ESTUDOS TEÓRICOS E PRÁTICOS EM NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

coordenadores

Samantha Pelajo
Mia Schneider
Caio Machado Filho
Ian Velásquez Fins

EDITORA PUC RIO
INTERSEÇÕES
DEPARTAMENTO DE DIREITO PUC RIO
NPJ PUC-Rio
CEMA CÂMARA ESTRAJUDICIAL DE MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS PUC-RIO
CMA CENTRO DE MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS - PUC-RIO

ESTUDOS TEÓRICOS E PRÁTICOS EM NEGOCIAÇÃO E MEDIAÇÃO

COORDENADORES

Samantha Pelajo
Mia Schneider
Caio Machado Filho
Ian Velásquez Fins

INTERSEÇÕES
EDITORA PUC RIO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PUC RIO
NPJ PUC-Rio
CMA
CEMA PUC-RIO CÂMARA ESTRANGEIRA DE MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS
CONIMA CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

©Selo Interseções, Editora PUC-Rio
Em parceria com o Departamento de Direito

©Editora PUC-Rio
Rua Marquês de São Vicente, 225, casa V, Editora
Campus Gávea/PUC-Rio
Rio de Janeiro, RJ – CEP: 22451-900
Tel.: +55 21 35271838
edpucrio@puc-rio.br
www.editora.puc-rio.br

Preparação e revisão
Lindsay Viola

Projeto gráfico de capa e miolo
Desenho Editorial

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada por qualquer forma e/ou em quaisquer meios sem permissão escrita da Editora PUC-Rio.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Estudos teóricos e práticos em negociação e mediação / coordenadores, Samantha Pelajo ... [et al.]. – Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: PUC-Rio, Departamento de Direito, 2023.

1 recurso eletrônico (336 p.). – (Coleção Interseções)

Descrição baseada na consulta ao recurso eletrônico em 26 de setembro de 2023
Inclui bibliografia
Exigências do sistema: conexão com a Internet, World Wide Web browser e Adobe Acrobat Reader

ISBN (e-book): 978-85-8006-303-5

1. Resolução de disputa (Direito). 2. Negociação. 3. Mediação. 4. Consenso (Ciências sociais). I. Pelajo, Samantha. II. Série.

CDD: 347.09

Elaborado por Lizandra Toscano dos Santos – CRB-7/6915
Divisão de Bibliotecas e Documentação – PUC-Rio

Autores deste volume

ALEXANDRE ASSED

ÁLVARO LUIZ SOBRAL FILHO

ANDRÉ RENNÓ LOPES DA COSTA CRUZ

BEATRIZ BARCELLOS

CAIO MACHADO FILHO

CAMILA KNEITZ

CAROLINA PEÇANHA

CARLOS EDUARDO DE VASCONCELOS

CARLOS FREDERICO DE SOUZA COELHO

CAROLINA DE CAMPOS MELO

CAROLINA GOLDGROB MILECH

DÉBORA CASTILHO MOREIRA SILVA LOBO

FELIPE GLIOCHE

FERNANDA FUCCI

GABRIELLA FILARDI

IAN VELÁSQUEZ FINS

JOÃO PEDRO NOLETO

JOSÉ ARISTÓBULO CALDAS

LAURA SOARES LIMA

LÍVIA DE BARROS LIMA

LUÍZA PEREIRA MUNIZ PONTES

MANOEL VARGAS

MARCELLO OLIVEIRA

MARIA CLARA SOUZA

MARIA GABRIELA JARDIM

MATHEUS LAZERA MARTINS DE OLIVEIRA

MIA SCHNEIDER

RODRIGO DE ARAUJO GÓES ALVES

SAMANTHA PELAJO

THAINÁ MAMEDE COUTO DA CRUZ

THIAGO FEIJÓ DE MORAES

VICTOR MAGNO INDIANI COSTA

Sumário

APRESENTAÇÃO 11
Caitlin Mulholland

PREFÁCIO 13
Fernanda Rocha Lourenço Levy

CULTURA, ARTE E TÉCNICAS DOS MÉTODOS DE CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS 15
Carlos Eduardo de Vasconcelos

NOTAS SOBRE O DESENVOLVIMENTO DA AUTOCOMPOSIÇÃO EM SOCIEDADES INDIVIDUALISTAS E COMUNITÁRIAS 55
Caio Machado Filho | Camila Kneitz | Ian Velásquez Fins | José Aristóbulo Caldas

PROCEDIMENTOS DE SOLUÇÃO AMISTOSA: UMA NOVA TENDÊNCIA DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS? 75
Carolina de Campos Melo | Débora Castilho Moreira Silva Lobo |Thainá Mamede Couto da Cruz

RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS SOCIETÁRIOS NA CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM) 99
Manoel Vargas | Maria Gabriela Jardim | João Pedro Noleto

MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO SOLUÇÃO DE CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS 119
Alexandre Assed | Carolina Souza | Gabriella Filardi

MEDIAÇÃO EM CONTEXTOS DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO 137
Lívia de Barros Lima

ESTUDOS DE CASO

MEDIAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL: O CASO NAGORNO-KARABAKH 171
Carlos Frederico de Souza Coelho | André Rennó Lopes da Costa Cruz | Laura Soares Lima | Rodrigo de Araujo Góes Alves

NEGOCIAÇÃO NA NBA: O CASO SCOTTIE PIPPEN 191
Marcello Oliveira | Felipe Glioche | Victor Magno Indiani Costa

CRIANÇAS NA MEDIAÇÃO: DOIS CASOS DE PARTICIPAÇÃO DE MENORES DE IDADE NO PROCEDIMENTO MEDIATIVO 207
Mia Schneider | Samantha Pelajo | Fernanda Fucci | Maria Clara Souza

QUANDO A EMPATIA BATE À PORTA: O CASO DA MEDIAÇÃO DOS VIZINHOS DO PRÉDIO Nº 15 229
Mia Schneider | Samantha Pelajo | Fernanda Fucci | Maria Clara Souza

OBRAS COMENTADAS

COMO CHEGAR AO SIM: NEGOCIAÇÃO DE ACORDOS, DE ROGER FISHER, WILLIAM URY E BRUCE PATTON 255
Álvaro Luiz Sobral Filho | Lívia de Barros Lima | Matheus Lazera Martins de Oliveira

CONVERSAS DIFÍCEIS, DE BRUCE PATTON, DOUGLAS STONE E SHEILA HEEN 273
Beatriz Barcellos | Felipe Glioche

ALÉM DA RAZÃO: A FORÇA DA EMOÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS, DE ROGER FISHER E DANIEL SHAPIRO 293
Carolina Goldgrob Milech | Maria Gabriela Jardim

VALUE NEGOTIATION: HOW TO FINALLY GET THE WIN-WIN RIGHT, DE HORACIO FALCÃO 309
Álvaro Luiz Sobral Filho | Luíza Pereira Muniz Pontes | Thiago Feijó de Moraes

Apresentação

*Caitlin Mulholland**

É com enorme alegria que escrevo estas linhas introdutórias ao livro coordenado por Samantha Pelajo, Mia Schneider, Caio Machado Filho e Ian Velásquez Fins. Trata-se de obra de enorme relevância, que reúne um grupo de professores, pesquisadores e advogados que contribuíram com artigos, comentários e estudos de casos em torno do grande tema dos métodos autocompositivos. O principal aspecto que de imediato se destaca neste livro é que ele é fruto de uma série de iniciativas desenvolvidas no âmbito do grupo de pesquisa capitaneado pelos coordenadores da obra: o CMA – o Centro de Métodos Autocompositivos da PUC-Rio.

O livro *Estudos teóricos e práticos em negociação e mediação* nasce da necessidade de trazer luz ao tema dos métodos "alternativos" de resolução de conflitos, fundamental para o entendimento da revolução por qual passou – e ainda passa – a área tradicional do direito processual, contencioso e judicializado, que durante um longo período foi a única forma reconhecida no ordenamento jurídico para pôr termo a uma disputa que buscava uma solução por parte do direito.

A PUC-Rio é instituição precursora no ensino, pesquisa e extensão na área de mediação, negociação e arbitragem. Em 2008, por exemplo, tais disciplinas tornaram-se conteúdo obrigatório no currículo do curso de graduação em direito. A PUC-Rio também é instituição de ensino superior pioneira na criação e consolidação no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica (NPJ PUC-Rio) de um grupo

* Professora e diretora do Departamento de Direito da PUC-Rio.

interdisciplinar de mediação de conflitos – o GIMEC – que, dentre outras atribuições, realiza a mediação de conflitos em casos atendidos pelo NPJ e desenvolve estudos e reflexões sobre mediação e práticas restaurativas. A construção de tal iniciativa permitiu que os alunos da graduação em direito pudessem ter uma prática voltada para garantir aos assistidos uma prestação jurisdicional mais célere e eficaz, por meio de uma atuação voltada para a conciliação e para a mediação de conflitos, sempre visando a negociação de alternativas por intermédio de um diálogo intermediado por um sujeito imparcial.

O livro ora apresentado constitui uma primeira coletânea de artigos e conta com apoio institucional do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o que representa importante reconhecimento não só da sua qualidade, mas também de sua importância para a disseminação de uma cultura de autocomposição. Outra característica fundamental do livro é que os artigos que o compõem são, em sua maioria, resultado de colaboração entre professores e seus alunos e pesquisadores, representando a importância da aproximação entre a teoria e a prática, além da construção de massa crítica e aculturamento para os métodos autocompositivos.

Sem dúvida, a coletânea *Estudos teóricos e práticos em negociação e mediação* é representativa de uma nova forma de enxergar e solucionar conflitos, com cuidado, diálogo e busca de alternativas que permitam às partes que participam da autocomposição uma adequada satisfação de seus interesses, de forma equilibrada e dialogada.

Prefácio

*Fernanda Rocha Lourenço Levy**

Ao olharmos as fotos do álbum de lembranças da Mediação, da Conciliação e da Negociação do Brasil, vamos nos deparar com imagens iniciais que retratam uma escassa literatura nacional sobre o tema, com fontes de pesquisas e estudos majoritariamente estrangeiras, com poucas vivências efetivas de práticas reais e com um rol significativo de pessoas e instituições que promoviam iniciativas em prol da cultura do diálogo ao lado, ou quiçá, prioritariamente, à decisão adjudicada.

De página em página, tempo passando, vamos percebendo sensíveis transformações na nossa sociedade, por vezes nos deparando com barreiras que pareciam instransponíveis, algumas vencidas, outras ainda não, vários motivos de comemorações, fotos que juntas compõem um filme em constante construção.

A obra "Estudos Teóricos e Práticos em Negociação e Mediação", que tenho a honra de prefaciar, demonstra que os avanços no campo da utilização do conhecimento e da utilização dos meios consensuais de prevenção e solução de controvérsias são incontestáveis.

A obra reúne estudos teóricos e práticos em dois meios intrinsicamente ligados, promovendo o encontro da academia com "a vida como ela é". Preservar os princípios da Mediação e aplicar as boas práticas aos contextos públicos e privados têm sido uma ocupação

---

* Mediadora privada, sócia-fundadora do D´accord de Mediação e Consultoria em gestão de conflitos. Doutora em direito pela Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Coordenadora do curso de Formação Executiva em Gestão de Conflitos Corporativos da FGV-SP. Vice-presidente de Mediação da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial. Ex-presidente do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem-CONIMA.

permanente daqueles que se dedicam ao assunto. Demonstra que, assim como ocorre atualmente na utilização dos métodos, para além do ambiente teórico, temos experiências a serem comentadas e contempla eixos distintos e próprios, no campo dos artigos e dos estudos de casos.

Os avanços ocorreram e permanecem se expandindo para diversos segmentos e, nesse sentido, a leitura nos apresenta vários temas e cenários, relações sucessórias, de vizinhança, de mercado de capitais, ambiente desportivo, entre tantos outros em que os meios consensuais podem ser aplicados.

A obra se completa em terceiro eixo com comentários a obras estrangeiras icônicas, fundamentos de Negociação baseada em princípios colaborativos, demonstrando literatura universal – nacional e estrangeira – sob o mesmo teto.

Os estudos e experiências são generosamente compartilhados por autores, de formações e experiências distintas, em redação individual, duplas, trios, sob a regência de quatro coordenadores, Samantha, Mia, Caio e Ian, intensos no fazer, na entrega qualificada.

O encontro acontece em Centro de Estudos, em sede universitária, com parceria institucional. Universidade como "*locus* de transformação", atuando em parceria. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio e Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA juntos, movidos pela união de propósitos, na promoção constante do bem "colaboração".

