrapassam os limites de um pensamento estratégico-indiferente aos interesses do outro, pois reduzem todos os interesses envolvidos

[9] Para uma descrição geral da teoria dos jogos, especialmente do equilíbrio de Nash, vide ALMEIDA, *A teoria dos jogos*, item 2.1.

a interesses individuais (ainda que seja no interesse individual de satisfazer o outro) e, em tais modelos, o respeito aos interesses das partes é entendido um meio para se tentar garantir ao máximo os interesses individuais[10].

Assim, caracterizamos o agir comprometimento pelo fato de que o outro é percebido como uma pessoa cujos desejos não nos são indiferentes. Porém, não existe apenas o que poderíamos chamar de um *comprometimento positivo* (voltado à satisfação da parte), mas também há um comprometimento que poderíamos qualificar como negativo, pois ele é voltado para dificultar a satisfação, ou mesmo causar sofrimento, ao outro. Por exemplo, talvez as dificuldades de convivência entre Capitu e Bentinho poderiam ter degenerado para um rancor tão grande que um estivesse comprometido com causar sofrimento ao outro. Assim, o comprometimento emocional pode fazer tanto que uma pessoa atue de forma *colaborativa* ou *cooperativa*, quanto de forma que não é apenas adversarial, mas destrutiva[11], na medida em que uma das partes busca impedir que o outro alcance seus interesses. De um modo ou de outro, o comprometimento insere no conflito uma dimensão afetiva que é deixada de lado por um modelo descritivo meramente estratégico, pois a felicidade ou o sofrimento do outro não é indiferente para as partes em conflito.

As relações humanas, contudo, não podem ser divididas binariamente em comportamentos indiferentes e comprometidos, pois raramente alguém é abnegado o suficiente para não pensar no seu bem-estar próprio[12] nem é individualista ao ponto de não ter qualquer compromisso com os sentimentos das outras pessoas. Há vários graus de comprometimento, ou seja, as pessoas estão dispostas a abrir mão de alguns de seus interesses pessoais perante determinados interesses das partes, mas apenas até um certo nível, que varia de acordo com as partes em conflito, os interesses contrapostos, os valores éticos e ideológicos envolvidos, etc.

E, para tornar ainda mais complexa a análise, devemos admitir que há casos em que satisfazer o interesse do outro pode ser relevante de um ponto de vista estratégico (pense-se, por exemplo, em uma sociedade comercial que pretende garantir a fidelidade e a satisfação de seus clientes), o que geraria um agir estratégico que teria características exteriores muito semelhantes (talvez indistinguíveis) aos de um agir comprometido. Para

---

[10] Nessa medida, creio ser correto afirmar que a teoria dos jogos tem uma matriz individualista porque, apesar de basear-se em uma teoria formal de análise matemática, o seu conceito operativo fundamental é o de *interesse individual*, que não é um conceito meramente formal, nem poderia sê-lo, para que a teoria tivesse alguma aplicabilidade prática e representasse algo além de uma aplicação específica das regras de análise combinatória. Isso não significa, porém, que a teoria dos jogos seja completamente inaplicável a conflitos que envolvem um agir cooperativo (pois mesmo nesses conflitos existe uma dimensão estratégica), mas que ela não é capaz de abarcar toda a complexidade desses conflitos, dado que a sua aplicação implica a redução do vínculo de cooperação a um interesse individual na satisfação do outro.

[11] Acerca da destrutividade, considero pertinente a observação de Warat de que "sentimentos de ternura e agressivos, em diversos graus, encontram-se em todas as relações. A destrutividade, entretanto, é uma situação limite que tende ao desaparecimento do outro, uma tentativa radical do medo para anular a problemática que os encontros com o outro sempre colocam." [vide Warat, *O ofício do mediador*, p. 63].

[12] Convém ressaltar que desejar a felicidade do outro (ou, melhor dito, o que achamos que deveria ser a felicidade para o outro) nem sempre é um índice de comprometimento, pois não é incomum que desejemos o bem do outro principalmente como uma forma de realizarmos apenas os nossos desejos individuais, de tal forma que a realização da pessoa do outro nos interesse menos que a nossa realização por meio delas.

designar esses casos, talvez fosse útil a expressão de um *agir pseudo-comprometido*, em oposição a um *agir eticamente comprometido*, pois ele adotaria todo o discurso do agir comprometido sem que houvesse efetivamente um respeito pela pessoa do outro: apesar da tentativa de satisfação do cliente, a felicidade dele não passaria de um objeto de avaliação estratégica.[13]

Apesar de reconhecermos que a distinção entre os tipos ideais *agir estratégico-indiferente* e *agir comprometido* implica uma grande redução, acreditamos que ela oferece um bom alicerce base para a construção de um modelo adequado e que é útil para evidenciar algumas peculiaridades dos conflitos, especialmente na distinção entre as espécies de autocomposição.

II.B. Relações unidimensionais e multidimensionais

Porém, antes de passar ao estudo das formas de autocomposição, convém explorar as relações entre a diferenciação dos conceitos de agir meramente estratégico e comprometido e a distinção entre relações unidimensionais (ou de vínculo único), nas quais as pessoas envolvidas estão ligadas por interesses pontuais, e relações multidimensionais (ou de múltiplos vínculos, para utilizar a linguagem de Boaventura de Souza Santos[14]), em que as pessoas são ligadas, entre si e com a comunidade circundante, por vários interesses e valores inter-relacionados, tal é tipicamente o caso nas relações familiares, de vizinhança, de trabalho e de amizade ou companheirismo.

É diferente deixar de pagar uma dívida frente a um banco e deixar de pagar uma dívida a um irmão ou colega de trabalho, pois essa inadimplência gera implicações que escapam a questão da dívida e passam a invadir outras dimensões da vida das pessoas: o modo como ele é percebido pelos companheiros e parentes, seu *status* social, sua autopercepção como pessoa, etc. Também é diferente cobrar a dívida de um estranho e cobrar a dívida de um parente ou colega em dificuldades financeiras, pois, na visão do meio social circundante, o dever jurídico possivelmente seria mitigado por outros valores sociais, como caridade e solidariedade. Por exemplo, cobrar na justiça uma dívida conflituosa poderia gerar conflitos nas relações com um irmão ou um colega de turma.

As relações multidimensionais tendem a possuir um forte componente emotivo, pois as relações sociais são envoltas de valores (morais, religiosos, ideológicos, etc.) que geram uma forte dimensão emotiva a conflitos que sejam gerados dentro delas. Nessa medida, o seu enfrentamento tipicamente envolve um agir comprometido, em maior ou menor grau, dependendo do caso. Além disso, essas relações são tipicamente continuadas,

---

[13] Torna-se clara, aqui, uma aproximação da moral cristã e da teoria ética kantiana, que acentuam que a moralidade está fundada em um respeito sincero pelo outro em si mesmo considerado, condenando como imoral (ou ao menos amoral) tratar outras pessoas apenas como objetos em um jogo estratégico de interesses.

[14] Santos, *O discurso e o poder*, p. 22.

de forma que a resolução de um conflito não encerra a convivência entre as partes e, portanto, é sempre necessário pensar nas tensões futuras que poderiam nascer de uma abordagem excessivamente egoística das divergências.

Já as relações de vínculo único tendem a ter uma dimensão emocional menos acentuada[15], o que facilita a redução do comportamento a um agir meramente estratégico. Além disso, essas relações são muitas vezes pontuais no tempo, pois, encerrada a relação ou o conflito que nela surja, não há uma perspectiva de convivência futura. Por exemplo, paga a dívida resultante de um acidente de trânsito sem vítimas, as partes envolvidas no sinistro normalmente não vêm a ter qualquer convivência futura e os resultados do comportamento delas dificilmente teriam forte impacto nas suas outras relações sociais.

II.C. Conflito e litígio

Suponha que Capitu e Bentinho não conseguiram chegar a um acordo sobre a divisão dos bens e decidissem transferir a um amigo comum o poder de dividir o patrimônio de uma maneira que ele julgasse adequada. Nesse caso[16], o casal não estaria submetendo ao amigo a solução de todo o conflito, mas apenas de uma pequena parcela dele, sendo que essa parcela pode ser resolvida a partir do estabelecimento de uma norma específica. Assim, o amigo foi chamado a editar uma norma que estabelecesse uma determinada divisão de bens, que o casal comprometeu-se a aceitar como uma regra obrigatória.

Observe-se que o amigo não foi chamado para ajudar a resolver as várias dimensões do conflito, mas para resolver uma questão específica que aflorou em um campo complexo de conflituosidade, e que a autoridade do amigo limita-se a resolver um problema pontual. Dessa forma, o amigo não interveio no conflito como um todo, mas apenas resolveu um *litígio*, ou seja, uma determinada faceta do conflito, uma disputa sobre um bem determinado que pôde ser solucionada por meio de uma decisão normativa.

Por isso, resolver o litígio (ou a disputa) não significa resolver o conflito que lhe deu origem, sendo que, muitas vezes, a heterocomposição do litígio pode gerar novos conflitos ou acirrar o nível existente de conflituosidade. Se, por exemplo, o amigo comum tomasse uma decisão que desagradasse profundamente tanto a Capitu quanto a Bentinho, a decisão do litígio terminaria por criar conflitos e não por resolvê-los.

Se, ainda dentro da hipótese proposta, o amigo não aceitasse a ingrata tarefa que lhe foi solicitada e Capitu decidisse levar Bentinho à justiça, ela não poderia simplesmente dirigir ao juiz um pedido genérico, tal como: ajude-nos a que nos separemos de uma maneira que não nos degrade e que faça jus ao amor que tínhamos. Judicialmente, esse

---

[15] O que não quer dizer que ela é sempre fraca ou inexistente, pois as concepções éticas dominantes tendem a gerar algum grau de comprometimento positivo de uma pessoa com os seres humanos em geral.

[16] Que pode ser caracterizado como uma arbitragem, como veremos a seguir.

pedido seria entendido simplesmente como *nonsense*, pois o judiciário não lida com toda a complexidade do conflito, mas apenas com litígios determinados. Para utilizar os conceitos de Boaventura de Sousa Santos[17], existe um *conflito real* e um *conflito processado* (que chamamos aqui de litígio).

Assim, para ingressar em juízo, Capitu precisaria definir o litígio que ela desejaria que o juiz resolvesse, solicitando que fosse feita uma determinada divisão de bens, que fosse concedida uma pensão alimentícia, que Bentinho fosse proibido de freqüentar certos lugares, ou qualquer outra coisa que desejasse. E ao juiz caberia simplesmente analisar se o pedido feito por Capitu teria ou não base no direito positivo e, com base nesse critério, deferi-lo ou não. Dessa forma, o pedido do autor define o litígio e este determina o limite da autoridade judicial sobre o caso.

Porém, também é possível falar de litígios dentro de conflitos em que um terceiro não seja chamado a decidir um problema. Se, por exemplo, Capitu e Bentinho selecionarem, dentro de sua relação conflituosa, determinados pontos que desejam ver resolvidos normativamente, eles tanto podem negociar estes pontos específicos, em uma composição direta, como podem chamar um terceiro para auxiliá-los a chegar a uma acordo, e não para que ele decida o litígio[18].

De toda forma, é preciso não confundir o conflito com o litígio, pois, embora todo litígio esteja ligado a um conflito, ele não representa toda complexidade do conflito que lhe é subjacente, mas uma determinada faceta sua, a qual pode ser decidida por meio do estabelecimento de uma norma, seja esta regra imposta por um terceiro (juiz ou árbitro), seja ela fruto de um acordo direto ou assistido.

III. Mapeando as estratégias autocompositivas

III.A. Autocomposição direta

Chamamos de *autocomposição direta* o modo de enfrentamento de conflitos no qual as partes envolvidas buscam o consenso sem que haja a intervenção de um terceiro imparcial. Quando há intervenção de um terceiro imparcial (ou seja, de alguém que não está vinculado à defesa dos interesses de nenhuma das partes), passamos ao campo da *autocomposição mediada*, que será trabalhada no próximo ponto.

Nos casos de autocomposição direta em que não há uma dimensão emocional envolvida (como uma divergência sobre os juros incidentes sobre um empréstimo

[17] Santos, *O discurso e o poder*, p. 23.

[18] Como veremos, nesse caso o terceiro não atuaria como juiz nem como árbitro, mas como conciliador.

bancário), trabalha-se tipicamente com o agir indiferente e, portanto, o enfrentamento do conflito dá-se por meio de uma negociação de interesses, em que cada parte somente cede em suas pretensões caso julgue que o consenso gerado lhe seria mais vantajoso. Nessas hipóteses, falamos normalmente de *negociação* ou *transação*, denominações que acentuam o fato de tratar-se de um jogo estratégico no qual o consenso é atingido ao custo de concessões mútuas.

Na negociação, é possível a intervenção de um terceiro (o *negociador*), mas este não é imparcial, pois a sua função será defender os interesses de alguma (ou algumas) das partes envolvidas. Esse é um papel constantemente desempenhado por advogados, que muitas vezes representam (ou ao menos assessoram) seus clientes em negociações que visam a resolver conflitos.

Porém, também ocorrem autocomposições diretas em casos que envolvem uma dimensão emocional acentuada, nos quais há uma tendência para que ganhe relevância um agir comprometido. Capitu e Bentinho, por exemplo, podem tentar chegar a um consenso sobre qual será a versão oficial dos motivos de sua separação, sendo que ambos estejam sinceramente buscando a solução mais justa. Tratar essa hipótese como uma negociação ou uma transação não nos parece adequado, pois esses termos remetem a um agir estratégico-indiferente que não é o predominante no caso. Para tratar desses casos, falta uma terminologia definida, motivo pelo qual sugiro que tratemos hipóteses desse tipo como espécies de *autocomposição direta comprometida* e que passemos a enquadrar a negociação como uma forma de *autocomposição direta estratégica*.

Possivelmente não fazem parte do senso comum conceitos específicos para tratar da autocomposição comprometida, porque os casos de comprometimento positivo tendem a gerar um consenso sem a necessidade de intervenção de terceiros e os casos de comprometimento negativo tendem a gerar conflitos cujo enfrentamento adequado normalmente exige a intervenção de terceiros, escapando, assim, do âmbito da autocomposição direta. De toda forma, essa distinção parece útil para definir mais precisamente o campo da negociação (em que ganhariam relevância as abordagens meramente estratégicas, especialmente a teoria dos jogos) e para distinguir os vários modos de autocomposição mediada.

III.B. Autotutela

Antes de passar para a análise da autocomposição mediada, cabe tecer algumas considerações sobre uma outra forma de enfrentamento de conflitos, que ocorre quando uma das partes, em vez de buscar uma composição do conflito por meio do diálogo, utiliza-se de sua própria força para fazer valer os interesses que ela considera legítimos. Nesses casos, como não há a busca de uma composição das partes conflitantes, mas uma ação unilateral em que uma das partes tenta garantir o que entende como o seu direito, falamos de *autotutela* e não de autocomposição.

Este seria o caso, por exemplo, se Capitu considerasse que seu gosto especial pela música lhe dava direito a ficar com os discos que foram do casal e, prevendo que Bentinho não aceitaria essa proposta, em vez de negociar com o ex-companheiro, ela simplesmente se apossasse de todos os discos. A autotutela, portanto, não é uma conduta que privilegia o diálogo, mas se trata de uma imposição unilateral dos interesses de um sobre os do outro. Porém, para que se caracterize propriamente como autotutela, é preciso que a parte entenda que está atuando na defesa de um direito, e não simplesmente na defesa de um interesse pessoal.

Esse comportamento é visto com muitas reservas, havendo inclusive um crime, chamado de exercício arbitrário das próprias razões, que submete a pena de prisão quem faz justiça pelas próprias mãos. Porém, há casos em que é reconhecido o direito à autotutela, como ocorre na legítima defesa, que é a permissão de que a uma pessoa ameaçada de dano iminente defenda seus interesses legalmente protegidos (ou seja, seus direitos) com os meios disponíveis. De toda forma, ainda que a nossa sociedade acolha a autotutela em certos casos, ela é considerada uma medida excepcional, que somente se justifica no caso de ser a única saída possível para garantir um interesse legítimo.

III.C. Autocomposição assistida

A autocomposição assistida é aquela em que há a intervenção de um terceiro imparcial, ou seja, de uma pessoa que não está envolvida diretamente no conflito nem representa os interesses de alguma das partes envolvidas. Esse terceiro imparcial pode ser conhecido das partes, pode inclusive ter uma relação afetiva com elas (uma mãe, por exemplo, pode mediar um conflito entre os filhos), mas seria inadequado que um processo de autocomposição assistida fosse orientado por um terceiro com interesse pessoal em uma das alternativas possíveis, pois, em vez de auxiliar as partes a chegarem ao consenso ou a uma situação de equilíbrio, o terceiro poderia direcionar o acordo tendo em vista seus próprios interesses.

É claro que a neutralidade absoluta não existe e que o terceiro imparcial tem valores pessoais que certamente influirão na sua atividade, por mais que ele se esforce para agir de modo neutro. Porém, quando ele passa a defender os seus próprios interesses, ainda que de forma velada ou até mesmo inconsciente, ele deixa de ser um terceiro e passa a ser uma parte do próprio conflito, o que faz com que o processo tenha apenas a aparência de autocomposição assistida. Uma mãe que, a pretexto de mediar um conflito entre seus filhos, pressiona um deles para aceitar uma proposta feita pelo outro, pode até propiciar a realização de um acordo, mas não terá atuado como assistente[19]: ela se transformaria em parte, eventualmente em negociadora, mas não poderia ser qualificada como um terceiro imparcial.

---

[19] Utilizamos aqui o termo *assistente* como um gênero do qual fazem parte tanto os conciliadores como os mediadores, que são os tipos de terceiros imparciais em uma autocomposição assistida.

Ressalte-se que a imparcialidade do terceiro não é uma exigência lógica, mas ética, somente fazendo sentido dentro de uma perspectiva que valorize a subjetividade das pessoas e que considere legítimo apenas o acordo que é realizado por uma vontade livremente expressada, o que implica a ausência de pressões externas, como ameaças, subornos ou pressões. Nessa medida, exige-se do assistente que sirva como um facilitador do acordo ou do equilíbrio e não como um defensor de determinado interesse, ainda que seja dos valores que ele considera justos. Esse respeito pela liberdade das partes e por sua autonomia está no centro das preocupações com a autocomposição assistida, pois a linha que separa a parcialidade da imparcialidade pode ser muito tênue, especialmente nos casos em que o terceiro adota uma postura mais ativa.

Por fim, cabe ressaltar que, em alguns casos, é obrigatório que as partes submetam-se a um processo autocompositivo assistido, como acontece nos juizados especiais cíveis. Nesses órgãos do Poder Judiciário, o processo é dividido em duas partes: uma etapa necessária de conciliação e uma etapa jurisdicional, que ocorre apenas quando a autocomposição é infrutífera. Existe, assim, uma audiência de conciliação, na qual um conciliador (função gratuita que pode ser exercida por qualquer pessoa que tenha uma qualificação mínima) tenta conduzir as partes à realização de um acordo, e somente quando as tentativas de conciliação são frustradas, o processo vai a um juiz, para que ele tome uma decisão a ser imposta às partes. De toda forma, embora seja obrigatória a participação no processo, as partes não podem ser obrigadas a chegarem a um acordo e o conciliador não pode impor-lhes qualquer decisão, motivo pelo qual esse método continua sendo autocompositivo.

IV. Entre mediação e conciliação

Conciliação e mediação são dois termos que sempre são utilizados nas teorias que tratam dos métodos de enfrentamento de conflitos que aqui chamamos de autocomposição mediada. A palavra *mediação* acentua o fato de que a autocomposição não é direta, mas que existe um terceiro que fica "no meio" das partes conflitantes e que atua de forma imparcial. A palavra *conciliação* acentua o objetivo típico desse terceiro, que busca promover o diálogo e o consenso. Assim, para o senso comum, não pareceria estranha a idéia de que o mediador tem como objetivo promover a conciliação, havendo mesmo muitos autores tanto brasileiros como estrangeiros que tratam esses termos como sinônimos[20]. Porém, na tentativa de acentuar as diferenças existentes entre as várias possibilidades de autocomposição mediada, são vários os autores que buscam diferenciar conciliação de mediação, ligando significados diversos a esses termos.[21]

---

[20] Vide Pires, Mediação e Conciliação, p. 133.

[21] Para um bom panorama da diversidade no uso dos termos mediação e conciliação, vide Azevedo, Perspectivas metodológicas do processo de mediação, nota 12, e Pires, Mediação e Conciliação, pp. 133 e ss.

Nessa busca, dois são os grandes critérios em torno dos quais giram as tentativas de classificação: o modo de atuação do terceiro imparcial e o tipo de conflito envolvido. Assim, os autores que se concentram no primeiro critério tendem a considerar que o mediador atua simplesmente como facilitador nas negociações, enquanto o conciliador adota uma postura mais ativa, podendo inclusive propor alternativas[22] ou exatamente o contrário, afirmando que o papel do conciliador limita-se a induzir as partes a "envolver-se ativamente na resolução do problema"[23]. Já os teóricos que se concentram no segundo critério tendem a afirmar que a mediação está ligada a conflitos mais amplos (que chamamos neste trabalho de multidimensionais ou de múltiplos vínculos), enquanto a conciliação está ligada a conflitos mais restritos (que chamamos de unidimensionais ou de vínculo único).

Embora essas distinções sejam aparentemente coerentes entre si, não é possível harmonizá-las, pois um terceiro que atuasse como facilitador em conflitos restritos seria considerado por uns como mediador e por outros como conciliador. Essa incompatibilidade é fruto da opção dicotômica, em que se oferecem opções binárias (ou se é um conciliador ou se é um mediador) com base em critérios diferentes.

IV.A. A mediação centrada no acordo[24]

Para tentar superar essa dificuldade, o norte-americano Leonard Riskin propôs a substituição do modelo binário por um modelo graduado e tentou harmonizar os dois critérios, na tentativa de desenvolver uma teoria que englobasse todos os aspectos do problema[25]. Todavia, com esse passo, Riskin não poderia manter a distinção entre mediação e conciliação, pois precisava tratar todas as estratégias possíveis como espécies de um mesmo gênero, tendo ele optado por manter a mediação como gênero e descrever as suas possibilidades de variação.

Para englobar as duas variáveis em um mesmo modelo, Riskin propôs que se construísse um gráfico cartesiano em que um eixo representasse a amplitude dos problemas a serem resolvidos e o outro o nível de intervenção do mediador. A amplitude do problema, que poderíamos designar como amplitude do litígio, varia de questões pontuais (ex: definição de uma indenização), passa por questões mais complexas (ex: interesses comerciais e profissionais dos envolvidos), até atingir as implicações sociais do conflito (ex: interesses comunitários envolvidos). Já o papel do mediador varia de um mero facilitador (que não poderia sequer sugerir propostas de acordo), passaria por uma

---

[22] Sobre essa postura, vide Pires, Mediação e Conciliação, p. 126.

[23] Vide Cooley, *A advocacia na mediação*, p. 26.

[24] Esse modelo é chamado de *tradicional-lineal* por Marinés Suares [Suares, *Mediación*, p. 58].

[25] Este modelo é minuciosamente descrito em Riskin, Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes, pp. 63 e ss.

etapa intermediária (em que ele pode até sugerir propostas, mas não pode oferecer sua visão pessoal), até chegar ao ponto oposto, do mediador avaliativo, que não apenas teria a possibilidade de dar a sua opinião, mas poderia até chegar ao ponto de pressionar as partes a celebrar um acordo, se tivesse meios de pressão para tanto[26]. Entendendo que os eixos se cruzam nos pontos médios entre essas características, o gráfico ficaria dividido em quatro campos, que Riskin identifica como representando as quatro linhas básicas de orientação do mediador:

1. facilitador-restrito, que apenas orienta as partes em questões pontuais, (ex: um conciliador que, mediante perguntas, ajuda as partes envolvidas em uma batida de trânsito a compreenderem adequadamente os argumentos colocados e suas implicações);

2. facilitador-amplo, que orienta as partes em questões mais profundas, mas deve abster-se de qualquer manifestação que implique uma avaliação do problema (ex: um mediador que tenta ajudar Capitu e Bentinho a compreenderem melhor os seus próprios interesses e as implicações futuras da aceitação das propostas que um dirige ao outro);

3. avaliador-restrito, que deve estimular as partes a tomar decisões em questões de baixa complexidade (ex: um conciliador de um juizado especial que diz a um dos envolvidos em uma batida de trânsito que os juízes normalmente decidem casos daquele tipo do modo como a outra parte sugeriu);

4. avaliador-amplo, que poderia chegar ao ponto de pressionar as partes a fecharem um acordo (ex: um juiz que diz a Bentinho que a proposta feita por Capitu é tão boa que dificilmente se encontraria uma saída mais justa).

Com esse modelo, Riskin oferece uma saída abrangente, pois constrói um sistema em que relaciona as variáveis que outras propostas tendem a tratar de forma isolada. Porém, creio essa saída não equaciona devidamente o problema, pois se termina por substituir os problemas inerentes a dicotomias rígidas pelos problemas de uma falsa gradação. O pressuposto do modelo de Riskin é o de que é possível diferenciar os conflitos a partir de gradações, o que implicaria que a diferença entre eles não reside em critérios qualitativos, mas na quantidade de determinados elementos, quais sejam, a amplitude do problema e a postura avaliativa do mediador. Conseqüentemente, se a diferença é meramente quantitativa, o modelo ergue-se sobre o pressuposto de que os conflitos têm um substrato comum e que o objetivo do mediador é sempre o mesmo, mudando apenas a complexidade do primeiro e a interventividade do segundo.

Esse fato indica que Riskin compartilha do que Warat chama de uma *orientação acordista* da mediação, que entende o conflito como um problema resolvido pelo acordo e

[26] Convém ressaltar que, embora Riskin considere que o mediador avaliativo pode pressionar as partes para realizarem um acordo, defendo no texto a idéia de que, ao pressionar a parte, o terceiro passa a atuar como negociador ou como uma nova parte, e não como um mediador.

que considera, portanto, que a função única da mediação é construir uma solução consensual para por fim ao conflito[27]. Na base dessa concepção, identifica-se a teoria individualista clássica, que pensa a sociedade como um conjunto de indivíduos que age estrategicamente na busca de satisfazer os seus interesses individuais, motivo pelo qual seria possível diferenciar os conflitos apenas pela amplitude da divergência a ser resolvida. Dentro dessa concepção, para a qual a mediação oferece a oportunidade de proporcionar uma satisfação conjunta a todos os disputantes de um conflito, Riskin desenvolveu um modelo que supera alguns limites das teorias anteriores, mas incide nos próprios limites da visão acordista.

E o principal desses limites é uma indiferenciação ente conflitos ligados a um agir meramente estratégico e conflitos ligados a um agir comprometido, elementos cuja diferença é qualitativa e não quantitativa, o que inviabiliza a sua inclusão em gráficos baseados na variação constante de um elemento comum subjacente a todos os objetos abrangidos pelo sistema. Nessa medida, por mais que devamos reconhecer a engenhosidade do modelo, julgo que o fato de Riskin não reconhecer uma diferença qualitativa entre os conflitos faz com que ele não possibilite enfrentar adequadamente a complexidade da mediação.

Por tudo isso, parece-me mais adequado reconhecer que o modelo de Riskin explica bem os conflitos que têm dimensão emocional mais restrita, que envolvem uma contraposição de adversários que agem estrategicamente e que exigem a intervenção do terceiro para catalisar um *acordo*, pois a sua função é a resolução do litígio e não na transformação do conflito. Nessa medida, a teoria de Riskin restringir-se-ia basicamente ao que Warat chama de *conciliação*, conceito que ele diferencia do de *mediação*, em uma tentativa de construir uma teoria da autocomposição que transcenda os limites do modelo acordista.

IV.B. A mediação centrada no conflito[28]

IV.B.I. A orientação transformadora

Para Warat, a diferença primordial entre conciliação e mediação está no tipo de conflito a ser enfrentado, sendo que essa distinção tem reflexos diretos no papel a ser desempenhado pelos mediadores e conciliadores. Outros autores consideram essas duas categorias como tipos distintos de mediação e, como fazem Bush e Folger, dividem a mediação em *transformadora* (*transformative mediation*) e *resolutiva de problemas* (*problem solving mediation*)[29]. Porém, prefiro a distinção proposta por Warat, tanto por considerá-la

---

[27] Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 9.

[28] Marinés Suares identifica dois modelos que atuam nesse mesmo sentido, o *transformativo* de Bush e Folger e o *circular-narrativo* de Sara Cobb. Porém, creio que as diferenças existentes entre eles os caracterizam como variantes de uma concentração no conflito e não como modelos que mereçam ser tratados distintamente. [Suares, *Mediación*, pp. 59 e ss.].

[29] Vide Azevedo, Perspectivas metodológicas do processo de mediação.

mais elegante (a escolha das terminologias é sempre influenciada por nosso senso estético) como por tratar devidamente um conceito que já está consolidado na experiência jurídica brasileira: a conciliação. Como a conciliação é ligada normalmente ao trabalho dos juizados especiais e dos juízes, cuja função primordial (devida ou indevidamente) é estimular o acordo, creio que essa distinção conceitual é a mais compatível com o uso normal da palavra.

De acordo com Warat, a mediação relaciona-se a conflitos com uma forte dimensão emocional e que envolvem um agir eticamente comprometido, enquanto a conciliação aborda conflitos com dimensão afetiva anêmica ou inexistente e envolve um agir estratégico-indiferente. Com isso, a função da mediação é de intervir basicamente no aspecto emocional, buscando transformar uma relação conflituosa em uma relação saudável, auxiliando as partes a compreender o conflito de forma mais aprofundada (o que implica compreender os seus próprios desejos e interesses), para que, com isso, seja possível converter um comprometimento negativo em um comprometimento positivo ou aumentar o nível de cooperação entre as partes.

Nessa medida, o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a transformação do conflito. Essa visão parte do pressuposto de que o conflito não é fruto direto de situações objetivas, mas é fruto do modo como as pessoas interpretam uma situação e reagem a ela (uma mesma situação pode gerar conflito para certas pessoas e não para outras), de modo que é possível alterar o próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem. Não se trataria, pois, de uma simples negociação de interesses, mas de uma compreensão dos interesses e sentimentos, com a finalidade de transformar as relações que atingiram um grau de desequilíbrio tal que a autocomposição direta já não era mais um instrumento eficaz. Nas palavras do próprio Warat, a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma (re)interpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças. [30]

Essa idéia também está presente na concepção de Winslade e Monk, que, extrapolando elementos psicológicos da terapia narrativa (*narrative therapy*), desenvolveram o que chamaram de mediação narrativa (*narrative mediation*), uma perspectiva que acentua a dimensão lingüística dos conflitos e nega a pressuposição tradicional de que "what people want (which gets them into conflict) stems from the expression of their inner needs or interests. Rather it starts from the idea that people construct conflict from narrative descriptions of events"[31]. Por isso, as vertentes ligadas à orientação transformadora trabalham com as dimensões simbólicas do conflito, mais que com harmonização dos desejos derivados dessa percepção simbólica da experiência pessoal.

---

[30] Warat, *O ofício do mediador*, p. 76.

[31] Winslade e Monk, *Narrative mediation*, p. XI.

Nesse sentido, a função do mediador é estimular as partes a reconstruir laços emocionais rompidos (ou construir novos enlaces) e, com isso, fazer com que elas possam construir uma relação de convivência harmônica. Para usar a linguagem poética que marca as concepções[32] de Warat, a mediação tem como objetivo reintroduzir o amor no conflito, pois o mediador precisa contribuir para que as partes erotizem o conflito, inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e, com isso, recolocando o conflito no terreno das pulsões de vida[33].

Essa afirmação evidencia um outro pressuposto fundamental da visão dominante nas perspectivas centradas no conflito, que é a idéia de que as tensões não são um problema a ser erradicado, mas componentes intrínsecos das relações pessoais. As pessoas são diferentes (têm diferentes desejos, interesses, sentimentos, etc.) e as relações humanas são o ambiente em que essas diferenças se produzem como realizações da autonomia das pessoas, gerando uma imensa riqueza em sua diversidade, embora gerando também tensões no entrechoque dessa mesma diversidade. Por conta disso, Warat considera o conflito como uma confrontação construtiva, pois ele entende a vida como um devir conflitivo que tem de ser adequadamente gerenciado[34].

Nesse contexto, o conflito mostra-se como "uma das principais forças positivas na construção das relações sociais e na realização da autonomia individual", pois "à indiferença de força puramente negativa, autodestrutiva da indiferença, o conflito brinda com um incentivo para a interação e termina erigindo-se numa possibilidade para criar, com o outro [e não contra o outro], a diferença"[35]. Por isso, é normalmente um equívoco falar em resolução de conflitos emocionais, pois o que se pode fazer nesses casos é *transformar* o conflito, harmonizando e não anulando as tensões, motivo pelo qual Warat chama sua própria concepção de *orientação transformadora*, contrapondo-a à *orientação acordista*[36].

IV.B.II. Mediação e conflito

Dado esse modo produtivo de encarar o conflito, não teria compreendido adequadamente a sua função um mediador que se propusesse a anular as tensões de forma absoluta e definitiva. Esse pseudomediador, normalmente de boa vontade, não só estaria em busca de um objetivo inatingível, mas tenderia a obliterar a própria riqueza da relação em que viesse a intervir. O mediador deve ter em mente que toda relação humana

---

[32] Concepções essas tão incompreendidas por aqueles que tentam transformar o direito em técnica racionalmente aplicável ou que compartilham a idéia de que um estatuto epistemológico adequado somente pode ser conquistado por um saber que seja purificado do desejo e do amor.

[33] Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 9.

[34] Warat, *O ofício do mediador*, p. 82.

[35] Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 16.

[36] Convém ressaltar que a orientação acordista foi definida no final do ponto anterior.

é plena de tensões e que nem o conflito pode ser definitivamente resolvido, nem isso é desejável, pois a conflituosidade (mantida, é claro, dentro de certos limites), é requisito e não empecilho a uma convivência saudável. Por isso, a função da mediação é transformar o modo como as partes percebem os seus conflitos, de forma a criar uma situação em que as partes sejam capazes de lidar autonomamente com a conflituosidade inerente a sua relação, no presente e no futuro.

A mediação, portanto, não pode ser reduzida à busca de um acordo. O acordo é uma norma a ser cumprida, ainda que ela provenha de uma decisão consensual das partes conflitantes — ele põe fim a um litígio, mas resolver o litígio não implica transformar o conflito. A mediação busca tornar o acordo desnecessário, fazendo com que o conflito não gere incompatibilidades ou tentando sanar as incompatibilidades anteriormente estabelecidas. Trata-se, pois, de ajudar as partes a desenvolverem formas autônomas para lidar com as tensões inerentes ao seu relacionamento, e não de buscar acordos que dêem fim a uma controvérsia pontual.

Isso aponta outro pressuposto fundamental, que é o fato de que as controvérsias que afloram em uma relação conflituosa normalmente têm raízes bem mais profundas que as que normalmente são percebidas à primeira vista pelas partes. Como afirma Warat, em todo sentido enunciado existe um dito e um não-dito e conheceremos muito pouco se permanecermos simplesmente no nível do sentido manifestado, pois "as partes, mais do que freqüentemente se imagina, não conhecem as suas próprias intenções e perdem-se nas formas de seus próprios enunciados; são essas as armadilhas do inconsciente que o mediador deve ajudá-las a trabalhar"[37].

Esse fato aponta para uma ligação muito forte do mediador com a psicologia, pois ele precisa compreender a fundo o conflito e os modos como as pessoas lidam com eles, para possibilitar que atue de maneira eficaz na sua transformação. Como os conflitos com forte dimensão emocional normalmente resultam das tensões vividas em uma relação que se prolonga no tempo e que tem múltiplas dimensões, buscar resolver o efeito sem atacar a causa real do desequilíbrio não seria uma saída razoável.

E o único modo de atacar as causas do conflito é não se concentrar no próprio conflito (que é apenas efeito), mas no sentimento das pessoas, ajudando-as a olhar para si mesmas e a "sentir seus sentimentos"[38]. Por isso, o papel do mediador não é o de um negociador nem o de um conciliador (ambos estrategistas em busca do acordo), mas o de um "psicoterapeuta de vínculos conflitivos"[39], que busca auxiliar as partes a inscrever o amor no meio conflito.

---

[37] Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 13.

[38] Warat, *O ofício do mediador*, p. 31.

[39] Warat, *O ofício do mediador*, p. 50.

IV.B.III. Mediação e conciliação

A partir desse fato, torna-se claro que, no centro da distinção entre conciliação e mediação, está a postura do terceiro imparcial frente à autonomia das partes. O conciliador, tal como o negociador, ocupa tipicamente um lugar de poder, pois, embora ele não tenha autoridade para impor uma decisão às partes[40], as técnicas de que o conciliador se utiliza não são voltadas para fazer com que as partes reconheçam e realizem seus próprios desejos, mas têm como objetivo conduzir as partes a realizarem os objetivos do próprio conciliador, cuja função é a de propiciar um acordo, ainda que contra a vontade das partes. Embora isso possa soar paradoxal, muitas vezes o conciliador está interessado apenas em que as partes realizem um acordo, dado que ele se percebe como um sujeito cujo objetivo é fazer com que se resolva o litígio por meio de uma promessa mutuamente consentida.

Essa é uma situação especialmente comum nas conciliações institucionais, tal como as que ocorrem dentro do Poder Judiciário, tanto nas sessões de conciliação dos juizados especiais quanto nas audiências de conciliação e julgamento presididas pelos juízes. Nesses casos, o acordo não representa uma forma de valorizar a autonomia da parte, mas representa apenas uma estratégia para evitar que o juiz tenha que julgar o caso, acelerando o andamento do processo judicial. Inserida em um sistema de poder voltado para que autoridade do juiz substitua[41] a autonomia das partes, a conciliação não poderia deixar de estar vinculada ao poder e não à autonomia.

O conciliador judicial cumpre seu papel institucional e burocrático quando o acordo é assinado e, por isso, muitas vezes utiliza todos os meios de pressão disponíveis para fazer com que as partes aceitem algum acordo. E mais grave ainda é a distorção do papel dos juízes que, para "agilizar" o seu próprio serviço, pressionam as partes, afirmando expressamente (ou quase expressamente) a uma das partes que ela deveria aceitar uma certa proposta, pois o acordo lhe seria mais vantajoso que a decisão que ele tomaria se tivesse que resolver o litígio.

O mais trágico é que essa supressão da autonomia é revestida por um discurso de garantia da própria liberdade das partes. A legitimidade do acordo é baseada na idéia de que ele é fruto de uma decisão das pessoas envolvidas, mas, por um lado, muitos acordos resultam da pressão do meio judicial (e da ignorância das partes, que potencializa essa pressão) ou de negociações em que afloram apenas os aspectos mais superficiais do conflito, pois falta ao conciliador a formação (e muitas vezes o interesse) de explorar todas as dimensões do conflito. Ademais, aliar essa exploração das raízes do conflito à conscientização das partes sobre os limites da sua liberdade[42], possivelmente tornaria mais

---

[40] Esse tipo de autoridade é própria dos modelos heterocompositivos, como veremos a seguir.

[41] E é bastante esclarecedor o fato de que a teoria processual utilize justamente a idéia de *substituição* para caracterizar a função judicial.

[42] Incrivelmente, nas sessões judiciais de conciliação, especialmente nos juizados penais, muitas das partes não têm consciência de que elas podem simplesmente se negar a fazer o acordo.

difícil o "acordo", cuja obtenção é o objetivo do conciliador, mesmo que não seja o objetivo das partes (que não querem o acordo, mas a realização de seus próprios sentimentos de justiça).

Além disso, a cultura individualista propaga um ideal de autodeterminação bastante peculiar, que não deve ser confundido com o que chamamos aqui de autonomia, pois esse ideal tem a ver com o exercício dos interesses de cada pessoa, mesmo que essa pessoa não conheça adequadamente seus próprios sentimentos nem seja capaz de avaliar devidamente as conseqüências de suas ações. Nesse modelo, o exercício de um desejo imaturo e egoísta, carregado de frustrações e carências, fundado em um sentimento superficial e possivelmente passageiro, tende a ser entendido como uma legítima manifestação de autodeterminação da pessoa[43].

Seguindo a orientação acordista, buscar-se-ia resolver o litígio por meio de um acordo, em vez de oferecer à pessoa que vive um conflito interior a possibilidade de resolver suas próprias tensões internas, para que ela possa vir a transformar adequadamente seus conflitos intersubjetivos. Por tudo isso, mesmo que o discurso do conciliador seja estabelecido em função do acordo, o lugar do conciliador é o lugar do poder que se impõe (pois mesmo acordos podem ser impostos) e não o lugar da autonomia que se constrói.

Ademais, mesmo quando atua apenas como um facilitador, o discurso do conciliador é estratégico e não comprometido, servindo a uma tentativa de limitar a autonomia das pessoas por meio de uma promessa formal. Se a promessa pode ser entendida, por um lado, como fruto da autonomia, ela estabelece uma prisão no momento em que é feita. A promessa é uma norma a ser cumprida e, embora a resolução normativa de conflitos seja uma estratégia de limitação da liberdade adequada para lidar com conflitos de pouca densidade emocional, é impossível enquadrar em normas a complexidade de uma relação multidimensional.

Possivelmente todos já tentamos estabelecer regras para regular conflitos de fundo emocional em relações de múltiplo vínculo, e todos já nos demos conta de que a manutenção pura e simples dessas regras, longe de harmonizar a relação, termina por gerar novos conflitos e solapar a poesia. A emoção não exige o mero cumprimento estratégico da regra, mas a sinceridade em um agir comprometido com os sentimentos do outro — e as normas são inúteis para regular os sentimentos[44].

---

[43] Nesse ponto, cabe reconhecer a sensibilidade de alguns juízes que, percebendo que o nível de conflitividade interna das pessoas envolvidas em um litígio é muito grande, marcam a audiência de conciliação para uma data distante, para que a pessoa tenha tempo de amadurecer seus desejos e recuperar a estabilidade emocional. Porém, em casos que isso fosse necessário, provavelmente a utilização de estratégias de mediação seria mais eficiente que o simples decurso do tempo.

[44] Como costuma afirmar Warat, as promessas de amor são feitas para não serem cumpridas, pois, quando um amante solicita do outro que lhe prometa o amor eterno, é porque normalmente o amor já deixou de existir. Nesse ponto, a promessa não resolve nem transforma o conflito, apenas o encobre ou adia seu afloramento.

IV.B.IV. Limites da mediação

A esta altura, já deve ter ficado claro que a mediação (tal como definida por Warat, que podemos identificar com a mediação transformadora de Bush e Folger e, em linhas gerais, com a perspectiva narrativa de Winslade e Monk), não é aplicável à imensa gama de conflitos — "toda vez que o conflito não envolver uma relação afetiva entre as partes, as tentativas de autocomposição mediada serão descabidas, pois a mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo exclusivamente patrimonial e sem marcas afetivas"[45]. Como o mediador atua justamente no restabelecimento dos laços emocionais desestabilizados pelo acirramento de um conflito que poderia ter sido mantido em um nível razoável, o sucesso da mediação pressupõe que o conflito tenha uma dimensão afetiva.

Isso, porém, não quer dizer que a mediação apenas se aplica a conflitos familiares, pois há uma dimensão emocional forte em quase toda relação de múltiplo vínculo, pois as pessoas são ligadas, entre si e com a comunidade circundante, por vários interesses e valores inter-relacionados. Tal é o caso não apenas nas relações familiares, mas também nas relações de vizinhança, relações de trabalho, relações de amizade ou companheirismo. De que adianta cobrar uma dívida conflituosa e impossibilitar a relação com um colega de turma com o qual se precisa conviver diariamente por mais quatro anos? Além disso, devem ser levadas em consideração as implicações desses fatos nas relações com as outras pessoas interessadas, pois o modo como tratamos um colega influi no modo como toda a comunidade nos trata[46].

Para resolver situações desse tipo, a aplicação de estratégias puramente normativas (seja a aplicação de regras gerais preestabelecidas ou a criação consensual de novas regras) é muito pouco útil, pois elas provavelmente acirrariam o conflito em vez de resolvê-lo. Para dar conta dessa complexidade de vínculos, a mediação mostra-se o instrumento mais adequado, pois tem a flexibilidade necessária para avaliar as várias implicações do conflito e não impõe às partes nenhuma espécie de obrigação — ao menos de uma obrigação consubstanciada em uma regra formalmente reconhecida, como uma sentença, um laudo arbitral ou um acordo feito frente a um conciliador.

Contudo, essa flexibilidade pressupõe a existência de uma dimensão afetiva no conflito e um interesse das partes em reconstruir a sua relação em novas bases. Com isso, embora seus limites sejam razoavelmente estreitos, a mediação é capaz de tratar de problemas inacessíveis à conciliação e à arbitragem, pois pode e efetivamente trata de

---

[45] Warat, Ecologia, Psicanálise e Mediação, p. 18.