Cultura, arte e técnicas dos Métodos de Construção de Consensos

*Carlos Eduardo de Vasconcelos**

Este capítulo é voltado para a prática da consensualização. Ele traz questões gerais que se fazem presentes nas disputas polarizadas do nosso cotidiano. Pretendemos, aqui, uma descrição de fenômenos históricos que possam despertar os praticantes dos métodos de consensualização para a identificação de fenômenos ancestrais, atuantes, em maior ou menor grau, nas memórias, no inconsciente, do *homo sapiens* que somos; fenômenos esses que exercem substancial influência sobre os comportamentos de negociadores, mediadores, conciliadores e de facilitadores de práticas restaurativas. A motivação dessa pesquisa também está na busca do entendimento da atual polarização ideológica e populista, em escala planetária, que pode estar afastando os cidadãos e políticos de abordagens democráticas, capazes de viabilizar espaços de efetivo diálogo.

Na pesquisa de historiadores, antropólogos, filósofos e juristas habilitados a trazer relevância ao tema, buscamos alguns que demonstraram especial zelo pela ciência e pela democracia. E que abordam essas questões descritivamente, baseados em pesquisas sólidas e confiáveis, o mais possível consoante a retórica realista, em abordagem analítica. Uma das fontes é o historiador Yuval Harari, em comentários sobre questões relacionadas às antigas sociedades tribais nômades. Outra é Karl Popper, inicialmente na questão relacionada à crise da Grécia antiga, berço da civilização ocidental, por volta dos anos 430 a.C., quando era grande a crise gerada

* Professor *honoris causa* da Faculdade de Olinda/PE. Mestre em direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Ex-diretor do Curso de Direito da UNIFG/PE. Professor de negociação, mediação, arbitragem e hermenêutica jurídica em pós-graduações. Autor e consultor.

em face do desenvolvimento das instituições democráticas. Em sequência, já na crise da modernidade europeia do século XIX, a fonte ainda é mesmo Popper, em relatos e comentários sobre novos historicismos.

Com efeito, o núcleo destas pesquisas está na identificação de um fenômeno que os cientistas e filósofos sociais chamam de historicismo. Trazemos a hipótese de que o historicismo fomenta guerras e polarizações político-culturais e, no campo do direito, amplia o mito da segurança por meio de uma dogmática jurídica autoritária. Procuramos dialogar com autores latino-americanos, como Adeodato Souto Borges e Warat, que, na contemporaneidade, demonstram o artificialismo dos contraditórios judiciais; o artificialismo da linguagem jurídica abstrata, carente de um controle público orientado pela retórica realista, e o artificialismo do fenômeno conflituoso em geral, quando tratado sem a compreensão da sua necessária interdisciplinaridade. O foco é a prática, englobando consequências que desafiam as dinâmicas de negociação e de consensualização em geral.

A hipótese é de que, em situações de maior crise social, quando os confrontos estão mais polarizados, as narrativas suscetibilizadas tendem a reforçar crenças no mito de um passado de felicidade e glória, que deve servir de espelho para o presente, com vistas ao seu resgate; ou no mito de um futuro já determinado, mais justo e belo; bastando-nos, nesta hipótese, a tarefa de identificar a lei do desenvolvimento histórico. Portanto, é nesse cenário e enquanto pessoas de formação científica, democrática e dialogal, que – em abordagem predominantemente descritiva – buscaremos identificar conhecimentos, habilidades e competências que nos orientem no lidar, construtivamente, com tais fenômenos. Os itens trazem questões que podem ser trabalhadas como casos a mediar, num convite à criatividade e às metodologias ativas.

O coletivismo anímico das tribos nômades e suas memórias ancestrais

Examinemos questões muito antigas, guardadas em memórias ancestrais e em pesquisas antropológicas. Desde logo alertando que a história por nós conhecida costuma ser aquela contada pelos vencedores.

A antropologia assegura que, durante mais de 99% da vida humana, convivemos colaborativamente, em coletividades distribuídas numa pluralidade de tribos nômades. O espaço era teoricamente ilimitado, enquanto os recursos eram maleáveis. Há trezentos mil anos os sapiens exerciam atividades pouco diferenciadas, a todos cabendo promover e compartilhar a caça, a pesca, a coleta de raízes, folhas, frutos, os cuidados com crianças, idosos, doentes, vulneráveis e o enfrentamento de predadores mais fortes.

Obviamente inexistiam castas, classes sociais, estados ou hierarquias formais. Os conflitos eram mediados intuitivamente, no ambiente coletivo da comunidade. No início a linguagem era em grunhidos e expressão corporal, haja vista o não desenvolvimento da linguagem articulada. Havia uma espiritualidade anímica, ensejando relação mágica com o meio ambiente e com os seres, fenômenos e astros circundantes. A ordem tinha caráter sacro, não se apresentando como imposição de uma autoridade social, mas como modo intuitivo e compartilhado, para a proteção da comunidade, supostamente em face do medo do desconhecido e dos perigos circundantes. Pesquisas recentes, referidas pelo antropólogo William Ury, cofundador do Harvard's Program on Negociation, demonstram que eram raros os atos de violência entre os nossos ancestrais nômades[1].

Nessa convivência vulnerável e quase indiferenciada, agiam colaborativamente, em coletividade. O universo e os mantimentos existiam para o desfrute de todos. Prevalecia uma moralidade instintiva, pré-convencional, em tais relações humanas horizontalizadas. Nesse contexto de acesso quotidiano às possibilidades de se manterem vivos, sobrevivia-se no presente, sem fantasias sobre o passado ou profecias sobre o futuro. Ainda não éramos dotados de uma linguagem que nos ensejasse a criação de mitos ou ficções, ou realidades imaginadas, conforme veremos logo mais.

Segundo as pesquisas históricas de Yuval Noah Harari[2], os *sapiens*, que são os humanos ainda sobreviventes na terra, embora já habitassem a África Oriental há 150 mil anos, apenas por volta de 70 mil anos atrás começaram a dominar o resto do planeta e a levar as demais

espécies humanas à extinção. Embora seus cérebros fossem tão grandes quanto os nossos, eles não produziam ferramentas particularmente sofisticadas e não realizavam nenhum outro feito especial. De fato, conforme Harari, por volta de 100 mil anos atrás, alguns grupos de Sapiens migraram para o Levante – que era território dos Neandertais – mas não foram capazes de sobreviver naquela região. Há hipóteses de que teria sido por conta da crueldade dos nativos, pelo clima inclemente ou devido à presença de parasitas com os quais não estavam familiarizados.

Então, a partir de 70 mil anos atrás, o *Homo sapiens* começou a fazer coisas muito especiais. Nessa época, os bandos de Sapiens saíram da África pela segunda vez. Dessa feita, eles expulsaram os Neandertais e todas as outras espécies humanas, não só do Oriente Médio, como também da face da terra. Em pouco tempo chegaram à Europa e ao leste da Ásia. O período de 70 mil a 30 mil anos atrás observou a invenção de barcos, lâmpadas a óleo, arcos e flechas, agulhas para costurar roupas quentes, os primeiros objetos que podem ser chamados de arte e joalheria, assim como os primeiros indícios incontestáveis de religião, comércio e estratificação social.

Diz Harari que a maioria dos pesquisadores acredita serem essas conquistas sem precedentes fruto de uma revolução nas habilidades cognitivas dos *sapiens*. Sustentam que esses bandos ou tribos que levaram os Neandertais à extinção e que conseguiram esculpir o homem-leão de Stadel, na Austrália, eram tão inteligentes, criativos e sensíveis como nós. O desenvolvimento de novas formas de se relacionar e comunicar, entre 70 mil e 30 mil anos atrás constitui a Revolução Cognitiva. Nesse período a linguagem do *Homo sapiens* foi-se mostrando incrivelmente versátil. Evoluiu como uma forma de fofoca (gastronomia e papos em torno da fogueira). Conforme essa teoria, a cooperação social, essencial para a sobrevivência e a reprodução, foi fortalecida. Não é suficiente que homens e mulheres conheçam o paradeiro de leões e bisões, diz Harari. É muito mais importante para eles quem em seu bando odeia quem, quem está dormindo com quem, quem é honesto e quem é traiçoeiro.

No transcorrer dos milênios fomos descobrindo como utilizar o sal na conservação de alimentos e desenvolvendo a domesticação do fogo e de animais. A domesticação do fogo ensejou maior proteção das tribos, inclusive mediante manipulação de ferramentas forjadas do ferro, do bronze e de outros metais, ampliando o poder dos grupamentos contra animais ferozes, estimulando "banquetes" ao redor das fogueiras, onde floresciam os papos, as fofocas. Novos costumes foram surgindo, inclusivo no campo dos afetos e da sexualidade. Nesse ambiente favorável à provocação de novas capacidades cognoscitivas, "quantos bodes e coelhos grelhados não inspiraram as festas, os mitos e os ritos desses povos conversadores"?

Ainda conforme Harari, lendas, mitos, deuses e religiões aparecem pela primeira vez com a Revolução Cognitiva. Antes disso, muitas espécies animais e humanas foram capazes de dizer: "Cuidado! Um leão!", mas foi graças à Revolução Cognitiva que o *Homo sapiens* adquiriu a capacidade de dizer: "O leão é o espírito guardião da nossa tribo". Essa capacidade de falar sobre ficções é a característica mais singular da linguagem dos *sapiens*. Desde então podemos tecer mitos partilhados, tais como a história bíblica da criação, os mitos do tempo do sonho dos aborígenes australianos e os mitos nacionalistas dos Estados modernos.

Acrescenta Harari que, após a Revolução Cognitiva, o falatório ajudou o *Homo sapiens* a formar bandos maiores e mais estáveis. Mas até mesmo a fofoca tem seus limites. Pesquisas sociológicas demonstraram que o tamanho máximo "natural" de um grupo unido por fofoca é de cerca de 150 indivíduos. A maioria das pessoas não consegue nem conhecer intimamente, nem fofocar efetivamente sobre mais de 150 seres humanos. Como o Homo Sapiens conseguiu ultrapassar esse limite crítico, fundando cidades com dezenas de milhares de habitantes e impérios que governam centenas de milhões? O segredo foi, provavelmente, o surgimento da ficção. A melhor hipótese é que muitos estranhos podem cooperar de maneira eficaz se acreditarem nos mesmos mitos. Especialmente quando podem deixar escritas as suas novidades, acrescentamos.

A grande expansão para as grandes cidades, com dezenas de milhares de habitantes e impérios ocorreu, paulatinamente, a partir da Revolução

Agrícola. Com efeito, há cerca de 12 mil anos, especialmente em face de mutações climáticas e de um provável desejo de relações mais próximas e estabilizadas, várias dessas tribos passaram a priorizar atividades agrícolas, implementando, assim, as possibilidades de convivência sedentária, com mais ampliada domesticação de animais, fundição de ferramentas, habitações mais estruturadas e aumento exponencial das populações. Variadas funções e subfunções iam surgindo, quer na logística para uso administrado dos mantimentos, quer para as trocas de excedentes com outras tribos.

O comércio em trocas de mercadorias expandia-se graças a meios de locomoção que foram sendo aperfeiçoados com uso de animais, sofisticação de armamentos e de embarcações. Essas sociedades agrícolas sedentárias, assentadas em locais estratégicos, expandiam-se e precisavam enfrentar tribos oportunistas, que atacavam as caravanas, quer para cobrar pedágio pela passagem por suas terras, quer simplesmente para saquear, apropriando-se do todo ou de parte das mercadorias. Ampliavam-se as muralhas, as fortificações, os palácios, a verticalização social.

As diferenciações de poder em face da diversificação e complexificação das atividades foram sendo ampliadas, em meio a grande crescimento demográfico e ao fenômeno da hierarquização patriarcal. Muito sofrimento sobreveio, em consequência de pestes, catástrofes naturais e trabalhos exaustivos. A atividade agrícola era cansativa. Organizações administrativas e militares estruturavam-se como estados, sob o domínio de senhores territoriais ou realezas e impérios tirânicos. Nesses tempos as tribos já não se destacavam pela cooperação. Avanços tecnológicos para uma agricultura irrigada – ensejando estoques e a manufatura de novas ferramentas e de armas – intensificaram a necessidade de negociações de alianças entre tribos vizinhas, muitas vezes redundando em guerras contra tribos e povos concorrentes; subjugados ou escravizados, ao serem derrotados.

Guerras de defesa ou de conquista avançavam – para expandir e agregar territórios férteis e ricos em minerais. No contexto de continuados avanços tecnológicos, as guerras ganharam lugar significativo, ocasionando a escravização dos derrotados. Impérios crescentes dominavam a terra

conhecida, onde realezas guerreiras prosperavam com a exaltação dos seus mitos, dos seus heróis ficcionais, nas glorificações religiosas e militares. A expansão do comércio, inclusive pelos mares, dera origem às moedas e à sofisticação dos numerais e da contabilidade, em paralelo com o desenvolvimento da escrita.