[46] Em casos desse tipo, podemos encontrar tanto ações *verdadeiramente comprometidas*, em que uma pessoa deseja preservar os interesses dos outros por julgá-los dignos de valor e respeito, quanto ações *pseudo-comprometidas*, em que há um discurso de comprometimento, mas no qual a pessoa simplesmente calcula que deve respeitar os desejos de terceiros para que eles não venham a prejudicar os seus próprios. De um modo ou de outro, esses exemplos evidenciam que pode haver uma dimensão estratégica forte tanto em uma quanto em outra figura, pois mesmo o agir verdadeiramente comprometido envolve um cálculo de conseqüências para que se possa respeitar os sentimentos de desejos das outras pessoas.

direitos indisponíveis e, em vários casos, é uma alternativa mais adequada que a jurisdição. Todavia, é preciso admitir a sua completa inutilidade nas relações de vínculo único ligadas a um agir estrategicamente indiferente, pois, quando há apenas uma oposição de interesses sem dimensão emocional relevante, a intervenção de um conciliador ou de um juiz tende a ser mais adequada que a de um mediador.

V. Mapeando as estratégias heterocompositivas

A heterocomposição é um modo de composição de conflitos no qual existe a figura de um terceiro imparcial que tem autoridade para impor uma solução para as partes em conflitos. Assim, enquanto na autocomposição mediada o terceiro limita-se a orientar as partes e não tem o poder de suprimir a autonomia dos envolvidos no conflito, na heterocomposição existe um terceiro que toma decisões que podem ser impostas às partes.

Se, por exemplo, Capitu e Bentinho não chegassem a um acordo sobre a divisão dos bens que pertenciam a ambos, eles poderiam convidar um amigo comum e solicitar a ele que fizesse a divisão, comprometendo-se a aceitar as escolhas feitas pelo amigo. Como o amigo não foi chamado simplesmente para opinar, nem apenas para mediar, mas para tomar uma decisão imponível às partes, não se trata de autocomposição mediada, mas de heterocomposição.

V.A. Arbitragem

No exemplo acima descrito, o amigo convidado a tomar uma decisão atuaria como *árbitro*, ou seja, como terceiro imparcial cuja autoridade para decidir o litígio deriva da própria escolha das partes. Não caberia falar, portanto, de uma *arbitragem imposta*, pois a escolha da via arbitral sempre precisa ser fruto de uma decisão autônoma das partes envolvidas no conflito.

A autoridade do árbitro, portanto, não deriva de uma autoridade superior às partes, mas da própria autonomia das pessoas envolvidas no conflito: se elas poderiam resolver o litígio por meio de uma autocomposição, também podem elas escolher uma autoridade para dar fim ao litígio. Por não depender de uma autoridade superior às partes, a arbitragem é a única forma de heterocomposição existente no direito internacional, pois não há nenhuma autoridade internacional que seja hierarquicamente superior à dos Estados. Portanto, se o Brasil tiver um conflito com a Argentina e não for possível chegar a uma composição consensual, não há como recorrer a uma autoridade superior, restando aos envolvidos apenas a autotutela[47] ou a arbitragem.

[47] Autotutela que, no direito internacional, é feita por meio da imposição de restrições unilaterais, tais como embargos ou imposição de barreiras tarifárias, ou pela guerra.

Os Estados nacionais em conflito poderiam, portanto, nomear um outro Estado como árbitro, atribuindo a ele a autoridade para resolver a questão, de forma que a solução que ele der ao caso, mediante um laudo arbitral, obrigará às partes conflitantes. Percebe-se, pois, que a arbitragem é *heterocomposição*, pois, se há autonomia no tocante à escolha dos árbitros, a decisão do árbitro é válida independentemente da vontade das partes — e seria inútil se assim não o fosse. Portanto, embora a via arbitral seja escolhida autonomamente, as suas decisões são impostas de forma heterônoma.

Mesmo os chamados *tribunais internacionais*, como o de Haia (ou da Haia), não passa de uma corte permanente de arbitragem. Se algum Estado resolver demandar o Brasil frente ao Tribunal de Haia, a primeira coisa que essa Corte fará será perguntar ao Brasil se ele confere ao Tribunal autoridade para decidir o caso. Se o Brasil disser que não (tecnicamente diríamos que o Brasil recusaria a jurisdição da Corte), o processo será simplesmente encerrado. Se o Brasil disser que sim, então ele conferirá autoridade à Corte para agir como tribunal arbitral.

Contudo, a opção pela arbitragem pode ser feita antes mesmo do afloramento do conflito. No campo internacional, por exemplo, há vários países que firmaram um tratado comprometendo-se a aceitar a autoridade do Tribunal de Haia, sempre que fossem demandados para resolver litígios internacionais. No direito interno brasileiro, observa-se atualmente um crescimento constante no número de contratos que possuem uma cláusula arbitral, ou seja, uma disposição que determina que os conflitos resultantes do contrato serão resolvidos por meio de arbitragem e não pelo recurso a um juiz do Estado. Com isso, a opção pela via arbitral preexiste ao conflito, sendo que esse tipo de escolha vincula as partes à arbitragem.

Além disso, a pessoa do árbitro nem sempre precisa ser escolhida de comum acordo pelas partes, pois a maioria das cláusulas arbitrais atribui a autoridade para resolver o conflito não a um indivíduo, mas a uma determinada Câmara de Arbitragem. Cada Câmara de Arbitragem tem suas regras próprias e um corpo específico de árbitros, de tal modo que, a partir da assinatura do contrato, as partes ficam vinculadas às regras da respectiva Câmara de Arbitragem, inclusive as que dispõem sobre a escolha dos árbitros.

Também é possível aos cidadãos brasileiros optar pela arbitragem após o surgimento do conflito, o que é feito por meio de um contrato por meio do qual se constitui uma pessoa como árbitro para dar fim a um certo litígio. Por meio desse compromisso, além de nomear o árbitro, deve-se estabelecer os limites do seu poder e definir os critérios que ele deverá utilizar, ou determinar que serão seguidas as regras de uma Câmara Arbitral determinada.

Assim, a arbitragem posterior ao conflito somente é viável quando as partes conflitantes são capazes de eleger uma pessoa ou instituição que ambas considerem idônea — o que nem sempre é fácil, devido às divergências valorativas que pode haver entre as pessoas em conflito. Por conta dessa dificuldade, a arbitragem mostra-se uma saída muito conveniente para o tratamento de questões fundamentalmente técnicas/científicas, pois

a escolha do árbitro dependerá de qualificações profissionais, mais que de seus valores ideológicos.

Todavia, em casos muito ligados a juízos de valor, a arbitragem somente se mostraria razoável quando as partes comungassem a mesma ideologia: que árbitro seria possível para resolver uma questão de fundo ético, como é o normal das questões familiares e em outros conflitos multidimensionais? Em casos desse tipo, quando há um conflito de valores, a opção pela arbitragem não parece ser a mais indicada, pois, mesmo que a lei permita a arbitragem para resolver litígios de natureza patrimonial, o conflito subjacente pode transcender em muito a questão patrimonial que aflorou no litígio.

Além disso, o reconhecimento dos limites da arbitragem fez com que a lei brasileira limitasse a sua aplicação aos direitos disponíveis, especialmente os patrimoniais, vedando a sua utilização em conflitos que envolvem direitos indisponíveis, como a vida, a liberdade, vários direitos ligados à família, entre outros. Nesses casos, como o direito é considerado indisponível (a pessoa não pode abdicar dele nem negociá-lo, ainda que o deseje), o Estado reserva a si a possibilidade de resolver os conflitos a eles relativos, por via jurisdicional. Assim, a arbitragem fica praticamente restrita às questões patrimoniais — as quais não são poucas em número, relevância ou complexidade.

V.B. Jurisdição

Processo judicial, *modelo judiciário* ou *jurisdicional*, *adjudicação*, *jurisdição*: todos esses nomes servem para designar um modo específico para a resolução de conflitos[48]: submeter o conflito à apreciação de um juiz cuja autoridade não deriva das partes, mas é definida por uma organização política. Embora o próprio conceito de jurisdição não envolva a submissão dos juízes a um conjunto predeterminado de regras[49], a jurisdição existente nos Estados de Direito é marcada pelo fato de que os juízes nomeados pela organização política apenas recebem autoridade para decidir os casos de acordo com um conjunto predeterminado de *normas*, o qual pode ser chamado de ordenamento jurídico positivo.

Diversamente da arbitragem, que pode ocorrer sem a necessidade de uma autoridade que se imponha às partes, a jurisdição pressupõe uma organização política centralizada, pois ela somente pode ocorrer onde há a consolidação de um poder centralizado, capaz de definir certas autoridades como competentes para decidir sobre os conflitos sociais que lhe forem apresentados. Eis aqui uma das características fundamentais do modelo jurisdicional: a obrigatoriedade de submeter-se ao julgamento e acatar a decisão

[48] Embora, como em qualquer relação de sinonímia, os significados não são absolutamente idênticos e os termos não são absolutamente intercambiáveis.

[49] Como observou Óscar Correas, a juridicidade é anterior às normas gerais e abstratas, ou seja, os juízes antecederam as leis. As primeiras pessoas dotadas de autoridade jurisdicional não estavam a serviço de um sistema de regras, mas eram simplesmente chefes políticos ou pessoas com ascendência moral, comprometidos a oferecer uma solução adequada e não a oferecer uma solução conforme regras positivadas. Assim, é possível pensar a jurisdição independentemente da legislação — embora essas funções estejam interligadas na sociedade contemporânea. [Vide Correas, *Crítica da ideologia jurídica*, p. 62]

final. Quando uma pessoa aciona outra frente ao judiciário (tornando-se, então, autor de uma ação), o réu[50] não pode dizer simplesmente: não reconheço a autoridade do tribunal. No modelo de adjudicação, a autoridade do tribunal é definida previamente e não depende da aceitação das partes — motivo pelo qual podemos dizer que se trata de um modelo *heterônomo* de resolução de conflitos.

Tal heteronomia também se manifesta no caráter impositivo do resultado do processo, pois a decisão tomada pelo juiz é imposta às partes demandantes, ainda que ambas estejam descontentes com ela. Assim, a validade da sentença, bem como a autoridade do juiz, não dependem da aceitação das partes envolvidas no julgamento. Por conta disso, não existe jurisdição propriamente dita no campo do direito internacional, pois não há nesse âmbito nenhuma autoridade juridicamente superior aos Estados.

Já no direito interno dos Estados Modernos, na medida em que os Estados atuais tendem a buscar o monopólio da criação e da aplicação do direito, a jurisdição tornou-se o modelo jurídico privilegiado, especialmente porque ele reforça o poder da organização política institucionalizada. E é por isso que esse é modelo que, no Brasil, orienta a organização do Poder Judiciário e também de vários outros órgãos estatais — como os Tribunais de Contas, que fazem parte do Poder Legislativo, ou os Conselhos de Contribuintes, que fazem parte do Poder Executivo.

Esse modelo de decisão está tão intimamente ligado ao modelo estatal contemporâneo que muitas pessoas reconhecem nele a única forma verdadeiramente *jurídica* de resolução de conflitos, o que implica a identificação de *jurídico* e *judicial*. Assim, não são poucos os juristas que entendem como direito as regras utilizadas (ou utilizáveis) pelos juízes e tribunais, na sua atividade jurisdicional. Esse exagero não se restringe aos positivistas normativistas, mas também está presente em vários representantes das escolas sociológicas, não sendo poucos os que definem que direito é aquilo que os tribunais definem como tal[51].

Pela importância desse modelo para o Estado contemporâneo, quase todas as discussões jurídicas giram em torno dele. Em especial, o jurista é formado quase que exclusivamente para lidar com os modelos jurisdicionais — ainda que muitos deles nunca cheguem a operar nesse campo. Os cursos de direito ensinam basicamente os códigos de processo (regras que disciplinam o comportamento dos tribunais) e as leis que estabelecem direitos e deveres para as pessoas (os quais podem ser demandados frente a um tribunal). Mas não devemos perder de vista que o espaço do modelo jurisdicional vem sendo redefinido, especialmente na última década, bem como demais métodos de composição de conflitos vêm adquirindo uma importância crescente na sociedade contemporânea, especialmente em virtude de uma crescente consciência dos limites da jurisdição.

---

[50] E ressaltamos que *réu* é o nome genérico dado àquele que é processado judicialmente, não sendo usado apenas para designar quem é acusado de um crime.

[51] Esse posicionamento é defendido, em especial, pelas teorias vinculadas ao realismo jurídico escandinavo e norte-americano. Sobre realismo jurídico, vide Costa, *Introdução ao direito*, pp. 286 e ss., Ross, *Direito e justiça*, e Solon, *Dever jurídico e teoria realista do direito*.

VI. Articulando os mapas: avaliação crítica e comparativa das estratégias

Há dez anos, a arbitragem era praticamente ineficaz no direito brasileiro, os juízes não tinham obrigações reais de buscar uma conciliação entre as partes, não havia juizados especiais e sequer se tratava a mediação como uma forma jurídica de solução de conflitos. Porém, essa situação mudou drasticamente no decorrer da última década e, se a um profissional do direito já bastou conhecer os meandros do processo judicial, hoje ele precisa saber escolher o método mais adequado para o conflito que a ele cabe ajudar resolver.

Se, há dez anos, um cliente procurasse um advogado e lhe colocasse um problema, a este profissional normalmente caberia decidir que tipo de ação judicial seria a mais adequada. Hoje, contudo, ele precisa conhecer as várias estratégias de enfrentamento dos conflitos e não pode perder de vista que pode ser mais adequado optar pela mediação, pela conciliação ou pela arbitragem — ou, o que eleva bastante o nível de complexidade da questão, por uma combinação dessas várias estratégias. Façamos, então, um ligeiro estudo sobre as vantagens e desvantagens de cada um desses métodos.

VI.A. Mediação e Conciliação

Embora a autocomposição direta seja o início do processo de composição de quase todo conflito[52], muitas vezes as partes não conseguem chegar a resultados adequados sem a intervenção de um terceiro imparcial. Quando existe um comprometimento negativo ou um baixo grau de comprometimento positivo entre as partes, a utilização de técnicas de mediação tende a ser muito útil, pois a solução adequada de uma série de conflitos passa pela sensibilização de uma parte em relação à justiça dos interesses da outra, bem como do desenvolvimento de uma consciência mais aprofundada de seus próprios sentimentos e desejos.

Essa transformação do conflito, contudo, nem sempre se mostra suficiente, pois há várias situações em que é preciso estabelecer acordos, decidir questões pontuais, fazer negociações variadas. Mesmo em um caso de direito de família, que é o mais típico campo de mediação, é preciso definir o valor da pensão alimentícia, as datas em que cada um dos pais buscará o filho na escola, que bens ficarão com cada um, além de uma série de outras coisas. Nessas hipóteses, por maior que seja o comprometimento entre as pessoas, técnicas de conciliação podem ser utilizadas de forma muito útil na tentativa de produzir um ajuste de condutas que possa ser aceito consensualmente.

Portanto, estratégias de mediação e de conciliação precisam ser utilizadas muitas vezes em conjunto, na tentativa de possibilitar a produção de uma relação estável entre as

[52] São excepcionais, por exemplo, as questões relativas à punição, nas quais tipicamente é vedada a possibilidade de composição.

partes em conflito. Além disso, essas estratégias devem ser utilizadas mesmo por juízes (e por árbitros, se for o caso), pois há regras no próprio direito positivo determinando que os juízes têm o dever de buscar inicialmente o acordo e decidir por si mesmos apenas em casos nos quais o acordo não é possível (como em direitos indisponíveis) ou não foi alcançado. Portanto, essas estratégias, longe de serem incompatíveis, são extremamente importantes para o próprio exercício contemporâneo do poder judicial.

Outra vantagem desses processos é que, quando realizados de maneira extrajudicial, eles podem ser mantidos em sigilo[53], o que é muito relevante em uma série de casos. Além disso, mesmo que não resolvam todos os problemas que aflorem dentro de uma relação conflituosa, a mediação pode ser capaz de reduzir o nível de tensão e a conciliação pode eventualmente resolver alguns problemas pontuais, o que provavelmente facilitaria bastante a resolução dos litígios restantes pelos modos de heterocomposição.

VI.B. Arbitragem

A consciência dos limites do Poder Judiciário e do modo adjudicativo de resolução de conflitos, aliada a uma mudança legislativa que autonomizou as decisões arbitrais, vedando a possibilidade de que o judiciário as reavalie em seu conteúdo[54], têm feito com que a arbitragem ganhe um espaço crescente no Brasil.

Os defensores da arbitragem normalmente apontam como sua vantagem mais evidente a celeridade, que pode ser garantida nesse modelo de forma muito mais eficiente que na jurisdição, pois a liberdade que as partes têm para definir o processo decisório normalmente resulta em processos mais ágeis, com prazos mais curtos e pequena ou nenhuma possibilidade de recurso. Para alguns casos específicos, essa vantagem é extremamente relevante, pois a demora judicial pode gerar prejuízos para ambas as partes envolvidas.

Imagine, por exemplo, uma questão em que se discutisse se um determinado componente de um satélite de telecomunicações cumpria ou não os requisitos estabelecidos no contrato. Nessa hipótese, se a decisão final for tomada em 3 ou 4 anos, o que não seria de forma alguma anormal, a tecnologia utilizada possivelmente já seria obsoleta à época da sentença. Assim, se, no início, era possível resolver o litígio de modo a possibilitar a conclusão do projeto (determinando-se, por exemplo, o dever de o fornecedor oferecer um equipamento adequado), a demora poderia fazer com que ninguém mais tivesse interesse econômico no objeto do conflito, o que reduziria a questão a uma ação indenizatória.

---

[53] O que não é o caso, por exemplo, das mediações e conciliações efetuadas dentro da estrutura do Poder Judiciário, especialmente nos juizados especiais, pois a atuação do Estado precisa observar o princípio da publicidade, exceto em casos especiais, como os que envolvem direito de família.

[54] O Judiciário somente pode avaliar se a decisão foi tomada nos termos do compromisso arbitral, mas não cabe ao juiz avaliar se a decisão foi a mais adequada, pois isso representaria interferir no campo reservado à autonomia do árbitro.

A demora tornaria inútil a prestação jurisdicional — e a jurisdição não tem como ser rápida em casos muito complexos, pois, além de ser necessário observar processos burocráticos rigorosamente definidos, a garantia do direito de ampla defesa faz com que haja uma série imensa de possibilidades de recorrer das decisões. Assim, por mais que se tente agilizar os processos judiciais, eles não chegariam a ser tão rápidos como é possível em um processo arbitral.

Essa celeridade, porém, tem um custo que pode ser bastante elevado. Embora seja muito propagada a idéia de que a arbitragem é mais barata que a jurisdição, é temerário fazer uma afirmação tão geral como essa, pois a arbitragem pode ter custos mais altos para as partes que a jurisdição. Isso ocorre especialmente porque, enquanto as partes precisam remunerar toda a estrutura ligada ao juízo arbitral, o Poder Judiciário é praticamente sustentado pelo Poder Público, que arca com a maior parte dos custos, como a remuneração dos juízes e dos servidores do Poder Judiciário. Já no processo arbitral, as partes têm que remunerar profissionais especializados (e conseqüentemente caros), como advogados, árbitros e técnicos, além de sustentar toda a estrutura administrativa envolvida. Assim, embora o custo da jurisdição talvez possa ser maior, o custo final para as partes pode ser bem menor, especialmente em processos que envolvam pequenas quantias.

Entretanto, para vários setores, esse custo é plenamente compensado por uma garantia que a jurisdição não pode conferir: o sigilo. Exceto em certos casos especiais, o processo judicial é público, as audiências são públicas, a decisão pode ser acessada por qualquer pessoa. Para muitas pessoas, especialmente para grandes empresas, estabelecer um debate público acerca de uma série de temas pode ser tão desgastante para a sua imagem que um processo sigiloso, como é possível na arbitragem e as diversas formas de autocomposição, representaria uma saída mais adequada, ainda que eventualmente mais onerosa.

Apesar dessas vantagens relativas sobre a jurisdição, há um problema severo na arbitragem que é normalmente deixado de lado. O resultado da arbitragem é uma decisão que tem o *status* de título executivo judicial, ou seja, ele equivale a uma sentença prolatada por um juiz do Estado. Com isso, se a parte perdedora decidir não cumprir a decisão arbitral, a execução forçada não pode ser realizada pelo árbitro, pois a lei atribui apenas ao Judiciário o poder de cobrar coercitivamente uma dívida. Assim, se a parte vencida no processo arbitral não cumprir espontaneamente a decisão, será necessário entrar na justiça para efetuar a cobrança, o que restringiria muito (ou mesmo anularia) as vantagens iniciais de sigilo e celeridade, especialmente porque a execução é responsável por boa parte da demora nos processos judiciais.

Outros problemas relativos à arbitragem serão discutidos no ponto seguinte, pois são idênticos aos enfrentados na adjudicação. Isso ocorre porque esses dois modelos são extremamente similares, pois ambos envolvem a atribuição a um terceiro do poder de decidir um litígio, de acordo com regras predeterminadas[55]. Como afirma Warat, tanto

[55] Embora seja permitida a arbitragem por eqüidade, trata-se de uma hipótese excepcional.

o árbitro como o juiz julgam baseados na verdade formal (ou seja, julgam apenas com base nas evidências trazidas para o processo) e decidem o litígio baseados nas versões apresentadas pelos representantes das partes (que nem sempre expressam a verdadeira vontade dos representados, seja por não a conhecerem ou por não lhes convir dizê-las), e tanto a sentença como o laudo arbitral apenas determinam o encerramento do litígio, não resolvendo a relação afetivo-conflituosa das pessoas envolvidas[56]. Todas essas semelhanças fazem com que a maior parte das críticas apontadas ao modelo judicial seja também aplicável ao modelo arbitral, especialmente no tocante ao pensamento normativista e à limitação ao litígio.

Por fim, cabe ressaltar que a arbitragem é a via que menos tipos de conflitos pode atingir, pois se limita aos direitos disponíveis, especialmente os patrimoniais. Embora esse seja um grande campo, o qual envolve todas as relações comerciais e muitas das relações civis, há uma série de questões relevantes que não são abrangidas pela arbitragem em campos como o direito de família. Além disso, a arbitragem não pode ser utilizada nos conflitos que envolvem o Estado, o que retira de seu campo de abrangência todo o direito público. Porém, embora se trate de uma via relativamente estreita, ela pode ser bastante eficaz para a resolução de uma série de controvérsias, especialmente em matérias de fundo técnico ou que têm uma dimensão emocional reduzida, quando for muito provável que o perdedor cumpriria espontaneamente as decisões do árbitro.

VI.C. Modelo judicial

O modelo judicial responde bem ao individualismo das sociedades contemporâneas, pois tende a tratar as pessoas de forma igualitária e possibilita a resolução de conflito entre pessoas estranhas entre si e que não têm qualquer interesse convergente. Além disso, trata-se de um modelo capaz de adquirir um alto grau de institucionalização, gerando carreiras especializadas, o que pode elevar a eficiência do sistema. Todavia, a burocracia assim criada pode ter uma série de problemas, como excesso de formalismo e afastamento dos conflitos reais, bem como a criação de mecanismos de exclusão e manutenção do *status quo*.

Assim, se o estabelecimento de regras predeterminadas é uma estratégia bastante adaptada à racionalidade burocrática típica dos Estados modernos, voltada à definição de padrões claros e previsíveis de organização, ela também gera alguns problemas. Um sistema judicial organizado de forma burocrática normalmente funciona por meio da aplicação de normas gerais aos casos concretos, definindo assim uma solução *juridicamente correta*. Trabalhar sempre com regras predefinidas é uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que limita certos tipos de arbitrariedade, cria certos espaços de *arbitrariedade legitimada* (ou *discricionariedade*, para usar um termo mais técnico).

---

[56] Warat, *O ofício do mediador*, p. 79.

É preciso interpretar as normas. É necessário definir o significado de expressões ambíguas. É preciso lidar com os casos em que as normas são omissas ou contraditórias. Esses são os limites de todo sistema fundado em regras gerais preestabelecidas — e esses limites são o objeto principal de estudo da presente disciplina. Por trabalhar com regras predeterminadas, apenas os critérios fixados nas normas são considerados juridicamente relevantes. Assim, o sistema pode tornar-se excessivamente rígido, como testemunha o velho adágio latino *dura lex, sed lex* (a lei é dura, mas é a lei), o qual, aliás, já foi usado para justificar muitas arbitrariedades praticadas em nome da lei.

Por outro lado, a flexibilização do sistema, quando se trabalha com normas predeterminadas, apresenta uma série de dificuldades. Podemos atribuir um sentido a uma palavra constante em uma lei e, logo em seguida, atribuir significado completamente diverso à mesma palavra quando ela ocorre em uma outra norma? Quando é possível tratar desigualmente as pessoas? Como evitar a influência exagerada da subjetividade do juiz? Essas questões sempre são conturbadas, quando tratamos de um modelo jurisdicional fundado em normas preestabelecidas.

VI.C.I. Limites inerentes ao modelo judicial

Como foi ressaltado, o modelo jurisdicional de resolução de conflitos desempenha o papel de maior relevo no tocante à justiça oficial: é o Poder Judiciário que tem o dever de aplicar as regras criadas pelo próprio Estado, fazendo com que a sociedade conforme-se a esses padrões. Dessa forma, não se deve estranhar o fato de que a própria Constituição Federal estabeleça, no seu art. 5º, que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do judiciário. Assim, há um princípio jurídico que exige a universalidade da jurisdição: a sua aplicação, ao menos potencial, a todo e qualquer conflito surgido no âmbito de poder do Estado. Ressaltamos que esse princípio pode ser visto (ao menos) por duas perspectivas muito diversas.

Para aqueles que enxergam no Judiciário a forma de se fazer justiça, o princípio da universalização do acesso ao Judiciário é visto como uma grande conquista democrática, pois nem mesmo a lei pode fazer com que certas pessoas ou atos sejam imunes à intervenção judicial. Nessa medida, o princípio do acesso à justiça é entendido como um dos pilares de um Estado de direito.

Todavia, para aqueles que entendem que o Estado deve abster-se o mais possível de interferir na vida das pessoas, a universalização da autoridade judicial pode ser entendida como um poder demasiado grande nas mãos do Estado. Quando um Estado determina que um direito é indisponível, isso significa que a última palavra quanto a esse direito sempre estará nas mãos do próprio Estado. E qual é o limite da autoridade do Estado?

Pode um doente terminal decidir pela eutanásia? Pode alguém enterrar seus mortos no jardim de sua casa, para obedecer sua última vontade? Pode alguém ser racista? E pode ensinar

essa postura a seus filhos? Pode alguém ser um mendigo, ainda que tenha possibilidades de trabalhar? Pode o Estado determinar que todo órgão de uma pessoa morta pode ser utilizado em transplantes? Pode o Estado obrigar um judeu a trabalhar em uma eleição realizada em um sábado? Pode o Estado estabelecer que o *topless* é proibido na Praia de Copacabana?

Independentemente das respostas que vocês ofereçam a essas perguntas, pode o Estado estabelecer que será sempre dele a última palavra quando essas questões vierem à tona? Talvez seja a opção mais conveniente. Talvez seja a opção mais aceitável, mas comporte algumas exceções. Talvez seja uma forma de ocultar a dominação por meio de uma estrutura burocrática. As respostas a essa pergunta serão resultado das posturas ideológicas de cada um — não parece razoável admitir que existe apenas uma resposta correta para essa questão.

E fazemos essas observações por um único motivo. No estudo do direito, normalmente o Judiciário é apresentado aos estudantes apenas em sua face bela: uma instituição voltada para fazer justiça — ou ao menos para aplicar as regras que formam a *justiça possível*. As suas faces obscuras normalmente são ocultadas — deixamos para que vocês a conheçam na sua vida prática. Todavia, mesmo para os que conhecem essas vicissitudes, os problemas são encarados como exceções, como imperfeições na aplicação de um modelo adequado. Raramente se critica o modelo judicial, embora se admita que a sua prática é muitas vezes desvirtuada.

E gostaria de chamar a atenção para o fato de que o próprio modelo judicial tem seus limites. Certos pontos que alguns descreveriam como *aplicação imperfeita* poderiam ser classificados como uma *imperfeição inerente ao modelo*. O juiz é sempre um homem e, portanto, não podemos supor que ele será imparcial, onisciente e incorruptível. As regras gerais têm vários significados possíveis. A jurisdição atual segue um modelo centralizador e burocrático e não pode ser entendido fora do contexto do Estado capitalista contemporâneo, com todas as suas virtudes e limitações.

Portanto, é preciso não ter uma visão idealizada do direito e do Poder Judiciário: essas figuras precisam ser entendidas dentro de suas próprias contradições, como qualquer outra instituição criada pelo homem. Como disse Tercio Sampaio Ferraz Jr.:

> *O direito contém, ao mesmo tempo, as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação do status quo, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião. O direito, assim, de um lado, nos protege do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, nos salva da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, pela sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas.*

Assim, o direito tem contradições internas e complexidades que não podem ser reduzidas a um modelo coerente e simples. Portanto, não se pode esperar outra coisa de uma instituição que tem como função *dizer o direito*: uma tentativa constante de coerência, mas uma estrutura e uma prática necessariamente contraditória. E fazer com que as pessoas relevem os problemas da prática cotidiana por identificá-la à prática imperfeita de um modelo ideal é um dos mais antigos instrumentos de ocultação ideológica da realidade.

Ademais, o direito e o judiciário são instrumentos e, como todo instrumento, são muito úteis para certas tarefas, porém inúteis, e até mesmo perversos, para outras. É preciso, pois, conhecer os limites dos nossos instrumentos, para que não exijamos deles mais do que eles podem nos proporcionar. E o objetivo deste curso é justamente o estudo de alguns desses limites.

VI.C.II. Limites do pensamento normativista

Como já foi dito anteriormente, é possível existir um modelo jurisdicional no qual o papel do juiz seja o de resolver os conflitos apenas com base em suas percepções subjetivas. A sabedoria do rei Salomão, por exemplo, estava na sua capacidade de tomar decisões justas e não na sua habilidade em aplicar regras preexistentes aos problemas do presente. O rei absolutista não estava submetido às regras jurídicas que ele mesmo criava, pois poderia modificá-las a qualquer tempo. Assim, a sua vontade era o padrão pelo qual ele julgava os conflitos a ele submetidos.

Todavia, esse não é o modelo jurisdicional vigente nos atuais Estados de Direito. Nesse tipo de organização política, todas as pessoas estão submetidas às regras jurídicas e a função dos juízes é a de resolver os conflitos com base nas normas do Direito. Do juiz não se exige que seja sábio, virtuoso ou justo (afinal, o que é a sabedoria, a virtude ou a justiça?), mas que aplique devidamente as regras preestabelecidas — ou ao menos é essa a concepção dominante no senso comum dos juristas. A partir do momento em que se entende que os conflitos sociais devem ser resolvidos por meio da aplicação de regras gerais preexistentes, a função jurisdicional ganha contornos mais ou menos claros e tende a formar uma estrutura burocrática especializada.

Temos, então, pessoas escolhidas para ocupar permanentemente o cargo de juízes, as quais precisam ter uma formação especial para desempenhar suas funções. Certas pessoas especializam-se no aconselhamento das pessoas que precisam dirigir-se aos juízes: os advogados. E hoje em dia raramente é possível mover a máquina judiciária sem estar representado por um advogado. Também há outras funções que se especializaram: o ministério público, os peritos, os diretores de secretaria, os serviços de jurisprudência e de informações processuais, etc.

Assim, em torno da atividade jurisdicional, formou-se uma burocracia altamente especializada. No centro dessa burocracia, estão os órgãos judiciais, cuja função declarada

é a de aplicar as regras preexistentes aos casos concretos e, assim, decidir os conflitos com base no Direito — e não na vontade subjetiva e caprichosa do juiz. Mas essa função envolve uma série de questões de dificílima solução, pois a aplicação de regras gerais a casos específicos é sempre problemática.

O que é interpretar? Existe apenas uma interpretação correta para cada norma jurídica? Se existe tal interpretação, existe também um método que nos permite encontrá-la? Se não existe tal interpretação, qual deve ser o papel do judiciário? Não será uma utopia pensar que a função dos juízes é a de aplicar as regras preexistentes e não a de criar novas regras para os casos concretos? É possível haver uma decisão judicial na qual as posições subjetivas do juiz não tenham influência? Questões como essas orientam toda a discussão sobre hermenêutica jurídica, que tem ganho cada vez mais espaço nos estudos filosóficos e dogmáticos contemporâneos.

VI.C.III. Concentração no litígio

Além disso, um dos grandes problemas que acompanha o modelo de adjudicação é o fato de que ele tende a desconsiderar os conflitos reais e preocupar-se apenas com a aplicação das regras. Em outras palavras, importa o litígio (parcela do conflito decidível à luz das regras do direito positivo) e não o conflito (oposição real de interesses), motivo pelo qual os juízes tendem a aplicar as regras, ainda que isso não resolva o conflito ou até mesmo o acirre, pois o seu objetivo primordial é encerrar o litígio e não transformar o conflito[57].

Ademais, mesmo que atualmente, na busca de uma decisão mais adequada, cada vez mais juízes busquem conhecer mais a fundo o conflito subjacente, eles não podem romper efetivamente os limites do litígio, pois é o pedido das partes que determina o litígio e a autoridade judicial não pode decidir além do que lhe foi pedido. Nessa medida, concordo com Boaventura de Sousa Santos quando ele afirma que só a "mediação[58] pode subverter a separação entre o conflito processado e o conflito real, separação que domina a estrutura processual do direito do estado capitalista e que é a principal responsável pela superficialização da conflituosidade social na sua expressão jurídica"[59].

Portanto, como os poderes do juiz estão adstritos ao litígio, a única forma de ultrapassar essa barreira é estimular a autocomposição das partes, por meio de estratégias de mediação e/ou conciliação, que estimulem um exercício autônomo de transformação do conflito, pois apenas os próprios envolvidos podem superar os limites do litígio.

---

[57] Um aprofundamento maior dessa questão foi feito na análise do papel do conciliador que, tal como o juiz, centra suas atenções no conflito e não no litígio.

[58] Convém ressaltar que, nesse texto, embora Boaventura oponha *mediação* e *adjudicação* e não proponha qualquer diferença entre mediação e conciliação, ele ressalta os aspectos estratégicos da negociação, o que aproxima o sentido desse termo mais do conceito waratiano de conciliação que do de mediação.

[59] Santos, *O discurso e o poder*, p. 23.

VI.D. Substituição da autonomia das partes pela autoridade estatal

Por fim, cabe ressaltar que o processo judicial é um processo de substituição da autonomia das partes pela autoridade do juiz. Esse processo é justificado ideologicamente com base no pressuposto de que o juiz pode intervir de maneira neutra no conflito porque ele julga com base em regras definidas pelos poderes políticos legítimos e aplicadas de modo objetivo. Com isso, o discurso do judiciário é sempre voltado para a imposição da autoridade, pois a sua função primordial é justamente a de impor decisões heterônomas às partes em litígio. Desta forma, trata-se de um modelo que não estimula a autonomia das partes, mas prima por restringi-la mesmo quando trabalha dentro de um discurso de conciliação.

Essa imposição de poder trabalha não apenas com os mitos da objetividade da lei e da neutralidade do juiz, mas com toda uma panóplia de meios que subtraem das partes a sua autonomia. Porque a adjudicação não segue apenas um procedimento formal, mas toda uma série de ritos que ressaltam o poder do juiz, a partir de estratégias de violência simbólica: o juiz tem uma veste peculiar, senta-se acima de todos, é chamado por um pronome de tratamento específico, utiliza normalmente (ou ao menos em casos específicos) uma linguagem inacessível aos leigos, dita ao escrivão tudo o que vai para os autos, tem o monopólio do direito de perguntar, etc.

Trata-se de todo um ritual que tende a impor às partes um temor reverencial ao juiz (e, conseqüentemente, ao poder que ele representa), que pode ser eficiente no sentido de criar uma mística que tenda a gerar uma maior respeitabilidade para as decisões. É preciso distanciar o juiz dos leigos para que estes aceitem que ele decida sobre a sua vida, coisa que nunca admitiriam de um de seus pares. Embora esse tipo de mística seja tanto mais útil quanto maior for a ignorância das partes, mesmo os que conhecem o embuste não deixam de ser tocados pela "aura" resultante do processo de mistificação.

Porém, mesmo para os leigos mais céticos, há um mecanismo capaz de tolher a sua autonomia: frente ao judiciário, apenas os advogados podem falar. É claro que são abertas algumas exceções, especialmente em causas de pequeno valor econômico, mas, na maioria dos casos, a parte não tem direito de falar em seu próprio nome. Para ingressar no judiciário, as partes contam a sua versão ao advogado, que seleciona os pontos relevantes para o discurso judiciário, verte o problema em linguagem técnica e oferece uma petição "em nome" do seu representado.

Com isso, o processo judicial é uma peça em que os papéis centrais são desempenhados pelo juiz e pelos advogados, restando às partes realizar algumas pontas. Mesmo quando elas deveriam desempenhar o papel central, ou seja, nas tentativas de conciliação institucionalmente previstas, elas são deslocadas dos terrenos em que se sentem seguras e introduzidas em um palco estranho, no qual é imensamente difícil exercer sua autonomia. Além disso, mesmo nessas horas, elas estão sob a orientação de seus advogados

e sob a pressão institucional que, repetidas vezes, pressiona as partes em busca de um acordo que agilize o processo.

Enfim, o processo judicial não tem como deixar de tolher a autonomia das partes porque toda a sua construção visa a substituir essa autonomia pela autoridade do juiz e da lei. Portanto, toda decisão judicial envolve um grau de violência (mesmo que principalmente de violência simbólica) incompatível com o livre exercício da autonomia das partes. Embora seja certo que várias mudanças legislativas tenham buscado diminuir esse grau de violência (criando espaços maiores para a mediação, exigindo uma postura mais conciliadora pelos juízes, exigindo justificativas mais completas para as sentenças, etc.), essa violência contra a autonomia é estrutural no sistema de adjudicação e, nessa medida, não pode ser anulada, sequer reduzida significativamente.

Essa violência, contudo, apenas é sentida como um problema por aqueles que pretendem que os conflitos sejam resolvidos de maneira autônoma. Para muitos, ela é a garantia da justiça possível, pois o juiz pode impor à sociedade os padrões gerais definidos pelos poderes políticos constituídos ou mesmo inovar, buscando aplicar padrões de justiça que sejam aceitáveis de acordo com os valores constitucionais (ou qualquer outro padrão de justiça).

Além disso, a supressão da autonomia pode ser, em muitos casos, um preço razoável a pagar pelo encerramento de um litígio, pois, se o encerramento de alguns litígios pode agravar o conflito subjacente, há uma série de outros casos em que a manutenção do litígio é que tende a agravar o conflito. A solução heterônoma de litígios pode ser um mecanismo limitado de pacificação social, mas é uma estratégia que pode ser útil em muitos casos, ainda que seja para evitar a sensação de insegurança que litígios infindáveis tendem a gerar na sociedade.

Por fim, mesmo os mais ferrenhos defensores da orientação transformadora concedem que há vários casos em é preciso administrar a violência social segundo padrões heterônomos. Isso ocorre, porque o estabelecimento e a imposição de normas heterônomas não é, em si um problema, pois o exercício da violência institucionalizada, impondo o poder da sociedade organizada sobre os desejos de alguns indivíduos, é percebido como justificável em variadas hipóteses: é preciso punir certos crimes, é necessário coibir algumas práticas sociais, bem como é preciso cobrar determinadas multas e executar certas dívidas. Há, pois, muitas questões em que a mediação talvez possa ter alguma utilidade, mas certamente não conseguiria resolver os problemas, tanto pela ausência de uma dimensão afetiva quanto pela ausência de um comportamento cooperativo que é o seu pressuposto básico.

O problema, portanto, não é a mera existência das normas heterônomas ou dos juízes, mas a hegemonia de uma concepção reducionista que limita a atividade e o saber dos juristas à resolução heterocompositiva de litígios, com base na imposição dos padrões de conduta definidos nas regras estatais. Observe-se, pois, que, se as críticas mais severas constantes deste texto foram dirigidas ao modelo judicial, não se trata de uma recusa desse

método como sendo *a priori* ineficiente ou equivocado, pois tanto a sua eficiência como a sua adequação somente podem ser pensadas em relação a alguns tipos específicos de problemas, sendo insensato tanto culpar este método por não resolver todas as questões quanto acusá-lo de não resolver nenhuma. Se optei por criticá-lo com mais minúcia foi porque, apesar de o senso comum reconhecer a existência uma "crise" no judiciário, normalmente se pensa que a solução dessa crise está no aperfeiçoamento dos processos de adjudicação, sem levar devidamente em conta que certas limitações são inerentes à própria estrutura do método judicial de heterocomposição.

A jurisdição ainda é entendida como o método jurídico por excelência, e todas as outras estratégias de composição são normalmente identificadas como alternativas que teriam por função desafogar o sistema judiciário, para que ele pudesse cumprir adequadamente suas funções. Portanto, este texto não é voltado contra o modelo judicial (o que seria uma estupidez), mas contra a concepção jurídica tradicional, que tanto sobrevaloriza as suas vantagens quanto oculta os seus limites.

VII. Conclusão: pela autonomia dos métodos

Desde a formação dos Estados de Direito contemporâneos, com sua pretensão monopolística, o modelo judicial passou a ser visto como o modo jurídico por excelência, senão como o único modelo jurídico de resolução de conflitos. O pressuposto básico desse modelo é o de que as melhores soluções seriam conseguidas a partir de uma aplicação técnica de normas jurídica preestabelecidas, por um corpo de magistrados com formação científica adequada, que disporia de critérios hermenêuticos que lhes possibilitaria extrair do direito positivo uma solução correta para cada caso juridicamente relevante. Esse tipo de posicionamento coloca toda a responsabilidade pela decisão justa no legislador (que deve fazer a lei de forma adequada) e no juiz (que deve aplicar a lei da maneira correta).

Com isso, tal modelo centraliza toda a sua atenção nas normas jurídicas (em sua criação e aplicação) e na resolução do litígio (que passa a ser o recorte do conflito que se pode resolver com base nas regras do direito positivo), perdendo de vista a multidimensionalidade do conflito, e privilegia especialmente a análise de litígios que não têm um elemento valorativo ou emotivo muito forte.

Nas últimas décadas, esse modelo tem entrado em crise por uma série de motivos inter-relacionados. Por um lado, o modelo funcionava razoavelmente bem, desde que não houvesse muitos conflitos para resolver judicialmente, o que implicava a existência de mecanismos socialmente eficazes de solução não-judicial de conflitos ou que não houvesse uma possibilidade prática efetiva de levar uma série de conflitos à apreciação do poder judiciário.

Porém, quando cresceram concomitantemente o nível de conflituosidade não resolvida por mecanismos sociais e a demanda por soluções jurisdicionais, o Poder Judiciário não se mostrou capaz de resolver o imenso número de ações judiciais em tempo hábil. Quanto mais aumentou o número de direitos garantidos aos cidadãos (o que ocorreu especialmente nos Estados organizados pelo modelo Social ou Democrático) e estabeleceu-se uma consciência de que fazia parte da cidadania o direito de acesso ao Judiciário, mais o próprio Judiciário viu-se incapaz de oferecer à sociedade a resposta que o modelo lhe prometia.

Além disso, o modelo de resolução de conflitos baseado na aplicação de regras a casos concretos tende a desligar o litígio do conflito e a optar por padrões formalistas que não atendem devidamente aos anseios sociais de justiça, especialmente quando as próprias normas não se encontram devidamente adaptadas às realidades sociais cambiantes. Ademais, percebeu-se que uma série de questões estavam ligadas a conflitos multidimensionais, nos quais a solução de um eventual litígio que aflore não representa uma diminuição real do nível de conflituosidade nas relações sociais. Tornaram-se, então, patentes as limitações do modelo judicial como forma de diminuição das tensões existentes nas relações sociais conflituosas.

Embora não caiba nos limites deste trabalho aprofundar a chamada "crise do Judiciário", a percepção dessa crise (seja ela real ou não) fez com que muitas pessoas passassem a evitar levar suas questões ao Poder Judiciário e com que o próprio Estado passasse a estimular a resolução não judicial dos conflitos. Com isso, ganharam importância os chamados modos alternativos de solução de conflitos, também chamados, por influência da teoria norte-americana, de métodos de RAD. Observe-se que, se eles são considerados alternativos, é porque o modelo vigente coloca a jurisdição como o método padrão, de forma que os desenvolvimentos da mediação, da conciliação e da arbitragem são vistos por muitos como uma forma de evitar uma sobrecarga do sistema judicial ou de resolver conflitos que não recebem resposta adequada de modelos adjudicatórios estatais.

Porém, parece chegado o momento em que esses vários métodos conquistaram autonomia suficiente para que mereçam ser chamados não de métodos *alternativos*, mas simplesmente de *métodos* (ou modos, modelos, espécies, mecanismos, estratégias, etc.), pois cada um desses modelos tem suas vantagens e desvantagens, resolvendo bem alguns conflitos, sendo limitados em outros, e até mesmo danosos em alguns casos.

É preciso, portanto, rever a nossa cartografia tradicional e reconstruir um mapa geral, em que todos os métodos sejam compreendidos como estratégias específicas no tratamento jurídico da conflituosidade social, e não mais como elementos auxiliares da jurisdição na resolução das disputas ou litígios. Somente com essa nova cartografia será possível aos juristas ter consciência adequada das virtudes e limitações de cada um desses métodos e, conseqüentemente, tornar-se capaz de escolher e combinar as diversas estratégias compositivas, de modo a auxiliar as pessoas a lidar adequadamente com as suas diferenças e com a conflituosidade que permeia a vida de todos nós.

Bibliografia

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: Grupos de Pesquisa, 2003.

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

CORREAS, Óscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995

COOLEY, Thomas W. *A advocacia na mediação*. Brasília: UnB, 2001.

COSTA, Alexandre Araújo. *Introdução ao direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ENTELMAN, Remo F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

FOLGER, Joseph P. e BUSH, Robert A. Baruch. La mediación transformadora y la intervención de terceros: los sellos distintivos de un profesional transformador. em Schnitman, Dora Fried (org.). *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Buenos Aires: Granica, 2000.

GUATTARI, Félix. *Cartografias esquizoanalíticas*. Buenos Aires: Manantial 2000.

MILL, John Stuart. Utilitarismo. Em Mill, J. S. *A Liberdade/Utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIRES, Amom Albernaz. Mediação e Conciliação: breves reflexões para uma conceituação adequada. In: Azevedo, André Goma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: Azevedo, André Goma de (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Edipro, 2000.

SCHNITMAN, Dora Fried. Introducción. Em SCHNITMAN, D. F. (org.). *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*. Buenos Aires: Granica, 2000.

SOLON, Ari Marcelo. *Dever jurídico e teoria realista do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SUARES, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós 2002.

VILLEY, Michel. *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*. Paris: Dalloz, 1969.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação em WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Buenos Aires: Almmed, 1999.

WINSLADE, John e MONK, Gerald. *Narrative mediation*: *a new approach to conflict resolution*. San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 2000.

Segunda Parte

Doutrina
Artigos de Pesquisadores

REFLEXÕES SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Michelle Tonon Barbado[1]

1. Introdução. 2. Histórico da Institucionalização da Mediação no Brasil. 3. Experiência no Direito Comparado. 3.1. Argentina 3.2. Estados Unidos. 4. Viabilidade da Institucionalização da Mediação por Lei. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

A história recente do desenvolvimento da mediação no Brasil evidencia uma preocupação dos estudiosos do tema com a institucionalização dessa forma de resolução de disputas no contexto jurídico nacional.

A realidade que hoje se apresenta é a seguinte: de um lado, observa-se o gradativo desenvolvimento do instituto da mediação por meio de programas de acesso à justiça e de justiça comunitária implementados por Tribunais[2] e Organizações Não-Governamentais, os quais aproximam a mediação da sociedade e permitem o reconhecimento da eficácia do método. Por outro lado, tem-se a formulação de propostas legislativas de institucionalização que buscam regular o procedimento da mediação de forma minuciosa e exaustiva, além de torná-la compulsória em certos casos.

Antes de maior incursão no tema, cumpre esclarecer que o termo *institucionalização*, para os fins jurídicos deste artigo, está associado à regulamentação do instituto da mediação por meio de lei. Em outras palavras, seria o resultado da incorporação formal do instituto pelo Estado e, em especial, pelo seu Poder Judiciário. Dessa forma, a institucionalização

---

[1] Integrante do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. A autora agradece a colaboração de todos os pesquisadores do GT – Arbitragem e, em especial, a orientação do Professor André Gomma de Azevedo e as sugestões e revisão do pesquisador Sérgio Antônio Garcia Alves Júnior.

[2] Os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios, do Mato Grosso do Sul e de Minas Gerais são exemplos de órgãos do Judiciário que já implantaram algum tipo de programa de acesso à justiça ou justiça comunitária, nos quais são utilizadas as técnicas da mediação para a resolução de disputas.

assume as feições de verdadeira *estatização*.[3] Por óbvio, esse entendimento acerca do que consiste a institucionalização afasta-se dos conceitos elaborados em teoria sociológica.

Sem adotar a formulação de qualquer estudioso em específico, para a Sociologia a noção de *institucionalização* está ligada, grosso modo, à organização de idéias, concepções, relações intersubjetivas e padrões de comportamento em torno de um interesse ou finalidade socialmente reconhecidos. O processo é, assim, gradual, progressivo, e se consubstancia a partir do reconhecimento, pelo grupo social, da existência de um interesse ou finalidade relevante.

Não se adentrará, nos estreitos limites deste trabalho, numa discussão sociológica pormenorizada sobre as diferentes acepções que o termo *institucionalização* pode assumir. Para nós, basta a compreensão de que, no mundo jurídico, o processo de institucionalização ocorre, via de regra, às avessas. Em outras palavras: negligencia-se o fator social necessário à legitimação do instituto a ser incorporado no ordenamento; despreza-se o necessário debate democrático e a consagração empírica do que está prestes a vigorar por força de lei. Conforme será visto, não parece ser esse o melhor caminho para o estímulo e desenvolvimento da mediação.

Com efeito, a eficácia do sistema jurídico deve ser uma meta que comprometa os responsáveis pela administração da justiça, de forma tal que esta seja oportuna, ágil e expedita.

Em atenção ao objetivo primordial de melhorar, em todos os níveis, o acesso à justiça e desenvolver, facilitar e promover na sociedade uma verdadeira cultura da resolução pacífica de conflitos, mostra-se da maior importância proporcionar meios apropriados para a resolução de cada tipo específico de disputa.

De fato, consoante salientou o advogado e então Presidente da OAB-SP, Carlos Miguel C. Aidar, ao apresentar um dos anteprojetos de lei a serem estudados neste artigo, a mediação traz um novo conceito na prática do Direito, uma vez que não tem caráter adversarial. Pelo contrário, opta pelo diálogo e pelo entendimento entre as partes, mediadas por um especialista neutro devidamente treinado. Pode ser utilizada tanto por pessoas físicas quanto jurídicas e envolve técnicas de negociação processualizada. Além disso, é garantido ao longo de todo o processo o respeito aos interesses e à igualdade entre as partes.

Diante dessas considerações, e das características intrínsecas à mediação acima delineadas, notadamente o seu aspecto inovador e interdisciplinar, constata-se que um autêntico desenvolvimento do instituto não poderá se concretizar com a mera institucionalização pelo direito positivo, isto é, no plano estritamente jurídico-legal.

---

[3] Sobre o tema da institucionalização da mediação comunitária, merece ser consultada a monografia elaborada pelo pesquisador Vilson Marcelo Malchow Vedana intitulada "Os Programas de Mediação Comunitária e a Influência dos Fatores de Institucionalização e Coerção", defendida para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília no segundo semestre de 2003.

Em verdade, o que impende discutir sobre a institucionalização é o seu aspecto bifronte: ao mesmo tempo em que é apontada por alguns especialistas como a forma mais propícia para o desenvolvimento do instituto, a falta de consagração empírica, representada pela imposição legal de um modelo, por outro lado, pode redundar num completo desvirtuamento das características essenciais da mediação.

Isso significa que a aprovação de uma lei, ainda que esta regule de forma minuciosa o procedimento de utilização do instituto, não basta para que a mediação se consagre efetivamente.

Diante do exposto, esse artigo propõe-se a discutir as formas pelas quais a mediação pode ser institucionalizada e, em especial, aborda a viabilidade da adoção de uma lei que regule meticulosamente o processo de resolução de disputa pela mediação. Para tanto, será feita uma apresentação das propostas legislativas que hoje tramitam acerca da mediação junto ao processo civil brasileiro. A seguir, será dada uma breve notícia sobre a institucionalização da mediação no direito comparado, de onde podem ser extraídas valiosas experiências, tanto positivas quanto negativas. Seguindo-se, e com o referencial exposto ao longo do trabalho, será avaliada a viabilidade da institucionalização da mediação no Brasil por meio de uma lei.

2. Histórico da Institucionalização da Mediação no Brasil

A primeira iniciativa de institucionalização da mediação no contexto jurídico nacional, datada de 1998, partiu da Deputada Federal Zulaiê Cobra. O projeto de lei recebeu o n.º 4.827/98 na Câmara dos Deputados.

A principal característica desse projeto é a institucionalização de um procedimento não-obrigatório, que pode ser instaurado antes ou no curso do processo judicial (art. 3º), desde que a matéria versada admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, segundo dispõe o parágrafo único do art. 1º.

Além disso, nos termos do art. 4º, em qualquer tempo e grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem à mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até três meses, prorrogável por igual período.

Deve ser destacado também o conteúdo do art. 5º, segundo o qual o acordo alcançado por meio da mediação, ainda que extrajudicial, poderá ser homologado em juízo, constituindo título executivo judicial.

Da análise do Projeto de Lei n.º 4.827/98, cujas linhas gerais foram explicitadas, verifica-se que não houve a pretensão de se regular o procedimento em minúcias. O aspecto fundamental reside justamente na facultatividade no uso e na flexibilidade das formas, eis que a mediação poderá ser utilizada em qualquer fase do trâmite processual.

Vale mencionar que o projeto admite como mediador qualquer pessoa capaz, escolhida ou aceita pelas partes, que tenha formação técnica ou experiência adequada à natureza do conflito e que proceda, no exercício da função, com imparcialidade, independência, competência, diligência e sigilo.

Consoante será posteriormente apresentado, o projeto da Deputada Zulaiê Cobra não mais subsiste isoladamente. Com efeito, após a Audiência Pública "Mediação e Outros Meios de Solução Pacífica de Conflitos", realizada pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em 17 de setembro de 2003, formulou-se um Projeto de Lei a que se denominou "consensuado", uma vez que reuniu pontos do Projeto n.º 4.827/98 e do Anteprojeto de Lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sobre o qual serão tecidos, a partir de agora, alguns comentários.

Em 17 de setembro de 2001, na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, foi levado a público pelo IBDP um anteprojeto de lei sobre a mediação e outros meios de pacificação. O trabalho foi desenvolvido por personalidades ilustres do meio jurídico-acadêmico nacional, a saber, Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Kazuo Watanabe, Fátima Nancy Andrighi, Carlos Alberto Carmona, José Roberto Cruz Tucci, Sidnei Beneti, José Manuel de Arruda Alvim, dentre outros.

Após uma exposição de motivos fundamentada, o projeto é apresentado em duas partes: a primeira cuida da mediação extrajudicial, definida como **mediação prévia,** enquanto a segunda regula a **mediação incidental,** a qual ocorre depois de ajuizada a ação.

A mediação prévia, nos termos do art. 2º do anteprojeto original, será sempre facultativa, e permitirá ao litigante, antes de ajuizar a demanda perante o Judiciário, procurar um mediador para resolver o conflito de interesses.

Em sua segunda parte, o anteprojeto contempla, conforme mencionado, a **mediação incidental,** cuja tentativa é obrigatória, e que terá lugar sempre que for distribuído processo no qual não tenha havido prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, o feito será extinto sem necessidade de intervenção do juiz. Deve-se ressaltar que nem todas as demandas poderão ser submetidas à mediação, nos termos das exceções arroladas no art. 5º. Para citar apenas alguns exemplos, não será cabível a mediação incidental nas ações de estado, na falência e na concordata, na ação de interdição, quando for autora ou ré pessoa de direito público, dentre outras situações.

O anteprojeto do IBDP, estruturado em vinte e dois artigos, além de definir dois tipos diferentes de procedimentos, inclui um detalhado tratamento das regras referentes aos mediadores, aos seus honorários, à formação e seleção, ao credenciamento (registro) e à fiscalização das atividades. Há previsão, ainda, de co-mediação obrigatória nas ações que versem sobre direito de família. Nesses casos, o mediador, bacharel em Direito, terá o apoio de profissional habilitado de outra área, como Psicologia, Psiquiatria ou Serviço Social.

Conforme anteriormente mencionado, em audiência pública realizada em setembro de 2003, os dois projetos acima descritos foram fundidos, dando origem a uma versão consensuada.

Analisando-se comparativamente os projetos e o produto da junção feita, verifica-se que foi mantida a estrutura básica do anteprojeto IBDP. A nova versão, composta por vinte e seis artigos, incorporou do sintético projeto Zulaiê Cobra a definição para o processo de mediação, com ligeiras modificações[4], bem como a menção de que é lícita a mediação em toda a matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem (art. 1º, § 3º) e, ainda, que a mediação poderá versar sobre todo o conflito ou parte dele (art. 1º, § 4º).

No parágrafo 6º do art. 1º do anteprojeto tem-se a previsão de que o acordo[5], subscrito pelo mediador, judicial ou extrajudicialmente, constitui título executivo extrajudicial. O parágrafo 7º do mesmo artigo, por sua vez, dispõe que a transação obtida na mediação prévia ou incidental poderá ser homologada pelo juiz, caso em que terá eficácia de título executivo judicial.

O Capítulo II da versão consensuada contempla, na Seção I, a mediação prévia e, na Seção II, a mediação incidental, conforme já se observava na versão original do projeto IBDP, antes da fusão com o Projeto n.º 4.827/98 e, portanto, nos moldes anteriormente descritos.

Segue-se a regulação das atividades dos mediadores. Sobre esse aspecto, destaca-se, inicialmente, o § 5º do art. 1º, o qual faz menção ao sigilo do processo de mediação, salvo estipulação em contrário das partes. Esse artigo remete o leitor ao art. 14, extraído do Projeto Zulaiê Cobra, com algumas adaptações, e que dispõe: "No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, vedada a prestação de qualquer informação ao juiz."

A propósito dos mediadores, uma das principais críticas dirigidas ao anteprojeto resultante do consenso está relacionada ao conteúdo do art. 11 e seus incisos, dos quais se extrai a exigência do bacharelado em Direito, somado a três anos de efetivo exercício de profissão jurídica, para registro e posterior atuação como mediador judicial.

Deve ser registrado, ainda, que em sua parte final (art. 26 e respectivos parágrafos), o anteprojeto consensuado contempla alterações ao art. 331 do Código de Processo Civil, artigo esse que cuida da audiência preliminar no procedimento ordinário.

---

[4] A última versão do anteprojeto do IBDP data de 16 de abril de 2004. Dispõe o art 1º: "Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial escolhido ou aceito pelas partes, com o propósito de permitir a prevenção ou solução de conflitos de modo consensual." O art. 1º do projeto Zulaiê Cobra, por seu turno, tinha a seguinte redação: "Para os fins desta Lei, mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos."

[5] A terminologia utilizada pelo anteprojeto é, em verdade, transação.

Conforme prevê o anteprojeto, nessa audiência, ainda que já tenha sido tentada a mediação, o juiz deverá tentar a conciliação das partes (art. 26, § 1º), podendo o magistrado contar, inclusive, com o auxílio de conciliadores.[6]

O § 3º do art. 26 é de especial relevância, eis que coloca à disposição das partes, somadas à mediação, outras formas de resolução de conflito, a saber, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro. Dessa forma, estimula a utilização e o desenvolvimento de outras formas de resolução de disputa.

É certo que o anteprojeto de lei de mediação já sofreu, desde a sua apresentação em 2001, alterações significativas, fruto do debate e de sugestões de instituições e profissionais que estudam e trabalham para o desenvolvimento da mediação. Para citar alguns exemplos, tem-se que hoje o projeto já dispõe acerca da exigência de curso de capacitação para os mediadores (art. 14, parágrafo único e art. 16, § 1º)[7]; a responsabilidade dos Tribunais de Justiça, ao lado da OAB e das instituições especializadas, na formação e seleção dos mediadores e co-mediadores (art. 14, parágrafo único); a previsão expressa dos requisitos éticos que devem nortear a atuação do mediador (art. 14); a atribuição de honorários ao mediador, ainda que não seja alcançado um acordo na mediação (art. 24).[8]

Porém, em que pese os aprimoramentos já realizados, constata-se que as opiniões dos especialistas na área continuam céticas em relação a alguns aspectos do anteprojeto, consoante pôde ser observado pelos espectadores da audiência pública realizada em setembro de 2003 e da qual já demos notícia em oportunidade anterior. As principais críticas ao anteprojeto de lei consensuado serão mais detidamente trabalhadas em momento posterior.

Cumpre ainda informar o estágio de tramitação legislativa da versão consensuada do anteprojeto de lei no Congresso Nacional.

---

[6] Não há consenso, por parte da doutrina, quanto aos critérios utilizados para diferenciar os termos mediação e conciliação. A posição mais acertada parece ser a de considerar ambos os processos como espécies de um gênero comum, isto é, como processos de negociação facilitados por um terceiro neutro, imparcial e sem poderes de decisão. Nesse sentido, *vide* PIRES, Amom Albernaz. Mediação e Conciliação: Breves Reflexões para uma Conceituação Adequada. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 131-150. A indiscriminação conceitual entre conciliação e mediação é, inclusive, um dos pontos polêmicos do anteprojeto, na opinião abalizada de Tania Almeida e Adolfo Braga Neto, exposta no artigo "Uma Lei de Mediação para o Brasil", Dezembro de 2002. Acesso e Disponibilidade: http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm.

[7] "Art. 14. No desempenho de sua função o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, vedada a prestação de qualquer informação ao juiz.

Parágrafo único. Caberá, em conjunto, à Ordem dos Advogados do Brasil, ao Tribunal de Justiça e às instituições especializadas em mediação, devidamente cadastradas a formação e seleção de mediadores, para o que serão implantados cursos apropriados, fixando-se os critérios de aprovação, com a publicação do regulamento respectivo." (Grifou-se)

"Art. 16. O Tribunal de Justiça local manterá um Registro de Mediadores Judiciais, contendo a relação atualizada de todos os mediadores habilitados a atuar no âmbito do Estado, por área profissional.

§ 1º Aprovado no curso de formação e seleção, o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no Registro de Mediadores Judiciais no Tribunal de Justiça local." (Grifou-se)

[8] "Art. 24. Os serviços do mediador serão sempre remunerados, nos termos e segundo os critérios fixados pela norma local."

Após a aprovação unânime no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, o projeto n.º 4.827/1998 foi remetido para revisão por parte do Senado Federal, nos termos do art. 65 da Constituição Federal. Em abril de 2003, encontrava-se pronto para entrar em pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, relatado pelo Senador Pedro Simon.[9]

Porém, com a posterior ocorrência da audiência pública e a formalização de uma nova versão para o projeto – a versão consensuada –, a matéria foi encaminhada ao gabinete do Senador Pedro Simon para reexame do relatório.[10]

3. Experiência no Direito Comparado

3.1. Argentina

O estudo da institucionalização da mediação na Argentina mostra-se relevante na medida em que fornece um rico exemplo de incorporação da mediação por força de lei.

A Lei Argentina n.º 24.573, de 04 de outubro de 1995, tornou obrigatória a mediação na Província de Buenos Aires, a ser realizada sempre antes da propositura da ação. O caráter compulsório da mediação é a principal característica da lei, eis que o autor, ao ajuizar a demanda perante o Judiciário, deverá demonstrar que a tentativa de resolução pela mediação foi feita.

É justamente desse diploma legal argentino que proveio a inspiração para o anteprojeto de lei elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Consoante explicam Tania Almeida e Adolfo Braga Neto, no artigo já citado "Uma Lei de Mediação para o Brasil", a proximidade cultural e territorial com a Argentina auxiliou no surgimento de um segundo texto de lei inicialmente inspirado na redação legal da Província de Buenos Aires.[11]

Sobre o procedimento da mediação adotado pelos argentinos, alguns aspectos interessantes merecem destaque, todos eles associados ao caráter obrigatório da mediação prévia ao processo judicial. Se a mediação restar fracassada pelo não comparecimento de qualquer das partes à primeira audiência, cada um dos ausentes pagará uma multa, cujo valor será equivalente ao dobro dos honorários a que tenha direito o mediador (art. 10).

---

[9] O relatório do Senador Pedro Simon era pela aprovação do projeto da Deputada Zulaiê Cobra, com quatro emendas apresentadas.

[10] Informações obtidas em pesquisa eletrônica feita, em 13 de junho de 2004, na página do Senado Federal: www.senado.gov.br.

[11] ALMEIDA, Tania; BRAGA NETO, Adolfo. Uma Lei de Mediação para o Brasil. Dezembro de 2002. Acesso e Disponibilidade: http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm. Os autores referem-se ao projeto IBDP como segundo tendo-se em conta o projeto Zulaiê Cobra como pioneiro.

Ainda no mesmo sentido, tem-se que os terceiros chamados pelo mediador à sessão, caso não compareçam, estarão também sujeitos a sanção de natureza pecuniária (art. 8º).

Estes dispositivos, felizmente, não foram reproduzidos no anteprojeto brasileiro. As características ínsitas à mediação não se coadunam com a presença forçada das partes à sessão, sob pena de aplicação de multa. Em verdade, as partes devem comparecer perante o mediador com o objetivo precípuo de dialogar e resolver as pendências da forma que melhor atenda aos interesses de ambas. A tentativa, a qualquer custo, de obtenção de acordo revela uma questão mais delicada, que diz respeito à própria preocupação do Estado na distribuição da justiça e na efetiva pacificação social.

Após quatro anos de vigência desse sistema legal na Argentina, alguns estudos procederam à avaliação dos resultados e perspectivas do projeto, o qual se inclui, importante notar, num contexto de reforma do Judiciário argentino.

Nesse ponto, são dignas de nota as considerações feitas por Juan Carlos G. Dupuis no artigo "*La Reforma Judicial en Argentina: Justicia Inmediata. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. A Cuatro Años de la Mediación.*"[12]

No estudo feito, Dupuis, que integrou uma comissão de apoio ao Tribunal de Superintendência para a resolução de questões emergentes quando da entrada em vigor da nova lei, deixa bastante claro que a institucionalização da mediação na Argentina teve a finalidade precípua de amenizar a grave crise do sistema judicial, marcado pela morosidade e pela sobrecarga de demandas. A mediação foi pensada, assim, como um instrumento para desafogar os tribunais.[13]

O autor relata as inúmeras dificuldades enfrentadas nos primeiros momentos de aplicação da mediação obrigatória, especialmente devido à falta de conhecimento e de informação por boa parte da população sobre o novo sistema. A conseqüência foi, segundo descreve Dupuis, um sentimento de desconfiança generalizado acerca da eficácia de um suposto substitutivo da jurisdição estatal, que resultou numa avalanche no ajuizamento de ações nos dias que precederam a entrada em vigor da Lei n.º 24.573.

No plano normativo, o autor aponta alguns problemas vivenciados no contexto argentino de institucionalização da mediação e que merecem especial atenção. Relata que, inicialmente, a Lei n.º 24.573 foi objeto de rápidas e profundas regulamentações, por via de decretos, os quais provocaram insegurança e perda de credibilidade na lei e no próprio instituto da mediação. Para esse aspecto, o estudioso acredita que é preciso que

---

[12] DUPUIS, Juan Carlos G. *La Reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. A Cuatro Años de la Mediación. Acesso e Disponibilidade:* http://www.foresjusticia. org.ar/eventos/mendoza/trabajos/jcarlosdupuis.htm

[13] São palavras do autor em destaque: "*La lentitud de los tribunales, el rígido sistema procesal vigente, las viejas estructuras que no se han remozado, la falta de uniformidad en la interpretación de las leyes, el elevado costo de litigar y, por fin, la desconfianza en que está inmerso el sistema, sumado a um proceso que permite las 'chicanas' que alargan los juicios, son motivos más que suficientes para intentar nuevos caminos de solución de los conflictos.*" (p. 1).

a experiência prática, do dia-a-dia, consolide o tratamento dado à mediação, na medida em que mudanças regulamentares abruptas no sistema não são acompanhadas no plano empírico.

Nessa seara, o aspecto mais relevante mencionado por Dupuis diz respeito à complexidade do sistema normativo que, segundo argumenta, conspira contra a expansão do instituto, dado que não permite uma fácil difusão e implementação. A opinião do autor argentino, nesse ponto, mostra-se deveras valiosa, devendo ser necessariamente absorvida, para que a experiência brasileira na institucionalização da mediação por lei não incorra nas mesmas dificuldades já enfrentadas por nossos vizinhos.

No que tange aos agentes do sistema, Juan Carlos Dupuis destaca que um problema enfrentado pela Argentina está ligado à falta de treinamento adequado para os mediadores, somada à falta de incentivo para os mesmos, decorrente de honorários fixados por lei em patamares muito baixos.

Igualmente, segundo o autor, há que se pensar numa preparação específica voltada aos advogados, na medida em que uma atuação consciente do patrono na mediação produz resultados muito satisfatórios para o cliente.

Questiona Dupuis, ainda, a falta de previsão, no sistema argentino, de acesso ao serviço de mediação pela população mais carente, que não pode arcar com as custas e honorários do processo.

Não por outros motivos, diante dos elencados acima, tem-se notícia da atitude de certos advogados argentinos que, para se desvencilharem do trâmite tido como incômodo da mediação prévia ao processo, preferem ajuizar as demandas de seus clientes fora dos limites da Província de Buenos Aires**.**

Entretanto, o autor aqui citado faz questão de trazer ao estudo estatísticas oficiais que, não obstante as imperfeições e dificuldades do sistema implantado, fazem crer que, efetivamente, os tribunais argentinos trabalham em melhores condições após a institucionalização legal da mediação.[14]

Além disso, destaca Dupuis que os acordos feitos pelas próprias partes, por meio da mediação, são cumpridos de forma espontânea na esmagadora maioria dos casos, e que apenas 51,6% dos casos submetidos à mediação tiveram o trâmite judicial ordinário retomado, percentagem essa considerada bastante significativa para o autor.

A conclusão do estudioso argentino reconhece a insuficiente e inadequada cultura de negociação em seu país. De qualquer sorte, crê que a mediação compulsória tem seus

[14] Nas palavras de Dupuis: *"Obsérve-se que – excluyendo las sucesiones y las ejecuciones fiscales, que están fuera de la mediación, por lo que de computarlos distorsionarían el resultado – en el año 1995 se produjo un 'pico' de 95.976 juicios, lo que representó un incremento del 16,74% respecto al anterior. Y puesta en vigencia la mediación obligatoria previa, en el año 1996, hubo una disminuición de juicios equivalentes a un 19,44% (según estadísticas del Centro de Informática Judicial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil)*. (p. 4).

méritos e deve perdurar, contando especialmente com os esforços daqueles que conhecem as vantagens do procedimento, desde que bem empregado.

3.2. Estados Unidos[15]

A resolução de disputa fora do ambiente judicial tem um longo histórico de desenvolvimento nos Estados Unidos, algo em torno de cinqüenta anos de pesquisa doutrinária e progresso empírico. Nesse período, verificou-se a crescente popularização dos termos e do uso em si das resoluções *alternativas* de disputas. Devido aos enormes progressos verificados e a receptividade das novas tendências pela sociedade norte-americana, os estudiosos contemporâneos estão a abandonar a terminologia *método alternativo* até então associada a processos como a mediação e a arbitragem, substituindo-a por *método complementar*, *adicional, mais adequado*, ou, simplesmente, *método de resolução de disputa*.

Nessa linha de evolução, tem-se que nos últimos quinze anos intensificou-se nos Estados Unidos a institucionalização dos métodos de resolução de disputas, especialmente a mediação, conforme nos noticia a professora Sharon Press.[18] A institucionalização em terras norte-americanas é pensada, assim, justamente pelo fato de ser muito utilizada e popularizada fora do ambiente judicial.

Apesar de não ser novidade para os cidadãos norte-americanos, a institucionalização dos processos complementares junto às Cortes de Justiça é tema de estudos e gera grandes preocupações para a comunidade jurídica, mormente no que toca às conseqüências advindas da institucionalização. Vale mencionar que, nos EUA, não há lei federal que institua a mediação, pois os estados da federação possuem competência para editar as leis que regulamentam os procedimentos judiciais e as demais formas de solução de conflitos.

O artigo da pesquisadora Sharon Press alerta para o impacto de uma regulamentação minuciosa do processo de mediação, dada a sua característica essencialmente flexível. A partir do momento em que se decide estabelecer uma legislação acerca do instituto e seu procedimento, a autora enfatiza a necessidade de revisão contínua dos dispositivos, sob pena de se ossificar o processo. Exemplifica com a afirmação de que, na Flórida, o estatuto que regula a mediação foi revisado diversas vezes desde a sua adoção, em 1987.

---

[15] Para uma abordagem mais completa sobre a institucionalização da mediação no contexto norte-americano, remetemos o leitor ao artigo *Lei Uniforme de Mediação norte-americana: lições de técnica e democracia na estatização da mediação*, de autoria do pesquisador Sérgio Antônio Garcia Alves Júnior, o qual também integra esta obra.

[16] PRESS, Sharon. *Institucionalization: Savior or Saboteur of Mediation? In: Florida State University Law Review*, n.º 24, p. 903, Verão de 1997.

[17] O CONIMA é uma sociedade civil, sem fins lucrativos, que tem por objetivo primordial esclarecer e divulgar padrões mínimos norteadores para instituições que atuam ou buscam atuar no ramo das resoluções de disputa.

No que concerne à preparação de mediadores e advogados, a professora destaca que a correta inserção dos mesmos no procedimento tem o efeito positivo de estimular as partes e dar credibilidade ao processo. No estado da Flórida, chegou-se ao interessante patamar de extensão das garantias próprias dos juízes aos mediadores, como forma de fortalecer a noção de carreira e estimular a especialização nessa tão importante atividade.

A conclusão do estudo de Press é no sentido de ser a institucionalização positiva e benéfica, desde que observadas algumas atitudes básicas, tais como a elevação e propagação do debate em torno desses temas, de sorte a se conferir legitimidade às conclusões alcançadas. Acima de tudo, deve se prover a população e os profissionais diretamente ligados ao foro com os conhecimentos mínimos acerca das características e propósitos da mediação.

Nos Estados Unidos, a institucionalização das formas de resolução de disputa tem se mostrado uma experiência de sucesso, em grande parte devido ao alto grau de informação de que dispõem os usuários do sistema judicial, eis que o processo de integração da mediação e demais formas de resolução de disputa ao meio jurídico tem, no mínimo, ciqüenta anos de evolução. Ainda assim, os estudiosos e profissionais mostram-se preocupados com a possibilidade de engessamento do processo, que se desenvolve de forma espontânea e que é buscado voluntariamente pelas partes interessadas. Além disso, tem-se o receio de que o procedimento obrigatório não atenda aos interesses das partes, mas sim, única e exclusivamente, corresponda aos interesses dos tribunais em reduzir seu volume de trabalho.

4. Viabilidade da Institucionalização da Mediação por Lei

Na audiência pública promovida pela Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça em Setembro de 2003, durante a qual foi apresentada a versão consensuada do anteprojeto de lei, muitas manifestações de profissionais e estudiosos em mediação destacaram a desnecessidade de uma lei reguladora para um procedimento que vem, progressiva e naturalmente, tornando-se conhecido como eficiente método de resolução de disputas.

Essa opinião é defendida, por exemplo, pelo CONIMA, Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, uma organização de notável respeitabilidade e engajamento na discussão dos temas referentes à institucionalização da mediação.[17]

De fato, o aspecto que mais preocupa é o caráter compulsório que a mediação passará a ostentar, o que contraria frontalmente a autonomia das partes e a voluntariedade, características essenciais da mediação e que, por certo, não se coadunam com a imposição legal de um modelo não consagrado na prática e desconhecido por grande parte das pessoas que se socorrem do Judiciário.

A formação de uma nova mentalidade coletiva, segundo a qual os conflitos podem ser resolvidos fora do âmbito dos tribunais, de maneira não-litigiosa e eficaz, e o conseqüente abandono da *cultura da sentença*, na feliz expressão de Kazuo Watanabe, passa, necessariamente, por etapas progressivas de divulgação e aceitação do procedimento no seio social, de forma a se superar o déficit de informação hoje existente.

É certo que, no Brasil, ao contrário do que se verifica nos Estados Unidos, as formas de resolução de disputa ainda não possuem grande alcance social, podendo-se afirmar que algumas iniciativas pioneiras e inovadoras de instituições e tribunais dão os primeiros passos de uma longa caminhada para a consagração social da mediação ou, em outras palavras, para sua institucionalização, na acepção sociológica do termo.

Por essas razões, acredita-se não ser chegado o momento de se apressar o desenvolvimento natural da mediação, institucionalizando-a por lei e tornando-a compulsória em determinadas situações.

Os exemplos hauridos do direito comparado, em especial as experiências argentina e norte-americana, evidenciam a necessária reflexão que deve preceder a institucionalização das resoluções de disputa em nosso ordenamento jurídico.

A doutrina mais atualizada sobre o tema, conforme explicitado ao longo do trabalho, ressalta a importância de se distinguir entre os programas de participação compulsória e/ou voluntária.

Os programas de mediação que se valem da adesão voluntária das partes apresentam algumas vantagens, tais como o real comprometimento dos litigantes na efetividade do processo, uma vez que a decisão de se levar a questão a um mediador foi tomada em conjunto pelas partes que, dessa maneira, já assumem um esforço concreto no sentido de se obter um acordo que solucione a questão.

Por outro lado, os programas de caráter compulsório são passíveis de críticas, porquanto retiram das partes a possibilidade de um engajamento livre e espontâneo, obrigando-as a passar por um processo indesejado ou, até mesmo, inapropriado para a solução do caso.

Outro ponto do anteprojeto que merece maiores reflexões diz respeito ao requisito do bacharelado em Direito para a habilitação como mediador judicial.

Consoante muito bem destacou o Senador Pedro Simon em seu relatório sobre o Projeto de Lei Zulaiê Cobra, antes do advento da versão consensuada, o estabelecimento de um nicho de mercado exclusivamente dirigido aos advogados talvez não seja a melhor opção, podendo o diploma de bacharel em Direito ser um qualificador do mediador, e não um requisito essencial.

Com efeito, a interdisciplinariedade é um princípio basilar da mediação, de maneira que as atribuições do mediador transcendem o aspecto meramente jurídico da questão.

Na mediação, por exemplo, as partes possuem relativa liberdade para trazer uma grande variedade de questões ao processo. Muitas vezes o próprio mediador atua de modo a ampliar a visão das partes acerca do conflito, estimulando que elas manifestem interesses ocultos e sentimentos que incidem sobre as questões apresentadas. A hierarquização do objeto do processo em questões relevantes e questões irrelevantes não segue critérios legais objetivos, mas é estabelecida no curso do processo pelas próprias partes.[18] Logo, desde que devidamente formado por um curso em teoria e técnicas do processo de mediação, o profissional de outra área, como Psicologia ou Serviço Social, para citar apenas dois exemplos, pode desempenhar perfeitamente seu papel.

Há que se tratar, ainda, das questões econômicas relativas à institucionalização da mediação.

É nítido que, no atual estágio de desenvolvimento das resoluções de disputa no Brasil, não se verifica a existência de qualquer incentivo ou política governamental a subsidiar o desenvolvimento dos projetos que se lançam. Nesse sentido, mostra-se fundamental a criação de linhas de financiamento a entidades de mediação, estímulos concretos ao voluntariado, integração dos órgãos e instituições já existentes, maior publicidade das experiências já consagradas, dentre tantas outras ações governamentais de fomento que são possíveis e viáveis.

Ligado à preocupação exposta acima está o tema dos recursos humanos. Atenção especial deve ser concentrada nesse aspecto, diante da necessidade de cursos de formação de qualidade voltados à preparação dos mediadores. Os Estados Unidos, nesses aspectos, são referência, dado o alto grau de organização das entidades, tanto públicas quanto privadas, para captação de recursos, investimento em pesquisa e formação de profissionais altamente qualificados.[19]

5. Conclusões

Consoante buscou-se demonstrar ao longo deste breve estudo, é bastante delicada a questão da institucionalização legal da mediação em nosso país.

Das experiências estrangeiras relatadas, em especial a argentina, pode-se extrair que a implantação de um sistema normativo complexo pode se voltar contra a própria expansão do instituto, dado que não permite uma fácil difusão e compreensão do novo procedimento junto à população. Essa questão é agravada pelo déficit de informação que permeia os diversos ramos de nossa sociedade em relação às formas de resolução de disputas que se somam ao processo judicial clássico.

---

[19] Um estudo completo sobre os elementos necessários ao desenvolvimento dos programas de resolução de disputa pode ser encontrado na obra "*Court ADR: Elements of Program Design*", de autoria de *Elizabeth Plapinger e Margaret Shaw.*

[18] VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. Os Programas de Mediação Comunitária e a Influência dos Fatores de Institucionalização e Coerção. p. 67.

Diante disso, cabe o questionamento acerca dos reais objetivos da institucionalização da mediação em nosso ordenamento, eis que a mediação não pode, nem deve, ser pensada como mero instrumento de desafogamento dos tribunais, em detrimento dos valores mais caros ao procedimento, a saber, a autonomia e voluntariedade das partes, a interdisciplinariedade e a obtenção de soluções satisfatórias por meio do diálogo e do consenso mútuo, facilitadas por um terceiro devidamente treinado.

No entanto, em que pese o entendimento de que seria absolutamente desnecessária uma regulamentação do processo de mediação no estágio atual de desenvolvimento do instituto que vivenciamos, verifica-se que a institucionalização por meio de uma lei está em vias de ser concretizada.

Daí a importância de se buscar junto a outros países estudos e avaliações sobre a implantação da mediação, com o objetivo precípuo de se visualizar e antever possíveis problemas no contexto brasileiro, evitando-se assim passar pelas mesmas dificuldades e infortúnios vividos por outras nações. Nesse sentido, a criação de linhas específicas de pesquisa sobre como adaptar o processo de mediação às peculiaridades do sistema brasileiro mostra-se de suma relevância para o desenvolvimento consciente e planejado dos institutos afeitos à resolução de disputa.

Legislar sobre o tema evidencia-se uma responsabilidade de grande monta. A conclusão a que se chega pode ser traduzida numa máxima aristotélica, segundo a qual *a virtude está no meio*. Nesse sentido, o Projeto de Lei original, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, atenderia perfeitamente as necessidades relativas à institucionalização da mediação, na medida em que permite o desenvolvimento gradual e fundamentado do instituto, ao mesmo tempo em que promove a sua progressiva incorporação à realidade jurídica nacional. O caráter voluntário e a autonomia das partes seriam, assim, preservados.

A compulsoriedade da mediação e o estreitamento de seus laços ao processo civil pode gerar a busca pela eficiência quantitativa do processamento de casos, redundando num tratamento mais hierarquizado, menos leigo e mais profissional, menos flexível e mais formalista do instituto. [22] Com isso, muitos dos aspectos que caracterizam a mediação acabam cedendo lugar a valores que atendem mais ao sistema judicial do que aos próprios usuários do processo de resolução de disputas.

[22] MERRY, Sally Engle *et alli*. *The possibility of Popular Justice: a Case Study of Community Mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press, 1996, p. 103.

6. Bibliografia

ALMEIDA, Tania; BRAGA NETO, Adolfo. Uma Lei de Mediação para o Brasil. Dezembro de 2002. Acesso e Disponibilidade: http://www.mediare.com.br/artigos/lei_mediacao.htm.

COOLEY, John W. A Advocacia na Mediação. Trad. René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DUPUIS, Juan Carlos G. La Reforma Judicial em Argentina: Justicia Inmediata. Menor Cuantia Y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos. A Cuatro Años de la Mediación. Acesso e Disponibilidade:http://www.foresjusticia.org.ar/eventos/mendoza/trabajos/ jcarlosdupuis.htm.

MERRY, Sally Engle *et alli*. *The possibility of popular justice: a case study of community mediation in the United States*. Michigan: The University of Michigan Press, 1996.

MOORE, Christopher W. O Processo de Mediação: Estratégias para a Resolução de Conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

PIRES, Amom Albernaz. Mediação e Conciliação: Breves Reflexões para uma Conceituação Adequada. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol. 1 Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 131-150.

PLAPINGER, Elizabeth; SHW, Margaret. *Court ADR: Elements of Program Design.* Nova Iorque*: CPR Institute for Dispute Resolution,* 1997.

PRESS, Sharon. *Institucionalization: Savior or Saboteur of Mediation? In: Florida State University Law Review*, n.º 24, p. 903, Verão de 1997.

SLAIKEU, Karl A. *No Final das Contas: um Manual Prático para a Mediação de Conflitos*. Trad. Grupo de Pesquisas e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

STREETER-SCHAEFER, Holly A. *A Look at Court Mandated Civil Mediation. In: Drake Law Review,* n.º 49, p. 367, 2001.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. Os Programas de Mediação Comunitária e a Influência dos Fatores de Institucionalização e Coerção. No prelo.

LEI UNIFORME DE MEDIAÇÃO NORTE-AMERICANA: LIÇÕES DE TÉCNICA E DEMOCRACIA NA ESTATIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO

Sérgio Antônio Garcia Alves Júnior[1]

1. Introdução. 2. Necessidade de Abordagem Histórica. 3. Perspectiva Histórica do Federalismo e do Movimento de Uniformização de Leis nos EUA. 4. Os Motivos da Uniformização e as Mediações Reguladas pelo UMA. 5. Estrutura e Aspectos Gerais do UMA. 6. A Confidencialidade no UMA. 7. Conclusão 8. Bibliografia.

1. Introdução

Há muito se tem reconhecida a relevância de estudos de direito comparado para os ordenamentos jurídicos das nações. René David, em sua obra *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, elucida alguns dos benefícios de se observar como sistemas diversos lidam com temas correlatos:

> *As vantagens que o direito comparado oferece podem, sucintamente, ser colocadas em três planos. O direito comparado é útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; é útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o nosso direito nacional; é, finalmente, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional.*[2]

É principalmente sob esses dois primeiros aspectos que se procurou apresentar o *Uniform Mediation Act – UMA –*, lei uniforme americana[3] que busca dar, nos entes

---

[1] Integrante do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. O autor agradece o Professor André Gomma de Azevedo pela valiosa orientação, os demais integrantes do GT Arbitragem pelos anos de convivência acadêmica e, em especial, Francisco Schertel Mendes, Michelle Tonon, Sabrina Costa e Ticiano Figueiredo, não apenas por suas revisões, mas sobretudo pelas sempre presentes palavras de incentivo.

[2] DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986. p. 3.

[3] A fim de se entender a denominação empregada no processo legislativo americano, pode-se fazer a correlação entre o *projeto de lei* brasileiro e o *bill* americano. Este, após os diversos trâmites necessários à sua aprovação, passa a ser denominado *Act*, tornando-se lei. *Cf*. HILL, Gerald; HILL, Kathleen *Real Law Dictionary*. <http://dictionary.law.com>; e, ainda, DUHAIME, Lloyd. *Duhaime & Co Legal Dictionary*. <http://www.duhaime.org/diction.htm>. Acessos em 28 de janeiro de 2004.

federados dela signatários, um mínimo de garantia de sigilo às informações obtidas e geradas ao longo de uma mediação, além de promover o uso e a uniformização dessas garantias em tribunais americanos. Para tanto, partir-se-á de uma fundamentação histórica, de modo a identificar seus princípios inspiradores até se atingir a análise do texto da lei, não apenas com comentários sobre seus artigos, mas também com a demonstração da congruência entre a vasta experiência americana com a mediação e o contexto crítico e participativo de proposta de sua uniformização nos estados.

Não é objetivo do presente trabalho questionar se a institucionalização da mediação pelo poder público seria a melhor opção para o Brasil, pretende-se aqui apresentar uma solução encontrada nos Estados Unidos para se proteger o instituto e, ao mesmo tempo, estimular sua utilização e desenvolvimento.[4] De toda sorte, faz-se mister que os legisladores pátrios tenham consciência da experiência estrangeira, de modo a não agirem precipitadamente ao analisarem os projetos de lei concernentes à mediação. Destarte, o exemplo americano é paradigmático, haja vista a intimidade entre aquela sociedade e esse processo ser muito mais intensa que a encontrada no cenário nacional, ainda que iniciativas pioneiras e promissoras tenham demonstrado que a mediação pode prosperar também por aqui.[5]

2. Necessidade de Abordagem Histórica

Ao longo de uma pesquisa, deve-se reconhecer que há condicionantes específicas que definem o objeto de estudo.[6] A filosofia da ciência não mais permite a pretensão de se identificar todas essas variáveis; aliás, trata-se de fazer o extremo oposto, admitir a incapacidade de conhecê-las todas ou de compreender a totalidade de suas interações. Pode-se, contudo, optar por alguma abordagem ao longo de uma pesquisa – religiosa, filosófica, econômica, por exemplo –, com a consciência de que tal escolha irá determinar os resultados e percepções obtidos.[7] Neste artigo, negligenciar uma contextualização histórica e política na apresentação de uma lei uniforme americana a nós, brasileiros, provavelmente levaria a perdas e mal entendidos que dificultariam a compreensão do *UMA*. Desse modo, é de extrema relevância que sejam feitos alguns comentários sobre o federalismo americano, fundamental para o reconhecimento de um porquê das leis de uniformização nos Estados Unidos e, especificamente, das razões pelas quais o *UMA* foi elaborado.

---

[4] Para maiores considerações a respeito dos Projetos de Lei sobre mediação, vide, nesta obra, artigo de Michelle Tonon Barbado, intitulado *Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro*.

[5] Vide, citando o exemplo da mediação comunitária implantada no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 263-278.

[6] DAVID. p. 10-14. Na verdade, trata-se de um aspecto dual do direito comparado, em que se fundem sua finalidade e sua metodologia.

[7] COSTA, Alexandre Bernardino. *Metodologia de pesquisa e ensino em direito*. Brasil, 2004. Não publicado. *passim*.