Com efeito, há cerca de 5.000 anos, narrativas inovadoras eram ampliadas na memória criativa e seus poderosos dirigentes, apoiados em seus escribas, contadores, artistas, filósofos, teólogos, rábulas e historiadores. Sofisticavam-se as mitologias, a cantar e eternizar glórias dos seus ancestrais fundadores, heróis; homens-deuses do passado, a supostamente indicar que os melhores rumos da história consistiam em manter aquelas mesmas práticas mitológicas dos seus deuses, semideuses ou realezas fundadoras. E cada povo cultivava os seus glorificados.

A imagem de um tempo bom, de um paraíso perdido, coletivista, nutrido pelos exemplos de realezas sábias, bravas, justas e vencedoras, era a fonte mítica que alimentava as crenças de muitos desses povos; notadamente dos gregos, que tomaremos como referência, para os fins específicos deste nosso texto. É nas narrativas míticas das questões históricas colocadas até aqui que vamos encontrar a ficção paradoxal de um paraíso perdido. Em torno dessas ficções, mitos e ritos, a civilização expandia-se e religiões floresciam. Mas também floresciam tiranias e totalitarismos, e suas castas. Embora inexistente o coletivismo mítico de um tempo de glória, sempre exaltado, o totalitarismo reinante regava e mantinha o pensamento coletivo admissível; qual seja, o pensamento único.

Para o entendimento desses desdobramentos, será preciso refletir sobre as condições que ensejaram o coletivismo das tribos primitivas. Será preciso questionar as razões por que a Revolução Agrícola acarretou grande aumento populacional e verticalização social. Questionar por que floresceu uma filosofia social, política e moral baseada nesse historicismo saudosista. Sim, um historicismo alimentado pelo mito do resgate de tempos de cooperação e de feitos heroicos. Será preciso verificar se as necessidades de glorificação do passado e seus heróis foram condições mitológicas necessárias à grande expansão e verticalização social desses impérios.

Que tal uma reflexão sobre as seguintes questões: a) Quais teriam sido as condições de vida que ensejaram o coletivismo e comunismo das tribos nômades primitivas?; b) Quais teriam sido as razões que levaram as realezas das sociedades agrícolas e de trocas a celebrarem, enfaticamente, o mito da existência de tempos passados, de glória e de cooperação?; c) Será que uma necessidade imaginada de glorificação do passado é o único meio de ampliar aquela liga mitológica que agrega os povos em torno de objetivos comuns?; e d) Será que as práticas de consensualização passaram a depender do controle da autoridade oficial?

Os ritos, mitos e crenças em heroísmos de guerreiros das realezas gregas: o enfrentamento de uma crise chamada democracia

A ideia de democracia floresceu na Grécia antiga, estando ali a origem da chamada civilização ocidental. Para explorar essa questão, nossa principal referência é a admirável obra de Karl Popper, *A sociedade aberta e seus inimigos*[3]. Com efeito, eles eram povos guerreiros, normalmente vivendo em postos fortificados, governados por chefes tribais ou reis, ou por famílias aristocráticas. Travavam guerras uns contra os outros ou contra tribos bárbaras, pelos mares e terras. Havia muitas diferenças entre os modos de vida gregos e os de outras tribos. A história demonstra que não havia uniformidade no tribalismo agrícola avançado. Sociedades agrícolas são diferenciadas em suas estratégias; daí a falta de padronização. Entre elas de comum há a atitude mágica ou irracional a justificar a rigidez dos costumes da vida social.

Essa atitude mágica em relação aos costumes tem como elemento marcante a falta de distinção entre as regularidades costumeiras ou convencionais da vida social e as encontradas na "natureza"; e esse monismo confirma a crença de que ambas são impostas por uma vontade sobrenatural. Quando Popper faz referência à rigidez do tribalismo, isto não significa que não reconheça mudanças nos modos de vida tribais. E sim, que as mudanças, pouco frequentes, decorrem de conversões ou reações religiosas, ou de introdução de novos tabus mágicos. Acima dessas raras mudanças, os tabus regulam e dominam rigidamente todos

os aspectos da vida. Os membros dessas tribos raramente se encontrarão em situações de duvidar sobre como deverão agir.

O modo correto é determinado pelos tabus das mágicas instituições tribais, que nunca podem ser objeto de consideração crítica. Baseadas na tradição tribal coletiva, as instituições não deixam campo à responsabilidade pessoal. Os tabus que estabelecem certa forma de responsabilidade de grupo podem ser os precursores do que denominamos responsabilidade pessoal, mas diferem fundamentalmente dela. Tabus não se baseiam num princípio de explicabilidade razoável, mas em ideias mágicas, como a de apaziguar as forças do destino. Ainda hoje eles estão presentes em vários dos nossos costumes e crenças. A essas sociedades mágicas Popper atribui a qualificação de sociedades fechadas. Por sua vez, sociedades abertas são aquelas em que se reconhece a relevância dos indivíduos na confrontação das decisões interpessoais e na construção de consensos possíveis.

Uma sociedade fechada, no seu aspecto mais completo, pode ser justamente comparada a um organismo. A chamada teoria orgânica ou biológica do estado pode ser-lhe aplicada em considerável extensão. Essa espécie de sociedade assemelhar-se-ia a uma horda ou tribo por ser uma unidade semiorgânica, cujos membros são mantidos juntos por laços semiorgânicos – parentescos, coabitação participação nos esforços comuns, nos perigos comuns, nas alegrias e aflições comuns. Trata-se, pois, de um grupo concreto de indivíduos concretos, relacionados uns com os outros não só por abstratas relações sociais, tais como a divisão do trabalho e o intercâmbio de utilidades, como por concretas relações físicas, tais como o tato, o olfato e a visão.

Distingue-se de uma sociedade aberta na medida em que, em sociedade democrática, muitos membros lutam por elevar-se socialmente e tomar os lugares de outros membros. Isto pode levar, por exemplo, a um fenômeno social tão importante como a luta de classes. Não podemos encontrar nada de parecido à luta de classes num organismo. As células ou tecidos de um organismo, que muitas vezes se diz corresponder aos membros de um estado, talvez possam competir por alimento; mas não há tendência inerente da parte das pernas para se tornarem

cérebro, nem dos outros membros do corpo para se transformarem em barriga. Visto como nada há no organismo que corresponda a uma das características mais importantes da sociedade democrática, a competição por posição entre seus membros, a chamada teoria orgânica do estado, baseia-se numa falsa analogia". Sociedade fechada não conhece tais tendências, pois suas instituições, incluindo suas castas, são sacrossantos tabus. Assim, não é de surpreender que muitas tentativas de aplicar a teoria orgânica à nossa sociedade, hoje, sejam formas veladas de propaganda, para um retorno ao tribalismo.

Conforme a pesquisa de Popper, a reflexão racional começa em Atenas, de certo modo, com Heráclito, notadamente por volta dos anos 450 a.C. Muitos outros, como Heródoto, Sócrates e os Sofistas, foram ampliando as buscas por instituições melhores, na linha do reconhecimento da responsabilidade pessoal e racional. Sócrates não era um líder da democracia, como Péricles, ou um teórico, como Protágoras. Sócrates fazia críticas ao modo ateniense de lidar com as instituições democráticas. Daí se concluir que há uma fundamental diferença entre uma crítica democrática e uma crítica totalitária da democracia. Consoante a pesquisa de Popper, a crítica de Sócrates era democrática, e, em verdade, daquela espécie que constitui a própria vida democrática.

A propósito, e isto vale para hoje, os democratas que não veem a diferença entre uma crítica amigável da democracia e uma crítica hostil podem estar imbuídos do espírito totalitário. À luz dessas afirmações, entende-se que a transição da sociedade fechada para a aberta pode ser descrita como uma das mais profundas revoluções por que ainda passa a humanidade. Uma obra inconclusa, porque sujeita avanços e retrocessos.

Péricles, de Atenas, teve reconhecido o seu grande mérito na busca por uma sociedade aberta. No ano 430 a.C. ele afirmava: "Embora somente poucos possam dar origem a uma política, somos todos capazes de julgá-la". Em sentido inverso, Platão defendia a sociedade fechada. Conforme Popper[4], sua fórmula idealista era: *Detenha-se toda a mudança política!* A mudança é maléfica; o repouso, divino. Toda mudança pode ser detida se se fizer do estado cópia exata do seu original, isto é, a Forma ou Ideia da cidade. E se se perguntasse como seria isso praticável,

poder-se-ia responder com a fórmula naturalista: *Volte-se à natureza!* Voltemos ao estado original de nossos antepassados, o estado primitivo fundado de acordo com a natureza humana e, portanto, estável; voltemos ao patriarcado tribal do tempo anterior à Queda, ao natural governo de classe dos poucos sábios sobre os muitos ignorantes.

Popper, mais adiante, revela acreditar que Platão, com profunda visão sociológica, verificou que seus contemporâneos sofriam sob severa tensão, e que essa tensão era devida à revolução social que começara com o surgimento da democracia e do individualismo. Teve ele êxito em descobrir as principais causas de sua infelicidade, profundamente arraigada – a mudança e a dissenção social – e fez o máximo para combatê-las. Não há razão para duvidar de que um de seus mais poderosos motivos para agir daquele modo era o desejo de reconquista da felicidade para os cidadãos.

Popper também revela acreditar que o tratamento médico-político que Platão recomendava, a detenção da mudança e a volta do tribalismo, era desesperadamente errado. Mas a recomendação, embora impraticável como terapêutica, dá testemunho da sua capacidade de diagnóstico. Mostra que ele sabia o que estava deslocado, e que compreendia a tensão, a infelicidade que o povo experimentava, ainda que errasse na sua afirmação fundamental de que, reconduzindo-os ao tribalismo, poderia diminuir a tensão e restaurar-lhes a felicidade.

Com efeito, é no contexto da reação das sociedades fechadas a tais mudanças que observamos a agressividade de Esparta, na guerra do Peloponeso, contra a democracia ateniense, buscando paralisar o desenvolvimento de instituições democráticas. Essas instituições democráticas – resultantes do multiculturalismo e do individualismo competitivo próprios da atividade mercantil – eram as principais características reconhecidas como perigosas pelos oligarcas.

Em Atenas a tensão era grande. De um lado, a retórica dos que proclamavam o mérito dessas liberdades, no partido que sustentava a igualdade constitucional da maioria, em escolhas democráticas; do outro lado, a retórica do partido dos oligarcas, que exaltava a capacidade de decisão e a sabedoria da nobreza. Embora desprezasse a tirania, Platão estava com

eles, ao defender que a virtude está no sustentar, tanto quanto possível, a não mudança; em respeito aos feitos dos heróis do passado, cujo modelo deve ser preservado.

Esse submeter-se coletivo aos mitos e tabus do passado, essa rebuscada mitologia em homenagem a um tempo remoto de heróis e semideuses, esse culto a herdeiros da tribo originária coletivista e sábia é a crença historicista mais tradicional das sociedades fechadas, espraiada entre espartanos, persas, egípcios antigos e outros; associada à ideia de que, ao se deteriorar o coletivismo daquele idealizado paraíso perdido, ocorre uma queda civilizatória e muito sofrimento, sendo a melhor virtude manter a realeza unida e resistir às mudanças que pudessem afastar o povo grego do seu passado de glórias. Atenienses eminentes apoiaram Esparta na Guerra do Peloponeso.

E, no entanto, esse comunismo ou coletivismo idealizado apenas existiu em tribos nômades, antes e após a Revolução Cognitiva, quando a diferenciação entre as atividades dos humanos era pequena, e todos quase que apenas produziam e compartilhavam os mesmos recursos quotidianamente, coletando arbustos, pescando, caçando e desenvolvendo artefatos; enfim, o necessário para viver por mais alguns dias e proteger, com destemor, a sua descendência. Todos rigorosamente inseridos nos mesmos mitos e tabus. Daí porque, para tal intento, eram coletivamente interdependentes, e precisavam colaborar, compartilhar.

Com efeito, aqueles ainda não eram os tempos de heróis guerreiros de sociedades verticalizadas, fechadas, totalitárias. Ainda não prevalecia a violência e uma cultura de dominação patriarcal. Tais comunidades tribais eram nômades, que migravam, desfrutando de porções maleáveis da natureza; sendo bem mais pacíficas. Reuniam-se em círculos, restauravam vínculos e conciliavam interesses em torno dos mais experientes e respeitados, apoiados em ritos e cânticos pela paz, tal como as práticas restaurativas dos Maoris, na Nova Zelândia dos tempos atuais.