Há de se ter patente que uma lei é parte integrante da cultura de um grupo e está intrinsecamente relacionada às experiências e constatações vivenciadas por ele; mesmo quando imposta unilateralmente é possível se conhecer alguns dos interesses e circunstâncias que motivaram sua confecção. Destaca-se, mais uma vez, a importância da reflexão na elaboração da lei nacional. Embora a implementação de novos mecanismos de solução de controvérsias no Brasil seja promissora, não se pode acreditar que medidas pontuais e impositivas sejam a salvação para a prestação jurisdicional brasileira; as políticas para sua recuperação devem se dar de maneira muito mais ampla e condizente com as mazelas que a tornaram ineficiente e desacreditada.[8]

3. Perspectiva Histórica do Federalismo e do Movimento de Uniformização de Leis nos EUA

A colonização singular que se deu nos EUA por parte daqueles que se estabeleciam em terras novas e até então sem atrativos históricos ou laços afetivos quaisquer, acirrada pelo sentimento de serem movidos de suas pátrias para esse Novo Mundo não por vontade própria, mas pela necessidade imperiosa de fugir às reprimendas religiosas e políticas em seus países de origem, fez nascer um sentimento de independência tão radical nesses *norte-americanos* que por muito tempo dificultou o estabelecimento e reconhecimento de unidade entre os grupos que ali procuravam seu porto seguro. Aparentemente o único aspecto que as treze colônias mantinham em comum era o repúdio ao domínio inglês. Qualquer tentativa de maior controle ou centralização de poder era visto como ato atentatório contra as inspirações que fizeram esses migrantes ousarem em terras até então inóspitas aos olhos do indivíduo europeu.

Após calorosos debates, representantes das treze colônias promulgaram, em 1787, a Constituição dos Estados Unidos da América, mantendo, contudo, uma necessária autonomia entre os entes federados, permeada pelo respeito recíproco.[9] A décima emenda à Constituição dos EUA, em 1791, norteou a solução sobre a distribuição da competência

---

[8] Uma lei de mediação não deve ser vista como a panacéia para todos os males que assolam a prestação jurisdicional de um país. Não se pode olvidar que a mediação funciona como meio de empoderamento das partes, que fazem uso de um mecanismo de resolução de disputas efetivo, adequado a certos tipos de demanda. Nesse sentido, os comentários dos professores Mauro Cappelletti e Bryant Garth, feitos há quase 30 anos acerca de modelos de conciliação existentes em vários países, podem ser analogamente trazidos a este trabalho: "À medida que a conciliação cresceu em importância, os métodos e estilos de conciliação tornaram-se tema de estudos mais acurados. Já há indicadores acerca dos tipos de comportamento por parte dos conciliadores que se prestam melhor a obter a resolução efetiva dos conflitos. Aqui, novamente, precisamos ser cuidadosos. A conciliação é extremamente útil para muitos tipos de demandas e partes, especialmente quando consideramos a importância de restaurar relacionamentos prolongados, em vez de simplesmente julgar as partes vencedoras ou vencidas. Mas, embora a conciliação se destine, principalmente, a reduzir o congestionamento do judiciário, devemos certificar-nos de que os resultados representem verdadeiros êxitos, não apenas remédios para problemas do judiciário, que poderiam ter outras soluções." CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 86-87.

[9] Ratificando a importância dessa compreensão histórica sempre que se estuda algum aspecto político-administrativo americano, Dallari afirma: "Foi também preciso conciliar a necessidade de um governo central com a intransigência dos Estados que não abriam mão de sua autonomia política. Aliás, é importante que não se perca de vista que no caso dos Estados Unidos a federação resultou, realmente, de uma união de Estados, o que é muito importante para explicar vários aspectos do mecanismo do sistema [sem grifo no original]." DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 218.

legislativa federal e estadual: "Os poderes que a Constituição não delega aos Estados Unidos, e que não proíbe que os Estados exerçam, são reservados a cada um dos Estados, respectivamente, ou ao povo". Desse modo, passou a atividade legislativa a ser exercida, em regra, pelos membros da federação, tornando-se a exceção a competência federal determinada em aspectos constitucionais.[10]

Em um salto cronológico, observa-se que esse raciocínio ainda prevalece nos Estados Unidos, de modo que o federalismo é o responsável pela distribuição de competências e de relações entre a União e os entes federados. Tal ponto não deve parecer estranho ao leitor, vez que ele é comum a todos os Estados federais, inclusive aos países da família romano-germânica.[11] Urge, todavia, ressaltar que essa separação atinge ali níveis impensáveis para os padrões brasileiros, precisamente pelo histórico de autonomia dos estados (desde o período colonial americano). Em decorrência desse princípio federalista, são os estados competentes, ainda hoje, para legislar sobre os procedimentos judiciais aplicáveis em seus territórios.

Transposta a dúvida sobre atribuições de competências, nasceu um novo problema: os vários estados poderiam legislar – e o fizeram, sem maiores discussões – de maneira absolutamente diversa um do outro, o que gerou novas ambigüidades. Passou-se, então, às questões de conflito de lei e competência. Ainda no final do século XIX, com o intuito de sanar esses "custos do federalismo",[12] é que surge, por iniciativa da *American Bar Association*, o movimento de uniformização de leis.

A *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) é formada por mais de 300 comissários escolhidos pelos governadores de cada estado, do Distrito de Columbia, de Porto Rico e das Ilhas Virgens; são seus integrantes bacharéis em direito e muitos trabalham como políticos, juízes, advogados militantes e professores de direito. A função da NCCUSL é desenvolver leis uniformes e leis-modelo[13] e, após sua adoção pela própria NCCUSL, estimular sua ratificação pelos estados *supra*, com a finalidade de uniformização da legislação, reduzindo os fardos de um sistema federalista. Provavelmente a mais famosa lei elaborada por essa Comissão é o *Uniform Commercial Code*, mas não se pode olvidar que esse grupo foi também responsável pela confecção do *Uniform Arbitration Act*.[14]

---

[10] DAVID. o*p. cit.* p 368-369.

[11] Há, contudo, uma peculiaridade em relação aos EUA, posto que a *common law* é consagrada pela tradição jurisprudencial, e não legislativa; ao se atribuir competência para legislar a um Congresso Nacional, resta o problema de como se identificar um corpo de direito – o federal ou o dos estados? Como aponta DAVID, "a questão (...) é bastante interessante, porque ajuda a determinar o modo como é entendida, nos países de língua inglesa, a própria noção de direito e a *common law*." DAVID. p. 368.

[12] SAGER, Lawrance G. The sources and limits of legal authority. In: MORRISON, B. Alan (org.). Fundamentals of American law. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996. p. 37.

[13] Para uma listagem completa desses trabalhos desenvolvidos pela NCCUSL, vide: THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Drafts of Uniform and Model Acts Official Site*. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm>. Acesso em 20 de março de 2004.

[14] FIRESTONE, Gregory. An analysis of principled advocacy in the development of the Uniform Mediation Act. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1142>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

Finalmente, o aspecto mais importante a ser apreendido nessa introdução é o de que as leis uniformes mantêm o *status* de leis estaduais. Por isso, nem todos os entes federados adotam-nas e, mesmo os que o fazem, podem tecer alterações em suas linhas, de acordo com a conveniência de suas legislações e jurisdições. Como não são leis federais, estão abertas a interpretações distintas pelas cortes e, não obstante a lei ser aprovada com um texto idêntico em mais de um estado, é possível que restem divergências ou contradições jurisprudenciais entre os tribunais. Apesar disso, as leis uniformes, ao gerarem a consciência de que todas essas cortes fazem parte de um sistema jurídico *nacional* maior, levam aos juízes a consciência da importância de se observar o tratamento dado em decisões proferidas em outras jurisdições.[15]

Por esse motivo é que o estado analisa a conveniência de adotar uma lei uniforme e avalia o quê em sua legislação preexistente deve ser retirado, alterado ou mantido. Em cada unidade da federação há comissários da NCCUSL que desempenham essa função de harmonização da legislação e dirigem seus esforços basicamente à averiguação da viabilidade e da necessidade de implementação da nova lei em seus territórios.[16]

4. Os Motivos da Uniformização e as Mediações Reguladas pelo *UMA*

Já nos anos 60, vários movimentos tiveram lugar nos EUA com o intuito de aumentar a qualidade da prestação jurisdicional naquele país. Durante essa década, propostas e discussões sobre formas de Resoluções de Disputas (RDs) distintas do processo judicial foram iniciadas e altamente incentivadas, resultando em 1976 na famosa *Pound Conference on the Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, tida por muitos como o início do casamento entre a Reforma Juciária moderna americana e a institucionalização das RDs.

Várias outras iniciativas ao longo dos últimos 40 anos estimularam esse íntimo relacionamento entre as RDs e o Poder Público, aproximando aquelas da população que procurava dirimir seus conflitos. Em especial nos últimos anos, a atividade legislativa foi intensa no sentido de se regular esses métodos, demonstrando a confiança e a capacidade de obtenção de soluções alcançáveis por mecanismos distintos daqueles apresentados pelo processo judicial comum. Em 1988, por exemplo, o Congresso **autorizou**[17] dez cortes distritais a instituírem mecanismos de arbitragem obrigatória para os seus jurisdicionados, além de outros dez a incluírem programas de arbitragem voluntária. Em 1990, a *Civil Justice Reform* exigia que as cortes implementassem políticas de melhoria de seus serviços, oportunidade em que as RDs foram altamente recomendadas. O *ADR Act*, de

[15] SAGER. o*p. cit.* p. 36-37.

[16] KELLY, Ron. Coming soon to your state? The Uniform Mediation Act. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=903>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

[17] O grifo ressalta que não se tratou de imposição pelo Congresso, mas de permissão solicitada pelas próprias cortes.

1998, determinou que cada corte distrital deveria desenvolver projetos obrigatórios de RDs, podendo optar (após consultar a Ordem dos Advogados e o Procurador da República local) pelo programa que entendesse mais condizente e adequado à comunidade a que se destinava.[18, 19] Ou seja, a mediação para os americanos não surgiu por meio de leis recentes, foi, na verdade, incentivada em decorrência de seus resultados satisfatórios obtidos em grande parte do país, que já se utilizava desse processo.

Em decorrência do alto número de leis que têm surgido com o intuito de regulamentar a mediação, a NCCUSL entendeu que deveria trabalhar, mais uma vez, no sentido de organizar e harmonizar a legislação. As confusões e dificuldades resultantes dos mais de 2500 regulamentos federais e estaduais[20] que de algum modo tratam de mediação nos EUA eram mais que um bom motivo para isso.

O *Uniform Mediation Act* nasceu, portanto, de mais um longo trabalho de pesquisas e debates entre acadêmicos, políticos, juristas, mediadores, membros do Judiciário e associações interessadas no desenvolvimento da mediação nos EUA. Sua elaboração esteve sempre pautada nos resultados obtidos em uma série de projetos pilotos diferentes, no aprendizado acumulado com as experiências locias e estaduais. O projeto iniciou-se em 1997 e, após vários encontros da NCCUSL e divulgação de estudos e pesquisas, somente em 2001 teve sua versão final aprovada e recomendada para ratificação pelos estados americanos.[21]

Nos estados que optaram pela ratificação da lei uniforme, várias das mediações anteriormente realizadas e afetadas por leis esparsas e confusas passaram a ser regidas pelo *UMA*. De modo geral, sempre que uma mediação for determinada por tribunais ou órgãos governamentais e em situações em que as partes tenham o interesse declarado de manter a confidencialidade das informações geradas na mediação, o *UMA* deverá reger o processo.[22]

---

[18] NELSON, Dorothy Wright. ADR in the Federal Courts – One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. [S.l.: s.n.], 1998. p 7.

[19] Para uma visão mais detida sobre o surgimento e avaliação dos regulamentos de mediação obrigatória em estados americanos, vide STREETER-SCHAEFER, Holly A. *Note: A look at court mandated civil mediation*. Drake Law Review. [S.l.: s.n.], 2001. p. 367-389.

[20] DIAZ, Luis Miguel; ORETSKIN, Nancy A. The U.S. Uniform Mediation Act and the Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=922>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

[21] Para um histórico dos eventos em que foi discutida a elaboração da lei, vide: NCCUSL. *Drafts and Final Acts*. <http://www.pon.harvard.edu/guests/uma/>. Acesso em 20 de março de 2004.

[22] *Uniform Mediation Act with prefatory notes and comments* [doravante citado apenas como UMA]. "SECTION 3. SCOPE.

(a) Except as otherwise provided in subsection (b) or (c), this [Act] applies to a mediation in which:

(1) the mediation parties are required to mediate by statute or court or administrative agency rule or referred to mediation by a court, administrative agency, or arbitrator;

(2) the mediation parties and the mediator agree to mediate in a record that demonstrates an expectation that mediation communications will be privileged against disclosure; or

(3) the mediation parties use as a mediator an individual who holds himself or herself out as a mediator, or the mediation is provided by a person that holds itself out as providing mediation.

Compreendida a contextualização de promulgação do *UMA*, pode-se, então, tecer alguns comentários sobre o texto da lei e sua motivação.

5. Estrutura e Aspectos Gerais do *UMA*

A lei é composta de dezessete artigos, que versam sobre suas definições, objetivos, proteção das informações produzidas na mediação e sua não admissibilidade em outros processos, confidencialidade, e outros aspectos formais de sua implementação, como data de entrada em vigor e alterações em outras normas. Os artigos em que o legislador mais se estende são aqueles que dispõem sobre as definições e sobre a confidencialidade, uma vez que este é o cerne do *UMA*, que deve ser um mecanismo legal mínimo a dar maior confiança às partes para tratarem de seus conflitos da maneira mais sincera possível, sem medo de verem suas confidências virarem contra si em um tribunal numa oportunidade futura.

O *UMA* foi desenvolvido de modo a: (i) promover a abertura de uma comunicação eficaz por meio de proteções de confidencialidade às informações trazidas por elas no processo de mediação, afastadas somente em situações em que o interesse social deva prevalecer; (ii) estimular políticas que incentivem a aplicação de soluções rápidas, econômicas e amigáveis para disputas, pautadas pelos princípios da integridade do processo de mediação, da participação ativa e da autodeterminação das partes; e (iii) desenvolver a idéia de que o poder de decisão numa mediação está com as próprias partes.[23]

O primeiro aspecto que se deve ter evidente é a definição de "mediação" empregada na Lei Uniforme, pois é este o ponto de partida para a redação legal e as considerações que são feitas sobre o tema. Assim:

> *"Mediação" significa um processo em que um* ***mediador facilita a comunicação e a negociação*** *[sem grifo no original] entre as partes para* ***auxiliá-las a alcançarem um acordo voluntário*** *[sem grifo no original] para sua disputa.*[24]

(b) The [Act] does not apply to a mediation:

(1) relating to the establishment, negotiation, administration, or termination of a collective bargaining relationship;

(2) relating to a dispute that is pending under or is part of the processes established by a collective bargaining agreement, except that the [Act] applies to a mediation arising out of a dispute that has been filed with an administrative agency or court;

(3) conducted by a judge who might make a ruling on the case; or

(4) conducted under the auspices of:

(A) a primary or secondary school if all the parties are students or

(B) a correctional institution for youths if all the parties are residents that institution.

(c) If the parties agree in advance in a signed record, or a record of proceeding reflects agreement by the parties, that all or part of a mediation is not privileged, the privileges under Sections 4 through 6 do not apply to the mediation or part agreed upon. However, Sections 4 through 6 apply to a mediation communication made by a person that has not received actual notice of the agreement before the communication is made."

[23] UMA. Prefatory Note.

[24] UMA. Section 2 (1): "'Mediation' means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute."

Essa definição, tão singela quanto possa parecer, mostra-se não apenas suficiente, mas compatível com grande parte da doutrina. Os grifos dados demonstram a preocupação dos redatores em darem maior ênfase ao aspecto negocial da mediação, de modo a distanciá-la de um processo adjudicatório tal qual a arbitragem. A opção feita pelo verbo "auxiliar" (*to assist*) também revela essa preocupação em deixar claro que o mediador não está autorizado a decidir sobre o conflito; em outros momentos da elaboração do *UMA*, a palavra empregada na definição era "conduzir" (*to conduct*), sendo substituída para garantir essa distinção.[25]

Os redatores, por entenderem a mediação como um processo que pode variar intensamente seus estilos, não se ocuparam em evidenciá-los nem optaram por algum especificamente. O emprego do verbo "facilitar" (*to facilitate*) poderia gerar essa falsa impressão, como se houvesse uma preferência pela mediação facilitadora.[26] Contudo, a Exposição de Motivos é taxativa ao afirmar que não houve tal determinação, de modo que as várias formas de mediação podem ser empregadas de acordo com o conflito em questão.[27]

A definição que aparece no texto da lei foi, destarte, bastante cuidadosa, pois deveria ela ser ampla o suficiente para permitir o enquadramento de suas mais diversas modalidades e, ao mesmo tempo, habilmente restrita para manter uma limitação sobre o que seria tido como mediação. Caso a definição fosse excessivamente aberta, qualquer discussão entre três ou mais pessoas poderia acabar sendo regulada pela lei.[28]

Partindo agora para a definição sobre quem seria considerado "mediador", o único consenso durante a elaboração do *UMA* era de que eles poderiam vir de diferentes ambientes, pouco importando sua formação profissional (ou mesmo que tenha uma profissão oficialmente estabelecida). Uma das concepções que norteavam a NCCUSL é a de que a mediação é um processo interdisciplinar, ou seja, a psicologia, a antropologia, a sociologia e outras ciências têm tanto valor quanto o direito, trazendo cada área sua contribuição para o desenvolvimento desse mecanismo de resolução de disputa.

Conforme essa premissa, observa-se que não foi dada qualquer predileção a alguma profissão específica em relação à pessoa que queira prestar seus serviços como mediador. Um passo bastante satisfatório em direção à escolha do mediador é as partes confiarem e entenderem que determinado indivíduo é hábil o suficiente para lidar com suas questões. Desse modo, vizinhos podem entender que um psicólogo ou assistente social está muito mais apto a mediar uma controvérsia que uma pessoa cuja formação seja voltada

---

[25] UMA. p. 2.

[26] RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 63-111.

[27] UMA. p. 2.

[28] FIRESTONE. o*p. cit.*

basicamente ao estudo das leis. É por esse motivo que tal discricionariedade foi concedida às partes, às instituições que prestam serviços de mediação e possuem regulamentos próprios ou, mesmo, a cada estado que entenda mais conveniente legislar sobre o tema. Tal solução se apresenta bastante oportuna e confirma que o *UMA* é um instrumento que busca regular, da maneira mais discreta possível, a mediação nos EUA.

Citou-se, até aqui, exemplos de mediadores que teriam uma formação nos moldes usuais do sistema de ensino contemporâneo (freqüentaram escolas, universidades, cursos de especialização, atuaram em suas áreas...), mas é importante salientar que o *UMA* é vasto o suficiente para fomentar importantes políticas públicas como, por exemplo, as de incentivo à mediação comunitária. Ao não definir as qualificações formais de um mediador, a lei uniforme torna possível que pessoas tidas como líderes em suas comunidades, que tenham capacidade de dirimir eventuais conflitos trazidos perante si por seus conhecidos, venham a desempenhar o papel de mediadores em seu grupo social. Provavelmente suas habilidades devam ser lapidadas por meio de algum programa específico de treinamento de mediadores, mas esses requisitos não devem fazer parte de uma lei que pretenda ser genérica, sob pena de engessar e atrofiar o promissor desenvolvimento da mediação.[29]

Se comparada ao estágio atingido por profissões tradicionais, o campo da mediação ainda está provavelmente na infância de seu período evolutivo.[30] Essas soluções apresentadas nas definições sobre o que seria a mediação e sobre quem seria um mediador fazem com que as experimentações necessárias ao seu crescimento não sejam obstadas por um tratamento demasiadamente rijo, resultado bastante corriqueiro quando alguma matéria é formalizada em lei.

Em relação à noção de imparcialidade dos mediadores, mais uma vez os redatores preferiram se abster de causar grandes impactos ou discussões passionais em um tema que não é pacífico entre aqueles que trabalham e lidam com a mediação. Tanto doutrinadores quanto os próprios mediadores não são uníssonos quanto à relevância da (im)parcialidade em uma mediação.

Embora associações americanas de mediadores profissionais tenham originalmente sugerido que o requisito de imparcialidade do mediador estivesse presente, os redatores optaram por retirar tal exigência na versão final do *UMA*[31] devido a considerações do tipo:[32] (i) muitos mediadores preferem ser parciais; (ii) a inclusão do requisito de imparcialidade

---

[29] Stulberg e Montgomery sugerem treinamentos específicos para a formação de mediadores de acordo com os objetivos de cada programa de mediação. Vide: STULBERG, Joseph B.; MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 109-139.

[30] FIRESTONE. o*p. cit.*

[31] Importante frisar que tal requisito esteve presente em outros momentos de elaboração do projeto.

[32] FIRESTONE. o*p. cit.*

na definição de "mediador" poderia fazer com que as partes se sentissem desestimuladas a participar de uma mediação por temer que uma eventual constatação de que o mediador tenha agido parcialmente em algum momento pudesse gerar a nulidade de todo o processo por ele conduzido; (iii) a imparcialidade é difícil de ser definida e, principalmente, de ser obtida; e (iv) os mediadores podem ser confiáveis, mesmo quando se mostrem parciais. De toda sorte, foi mantido um dispositivo opcional para os estados sobre a imparcialidade do mediador,[33] caso um estado entenda ser esse caráter imprescindível ao sucesso de uma mediação, pode ele, ainda, complementar o *UMA* com outras normas, ou mesmo implantá-lo em sua jurisdição acrescentando tal exigência. Mais uma vez, vale ressaltar a opção dos redatores por regular minimamente a mediação, mesmo em temas menos controversos como o da imparcialidade do mediador.

De acordo com a Exposição de Motivos do *UMA*, procurou-se fazer dele um mecanismo de resolução de disputas que aumentasse a sensação de empoderamento e de autodeterminação das partes, dois dos motivos de elaboração dessa lei. Ou seja, havia presente na mentalidade dos redatores que as vantagens pelas quais a mediação ficou famosa e estimulada em todo o país não são unicamente sua celeridade e custo relativamente baixo, mas também essa sensação de que o processo pertence, em última análise, às partes que buscaram nela um meio para resolver suas disputas. Nesse ponto, doutrinadores afirmam que a mediação traz vantagens psicológicas àqueles que a ela se submetem, à medida que aproxima seu processo de seus usuários. Isso tudo torna ativa a participação dos interessados e faz surgir o sentimento de que o desfecho (acordo)[34] fora gerado por eles mesmos, conforme suas convicções, e não a partir de decisões de autoridades estranhas, que muitas vezes parecem não compreender a essência do conflito.

Devido a essa inspiração pró-participativa em relação aos envolvidos na disputa, poderia o *UMA* ter sido redigido de forma mais clara para que não só os especialistas pudessem compreender suas linhas, mas, fundamentalmente, o cidadão comum que viesse a se utilizar da mediação para dirimir seus conflitos.[35] Há momentos em que o texto da lei torna confusos alguns pontos sobre os limites da confidencialidade das informações e

---

[33] UMA. Section 9 (g). "A mediator must be impartial, unless after disclosure of the facts required in subsections (a) and (b) to be disclosed, the parties agree otherwise."

[34] Sander cita as conclusões chegadas por dois outros autores sobre o nível de satisfação das partes com a mediação, inclusive quando um acordo não é alcançado e se tem declarado um impasse: "Levin and Guthrie in their paper on party satisfaction point to the overwhelming empirical evidence of party satisfaction with the mediation process, even in cases where the matter was not resolved. They conclude that such satisfaction can be assured and enhanced if the courts and mediators provide realistic expectations at the outset, and if the parties can choose the mediator – a goal not met in many mandatory mediation programs." SANDER, Frank E. A. Introduction. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. [S.l.: s.n.], 1998. p. 792-793.

[35] Firestone entende que um dos onze princípios que deveriam pautar a elaboração do UMA seria: "Principle #5: Be easily understandable to mediation participants." Em sua análise sobre a observação de tal princípio no UMA, comenta: "Unfortunately, this Act is complicated and hard to understand. If parties and experts cannot understand the provisions and cannot predict with some degree of certainty which mediation communications are confidential, then parties will be less likely to openly participate in mediation. To this extent, the Act could have the unintended effect of inhibiting open discussion and disempowering participants". FIRESTONE. o*p. cit.*

dos privilégios de imunidade[36] relacionados aos personagens da mediação, por exemplo, o papel desempenhado pelo advogado e de que tipo de imunidade disporia aparecem em dois artigos com tratamentos distintos.[37] Ao se deparar com uma lei que visa basicamente a criar proteções a certas informações apresentadas em uma mediação, a clareza é essencial para que não reste às partes qualquer dúvida sobre os limites de confidencialidade desses dados.

Há autores,[38] contudo, que consideram a lei bastante simples, não exatamente por sua redação, mas pelo resultado final alcançado, por ter contribuído demasiadamente para a diminuição das dúvidas ocasionadas pelo número assombroso de leis que regulam a confidencialidade, não só **entre os** diversos estados, mas **nos** próprios estados. Afirmam eles que o espírito dos redatores era de interferir o mínimo possível nas regulamentações já existentes nos estados, por esse motivo é que as definições são extremamente breves e, por vezes, geram alguns questionamentos sobre os limites da confidencialidade; de toda sorte, as cortes estaduais poderiam sanar tais dúvidas ao delimitar jurisprudencialmente essas fronteiras.

Por fim, o ponto neurálgico do *UMA*: a confidencialidade das informações de uma mediação.

6. A Confidencialidade no *UMA*

De modo a garantir a lisura do processo de mediação, é necessário que as partes disponham de confiança mútua que faça com que elas sintam-se estimuladas a revelar fatos e discutir possibilidades para a solução de seus conflitos. Para que esse incentivo se dê de maneira consistente, é preciso dar aos participantes a certeza de que as informações discutidas em uma mediação serão confidenciais, que não serão expostas ao público ou trazidas perante um tribunal em alguma situação litigiosa posterior.[39] Com esse intuito é

---

[36] A palavra em inglês é *privilege*, e pareceu-nos que qualquer tentativa feita na tradução deixaria de fora muito de seu conceito, por esse motivo é que em alguns momentos durante este texto foi apresentada mais de uma tradução para o termo, de modo a passar as várias idéias abarcadas por uma só palavra. As escolhas foram feitas baseadas nas fontes que se seguem. De acordo com Black, *privilege* significa: "A particular and peculiar benefit or advantage enjoyed by a person, company, or class, beyond the common advantages of other citizens. An exceptional or extraordinary power or exemption. A peculiar right, advantage, exemption, power, franchise, or immunity held by a person or class, not generally possessed by others. In tort law, the ability to act contrary to another individual's legal right without that individual having legal redress for the consequences of that act; usually raised by the actor as a defense." In: BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary – with pronunciations*. 6ª ed. Saint Paul: West Publishing Co, 1991. p. 831. Mello traduz o verbete como: privilégio, proteção, preferência, imunidade ou segredo profissional. In: MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998. p. 418. A opção por "segredo profissional" não foi feita porque o privilégio de imunidade não está restrito aos mediadores, mas também às partes e aos participantes não-interessados.

[37] Os exemplos são de Gregory Firestoned e se referem a: UMA. Section 2 (4) e Section (a) (6). FIRESTONE. o*p. cit*.

[38] DIAZ; ORETSKIN. o*p. cit*.

[39] Para uma análise aprofundada do tema, vide: AZEVEDO, Gustavo Trancho de. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 303-323.

que existem nos EUA mais de 250 leis que protegem genericamente uma mediação ou que tratam de temas específicos, como mediações sobre relações doméstico-familiares.[40]

Segundo defensores da doutrina de proteção legal à confidencialidade na mediação, um simples contrato entre as partes em que fosse acordada a confidencialidade de determinadas informações não seria suficiente para garantir tal interesse, uma vez que o mesmo seria restrito às partes que acordaram entre si, e não poderia ser estendido a terceiros que viessem a se interessar na revelação do conteúdo de eventual mediação.[41]

O artigo 2º do *UMA* define o que se considera "informação da mediação",[42] e os mecanismos de proteção de sua confidencialidade são arrolados nos artigos subseqüentes. Conforme o artigo 4º, as informações geradas em uma mediação não são admissíveis como evidências ou provas em procedimentos[43] legais. Isso significa que os participantes da mediação podem se valer de *privilégios de imunidade contra quebra de sigilo*[44] para se recusarem a revelar detalhes da mediação. Essa estrutura por meio de imunidades já vinha sendo amplamente empregada pelos estados ao versarem em suas leis sobre a confidencialidade na mediação, sendo um dos motivos para sua adoção no *UMA* a familiaridade dos tribunais com esse mecanismo.[45]

Na verdade, o direito à imunidade não está restrito unicamente ao que foi tratado na mediação ou ao seu desfecho, mas estende-se a tudo o que diz respeito à continuidade e fruição do processo. Essa capacidade de evitar que as informações de uma mediação sejam trazidas em processos futuros é exercida não só pelas partes, mas também pelos mediadores e por terceiros que tenham dela participado.[46]

Nos termos do artigo 4º (c), meramente o fato de uma informação ser trazida a uma mediação não exclui a possibilidade de ser revelada perante uma corte em situações que se mostrem necessárias ao pleno exercício da atividade investigatória dos tribunais. Isso significa que os privilégios de imunidade devem ser empregados para proteger as informações geradas **na** mediação, não os fatos que lhe deram origem.[47]

---

[40] RUFENACHT, Mindy D. The concern over confidentiality in mediation – An in-depth look at the protection provided by the proposed Uniform Mediation Act. *University of Missouri Journal of Dispute Resolution*. [S.l.: s.n.], 2000. p. 114.

[41] RUFENACHT. *op. cit*. p. 115.

[42] UMA. Section 2. Definitions. "In this [Act]:... (2) 'Mediation communication' means a statement, whether oral or in a record or verbal or nonverbal, that occurs during a mediation or is made for purposes of considering, conducting, participating in, initiating, continuing, or reconvening a mediation or retaining a mediator."

[43] UMA. Section 2. Definitions**.** "In this [Act]:... (7) 'Proceeding' means: (A) a judicial, administrative, arbitral, or other adjudicative process, including related pre-hearing and post-hearing motions, conferences, and discovery; or (B) a legislative hearing or similar process."

[44] O termo no *UMA* é *privilege against disclosure*.

[45] UMA. p. 16.

[46] Rufenacht elogia a explicitação dos personagens que detêm esses privilégios, pois muitas outras regulamentações não o faziam e levavam a discussão para os tribunais. *Cf*. RUFENACHT. *op. cit*. p. 17.

[47] UMA. p. 21.

Há, porém, a possibilidade de os personagens renunciarem a seus privilégios de imunidade ou que ocorra a preclusão desses mecanismos por atos que tornem incompatível seu exercício. Caso optem por renunciar a esse direito, as partes devem fazê-lo nos termos da lei,[48] por meio de depoimento em um tribunal, por exemplo. Já a preclusão, conforme disposto no artigo 5º, ocorre quando: (i) um titular do privilégio faz alguma afirmação que prejudique um terceiro não envolvido na mediação, afastando-se a imunidade até o limite necessário para que este se defenda, ou (ii) uma mediação é utilizada para se planejar um crime.

De modo geral, a lei arrola que não haverá a garantia de confidencialidade quando o interesse público se sobrepuser ao das partes. Esses limites obviamente não são informados pela lei, devendo a revelação das informações ser sempre restringida pelos estreitos objetivos de sua exposição. Assim, essa quebra de sigilo não pode ocorrer sem justificativas plausíveis ou excedendo a margem necessária dessa intervenção.[49] Não resta dúvida de que várias discussões surgirão sobre até que ponto os privilégios de imunidade em uma mediação poderão ser afastados em benefício do bem comum.[50]

O artigo 7º, que também versa sobre confidencialidade, proíbe o mediador de relatar ou tecer comentários relativos a uma mediação em que tenha atuado a autoridades competentes para intervir na disputa. Qualquer informação que seja apresentada pelo mediador em desrespeito a tal observação não pode ser acatada perante um tribunal ou uma sessão de arbitragem, por exemplo, em que outros aspectos da controvérsia estejam sendo discutidos. O mediador deve se restringir meramente a informar se um acordo fora alcançado ou se um indivíduo está tendo seus direitos fundamentais cerceados; qualquer afirmação feita além desses limites, significa que ele se desviou de suas atribuições.

Em agosto de 2003, o UMA recebeu mais uma emenda pela NCCUSL para se acrescentar um artigo concernente a mediações comerciais internacionais (definidas no artigo 1° da *Model Law on International Commercial Conciliation* adotada pela *United Nations Commission on International Trade Law*). Esse novo artigo trata da interação entre o *UMA* e a *Model Law* e determina que, quando não renunciado pelas partes o privilégio de imunidade contra a quebra de sigilo assegurado pela lei uniforme, todas as considerações daquela lei sobre confidencialidade deverão prevalecer.

São essas as considerações principais acerca da confidencialidade no *UMA*, e, como se procurou salientar, os aspectos mais sensíveis da lei. Os demais artigos são menos importantes para essa análise ao versarem apenas sobre a revogação de linhas de outras normas e data de sua entrada em vigor (determinada a partir da ratificação por cada estado).

---

[48] UMA. Section 5 (a)

[49] UMA. p. 36.

[50] Vide: MILLER, Arthur R. Confidentiality, protective orders, and public access to the courts. *Harvard Law Review*. [S.l.: s.n.], 1991. p. 427-502; e KIRTLEY, Alan. The mediation privilege's transition from theory to implementation: designing a mediation privilege standard to protect mediation participants, the process and the public interest. *University of Missouri Journal of Dispute Resolution*. [S.l.: s.n.], 1995. p. 1-53.

7. Conclusão

Nascido da imensa experiência anterior dos estados americanos e de suas instituições, públicas e privadas, com formas de *Resolução de Disputas* distintas do processo judicial, o *UMA* se tornou um dos temas mais estudados e discutidos no campo das RDs nos EUA. Com o viés tomado neste artigo, procurou-se passar a seus leitores, após uma necessária ambientação do sistema político-legislativo americano, um pouco de como tem sido tratada por lá a regulação da mediação, sempre evidenciando que os estados se encontram em estágios distintos de emprego e experimentação desse processo. Por esse motivo, não se poderia cogitar de uma lei que viesse a igualar nacionalmente o tratamento dispensado à mediação sem que isso causasse prejuízos ao seu desenvolvimento.

A proposição do *UMA*, que pode superar os limites estaduais ao ser ratificado em vários entes da federação, seguiu a experimentação prévia em comunidades menores, em cortes locais, em Centros de Justiça Comunitários, e, posteriormente, na legislação adotada em âmbito estadual.

Não se pretendeu, com o *UMA,* unificar a totalidade da mediação nos EUA, pois se assume que a diversidade em seus estados é muito grande para se ter um modelo único. Cada estado deve ter a oportunidade para avaliar, pesquisar e implementar projetos condizentes com seus destinatários e situação socioeconômica. Os redatores estavam cientes de que as questões trazidas nas sessões de mediação são tão diversas que legislar sobre seu procedimento com uma lei uniforme comprometeria uma das maiores virtudes da mediação, qual seja, a de fazer surgir um *novo processo da mediação* a cada novo conflito mediado.

Conforme se pode constatar, o espírito do *UMA* é saída bastante oportuna para não se engessar o processo e para estimular o crescimento e prática inovadora necessários a um campo de nascimento tão recente. As considerações mais incisivas da lei uniforme são basicamente sobre o tratamento reservado à confidencialidade, que, mesmo não sendo unanimidade na doutrina, é defendido por imensa parte dela.[51]

Conforme Ury, Brett e Goldberg, para se criar um sistema de resolução de disputas eficiente, deve-se conhecer a fundo aquele já existente e que tem se mostrado insuficiente ou insatisfatório, os procedimentos que estão sendo utilizados e porque as partes optam por um mecanismo em detrimento de outro.[52] Ainda segundo os autores, "um diagnóstico é essencial, pois as mudanças dificilmente funcionarão a menos que supram aquelas necessidades que levam as partes a se utilizarem dos mecanismos existentes." [53] Ou seja, a pesquisa é

---

[51] AZEVEDO, Gustavo Trancho de. *op. cit*. p. 303-323.

[52] URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 1993. p. 20.

[53] Livre tradução de: "Diagnosis is essential, since changes are unlikely to work unless they satisfy the needs that lead the parties to use existing procedures." URY; BRETT; GOLDBERG. *op. cit.* p. 20.

fundamental para não se criar um sistema que já nasça inconveniente. Ainda nesse sentido, Cappelletti e Garth advertem que cada sistema pode reagir de maneira diversa a reformas correlatas, ou seja, os resultados obtidos em um ambiente não determinam, por óbvio, o sucesso ou fracasso em um outro contexto.[54] Por essa razão, "nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação."[55]

Por fim, deve-se frisar que o *UMA* foi redigido com conteúdo teórico bastante sólido; cada artigo e afirmação feita na Exposição de Motivos da lei é seguida de vasta coleção doutrinária acerca do tema. Muito se deveu ao fato de que os redatores eram, em grande número, professores e pesquisadores profícuos em Métodos de Resolução de Disputas.[56] Resta agora aguardar pela definição do tratamento que os legisladores pátrios darão à mediação no Brasil.

8. Bibliografia

AZEVEDO, Gustavo Trancho de. Confidencialidade na mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BLACK, Henry Campbell. *Black's law dictionary – with pronunciations*. 6ª ed. Saint Paul: West Publishing Co., 1991.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COSTA, Alexandre Bernardino. *Metodologia de pesquisa e ensino em direito*. Brasil: [2004?]. Não publicado.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 19ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DIAZ, Luis Miguel; ORETSKIN, Nancy A. The U.S. Uniform Mediation Act and the Draft UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=922>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

[54] CAPPELLETTI; GARTH. *op. cit*. p. 162.

[55] *Id*.

[56] Por esse motivo, recomenda-se veementemente a leitura do texto completo do *UMA with Prefatory Notes and Comments*. A versão integral dessa e de outras leis uniformes propostas pela NCCUSL pode ser acessada em: <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm>.

DUHAIME, Lloyd. *Duhaime & Co Legal Dictionary*. <http://www.duhaime.org/diction.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2004.

FIRESTONE, Gregory. An analysis of principled advocacy in the development of the Uniform Mediation Act. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=1142>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

HILL, Gerald; HILL, Kathleen. *Real Law Dictionary*. <http://dictionary.law.com>. Acesso em 28 de janeiro de 2004.

KELLY, Ron. Coming soon to your state? The Uniform Mediation Act. In: *Mediate.com*. <www.mediate.com/pfriendly.cfm?id=903>. Acesso em 8 de novembro de 2003.

KIRTLEY, Alan. The mediation privilege's transition from theory to implementation: designing a mediation privilege standard to protect mediation participants, the process and the public interest. *University of Missouri Journal of Dispute Resolution*. [S.I.: s.n.], 1995.

MELLO, Maria Chaves de. *Dicionário jurídico português-inglês – inglês-português*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elfos, 1998.

MILLER, Arthur R. Confidentiality, protective orders, and public access to the courts. *Harvard Law Review*. [S.I.: s.n.], 1991.

NELSON, Dorothy Wright. ADR in the Federal Courts – One Judge's Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. [S.I.: s.n.], 1998.

RISKIN, Leonard L. Compreendendo as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para iniciantes. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 1. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

RUFENACHT, Mindy D. The concern over confidentiality in mediation – An in-depth look at the protection provided by the proposed Uniform Mediation Act. **University of Missouri Journal of Dispute Resolution**. [S.I.: s.n.], 2000.

SAGER, Lawrance G. The sources and limits of legal authority. In: MORRISON, B. Alan (org.). *Fundamentals of American law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

SANDER, Frank E. A. Introduction. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*. [S.I.: s.n.], 1998.

SLAIKEU, Karl A. *No final das contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Trad. Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

STREETER-SCHAEFER, Holly A. *Note: A look at court mandated civil mediation*. **Drake Law Review**. [S.I.: s.n.], 2001. p. 367-389.

STULBERG, Joseph B.; MONTGOMERY, B. Ruth. Requisitos de planejamento para programas de formação de mediadores. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Drafts of Uniform and Model Acts Officiaaaaaal Site*. <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_frame.htm>. Acesso em 13 de agosto de 2004.

THE NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. *Drafts and Final Acts*. <http://www.pon.harvard.edu/guests/uma/>. Acesso em 20 de março de 2004.

VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. O perfil da mediação comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Vol 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

Segunda Parte

Doutrina
Artigos de Alunos

ARBITRAGEM NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO: UMA CONSIDERAÇÃO À LUZ DO PRINCÍPIO PROTETIVO E DO MODELO SINDICAL BRASILEIRO

*Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello**

1. Introdução. 2. Princípio Protetivo e Princípio da Irrenunciabilidade. 3. O modelo sindical brasileiro e os limites dos instrumentos coletivos. 4. O que vem ocorrendo. 5. Arbitragem nos dissídios individuais do trabalho. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1. Introdução

Com a edição da Lei 9.307/96, a arbitragem ganhou novo impulso no Brasil. Tribunais de Arbitragem apareceram em todo o país. A maior parte dos conflitos por eles resolvidos não envolve direito comercial internacional, mas conflitos individuais. Com isso surge a indagação: é possível a adoção da arbitragem como instrumento visando a afastar conflitos individuais trabalhistas? A doutrina está dividida; a jurisprudência, controvertida.

Neste estudo, teceremos algumas considerações sobre a matéria. Antes abordaremos o princípio tutelar, cuja importância é vital para a existência do Direito do Trabalho, e o princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que desdobramento do primeiro. Em seguida, cuidaremos do modelo sindical brasileiro e dos limites à negociação coletiva.

Após as observações essenciais para a compreensão do tema, exporemos como a questão vem aflorando. Apresentaremos argumentos favoráveis e contrários à adoção da arbitragem como forma de solução dos conflitos individuais do trabalho, o que nos permitirá chegar a uma conclusão.

* Advogada formada pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e atuante em Brasília, DF.

2. Princípio Protetivo e Princípio da Irrenunciabilidade

O **princípio protetivo**, também denominado princípio tutelar ou tuitivo, é o cerne, o fundamento do direito individual do trabalho. Este só se justifica pelo desequilíbrio existente nas economias capitalistas, nas relações entre trabalhador – hipossuficiente – e empregador. Não fosse essa disparidade no plano fático, o direito do trabalho não teria razão de ser. Esse ramo do direito surgiu justamente para corrigir os históricos e drásticos resultados da liberdade de contratação entre pessoas com poder e capacidade econômica diferentes. Liberdade que redundava em diversas formas de exploração e que tem como pressuposto a igualdade das partes. Esta não passa de ficção jurídica quando em exame a relação capital – trabalho.

Tendo em conta o desequilíbrio notado, o Direito do Trabalho busca a preservação de certas condições de contratação da força de trabalho na ordem socioeconômica, de forma a amenizar a diferença de poder dos sujeitos da relação – empregador e empregado. Por "força de trabalho", por "empregado", não se tem em vista apenas o trabalhador isolado, sob o prisma individualista, mas também o ser coletivo obreiro enquanto categoria, como bem pondera Maurício Godinho[1].

Reza o princípio tutelar que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior "*uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando a retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho*".[2]

Ainda que individualizado ou ainda que se trate de pessoa natural, o empregador age como se ente coletivo fosse, detendo poder de barganha. As ações por ele implementadas possuem impacto no mercado de trabalho, ao passo que o trabalhador isolado, via de regra, nada pode fazer e acaba aceitando o que lhe foi proposto, ante o trabalho pernicioso, em virtude da oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de emprego. Lembre-se do fato de a vida ser norteada por opções e, nesse caso, surge como de valia maior a obtenção do emprego, a obtenção da fonte do próprio sustento e o da família. Daí a necessidade de normas protetivas, tutelares da vontade dos trabalhadores. Tratando as partes de forma desigual, o Direito do Trabalho busca reduzir a desigualdade. Como assinala Couture, citado por Américo Plá Rodriguez: "*o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades*"[3]

A hipossuficiência do trabalhador não está presente apenas na contratação ou no decorrer do pactuado, mas perdura até mesmo depois de rompido o vínculo. O desequilíbrio não cessa. Logo, a proteção não deve cessar.[4] Explica-se assim o tratamento

---

[1] DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do Direito Individual e Coletivo do Trabalho.*

[2] DELGADO, Maurício Godinho. Obra citada, p. 40.

[3] RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho.*

[4] Esse é o pensamento de Américo Plá Rodriguez, que pode ser inferido da seguinte passagem, presente à fl. 95: "Com o término do contrato de trabalho, apesar de cessar o *soggezione impregatizia,* pode persistir o estado de inferioridade e dependência econômica do trabalhador (...)".

desigual previsto na legislação instrumental do trabalho, em cujo pólo ativo, quase sempre, encontra-se um ex-empregado[5].

O princípio protetivo alça patamar constitucional[6]. O conjunto de normas cogentes arroladas, por exemplo, no artigo 7° da CR/88, revela a intervenção do Estado e a tentativa de limitar a autonomia privada. O princípio protetivo é a essência, a função do Direito do Trabalho. Todos os demais princípios nada mais são do que desdobramentos dele.

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas, por exemplo, só existe em razão do princípio protetivo. Se as partes contratantes – empregador e empregado – pudessem dispor sobre o previsto nas normas, certamente seriam estas afastadas. Não anuindo o empregado, haveria sempre alguém disposto a fazê-lo, o que comprometeria a proteção dada ao sujeito mais fraco da relação.