Em face desses conteúdos, sugiro que reflitamos sobre as seguintes questões: a) Como explicar, então, que jovens nobres, ambiciosos, se tornaram membros ativos do partido democrático, enquanto os mais dotados e reflexivos compuseram movimentos de reação?;

b) A democracia grega já contemplava valores efetivamente indicativos das suas vantagens quanto à liberdade individual, à igualdade de oportunidades e aos cuidados com os vulneráveis?; c) A força da tradição, o apelo em defesa das velhas virtudes dos antepassados patriotas e as tradições religiosas iriam deter essas mudanças?; e d) Os mitos historicistas, totalitários, serão sempre vencedores?

A ciência nas sociedades abertas da modernidade: texto e controle público da linguagem

Um dos nossos objetivos, neste trabalho, é o de compreender o fenômeno do historicismo na recente polarização, no Brasil e alhures, entre os que pugnam pela liberdade de trabalhar e empreender, de modo sustentável e globalmente, e os que se fecham em busca de supostas glórias do passado ou de leis históricas garantidoras de uma tendência escatológica para o futuro. Essa compreensão será importante para que possamos discutir os novos rumos das práticas de consensualização.

Continuemos, como no item anterior, no rastro das pesquisas e reflexões de Karl Popper, agora no volume 2 da sua obra *A sociedade aberta e seus inimigos*[5]. Seus principais focos são Hegel e Marx. Ao indagar se a história tem alguma significação, o autor vai argumentando que dificilmente será possível comentar a história sem discutir os problemas fundamentais da sociedade, da política e da moral. Assim, não pode haver história do passado tal como efetivamente ocorreu; pode haver apenas interpretações históricas, e nenhuma delas definitiva; e cada geração tem o direito de arquitetar a sua, diz ele. É esta necessidade que, se não for atendida por meios racionais e lícitos, produz as interpretações historicistas. Em vez de reconhecer que a interpretação da história deveria atender a uma necessidade nascida dos problemas práticos e das decisões que nos confrontam, o historicista acredita que, em nosso desejo de interpretação da história estará expressa a profunda intuição de que, contemplando a história, poderemos descobrir o segredo, a essência do destino humano. Com efeito, o historicismo empenha-se em encontrar o caminho por onde, concretamente, a humanidade

está fadada a marchar, empenhando-se a identificar a chave ou a significação da história.

Sobre a ciência e o sentido das sociedades abertas

Conforme suas preciosas pesquisas, o autoritarismo medieval começou a dissolver-se com o Renascimento. Mas, no continente europeu, a sua réplica política, o feudalismo medieval, não fora seriamente ameaçado antes da Revolução Francesa (a Reforma Protestante apenas o fortalecera). A luta pela sociedade aberta só voltou a começar com as ideias de 1789, e as monarquias feudais logo sentiram a seriedade desse perigo. Quando, em 1815, o partido reacionário começou a retomar o poder na Prússia, achou-se na extrema necessidade de uma ideologia. Hegel foi indicado para suprir essa necessidade e ele o fez revivendo as ideias dos primeiros grandes inimigos da sociedade aberta: Heráclito e Platão.

Assim como a Revolução Francesa tornara a descobrir as ideias perenes da Grande Geração da democracia grega e do cristianismo, a liberdade, a igualdade e a fraternidade de todos os homens, assim também Hegel redescobriu as ideias platônicas que jazem por trás da perene revolta contra a liberdade e a razão. O hegelianismo é o renascimento do tribalismo. A fim de dar ao leitor uma visão imediata da platonizante adoração hegeliana do estado, Popper cita alguns trechos, mesmo antes de começar a analisar sua filosofia historicista. Esses trechos mostram que o coletivismo radical de Hegel depende tanto de Platão quanto depende de Frederico Guilherme II, rei da Prússia, no período crítico durante e após a Revolução Francesa. Sua doutrina é a de que o estado é tudo e, o indivíduo, nada, pois deve dar tudo ao estado, tanto sua existência física como espiritual.

Eis a mensagem típica de Platão, do prussianismo de Frederico Guilherme e de Hegel. "O Universal se encontra no Estado", escreve Hegel. "O Estado é a ideia divina tal como existe na terra… Devemos, portanto, adorar o Estado como a manifestação do Divino sobre a terra, e considerar que, se é difícil compreender a Natureza, infinitamente mais árduo será apreender a Essência do Estado… O Estado é a marcha

de Deus pelo mundo… O Estado deve ser compreendido como um organismo… Ao Estado completo pertencem, essencialmente, a consciência e o pensamento. O Estado sabe o que quer… O Estado é real; e… a verdadeira realidade é necessária. O que é real é eternamente necessário… O Estado existe… em razão de si mesmo. O Estado é o que efetivamente existe, a vida moral realizada". Essa seleta de afirmações pode bastar para mostrar como o platonismo de Hegel e sua insistência sobre a absoluta autoridade moral do estado predomina sobre toda moralidade pessoal, toda consciência. É, sem dúvida, diz Popper, um platonismo bombástico e histérico, mas isso só torna mais evidente o fato de que ele liga o platonismo ao totalitarismo moderno[6].

E quanto a Karl Marx? Há uma passagem do *Capital*, obra amplamente divulgada, em que Marx diz que "na obra de Hegel, a dialética, está de cabeça para baixo; o que se deve fazer é virá-la de modo certo…". Sua tendência é clara. Marx desejava mostrar que a "cabeça", isto é, o pensamento humano, não seria, em si mesma, a base da vida humana, mas antes uma espécie de superestrutura, sobre uma base física. Ele esclarece mais adiante: "O ideal nada mais é do que o material quando transposto e transladado para dentro da cabeça humana". Mas talvez não tenha sido suficientemente reconhecido que essas passagens não exibem uma forma radical de materialismo; antes, indicam certa inclinação para um dualismo de corpo e alma. Esse é, por assim dizer, um dualismo prático.

Embora, teoricamente, Marx só considerasse a mente como outra forma (ou outro aspecto, ou talvez um epifenômeno) da matéria, na prática via-a diferente da matéria, pois era outra forma desta. As passagens citadas indicam que embora nossos pés tenham de ser mantidos, por assim dizer, no campo firme do mundo material, nossas cabeças – e Marx pensava firmemente em cabeças humanas – preocupam-se com pensamentos ou ideias. Popper considera, então, que o marxismo e sua influência não podem ser apreciados, a menos que reconheçamos esse dualismo[7]. E afirma que os argumentos que alicerçam a profecia histórica de Marx não são válidos. Sua engenhosa tentativa de extrair conclusões proféticas da observação de tendências econômicas contemporâneas falhou. A razão desse fracasso não está em qualquer

insuficiência da base empírica da argumentação. As análises sociológica e econômica que Marx fez da sociedade de sua época podem ter sido um tanto parciais, mas, a despeito de sua inclinação, eram excelentes, enquanto descritivas.

A razão de seu fracasso como profeta repousa inteiramente na pobreza do historicismo como tal, no simples fato de que, mesmo que observemos hoje o que parece ser uma tendência ou linha histórica, não poderemos saber se amanhã ela terá a mesma aparência[8]. O elemento profético do credo de Marx prevaleceu na mente de seus seguidores. Varreu tudo mais, banindo a força do julgamento frio e crítico e destruindo a crença de que podemos mudar o mundo por meio do uso da razão. Tudo quanto restou do ensinamento de Marx foi a filosofia oracular de Hegel, que, sob seus adornos marxistas, ameaça paralisar a luta pela sociedade democrática[9]. Ressalto que Popper fez estes comentários nos anos quarenta do século passado.

Com efeito, uma história concreta da humanidade, se alguma houvesse, teria que ser a história de todos os homens, de todas as esperanças, lutas e sofrimentos humanos. Homem algum será mais importante que qualquer outro. Obviamente, essa história concreta não poderia ser escrita. Seria preciso que fizéssemos abstrações, seleções, deixando tantas coisas de lado. Assim agindo, necessariamente iríamos chegar a muitas histórias e, entre elas, por exemplo, à história do crime internacional e a tantas outras histórias não contadas.

Popper não nega que se pode interpretar a história, por exemplo, de um ponto de vista cristão, como o é interpretá-la de qualquer ponto de vista. E seria por certo reconhecido, por exemplo, o quanto devemos à influência do cristianismo por nossos alvos e fins ocidentais, por valores como o humanitarismo, a liberdade e a igualdade. Sendo necessário, entretanto acentuar que a única atitude racional, e assim, a única atitude verdadeiramente cristã em relação à história da liberdade, é a de que somos responsáveis por ela, no mesmo sentido de que somos responsáveis pelo que fazemos de nossas vidas, e a de que só a nossa consciência nos pode julgar, e não o nosso sucesso mundano. Diz ele, textualmente[10]:

> Os que sustentam que a história do sucesso do ensinamento cristão revela a vontade de Deus deveriam perguntar a si mesmos se esse sucesso foi realmente o sucesso do espírito do Cristianismo; e se esse espírito não triunfou, antes no tempo em que a Igreja era perseguida, do que no tempo em que a Igreja foi triunfante. Que igreja encarnou mais puramente esse espírito: a dos mártires ou a igreja vitoriosa da inquisição?

As observações de Popper chegam, então, a um ponto que nos parece fulcral, ao afirmar que todo o problema de educar o homem a uma sadia avaliação de sua própria importância em relação à dos outros indivíduos é inteiramente obscurecido por essa ética da fama e do destino, por uma moralidade que perpetua um sistema educacional ainda baseado nos clássicos, com sua visão romântica da história do poder e sua romântica moralidade tribal que remonta a Heráclito; sistema que tem sua base final na adoração do poder. Em lugar de uma sóbria combinação de individualismo e altruísmo, entre indivíduos concretos, tem-se como assente uma combinação de egoísmo e coletivismo. Implicitamente, a divisa dessa atitude estaria entre dominar ou submeter-se; ou ser um Grande Homem, um Herói, lutando com o destino para conquistar fama, ou pertencer às massas e submeter-se à liderança, e sacrificar-se à causa superior do coletivo; consoante a ética Hegeliana. Sobre esse ponto, traremos, mais adiante, um esclarecimento sobre como essa questão pode ser mais bem resolvida, na democracia, mediante controles públicos da linguagem, consoante os procedimentos de uma retórica realista.

Popper afirma existir, também em Marx, um elemento neurótico, histérico, nessa exagerada acentuação da tensão entre o eu e o coletivo, e ele não duvida de que essa histeria, essa reação à tensão da civilização, seja o segredo da forte atração emocional da ética de adoração do herói; da ética da dominação e da submissão. É sob a influência de tais ideias românticas que o individualismo é ainda identificado com o egoísmo, como o foi por Platão, e o altruísmo com o coletivismo. E acentua: Não pode, certamente, ser esta a moralidade daqueles que favorecem a justiça e o igualitarismo, pois a fama histórica pode não ser justa e só pode ser alcançada por muitos poucos. Um incontável número de homens e

mulheres que são tão dignos quanto estes poucos, ou mais ainda, ficará sempre esquecido.

É o problema da natureza e da convenção que aqui de novo temos à frente. Nem a natureza nem a história podem dizer-nos o que devemos fazer. Os fatos, sejam os da natureza, sejam os da história, não podem tomar a decisão por nós, não podem determinar os fins que vamos escolher. Nós é que introduzimos propósito e significação na natureza e na história. Os homens não são iguais; mas podemos decidir lutar por direitos iguais. As instituições humanas tais como o Estado, não são racionais, mas podemos decidir lutar para torná-las mais racionais. Nós mesmos e nossa linguagem comum somos, em conjunto, antes emocionais do que racionais; mas podemos tentar tornarmos um pouco mais racionais e adestrar-nos a usar nossa linguagem como um instrumento, não de expressão própria, como diriam nossos educadores românticos, mas de comunicação racional. Os fatos, como tais, não têm significação; apenas poderão consegui-la por meio de nossas decisões.

O historicismo combatido por Popper parece, enfim, representar o que costumeiramente se descreve como superstição, pois admite que podemos colher onde não semeamos. Tenta passar nossa responsabilidade para a história e, portanto, para o jogo de forças para além de nós mesmos. Se pensarmos que a história progride, ou que estamos fadados a progredir, então cometemos o mesmo engano daqueles que creem ter a história um significado que pode ser descoberto nela e não necessita ser-lhe dado. Progredir, com efeito, é mover-se para certa espécie de fim, para um fim que existe para nós como seres humanos. A "história" não pode fazer tal coisa, diz ele. Apenas nós, os indivíduos humanos, podemos fazê-lo. E o podemos fazer defendendo e fortalecendo aquelas instituições democráticas de que a liberdade e, com ela, o progresso depende. E muito melhor o faremos à medida que nos tornarmos mais plenamente conscientes do fato de que o progresso repousa em nós, em nossa vigilância, em nossos esforços, na clareza da concepção que tenhamos de nossos fins e no realismo das escolhas.