Surge, com relevo inexcedível, o princípio da irrenunciabilidade, concretizado via o princípio da imperatividade das normas trabalhistas. Se o trabalhador pudesse renunciar a seus direitos, as normas trabalhistas deixariam de ser imperativas e passariam a ser dispositivas. Ao vedar a possibilidade de renúncia e transação, o Estado intervém na autonomia da vontade do trabalhador para garantir-lhe o **mínimo** de vida e a liberdade. Como bem salienta Américo Plá Rodriguez, "*a verdade parece ser paradoxal: invoca-se o caráter imperativo do Direito do Trabalho precisamente para garantir a liberdade desta vontade [do trabalhador]. Não essa liberdade formal, como o proclamou um individualismo mal entendido, e sim a liberdade real, que consiste na 'igualdade econômica entre os fatores capital e trabalho', concluindo-se daí que o 'Direito do Trabalho não é, em síntese, um limite à liberdade de contratar, mas à liberdade de explorar o fator trabalho, constituindo, inversamente, a possibilidade de existir uma rela liberdade de contratar".*[7]

Note-se que o princípio da irrenunciabilidade, que Maurício Godinho prefere denominar de princípio da indisponibilidade por ter alcance mais amplo, não é absoluto. Tanto é assim que, se o trabalhador não ajuizar a Reclamação Trabalhista no prazo de dois anos contados da extinção do contrato de trabalho, o direito de ação estará prescrito, conforme preconiza o art. 7°, XXIX, da Constituição da República. Poder-se-ia argumentar que, se o trabalhador não pode renunciar expressamente às normas trabalhistas, a renúncia tácita – mediante a inércia na passagem do tempo – também não seria válida. Todavia o princípio da irrenunciabilidade cede em face do primado da segurança jurídica, do restabelecimento, o quanto antes, da almejada paz social.

O Direito do Trabalho estimula a transação judicial, comumente denominada, na esfera trabalhista, de conciliação judicial, o que seria, à primeira vista, incompatível com o

---

[5] Isso não significa que o Juiz deva ser parcial, tendencioso. A lei já o é. Não há necessidade de o Juiz sê-lo também, sob pena de violar-se o princípio da justiça, retratado, para Maurício Godinho, no postulado do juiz natural.

[6] Ver SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho.* p.66

[7] RODRIGUEZ, Américo Plá. Obra citada. p. 72.

princípio da irrenunciabilidade. Não o é, apenas revelando que os direitos trabalhistas não são tão indisponíveis assim.

A noção de indisponibilidade no Direito Individual é diferente daquela presente no Direito Coletivo. Enquanto, no Direito Individual, o empregado não pode dispor sobre o direito, por exemplo, a uma jornada de seis horas num turno ininterrupto de revezamento, no Direito Coletivo, por meio de acordo ou convenção coletiva, isso é possível, como previsto no art. 7°, inciso XIV, da Constituição.

Em síntese, pode-se afirmar que a disponibilidade dos direitos trabalhistas é limitada, pois não seria coerente que o ordenamento jurídico tutelasse, de forma imperativa, a parte economicamente mais fraca da relação de emprego – o trabalhador – e depois permitisse que ele abrisse mão de seus direitos quando pressionado por seu empregador.

À luz do princípio protetivo, já é assente a impossibilidade de inserção da cláusula arbitral nos contratos individuais do trabalho. Mesmo os defensores da arbitragem no campo dos dissídios individuais do trabalho preconizam a necessidade de a cláusula constar de acordo ou convenção coletiva[8]. Dada a intervenção sindical, estaria elidida a desigualdade das partes.

Antes de opinarmos sobre o tema, é válida a análise do modelo sindical brasileiro e dos limites dos instrumentos coletivos, para saber se, com a assistência desse ente, torna-se compatível a arbitragem no Direito Individual do Trabalho com o princípio protetivo.

3. O modelo sindical brasileiro e os limites dos instrumentos coletivos

3.1. Modelo sindical brasileiro

Como ensina Arnaldo Süssekind[9], a liberdade sindical deve ser vista sob tríplice aspecto:

a) liberdade sindical coletiva: significa que os grupos de trabalhadores podem constituir o sindicato de sua escolha, com a estruturação que preferirem;

b) liberdade sindical individual: é o direito de cada trabalhador ou empresário de filiar-se ao sindicato de sua preferência, representativo do grupo a que pertence, e dele desligar-se;

c) autonomia sindical[10]: que corresponde à liberdade de organização interna do sindicato.

---

[8] OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Arbitragem e Justiça do Trabalho. Análise da Lei 9.307/96.*

[9] SÜSSEKIND, Arnaldo. Obra citada. p. 348.

[10] É o que Maurício Godinho denomina de princípio da autonomia sindical, que está dentro do grupo dos princípios assecuratórios da existência do ser coletivo obreiro. Esse princípio da autonomia sindical consagra a livre estruturação interna do sindicato, sua livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador.

A Constituição de 1988 consagra a autonomia sindical, deixando de lado, nesse ponto, o modelo facista instituído na década de 1930 e marcado pela interferência estatal nos sindicatos, quando o Ministério do Trabalho possuía poderes incontrastáveis de criação, extinção e intervenção cotidiana na vida de tais entidades.

Apesar de, no art. 8°, inciso I, da Constituição Federal[11], assegurar-se a autonomia sindical, o Brasil distanciou-se do paradigma adotado em outros países e contrariou a Convenção de n° 87 da OIT ao impor a contribuição sindical, a unicidade sindical e o monopólio da representação sindical por categoria profissional, em desrespeito à liberdade sindical individual e coletiva.

Dispõem os incisos II e IV do art. 8° da CR/88:

> *"II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;*
>
> *IV – a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectivamente, independentemente da contribuição prevista em lei."*

O inciso II estabelece que é proibida a criação de mais de um sindicato de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que deve corresponder, no mínimo, a um Município. Diante de tal dispositivo, não é possível a criação de sindicato por empresa ou bairro. Da mesma forma, trabalhadores de diversas categorias profissionais não podem unir-se e formar um sindicato. E mais: não pode ser criado mais de um sindicato da mesma categoria na mesma base territorial. São, portanto, três as vedações que comprometem a liberdade sindical na sua dimensão coletiva e individual, já que os grupos de trabalhadores não poderão constituir o sindicato de sua escolha, tampouco poderão filiar-se ao sindicato que preferirem.

Se determinado sindicato municipal, por exemplo, não atender aos desejos dos trabalhadores de certa categoria profissional, eles não poderão criar outro sindicato. Terão duas opções: ou filiam-se ao sindicato existente ou deixam de filiar-se, mas, ainda assim, terão que pagar a contribuição sindical, a que alude a parte final do inciso IV, que é obrigatória para associados e não associados. Daí dizer-se que a contribuição sindical, outrora denominada de imposto sindical, compromete a liberdade sindical, pois acaba por induzir o trabalhador a filiar-se ao sindicato. Afinal, filiando-se ou não, ele terá que arcar com tal contribuição. Nesse sentido, leciona Sérgio Pinto Martins ao assinalar

[11] "I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

que "*a contribuição sindical imposta por lei também (...) atenta contra o princípio da liberdade sindical, de as pessoas livremente se filiarem ao sindicato e pagarem espontaneamente as contribuições devidas a ele não de maneira compulsória, mesmo porque tal contribuição não distingue a condição de sócio ou de associado.*".

Vê-se que o modelo sindical brasileiro caracteriza-se pela imposição da contribuição sindical, pela imposição da unicidade sindical e pelo monopólio da representação sindical por categoria. Enfim, é fragilizado pela ausência de liberdade sindical, o que impede a ratificação da Convenção n° 87 da OIT.

Dir-se-á que a unicidade sindical é benéfica, pois leva ao fortalecimento do sindicato, ao passo que a existência de inúmeros sindicatos ocasionaria a diluição da força dos trabalhadores. De fato, seria a unicidade benéfica se não fosse artificial, imposta pela legislação.

A ausência de plena liberdade sindical conduz ao enfraquecimento dos sindicatos. Acomodados, sem concorrência e com a receita garantida, não se esforçam na promoção dos interesses e na defesa dos direitos dos representados, de forma a atrair mais e mais trabalhadores. Muitas vezes, a direção dos sindicatos tem interesses escusos[12] e até mesmo antagônicos aos dos filiados e, embora não satisfaçam estes últimos, conseguem subsistir, graças à contribuição e à unicidade sindicais, em prejuízo à representação do trabalhador. Daí afirmar-se que os sindicatos brasileiros são fracos e nem sempre representam os interesses de seus associados.

3.2 Os limites dos instrumentos coletivos

A negociação coletiva encontra limites. Se assim não fosse, se os instrumentos coletivos pudessem dispor sobre todas as condições de trabalho, não seria lógico afirmar que as normas trabalhistas são imperativas. Há critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas provenientes da legislação trabalhista a serem respeitados. É disso que trata o princípio da adequação setorial negociada, referido por Maurício Godinho.[13]

Até que ponto as normas coletivas prevalecerão se contrariarem a legislação? De acordo com Maurício Godinho, há dois critérios a serem observados: a) se as normas autônomas implementarem padrão setorial de direitos superior ao legal, isto é, se forem mais benéficas ao trabalhador; b) se transacionarem (não se cuida de renúncia) parcelas trabalhistas de indisponibilidade relativa, que são caracterizadas pela própria natureza (ex. modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento de utilidades e repercussões no contratado) ou pela existência de permissivo constitucional, que é o

[12] Cite-se, por exemplo, o escândalo do Sindicato dos Motoristas de ônibus de São Paulo. Em conluio com os empregadores, a direção do sindicato acabou por prejudicar seus filiados e a própria sociedade.

[13] DELGADO, Maurício Godinho. Obra citada. p. 108.

caso da redução salarial, da duração da jornada de trabalho no turno de revezamento e da compensação de jornada – art. 7°, incisos VI, XIII e XIV[14].

Afora essas hipóteses, as normas coletivas não prevalecerão. Não poderão, assim, afastar direitos previstos na legislação[15], alfim protegidos pela indisponibilidade absoluta. A preservação de tais direitos é de interesse público, por corresponderem a um patamar civilizatório mínimo "*que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (art. 1°, III, e 170, caput, CF/88).*"[16] Daí o repúdio ao projeto de lei que visava à alteração do art. 611 da CLT, pois garantias mínimas aos trabalhadores seriam afastadas, em desrespeito à dignidade da pessoa humana – um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

4. O que vem ocorrendo

Em 1996, foi editada a Lei n° 9.307, a chamada Lei de Arbitragem, que inovou em muitos aspectos. Cabe aqui destacar o art. 31, relativo aos da sentença arbitral:

"Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

Por ficção jurídica, a sentença arbitral passou a ser título executivo judicial, independentemente de homologação judicial. Portanto, uma vez resolvido o conflito por arbitragem, não poderá a parte reclamar no Judiciário nova solução, a não ser que esteja em jogo a nulidade da sentença arbitral.

Declarada a constitucionalidade da Lei de Arbitragem pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive dos dispositivos atinentes à cláusula arbitral, proliferaram, especialmente em São Paulo, diversas instituições de arbitragem, muitas vezes, intituladas de "Tribunais". A maior parte dos conflitos resolvidos por essas instituições não envolve o comércio internacional, inspiração da arbitragem, mas sim demandas trabalhistas. O Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – CAESP – tem, inclusive, convênio com o Tribunal Regional do Trabalho paulista – 2° Região. Como revelado por Carmona[17], apenas em 1999, estavam em tramitação na CAESP cerca de 800 dissídios individuais trabalhistas.

---

[14] Art. 7° São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)
VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turno ininterrupto de revezamento, salvo negociação coletiva.

[15] Se os direitos decorrerem de construção jurisprudencial, poderão ser limitados, como é o caso das horas *in itinere*.

[16] DELGADO, Maurício Godinho. Obra citada. p. 110 e 111.

[17] CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n. 9.307/96.* In: PUCC, Adriana Noemi (org.), *Aspectos atuais da arbitragem*.

Como já revelado, é ponto de consenso a impossibilidade de inserção da cláusula arbitral nos contratos individuais do trabalho. Mesmo os defensores da arbitragem no campo dos dissídios individuais do trabalho preconizam a necessidade de a cláusula constar de acordo ou convenção coletiva[18]. Até nos *sites* dos chamados Tribunais de Arbitragem há orientação nesse sentido. Sendo assim, nas convenções e acordos coletivos, vem sendo instituída cláusula de arbitragem[19]. A título ilustrativo, transcrevemos a cláusula 5ª da Convenção Coletiva de Trabalho, em vigor, celebrada entre o SINDEPRESTEM – Sindicato das Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão-de-Obra e de Trabalho Temporário no Estado de São Paulo, e o SINDEEPRES – Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros, Colocação e Administração de Mão-de-Obra, Trabalho Temporário, Leitura de Medidores e Entrega de Avisos do Estado de São Paulo:

"Cláusula 5º COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA SINDICAL/ARBITRAGEM (T)

As controvérsias ou reivindicações que surjam nas relações de conflitos individuais e da aplicação desta Convenção Coletiva de Trabalho serão resolvidas através de Comissão de Conciliação Prévia Sindical, na forma estabelecida pelo Ad. 625-C da CLT, modificado pela Lei 9.958 de 12 de janeiro de 2000. O SINDEPRESTEM/SINDEEPRES deverão elaborar e aprovar o regulamento e normas de funcionamento da Comissão até o dia 30 de maio de 2000. (sic)

Parágrafo lº O regulamento e normas aprovados farão parte de termo aditivo a esta Convenção devendo ser registrado na Delegacia Regional do Trabalho.

Parágrafo 2º A Comissão de Conciliação Prévia poderá funcionar nas sedes dos Sindicatos ou em outro lugar previamente acordado pela partes. (sic)

Parágrafo 3º ***Não sendo possível a conciliação prévia dos conflitos estabelecidos, os mesmos serão resolvidos através de Arbitragem,*** *que será contratado de comum acordo entre as partes e que terá seu regulamento baseado no disposto na Lei Federal 9.60711996. A sentença proferida pelo árbitro, será executada em qualquer Comarca do Poder Judiciário, que tenha jurisdição competente". (sic)*

O reflexo da inserção de cláusulas de arbitragem em acordos ou convenções coletivas já é sentido na Justiça do Trabalho. Reclamações Trabalhistas chegam à Justiça

---

[18] OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Arbitragem e Justiça do Trabalho. Análise da Lei 9.307/96.* No mesmo sentido, parece ser a opinião da Professora Selma Ferreira Lemes, veiculada em artigo publicado no Jornal Valor Econômico, de 15.08.03 – Caderno Legislação & Tributos pag. 2. O artigo também está disponível no site Mundo Jurídico.

[19] A respeito, ver MACHADO, Ivan. *Cláusula Arbitral:* História e Confecção. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.*

Especializada. Alguns juízes estão extinguindo-as sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VII, do Código de Processo Civil. Outros proclamam a impossibilidade da utilização da Arbitragem como forma de solução de dissídios individuais trabalhistas e passam ao exame dos pedidos formulados. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região está dividido e a questão ainda não chegou ao Tribunal Superior do Trabalho, tampouco ao Supremo Tribunal Federal.

5. Arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas.

A arbitragem, sem dúvida, é um instrumento de grande valor para a solução de controvérsias. Garantida pelo art. 23 da Lei 9.307/96, o qual dispõe que, não havendo convenção em sentido diverso, o prazo máximo para a prolação da sentença arbitral é de seis meses, a celeridade é um dos maiores atrativos dessa forma de solução de disputas. A especialização, o sigilo, a prevalência da autonomia das partes, a eficácia, o menor custo, a inexistência do "trauma" de se estar nas "barras da Justiça", a possibilidade de as partes voltarem a negociar, o desafogamento do Judiciário também compõem o rol extenso das virtudes da adoção da arbitragem.

Na esfera do Direito do Trabalho, a celeridade adquire contornos mais relevantes. Diante do desequilíbrio do mercado de trabalho, sabe-se que, demitido, o trabalhador não consegue recolocar-se imediatamente num emprego. Sem salário e com contas a pagar que não estancam, surgem necessidades imediatas, que não são satisfeitas em razão da morosidade Justiça do Trabalho, notadamente, em São Paulo, onde uma audiência de conciliação é marcada para 6 meses depois do ajuizamento da Reclamação Trabalhista, tendo em vista a sobrecarga de processos. Assim, sob a óptica do empregado, a celeridade revela-se um forte atrativo para a adoção da arbitragem como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas.

Sabe-se que a morosidade é um fator positivo para o empregador. Ao invés de pagar o crédito do empregado e ter que se socorrer de empréstimos para o capital de giro da empresa, o empregador vantajosamente pode protelar o pagamento o máximo possível, já que, ao final, apenas terá que arcar com correção monetária mais juros de mora, simples, de 12%[20] ao ano, taxa muito inferior à praticada pelas instituições financeiras. Assim, qual seria a razão para o empregador optar pela célere arbitragem? Haveria, a princípio, duas: a) o crédito reconhecido no Juízo Arbitral ser inferior àquele que o seria na Justiça do Trabalho; b) o menor custo operacional com advogados.

O pagamento a menor há de ser repudiado. Daí a necessidade de estudos comparativos entre as condenações nas duas esferas de solução de controvérsia, de modo

[20] Com o advento do novo Código Civil, talvez, mude o entendimento da Justiça do Trabalho com relação à taxa de juros moratórios.

a evidenciar que o atrativo para o empregador, no caso de subsistir a arbitragem, é o menor custo operacional. Seria válida, ainda, a instituição de uma ouvidoria.

Em alguns acórdãos do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, invoca-se o princípio da irrenunciabilidade conjugado com o disposto no art. 1° da Lei 9.307/96[21] para negar a arbitragem como forma de solução de dissídios individuais trabalhistas. Todavia, a nosso ver, não é isso que impede a utilização desse instrumento no Direito Individual do Trabalho.

Como visto, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é absoluto. Se o fosse, não haveria prescrição nem transação judicial. O próprio Américo Plá Rodriguez, ao discorrer sobre esse princípio, assevera que "*a intransigibilidade não impede o compromisso de arbitragem, o recibo por saldo e a conciliação entre as partes, perante as autoridades correspondentes".* No mesmo sentido, é a lição de José Frederico Marques[22], ao enfrentar o embate do instituto da arbitragem e o preceito constitucional revelador de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão será excluída da apreciação do Poder Judiciário: "*assim como o Estado, por estar em foco direito disponível, deixa que os interessados solucionem, através da transação, suas desinteligências recíprocas, nada há de estranhável que, também, autorize esses mesmos interessados a submeterem a resolução do conflito a outras pessoas, em lugar de o levarem, através da propositura de ação, a juízes e tribunais."* Daí por que, como bem assinala Flávio dos Santos[23], "*as posições que defendem a inaplicabilidade da arbitragem nos conflitos individuais do trabalho com amparo tão-somente no artigo 1° da Lei 9.307/96 não resistem a uma discussão aprofundada sobre a natureza jurídica dos direitos trabalhistas".*

O disposto no art. 5°, XXXV, da Constituição Federal também não serve de fundamento para impedir a arbitragem, seja pela declaração de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei 9.307/96[24]; seja pelos fundamentos de José Frederico Marques acima transcritos.

Frise-se que o simples fato de o art. 114 da Constituição Federal prever a arbitragem apenas no campo do Direito Coletivo do Trabalho não é suficiente para impedi-la no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Caso contrário, não se permitiria a arbitragem nos demais ramos do direito, dada a ausência de previsão constitucional.

Há, porém, outros óbices à instituição da arbitragem que, somados, revelam-se intransponíveis, ainda que se edite lei regulamentando essa forma de solução de controvérsias na esfera individual trabalhista.[25]

---

[21] Art. 1° As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[22] MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil,* 1960, n. 1330, v/423.

[23] SANTOS, Flávio Luiz Wenceslau Biriba dos. Obra citada. p. 49.

[24] A declaração de constitucionalidade, *incidenter tantum,* ocorreu nos autos do AGRSE 5206-7- Reino da Espanha, de que foi relator originário o Ministro Sepúlveda Pertence.

[25] Há autores que defendem que, para a adoção da arbitragem na esfera individual trabalhista, bastaria a edição de uma lei. Cite-se, por exemplo, Sérgio Pinto Martins.

Como se sabe, o árbitro poderá decidir por eqüidade ou de acordo com o direito, a critério das partes. O artigo 2° da Lei 9307/96 faculta, ainda, às partes a escolha das regras de direito a serem aplicadas. Se preferirem, poderão optar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. A nosso ver, esse artigo, a refletir a origem do instituto – o comércio internacional -, não pode ser aplicado ao Direito Individual do Trabalho, sob pena de violação ao princípio da imperatividade das normas trabalhistas que, em última análise, corresponde ao princípio tutelar consagrado na Constituição da República. Pelo princípio da imperatividade, o árbitro só poderia decidir de acordo com os dispositivos constitucionais, legais e convencionais. Essa seria uma primeira restrição à arbitragem.

Outro problema diz respeito à origem da arbitragem. Esse instrumento alternativo surgiu para solucionar questões de grande porte decorrentes de relações comercias e, em particular, as internacionais, em que há necessidade de conhecimentos **específicos** tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio[26]. A explicação, portanto, para a arbitragem é a necessidade de um **especialista** no ponto objeto da controvérsia. Embora tenha conhecimento vasto, é humanamente inviável que o Juiz de Direito domine, de forma esplêndida, cada matéria. Daí o interesse das partes em procurar a arbitragem. Todavia isso não ocorre nos dissídios individuais do trabalho. A Justiça do Trabalho, cuja capacidade técnica é indubitável, já é especializada.

Ademais os conflitos trabalhistas, via de regra, não alcançam patamar elevado e envolvem parte economicamente hipossuficiente. A arbitragem é um procedimento que demanda razoável capacidade financeira. Os árbitros, na maior parte, são pessoas extremamente qualificadas, o que eleva o custo dos honorários, ao passo que, para o trabalhador, o processo do trabalho é economicamente viável, ainda que esteja sem emprego, tendo em vista a assistência judiciária e a assistência sindical. Diante disso, cumpre indagar quem arcará com os custos da arbitragem. De acordo com o regulamento da CAESP e do Tribunal Arbitral de São Paulo, o ônus será sempre do empregador, pouco importando quem sucumba. Essa solução, contudo, apesar de exonerar a parte economicamente hipossuficiente, poderá comprometer, eventualmente, a imparcialidade exigida na arbitragem. É certo que haveria, ainda, outra alternativa plausível: responsabilizar o Sindicato pelo pagamento dos custos se o empregado sucumbir, mas isso colocaria ao relento os não associados.

Outro argumento contrário à arbitragem na esfera dos dissídios individuais do trabalho refere-se à própria Lei 9.307/96. Quando quis tratar de situações excepcionais, em que a igualdade não pode ser pressuposta, o legislador o fez expressamente, como se infere do art. 4°, que cuida do contrato de adesão. Não havendo expressa referência aos conflitos individuais do trabalho, não se pode cogitar da arbitragem nessa esfera.

---

[26] FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução. p. 145.*

Os óbices suscitados até aqui podem, mal ou bem, ser afastados. Há, contudo, um obstáculo intransponível, ainda que se edite lei específica para reger a arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Cuida-se de saber se é possível, ou melhor, se o sindicato tem legitimidade para inserir uma cláusula arbitral na convenção coletiva, abrindo mão do direito de o empregado recorrer à Justiça do Trabalho. Cremos que não, por dois motivos: em face do princípio da adequação setorial negocial e em face do princípio tutelar.

Não há dúvida de que, nas negociações coletivas, o Sindicato atua "de igual para igual" com os empregadores, não se podendo cogitar, ao menos, com envergadura ímpar, do princípio protetivo nas relações de direito coletivo. Mas o óbice ora apontado não se refere à relação sindicato X empregador, e sim à relação sindicato X empregado. O trabalhador não é um interditado. A nosso ver, uma cláusula convencional que imponha[27] ao empregado a arbitragem é inválida, dada a inexistência de permissivo constitucional nesse sentido, ao contrário do que ocorre no caso da redução salarial, da duração da jornada de trabalho no turno de revezamento e da compensação de jornada – art. 7°, incisos VI, XIII e XIV. É certo que o direito de acionar o Judiciário não é indisponível, mas é pessoal, não sendo possível de ser tolhido por terceiros.

Uma preocupação sempre esteve presente. Como ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence, no voto proferido no AGRSE 5.206 – 7, o que preocupa não é a legitimidade constitucional da arbitragem instituída consensualmente, mas a "*necessidade de predispor cautelas eficazes contra o risco de que, sob o pálio da liberdade contratual, se imponha na realidade o poder da parte economicamente mais forte*". A real vontade das partes de instituir arbitragem, ainda que uma delas não chegue a ser hipossuficiente, sempre foi alvo de cautela. Daí não se admitir que a vontade seja emanada de um terceiro, que não do próprio titular do direito preconizado no art. 5°, XXXV, da CF/88.

Esse argumento é reforçado pelo modelo sindical brasileiro estabelecido no art. 8° da CR/88. Como visto no item 3.1, a ausência de plena liberdade sindical conduz à fragilidade dos sindicatos, com prejuízo à boa representação do trabalhador. Como admitir que os sindicatos transacionem o direito de ação dos trabalhadores? Como admitir que entes que, de fato, não representam os filiados o transacionem? A pretexto de proteger os trabalhadores – afinal essa é a função do sindicato, já que o trabalhador isolado pode bem menos – estar-se-á desequilibrando ainda mais a relação empregado X empregador, em violência ao princípio constitucional da isonomia, cujo instrumento de realização, na órbita dos direitos trabalhistas, é o princípio tutelar.

Também não é dado admitir que os próprios titulares do direito o transacionem, ou seja, não se pode admitir que a cláusula compromissória conste de contrato individual

[27] E a cláusula compromissória impõe a arbitragem, ainda que, posteriormente, quando surgido o conflito, uma das partes não queira valer-se desse instrumento. Tanto é assim que, se eventualmente uma das partes recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra recorrer ao Judiciário a fim de que seja lavrado o compromisso, nos termos do art. 6°, parágrafo único, e do art. 7° da Lei 9.307/96.

do trabalho. Esse é um ponto que não gera controvérsias, pois há consciência da disparidade entre os sujeitos da relação de trabalho – empregado e empregador.

O desequilíbrio entre o capital e o trabalho é regra que comporta exceção. Há casos em que, realmente, o empregado não é hipossuficiente e poderia expressar a real vontade e optar pela arbitragem, como é o caso de advogados de um grande escritório. Por isso há quem sustente, como Luiz Carlos Robortella[28], a possibilidade de haver cláusula compromissória no contrato individual de trabalho quando se trata de trabalhadores de alto nível – como executivos, diretores de sociedades, gerentes – ou de grande especialização, que recebam elevada remuneração e tenham autonomia e poder. Embora sedutora, essa idéia não merece prosperar, pois esbarra em dificuldades de ordem prática. Como saber quem realmente tem autonomia, considerando-se que a subordinação é inerente ao vínculo de emprego? O que é salário mais elevado? Como defini-lo? O que é trabalhador de alto nível? Tais indagações apenas podem ser respondidas à luz do caso concreto. Ainda que fossem estabelecidos critérios, a Justiça do Trabalho, em face da hipótese concreta, poderia descaracterizá-los, abalando o primado da segurança jurídica. Assim afigura-nos inviável a solução de conflitos individuais trabalhistas por meio da arbitragem, seja qual for o trabalhador.

6. Conclusão

As considerações feitas neste trabalho não são exaustivas, nem poderiam ser, pois a questão da arbitragem no Direito Individual do Trabalho é atual e polêmica.

O estudo dos princípios tutelar e da irrenunciabilidade, do modelo sindical brasileiro e dos limites das negociações coletivas é ponto de partida para reflexões sobre a adoção da arbitragem nos dissídios individuais.

Esse método de solução de controvérsia vem-se multiplicando no Direito Individual do Trabalho em virtude de aspectos positivos: celeridade e reduzido custo.

Julgamos, contudo, inviável a utilização da arbitragem nesse ramo do Direito. Para tanto não nos baseamos no princípio da irrenunciabilidade, óbice comumente apontado, mas em outros empecilhos, tais como a questão dos honorários do árbitro e a especialização da Justiça do Trabalho.

O obstáculo intransponível é outro, a nosso ver. Embora disponível, o direito de ação é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito. A vontade de convencionar a arbitragem há de ser pessoal e real. Não acreditamos que o Sindicato possa abrir mão desse direito em nome de seus filiados, seja em face do princípio da adequação setorial negocial, seja em face do princípio tutelar.

---

[28] ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e Arbitragem – Solução Extra-Judicial dos Conflitos Trabalhistas.* In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.) *Processo do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto.*

Apesar de reconhecermos que alguns empregados não são hipossuficientes, vislumbramos dificuldades de ordem prática para que, no contrato individual de trabalho deles, seja inserida a cláusula compromissória, sem prejuízo dos demais e da segurança jurídica.

Pensamos que a morosidade e a sobrecarga do Poder Judiciário não justificam a adoção da arbitragem nesse campo especializado do direito. Até porque não se pode implementá-la, tendo como base uma falha. O processo do trabalho por natureza, além de célere, quando comparado ao processo civil, estimula a conciliação. Se isso não é suficiente, que sejam adotados novos mecanismos. A instituição do procedimento sumaríssimo é um paradigma a ser seguido.

7. Bibliografia

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n. 9.307/96.* In: PUCC, Adriana Noemi (org.), *Aspectos atuais da arbitragem.*

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios do Direito Individual e Coletivo do Trabalho.* São Paulo: LTr, 2001

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEMES, Selma Ferreira. *O uso da Arbitragem nas Relações Trabalhistas.* Disponível na internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 27 de janeiro de 2004.

MACHADO, Ivan. *Cláusula Arbitral:* História e Confecção. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.*

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *A arbitragem e o direito de ação previsto no artigo 5°, XXXV, da Constituição Federal.* In: SILVA, Jane Granzoto Torres da (org.) *Constitucionalismo Social: estudos em Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello.* São Paulo: LTr, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho.* 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. *Arbitragem e Justiça do Trabalho. Análise da Lei 9.307/96.* Disponível na internet**:** *http://usr.solar.com.br/~anery/trabalhos.html*. Acesso em 03 de julho de 2003.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho.* Tradução de: Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. *Mediação e Arbitragem – Solução Extra-Judicial dos Conflitos Trabalhistas.* In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo (org.) *Processo do Trabalho. Estudos em Homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto.* São Paulo: LTr, 1997.

SANTOS, Flávio Luiz Wenceslau Biriba dos Santos. *A arbitragem no direito do trabalho: limites e perspectiva.* Monografia apresentada na UnB.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Arbitragem em Conflitos Individuais do Trabalho: A experiência mundial.* In: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Ano 68, n. 1, jan/mar 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Terceira Parte

Resenhas de Livros

BRAMS, EVEN J., TAYLOR, ALAN D.. *FAIR DIVISION: FROM CAKE-CUTTING TO DISPUTE RESOLUTION.* CAMBRIDGE: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 1996

Fábio Portela Lopes de Almeida[1]

O que há em comum na divisão de pedaços de um bolo, a repartição de poderes entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo e a solução de problemas relacionados à divisão de bens de um casal divorciado?

Um matemático, Alan Taylor, professor de Matemática do Union College, especialista em teoria da escolha social, e Steven Brams, professor de Política da Universidade de Nova Iorque, que já desenvolveu inúmeras pesquisas aplicando a teoria dos jogos à teoria social, descobriram, com o uso de ferramentas da matemática, o que esses tópicos têm em comum.

A tese explícita na obra *Fair Division: from cake cutting to dispute resolution* é a de que a matemática pode ser usada para solucionar um problema tão antigo quanto a própria humanidade: como dividir coisas entre pessoas de forma *justa*? A proposta inovadora dos autores parte da característica da matemática em fornecer modelos de solução simples capazes de serem aplicados de forma bem sucedida a problemas mais complexos.

John Ledyard, diretor da Divisão de Ciências Sociais da California Institute of Technology, aponta a importância do uso da matemática para a resolução da questão relativa a uma divisão justa, que tem sido bastante desenvolvida nos últimos anos: *"Os filósofos têm discutido acerca da justiça por milhares de anos. O que é diferente agora é que temos uma estrutura formal matemática capaz de resolvê-lo. Isso tira a questão do debate ideológico e a põe num contexto científico."*[2]

---

[1] Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília, advogado e membro do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

[2] No original: "Philosophers have argued about fairness for thousands of years. What´s different now is we have a formal mathematical structure. That takes it out of ideological debate. There´s science here." In: COLE, K. C., *A mathematical approach to division.* In: *Los Angeles Times,* 27 de abril de 1996. Disponível em <http://www.geocities.com/CollegePark/6174/jokes/MATH-DIVIDE.HTM>. Acesso em 02 set 2004.

A proposta desenvolvida por Taylor e Brams parte dos seguintes pressupostos: (a) definir explicitamente os critérios e as propriedades que caracterizam diferentes noções de justiça; (b) providenciar procedimentos (algoritmos matemáticos) para obter sistemas de divisão justa de bens ou, ao menos, posições preferíveis em um conjunto de questões em negociação; e (c) ilustrar o uso destes procedimentos em situações da vida real.

O sistema delineado pelos autores depende ainda de uma descoberta realizada pelos psicólogos acerca da *percepção* de uma divisão justa de bens por uma pessoa, o que passa pela noção de que a divisão é justa se não produz inveja entre os participantes (*envy-free allocations*). Uma divisão sem inveja é aquele na qual cada pessoa pensa que recebeu a mais valiosa porção do que está sendo dividido, partindo da avaliação da *própria pessoa*. Essa garantia de que ninguém será invejado ou sentirá inveja da parcela dos bens divididos com outras pessoas tem um papel específico na teoria dos jogos, como o equilíbrio de Nash, que garante o *equilíbrio* entre as várias estratégias disponíveis para os participantes, na medida em que estabelece uma situação em que nenhum jogador se sairia melhor caso usasse uma estratégia diferente.

O estudo de Brams e Taylor desenvolve algoritmos com base em dois critérios, que acabam determinando a estrutura do livro: (a) o número de participantes que buscam a divisão de determinado bem; e (b) a natureza divisível ou indivisível dos bens que se pretendem repartir. Com isso, o primeiro capítulo versa sobre a questão da proporcionalidade da divisão para duas pessoas; o segundo, para a proporcionalidade da divisão pra um número de pessoas maior de dois, no caso de bens divisíveis; o terceiro versa sobre procedimentos de divisão proporcional de bens indivisíveis, que perdem seu valor quando divididos. Os quatro capítulos seguintes discutem a possibilidade de divisão de bens livre de inveja para dois jogadores (capítulo quatro), três e quatro jogadores (capítulo seis) e para um número infinito de jogadores (capítulo sete), ao passo que o capítulo cinco trata da aplicação do procedimento do *adjusted-winner*[3] a problemas tão distintos quanto as negociações acerca da administração do Canal do Panamá, que ocorreram na Década de 1970, e as disputas de um casal divorciado acerca da divisão de bens. Os três últimos capítulos discutem outras técnicas de divisão justa: *divide-the-dollar, fair division by auctions* (análise do uso de leilões para efetuar venda de bens) e *fair division by elections* (em que são analisados sistemas eleitorais diversos).

Um leitor desavisado poderia ler esta resenha e pensar que os procedimentos expostos no livro são destinados apenas a um público que conhece profundamente os aspectos matemáticos envolvidos. A preocupação com esse público é uma característica da obra, escrita de forma clara, explicando as demonstrações matemáticas utilizadas tanto em linguagem formal matemática quanto em uma linguagem cotidiana, de forma

[3] *The adjusted-winner (AW) procedure:* Técnica exposta no livro em que em que se atinge um ponto ótimo de Pareto (qualquer aumento da divisão em favor de uma pessoa implica a diminuição daquilo que se destina à outra) e a eqüidade, na medida em que a valoração anunciada da divisão de uma pessoa é idêntica à da outra, isto é, ambos pensam que ganharam exatamente o mesmo que a outra pessoa.

que a essência das demonstrações seja facilmente compreendida por um público menos especializado.

Uma das grandes contribuições de *Fair Division* é o seu diálogo entre teoria e prática, que pode ser percebido desde os primeiros capítulos. O primeiro exemplo apresentado no livro demonstra a aplicação intuitiva de algoritmos para a solução de controvérsias já no Velho Testamento bíblico, na conhecida narrativa em que o Rei Salomão é instado a julgar um litígio em que duas mulheres alegam ser mães de uma criança. O monarca ordena que se divida a criança em duas partes e cada parte seja entregue a uma mulher, o que levou a mãe da criança a desistir do pleito, a fim de que se mantivesse a criança viva, o que levou Salomão a declará-la como a verdadeira mãe. A história de Salomão ilustrou a idéia de que uma divisão justa passa por algo além da mera divisão igualitária: envolve a valoração das pessoas sobre aquilo que está sendo dividido.

A tarefa de reduzir a sabedoria intuitiva de Salomão a equações matemáticas aptas a ajudar a solucionar de forma justa qualquer controvérsia acerca da divisão de bens é árdua, e a obra de Brams e Taylor é um importante marco no desenvolvimento de uma teoria que caminhe nesse sentido. É essencial para os profissionais do Direito preocupados em solucionar os problemas das partes não apenas de modo compatível com a letra fria da lei, mas de modo efetivamente satisfatório para todos os envolvidos.

UMBREIT, MARK S., *THE HANDBOOK OF VICTIM OFFENDER MEDIATION: AN ESSENTIAL GUIDE TO PRACTICE AND RESEARCH*, SÃO FRANCISCO: ED. JOSSEY-BASS, 2001

André Gomma de Azevedo[1]

As crescentes inquietações de vítimas e cidadãos causaram a percepção de que sistemas retributivos de justiça criminal não representam os interesses de vítimas e comunidades nem têm contribuído efetivamente para a melhoria do sistema de segurança pública. Sistemas retributivos, que se caracterizam pela concepção de que o ilícito penal consiste em um ato típico e antijurídico praticado contra a sociedade, representada pelo Estado – Justiça Pública[2] – têm sido consistentemente criticados pelo excessivo enfoque no Estado ou em seus agentes políticos (*i.e.* promotor de justiça e magistrado) e pelas escassas oportunidades de participação da vítima.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa surgiu como uma das principais questões de Direito Processual Penal nas últimas décadas, na medida em que se propõe a promover a reconciliação do infrator com a comunidade, mediante sua conscientização sobre a responsabilidade acerca do mal causado pelo ato infracional e mediante seu envolvimento na restauração da fratura operada pela ofensa, de sorte a comprometê-lo a reparar os danos causados à vítima e à comunidade[3].

Por se tratar de corrente que se afasta de instrumentos exclusivamente positivados, essa nova tendência no campo penal, ao requer do operador do direito técnicas e habilidades novas, estabelece uma série de expectativas distintas quanto à atuação do Poder Judiciário,

---

[1] Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD/UnB), Mestre em Direito pela Universidade de Columbia em Nova Iorque – EUA (CLS). Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro (FGV/RJ) e em São Paulo (FGV/SP). 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.

[2] GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa. *Correio Braziliense*, Brasília, 1.º.3.2004. Caderno Direito & Justiça.

[3] GOMES PINTO, Renato Sócrates. *ob. cit.*

do Ministério Público, de advogados, da comunidade e da própria vítima. Nesse contexto, a Mediação de Vítima e Ofensor (também denominada Conferência de Vítima e Ofensor ou "MVO") representa um dos principais instrumentos da Justiça Restaurativa.

Na obra *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research* (O Manual de Mediação Vítima Ofensor: um guia para a prática e pesquisa) o Prof. Mark Umbreit, patrocinado pelo Centro de Justiça Restaurativa e Pacificação da Universidade de Minnesota, apresenta um estudo atual acerca dessa incursão autocompositiva no campo do direito penal e sua utilização na chamada Justiça Restaurativa dividida em três partes nas quais se discorre acerca da: i) deontologia, procedimentos e estudos de casos de Mediação Penal; ii) pesquisa e análise de direito comparado; e iii) novas tendências da mediação penal (*e.g.* uso de instrumentos de Justiça Restaurativa em crimes de maior potencial ofensivo envolvendo grave violência).

Ao apresentar recomendações para mediações sensíveis às vítimas e eficientes quanto à comunicação com ofensores, Umbreit apresenta propostas e soluções encontradas para problemas característicos da mediação penal. Exemplificativamente, uma preocupação específica da MVO consiste em evitar a *revitimização* – definida como a percepção da vítima de estar sendo ofendida novamente pelo seu agressor em razão de sua negativa do fato ou de sua justificativa para tal conduta.

Quanto ao procedimento de MVO, Umbreit estabelece uma brilhante adaptação do procedimento de mediação para questões penais na medida em que apresenta recomendações para o estabelecimento de critérios específicos de seleção de casos e mediadores, bem como delineia a preparação para a mediação, o primeiro contato telefônico com as partes, a chamada "entrevista preliminar de mediação" (*Premediation Interviews with Victim and Offender*), a declaração de abertura, o desenvolvimento da mediação, o término da sessão de mediação e o acompanhamento de casos mediados.

The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research pode ser considerada leitura recomendada para todos envolvidos em mediação e obrigatória para aqueles interessados em novas tendências do direito processual penal e na Justiça Restaurativa.

A OFICINA: UMA MEDIAÇÃO EXEMPLIFICADA

Artur Coimbra de Oliveira[1]

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, representada pelo Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação, trazem a público, com o apoio do Tribunal de Justiça da Bahia, o vídeo *A oficina: uma mediação exemplificada*. Essa é uma iniciativa pioneira no Brasil visando a aproximar os interessados de um processo concreto de mediação, que hoje pode ser visto, de fato, apenas em alguns poucos estados brasileiros.[2]

O vídeo inicia-se com uma apresentação do que é a mediação. Esta é uma das formas mais difundidas de resolução de disputas[3], em que é aceito pelas partes um terceiro neutro ao conflito cuja função é facilitar a comunicação entre os conflitantes, possibilitando que estes, por si mesmos, cheguem a um acordo de resolução para o caso considerado justo para ambas as partes. O procedimento é conduzido pelo mediador de forma a evitar que uma parte sobreponha-se à outra por meio de forças consideradas externas ao processo de mediação (p.ex., autoridade, força física, intimidação etc.). No vídeo, o Juiz André Gomma, Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, atua como mediador de um conflito envolvendo uma prestação de serviços.

O processo de mediação é mais flexível que o processo judicial comum, todavia isso não significa que careça de uma mínima rigidez. Há pontos no procedimento que são imprescindíveis, isto é, que definem uma mediação. No início do vídeo, há uma exposição concisa e esclarecedora sobre esses pontos, que faz parte do próprio procedimento de mediação, para informar as partes de como devem proceder.

---

[1] Artur Coimbra de Oliveira é estudante da Faculdade de Direito – UnB e membro do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação.

[2] Citem-se, por oportuno, os Tribunais de Justiça da Bahia e do Distrito Federal e Territórios como gestores de programas de estímulo à mediação.

[3] Para maiores esclarecimentos dos aspectos componentes da mediação, vide o glossário sobre métodos de resolução de disputas presente neste 3º anuário.

Nesse momento, alguns princípios da mediação podem ser destacados pelo terceiro neutro, como a descrição do seu papel essencialmente facilitador na resolução do conflito. Também se recomenda às partes que não interrompam a outra enquanto esta estiver falando, garantindo-se que todos terão oportunidade para expor seus posicionamentos e respectivas divergências. Outro fator importante para criar confiança nas partes em relação ao procedimento e ao terceiro presente é a confidencialidade do processo, sendo possível mesmo sessões privadas entre uma parte e o mediador, de sorte a proporcionar ainda um maior conforto na discussão de determinados pontos.

Em seguida a essas explanações preliminares, é iniciada a sessão conjunta, em que o autor da ação relata a sua visão dos fatos. Posteriormente, é a vez de o acionado fazê-lo. Repare-se que a preocupação com o regulamento é sempre presente e o mediador interfere o mínimo possível na fala das partes, agindo dessa forma apenas quando estritamente necessário. Com essa primeira sessão, o mediador consegue captar quais são os interesses das partes e as predisposições que uma tem em relação à outra.

Prossegue-se às sessões privadas depois de alcançada essa exposição inicial da questão. Nas sessões privadas, o mediador extrai e trabalha as impressões de uma parte em relação à outra e ao problema em si. Há uma evidente concentração do mediador em permitir uma melhor comunicação entre as partes por meio de uma desconstrução da imagem que uma tem da outra, freqüentemente enviesada negativamente, e uma reconstrução dessa imagem com técnicas como a inversão de papéis. Nesse sentido, um preparo psicológico é meticulosamente feito individualmente com cada parte. Pode-se considerar esta uma etapa essencial do processo de mediação.

Após essa fase, as duas partes voltam a se encontrar em uma sessão conjunta, em que estão, graças ao trabalho realizado na etapa anterior, dispostas e abertas o suficiente para chegar a um acordo e resolver o conflito. Há, assim, uma comunicação eficiente entre elas e a concórdia é alcançada rapidamente, terminando com sucesso o procedimento de mediação e, também, o vídeo.

A mediação não se trata de um método paliativo ou essencialmente remediador, como se configura o processo judicial. O trunfo da mediação é proporcionar às partes uma maior legitimidade do procedimento – elas mesmas chegam à solução para a disputa – e, principalmente, imbuí-las da crença de que é possível resolver seus problemas por si próprias, sem necessidade de acionar o Poder Judiciário em todo conflito que se experimente.