Sobre o realismo das escolhas: o texto e o controle público da linguagem jurídica

Examinemos este problema no rastro da filosofia retórica realista, conforme expõe Adeodato[11]. A retórica realista não quer dizer apenas que o conhecimento do mundo é condicionado pelo aparato cognoscitivo do ser humano, como sugeriu Kant, ou mesmo intermediado pela linguagem, como quer a linguística convencional. Significa dizer, radicalizando o que Nietzsche colocou sem muita clareza, que a própria realidade é retórica, pois todo pensamento e toda percepção humanos se dão na e pela linguagem. Isso não implica que a realidade seja subjetiva, pelo menos no sentido vulgar de dependente de cada indivíduo, muito pelo contrário. Uma narrativa vai ser mais ou menos "real" segundo a efetividade da sua recepção pelos demais seres humanos no ambiente. E essa efetividade vai depender da condição humana, naquele ambiente institucional, de implementar controles públicos da linguagem.

Nesse intento, as atitudes mentais dos juristas, cientistas, políticos e outros estudiosos do ambiente social costumam ser vistas pelos retóricos sob três tipos ideais: a) Uma visão normativa tem como vetor o futuro, para o qual procura prescrever otimizações, melhorias sobre o ambiente; quer modificar, dirigir, influenciar a conduta das pessoas e sua realidade, em geral com objetivos idealistas que lhe parecem edificantes; b) Uma teoria que se pode chamar de escatológica busca utilizar o passado para descrever o futuro, isto é, compreender algo que ainda não existe a partir da observação daquilo que acredita ter acontecido; são perspectivas de inspiração "científica", admiradoras do questionável sucesso das "ciências naturais", que pretendem inserir o direito nas ditas "ciências" sociais, para as quais é possível explicar a sociedade a partir da "descoberta" de "leis" e nexos causais (etiologias) e assim prever situações futuras (escatologias); e c) Uma teoria empírica como a retórica realista dirige-se ao passado, procura descrever os acontecimentos tais como parecem àquele que a expressa; é uma visão menos ambiciosa, mas nem por isso livre de divergências, sobretudo quanto à sua característica de tentar abster-se de juízos de valor. Ali está presente uma postura analítica, de observador que não toma partido, jamais de ator ou torcedor.

Parte da opção metodológica de que a função social do pesquisador não é externar posições políticas, para isso existem partidos, agremiações e votos em uma sociedade democrática. O ambiente de pesquisa não deve fornecer palanques para pontificar ideologias diante de jovens e de ignorantes, que são, por definição, inexperientes e manipuláveis.

É a partir dessas inquietações que insistimos na retórica realista, agora sobre a relação entre termos gerais e fenômenos individuais, na senda de outro recente artigo de Adeodato[12]. Considera o autor que o problema de se a linguagem corresponde adequadamente aos eventos do mundo real é um dos assuntos que mais preocupam os filósofos. Nas raízes antigas da filosofia do Ocidente está a oposição entre o racionalismo idealista de Parmênides e o empirismo realista de Heráclito, entre o imóvel e o eterno fluxo. Mas parece, por sua vez, haver alguma relação de acordo entre o mundo real e a linguagem ideal da matemática, por exemplo, já que o erro no cálculo para construir uma pirâmide vai fazê-la ruir, ou seja, o mundo da natureza parece ser adequado ou mesmo determinado pelas leis da matemática. Processo semelhante ocorre quando o ato de conhecimento demanda a fixação de sentidos gerais, que não existem no mundo empírico, diante de eventos concretos, sempre individuais. O conhecimento, e daí também a hermenêutica, resultam dessa relação entre a linguagem e o mundo.

Platão transformou esses significados genéricos em ideias (*ἰδέαι, idéai),* as quais constituiriam uma realidade superior, e construiu com elas uma ontologia de mundo ideal, percebido pela razão. A própria oposição entre os termos "ideal" e "real" (de "coisa", *res*) não faz sentido em Platão, pois a verdadeira realidade é de caráter ideal. Aristóteles inspira-se nesses ensinamentos, mas não se limita a copiá-los, modificando a dicotomia por meio das expressões "forma" *(εἴδη, eídê),* e matéria. Uma diferença importante é que, para Platão, as ideias existem "antes" dos objetos sensíveis, cópias imperfeitas das ideias superiores, que são atemporais, diferentemente de Aristóteles, para quem as formas estão nos próprios objetos materiais, com a mesma dignidade ontológica, por assim dizer. Essa diferença constituiu as teses que os nominalistas medievais posteriormente denominaram *universalia ante rem* e *universalia*

in re, respectivamente, isto é, universais antes das coisas e universais nas coisas. O fenômeno por todos percebido é que a mente humana reúne um conjunto de eventos em um conceito/ideia/palavra, enfim, comum, a qual pretende referir as características que esses diversos elementos do mundo real supostamente – na visão do observador que lhes coloca nomes – têm em comum.

Em outros termos, embora cada ser humano saiba que um elemento da realidade empírica nunca é igual ao outro – assim como não há elipses, retas, círculos ou triângulos escalenos perfeitos, pois suas propriedades só existem na mente, são ideais –, o conhecimento e a comunicação somente se fazem possíveis por meio dessas generalizações abstratas. Mas haverá sempre problemas ao inserir determinados eventos nesta ou naquela classe conceitual. Suponha uma pessoa que vê inúmeras "mãos" ao longo se sua vida, percebendo claramente que todas são diferentes entre si. Aí ela constrói mentalmente uma ideia de "mão", a qual não existe no mundo real. Quando percebe a mão de alguém real, com a qual nunca tinha antes entrado em contato, a pessoa compara a ideia de mão que trazia em sua mente com aquela nova experiência sensível e conhece aquele objeto/evento como "mão". Conhece e comunica seu conhecimento a outros seres humanos.

No campo jurídico, pois o que se chama de direito é um fenômeno empírico, ocorre exatamente o mesmo. Imagine-se um atropelamento que causou a morte de alguém. Como todo acontecimento, este é único e jamais se repetirá tal e qual, isto é, somente pode ser conhecido e comunicado por meio de ideias (significados) e expressões de linguagem (significantes) que são genéricas. Por abstração "racional", os significados anteriormente construídos e seus significantes incorporados à lei (e aos demais componentes do ordenamento jurídico, como as sentenças e jurisprudências) são inevitavelmente trazidos ao processo de conhecimento, vez que os eventos em si mesmos não carregam significação absoluta e são assim absolutamente incognoscíveis: aí vão se confrontar os conceitos de, por exemplo, "culpa da vítima", "culpa do agente", "dolo", "culpa consciente", "dolo eventual", "premeditação". Cada intérprete adapta esses termos a sua visão e seus interesses e o relato final,

dominante, expressará o que o evento "foi" ou "é" juridicamente. Mais ainda, a generalidade da abstração admite gradações e quanto mais genérica uma palavra mais imprecisa sua comunicação. O conceito de "caneta" é menos preciso do que o de "caneta esferográfica", o qual é menos preciso do que o de "caneta esferográfica azul", o qual é menos preciso do que o de "esta caneta esferográfica azul que está em sua mão".

Por isso, diante de plateias incautas, quanto mais impreciso o discurso, mais aparente adesão ele atrai, pois o ouvinte ignorante das características linguísticas (para ele "armadilhas") empresta às frases ocas que lê ou ouve um conteúdo dele mesmo, ouvinte. Assim as frases "queremos o bem do povo" ou "a universidade precisa de pessoas dedicadas" podem funcionar efetivamente em determinados ambientes e provocar adesão justamente porque nada significam. A interpretação realista de textos, palavras e gestos procura ressaltar estratégias retóricas por meio de argumentos, observando suas diferenças a partir de resultados que tornam o relato vitorioso, que se impõem em determinado contexto e assim direcionam e constituem o próprio mundo real. Uma perspectiva hermenêutica eficiente, então, precisa ser atenta ao que está subentendido, oculto pelo silêncio, disfarçado por insinuações, dissimulações e simulações.

Na base de todas essas estratégias estão as relações que se estabelecem no discurso entre os termos gerais da linguagem e os eventos singulares do mundo empírico. E, como Aristóteles percebeu bem, é muito difícil separar os raros argumentos racionais e sinceros das falácias em geral que com eles se misturam nos discursos humanos. Mas uma análise retórica realista pode ajudar. Além da pecha "isto é uma verdade", talvez o artifício retórico mais bem-sucedido, lugar comum eficaz diante dos incautos, expressa-se pelo *tópos* "contra fatos não há argumentos". O orador, no caso, apresenta determinada interpretação sobre uma situação qualquer como se aqueles eventos já carregassem consigo seu significado, de um modo objetivo que todos estariam racionalmente obrigados a reconhecer, eliminando o espaço para argumentos, vez que a obviedade dos "fatos" não necessita de persuasão. Ora, qualquer iniciante em retórica, em psicologia cognitiva ou em

biologia da percepção sabe que isso não é possível. Além disso, pouquíssimos participantes do discurso que apela a fatos têm acesso aos eventos que levaram àquele discurso.

Quando se diz que "os crimes contra a vida diminuíram" tem-se uma assertiva extremamente problemática. É preciso definir o que significa a expressão "crime contra a vida", é preciso ver como os relatos desses crimes chegam aos responsáveis pela estatística e que interpretação foi dada a tais relatos. Isso imaginando que os oradores efetivamente confiem nos próprios dados, que estes não sejam deliberadamente simulados, dissimulados etc., ou seja, que os seus próprios transmissores, pelo menos, acreditem em sua fidedignidade. Mais ainda, essa "estratégia de descrição factual", mesmo supondo-a ideal e totalmente sincera, procura ainda trasladar para supostas consequências os eventuais acordos sobre o significado dos fatos, isto é, aproveita a aceitação de um discurso antecedente para estendê-la a um consequente que não apresenta qualquer respaldo. Se é demonstrado e concordado, por exemplo, que 80% dos jovens brasileiros se matricularam no ensino superior, isso nada diz a respeito da conveniência pedagógica e social desse fato. Ou seja, o consequente "logo isso é bom ou mau para a sociedade, vai desenvolvê-la melhor ou pior, aumentar ou diminuir o bem-estar etc." não decorre do antecedente. Imagine-se que poderia ser melhor ter mais eletricistas do que bacharéis.

Outra estratégia simples, também muito utilizada para construir pontes hermenêuticas entre termos gerais e acontecimentos individuais, e assim estabelecer significados do discurso, é o orador antecipar o que sua fala vai parecer aos interlocutores para assim enfraquecer as objeções, como se elas fossem impertinentes, exatamente porque são pertinentes. Dizer que "todos sabem que sou contrário a toda forma de preconceito" para externar um discurso preconceituoso, "sem fazer juízo de valor" ou "não quero tomar partido de nenhum dos lados" para fazer exatamente o oposto. Lançar mão da ambiguidade e da vagueza como estratégias é um dos recursos mais eficazes diante de auditórios menos familiarizados com as armadilhas retóricas. Sim, porque os indivíduos tendem a preencher o sentido das palavras com seus entendimentos pessoais

e, ainda mais, a achar que todos as compreendem da mesma forma, "objetivamente". Daí que, quanto mais impreciso o significado de uma palavra, mais acordo – mesmo que momentâneo – ela vai reunir.

Quando esses termos sem significado objetivo são vagamente identificados a valores positivos seus resultados são ainda melhores. No mundo atual, acentua Adeodato, quem discordaria de "construir oportunidades iguais para todos segundo regras republicanas de aplicação de recursos públicos" ou, na tradição milenar da teoria da justiça, "dar a cada um o que é seu"? Apesar de sem significado, essas frases provocam adesão de ouvintes ignorantes das artes do discurso, os quais atribuem e universalizam os significados a que querem aderir. O mesmo sucesso se observa quando o orador utiliza palavras igualmente ocas de significado, desta vez com conotações consideradas pejorativas ou pouco éticas, tais como "arbitrário", "antirrepublicano" ou "inquisitorial". Isso se torna ainda mais eficaz se o orador se coloca no discurso como porta-voz daquilo que deseja determinado coletivo de indivíduos, dotado de credibilidade e apoiado pelos ouvintes, ainda que esse coletivo seja claramente indeterminado e indeterminável.

Dependendo do contexto, são exemplos expressões como "o povo quer…", "aqueles que amam o país insistem…", "os verdadeiros democratas apoiam…" e assim por diante. Qualquer pessoa que pare um instante para observar vai perceber isso. Nada obstante, essas estratégias funcionam admiravelmente, em que pese ao seu caráter simplório. Assim também funcionam os textos da lei e da Constituição, fornecendo pontos de partida suficientemente ambíguos e vagos para as circunstâncias do momento, quaisquer que sejam.