Como o próprio título do vídeo já explicita, tem-se um exemplo de mediação, e não um modelo que necessariamente deve ser seguido. De início, isso é uma afirmação essencial para permitir uma leitura adequada do que é o vídeo. Não se deve imitá-lo em mediações reais, mas drenar os princípios que o sustentam e aplicá-los, estes sim, a um processo de mediação, conferindo-lhe aceitabilidade e eficácia.

A clareza e a profundidade no tratamento do tema atingidas por essa mediação exemplificada faz d'*A Oficina* uma excelente forma de aprendizagem tanto para o leigo quanto para o já estudioso do assunto. A importância para o leigo decorre precisamente da maneira concisa e sólida que os fundamentos da mediação são demonstrados; para o estudioso de RDs, a importância existe pelo fato de constituir o vídeo uma aplicação concreta da teoria que subjaz tais processos, fenômeno ainda incomum no País.

A produção desse vídeo é mais um estímulo que se dá no Brasil em prol da utilização de métodos de resolução de conflitos distintos do tradicional processo judicial. Nessa produção do TJDFT e da UnB, trata-se específica e detalhadamente a mediação. Para conceituar sinteticamente essa forma de RD, pode-se enfim mencionar uma frase dita no próprio vídeo: "O processo de mediação não se volta à culpa; ele se volta a soluções".

Quarta Parte

Jurisprudência

JURISPRUDÊNCIA ARBITRAL

Adriana Braghetta[1]

1. Notas sobre a evolução da jurisprudência arbitral no Brasil. 1.1. Arbitragem envolvendo sociedade de economia mista. 1.2. Escolha de Lei Aplicável. 1.3. Laudo Parcial. 1.4. Regulamento de Arbitragem e adequação com a Lei de Arbitragem. 2. Sentença da Ação Declaratória 24.334, 3a. Vara da Fazenda Pública de Curitiba, COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA – COPEL x UEG ARAUCÁRIA LTDA. 3. Apelação Cível n. 247.646-0, de Curitiba, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS – COMPAGÁS x CONSÓRCIO CARIOCA-PASSARELLI. 4. Agravo de Instrumento 1.111.650-0, Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, TOTAL ENERGIE S.N.C e outra x THOREY INVEST NEGÓCIOS LTDA. 5. Agravo de Instrumento 285.411-4/0, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, CAOA COMÉRCIO DE VEÍCULOS IMPORTADOS LTDA e outros x RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e outros.

1. Notas sobre a evolução da jurisprudência arbitral no Brasil

No número anterior a esta coletânea apresentamos julgados sobre: (i) a execução específica da cláusula arbitral, primeiro julgado sobre o tema proferido pelo STJ (RESP 450.881); (ii) cláusula compromissória cheia e a desnecessidade da utilização da ação prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, mesmo em caso de recalcitrância da parte contrária na instituição do juízo arbitral, por meio do excepcional acórdão do Tribunal de

[1] Advogada do Trench, Rossi e Watanabe advogados. Mestre em Integração da América Latina pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada pela Fundação Getúlio Vargas em "Direito da Economia e da Empresa". Diretora do CBAR – Comitê Brasileiro de Arbitragem. Integrante do Comitê de Arbitragem Internacional da ILA – *International Law Association*. Professora do Curso de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw) nas áreas de arbitragem e contratos internacionais.

Justiça do Estado de São Paulo, no Agravo de Instrumento n.124.217.4/0; (iii) natureza processual do procedimento de homologação de laudo estrangeiro, mediante o acórdão do STF no julgamento da Sentença Estrangeira 5.828-7, no sentido de que a lei de arbitragem, nesse aspecto, tem aplicação imediata; e (iv) cláusula arbitral celebrada antes da lei de arbitragem, analisada no RESP 238.174, cuja conclusão foi no sentido da ineficácia da cláusula, *in casu*, para excluir a jurisdição estatal, sendo de rigor conferir-se o teor dos votos, cujos fundamentos foram bastante diversos.

O tema arbitragem continua a ser muito tratado nos nossos tribunais, que têm, de uma forma geral, contribuído fortemente para o desenvolvimento do instituto.

Neste volume apresentamos temas de grande interesse, incluindo: arbitragem envolvendo sociedade de economia mista, autonomia da vontade das partes na escolha de lei aplicável, laudo parcial proferido no estrangeiro e validade das disposições de regulamentos de instituições arbitrais.

1.1. Arbitragem envolvendo sociedade de economia mista

Duas questões judiciais alimentam os debates jurídicos sobre arbitragem envolvendo sociedade de economia mista: a primeira delas é a polêmica e alardeada demanda da COPEL; a segunda, a ação COMPAGÁS.

Na primeira questão a autora, Companhia Paranaense de Energia – COPEL, interpôs ação declaratória em face da UEG Araucária Ltda. discutindo a validade do pacto arbitral.

Nos termos da sentença que segue abaixo, a autora COPEL alega que participou de consórcio para a construção de uma usina termoelétrica no Município de Araucária, consórcio este convertido em sociedade de propósito específico, o que resultou na celebração do Contrato Social da ré.

Segundo a COPEL, a ré UEG teria iniciado procedimento arbitral perante a Corte de Arbitragem da CCI – Câmara de Comércio Internacional pleiteando vultosa soma. Alega que ela, autora, sociedade de economia mista, integrante da administração pública, não tem a faculdade de prever cláusulas arbitrais em seus contratos administrativos em decorrência do princípio da legalidade. Sendo assim, alegando indisponibilidade do interesse público, entende a autora que não poderia se submeter à arbitragem (matéria não passível de solução arbitral), não obstante cláusula compromissória existente no contrato. Pede, pois, a declaração de nulidade da cláusula arbitral e que a ré se abstenha de dar continuidade ao procedimento arbitral. O pedido de antecipação de tutela foi deferido.

A UEG contestou o feito alegando, entre outras coisas, que a competência dos árbitros, nulidade da cláusula arbitral e a existência de direitos indisponíveis deveriam

ter sido suscitadas perante o juízo arbitral. Alega também que a autora, sociedade de economia mista, exerce atividade comercial e sujeita-se ao regime da empresas de direito privado (artigo 173, parágrafo 1º da Constituição Federal), sendo plenamente válida, pois, a celebração de cláusula arbitral. Alega ainda que a Lei de Arbitragem não faz distinção entre a empresa privada ou pública, sendo desnecessária qualquer outra autorização legislativa para a celebração do pacto.

A sentença acolheu o pedido da autora baseada em vários fundamentos. Inicialmente cita equivocada tese de que a lei de arbitragem não exclui a apreciação do judiciário (a questão já foi pacificada tanto do STJ – RESP 450.881/DF quanto no STF – SE 5.206-7). Na continuidade da motivação a Juíza alega que a autora, COPEL, não obstante ser sociedade de economia mista, presta serviço público e submete-se ao regime dos contratos administrativos, incluindo o dever de licitar.

A Juíza alega que a existência de cláusula arbitral não fica invalidada pelo fato de existir na Lei 8.666/93 o artigo 55, par. 2º, que determina que: *"nos contratos celebrados entre a Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, (...) deverá constar necessariamente cláusula que declara competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual",* citando Carlos Alberto Carmona. Parece que a questão fulcral, para o magistrado, é a escolha de arbitragem mediante as regras da CCI, Câmara Internacional de Comércio. Para a sentença, pois, o "deslocamento da jurisdição para uma Câmara Internacional de Arbitragem" é que feriria o artigo 55, parágrafo 2º, da Lei de Licitações.

Ora, sem se pretender fazer uma análise exaustiva do caso, até porque não se têm todos os dados da ação, o efeito negativo da cláusula arbitral de excluir a jurisdição estatal opera-se independentemente do local sede da instituição arbitral ou mesmo do local escolhido para a sede do Tribunal Arbitral. Além disso, a competência para dizer o direito na arbitragem não é da instituição arbitral, que exerce funções administrativas, e sim dos árbitros (não se pode confundir instituição arbitral com o tribunal arbitral). E ainda, a nacionalidade do laudo não se define pela sede da câmara arbitral escolhida, e sim pela sede do tribunal arbitral, nos termos da própria lei de arbitragem (parágrafo único do artigo 34 da Lei de Arbitragem).

De qualquer forma, é possível depreender-se da decisão, a *contrario senso*, que é válida a cláusula de arbitragem em contrato celebrado por sociedade de economia mista, desde que as partes optem por uma "Câmara" Brasileira (ou que a sede da arbitragem seja no Brasil). A questão deverá ser mais profundamente analisada no julgamento da apelação.

Questão semelhante, envolvendo a também sociedade de economia mista COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS – Compagás, como autora, e, como réu, o Consórcio Carioca-Passarelli, já foi julgada pelo Tribunal de Alçada do Estado do Paraná (Apelação Cível 247.646-0).

A COMPAGÁS ingressou em juízo também pedindo a declaração de nulidade de cláusula arbitral. Em primeira instância o feito foi julgado improcedente, o que foi mantido pelo Tribunal. O Tribunal justificou a manutenção da validade da cláusula arbitral no (i) princípio da autonomia da vontade; (ii) na incontestável constitucionalidade e legalidade do sistema de arbitragem no Brasil; (iii) no fato de que sociedades de economia mista têm personalidade de direito privado, nada impedindo que a solução de litígios seja feita mediante arbitragem; (iv) que a questão não envolve questão inarbitrável, vez que a questão posta em juízo trata de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo plenamente admissível a celebração de compromisso arbitral, cuja solução será mais célere que a justiça; (v) que há previsão na área de petróleo e gás (Lei 9.478/97), art. 20 que a solução de litígios se dê com ênfase em conciliação e arbitramento; e, finalmente, (vi) que é desnecessária a previsão do compromisso arbitral no edital de licitação e no contrato celebrado entre as partes, importando para o feito, unicamente, a possibilidade de adoção da arbitragem pelas partes no caso concreto.

1.2. Escolha de Lei Aplicável

O Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo foi instado a se pronunciar sobre a validade da cláusula arbitral e escolha de lei em contrato internacional. No caso, a cláusula arbitral escolhia as regras da CCI e lei francesa.

A autora, empresa brasileira Thorey Invest Negócios Ltda., ingressou com ação de cobrança no judiciário brasileiro. As rés, Total Energy S.N.C e outra, apresentaram preliminares incluindo a existência de cláusula arbitral, entre outras, que foram indeferidas pelo juízo de primeira instância.

Tirou-se agravo de instrumento provido, em parte, pelo 1º TAC, em cujo julgamento foi declarada a validade da cláusula arbitral e chancelada a escolha da lei aplicável estrangeira.

Sobre a lei aplicável, o Tribunal entendeu que não era correto invocar-se o regramento da Lei de Introdução ao Código Civil, eis que o artigo 2º da lei de arbitragem permite às partes que optem livremente pelas regras aplicáveis à solução do litígio. Finalmente o Tribunal ainda entendeu que não havia invalidade pelo fato de a questão envolver representação comercial, regulada em lei especial, eis que se tratam de direitos disponíveis e transigíveis.

1.3. Laudo Parcial

O caso Renault/CAOA continua a gerar profícuas decisões judiciais.

Proferido laudo parcial na arbitragem que tem curso segundo as regras da Câmara

de Comércio Internacional, CAOA e outros ingressaram com ação declaratória buscando a nulidade do referido laudo parcial. Na inicial apresentaram pedido de antecipação de tutela, indeferido pelo juiz de primeira instância, tendo sido a questão submetida ao Tribunal de Justiça de São Paulo mediante o Agravo de Instrumento 285.411-4/0.

Os agravantes alegam, entre outras coisas, que a sentença parcial é nula, nos termos da Lei de Arbitragem, artigo 32, inciso V, que determina que a decisão decidirá todo o litígio. Pedem ainda a suspensão do processo arbitral para que, na pendência da ação judicial, nenhuma sentença arbitral complementar seja proferida.

Com relação ao pedido de suspensão da arbitragem, entendeu o TJ de São Paulo que seria inócuo, pois emanado por jurisdição incompetente.

Entendeu ainda, em síntese, que, por se tratar de laudo estrangeiro, nos termos do artigo 34 da Lei de Arbitragem, para a eficácia do laudo no Brasil é necessária a homologação perante o STF, que terá a competência para analisar eventuais vícios.

1.4. Regulamento de Arbitragem e adequação com a Lei de Arbitragem

Na esteira de assuntos de grande interesse, foi interposta ação judicial discutindo a validade de cláusula arbitral e nulidade de dispositivos do regulamento da Câmara de Arbitragem da Câmara Brasil-Canadá ("CCBC"), pois afrontariam as disposições da Lei de Arbitragem. O autor da demanda é Celso Varga, tendo como réus, TRW Automotive South America S/A ("TASA") e Câmara de Comércio Brasil-Canadá.

No início da ação foi deferida antecipação de tutela para suspender a instalação do tribunal arbitral. Agravos de instrumento foram interpostos, de n. 195.664-4 e 197.978-4/0, mantendo-se a decisão monocrática.

Na sentença, que segue abaixo, o feito foi integralmente julgado improcedente e revogada a tutela liminar concedida. Entendeu o Juiz que a questão da constitucionalidade da lei de arbitragem já estava superada com o julgamento do SE 5206-7 pelo STF.

No que toca à regularidade do regulamento da CCBC, alegava o autor que ele havia se recusado a cumprir a cláusula compromissória e, portanto, que deveria a outra parte ingressar no judiciário para a celebração de compromisso arbitral, nos termos do artigo 7º da Lei de Arbitragem. Entendia o autor que não poderiam as regras da CCBC prever que, caso uma das partes se omitisse a nomear árbitros, poderia a Câmara elegê-los em substituição.

O Juiz de Direito, citando lição de Joel Dias Figueira Júnior, acertadamente motivou sua decisão no sentido de que foram as próprias partes que escolherem o regulamento de arbitragem da CCBC, e que a instituição e processamento dela deve realizar-se de acordo com as respectivas regras, em atenção à autonomia da vontade das partes. Transcreveu

o magistrado parte do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que já havia tratado de cláusula compromissória cheia (elegendo instituição arbitral) e da conseqüente desnecessidade de intervenção judicial (artigo 7º da Lei) para celebrar o compromisso arbitral.

2. Sentença da Ação Declaratória 24.334, 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, COMPANHIA PARANAENSE DE ENERGIA – COPEL x UEG ARAUCÁRIA LTDA

Vistos e examinados os presentes Autos de Ação Declaratória nº 24.334, proposta por Companhia Paranaense de Energia – COPEL, em face de UEG Araucária.ltda.

Companhia Paranaense de Energia – COPEL, devidamente qualificados na inicial, propôs a presente Ação Declaratória, aduzindo, em síntese, que:

Firmou carta de intenções com a Petrobrás Distribuidora S/A ("BR"), a BHP Power, a INC. ("BHP"). A EPEC GAS BRAZIL CORPORATION ("Elpaso Brazil").e a BRITISSH GÁS DO BRAZIL LTDA ("BG"), na qual restou estabelecido o compartilhamento de informações e análises de projeto concernentes à geração de energia elétrica baseada em fonte térmica.

Assim ficou estabelecida que seria construída um usina termelétrica a gás no Município de Araucária, sendo, para tanto, celebrado Instrumento de Constituição de Consórcio no qual foram estipuladas as regras atinentes à participação de cada empresa no projeto, à administração, aos custos e demais exigências necessárias.

Relata que possuía a responsabilidade quanto ao apoio e conhecimento afetos às relações governamentais, bem como os procedimentos para licenciamento e questões regulatórias de proteção ambiental, asseverando, ainda, que em 1998 o referido Consórcio foi convertido em sociedade de propósito específico, o que resultou na celebração do Contrato Social da empresa UEG Araucária Ltda.

Informa que posteriormente foi firmado com a Requerida Contrato de Venda e Compra de Potência Assegurada no qual estavam dispostas as garantias, responsabilidade das partes, hipótese de força maior, estrutura de preço, pagamento, reajuste, dentre outras estipulações regidas pelo ordenamento legal brasileiro.

Esclarece que a Requerida instaurou procedimento arbitral junto 'a Corte internacional de Arbitragem da Câmera de Comércio Internacional almejando o pagamento da quantia de R$ 69.665.696,97 (sessenta e nove milhões, seiscentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e noventa e seis reais e noventa e sete centavos), mais os valores correspondentes as parcelas vincendas e correção monetária pelos prejuízos supostamente causados.

Faz comentários acerca do procedimento arbitral, sustentando que os requisitos necessários a sua participação em tal procedimento não foram observados, aduzindo,

ainda, que a Administração Pública não tem a faculdade de prever cláusulas arbitrais em seus contratos administrativos em decorrência do princípio da legalidade.

Conclui, destarte, que não existe qualquer dispositivo legal que a autorize, na condição de sociedade de economia mista e concessionária de serviço público, a submeter suas controvérsias à arbitragem.

Assevera, também, que o interesse público é indisponível, sendo necessário, para que se torne disponível, um dispositivo legal que afaste tal presunção legal, apontado, ainda que, o administrador público por ser mero gestor dos interesses públicos, não possui poderes nem para transigir e nem para dispor da coisa pública.

Sustenta que é nula a cláusula arbitral, seja porque sociedade de economia mista prestadora de serviço público não pode submeter-se à arbitragem sem que haja lei expressa autorizando, seja porque está submetida ao regime de Direito Público, no qual os interesses são indisponíveis.

Informa que no contrato em questão, somente é adquirida a Potência Inicial assegurada da Usina e não o direito ao uso da energia elétrica a ela associada, não havendo, desta maneira, qualquer previsão, no objeto do contrato, acerca da possibilidade, de utilização da energia cuja potência é disponibilizada, ressaltando, ainda, que o mesmo deixa claro que a operação e a manutenção da Usina são de sua responsabilidade exclusiva, assim como toda a energia elétrica associada nela produzida.

Esclarece que a Requerida não vende energia, mas tão somente arrenda a Usina para que possa produzir energia caso tenha interesse.

Relata que a não homologação do contrato pela ANEEL impede que o objeto principal do mesmo se aperfeiçoe, sustentando, ainda, que o contrato deve ser declarado nulo em virtude da não possibilidade de execução física e jurídica de seu objeto.

Acredita que a cláusula Décima Sétima do Contrato, a qual estipula que deverá ser efetuado um pagamento mensal ao Requerido a partir data em que a usina em operação, também não poderia ser objeto de arbitragem por tratar, de matéria de natureza indisponível e ainda, por trazer componentes de reajustes atrelados à variação cambial, o que é expressamente vedado pela Lei nº 10.192/01.

Entende que o pedido efetuado pela Requerida no tocante à possibilidade de exigir a aquisição da Usina por um determinado preço também é contrário às normas cogentes impostas pelo setor elétrico e pela Administração Pública.

Assim, sustenta que tal cláusula deve ser considerada nula por contrariar requisitos formais necessários à contratação realizada pela Administração Pública (licitação), pela inexistência de motivos, pois o fundamento do ato é juridicamente inadequado ao resultado pretendido e também por contrariar disposições legais determinantes ao setor elétrico.

Aduz que as normas de ordem pública são indisponíveis e, em conseqüência, toda e qualquer matéria de ordem pública, cogente e imperativa não é passível de arbitrabilidade, vez que o art. 1º da Lei de Arbitragem exclui a possibilidade de as partes submeterem à arbitragem questões que não sejam patrimoniais disponíveis.

Acredita estarem presentes os requisitos essenciais à concessão da tutela antecipada, bem como à concessão da medida liminar determinando à Requerida que se abstenha de praticar quaisquer atos relacionados à continuidade do procedimento arbitral instaurado.

Por fim, requer a declaração de nulidade da cláusula arbitral por ausência de jurisdição e pressuposto processual, que a Requerida se abstenha de qualquer ato ou manifestação com vista a dar continuidade ao processamento da arbitragem instaurada, a concessão da tutela antecipada, bem como da medida liminar pretendida.

Juntou documentos às fls.37/621.

Em decisão de fls. 623, foi concedida a medida liminar requerida.

Às fls. 666/796 cópia do Agravo de instrumento interposto pela requerida.

Devidamente citada, contestando às fls. 816\845, a UEG Araucária Ltda. sustenta, em suma, o seguinte:

Em sede de preliminar, observa que a Lei de Arbitragem acolheu integralmente os Princípios da Autonomia da Cláusula Arbitral e da Competência sobre a Competência, ressaltando que o direito da ampla defesa deve ser exercido no curso da própria arbitragem e o árbitro, caso entenda necessário, poderá remeter a controvérsia sobre a existência de direitos indisponíveis para o Poder Judiciário, suspendendo, assim, a arbitragem.

Dessa maneira, alega que a Autora não tem interesse de agir na presente ação, vez que não questionou a competência do árbitro, a nulidade de cláusula arbitral ou a existência de direitos indisponíveis dos quais dependa o julgamento da lide diante do Tribunal Arbitral.

Sustenta que, ao ser celebrado o contrato de Compra e Venda de Potência Assegurada, a Autora adquiriu não apenas a potência inicial assegurada da Usina, mas também o direito exclusivo de comercializar toda a potência disponível e energia elétrica que viesse a ser gerada pela Usina, conforme disposto na Cláusula 3.1 do referido contrato.

Ressalta que a ANNEL jamais levantou qualquer objeção ao aduzido contrato além daquela feita à cláusula de reajuste de preço, questionando, ainda o motivo que levou a Autora a permitir a atualização cláusula arbitral em seus contratos se a considerava inválida, como agora aduz.

No mérito, faz comentários acerca do regime jurídico aplicável à sociedades de economia mista, ressaltando que a autora foi criada com personalidade jurídica de direito

privado, o que atesta que suas relações e obrigações com terceiros são naturalmente regidas pelo regime jurídico de direito privado, o que a sujeita as regras regentes de todas as demais sociedades privadas.

Aponta que o objetivo do Estado, ao constituir uma sociedade de economia mista é o de explorar uma determinada atividade em condições comerciais equiparáveis às desfrutadas pelas entidades estritamente privadas, organizando-a na forma de uma entidade privada, existindo, inclusive, possibilidade de ocorrer a participação de capitais privados para o financiamento do empreendimento.

Argumenta que a autora presta serviço que possui tanto interesse público como interesse privado, o que, no entanto, não faz com que qualquer contratação com ela efetuada seja regida pelo direito público.

Entende que as sociedades de economia mista estão submetidas ao principio da legalidade da mesma maneira que qualquer empresa privada e não à legalidade estrita, não havendo, portanto, qualquer justificativa para que ocorra a intenção de negar a validade de cláusula arbitral em decorrência deste fundamento.

Acredita que não há necessidade de produção de nenhuma outra autorização legislativa além daquela já estabelecida no artigo 1º da Lei nº 307/96, a qual permite a utilização do instituto da arbitragem indistintamente por qualquer pessoa, não existindo qualquer discriminação entre pessoas físicas ou jurídicas, pessoas de direito privado ou de direito público, integrantes ou não da Administração Pública.

Afirma que a possibilidade de vetar ao Estado o acesso à arbitragem, sendo esta um eficiente instrumento de solução de conflitos, quando não se verifica qualquer prejuízo ou contrariedade à supremacia de prerrogativas e poderes que lhes são próprios pode sim caracterizar uma violação ao interesse público.

Entende que o art. 55 § 2º da Lei n.º 8.666/93 não representa obstáculo ao estabelecimento ao estabelecimento de cláusula arbitral, asseverando, também, que o contrato ora em discussão é avença típica do setor elétrico, podendo ser celebrado por qualquer sociedade estritamente privada sem que houvesse prejuízo de seu teor, forma ou efeitos.

Acredita que todo contrato celebrado pela Administração Publica possui interesse público, podendo este ser o objeto do contrato ou estar presente apenas indiretamente, assim, quando o objeto do contrato não é o próprio interesse público mas sim se refere a interesses patrimoniais inerentes à atividade econômica, todos os direitos dele derivados são disponíveis por assumirem expressão patrimonial, sendo, portanto, suscetíveis de avaliação econômica.

Expõe que, *in casu*, o objeto do contrato não é mais do que um meio para que se dê atendimento às necessidades da Requerente no que tange à geração de energia, bem

com do interesse público presente na prestação do serviço concedido de distribuição de energia. Nesta perspectiva, o litígio oriundo do contrato teria por objeto direto patrimonial disponível, podendo ser, desta maneira, submetido à apreciação de tribunal arbitral.

Conclui que a Requerente, ao convencionar no contrato firmado cláusula de arbitragem tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atendeu o disposto no art. 173, § 1º da Constituição Federal, no tocante a sua sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Reitera que o contrato firmado tem por objeto direitos patrimoniais disponíveis, o que não impede que o mesmo contenha cláusulas sujeitas à ordem pública ou que seja indicado árbitro para apreciar questões que envolvam normas cogentes de direito brasileiro.

Acredita que a apresentação de defesa perante o Tribunal Arbitral não caracteriza fundado receio de dano irreparável, o que aconteceria se, ao contrário, fosse lhe negado o direito de ampla defesa, aduzindo, ainda, que não existe nenhuma relação de prejudicialidade entre a continuidade o procedimento arbitral já instaurado e a eficácia do provimento final de mérito de declaração de nulidade da cláusula arbitral.

Requer sejam julgados improcedentes os pedidos, na hipótese de não ser extinto o processo, sem julgamento do mérito em virtude das preliminares suscitadas.

Juntou documentos às fls. 846/988.

Em decisão de fls.991/992, foi deferido o pedido de antecipação da tutela pretendida.

Impugnação às fls. 1007/1032.

Em decorrência da decisão de fls. 991/992, foi interposto Agravo de Instrumento conforme fls. 1130/1164.

Em parecer de fls. 1171/1177, o D. Representante do Ministério Público opinou pela procedência do pedido formulado pela Requerente, com a conseqüente declaração de nulidade da cláusula compromissória do juízo arbitral.

É o relatório.

D E C I D O

No caso em exame, pretende a Autora a declaração de nulidade do compromisso arbitral realizado entre as partes, por envolver direitos indisponíveis e, subsidiariamente, que a Requerida se abstenha de qualquer ato ou manifestação com vista a dar continuidade ao processamento da arbitragem instaurada.

Prefacialmente, cumpre salientar que o fato da Autora não ter alegado a suposta nulidade da convenção de arbitragem, na oportunidade prevista no art. 20 da Lei 9.307/96, não acarreta a impossibilidade de se requerer a tutela estatal, em virtude do princípio da inafastabilidade do controle do poder Judiciário, também denominado princípio da proteção judiciária, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> *"PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL – JUÍZO – ARBITRAL – CARÊNCIA DE AÇÃO A existência de compromisso arbitral não tem o condão de afastar a apreciação de qualquer questão pelo Poder Judiciário, assegurada constitucionalmente no inc. XXXV, do art. 5º, razão pela qual a instauração de juízo arbitral convencionado não implica falta de interesse processual. Agravo improvido." (TJRS – AGT 70004535662 – 2ª C.Cív. – Relª Desª Teresinha de Oliveira Silva – J. 13.11.2002).*

Dessa forma, não há como se alegar que a lei de arbitragem exclua, da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de direito, pois este Poder está presente no exame de todas as questões jurídicas de relevância e de sua capacidade.

Quanto ao mérito:

As sociedades de economia mista podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.

O regime jurídico, em se tratando de empresa exploradora de atividade econômica, é de direito privado, conforme estabelece o art. 173, § 1º, da CF/88, não apenas devido ao seu objeto como também para não desfrutar de situações de vantagem em relação às empresas particulares. Portanto, os contratos firmados por essas empresas não são contratos administrativos.

Por outro lado, as empresas prestadoras de serviço público, embora também dotadas de personalidade jurídica de direito privado, tendo em vista o interesse público, se submetem ao regime dos contratos administrativos e são disciplinadas pela norma do art. 175 da Constituição Federal.

No que se refere aplicação do disposto no já citado art. 173, § 1º, da CF/88 às empresas estatais, o Prof. **Marçal Justen Filho esclarece que:**

> *"Não se diga que todas as sociedades de economia mista e empresas públicas passariam a ser contidas nas previsões do art. 173, em face da nova redação constitucional. O argumento conduziria à supressão da diferenciação entre prestação de serviço público e desenvolvimento de atividade econômica. Por decorrência, todas as entidades da administração indireta não autárqui-*

ca se subordinariam a regras similares. Mais ainda, desapareceria a distinção entre as hipóteses dos arts. 173 e 175. Esse raciocínio é indefensável, eis que prestar serviço público não é desenvolver atividade econômica em condições de mercado... É incorreto o argumento de que, por a nova redação do art. 173, § 1º aludir a atividade econômica de comercialização de bens e prestação de serviços, isso compreenderia também 'serviços públicos'. Isso significaria ignorar a conceituação privatística de atividade empresarial, a que reporta a nova redação constitucional. A empresa – núcleo em torno do qual se organiza o direito Comercial deste século – consiste na organização profissional dos fatores econômicos para a produção e circulação de bens e prestação de serviços. O art. 173 reportou-se a essa definição (que consta, aliás, do projeto do Código Civil). Destinou-se a evitar preconceito de que atividade econômica consistiria apenas na produção ou comercialização de bens, restringindo-a ao conceito oitocentista de 'comércio'. O domínio econômico é muito mais amplo do isso e abrange também a exploração empresarial de atividades de prestação de serviços. Aliás, defender a tese oposta encontra obstáculo na própria redação dada ao § 1º do art. 173. Ali se refere às entidades que exploram atividade econômica de (inclusive) prestação de serviços. A palavra 'de', antes de 'prestação de serviços', indica claramente a 'atividade econômica'. Ou seja, não se trata de abranger tanto aquelas que explorem atividade econômica como as que prestem serviços públicos, mas apenas que desenvolvem atividade econômica ('de produção ou comercialização de bens' ou 'de prestação de serviços')". (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 7ª ed. Págs. 26/27).

Diante desse contexto, resulta nítida a distinção das empresas estatais prestadoras de serviço público e das exploradoras de atividade econômica, relativamente ao regime a que se submetem.

Não obstante essa diferenciação e o teor do art. 173, § 1º, da Carta Magna, as sociedades de economia mista, independentemente do regime jurídico, diferem das sociedades de particulares, porque, de acordo com a norma do art. 37, "caput" da CF/88, devem obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Ademais, nem mesmo as empresas exploradoras de atividade econômica estão isentas do dever de licitar, em certos casos, por força do disposto no art. 37, XXI, Constituição Federal. A diferença reside em que, para as prestadoras de serviço público, em razão do diferente regime jurídico a que se subordinam, conforme anteriormente exposto, não pode ser afastada a aplicação da Lei 8.666/93.

Mesmo com a nova redação do art. 22, XXVII, da CF/88, dada pela Emenda 19, as empresas prestadoras de serviço público não são excluídas do regime da Lei 8.666/93.

Sobre o tema, mais uma vez mostra-se oportuno o entendimento do Prof. Marçal Justen Filho frente às opiniões em contrário:

> *"A nova redação do dispositivo constitucional refere-se apenas às entidades do art. 173, sem qualquer alusão àquelas do art. 175. Diante disso, Eros Grau entendeu ter sido suprida a competência legislativa federal para editar normas gerais relativa a contratações e licitações no âmbito das entidades prestadoras de serviços públicos. Tais entidades estariam constrangidas a realizar licitações por força do disposto no art. 37, inc. XXI, mas poderiam adotar fórmulas próprias, em vínculo com a Lei nº 8666. Não me parece que essa interpretação seja a melhor, não obstante o respeito prestado aos que a defendem. Contrapõe-se ao espirito da Constituição, ainda que possa encontrar respaldo no teor literal do art. 21, inc. XXVII. É que a atividade de prestação de serviço público, prestada através de pessoas estatais, está abrangida no regime próprio da atividade administrativa estatal. A diferença entre atividade econômica (art. 173) e serviço público (art. 175) somente se justifica porque a Constituição previu que a primeira estaria sujeita ao regime próprio da iniciativa privada. Ou seja, reconhecer a distinção entre entidades subordinadas ao art. 173 e ao 175 conduz a uma derivação inafastável: as entidades do art. 175 (prestadoras de serviços públicos) subordinam-se ao regime jurídico da Administração direta, ressalvadas apenas situações estritamente derivadas da sua estruturação como pessoas de Direito Privado. Esse é o motivo pelo qual, inclusive, reconhece-se que a atribuição do serviço público à entidade da Administração indireta não configura 'concessão' nem exige licitação. É que a entidade estatal prestadora de serviço público, mesmo que configurada como pessoa jurídica de direito privado, apresenta-se como uma mera opção organizacional da Administração Pública. Se é assim, as entidades prestadoras de serviço público não podem estar fora da Lei 8.666. Ofenderia aos princípios jurídicos fundamentais que as prestadoras de serviços público dispusessem de maior liberdade para contratar do que as entidades que desempenham atividades econômica. Seria de incongruência insuperável que o regime jurídico para licitar e contratar previsto para a Administração direta não fosse aplicável também às entidades da Administração indireta prestadora de serviço público. A interpretação sistemática e a prevalência dos princípios jurídicos inerentes ao regime de Direito Público produzem uma única conclusão: a referência do art. 22, inc. XXVII, 'administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais' abrange também as entidades prestadora de serviços público". (obra citada, pgs.27/28).*

Desta forma, considerando-se que a Requerente é uma sociedade de economia mista, prestadora de serviço público, a ela se impõe o dever de licitar, como também se aplica a Lei 8666/93, inclusive no que se refere aos contratos por ela firmados.

No que diz respeito aos contratos, o art. 55, § 2º da referida lei, elenca como indispensável a eleição do foro, dispondo, in verbi:

"Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleça:

(.....).

§.2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do artigo 32 desta Lei".

Essa cláusula de eleição de foro, a principio, não pode servir de fundamento para invalidar convenção arbitral nos contratos administrativos, como sustenta o Prof. **Carlos Alberto Carmona**, citado pela Requerida à fls.837.

Porém, no caso em exame, deve-se atentar para o fato de que a finalidade de dita cláusula, segundo lição do Prof. **Marçal Justem Filho,** também referida no parecer ministerial (fl.1176) "... é tutelar a soberania do Estado Brasileiro. Não se disciplina fixação de competência territorial. Mais precisamente, trata-se de cláusula de eleição de jurisdição:..... O fundamental é firmar a competência da jurisdição brasileira." (obra citada, p.513).

No contrato em análise, não obstante as partes tenham se submetido à jurisdição brasileira, conforme se observa na cláusula trigésima sexta do contrato, também estabelecem, na cláusula 34.1, que as controvérsias decorrentes do negócio seriam solucionadas por arbitragem, de acordo com as normas de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, França.

A natureza, jurídica da arbitragem, como assevera Nelson Nery Júnior, ".... **é de jurisdição. O árbitro exerce verdadeira jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes...."(**Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed, p.1300**)**

De tal modo, pode-se afirmar que, através de convenção de arbitragem, as partes transferem a jurisdição para o árbitro. No caso em análise, os contratantes, ao estabelecerem a arbitragem para solução dos conflitos decorrentes do ajuste, que não é de licitação internacional, deslocaram a jurisdição para uma Câmara Internacional de Arbitragem, afrontando, assim a norma do art. 55, § 2º da Lei de Licitações.

A atividade Administrativa é norteada por princípios específicos de observância. permanente e obrigatória, os quais se constituem, no dizer do mestre Hely Lopes Meirelles, **fundamentos da validade da ação administrativa, ou em outras palavras, os sustentáculos da atividade pública,** erigidos à categoria de Princípios Constitucionais, elencados no caput do art. 37 da Carta Magna, dentre os quais, o principio da legalidade. (Direito Administrativo Brasileiro, 18ª ed. p. 82.)

Por decorrência desse princípio, a Administração Pública está sujeita aos comandos legais, sendo-lhe somente permitido fazer o que a lei autoriza, sob pena de invalidade do ato.

Como antes mencionado, as sociedades de economia mista estão submissas aos princípios insculpidos no referido dispositivo constitucional.

Diante deste contexto, a cláusula do contrato que estabelece a arbitragem é inválida, por contrariar a lei de licitações, no seu art.55, 2º.

Face ao exposto, julgo procedente o pedido, declarando a nulidade da cláusula compromissória do juízo arbitral, constante do contrato firmado entre as partes. Em conseqüência, contendo a Requerida ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em R$ 7.000,00, com fulcro no art. 20, § 4º do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Curitiba, 15 de Março de 2004.

Josaly Dittrich Ribas

Juíza de Direito

3. Apelação Cível n. 247.646-0, de Curitiba, Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, COMPANHIA PARANAENSE DE GÁS – COMPAGÁS x CONSÓRCIO CARIOCA-PASSARELLI

COMPROMISSO ARBITRAL – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – PERSONALIDADE JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO – EXPLORAÇÃO DE GÁS CANALIZADO NÃO CARACTERIZA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MAS ATIVIDADE DE REGIME PRIVADO – NÃO ENVOLVE DIREITOS INDISPONÍVEIS – CONTRATO ADMINISTRATIVO – ADMISSIBILIDADE DA ARBITRAGEM – VÍCIOS DO COMPROMISSO NÃO CONFIGURADOS – RECURSO IMPROVIDO.

A atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (Constituição Federal, art. 173, § 1º, II). O fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem. Admissível nos contratos administrativos a solução dos conflitos por meio de compromisso arbitral.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 247.646-0 de Curitiba – 3ª Vara da Fazenda Pública em que é apelante Companhia Paranaense de Gás – Compagás e apelado Consórcio Carioca-Passarelli.

1. Trata-se de ação declaratória de nulidade, cujo pedido afinal foi julgado improcedente.

2. Aduz a apelante (autora) que pediu o reconhecimento da nulidade do compromisso arbitral firmado entre as partes; da possibilidade de discussão do compromisso arbitral no Poder Judiciário; da vinculação ao procedimento de licitação; eleição do foro de Curitiba para a resolução de quaisquer conflitos; falta de previsão na licitação acerca da solução de conflitos por meio de arbitragem; a arbitragem não estava prevista no edital de licitação nem no contrato; da nulidade da cláusula arbitral por não estabelecer o objeto; da renúncia de um dos árbitros; a decisão foi proferida somente por dois árbitros.

3. Recurso preparado e respondido.

É O RELATÓRIO.

4. A controvérsia cinge-se com a nulidade de compromisso arbitral ajustado entre as partes. A autora (Compagás) explora os serviços de gás canalizado e contratou com a ré, por meio de licitação, a realização dos serviços da rede de distribuição. Surgiram conflitos entre as partes quanto à readequação econômico-financeira do contrato e as partes instituíram compromisso arbitral para solução.

5. Em primeiro lugar, não se pode esquecer que "a arbitragem é um acordo de vontades de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter a decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou de árbitros" (Álvaro Villaça Azeveo, Arbitragem, RT, 753:12).

6. Dessa maneira, vigora aqui como fato essencial na relação jurídica estabelecida entre as partes o princípio da autonomia da vontade. Como disse o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira "a realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho" (A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, RT, 735:48).

7. Assim, a constitucionalidade e legalidade do sistema de arbitragem no Brasil é fato incontestável.

8. Em segundo lugar, preconiza a apelante-autora pela nulidade do compromisso arbitral, porque envolve interesse público e não poderia ser objeto de arbitragem. Sem razão a apelante. Primeiro, a autora é sociedade de economia mista, com personalidade de direito privado, conforme o disposto no art. 1º, § 2º da Lei Estadual nº 10.865 de 6 de julho de 1994 (fls. 137/139). Dessa maneira, evidente que os contratos celebrados entre a autora e a ré se regulam pelo direito privado e nada impede que a solução dos conflitos se dê pela arbitragem prevista em nosso ordenamento jurídico. Segundo, a atividade desenvolvida pela autora, ou seja, a exploração dos serviços de gás canalizado e demais atividades correlatas e afins, não constitui prestação de serviço público, mas atividade que se compreende no regime jurídico próprio das empresas privadas (CF, art. 173, § 1º, II), por versar sobre

intervenção do Estado no domínio econômico, sob a forma de monopólio, nos termos do art. 177, inciso IV, da Constituição Federal. Terceiro, o fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem.

9. Em terceiro lugar, a questão posta nos autos não envolve direitos indisponíveis, uma vez que o litígio entre as partes se refere ao desequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de prestação de serviços e nada obsta que a autora, na qualidade de sociedade de economia mista, com personalidade jurídica de direito privado, realize transação ou resolva seus conflitos por meio de compromisso arbitral. O interesse é apenas econômico. Não envolve de modo algum interesse público na acepção do termo.

10. Sobreleva frisar que o compromisso arbitral se revela muito mais célere do que uma decisão judicial. Assim, pode ser até mais vantajoso para a própria autora resolver os conflitos desde logo do que aguardar anos para receber uma decisão judicial, o que pode atrasar o cronograma de obras e a implantação do sistema de gás canalizado em Curitiba e São José dos Pinhais.

11. Em quarto lugar, admissível a realização de compromisso arbitral nos contratos administrativos, máxime no caso em exame onde a controvérsia reside na readequação da cláusula econômico-financeira do contrato celebrado entre as partes. Nada obsta a adoção da arbitragem para solucionar o conflito surgido entre as litigantes. Cuida-se de interesse econômico e versa sobre direito disponível na essência.

12. Suficiente verificar que na área de petróleo e gás, a própria Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, estabelece no seu art. 20, que: "O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento." Vale dizer a própria lei ressalta a possibilidade da solução dos conflitos na área de petróleo e gás via arbitragem.

13. Caio Tácito leciona:

> *"A questão do cabimento do juízo arbitral, em matéria pertinente a contratos administrativos, assumiu aspecto novo com o advento da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas.... Omissis... A partir do expresso critério quanto aos contratos de concessão, cujo modelo federal se transmite como norma geral aos planos estadual e municipal, a doutrina passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa.... Omissis.... Mais ainda se compatibiliza o juízo arbitral com atos de gestão de empresa estadual que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos da Constituição de 1988, art. 173, § 1º, prevalece o regime jurídico próprio das empresas privadas. O acordo conducente ao procedimento arbitral, superando a delonga do rito judicial, favorece a celeridade na superação de litígios em benefício da dinâmica pró-*

pria das relações econômicas, que o Estado venha a assumir como imperativo do interesse coletivo." (Arbitragem nos litígios administrativos, RDA, vol. 210:113-115).

14. Nossos Tribunais em questões análogas decidiram:

"Incorporação. Bens e direitos das Empresas Organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária. 1 – Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal." (RTJ, 68:382).

"Mandado de Segurança. Pólo passivo. Tempestividade. Licitação. Interesse público indisponível. Juízo arbitral. Decreto-lei 2.300 e Lei 8.666. Possibilidade..... III – Pelo art. 54, da Lei nº 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais...." (TJDF – Acórdão nº 115.813 do Conselho Especial – Rel. Nancy Andrighi, TJDF de 18-8-1999, p. 44).

15. Em quinto lugar, desnecessária a previsão do compromisso arbitral no edital de licitação e no contrato celebrado entre as partes. O que importa é a possibilidade de adoção da arbitragem no caso concreto, uma vez que não versa sobre direitos indisponíveis. Não afeta direito de terceiros a falta de menção no edital, uma vez que a solução do conflito por arbitragem diz respeito a readequação econômico-financeira do contrato e não se cuida de forma evidente de aumento de valores do preço. O conflito surge da falta de previsão de detalhes no edital de licitação e no próprio contrato, o que é natural e previsível.

16. Em sexto lugar, não se pode cogitar de nulidade do compromisso arbitral. Importante salientar que a autora recebeu assessoramento na realização de tal pacto do Prof. Luiz Alberto Blanchet (fls. 378/383) e na própria minuta pelo aludido profissional redigida consta na cláusula 2ª alusão a sentença arbitral (fl. 379), o que se revela incompatível com a alegação da apelante de que versaria sobre simples arbitramento de questões técnicas. Outrossim, na redação definitiva consta expressamente nas cláusulas 4ª e 6ª referências sobre a sentença arbitral.

17. Em sétimo lugar, o objeto da arbitragem também se encontra bem definido no compromisso assumido pelas partes, uma vez que se cuida de cláusula fechada, se referindo a todas as divergências até então existentes entre as partes, o que pode ser constatado pelo simples exame das atas das reuniões e trocas de correspondências entre as litigantes. Não se cuida de objeto indefinido ou indeterminado como quer fazer crer a apelante. Sabia muito bem a apelante do que se tratava e o objeto do compromisso arbitral.

18. Em oitavo lugar, sem suporte fático e jurídico a alegação de nulidade do

compromisso arbitral, porque proferida a decisão apenas por dois árbitros. O árbitro indicado pela apelante deixou de participar do procedimento ao seu alvedrio. Ocorreu regular intimação. Na ausência do árbitro indicado pela autora a decisão se deu por maioria, com fundamento no art. 24, § 1º, da Lei nº 9.307/96. Também nesse aspecto inexiste qualquer vício a macular o procedimento de arbitragem.

19. Em nono lugar, a deliberação realizada pela autora em declarar a nulidade do compromisso arbitral (fl. 38), não tem qualquer eficácia jurídica. O compromisso arbitral é ato bilateral e exige a concordância das duas partes para seu desfazimento ou anulação pelo Poder Judiciário. Não pode a Administração anular atos realizados sob o império do direito privado.

Assim sendo, o recurso não merece provimento.

Posto isso, acordam os julgadores integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Juízes Miguel Pessoa, Presidente com voto e Eugênio Achille Grandinetti.

Curitiba, 11 de fevereiro de 2004.

4. Agravo de Instrumento 1.111.650-0, Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, TOTAL ENERGIE S.N.C e outra x THOREY INVEST NEGÓCIOS LTDA

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.111.650-0, da Comarca de SÃO PAULO (26ª VARA CÍVEL – PROC. Nº 01-010.178-0), sendo agravantes TOTAL ENERGIE, S.N.C. E OUTRA e agravada THOREY INVEST NEGÓCIOS LTDA.

ACORDAM, em Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

1) arbitragem – constitucionalidade – contrato de agência contendo cláusula que impõe a resolução dos conflitos no juízo arbitral, segundo o direito francês – validade – inteligência do art. 2º da Lei nº 9.307/96 – incidência do princípio da autonomia da vontade – 2) inépcia da inicial – ilegitimidade passiva – inocorrência – inicial que preenche os requisitos legais – alegação de existência de contrato verbal de representação comercial – cabimento – recurso parcialmente provido.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento tirado de r. decisão que, nos autos de ação de cobrança ajuizada pela agravada contra as agravantes, rejeitou as preliminares argüidas no

sentido da prevalência do juízo arbitral, no sentido da inépcia da inicial e no sentido da ilegitimidade passiva da segunda delas.

Em síntese, sustentam as agravantes que deve prevalecer a cláusula que no ajuste feito entre a primeira recorrente e a agravada, estabeleceu que os conflitos seriam resolvidos no juízo arbitral. Demais disso, insistem em que a inicial é confusa, cumulando pedidos indevidamente, e aduzem que a co-ré Total Energie do Brasil Ind. e Com. Ltda não tem legitimidade para figurar no pólo passivo da relação, porque nada contratou com a autora.

FUNDAMENTAÇÃO

Sem embargo do respeito tributado a seu ilustre prolator, não pode subsistir a r. decisão recorrida.

A questão relativa à constitucionalidade da lei de arbitragem (9.307/96) já foi alvo de várias apreciações judiciais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu não violar referida norma legal a Carta da República (Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, procedente do Reino da Espanha).

Referido comando legislativo não agride à regra do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, porque tal preceito não é de molde a impedir que as partes, em atenção ao desiderato que norteia seus interesses, possam renunciar a que eventual querela que entre elas venha se instalar seja submetida à apreciação jurisdicional, sem se olvidar que qualquer delas poderá demandar, perante o Judiciário, a nulidade da cláusula compromissória.

Quadrando a relação jurídica estabelecida entre os contratantes, de ajuste que se orienta exclusivamente em função da autonomia de suas vontades, é perfeitamente lícito que prefiram ver os conflitos daí emergentes resolvidos no juízo arbitral.

No caso dos autos, cuida-se de um contrato de agência celebrado entre a agravada e a primeira agravante, que em seu art.11 traz expressa a previsão de que quaisquer litígios decorrentes do ajuste serão definitivamente resolvido de acordo com o Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional (fl.93).

Bate-se a recorrida pelo descabimento da pretensão recursal alegando que a matéria deveria ser argüida através de exceção e não como preliminar de contestação. Diz, ainda, que a regra do art. 88 do CPC impõe que a questão seja submetida à justiça Brasileira, até porque a obrigação era de ser cumprida em nosso país(arts. 8º e 9º da Lei de introdução ao Código Civil). Assevera, mais que a cláusula é inválida porque autoriza que a demanda seja resolvida à luz do direito francês.

Sem razão, todavia.

A matéria bem poderia haver sido agitada na contestação, já que verte incompetência absoluta, e, pois, improrrogável.

Da letra do art.88 do CPC.não se há cuidar, porquanto não se instalou conflito entre autoridade judiciária brasileira e autoridade judiciária alienígena, seja em virtude de eleição de foro, seja em virtude do local do cumprimento da obrigação.

Comarca de São Paulo – 26ª Vara Civil – proc.nº 01-010.178.0

Apenas se busca cumprir o contrato, que a propósito tem regramento especifico, mercê do qual preferiram as partes não confiar a solução dos conflitos à apreciação judicial.

Da mesma forma não há invocar-se a Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro, que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese.

Como a Lei nº 9.307/96, em seu art.2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento argüido.

Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham resolver a pendenga.

Embora o contrato de agência, ou representação comercial, seja regulado por lei especial, isso não significa que não pudesse a relação aqui questionada ser alvo de disposição pelas contratantes, uma vez que o direito ali agitado é disponível para ambas as partes, e, portanto, não vem revestido da característica irrenunciabilidade.

Não há norma cogente tutelando esse direito, afivelando-o e submetendo-o por conta de interesse do Estado ou por conta de interesse social direito, de sorte a impedir que sobre os valores dele objeto pudessem os contratantes dispor segundo seu alvitre.

Dessa sorte, sobre ele incide naturalmente o princípio da autonomia da vontade, podendo, assim, as partes transigir livremente, inclusive no que concerne à forma de solução de suas diferenças.

Vai, então, que há de prevalecer a regra contratual invocada pela primeira agravante.

Quanto ao mais, não é de vencer a irresignação.

A inicial, no particular atinente à relação entre a agravada e a segunda agravante, afirma que esta foi constituída para atuar no mercado interno, mais especificamente nas concorrências exclusivas às empresas nacionais. Aduz, ainda, a peça vestibular, que foi em virtude do trabalho da autora que a segunda ré alcançou efetivamente o mercado nacional.

A circunstância de não existir entre elas contrato escrito não é bastante para autorizar a prendida ilegitimidade de parte, dado que a lei permite a representação comercial por pacto verbal.

Por outro lado, não se pode dizer que a peça é inepta, porque apesar da falta de uma melhor clareza a propósito da individuação dos negócios de apresentação em favor de cada qual das rés, de sorte a permitir um perfeito delineamento da atuação (com toda as nuanças a que se refere), traz os elementos indispensáveis a que a ré pudesse alcançar compreensão da postulação.

Quanto a esse ponto, portanto, não é de se dar guarida à insurgência.

DECISÃO

Diante do exposto, dá se parcial provimento ao recurso, para o fim de julgar extinto o feito em relação à co-ré Total Energie, S.N.C.

Em razão da sucumbência experimentada, arcará a vencida com metade das custas e despesas processuais até agora despendidas pelas rés, além de verba honorárias advocatícias, arbitrada, à vista do art. 20, § 4º, CPC, em R$ 600,00.

Presidiu o julgamento o Juiz NELSON FERREIRA e dele participaram os Juízes ULISSES DO VALLE O. RAMOS E ARIOVALDO SANTINI TEODORO.

São Paulo, 24 de setembro de 2002.

Valdik de Souza José

Juiz Relator

5. Agravo de Instrumento 285.411-4/0, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, CAOA COMÉRCIO DE VEÍCULOS IMPORTADOS LTDA e outros x RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA. e outros

ACÓRDÃO

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – ARBITRAGEM – Ação declaratória de nulidade da sentença arbitral estrangeira parcial – Pedido de suspensão do processo arbitral – Indeferimento – Formulação perante jurisdição incompetente – Ausência, ademais, de prova inequívoca da verossimilhança das alegações dos autores, bem como da possibilidade de dano iminente ou de difícil reparação – Juízo de delibação acerca da matéria tratada que, tirante a hipótese da ação declaratória, é da competência absoluta do Egrégio Supremo Tribunal Federal – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 285.411-4/0, da Comarca de SÃO PAULO, em que são agravantes CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA ANDRADE, C.A. DE OLIVEIRA ANDRADE-COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.,

CAOA COMÉRCIO DE VEÍCULOS IMPORTADOS LTDA., CONVEF ADMINISTRADORA DE CONSÓRCIOS LTDA., DEAUVILLE COMÉRCIO DE VEÍCULOS, CAOA CEAZA COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. e CAOA NORTE COMÉRCIOD E VEÍCULOS LTDA., sendo agravadas RENAULT DO BRASIL COMÉRCIO E PARTICIPAÇÕES LTDA., RENAULT DO BRASIL S/A e RENAULT S.A.:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

6. Sentença processo 000.01.004878-2 – CELSO VARGA x TRW AUTOMOTIVE SOUTH AMERICA S/A e CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ

Processo nº:000.01.004878-2

Declaratória (em geral)

Vistos.

CELSO VARGA propôs contra a TRW AUTOMOTIVE SOUTH AMERICA S/A ("TASA") e contra a CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ ação declaratória,onde pede a declaração de nulidade das cláusulas 13.2,13,.13.3e 13.4. do contrato celebrado entre ele e a TASA, com a declaração da "inadequação da arbitragem para a solução de quaisquer controvérsias oriundas do contrato, bem como a inaplicabililidade, por conseqüência, de sua cláusula 13.4."

Em aditamento à petição inicial (fls. 777/778, 4º vol.), em razão de determinação às fls. 775/776, requer que seja "declarada a nulidade da cláusula 5.9 do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá".

Informa o autor que celebrou com a TASA, em 10/12/1997, um "contrato de compra e venda de ações", por meio do qual o autor e familiares venderam suas ações, para a K-H Holding Inc., que posteriormente cedeu seus direitos á Varity Kelsey-Hayes Comercial Ltda.,e posteriormente, foi incorporada pela co-ré TASA.

Em razão de "supostas imprecisões em lançamentos contábeis", pretende a TASA a instalação de tribunal arbitral, com fundamento na cláusula 13.2 do contrato, que nomeia a co-ré Câmara de Comércio.

Recusa o autor a referida instalação, pois: a) exclui do Poder Judiciário a apreciação da matéria, sendo pois inconstitucional; b) inadequação do procedimento arbitral para o caso questionado; c) impossibilidade de solução do conflito alegado, pelo procedimento arbitral; d) inviabilização da ampla defesa do autor.

Com relação a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, alega que as disposições de seu regulamento afrontam a Lei 9.307/96.

Foi deferida a tutela antecipada para suspender a instalação do Tribunal arbitral (fls. 779/781, 4.º vol.) reconsiderando decisão anterior (fls 763) e que foi objeto de recurso (Agravo de Instrumento n.195.664-4, Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Souza Lima, que havia concedido efeito ativo ao agravo e, em razão da reconsideração, julgado prejudicado o recurso).Contra a decisão que deferiu a tutela antecipada, a TASA agravou.

A TASA deu-se por citada (fls. 814) e contestou (fls 846/871, 5º vol.) alegando que a convenção de arbitragem é causa de extinção do processo, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, que o autor alega "a própria torpeza" e que a arbitragem é perfeitamente adequada à solução do conflito existente, não havendo qualquer ilicitude no procedimento que se pretende instalar. Conclui pedindo a extinção do processo sem julgamento do mérito e, assim não sendo, a improcedência. Não juntou documentos.

O autor apresentou sua réplica (fls. 1154/1174), oportunidade em que junta cópia do acórdão do Agravo de Instrumento n. 197.978-4, que negou provimento ao recurso da TASA contra a tutela antecipada (rel. Des. Souza Lima, j. 09/5/2001).

Informa a TASA que o Supremo Tribunal Federal julgou definitivamente constitucional a Lei de Arbitragem, oportunidade em que requer o julgamento antecipado da lide (fls.1180/1182).

O autor (fls.1189) e CÂMARA (fls.1190/1192) também requerem o julgamento antecipado da lide.

É o relatório.

DECIDO.

O processo comporta o julgamento antecipado da lide, como requerido pelas partes, já que a questão fica limitada a matéria de direito.

Aliás, uma das questões de direito ficou superada, ou seja, a questão da constitunalidade da (Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), como demonstrado pela TASA, ao resolver o Supremo Tribunal Federal (SE 5206-7) homologar sentença arbitral estrangeira; ou seja, com a homologação, entendeu-se que sentença arbitral, não homologado por órgão do Poder Judiciário, é válida, produz efeitos e não viola o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

As preliminares ficam afastadas, pois:

a) não há como se considerar a hipótese de extinção sem julgamento do mérito (art. 267, VII, CPC) como requerido pela TASA, pois o que se discute é justamente a validade da convenção de arbitragem. Ou seja. Não se omite a existência sua, mas pretende-se a sua nulidade.

b) Não há a inépcia da petição inicial, como alegado pela Câmara, tendo em vista que o autor alega que o regulamento não esta de acordo com a legislação vigente, logo da narração ocorre a conclusão lógica de pedido de nulidade;

c) há a legitimidade passiva sua, Câmara, pois postula-se declaração de nulidade de dispositivos de seu regulamento;

d) Há interesse processual tendo em vista que com eventual instalação da arbitragem, no caso as cláusulas questionadas não poderão ser aplicadas, caso declaradas nulas, se violadoras de normas cogentes.

Enfim, a solução deve ser obtida no denominado mérito, sendo que um dos fundamentos utilizados já está superado.

Com relação constitucionalidade, outro não poderia ser o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal, como demonstram Joel Dias Figueira Júnior (Arbitragem, Jurisdição e Execução, 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pp.158/171) e J.E. Carreira Alvim (Comentários à Lei de Arbitragem, Ed. Lumen Juris, 2002, pp.45/50).

Nas demais questões, não há como se acolher a pretensão do autor, como se verá e agora se afasta e, por conseqüência, revoga-se, a tutela antecipada deferida.

Para tanto, transcreve-se o fundamento da referida decisão:

"4. Quatro os aspectos que justificam a suspensão do procedimento arbitral:

"a) a própria constitucionalidade da medida, em face da inafastabilidade da jurisdição estatal, matéria essa ainda controvertida no Supremo Tribunal Federal;

"b) a ausência de indicação do objeto da arbitragem, ou seja, violação do §1º, do art. 7.º, da Lei 9.307/96, pois o documento às fls.743/744 não diz qual é a questão controvertida a ser objeto da arbitragem, limitando-se a se referir a um alegado prejuízo, sendo que as cláusulas contratuais mencionadas expressamente (5.1 e 3.1 do anexo 2) nada dizem, de modo a autorizar a sua competente instauração. Ou seja, deveria a ré que requereu a arbitragem dizer qual a falsidade e inexatidão existente;

"c) há a recusa do autor em cumprir a cláusula compromissória, assim, deveria ser obedecido o procedimento do art.7° da lei 9.307/96;

"d) em principio, há violação, também, do art. 2º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, promulgada pelo Decreto 1.902, de 09/5/1996, pois a nomeação do árbitro é de conveniência das partes, não constando na cláusula compromissória qualquer delegação para que isso seja feito por terceiros. O fato de elegerem a co-ré Câmara de Comércio Brasil-Canadá e esta em seu regulamento (itens 5.4 e 5.5) prever a nomeação por ela de um árbitro na hipótese de qualquer das partes se omitirem, não implica na delegação a que se refere a convenção".

Agora, feito o contraditório, não há como se manter tal decisão, sendo de especial relevo a afirmação da TASA quanto ao fato do autor "alegar a própria torpeza" (fls. 859/861), não sendo plausível as escusas apresentadas pelo autor, em sua réplica (fls. 1160), especificamente itens 21/23).

Com efeito, indica Nelson Nery Júnior as circunstancias que envolvem a reserva mental: "a) divergência entre a vontade e a declaração; b) intencionalidade desta mesma divergência, já que se pode defini-la como sendo a emissão de uma declaração não querida em seu conteúdo, tampouco em seu resultado, tendo por único objetivo enganar o declaratório." (Vícios do ato Jurídico e Reserva Mental, Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p. 18).

Ora, não há qualquer justificativa para que tenha assinado o contrato com uma cláusula que entende nula. Ou foi mal assessorado ou sua conduta agora beira a má-fé contratual; não há outra razão para que quando exigida a execução de uma cláusula, alegue a sua nulidade. Se de má-fé, caracterizada a reserva mental; se mal assessorado deve postular indenização de quem não agiu com o descortino necessário.

Anote-se que essa questão é limitada a questão de direito, bastando ver o contrato para se verificar que não foi formulado por advogados e empresários inexperientes ou com experiência limitada as causas locais e rotineiras.

Carreira Alvim ao analisar o art. 4.º da Lei de Arbitragem esclarece que a cláusula compromissória (que é a questionada), além de ser obrigatoriamente estipulada por escrito, para a sua validade deve ser inserida no próprio contrato, fazendo parte dele ou, se em apartado, "fazer referência expressa ao contrato a que se refira". E conclui: "Essa exigência tem por objetivo tornar certa a extensão da cláusula compromissória, pelo que, se não fizer referência expressa a um contrato determinado, mas não houver dúvida de que ele se refere a ele, não há razão para se negar eficácia à convenção." (ob.cit.,p.53).

Outra lição é perfeitamente aplicável a presente demanda.

Ensina Joel Dias Figueira Junior (ob. Cit, p. 184):

> *"Ao redigir a cláusula compromissória, os contratantes* ***podem*** *ou* ***não*** *– trata–se de mera faculdade* ***– reportar-se às regras*** *de algum tribunal arbitral (órgão arbitral institucional) ou entidade especializada. Nesse caso,* ***se ocorrer a necessidade de instauração da jurisdição privada, a sua instituição e processamento realizar-se-ão de acordo com as respectivas regras internas****. Poderão ainda os contratantes estabelecer na própria cláusula, ou em documento diverso, a forma convencionada para a instituição da arbitragem (art.5º)." (destaquei em negrito).*

No mesmo sentido a lição de Beat Walter Rechsteiner (*Arbitragem Privada Internacional no Brasil,* 2ª ed, Ed. Revista dos Tribunais, p. 85): "Como já exposto, são as próprias partes, em primeiro lugar, que determinam a escolha do regulamento do

procedimento arbitral. Destarte, é este que contém, basicamente, as regras processuais a serem observadas, enquanto perdurar o procedimento".

Nesta parte, por fim, vale transcrever trecho de acórdão (Agravo de Instrumento 124.217-4, Tribunal de Justiça de São Paulo, rel. Des. Rodrigues de Carvalho, j. 16/9/1999) copiado pela TASA (fls. 991/1016):

> *Ementa: "**ARBITRAGEM** – Cláusula compromissória – Execução – Existência de acordo prévio em que as partes estabelecem a forma de instituir a arbitragem, adotando as regras de órgão arbitral institucional, ou de entidade especializada – Hipótese de cláusula compromissória cheia – Submissão às normas do órgão, ou entidade, livremente escolhido pelas partes – Desnecessidade de intervenção judicial a firmar o conteúdo do compromisso arbitral – Recurso provido."*

Esse v. acórdão é expresso em justificar, inclusive, a desnecessidade de aplicação do art. 7º da Lei de Arbitragem, ou seja, a cláusula compromissória é "cheia", ou seja, ao contratante, ao eleger um órgão arbitral, adotam-se as regras por ele utilizadas (fls. 999). Veja-se, também, a declaração de voto vencedor do Des. Silveira Neto (fls. 1010/1014).

Em razão dessas lições referidas, corretas na interpretação do sistema jurídico da arbitragem, é que os óbices apontados na decisão liminar acima transcrita (item 4, letras "b", "e" e "d') ficam superados, pois:

a) a cláusula compromissória é válida, pois fixa o objeto da arbitragem, ou seja, **o contrato celebrado entre as partes;**

b) a eleição do órgão arbitral é expressa no contrato, onde consta a cláusula compromissória;

c) as regras do órgão arbitral eram preexistentes quando houve a sua eleição para dirimir as controvérsias, ou seja, **eram de pleno conhecimento das partes contratantes**:

d) não há violação, portanto, do art. 2º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, promulgada pelo Decreto 1.902, de 09/5/1996, ou de qualquer norma cogente, já que se as partes podem acolher regra procedimental estipulado por terceiros, no caso a Câmara de Comércio Brasil-Canadá, e esta prevê a forma a ser resolvida a questão no caso de ausência de nomeação do árbitro pelo contratante, esta norma é válida.

e) as regras do regulamento da CÂMARA asseguram o contraditório, mesmo na hipótese do autor não indicar, voluntariamente, representantes seus como árbitros;

f) não há nenhuma inviabilidade para que a divergência seja resolvida por via de arbitragem. Aliás, caso a demanda fosse resolvida no Poder Judiciário, seria, em princípio, imprescindível a prova pericial em razão da controvérsia envolver questão de fato técnica.

Enfim, a recusa da instalação da arbitragem contratualmente prevista é indevida, já que a pretensão da TASA e o regulamento da CÂMARA obedecem as normas vigentes no sistema jurídico brasileiro, como demonstraram em suas respectivas contestações.

Isto posto, julgo **IMPROCEDENTE** a ação declaratória movida por **CELSO VARGA** contra a **TRW AUTOMOTIVE SOUTH AMERICA S/A** e a **CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ.**

Por conseqüência, **REVOGO** a tutela liminar (fls. 779/781, 4º vol.), para possibilitar, desde logo, a instalação da arbitragem.

Condeno o autor no pagamento das custas e despesas processuais, bem como em honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa (art. 20, § 4º, CPC), em favor de cada uma das rés.

P.R.I.C.

São Paulo, 03 de junho de 2002.

Alexandre Alves Lazzarini
Juiz de Direito Titular

Quinta Parte

Glossário

GLOSSÁRIO: MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS – RDS

Trabalho conjunto dos membros do GT Arbitragem

I. Introdução

Os métodos ou mecanismos de resolução de disputas, por abreviação RDs, surgiram a partir da necessidade de se encontrar formas mais eficientes de solução de conflitos do que o processo judicial. De início buscaram-se meios mais céleres e econômicos de se atingir os resultados obtidos por decisões judiciais. Aos poucos, constatou-se que, além de produzirem soluções mais rápidas e financeiramente menos onerosas, esses métodos privados freqüentemente preservavam relações comerciais entre as partes em disputa e garantiam-lhes mais discrição quanto à exposição da controvérsia ao conhecimento público.

Os métodos não-judiciais de resolução de disputas mais conhecidos no Brasil são, seguramente, a arbitragem, a mediação e a negociação. Esses mecanismos têm sido encontrados na prática com diversas variantes e sob títulos distintos. Além destes, existem vários novos métodos alternativos de solução de disputas que não são muito difundidos no Brasil, apesar de serem de grande eficiência no que concerne à prevenção e resolução de controvérsias se usados corretamente.

O intuito deste glossário é discorrer, de forma breve, sobre os termos mais comuns na literatura sobre resolução de disputas, bem como sobre as questões a eles relacionadas. Todavia, cumpre destacar que os mecanismos classificados aqui estão em suas formas mais comuns na prática. Como são alterados para melhor satisfazer as necessidades das partes em conflito, não há como defini-los de maneira absoluta. Essas formas modificadas de RDs são freqüentemente referidas como *formas híbridas* (ver **Hibridação**). Como exemplo clássico de forma híbrida de RD cita-se a *Med-Arb*, uma composição da mediação com a arbitragem (ver **Med-Arb**).

Cumpre destacar que alguns verbetes não correspondem propriamente a métodos alternativos de resolução de disputas, mas a métodos de prevenção de disputas (MPD). Sua criação deu-se face a crescentes e constantes modificações, ou hibridações, de mecanismos

de RDs a ponto de serem acionados mesmo antes de existir disputa. O exemplo usado com mais freqüência para ilustrar esses métodos de prevenção de disputa é o *partnering* (ver **Parceiragem**).

Finalmente, observe-se que alguns dos verbetes correspondem a elementos que, embora não constituam em si formas de resolução de disputa, possuem tal relevância no estudo de RDs que se mostrou pertinente adicioná-los ao glossário. É o caso da Teoria dos Jogos, ramo da matemática que estuda situações de conflito e que tem sido muito utilizado em análises sobre disputas e formas de resolução.

II. Glossário

AAA: American Arbitration Association. Ver **Associação Americana de Arbitragem.**

Abordagem paralela de RDs (*two-track DR*): Também chamada simplesmente de abordagem paralela, consiste no uso de métodos de resolução de disputas concomitantemente em que se discutem as mesmas questões de fato e de direito ou os mesmos interesses. Essa abordagem é usada em controvérsias nas quais há interesse de uma ou mais partes em permanecer em um processo judicial enquanto se busca, de forma paralela, resolver o conflito por meio de RDs. A abordagem paralela mostra-se especialmente útil em disputas que requerem medidas cautelares que não poderiam ser facilmente obtidas por intermédio de um processo autocompositivo de resolução de disputas como, por exemplo, a mediação.

Acordo sobre Arbitragem Comercial do Mercosul: Realizado em julho de 1998 entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, regula a arbitragem como meio de resolução de disputas decorrentes de contratos comerciais que tenham algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com o Mercosul ou sede em um dos Estados-parte. O texto do acordo dispõe, entre outros tópicos, acerca dos requisitos formais da convenção arbitral e das normas gerais de procedimento que devem orientar a arbitragem.

American Arbitration Association: Ver **Associação Americana de Arbitragem**.

Arbitragem: A arbitragem é o mais tradicional e conhecido método privado de resolução de disputas. Ela consiste no processo segundo o qual as partes em disputa escolhem um terceiro, neutro ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para analisar e decidir questões de fato e de direito. Em geral, além de ser um procedimento mais informal do que os procedimentos judiciais porventura pertinentes, na arbitragem as partes podem também estabelecer suas próprias regras procedimentais.

Cumpre destacar que, em regra, a decisão arbitral é irrecorrível e não requer homologação por juiz de direito. A exceção a esta regra encontra-se disciplinada no art. 24 da lei nº 9.099/95 (Arbritragem no âmbito de Juizados Especiais).

Quanto à sua natureza gerencial, a arbitragem pode ser administrada (ou institucional) ou não administrada (ou *ad hoc*). Entende-se por arbitragem administrada aquela na qual a instituição que indicou (ou aceitou a indicação das partes) o árbitro administra os demais atos e procedimentos arbitrais, *e.g.*, a notificação das partes ou até mesmo a escolha de uma sala para a arbitragem. Já na forma não administrada tais tarefas ficam a cargo exclusivamente do árbitro.

O processo arbitral inicia-se em virtude de um consenso das partes, o qual pode ocorrer após o fato causador da disputa, por intermédio do compromisso arbitral. Esse consenso pode também ser explicitado em um contrato por meio de uma cláusula compromissória. Todavia, cumpre destacar que contratos de adesão com cláusulas prevendo a arbitragem como método de resolução de controvérsias poderão ser, nesse ponto, anuláveis, se houver a imperfeita manifestação de vontade das partes (ver **Arbitragem**, m. **Convenção de Arbitragem**).

Ao término do processo de arbitragem, chega-se a uma decisão arbitral que, no Brasil, produz os mesmos efeitos de uma sentença proferida no Poder Judiciário e tem validade de título executivo judicial. (ver **Arbitragem**, o. **Laudo arbitral**, p. **Sentença arbitral**)

a. **Arbitrabilidade:** De acordo com a Lei n.º 9.307/96, só poderão constituir objeto de arbitragem os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. São disponíveis os direitos cujo exercício não seja imposto por norma cogente. Em termos gerais, pode-se dizer que serão arbitráveis as causas (1) concernentes a matérias não especificamente reservadas pelo Estado por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e (2) nas quais as partes possam dispor acerca do bem objeto do litígio.

b. **Arbitragem de incentivo:** Planejada para garantir o adimplemento espontâneo da sentença arbitral, a arbitragem de incentivo consiste no processo arbitral que contenha cláusula prevendo uma dedução ou desconto caso a parte sucumbente cumpra a decisão arbitral espontaneamente. Em geral, o árbitro comunica sua decisão às partes indicando que se a parte sucumbente efetuar o pagamento decorrente de sua condenação em prazo estipulado, tal valor terá uma dedução em função de seu adimplemento espontâneo. Cumpre destacar que, para existir tal incentivo em uma arbitragem, as partes devem, de forma expressa, dispor sobre o prazo para cumprimento e o valor da dedução por adimplemento espontâneo no compromisso arbitral ou na cláusula compromissória.

c. **Arbitragem de oferta final:** Usada principalmente em disputas versando sobre direito comercial ou empresarial, o mecanismo de oferta final em arbitragem consiste na prática das partes, individualmente, submeterem ao árbitro propostas de decisão. Ao término do processo arbitral, o árbitro escolhe, sem fazer alterações, uma dessas propostas como sua própria decisão. Esse mecanismo surgiu para ser usado quando se pretende reduzir o campo de atuação (ou discricionariedade) do árbitro. Em virtude dessa modificação no processo arbitral, é comum as partes fazerem ofertas consideradas

pelas mesmas como justas, pois pretendem persuadir o árbitro a escolhê-las. Assim, evita-se que as partes demandem, na arbitragem, valores acima do que realmente pensam ser corretos ou justos.

Uma interessante variação da arbitragem de oferta final consiste na prática de não se divulgar as propostas de decisão das partes até que o árbitro tenha decidido questões de fato e de direito. Neste caso, juntamente com as primeiras juntadas de documentos, as partes entregam ao árbitro ou à instituição administradora envelopes lacrados com as propostas. Após a comunicação da decisão do árbitro, elas, em sua presença, abrem os envelopes e verificam qual proposta prevalecerá como sentença arbitral, ou seja, verifica-se qual proposta mais se aproximou da "pré-decisão" arbitral. Denomina-se essa variante de **arbitragem de oferta-final às cegas**.

d. **Arbitragem delimitada (*bracketed arbitration*):** Consiste no método alterado de arbitragem segundo o qual as partes convencionam, em compromisso arbitral, que o árbitro deverá decidir dentro de limites previamente negociados pelas partes. Esses limites costumam ter origem em outros métodos de RD nos quais não houve acordo. *E.g.*, após diversas audiências de mediação o requerente permanece demandando R$ 100.000,00 e o requerido está disposto a acordar por apenas R$ 60.000,00. Verificado o impasse, sugere-se às partes uma arbitragem delimitada, na qual o árbitro deverá decidir tendo como limites do valor da sentença arbitral as últimas ofertas feitas pelas partes na mediação.

e. **Arbitragem institucional:** Arbitragem conduzida sob as regras de um órgão permanente e imparcial, nacional ou internacional. Essas instituições provêem diversas facilidades à arbitragem, oferecendo lista de possíveis árbitros, espaço para a realização do processo, regras de procedimento, etc. A referência a uma instituição de arbitragem é uma escolha útil na medida em que permite às partes valerem-se da experiência de uma instituição especializada ao mesmo tempo em que economizam tempo na definição das regras a serem aplicadas.

No Brasil, a Lei n.º 9.307/96, em seu artigo 5º, admite a possibilidade de reportarem-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de uma câmara de arbitragem.

f. **Arbitragem não vinculante:** Forma de arbitragem em que a decisão proferida pelo árbitro não é obrigatória para as partes, ou seja, as partes podem escolher se aceitam ou não a senteça arbitral. Diferencia-se da mediação avaliadora por envolver ritos e procedimentos organizados. Ver **Mediação Avaliadora**.

g. **Arbitragem permanente:** Forma de arbitragem que, ao invés de ser instituída *ad hoc* em face de um caso concreto, é estruturada de modo a resolver disputas continuamente no decorrer do relacionamento.

h. **Arbitragem por eqüidade:** A arbitragem por eqüidade consiste no processo segundo o qual as partes em disputa escolhem uma terceira parte, neutra ao conflito,

ou um painel de pessoas sem interesse na causa para analisar e decidir questões tendo como fundamento para suas decisões não necessariamente o direito a elas aplicável, mas o conceito de justiça e eqüidade que o árbitro venha a ter.

i. **Arbitragem requerida judicialmente:** Empregada em disputas em que há controvérsias sobre questões procedimentais que impedem o início do processo arbitral (por exemplo, foro, árbitro ou câmara arbitral), a arbitragem requerida judicialmente trata-se do processo arbitral com intervenção do Judiciário, para resolver tais questões. O requerimento judicial para que se inicie uma arbitragem é muito comum em disputas nas quais houve, na cláusula compromissória, obscuridade quanto ao foro, número de árbitros, câmara arbitral e outros detalhes procedimentais.

j. **Árbitro :** É um terceiro indicado pelas partes para solucionar a controvérsia impondo uma decisão para o caso concreto. O árbitro geralmente é alguém com ampla experiência em resolução de disputas (*e.g.* um juiz aposentado) ou com profundos conhecimentos sobre o objeto do conflito.

k. **Cláusula arbitral vazia:** É aquela que não dispõe acerca de elemento essencial do processo de arbitragem. O sistema brasileiro admite que o árbitro decida todos os detalhes do processo que não foram determinados pelas partes. Assim, só será considerada vazia a cláusula que não dispuser acerca das indicações para a nomeação dos árbitros. Ver **Arbitragem**, m. **convenção de arbitragem.**

l. **Competência do árbitro**: Tem o árbitro, em decorrência da autonomia da cláusula compromissória (ver Lei n.º 9.307/96, art. 8º, *caput* e parágrafo único), a possibilidade de decidir controvérsias referentes à convenção de arbitragem. Relaciona-se esta disposição com o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, segundo o qual o árbitro é competente para decidir sobre a eficácia e extensão dos poderes a ele conferidos pelas partes por via de cláusula compromissória ou compromisso arbitral. Observe-se que no Brasil a decisão do árbitro quanto à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem pode ser discutida judicialmente.

m. **Convenção de arbitragem:** Trata-se de um negócio jurídico destinado a estatuir que lides determinadas ou determináveis sejam subtraídas da jurisdição estatal e entregues a uma instância arbitral. Destarte, produz dois efeitos: o negativo, que retira a competência da via judicial estatal para julgar o mérito da causa, e o positivo, que confere a um tribunal arbitral ou a um árbitro a atribuição jurisdicional de solucionar a lide. A convenção de arbitragem pode se apresentar de duas formas: ou como **compromisso arbitral**, ou como **cláusula compromissória**. Uma das diferenças entre as duas formas reside no seu objeto. Enquanto o **compromisso arbitral** abrange disputas existentes e perfeitamente delineáveis, isto é, uma controvérsia já surgida entre as partes, a **cláusula compromissória** alcança um conflito futuro eventual, ou seja, ela é genérica e submete à arbitragem todas as disputas que possam surgir de uma determinada relação jurídica entre as partes.

n. **Execução da sentença arbitral:** No Brasil, assim como na maioria dos ordenamentos que admitem a arbitragem, o árbitro não tem poder para forçar a execução de sua decisão. A decisão, entretanto, tem validade de título executivo judicial (art. 584, VI do Código de Processo Civil), o que permite sua execução pelo Poder Judiciário.

o. **Laudo arbitral:** É o ato do árbitro que põe fim à arbitragem, decidindo as questões de fato e de direito a ele conduzidas pelas partes em conflito. (ver **Arbitragem**, p. **Sentença Arbitral**). No Brasil, contudo, tem-se utilizado o termo sentença arbitral para se referir à decisão do árbitro que encerra o processo, sendo essa a nomenclatura adotada na Lei nº 9.307/96. Na Colômbia, a legislação de processo utiliza as duas expressões indistintamente, assim como fazia a lei italiana antes da reforma de 1994. França, Bélgica e México preferem a utilização do termo *sentença arbitral*, enquanto Espanha, Peru, Uruguai e, a partir de 1994, a Itália, consagraram em seus ordenamentos a locução *laudo arbitral*. Ver **Arbitragem**, p. **Sentença Arbitral**.

p. **Sentença arbitral:** É o ato do árbitro que põe fim à arbitragem, decidindo as questões de fato e de direito a ele levadas pelas partes em disputa. A sentença arbitral deverá conter, como as sentenças proferidas por juízes togados: a) relatório, utilizado para se resumir o litígio, as principais ocorrências e fases do processo arbitral, além da qualificação das partes; b) motivação, em que o árbitro indicará os fundamentos de sua decisão; e c) dispositivo, cujo fim é o de expor os comandos que representam o ato decisório em si. Como quarto requisito da sentença arbitral tem-se a data e lugar em que foi proferido. Esse último elemento é muito importante, pois conforme a legislação brasileira, é nacional a sentença proferida no território brasileiro, e estrangeira a proferida fora dele.

q. **Terceiro árbitro:** Podem as partes estabelecer que cada uma terá direito a escolher um dos árbitros que formarão o painel encarregado da decisão. Nesse caso, o terceiro árbitro é aquele membro neutro do painel, escolhido por acordo entre as partes, por acordo entre os árbitros apontados pelas partes ou por decisão de instituição de arbitragem contratada.

Arbitramento: Consiste em um aperfeiçoamento da vontade dos contratantes realizado por terceiro a quem é dado o poder de fixar, no lugar das partes, um elemento do contrato. A especificação deste elemento pelo arbitrador é necessária ao contrato em formação e obriga as partes contratantes. O termo não se refere a um processo de resolução de disputas, dado que ao arbitrador não é atribuída a tarefa de resolver uma controvérsia, mas sim de preencher um vazio percebido no contrato.

Arb-Med: Forma híbrida de RD em que um terceiro define uma solução para o caso e depois inicia o processo de mediação. Normalmente a solução é escondida das partes, sendo revelada somente quando e se falhar a mediação.

Na Arb-Med há a garantia de que quaisquer confidências apresentadas ao terceiro não influirão na decisão arbitral, o que é muitas vezes um motivo de predileção deste método sobre o também híbrido Med-Arb.

Em menor freqüência, o termo é associado à resolução simultânea de uma disputa multi-facetada por mediação e arbitragem, ficando cada um destes processos responsável pela resolução de um ou mais aspectos do conflito.

Associação Americana de Arbitragem (*American Arbitration Association)*: É a instituição de arbitragem sem fins lucrativos mais antiga dos Estados Unidos. Fundada em 1926, originou-se de acordo mediado entre duas organizações concorrentes, a *Arbitration Society of America* e a *Arbitration Foundation*. Foi pioneira no desenvolvimento e uso de diversos procedimentos de RAD, sendo que tem trabalhado ativamente para publicar e promover processos alternativos de solução de disputas. Sua atuação mais importante, contudo, é a de administrar grande parte da arbitragem comercial e trabalhista nos EUA.

Autocomposição: Forma de solução, resolução ou decisão do litígio decorrente de obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro. Apresenta como características fundamentais a ausência de terceiro com poder de decisão vinculativa e a acomodação das pretensões das partes decorrente de ajuste voluntário entre elas. Pode ser direta ou bipolar, quando as próprias partes resolvem as questões em disputa, ou assistida (também chamada de indireta ou triangular), quando as partes são estimuladas por terceiro neutro a compor a disputa. Atualmente, entende-se que o ajuste voluntário não necessariamente implica sacrifícios ou concessões a serem realizados por uma das partes, sendo admissível a existência de soluções integrativas que acomodem os interesses de todos os envolvidos sem a necessidade de concessões mútuas.

Avaliação neutra preliminar (e*arly neutral evaluation)*: Também se diz avaliação imparcial antecipada. Chegando as negociações a um impasse, antes de iniciar um outro método alternativo de resolução de disputas ou antes de ingressar no Judiciário, as partes podem querer ouvir a opinião de um especialista sobre a disputa. A avaliação dá confiança às partes de que as soluções por elas propostas são razoáveis (ou demonstra que são desarrazoadas), e o acordo feito com base nela tem mais respaldo, sendo defensável com a autoridade do avaliador contra críticas exteriores.

Avaliação preliminar de conflitos (e*arly dispute evaluation)*: Usada principalmente por departamentos jurídicos de grandes empresas, a avaliação preliminar de conflitos consiste na análise do conflito para se definir qual forma de resolução é a mais adequada. Ao se analisar cada disputa, estima-se o tempo a ser despendido na disputa caso seja resolvida judicialmente, por mediação, arbitragem ou outro método de RD. Leva-se em consideração, também, o custo do método a ser escolhido, a publicidade que a questão atingirá, a importância da transação envolvida e do volume de negócios que a parte contrária tem com a empresa, a exeqüibilidade da decisão, caso não seja cumprida de forma espontânea etc. A avaliação preliminar de conflitos pode contribuir bastante para a redução de custos com a solução da controvérsia, assim como permitir um maior controle de resultados por parte da empresa que a efetua.

Co-Med-Arb: Método híbrido de RD no qual mediadores e árbitros agem simultaneamente e coordenam seus papéis. Busca-se com esse híbrido permitir que um árbitro tome conhecimento da causa de modo a agir mais rapidamente se não se chegar a um acordo na mediação. Geralmente a Co-Med-Arb possui três fases: (1) troca de informações; (2) mediação, na qual o mediador pode discutir com o árbitro somente questões relativas a procedimento (e nunca relativas à substância da disputa); (3) arbitragem, ficando o mediador disponível para facilitar discussões tendentes a acordo (essa fase só ocorrerá se a fase 2 não tiver resolvido a questão).

Há também quem entenda Co-Med-Arb como processo no qual duas ou mais pessoas atuam como mediadores/árbitros na mesma causa. Ver **Arb-med, Med-arb.**

Conciliação: Entre os critérios comumente apontados para diferenciar conciliação e mediação aponta-se a orientação ou o papel interventivo, diretivo ou sugestionador que o terceiro imparcial exerce na conciliação. Há também quem distinga os termos a partir da volutariedade e da confidencialidade ínsitas à mediação, em comparação ao caráter imperativo e público que teria a conciliação. Tais critérios, que não constituem uma lista exaustiva, seguramente não são utilizados de forma unânime ou homogênea pela doutrina.

Os conceitos de conciliação e mediação são frequentemente caracterizados como distintos institutos sendo aquele meio autocompositivo definido como "uma forma de intervenção mais passiva e menos estruturada do que a mediação" (YARN, Douglas E., *Dictionary of Conflict Resolution*, São Francisco, CA: Ed. Jossey-Bass, 1999, p. 102). Outros sustentam que "a conciliação é o componente psicológico da mediação na qual uma terceira parte busca criar uma atmosfera de confiança e cooperação que seja produtiva como negociação" (MOORE, Christopher, *O Processo de Mediação*, Porto Alegre: Ed. Artes Médicas, 1998, p. 177).

Por outro lado, o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) define a conciliação como processo "não-adversarial e voluntário" de resolução de controvérsias no qual se busca obter solução consensual por intermédio de participação diretiva e avaliadora do conciliador, que opina quanto ao mérito e propõe soluções.

A posição do Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília direciona-se no sentido de que ambos os conceitos são sinônimos imperfeitos por serem apenas orientações distintas de desenvolvimento profissional quanto à autocomposição (*v.* RISKIN, Leonard L. *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, 1 Harvard Negotiation Law Review 7, p. 25, 1996 – publicado em português na obra AZEVEDO, André Gomma (org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*, Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002). Cabe registrar que essa unificação terminológica tem sido adotada em diversos países como o Canadá, o Reino Unido, e a Autrália (SINGER, L. R. *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*.

Coulder, CO: Ed. Westview, 1990). Ademais, no contexto Brasileiro, quando o legislador buscou inspiração no direito comparado para incorporar ao nosso ordenamento jurídico estrutura semelhante aos *small claims courts* norte-americanos, introduziu com os juizados especiais (Lei nº 9.099/95) o que nos EUA denominava-se mediation (mediação) usando o termo "conciliação" possivelmente por ser este o termo utilizado no Brasil desde as Ordenações Filipinas até a Constituição Federal atual. Ver **Conciliação judicial, Mediação**.

Conciliação-arbitragem: Processo híbrido que tem sido promovido na Grã-Bretanha. Após tentar a conciliação, o terceiro neutro apresenta uma sentença arbitral provisória. As partes podem impugnar a sentença provisória, aduzindo elementos antes da produção da sentença arbitral final. Se ambas as partes aceitarem a sentença final, ela se torna vinculante. Se ambas as partes recusarem, a sentença passa a ter caráter meramente sugestivo. Entretanto, se uma parte aceitar e outra não, a parte que não aceitou a sentença terá de ressarcir os custos de todas as partes. Essa obrigação de ressarcir os custos, contudo, deixa de ter efeito se a parte que recusou a sentença tiver aproveitado, como resultado de litígio judicial posterior, valor superior ao previsto na sentença arbitral em um terço ou outra porcentagem prevista em contrato.

Conciliação judicial: Denomina-se conciliação judicial a fase do processo em que o juiz discute com as partes sobre a possibilidade de elas entrarem em acordo e, assim, extinguir-se o processo judicial. (ver **Mediação**).

CONIMA: Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.

Convenção de Nova Iorque: Preparada pela ONU em 1958 e em vigor desde 1959, dispõe acerca da admissão de sentenças arbitrais estrangeiras pelos países signatários. Da Convenção surge a obrigação para o Estado contratante de reconhecer sentenças arbitrais estrangeiras como vinculantes e executá-las de acordo com as regras de procedimento do território do país em que se apresente. É estipulado que não deve haver discriminação entre sentenças arbitrais nacionais e estrangeiras. A Convenção define também, entre outras disposições, a regra formal para a cláusula compromissória (deve se apresentar em um acordo escrito) e os casos de recusa de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira.

Em 23 de julho de 2002, o Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, assinou o Decreto nº 4.311, promulgando a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – Convenção de Nova Iorque. Ver **Arbitragem,** n. **Execução da sentença arbitral**

Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção do Panamá): Datada de 1975, foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 90 de 1995. Seu texto visa a definir normas comuns à arbitragem comercial internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Emprisionamento: Processo psicológico que ocorre quando o indivíduo mantém um curso de ação devido ao fato de já haver investido nesse curso. Em geral tem conotações negativas devido ao fato de que estimula a manutenção de relacionamentos ou acordos claramente prejudiciais devido à dificuldade de abandoná-los após se ter gasto tempo e recursos. Ver **Falácia Concorde**.

Estratégia multi-processual (*multi-track strategy*): Estratégia de RD em que se utiliza simultaneamente mais de um processo de resolução de disputas. Geralmente se escolhe um processo vinculante (arbitragem, processo judicial) concomitantemente a um processo conciliatório (mediação). Embora tal estratégia possa aumentar o poder de negociação, ela pode também aumentar custos e pontos de conflito. Ver **Abordagem paralela de RDs.**

Facilitador: O facilitador é um terceiro neutro cujo objetivo é auxiliar as partes no que se refere aos métodos utilizados para a resolução da disputa. É em geral um especialista em processos. Diferencia-se de um mediador por não debater questões substanciais, buscando somente alcançar consenso quanto a pontos complexos de procedimento.