Adeodato[13] também reconhece que a linguagem constitui a primeira grande revolução midiática, expressando-se pelas mais diferentes formas. Porém, foi com o desenvolvimento da escrita e, portanto, com o texto, que outra revolução acontece. Abre-se aí a porta para a convivência humana em larga escala. Amplia-se um controle público de linguagem. Desde os primórdios, o entendimento declaratório (gramatical) do texto passa a ser uma das instituições mais básicas da retórica humana, quase fazendo esquecer que a literalidade é somente

um significado vencedor que se firmou e passou a ser "real" e não mais metafórico. Não é à toa que a literalidade muitas vezes aparece disfarçada de "verdade" ou "fato", além da carga ética de "correção", "justiça" ou "verdade ética". Parece haver um impulso antropológico nessa direção, a ponto de fazer apagar que originalmente toda palavra humana advém de metáforas; a ordem é invertida, como se a metáfora fosse uma transgressão ou pelo menos uma extensão da verdade original.

Essa concepção literal da linguagem, diz o autor, deita raízes no mito, espraiado para a religião e para a hermenêutica da teologia. O texto tinha algo de mágico e misterioso, principalmente para os não letrados. Como era possível que aqueles sinais fossem compreendidos por pessoas fisicamente tão distantes umas das outras? Ainda mais porque alguns deles emanavam da própria divindade, como os de Moisés no Monte Sinai. O texto é uma mídia de comunicação que funciona diferentemente da voz no ar, dos gestos e toques físicos, dos sinais de fumaça e demais tipos de vias de expressão da linguagem. A importância do texto é grande porque a linguagem falada, ainda que procure fixar conceitos no fluxo de significados em permanente mudança, desaparece ao ser articulada; não se pode voltar atrás sobre o que já foi falado e ouvido e a imprecisão inerente à linguagem sempre se retroalimenta na discussão sobre o que "foi efetivamente dito". A escrita possibilita uma memória cultural coletiva e a rigor, só quando se estabelece uma cultura do texto pode-se estudar a gramática da língua.

É a aparente estabilidade dessas regras de escrita que possibilita as pretensões das teorias científicas e filosóficas a dividir compreensões coletivas sobre o mundo. Na condição de nova mídia em relação à linguagem falada, a práxis do texto traz consigo uma nova ordem cultural dentro da qual está a própria concepção de conhecimento: é com a linguagem escrita que o saber pode ser abstraído das relações concretas e das redes comunicativas imediatas e objetivado simbolicamente. Isso talvez possa fazer entender o apego à literalidade hermenêutica, mesmo depois dos conhecimentos trazidos pela semiótica e pela neurofisiologia. Entender literalmente os textos desempenha uma função pragmática importante de reduzir complexidade e tornar os aparentes consensos mais fáceis.

Mas pretender que a interpretação literal é "correta" e "única" resulta de ingenuidade ou interesse estratégico em colocar alguma interpretação como inquestionável e fora da argumentação. Tentativas idealistas de racionalização, mesmo tentando ir além da mera literalidade, tendem a esquecer de fatores imponderáveis, como a pressão de novas necessidades imprevistas, a influência dos poderes sociais em cooperação e conflito na imposição de significados ou o papel do acaso na construção do futuro.

Consoante Adeodato, é por causa das divergências inconciliáveis nos significados dos diferentes discursos na sociedade complexa que a civilização ocidental criou esse conjunto de instituições que se denomina, com alguma variação, de democracia. Uma instituição consiste numa regularidade na fixação e interpretação de determinados discursos. A influência das instituições jurídicas, e das decisões que produzem, sobre essas regularidades hermenêuticas advém precisamente de seu caráter coercitivo, o que dificulta interpretações concorrentes e divergentes. Com a pretensão estatal de monopólio do direito, eventuais controvérsias sobre o significado de textos, como aqueles contidos na lei, por exemplo, passam a ser resolvidas por meio das instituições garantidas pelo Estado, ele mesmo a instituição mor da sociedade organizada. Se há uma controvérsia sobre se uma criança deve morar com o pai ou a mãe que se separaram, é muito provável que a decisão tomada pelo sistema jurídico, concretizando os textos genéricos da lei, se torne efetiva e molde a realidade segundo seus desígnios. Mas esse entendimento não é inexorável, pois as vicissitudes dos acontecimentos podem tomar caminhos diversos dessa institucionalização jurídica de significados. O cônjuge derrotado pode sequestrar o filho para outro país, por exemplo.

Regimes não democráticos, continua Adeodato, se caracterizam exatamente por não respeitar as regras de decisão, por colocar perspectivas "materiais", isto é, certas preferências éticas, sobre o que parece justo para este ou aquele grupo social, acima das autoridades e ritos constituídos. Em outras palavras, colocar "fins" acima de "meios". É o que também ocorre, em outros contextos, em ambientes sociais subdesenvolvidos, com democracias deficitárias. Pois não há democracia fora dos procedimentos. O sonho normativo de basear a retórica humana na

persuasão nunca foi possível. Por isso a democracia se funda no voto, exatamente porque o consenso persuadido quase nunca é possível. O voto representa um ponto-final nas tentativas de persuasão. Por pior que ele seja, não há democracia acima do procedimento. O preço a pagar pela eficácia no tratamento do dissenso é o esvaziamento de conteúdo ético nas regras democráticas, a formalização ou, numa palavra, a procedimentalização. O "que" se decide (o conteúdo ético, o fim valorado) se torna secundário; importa o "quem" decide (autoridade competente) e o "como" se decide (rito de decisão), que constituem os meios. O que foi decidido, inclusive, pode ser modificado por um novo procedimento, com suas autoridades e seus ritos. Nada é rigorosamente estável. Por isso o Estado Democrático de Direito pretende se qualificar a partir da independência do jurídico em relação ao político. O "jurídico" significa o que se chama tecnicamente de "procedimento".

Ainda que os juristas continuem discursando sobre posicionamentos éticos e tentem – mais ou menos sinceramente – apelar a argumentos persuasivos, isso parece resultar mais de um instinto de estratégia retórica bem-sucedida e de uma atitude normativa não empírica, idealista, do que de convicções morais. No processo estatal, argumentos sobre resultados éticos, não importa o que adversários e defensores achem de sua justiça moral, política, religiosa etc., são simplesmente ignorados, caso não sejam absorvidos pelo procedimento dogmático: têm que apelar a regras previamente positivadas, dentre outros pressupostos. As instituições jurídicas, caracterizadas por sua obrigatoriedade, exprimem-se por meio das chamadas fontes do direito, é certo. Contudo, advogar que o texto carrega um significado correto é epistemologicamente simplório, quando não esconde uma atitude estratégica de atribuir ao texto o significado que traga mais vantagem ao orador. As plateias incautas e sem conhecimento de retórica completam o ciclo.

Deixo a critério dos professores o desenvolvimento, para as práticas da metodologia ativa, de casos simulados sobre questões trazidas até aqui.

A questão da cidadania e do lugar da advocacia no ordenamento jurídico brasileiro

Lembro Hannah Arendt[14], ao afirmar que, na dimensão humana, conhecemos o autor dos "milagres". "São homens que os realizam – homens que, por terem recebido o dúplice dom da liberdade e da ação, podem estabelecer uma realidade que lhes pertence de direito. E mais; que todas as funções de relevância política requerem descompromisso e imparcialidade, isenção do interesse pessoal no pensamento e no julgamento".

Busco inspiração em Norberto Bobbio[15], ao comentar sobre a norma jurídica; a lei. Nele encontro que, "No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos".

Sobre a indispensabilidade do advogado nos limites da CF/1988

A questão jurídica que trago à apreciação está assentada desde o Preâmbulo da CF/1988, *verbis*:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Eis aí uma Constituição cidadã, conforme a feliz proclamação de Ulisses Guimarães. Essa qualidade encontra suporte no art. 1º, Título I, Dos Princípios Fundamentais. Consta ali que o Estado Democrático de Direito, instituído em 1988, tem como fundamentos: "I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Em acréscimo, eis o que dispõe o respectivo parágrafo único:

"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Com efeito, esses direitos do cidadão também consubstanciam os arts. 2º, 3º e 4º da Carta Magna. No art. 2º, quando enunciam que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, demarcando um campo específico de relações político-jurídicas, no espaço público de poder republicano e democrático. No art. 3º, onde são enunciados os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, e que já no item I dispõe o seguinte: "I – construir uma sociedade livre, justa e solidária". No art. 4º ao irradiar para o plano internacional princípios como: "II – prevalência dos direitos humanos". "VII – solução pacífica dos conflitos". E mais. Conforme o "art. 5º, ao estabelecer, por exemplo: "XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei venha a estabelecer".

Sim. Os advogados, médicos e outros profissionais são submetidos a estudos universitários, pesquisas, avaliações e demais requisitos técnicos e éticos que os qualifiquem como aptos ao exercício das suas profissões, em nível superior, consoante leis aplicáveis.

É nos fundamentos republicanos e democráticos de uma Constituição afirmativa das várias liberdades para o exercício dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa, bem como no livre exercício de qualquer trabalho ou ofício, onde reside a autonomia privada do cidadão capaz, para solucionar, pacificamente, as suas controvérsias e para superar outras necessidades interpessoais e empresariais, com ou sem o concurso de advogados, médicos, psicólogos, mediadores, conciliadores, árbitros, despachantes e quaisquer outros cidadãos ou profissionais liberais especializados.

Âmbito constitucional da indispensabilidade do advogado na solução de disputas

É inquestionável a amplitude da indispensabilidade do advogado em atividades relacionadas à solução de controvérsias; mas isto não basta para tornar invariavelmente indispensável essa participação.

Com efeito, todo e qualquer texto normativo demanda, de plano, interpretações gramatical e sistemática. No sistema da Constituição brasileira, a norma a propósito da indispensabilidade do advogado na administração da justiça está situada no Título IV – Da Organização dos Poderes (arts. 44 a 135), em cujo contexto, no Capítulo IV, constam as disposições relativas às Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 135).

Portanto, é no âmbito da administração da justiça estatal, conforme o art. 133 da CF, que incide a norma segundo a qual "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações, no exercício da profissão, nos limites da lei". Uma indispensabilidade nos limites da lei, obviamente, porque lei ordinária pode eventualmente limitar essa obrigatoriedade, a exemplo do que dispôs quanto aos juizados especiais (Lei nº 9.099/1995).

Sim, o advogado é a voz da cidadania perante a administração da justiça, no âmbito da administração dos Poderes da República. Isso certamente não é pouco, porque engloba processos e procedimentos de composição de conflitos no âmbito da administração pública, envolvendo órgãos do poder legislativo, executivo e judiciário, nos âmbitos federal, estadual e municipal; inclusive quando uma das partes é pessoa ou instituição privada, e nas composições de conflitos pré-processuais, perante os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs.

Conforme Walter Ceneviva, "O advogado é o porta-voz da sociedade perante a máquina do Estado." Indago, pois. Não será inconstitucional a regra jurídica infraconstitucional que imponha generalizada atuação do advogado em defesa ou no assessoramento de cidadão civilmente capaz, em relações conflituosas da vida privada; como se ele já fora a própria voz desse cidadão; previamente "eleito"? Já não está adequadamente normatizada essa abrangência no art. 1º da Lei 8.906 (EAOAB)?

Sim. Ao atuarmos no âmbito privado, sempre prevalecerá a autonomia da vontade de cidadãos capazes; que avaliarão a necessidade de contratar advogados para a prática dos atos da vida civil; notadamente os relacionados a direitos patrimoniais disponíveis e a direitos ditos indisponíveis, suscetíveis de transação.

Estas reflexões estão sendo trazidas porque, a partir de 2016, surgiram projetos legislativos no sentido de se exigir a obrigatoriedade da participação de advogado na solução consensual de controvérsias extrajudiciais; sem o envolvimento de órgão do Poder Público. O art. 1º do PLS 80/2018, em sua redação inicial, pretendia estabelecer a obrigatoriedade da participação de advogado na solução consensual de conflitos fora do âmbito público e formal da administração da justiça.

Em seu art. 2º, esse PLS cogitava acrescer um § 4º ao art. 2º da lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB), com a seguinte redação: "§ 4º – é obrigatória a participação do advogado na solução consensual de conflitos, tais como a conciliação e a mediação, ressalvado o disposto no art. 791 da consolidação das leis do trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943".

Experimentados juristas e profissionais do direito, integrantes ou não de instituições idôneas, tais como o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA e o Fórum Nacional de Mediação – FONAME, dentre outras, atentos às várias circunstâncias em que a cidadania busca as soluções privadas e pacíficas de controvérsias, advertiam a respeito do não cabimento de tal exigência, tendo o CNJ, em tempo, encaminhado Nota Técnica ao Senado, pela não aprovação do PLS 80/2018.

A efetiva participação dos advogados na solução consensual e extrajudicial de disputas entre particulares

A experiência confirma que, de fato, o advogado é de especial importância e pode ser de valia fundamental ao sucesso de soluções consensuais. Tal assertiva igualmente cabe em relação à participação de advogados nos processos arbitrais privados. Embora não obrigatória a participação de advogados, desconhece-se arbitragem sem que tais profissionais já não estejam contratados, quer na qualidade de advogados das partes, quer integrando o painel de árbitros. Em verdade, sempre que a consensualização entre particulares afirma-se como a melhor opção em um sistema multiportas de acesso à ordem jurídica, ali tem estado o advogado ou o defensor contratado, em apoio ao ato de liberdade do seu cliente.

De outra parte, é nos escritórios de advocacia, procuradorias, defensorias públicas e nos departamentos jurídicos de empresas privadas e públicas onde os advogados são procurados e contratados para atuarem como assessores ou representantes especializados dos seus clientes, inclusive por meio de práticas resolutivas e colaborativas, participando em mediações, em arbitragens e em outros métodos adequados, onde podem e cada vez mais costumam colaborar e orientar na busca de soluções pacíficas para as controvérsias. Nossa experiência indica que a falta de maior demanda por soluções consensuais no mercado da advocacia não é função da não obrigatoriedade da participação de advogados nessas práticas extrajudiciais, mas o preço que pagamos à cultura de litigiosidade, assentada em nosso viés de apego à dogmática exegética e às soluções de autoridade; em contraditórios de ouvidos moucos; nessa justiça lenta, que se faz injusta.

Ademais – tirante a já questionada inconstitucionalidade das cogitadas regras pela indispensabilidade do advogado nas iniciativas populares por soluções pacíficas – são indevidas as limitações que se pretende impor a uma cidadania constitucionalmente "comprometida com as soluções pacíficas das controvérsias". Com efeito, precisamos, sim, reversamente, de uma educação para a paz, com vistas a que as pessoas estejam mais habilitadas a uma comunicação não violenta, capaz de respeitar as diferenças, facilitando a fluidez dos eventos dialogados no aqui e agora, em torno dos interesses contraditórios e comuns, que se pretendem reais; respeitados critérios objetivos e institucionais, notadamente em conflitos indígenas, escolares, comunitários, onde devem prevalecer as práticas restaurativas. Ali, sempre que necessário, estará o advogado privado e/ou público; com certeza.

Em face dessas reflexões, proponho admitir que, no tocante às mediações extrajudiciais entre particulares, fez bem o legislador brasileiro ao redigir o art. 10 da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação – LM): "Art. 10 – as partes poderão ser assistidas por advogados e defensores públicos. Parágrafo único: comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas". Já não é o bastante,

com vistas à equidade? Com efeito, a cogitada substituição da forma verbal "poderá" por "deverá", no caput desse art. 10 da LM, implicaria a inconstitucionalidade já comentada.

Convém que sempre tenhamos em conta a nobre finalidade da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme estatuído no art. 44, item I da Lei nº 8.906/1994 (EAOAB): "I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas". Insistamos, ademais, na promoção do nosso dever jurídico de estimular a conciliação e a mediação, conforme o art. 3º, § 3º do CPC. Estejamos firmes em defesa do dever ético-jurídico de estimular e, portanto, de priorizar a opção por soluções consensuais, conforme o art. 2º, parágrafo único, item VI, do nosso Código de Ética/15.

Quando os advogados efetivamente priorizam as práticas resolutivas, colaborativas e restaurativas na prestação dos seus serviços, os clientes participam de negociações e mediações devidamente assistidos. Nesse sentido, mais humanizado, efetivo e customizado atuará o escritório, e melhor saberá lidar, estrategicamente, com a inteligência artificial, no apoio às atividades técnicas e de pesquisa. Acredito que esse é o caminho democrático por onde será ainda mais ampliada a legitimidade, a efetividade e a nobreza da nossa profissão.

Indago: a) Parece-lhe que seria compatível com a nossa Constituição regra legal que estabeleça a obrigatoriedade da presença de advogado, com vistas a assegurar a legalidade das decisões em assembleias de condomínio privado?; b) Quais são as suas dúvidas ou discordâncias a propósito da questão maior trazida neste item?; c) Você seria capaz de imaginar e desenvolver um caso simulado de conflito sobre algum aspecto específico este tema?; e d) A nossa Constituição é efetivamente cidadã e democrática, ou apenas em parte, ao haver deixado brechas para o desenvolvimento de um mandarinato constituído de servidores concursados que, embora qualificados, gozam de excessiva proteção contra o desligamento, inclusive quando não prestam serviços públicos segundo padrões básicos de eficiência, produtividade, impessoalidade,

moralidade, transparência, razoabilidade e solidariedade em relação às penúrias da cidadania?

Os procedimentos do direito conforme a retórica realista nas práticas multidisciplinares de consensualização

Nestes últimos anos, especialmente sob os efeitos da Covid-19, mudanças estão sendo pleiteadas no que diz respeito às práticas de consensualização. Determinados grupos pugnam pela estruturação de sindicatos de mediadores e conciliadores, com vistas à defesa dos respectivos direitos trabalhistas e tributários etc.; outros por uma profissão específica, em nível superior, onde serão formados aqueles que poderão atuar como bacharéis em métodos adequados de solução de disputas; outros estão adotando uma pedagogia de ramos específicos do direito, trazendo os métodos adequados para o ambiente normativista, prescritivo, da dogmática jurídica tradicional e, muitas vezes, sem real experiência específica, inserem informações sobre a prática de métodos de consensualização. Essas questões precisam de maior reflexão, haja vista a necessidade de se preservar a interdisciplinaridade e a retórica realista, transdisciplinar, dos métodos dialógicos.

Neste momento pretendemos verificar em que nível o historicismo, conforme Popper e a retórica realista, e de acordo com Adeodato, afetam os procedimentos de consensualização. Lembremos que os historicistas – buscando abrir portas para os totalitarismos – conforme a lição de Popper, buscam substituir a atuação concreta dos indivíduos a um coletivismo abstrato, divíduo. Pois não percebem que, na ambiência das democracias, o egoísmo é contraponto ao altruísmo e o individualismo é o contraponto à cooperação; mas esses antagonismos são complementares e pressupõem eventos praticados por pessoas. Nunca por um coletivismo abstrato e totalitário, sustentado no mito historicista da perfeição do Estado; concebido este como cópia imperfeita de algum paraíso das origens ou de algum mito de destino. As práticas de consensualização não vicejam como retórica realista e, pois, com legitimidade, nesses excessos normativistas ou escatológicos dos regimes autoritários.

Mandarinatos autocratas controlam a linguagem, ao fazê-la de mão única, e impõem simulacros de contraditório. Lembremos que a retórica realista tem sua aplicação baseada numa abordagem descritiva, empírica, material ou analítica. Não é sua seara a abordagem prescritiva, que tem caráter normativo. Ocorre que, por exemplo – numa mediação de conflitos – os mediandos e seus advogados costumam iniciar com atitudes prescritivas. Desejam reclamar, reivindicar, desabafar, arguir direitos, atuar estrategicamente, com vistas a determinados fins. Eles não estão observando, empiricamente, algum fenômeno. Eles estão indo buscar algum direito ou imbuídos de algum interesse normativo, para o que desenvolveram sua retórica estratégica. Na linguagem da negociação e da mediação, isto é o que denominamos "posição".

E é pela validação dessas posições, e dos sentimentos das pessoas ali presentes e acolhidas, que tem início o procedimento. Ocorre que os mediadores de conflitos foram capacitados a atuar empiricamente, consoante a retórica realista. A eles não cabe julgar as pessoas e as argumentações, os desabafos e os sentimentos expressados. Eles estão ali observando as narrativas de significados atribuídos a eventos concretos, com a isenção e a alteridade do observador, no aqui e agora das narrativas. Ali, para o mediador, encontram-se pessoas que falam, que são reconhecidas no desempenho dos seus papéis, e que são acolhidas em suas presenças e narrativas significantes de eventos concretos, que vivenciaram.

A essa presença do mediador chamamos de escuta ativa, que já pode ter tido início em reuniões prévias, preparatórias, agora sendo complementada – na empatia de um bom *rapport* – por múltiplas narrativas equitativas dos mediandos e advogados, por indagações, silêncios, resumos, contextualizações, agendas, reuniões subsequentes em separado, novas sessões conjuntas, recontextualizações, conforme técnicas e habilidades específicas, que facilitam a compreensão das respectivas narrativas sobre eventos concretos e irrepetíveis. Em sua atitude retórica material, empírica, o mediador vai ensejando oportunidades para que a comunicação interpessoal, sem coações, viabilize novas compreensões e leituras sobre os eventos; possibilitando, assim, condições favoráveis

para que os mediandos possam, colaborativamente, com o apoio dos seus advogados, migrar para uma atitude de mudança desejante; criar opções, identificar critérios objetivos e tomar as suas decisões.

E o procedimento de mediação? Obedece a alguma norma jurídica? Adota alguma estratégia administrativa? No modelo mais adotado de mediação – conhecido como mediação facilitativa – o mediador não orienta os mediandos; pois é de responsabilidade destes obterem as informações com seus advogados e a outras fontes técnicas, eventualmente necessárias à tomada de decisões conscientes, bem-informadas. Ocorre que o procedimento tem sua estratégia, com os devidos fins administrativos de sequenciamento racional. Nessa prática procedimental, o mediador adotará uma retórica estratégica, com vistas a fins relacionados ao modo como deve transcorrer a mediação. Estará, neste particular, adotando uma metodologia e, portanto, uma linguagem prescritiva. Continuará, no entanto, até o final, com sua atitude retórica realista, enquanto observador isento de novos eventos e narrativas dos mediandos, advogados. E lembramos que, conforme discorremos no item anterior, a obrigatoriedade da presença do advogado não vigora nos procedimentos extrajudiciais. A autonomia do cidadão capaz é o critério; embora seja sempre recomendada contratação desses profissionais; em face das suas habilidades de negociador e dos seus conhecimentos técnico-jurídicos.

E quais serão as atitudes retóricas das partes (mediandos) e seus advogados? Já observamos que as partes, que vivenciaram o evento causador da disputa, comparecem à mediação com seus pleitos, reclamos, significados, podendo estar dispostos a agir por meio do engodo, da simulação, da dissimulação etc. A elas caberá a narração dos significados e dos significantes que atribuíram àquele evento. De início costumam adotar postura prescritiva, retórica estratégica; que poderá converter-se em postura material, analítica, pela ponderação das opções e dos critérios objetivos que darão suporte à sua decisão.

Quanto aos advogados, as suas atitudes retóricas dependerão das circunstâncias do procedimento de mediação/negociação. Eles estão tecnicamente incumbidos de adotar postura estratégica; consideradas

as suas respectivas posições de defesa dos interesses e direitos dos clientes, consoante os significantes normativos que identificaram. Assumem, assim, linguagem prescritiva, estratégica, na busca do cumprimento da ordem jurídica aplicável. E podem, colaborativamente, assumir linguagem material, analítica, com vistas facilitar a concretização de um acordo satisfatório. Em verdade, devem, em face do seu dever normativo de praticar a boa-fé e de priorizar as práticas de consensualização, em desfavor da litigiosidade.

A mediação de conflitos e as práticas restaurativas devem ser aplicações do novo paradigma da ciência, na condução dos conflitos. Portanto, a compreensão desse novo paradigma, a partir do pensamento sistêmico, é de grande importância na formação dos mediadores de conflitos. E como a mediação de conflitos está relacionada aos procedimentos que validam sentimentos, identificam necessidades e buscam opções fundadas em critérios objetivos, na linguagem de coconstrução de decisões, cuidamos de uma hermenêutica que integra compreensão, interpretação e aplicação do direito[16].

Para ilustrar essas novas exigências da democracia, José Souto Maior Borges[17] trouxe, na obra referenciada, a sua contribuição ao direito judiciário, com inspiração em Heidegger e nas origens Greco-romanas da dialética. O autor destaca a lógica como a ciência que estuda as leis ideais do pensamento; consoante a compreensão de que não se pensa "alguma coisa", mas "sobre alguma coisa". A lógica tanto pode ser alética, aplicada mediante monólogo ou solilóquio, inclusive no campo de uma deontologia jurídica, como pode ser uma lógica dialética. Naquela primeira hipótese será uma lógica apodítica, dos silogismos científicos, que se distingue da lógica dialética, do opinável.