Fact finding: Em sentido amplo, processo de determinação dos fatos relevantes à controvérsia. Este processo parte da noção de que as partes tendem a se apegar à sua versão dos fatos, gastando energia na manutenção de tal versão ao invés de na resolução do problema. Busca-se, então, definir os fatos que deram origem à questão de modo a isolar a etapa de caracterização do problema da etapa de resolução da disputa, evitando assim dispêndio desnecessário de recursos.

Em sentido estrito, o processo compreende o estabelecimento de uma terceira parte neutra que investiga os fatos e apresenta um relatório ao final. Esta terceira parte geralmente é dotada de capacidade técnica e prestígio em face dos litigantes, de modo que seu relatório seja aceito de forma pacífica. Este relatório pode ser utilizado como base para a solução da disputa.

Falácia concorde: Raciocínio que induz a parte a continuar a investir em um projeto devido ao fato de já ter investido anteriormente. O indivíduo acredita que, tendo já gasto determinada soma de recursos, deve continuar o projeto, mesmo que este não proporcione os benefícios planejados. A perspectiva é de continuar o que já foi começado para "não jogar todo o trabalho fora". Essa noção é falsa na medida em que o trabalho adicional pode vir a ser responsável por significativos prejuízos marginais. O nome falácia concorde vem da construção do avião Concorde, na qual os governos francês e inglês continuaram a investir na produção da aeronave mesmo após se tornar claro que o projeto não seria capaz de dar lucro. Ver **Emprisionamento.**

Gestão de conflitos: Entende-se por gestão de conflitos a prática e estudo que têm por objeto a análise de disputas e o planejamento para se otimizarem os recursos a serem usados no processo de sua resolução. Uma das funções mais comuns dentro

da prática da gestão de conflitos é a escolha do método de RD a ser aplicado a cada caso específico.

Heterocomposição: Forma de solução de disputas na qual um terceiro impõe uma decisão à qual as partes estão vinculadas. Apresenta como características fundamentais: (1) a presença de um terceiro com poder de decisão vinculativo; (2) a lide, ou seja, a contraposição de conflitos de interesse; (3) a definidade, ou seja, a imutabilidade de decisões transitadas em julgado; (4) a substitutividade, ou seja, a atribuição do heterocompositor de substituir a vontade das partes para definitivamente compor a lide. A arbitragem e o processo judicial são meios heterocompositivos de solução de disputas.

Hibridação: Consiste na possibilidade de um mecanismo de resolução de disputas adotar características ou procedimentos de outro(s) método(s). O termo híbrido é utilizado na literatura de resolução de conflitos para indicar uma classe de processos cujas características advêm simultaneamente de métodos heterocompositivos e de métodos conciliatórios. A **Arb-Med** é um exemplo de método híbrido.

International Chamber of Commerce International Court of Arbitration: Vinculada à Câmara Internacional de Comércio (CIC), a Corte Internacional de Arbitragem é uma das mais importantes instituições no campo de resolução de disputas internacionais de negócios. Composta de membros de 77 países, a Corte supervisiona a aplicação das Regras de Arbitragem da CIC. Embora não julgue diretamente as matérias submetidas à arbitragem da CIC, a Corte é responsável, entre outras atribuições, por: apontar árbitros e ratificar indicações realizadas por terceiros; fixar os honorários dos árbitros; monitorar o processo de arbitragem; promover escrutínio da decisão arbitral de modo a avaliar sua qualidade antes de aprová-la (a decisão arbitral do árbitro ou árbitros, quando utilizado o procedimento de arbitragem da CIC, deve ser aprovada pela Corte Internacional de Arbitragem).

International Court of Arbitration: Ver International Chamber of Commerce International Court of Arbitration.

Interesse: Necessidades ou preocupações básicas tidas pelo indivíduo. Em uma disputa, o interesse motiva as demandas da parte, mas não se confunde com a posição que a parte toma na negociação. De fato, muitas vezes a posição tomada pelo indivíduo com o objetivo de proteger um interesse pode vir a causar dano a este interesse (*e.g.* um vendedor que, objetivando maior lucro, não oferece um desconto e acaba não efetuando uma venda – a posição que deveria defender seu interesse acabou por prejudicá-lo).

Os interesses de um indivíduo raramente estão dispostos de forma clara em uma disputa. A situação de conflito tende a tornar as partes mais tensas e defensivas, o que estimula (1) a intransigência na manutenção de uma posição que muitas vezes não protege seus interesses subjacentes e (2) a indisposição em revelar informações pessoais sobre interesses que possam servir de "munição" ao oponente. Ao se agarrar a essa posição, a

parte sente que está resistindo aos ataques do adversário, defendendo supostamente desta maneira seus interesses.

Em uma disputa, a percepção dos interesses subjacentes das partes pode permitir que elas se afastem da ancoragem em posições e, conseqüentemente, que criem novas soluções que otimizem seu bem-estar ao fim do estado de conflito. Por esse motivo, a sondagem dos interesses é uma das principais preocupações de mediadores experientes.

Instituição de arbitragem: ver **Arbitragem**, e. **arbitragem institucional**

Júri simulado: Também conhecido como julgamento sumário pelo júri, é um julgamento abreviado, no qual os advogados defendem suas alegações perante um júri, que, ao final, apresenta um veredicto não vinculante, como se fosse um julgamento convencional. Pode ocorrer por ordem ou sob o patrocínio do tribunal, que permitirá que o júri seja selecionado dentre o corpo de jurados oficial. Pode-se conduzir o júri simulado de forma privada, por um corpo privado de jurados. Um dos seus objetivos é fornecer aos litigantes uma previsão da probabilidade de sucesso caso se inicie realmente um processo judicial. Também é designado para dar um *feedback* ao advogado e às partes, de forma que eles possam ajustar suas posições de acordo. O júri simulado pode ser muito eficaz quando a previsão do resultado feita pelo avaliador não for tão persuasiva quanto a decisão dos jurados.

Surgido nos EUA, tem maior aplicabilidade lá devido à ampla utilização do júri, que no Brasil se restringe aos crimes dolosos contra a vida. Parece ser mais aplicável neste País um método semelhante, o mini-julgamento (ver **Mini-julgamento**).

MAANA: Ver **Negociação**, t. **Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo**

Med-Arb: Forma híbrida mais utilizada de RD, consiste no processo iniciado por mediação, dentro do qual as partes escolhem um terceiro, neutro ao conflito, para auxiliá-las a chegar a um acordo mutuamente aceitável. Caso a mediação falhe, as partes levarão a matéria a um árbitro, que irá proferir decisão de caráter obrigatório para ambas.

Existem vantagens importantes do processo de Med-Arb sobre a mediação convencional seguida de um processo puro de arbitragem. Isto porque, as partes podem acertar vários pontos menores durante a fase de mediação, deixando apenas algumas questões de mérito, ou poucas questões de relevo, para serem decididas na fase arbitral. Dessa forma, o Med-Arb tem como objetivo reunir as vantagens e benefícios da mediação e da arbitragem.

Med-Arb 2: Variação de Med-Arb que permite às partes escolherem se o mediador irá assumir o papel do árbitro. Se alguma parte objetar quanto à manutenção do mediador como árbitro, todos irão à arbitragem com outro neutro.

O processo de Med-Arb tradicional é bastante criticado por dois principais motivos: (1) o neutro pode, em razão das informações obtidas no processo de mediação, assumir

uma posição que comprometa a imparcialidade da decisão arbitral; (2) sabendo que o neutro tomará decisão arbitral influenciado pelo que descobrir na mediação, a parte possivelmente ocultará nesta fase informações relevantes e talvez até vitais para a solução sem recorrer à arbitragem. O Med-Arb 2 procura contornar estes problemas ao permitir que as partes observem o comportamento do mediador e definam, posteriormente à mediação e anteriormente à arbitragem, se é de seu interesse que o neutro, já familiarizado com a situação, assuma a arbitragem.

Med-Arb contingente: Variação de Med-Arb na qual a arbitragem depende de acordo das partes após o início da mediação. Este híbrido busca evitar que mediadores ou árbitros usem seu poder para forçar acordos durante a fase de mediação.

Mediação: Um dos métodos mais conhecidos e utilizados de RD, a mediação é 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, para auxiliá-las a chegar a um acordo, pondo fim à controvérsia existente. Nesse espírito, são elas mesmas que encontrarão a solução para o problema, ajudadas, em menor ou maior escala, pelo mediador. Como regra, busca-se a mediação quando as partes não mais acreditam que são capazes de resolver o conflito sozinhas. Pode ser entendida, também, como uma negociação assistida ou negociação expandida. Contudo, o mediador, diferentemente do árbitro dentro do processo arbitral, não profere decisão alguma. (ver **Conciliação**).

a. **Cláusula de mediação:** Cláusula contratual em que as partes concordam em submeter à mediação futuras disputas concernentes às relações contratuais. Essa cláusula tem um teor mais indicativo do que cogente; a idéia é organizar as relações entre as partes de modo que a definição do processo de resolução de disputas ocorra antes que o conflito e o desacordo surjam. Por outro lado, se uma parte tentar utilizar da cláusula para forçar a outra a entrar em uma mediação, pouco ganhará, pois a parte coagida pouco contribuirá em um processo que se baseia essencialmente na cooperação.

b. **Co-mediação**: Mediação em que dois ou mais mediadores conduzem o processo. Entre os motivos para a adição de outro mediador estão: (1) permitir que as habilidades e experiência de dois ou mais mediadores sejam canalizadas para a resolução da disputa; (2) oferecer mediadores com perfis culturais ou gêneros distintos, de modo que as partes sintam menor probabilidade de parcialidade e interpretações tendenciosas por parte dos terceiros neutros; (3) treinamento supervisionado de mediadores aprendizes.

c. **Empoderamento:** Fala-se em empoderamento quando o terceiro neutro ampara a parte de modo a capacitá-la a melhor resolver a questão que lhe aflige. Este procedimento, que pode ocorrer através de treinamento em técnicas de negociação e outras formas de amparo, visa a criar uma estrutura que potencialize a resolução vantajosa da disputa para ambas as partes, bem como prepará-las para lidar com disputas posteriores de maneira mais eficiente.

d. **Equilíbrio de poder:** Distribuição entre as partes da influência sobre o decorrer e o resultado do processo. Na doutrina sobre mediação, há uma corrente que identifica a redistribuição do poder com fins eqüitativos como necessária a uma negociação justa entre as partes; outra corrente propugna a não-intervenção por parte do mediador, considerando a exigência de que este seja neutro ao conflito. Ver **Mediação**, c. **Empoderamento.**

e. **Intensificar:** Técnica em mediação na qual o neutro destaca um assunto que vem sendo negligenciado no caso, colocando-o em foco.

f. **Mediação avaliadora:** Também chamada de mediação diretiva. O mediador, além de ajudar na comunicação, como na mediação facilitadora (ver **Mediação**, g. **Mediação facilitadora**), opina sobre as questões de fato e de direito, sugerindo às partes a solução que consideraria mais justa, os termos em que um acordo deveria ser aceito. Em teoria, pelo fato de ser a opinião de um terceiro desinteressado, a parte em disputa geralmente tende a aceitá-la com mais facilidade do que se fosse dada pelo adversário. O mediador avaliador informa sobre os possíveis resultados da disputa, se levada ao Judiciário. A mediação avaliadora equipara-se ao que o Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) define como "conciliação". (ver **Conciliação**).

g. **Mediação facilitadora:** Também chamada de mediação não-avaliadora ou de mediação não-diretiva. O mediador exerce o papel de um facilitador da negociação entre as partes, ou seja, procura focalizar seus interesses, ajudando-as a melhor compreenderem as RD. Nessa modalidade de mediação, o mediador não dá sugestões, não expõe suas opiniões sobre os pedidos das partes, nem sobre as possibilidades de acordo. Ele somente atua de maneira a aproximar as partes, propiciando o entendimento por meio da convergência de interesses que estas demonstrem ao longo do processo. Com isso, passa a existir uma parceria entre elas, pois compõem uma mesma relação, cujo objetivo é a solução da controvérsia existente.

h. **Mediador:** É um terceiro que ajuda as partes em disputa a alcançar uma solução mutuamente satisfatória, não tendo porém autoridade para impor decisões que obriguem as partes. Espera-se que o mediador seja neutro e imparcial no trato com as partes e que não tenha interesse na causa. Um bom mediador geralmente é alguém treinado em teoria da negociação.

Não há necessidade que o mediador seja um especialista na área em que age, mas se espera que tenha um conhecimento, mesmo que superficial, das questões em disputa. Observe-se que, quanto mais a função do mediador disser respeito à condução do processo de negociação, menos ele precisa ter conhecimento substancial do que é negociado. Entretanto, se o mediador intervém na questão substancial, necessita de robusto conhecimento técnico. Ver **Mediação**, f. **Mediação Avaliadora** e **Mediação**, g. **Mediação Facilitadora**.

i. **Neutralidade focal:** Em mediação, relaciona-se a uma conduta intervencionista do mediador no sentido de promover equilíbrio entre as partes. A premissa é de que a não-

intervenção a título de neutralidade pode implicar em favorecimento à parte mais poderosa na disputa.

j. **Reunião conjunta:** Elemento do processo de mediação no qual o mediador reúne-se com todas as partes, com os fins de ouvir informações, promover discussões abertas e tomar decisões. Ver **Mediação**, k. **Reunião privada.**

k. **Reunião privada:** Elemento do processo de mediação no qual o mediador reúne-se com apenas uma das partes. A reunião privada permite à parte revelar ao mediador informações relevantes à disputa que não gostaria que chegassem ao conhecimento da outra parte. Ao retirar a outra parte da sala, a parte também tende a se sentir menos tensa e mais relaxada, direcionando assim menos energia ao combate infrutífero com a outra parte e mais energia à resolução eficiente da disputa. Ver **Mediação**, j. **Reunião conjunta.**

l. **Técnicas de balanceamento de poder:** Métodos através dos quais o mediador pode alterar o equilíbrio de poder entre as partes com o escopo de distribuí-lo mais eqüitativamente.

As técnicas comumente aceitas de balanceamento consistem em estabelecer um número de regras básicas que vinculem ambas as partes de modo a evitar excessos que intimidem a parte mais fraca. Há também outras técnicas de balanceamento relacionadas ao nível de empoderamento de uma parte, as quais tem sido objeto de discussão quanto a qual é o grau de intervenção lícito ao mediador de modo a não comprometer sua imparcialidade e desinteresse na causa. Ver também **Mediação,** c. **Empoderamento**.

Mediação Forense: Programa de mediação administrado e mantido pelo Poder Judiciário. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios possui um programa de mediação comunitária em que é incentivada a resolução de disputas por mediadores extraídos da própria comunidade e treinados pelo Tribunal.

Mediação indireta (*shuttle mediation*): Há situações em que qualquer contato direto entre as partes será certamente contraproducente para os resultados da mediação. É o caso de partes que nutrem tamanha animosidade que a mera visão da outra parte é suficiente para ensejar hostilidades mútuas.

Nessas situações, é recomendável o uso da mediação indireta. Consiste ela em uma série de reuniões particulares, nas quais somente o mediador e uma das partes estejam presentes. A reunião conjunta é evitada. Busca-se assim impedir que uma parte tome decisões irrefletidas e improdutivas devido a medo ou rancor que possua em relação à outra.

Mediação vítima-ofensor: Consiste na interação, facilitada por um mediador, entre a vítima e o perpetrador de um crime. O objetivo é fechar as feridas sociais e psicológicas decorrentes do delito.

Mediação narrativa: É uma abordagem ao processo de mediação que envolve a construção, pelas partes, de uma nova versão (história) da situação de conflito. O objetivo é

interpretar-se os fatos a partir de um discurso livre de preconceitos ou dominação. Espera-se que a nova percepção do conflito capacite as partes a identificar pontos de acordo e possibilidades de solução da disputa e de melhoria da convivência posterior.

A mediação narrativa estabelece três fases pelas quais passam as partes: (1) envolvimento no processo, (2) desconstrução da história saturada de conflito e (3) construção de uma história alternativa. Essas fases não são estágios fixos e ordenados – pode a parte transitar livremente entre eles. A idéia é que o processo permita que as partes libertem-se de formas arraigadas de pensar o conflito, escapando assim das usuais acusações mútuas de responsabilidade e má-fé. Ao se afastar a história saturada de conflito, torna-se mais provável que as partes identifiquem pontos em comum e interesses compartilhados que permitam dar à disputa uma solução que seja integrativa de seus interesses.

A mediação narrativa busca dar maior controle da situação de conflito às partes, empoderando-as de modo a possibilitar a reavaliação dos fatos decorridos e, conseqüentemente, a reinterpretação desses fatos em uma perspectiva voltada à reação produtiva face à situação. Busca-se, portanto, não só tratar da disputa em questão, mas também capacitar as partes a compreender a realidade de conflitos de modo mais construtivo e proveitoso.

Método de texto único: Método descrito por Fisher e Ury que consiste em buscar reunir em um só documento ou texto uma lista de comportamentos a serem seguidos pelas partes. A idéia é compilar os termos de acordo em um só instrumento, evitando assim que as partes aferrem-se a documentos próprios que, segundo elas, resolvam o conflito adequadamente. O documento deve ser integrativo, de forma que respeite os seguintes requisitos: (1) respeitar os interesses-chave de cada parte; (2) acomodar-se aos outros fatos relevantes da disputa; (3) superar a MAANA de cada uma das partes.

Pode ser executado da seguinte forma: (1) o terceiro neutro redige um acordo e o apresenta às partes; (2) as partes criticam o acordo; (3) à luz das críticas, o terceiro revisa o acordo; (4) é repetido o processo até o momento em que o terceiro julga impossível o surgimento de melhoras adicionais ao documento; (5) é apresentado o texto às partes, que devem decidir por aceitá-lo ou rejeitá-lo por inteiro.

Mini-julgamento: Nele, um terceiro neutro é contratado para presidir uma audiência nos moldes legais, simulando um julgamento convencional. O mini-julgamento utiliza um procedimento decisório – audiência com as partes, na qual é feita uma apresentação sumária do caso – mas não é vinculante. Seu objetivo é ajudar as partes a negociarem um acordo. Geralmente, o contratado também coordena a fase preparatória, e ao final do julgamento, media um possível acordo.

O mini-julgamento é voluntário, e as partes podem estipular livremente o procedimento, que de forma geral não dura mais que um dia. O consultor que presidirá o julgamento é escolhido de comum acordo pelas partes. Os advogados apresentam

sumariamente os casos, sendo investigados somente os documentos-chave e inquiridas somente as testemunhas principais, se realmente necessárias.

Sua utilidade é permitir às partes ter uma visão realista do caso, do seu provável resultado nos tribunais, e controlar com mais informações os valores e a estrutura do acordo (ver **Júri simulado**). Na verdade, faz-se uma avaliação neutra (ver **Avaliação neutra**), cercada de maiores formalidades, dando-lhe mais verossimilhança; tendo, porém, custos superiores. Ainda, nem todos profissionais capazes de fazer uma avaliação neutra de boa qualidade saberiam como conduzir um mini-julgamento.

Negociação: Definada como "comunicação feita com o propósito de persuasão" (Goldberg, Stephen *et alli., Dispute Resolution: Negotiation, Mediation and Other Processes.* Ed. Aspen Lalo & Business, 1992, p. 17), a negociação é a forma mais comum e a mais informal de se solucionar uma disputa de interesses, chegando a um acordo mutuamente aceitável. A negociação faz parte do cotidiano, e praticamente todos estão familiarizados com ela (o que não significa que sejam bons negociadores). As partes propõem alternativas e soluções, defendendo diretamente seus objetivos. Em conjunto, as partes têm controle total sobre o resultado do método de resolução de disputa, pois nada as obriga a aceitarem as propostas da parte contrária, se elas não lhe agradam. Têm, igualmente, controle sobre o procedimento, ou seja, escolhem a ordem da exposição dos argumentos e da discussão das questões, o idioma, o local em que se dará a negociação, e sua duração.

Tem como vantagens o baixo custo, visto que nenhum profissional é contratado para conduzir o processo de negociação (caso contrário, não se trata de negociação), a privacidade, a possibilidade de invenção criativa de soluções, a desnecessidade de se pautar em critérios legais, até mesmo de conhecê-los. Após uma negociação bem sucedida é comum que o relacionamento entre as partes não se perca, pelo contrário, que melhore. Sua desvantagem é que demanda controle emocional em situações difíceis e boa comunicação, além de depender da cooperação da outra parte para ser eficaz.

a. **Acordo auto-executório:** Acordo que, após realizado, não prescinde de ação da outra parte para concretizar suas disposições. É o caso da cláusula arbitral.

b. **Agrupar:** Técnica que envolve o agrupamento de interesses, questões e/ou sentimentos em unidades lógicas. Além de facilitar a referência a questões, esta técnica permite organizar idéias, tornando o processo de criação de soluções mais eficiente. Ao organizar as questões, permite também resolver mais facilmente diversos pontos que sejam entre si correlacionados.

c. **Ancoragem:** É o ato de se apegar a certo valor, ou a certa posição, e recusar-se terminantemente a discuti-la. É a delimitação do máximo que se aceita ceder, sob pena de se negar a solucionar o conflito pela via negocial. A parte que ancorou, tenta obter um valor ou uma posição melhor que o mínimo que para si delimitou, de forma que não revela ao outro negociador esse pior acordo possível antes de se abandonar a negociação.

O erro essencial cometido pelos que utilizam a ancoragem é vincular a defesa dos seus interesses ao valor ou à posição limites. Isso gera um problema de comunicação, uma vez que quem ancora transmite à outra parte somente o valor ou a posição, escondendo o seu interesse. Com esse procedimento, fecha-se a porta para a criação de acordos com opções de ganho mútuo. Mais que isso, muitos casos em que os interesses das partes eram complementares não são solucionados por um simples e fácil acordo, mas por meios mais custosos e dispendiosos.

d. **Barganhar:** No campo da resolução alternativa de disputas, entende-se por barganhar a atitude de tentar resolver a disputa através de repetidas ofertas, demandas e concessões. Busca-se aproximar as posições ou interesses (ver **Negociação**, u. **negociação posicional,** v. **negociação baseada em interesses**) das partes com o objetivo de encontrar um ponto em que se forme o consenso.

e. **Concessão**: É o que ocorre quando a parte aproxima voluntariamente suas exigências em relação à oferta da outra parte. Observe-se que a concessão é uma redução de exigências declaradas e não necessariamente uma redução de exigências que a parte realmente espera obter.

f. **Critérios objetivos:** São padrões de julgamento que independem dos sentimentos da parte concernentes ao objeto de análise. O critério é objetivo quando ele se mostra legítimo e razoável aos olhos de uma parte independentemente dos seus objetivos. São exemplos de critérios objetivos o valor de mercado de um bem, a opinião científica sobre um tema, a tradição de tratamento sobre determinada matéria, etc.

Fisher, Ury e Patton, em seu "Como chegar ao sim", apontam a busca conjunta por critérios objetivos como uma importante ferramenta na negociação de acordos úteis e justos. Observe-se que, ao se utilizar a expressão "busca conjunta", quer-se exprimir a discussão aberta entre as partes com o objetivo de se encontrar critérios que pareçam razoáveis a ambas as partes em disputa. O critério objetivo não é justificativa para uma posição arraigada, mas sim uma forma de facilitar o consenso ao aproximar as partes no que se refere a um determinado ponto da discussão.

g. **Desempacotamento:** Técnica que busca identificar todas as questões pertinentes e resolver cada uma delas isoladamente em razão de seus méritos individuais. Ver **Negociação**, i. **empacotamento**.

h. **Dilema do negociador:** Dúvida quanto a se deve o negociador revelar informações de modo a possibilitar ganhos mútuos ou se deve esconder informações de modo a manter uma posição de barganha firme.

i. **Empacotamento:** Técnica que busca resolver diversas questões simultaneamente ao invés de resolver assuntos isolados em seqüência. A idéia é permitir trocas úteis para as partes por meio de concessões em pontos de valoração distinta para as partes. Por exemplo, em uma disputa concernente ao preço e ao prazo de entrega de uma determinada

mercadoria, o comprador pode admitir o pagamento de um preço maior do que o desejado se o vendedor se comprometer a entregar a mercadoria em um prazo menor do que o previsto. Nesse caso, o empacotamento permitiu a solução rápida da disputa, enquanto a resolução ordenada por questões separadas levaria a uma discussão extensa sobre os méritos de cada ponto, o que acabaria por desgastar as partes e reduzir o benefício percebido ao fim da disputa. Ver **Negociação**, g. **desempacotamento.**

j. **Escuta ativa:** Técnica por meio da qual o ouvinte busca compreender e se comunicar acerca do sentido e o motivo de mensagens verbais e não-verbais (*e.g.* postura corporal), percebendo assim informações ocultas contidas na comunicação. Em um uso mais específico, o ouvinte pode relatar ao falante o que percebeu da declaração, tornando assim mais evidentes para este seus próprios motivos e sentimentos. A escuta ativa permite obter informações concernentes a elementos essenciais no processo de resolução de disputa, tais como credibilidade e interesse em resolver a questão.

k. **Escuta empática:** Técnica por meio da qual o ouvinte, em vez de preocupar-se principalmente com a comunicação expressa, concentra sua atenção nas percepções e necessidades percebidas da outra parte. Possui uma natureza mais passiva que a técnica de escuta ativa.

l. **Exigência de última hora:** Técnica na qual uma parte faz uma exigência no momento em que a negociação já está chegando ao fim. O objetivo é se aproveitar do cansaço da outra parte e da ansiedade que se tem em encerrar logo a disputa para arrancar uma concessão.

m. **Falsa demanda:** Tática em que o negociador exige algo de valor menor com o objetivo de ocultar o que realmente deseja.

n. **Fracionamento:** Técnica de resolução de problemas que envolve a divisão de uma questão complexa em questões menores e mais facilmente resolvíveis. É a utilização, em resolução de disputas, da estratégia de "dividir e conquistar". As questões menores passam a ser resolvidas isoladamente e em razão de seus méritos individuais. O acordo em questões menores, além de adiantar a resolução das questões mais fáceis, pode também construir confiança entre as partes de modo a facilitar a abordagens de tópicos mais complicados da disputa.

o. **Imagem inversa**: Percepção que uma parte tem de que sua posição é exatamente o inverso da posição que a outra parte tem. Esta percepção torna difícil o surgimento de acordos que integrem os interesses das partes.

p. **Inflar:** Declarar valor ciente de que a declaração é exagerada ou imprecisa. Não chega a ser considerado indução a erro quanto a fatos materiais. Entretanto, aproxima-se bastante de mentir, dado que o objetivo de quem infla é de enganar o ouvinte.

q. **Inversão de papéis:** Técnica que envolve a tentativa de uma parte de entender a disputa a partir da perspectiva da outra parte. Se bem realizada, esta técnica permite

à parte compreender a situação do outro disputante, seus interesses e motivações. Essa compreensão amplia a capacidade de resolução construtiva da disputa por partes dos disputantes na medida em que permite à parte criar e propor soluções que considerem as dificuldades que a outra parte terá para fechar um acordo.

r. **Jiu-jitsu da negociação:** Conjunto de táticas propostas por Fisher e Ury para lidar com negociadores difíceis e com truques sujos em negociação.

s. **Legitimar:** Reconhecer que os interesses, sentimentos e preocupações da outra parte são razoáveis e que devem ser levados a sério. Em uma disputa, as partes geralmente gastam muito tempo e energia para provar que estão certas em pedir o que demandam; ao se legitimar a postura da outra parte, evita-se um gasto desnecessário e permite-se que a parte passe a se dedicar com maior atenção à elaboração de formas eficazes de solucionar a questão.

t. **Melhor Alternativa À Negociação de um Acordo (MAANA):** É a opção mais favorável que a parte tem em relação ao resultado de uma negociação. Se a negociação não resultar em acordo, a parte usará de sua MAANA. O conceito de MAANA é importante na teoria da negociação porque o indivíduo racional só irá participar de uma negociação se acreditar que esta negociação é capaz de lhe oferecer mais benefícios do que sua melhor alternativa à negociação ofereceria.

u. **Negociação baseada em interesses:** Nessa modalidade, as partes comunicam diretamente seus interesses entre si e encaram a negociação como uma oportunidade na qual podem encontrar o ponto ótimo de cooperação. Assim, as portas estão abertas para soluções criativas, em que se maximiza a satisfação tanto do seu interesse como do da outra parte. As partes, sabendo dos interesses da outra, sabem mais facilmente quando são contraditórios ou se comportam uma composição. A negociação tem foco nos interesses complementares, que são exacerbados e valorizados, todavia, sem desprezar os pontos em que os interesses são antagônicos. Pois, em vez de desgastar o relacionamento pelejando por cada centavo, nessa modalidade os negociantes buscam critérios objetivos como o valor de mercado ou uma avaliação neutra (ver **Avaliação neutra**), fora de seu poder de intervenção, e os utilizam como argumentos.

Com essa forma de negociar se obtém alto grau de satisfação, há a manutenção e o aprimoramento da relação entre os negociantes e confiança nos pontos em que os interesses são contrários, pois eles foram baseados em critérios objetivos. O acordo que essa forma de negociar gera é cumprido de bom grado, e as partes não têm motivos para questioná-lo ou descumpri-lo, pois estão satisfeitas.

v. **Negociação posicional:** Nessa modalidade de negociação, a tática das partes é se *ancorar*, defendendo sua posição e atacando a contrária. O processo é colocado no paradigma de "quanto mais você ganha, mais eu perco". Dessa forma, os negociadores competem como adversários, deteriorando o relacionamento e ganhando pouco em

troca. Os negociadores se esquecem de que negociam e têm um relacionamento conjunto exatamente porque seus interesses são mais complementares do que concorrentes, e centram a atenção da negociação somente nos pontos em que os interesses se chocam.

Essa tática geralmente negligencia soluções criativas, desperdiçando a chance de otimizar o acordo nos pontos em que os interesses são complementares e desgastando o relacionamento nos pontos em que os interesses são antagônicos. Igualmente, produz acordos que as partes cumprirão com pouco ânimo, pois insatisfeitas. Assim, mesmo quem "ganha" fazendo a outra parte ceder por pressão e ameaças, pode ter o acordo (favorável somente para si) questionado, e ter de voltar a negociar.

w. **Parafrasear:** Técnica de comunicação que envolve a repetição de uma mensagem em linguagem similar à utilizada pelo emissor. Busca-se com esta técnica (1) permitir ao emissor conferir se sua mensagem transmitiu a informação que ele pretendia transmitir, (2) permitir que o recipiente confirme se entendeu o que foi dito e que mostre ao emissor que está prestando atenção e (3) permitir, em uma mediação, que as outras partes ouçam a mesma informação partindo de uma parte neutra.

x. **Zona de Acordo:** Dentro do universo de possíveis soluções à disputa, a zona de acordo é a região onde se encontram as soluções capazes de alcançar consenso entre as partes.

Neutro: Termo utilizado em grande parte da literatura sobre RD para designar a terceira parte imparcial (*e.g.* mediador, árbitro) que auxilia a resolver o caso, mas que não tem interesse sobre o objeto do litígio.

Ombudsman: Também conhecido como *ombuds* ou *ombudsperson*, o *ombudsman* é, regra geral, o indivíduo pertencente a uma instituição de grande porte, neutro dentro de sua estrutura de cargos (reportando-se, assim, diretamente aos postos de comando), cuja função é tomar conhecimento de problemas ou disputas com clientes e, a partir daí, resolvê-los. Para cumprir esse papel, pode sugerir modificações na organização da empresa, fazer uso de métodos de RD como negociação, mediação e, até, conduzir investigações para descoberta de dados relevantes.

Grandes empresas como Federal Express, IBM, AT&T Information Systems e Bank of America, Caixa Econômica Federal, Folha de São Paulo, apenas para citar alguns exemplos, têm a figura do *ombudsman* dentro de sua estrutura organizacional. Ele pode exercer funções exclusivamente internas, atendendo unicamente disputas entre funcionários, como também pode estar voltado para o atendimento ao público consumidor, aos clientes. Em ambos os casos, ouvem críticas, sugestões e procuram solucionar eventuais disputas de forma rápida, observando a forma de resolução mais adequada.

Operação *Arbiter*: Iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, conduzida pelo Dr. Petrônio Muniz, lançada em 1991 com o intuito de fomentar a discussão sobre arbitragem no Brasil. A iniciativa visava à elaboração de anteprojeto de lei para este método

de resolução de disputas. Diversas entidades aceitaram o convite do instituto, tendo sido constituído grupo de trabalho que apresentou o anteprojeto em reunião realizada em 9/12/1991. Em 27/4/1992, foi apresentada a versão final de anteprojeto que incentivasse este método no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial.

Pacto de Genebra: Um dos primeiros tratados internacionais (firmado em 1923) a cuidar do instituto da arbitragem, prevê que, em contratos comerciais internacionais, a cláusula compromissória é apta a instituir o juízo arbitral e afastar a competência do juiz togado. O Brasil aderiu (1932) ao tratado, valendo-se da reserva estipulada no §1º do pacto, segundo o qual as obrigações impostas pelo tratado seriam restritas aos contratos considerados como comerciais pela legislação nacional. O Pacto de Genebra foi praticamente substituído pela Convenção de Nova York. Ver **Convenção de Nova York.**

Parceiragem: Trata-se de um processo de prevenção de disputa em que as duas partes envolvidas formam uma equipe ou sociedade para fim específico que trabalha em conjunto pelo alcance de objetivos em comum. Tem como finalidade evitar conflitos, resolvendo problemas antes que eles venham a se tornar disputas. É um trabalho de senso comum baseado na confiança entre as partes, que procuram ajudar um ao outro por meio de objetivos coincidentes em um time integrado. A equipe formada maximiza as habilidades e os recursos comuns das partes, maximizando, assim, as oportunidades. O resultado esperado é um ganho para cada parte que não poderia ter sido alcançado através da relação tradicional, na qual as partes vêem-se como adversárias. Oferece vantagens porque evita surpresas desagradáveis, promove uma melhoria contínua das resoluções obtidas e preserva a relação entre as partes, além de ser um processo de baixo custo e resultados rápidos.

Pseudo-heterocomposição: Diz-se ser pseudo-heterocompositivo o processo que, com o intuito de catalisar a autocomposição da lide, acaba por coagir a parte a admitir uma resolução enunciada pelo terceiro alheio ao conflito. Evidencia-se a falta de legitimidade desse modo de conciliação na medida em que são utilizados métodos como se adiantar o posicionamento a ser utilizado pelo juiz ou se indicar às partes que certos pontos não seriam considerados pelo juízo.

Sistema de multi-portas: Na falta da organização da sociedade civil para resolver os seus conflitos por meios alternativos, o Judiciário passa a oferecer o sistema multi-portas, na verdade, uma orientação sobre as diferentes alternativas para compor um litígio, e uma sugestão após o diagnóstico de cada caso sobre qual "porta" seria a mais adequada. Difundido nos EUA, J. E. Carreira Alvim recomenda sua implantação no Brasil como forma de aumentar a eficácia da prestação jurisdicional convencional (visto que contribuirá para um desafogamento da justiça), além de incentivar as partes a buscar métodos alternativos quando são os mais indicados, garantindo um amplo grau de satisfação. As portas sugeridas podem ser a arbitragem, a mediação, a avaliação neutra, ou mesmo o processo judicial. O sistema de multi-portas assemelha-se à avaliação preliminar de conflitos (ver **Avaliação**

preliminar de conflitos). Diferenciam-se pois esta é serviço interno prestado pelo departamento jurídico de uma empresa, ou avaliação remunerada para particulares feita por juristas de modo particular. Gratuito, o sistema de multi-portas é prestado pelo Estado, geralmente nos tribunais, antes de se iniciar um processo judicial.

Sistema pluriprocessual: Ordenamento jurídico processual formado por um espectro de processos que compreende o processo judicial e a mediação, entre outros. O sistema pluriprocessual tem por escopo disponibilizar processos com características específicas que sejam adequados às particularidades do caso concreto, permitindo assim que se reduzam as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputa. Ver **Sistema de multi-portas.**

Tempestade de idéias: Método de sondagem de opções no qual se apresentam todas as soluções imagináveis irrelevando os obstáculos à consecução dessas soluções. A lógica de funcionamento deste método envolve separar a geração de opções do seu julgamento, de modo a evitar que a inibição freie a criatividade. O objetivo é desenvolver resoluções criativas que teriam sido de outra forma descartadas pelas partes.

A dinâmica é organizada da seguinte forma: enuncia-se um problema e pede-se aos presentes que sugiram soluções alternativas o mais rapidamente possível. A regra é evitar críticas às propostas apresentadas, de modo que os participantes não se sintam constrangidos em apresentar opções à primeira vista inviáveis. Quando os participantes exaurem suas idéias, passa-se então à fase de aprimoramento e avaliação de propostas. O método de tempestade de idéias muitas vezes consegue criar soluções otimizadas que seriam de outro modo ignoradas devido à aparência inicial de inutilidade.

Teoria dos Jogos: A teoria dos jogos é um ramo da matemática aplicada inaugurado pela obra *Teoria dos Jogos e Comportamento Econômico*, de John von Neumann e Oskar Morgenstern. O objeto de estudo da teoria é a formulação de modelos matemáticos para estudar interações entre agentes a partir de uma estrutura formalizada de incentivos, estabelecendo assim uma estrutura para o exame de disputas que facilita a sua compreensão e análise. Sobre a teoria dos jogos e sua aplicação em RD há artigo do pesquisador do GT Arbitragem Fábio Portela L. Almeida publicado no segundo volume da obra *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*.

a. Assimetria de informações: Diferença entre a informação que um jogador possui acerca do conflito em relação à informação que o outro jogador dispõe. Ver **Jogos de informação perfeita e de informação imperfeita.**

b. Dilema do prisioneiro: O dilema do prisioneiro é um jogo estudado pela teoria dos jogos popularizado pelo seguinte exemplo: dois indivíduos são presos por um delito leve comprovado e sob suspeita de um delito grave. Os indivíduos são então separados em celas isoladas, ficando impossibilitados de se comunicar um com o outro. A eles é então oferecida uma proposta. Se o indivíduo A testemunhar contra o indivíduo

B, A é liberado enquanto B cumpre pena de 6 anos. A mesma opção é dada a B. Se ambos testemunharem, entretanto, os dois cumprirão 3 anos de prisão. Por outro lado, se nenhum dos dois testemunhar, a pena será de 1 ano para ambos.

Do ponto de vista individual, é sempre melhor escolher testemunhar. Se B testemunha, a melhor estratégia para A é testemunhar, pois ficará 3 anos na cadeia ao invés de 6. Se B não testemunha, a melhor estratégia para A ainda é testemunhar, pois, ao invés de ficar 1 ano na cadeia, estará livre. Entretanto, como B segue a mesma racionalidade, ambos testemunharão e, conseqüentemente, ficarão mais tempo na cadeia do que se tivessem cooperado um com o outro. Este dilema é interessante na medida em que demonstra como é difícil obter a cooperação mesmo quando ela é do interesse das partes.

c. *Equilibrium* de Nash: Conceito criado por John Nash, que lhe valeu o prêmio Nobel de Economia em 1994. Seguindo definição de Fábio Portela, o *Equilibrium* de Nash é "um par de estratégias em que cada uma é a melhor resposta à outra: é o ponto em que, dadas as estratégias escolhidas, nenhum dos jogadores se arrepende, ou seja, não teria incentivo para mudar de estratégia, caso 'jogasse o jogo novamente'". A idéia por trás do equilíbrio de Nash é que, se os jogadores cooperarem conjugando suas estratégias, o valor total agregado do jogo será maior do que se competirem.

d. Jogos de estratégia dominante e de estratégia dominada: A estratégia dominante é a melhor escolha para um jogador face a qualquer escolha possível do outro (*e.g.* testemunhar no dilema do prisioneiro). A estratégia dominada, por sua vez, é pior do que qualquer outra disponível ao agente. Essa distinção importa na medida em que torna possível a previsão do curso de ação a ser escolhido por um agente racional, vez que se torna inconsistente a suposição de que ele escolheria uma estratégia dominada.

e. Jogos de estratégia pura ou mista: O jogo de estratégia pura é aquele no qual o jogador não baseia sua estratégia em experimentos de aleatoriedade. O jogo de estratégia mista é aquele no qual o jogador baseia parte de sua estratégia em probabilidades.

f. Jogos de informação perfeita e de informação imperfeita: No jogo de informação perfeita, as partes tem conhecimento de todos os acontecimentos do jogo até então. Nos jogos de informação imperfeita, o jogador não possui todas as informações a respeito das jogadas do jogador oposto.

g. Jogos de soma zero e de soma não-zero: Em um jogo de soma zero, a soma de utilidades percebidas por cada conjunto de estratégias de um jogo é zero. Tomando por exemplo o jogo de xadrez, tem-se que, para qualquer conjunto de estratégias possíveis, o resultado da soma de utilidade é zero, vez que, para um jogador ganhar a partida, necessariamente o outro terá que perder. O outro resultado possível é o empate. Se se atribuir ao resultado "vitória" o valor de utilidade 1 e ao resultado "derrota" o valor de utilidade –1, vez que são resultados simétricos entre si, dever-se-á atribuir ao resultado "empate" o valor 0. Assim, se A ganha e B perde, a soma de resultados é zero, pois a operação

1 + (-1) tem valor zero. No resultado empate, temos como soma o valor 0, também, vez que 0 + 0 = 0. Em um jogo de soma não-zero, os jogadores as estratégias disponíveis podem dar como resultado valores distintos de zero (*e.g.* em uma disputa sobre a divisão de um patrimônio, as partes acordam em trabalhar juntas de modo a aumentar o patrimônio que será dividido). Importa considerar que nos jogos de soma não-zero o resultado final da soma de utilidades do jogo poderá ser tanto maior que zero quanto inferior a zero. A maior parte dos conflitos da vida real consiste em jogos de soma não-zero.

h. Ponto minimax: Ponto em que um jogador garante que não ganhará menos que X (o mínimo máximo) e outro garante que não ganhará menos que Y (o máximo mínimo). O exemplo clássico é o da divisão em que um jogador A corta um bolo em dois pedaços e o outro jogador B escolhe o pedaço. Esta combinação de estratégias incentiva A a cortar os dois pedaços do modo mais simétrico possível, garantindo assim seu maximin (o maior máximo possível, já que B escolherá o maior pedaço) enquanto B garante seu minimax (o menor máximo possível, já que A se esforçará para reduzir ao mínimo a diferença entre os pedaços). Só se fala em ponto minimax em jogos de duas pessoas com soma zero. Uma importante relação teórica entre o ponto minimax e o *equilibrium de Nash* é que o conceito de equilíbrio pode ser considerado como a extensão do conceito minimax a jogos não-cooperativos de n pessoas.

i. Racionalidade: É um pressuposto da teoria dos jogos. Implica que os jogadores vão utilizar estratégias que maximizem a utilidade percebida por si. É importante não considerar que este conceito implique o *egoísmo* por parte dos jogadores: apenas significa que o jogador preferirá estratégias que dêem, para si, a maior utilidade possível, levando em consideração as estratégias dos outros. Nada impede, por exemplo, que a utilidade do jogador se refira justamente ao bem-estar dos outros jogadores (o exemplo de uma pessoa altruísta) e, assim, suas estratégias serão racionais justamente na medida em que proporcionem bem-estar aos outros.

j. Utilidade: É o benefício que um jogador percebe de uma estratégia. O jogador racional tende a utilizar estratégias que proporcionem o maior valor possível de utilidade para si, sempre levando em consideração as estratégias disponíveis aos outros jogadores. Um jogador racional deve preferir uma estratégia que, apesar de não levar à máxima utilidade disponível, é consistente com as estratégias disponíveis aos outros jogadores racionais.

Teste de realidade: Técnica que busca ajustar ou confirmar percepções por meio do confronto de determinada alegação com a realidade.

Partes em disputa podem muitas vezes expressar alegações equivocadas devido a diversos fatores tais como calor da disputa, a convicção que possuem do seu poder para forçar uma resolução, etc. O teste de realidade permite confrontar as percepções com a realidade e afastar alegações que, apesar de equivocadas, poderiam atravancar o andamento do processo de resolução de disputas. Por exemplo, se um disputante acredita, ainda que baseado em fatos falsos, que sua MAANA é suficientemente boa e que não precisa negociar,

pode acabar afastando-se do processo conjunto de resolução e, por fim, prejudicando a si mesmo. O teste de realidade permite a este disputante refletir sobre a real efetividade de sua MAANA e, possivelmente, levá-lo a reconsiderar sua conduta no processo.

United Nations Comission on International Trade Law (UNCITRAL): Corpo jurídico interno ao sistema das Nações Unidas, a UNCITRAL, criada em 1966, tem por escopo promover a harmonização e unificação do direito do comércio internacional. A UNCITRAL, entre outras atividades, disponibiliza subsídios à arbitragem comercial internacional, tais como regras de procedimento e uma lei modelo, esta última desenvolvida para auxiliar Estados soberanos a reformar e modernizar suas leis de arbitragem. Recentemente (2002), a UNCITRAL publicou uma outra lei modelo, referente à conciliação comercial internacional.