Acentua que o ponto de partida da lógica apodítica, dos silogismos científicos, é alguma premissa com pretensão de verdade, enquanto a lógica dialética é desenvolvida por meio da arte do diálogo regrado, com pretensão de razoabilidade. Com efeito, o código jurídico lícito-ilícito não decorre de juízos apodíticos (verdade-falsidade), mas de juízos dialéticos (razoabilidade-insensatez) instrumentalizados em estruturas e funções político-jurídicas. O direito, em sua dimensão

dialética e, assim, enquanto arte da concretização do sentimento/ideia de justiça e da pacificação social, converte-se numa força dialético-institucional pelo apoio das técnicas legislativas dos ordenamentos jurídicos, com seu método, com seu modelo dogmático, com sua jurisprudência, com suas instituições, com suas hermenêuticas.

A falta dessa compreensão desvirtuou, na prática judicial, o princípio do contraditório, que perdeu, quase que totalmente, o seu sentido dialético, e se converteu em algo ambíguo, tecnicista e alienador da cidadania. Juízes e advogados vêm praticando essa dialética mambembe, no contraditório judicial maniqueísta, como se fora uma virtude enlouquecida pelo diálogo de surdos. Ainda conforme Borges, razões são produzidas pelas partes, cada uma delas encastelada em posições nas quais o dizer alheio – o do *ex adverso* – é pretexto tão só para o desafio do desmoronamento da sua própria arquitetura conceitual.

Acentua que é convite à meditação urgente, sobretudo no processo, único depositário normativo (como que de um resíduo), da dialética pelo *audiatur et altera pars,* princípio dos princípios processuais. É indispensável a dialética para uma ciência do processo moderno, que, na sua contemporaneidade, se recuse a voltar as costas para a tradição naquilo que esta tem de mais venerável: o contraditório, dispositivo civilizador, exigência indeclinável tanto para testar asserções e teorias, confrontar opiniões divergentes, quanto para a aplicação contenciosa de normas jurídicas. O autor em referência acentua que, para uma reversão dessa tendência à corrosão dialética – reversão necessariamente radical, porque vai à sua raiz – deve-se reconduzir o estudo jurídico, contra o sistematismo moderno, à arte do direito – *reducere jus in artem*. O que pressupõe a consideração teleológica do direito no âmbito da *polis.*

Deixemos bem claro que essa necessidade é ainda maior em países como o Brasil, onde a realidade cultural, política, jurídica e econômica ainda contempla valores feudais e escravocratas; onde as elites ainda praticam o nepotismo e tendem ao mandarinato; onde a educação do povo, em face de racismos históricos, ainda é terrivelmente precária; onde ainda não foram incorporados os princípios e as práticas da

igualdade de raça, de gênero e de oportunidades. Em suma, em países onde a dogmática jurídica ainda tende a ser operada no abstrato, demasiadamente simbólica, idealista, formalista. Precisamos reconhecer, no entanto, que, de lá para cá, algum progresso normativo houve, mediante o Código de Processo Civil de 2015, em seus tímidos incentivos às práticas de consensualização *e de negócios processuais.*

E aqui dialogamos com Warat[18], quando propõe, por uma política da vida, que o homem necessita viver melhor, viver sabendo cuidar de si e dos outros, evitando autodestruir-se, viver sem ser explorado, agredido, depreciado, ignorado, discriminado. Eis que viver melhor é tratar de evitar que a angústia reprimida se transforme em agressividade, contra os outros ou contra si mesmo; e conservar a memória (não histérica) do amor. Desenvolver sua subjetividade; nas potencialidades éticas, políticas, culturais e afetivas. Um desenvolvimento pensado em termos antropológicos e não reduzido ao meramente econômico. E juntamo-nos a Edgard Morin, na advertência de que precisamos distinguir a política totalizante (ecológica) da política totalitária. Façamos, cada um de nós, enfim, a nossa parte, com o amor possível e o diálogo necessário.

Notas

[1] URY, William. *Chegando à paz*: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 54-66.

[2] HARARI, Yuval Noah. *Sapiens*: uma breve história da humanidade. Trad. Janaína Marco Antonio. Porto Alegre: L&PM, 2016, pp. 28-36.

[3] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigo*s. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 184-214.

[4] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1974, pp. 100-101.

[5] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, pp. 267-289.

[6] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, pp. 37-38.

[7] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, p. 109.

[8] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, p. 199.

[9] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, p. 205.

[10] POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Edusp, 1974, p. 282.

[11] ADEODATO, João Maurício. *Retórica realista, instituições jurídicas e corrupção*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 20, nº 108, mar./abr., 2018, pp. 41-55.

[12] ADEODATO, João Maurício. O esvaziamento do texto e do controle das decisões jurídicas. *Revista Direito e Práxis*, ahead of print, Rio de Janeiro, 2020, pp. 10-14.

[13] ADEODATO, João Maurício. O esvaziamento do texto e do controle das decisões jurídicas. *Revista Direito e Práxis*, ahead of print, Rio de Janeiro, 2020, pp. 21-30.

[14] ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro Barbosa. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011, pp. 220-324.

[15] BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 171.

[16] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 7.ed. E-book. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020, pp. 303; 339.

[17] BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial* (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996, p. 112.

[18] WARAT, Luis Alberto. Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. In: MEZZAROBA, Orides; RI JÚNIOR, Arno Dal; ROVER, Aires José e MONTEIRO, Cláudia Servilha (Coord.). Florianópolis: Fundação Boiteu, 2004, pp. 433-434.

Notas sobre o desenvolvimento da autocomposição em sociedades individualistas e comunitárias

*Caio Machado Filho**

*Camila Kneitz***

*Ian Velásquez Fins****

*José Aristóbulo Caldas*****

Os métodos autocompositivos de resolução de disputas, também referidos como métodos de Amicable Dispute Resolution (ADR)[1], vêm sendo utilizados em diferentes civilizações há milhares de anos – sendo o uso da mediação como meio de resolução de disputas pelo Reino Mari (na atual Síria), em 1800 a.C., o registro mais antigo de que se tem notícia[2]. Outros exemplos de sua utilização podem ser encontrados em histórias oriundas das religiões abraâmicas (Judaísmo, Islamismo e Cristianismo), bem como nas tradições dos indígenas norte-americanos e de populações aborígenes da África e da Oceania[3].

Segundo Alexander, a implementação desses sistemas e práticas – em específico, os da mediação – em diversos países demonstra serem considerados métodos atrativos para diferentes tradições culturais e

* Professor da Faculdade de Direito da PUC-Rio e cocoordenador dos Grupos Acadêmicos de Estudos em Mediação e Negociação Empresarial – GAEMNE PUC-Rio e Centro de Métodos Autocompositivos – CMA PUC-Rio.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, ex-membro do GAEMNE PUC-Rio e membro fundador do CMA PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, ex-membro do GAEMNE PUC-Rio, membro fundador e ex-monitor do CMA PUC-Rio.

**** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, ex-membro do GAEMNE PUC-Rio e membro fundador do CMA PUC-Rio.

jurisdições[4]. Tal atributo é resultado de seus benefícios, especialmente a flexibilidade e informalidade que lhes são características, o que garantiria uma maior adaptabilidade desses métodos no que diz respeito às diferenças culturais, estruturais e comerciais presentes em disputas internacionais.

Apesar das diversas vantagens atribuídas à adoção dos métodos autocompositivos, podem ser identificadas barreiras culturais à sua utilização em disputas transfronteiriças[5]. Para Tercier, as especificidades de cada país, a diversidade de tradições legais, bem como as estruturas culturais, etnológicas e sociológicas, são fatores a serem considerados em relação à adoção dos métodos de resolução de disputas[6]. No mesmo sentido, Guillemin ressalta que os fatores culturais são determinantes para o sucesso dos ADRs[7].

Ao tratar da relação entre os ADRs e a cultura, Antaki distingue as sociedades entre *majoritariamente comunitárias* e *majoritariamente individualistas*[8].

As primeiras são caracterizadas como grupos homogêneos de homens e mulheres, de mesma origem étnica, religião, idioma, tradições, costumes e valores, e marcadas por um senso individual de pertencimento ao grupo e de satisfação de suas necessidades materiais e emocionais. As últimas, por sua vez, possuem um tecido social diversificado, o que enfraquece a coesão grupal, sendo a estrutura das relações sociais oferecida por instituições e sujeita a um maior número de leis e de regras, e havendo maior importância atribuída ao *status* individual.

Em relação à multiplicidade de formas consensuais de resolução de disputas existente nas diversas sociedades, Antaki identifica duas principais correntes[9]. A primeira, em sua versão mais primitiva, é uma forma de arte, definida por ser intuitiva e informal[10]. A segunda, em sua forma mais desenvolvida, é ciência, caracterizada como cognitiva e formal[11].

A cultura da autocomposição intuitiva e informal é a mais antiga, ainda prevalente nos países da Ásia, da África e na América, com exceção dos Estados Unidos[12]. Em oposição ao primeiro tipo, a autocomposição cognitiva e formal, mais recente do que

a outra, foi desenvolvida cientificamente nas universidades e em centros especializados norte-americanos, tendo como base uma organização profissional[13].

O presente capítulo se propõe a apresentar notas a respeito de como os métodos autocompositivos se manifestam em sociedades com raízes completamente distintas. Nesse cenário, foram escolhidos enquanto objetos de análise os Estados Unidos, representando as *sociedades majoritariamente individualistas*, e, de outro lado, a China e o Japão, enquanto ilustrações das *sociedades majoritariamente comunitárias*.

A autocomposição nas *sociedades majoritariamente individualistas:* o exemplo dos Estados Unidos

No tocante ao modelo de autocomposição cognitivo, iniciamos ressaltando a relevância do estudo desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, que teve como objetivo construir uma metodologia estruturada para negociar, de forma a obter um resultado positivo para todos os envolvidos ao mesmo tempo em que se mantém o relacionamento interpessoal – a chamada negociação baseada em princípios[14]. Essa metodologia foi desenvolvida por Roger Fisher e por William Ury no livro *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, e se tornou bastante popular[15], contrapondo-se à negociação por barganha (baseada em posições), tão intuitivamente utilizada[16].

A partir do século XX, e especialmente nos anos 1960 e 70, os mecanismos adequados de resolução de disputas, em sua vertente cognitiva, começaram a se constituir[17]. Segundo Maia, Bianchi e Garcez, foi no contexto do reconhecimento dos direitos civis nos Estados Unidos que os lesados procuraram maior prestação jurisdicional do Estado para a solução dos conflitos e a reivindicação dos seus direitos conquistados[18]. Contudo, à luz dos elevados custos do acionamento da máquina pública[19], em especial o sistema judicial norte-americano, restaram demonstradas as limitações do modelo estatal frente à demanda social para a pacificação dos conflitos[20].

Assim sendo, em 1976, o Chief Justice Warren Burger organizou a National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, conhecida como Pound Conference[21]. Tal conferência, que tinha como objetivo discutir os problemas do sistema de justiça dos Estados Unidos, ficou conhecida como o momento de fundação do movimento moderno dos métodos adequados de resolução de conflitos[22]. Foi nessa ocasião que o professor de Harvard Frank Sander fez o seu famoso discurso Varieties of Dispute Processing, em que apresentou a ideia de que o sistema de justiça não deveria ter uma única "porta" para a recepção de demandas, isto é, o tribunal estatal, mas deveria oferecer e direcionar os diferentes conflitos para outros processos de resolução de disputas, como a conciliação, a mediação e a arbitragem[23].

Nasce, assim, nos Estados Unidos, o termo Alternative Dispute Resolution[24], que se refere a todos os meios de resolução de litígios que são alternativos à prestação jurisdicional do estado-juiz[25]. Posteriormente, desse termo originou-se o conceito Amicable Dispute Resolution, para fazer referência somente aos métodos autocompositivos[26].

Sobre o modelo dos Estados Unidos de resolver disputas de maneira consensual, cabe destacar alguns aspectos culturais e sociais que, de uma forma ou de outra, influenciam o comportamento de seus cidadãos perante os conflitos.

Segundo Stewart e Bennet, a sociedade norte-americana, conhecida como o arquétipo da sociedade individualista e racional, atribui maior valor à conquista individual de seus membros do que à conquista familiar[27]. Tal desenvolvimento resulta da transição de uma sociedade comunitária, que, ao aumentar em número, tem o seu tecido social diversificado e a coesão original de seus membros enfraquecida[28]. Ato contínuo, a estrutura para as relações humanas é providenciada pelas instituições e se sujeita a um crescente número de leis e de regras[29]. Assim sendo, a importância do *status* individual do cidadão aumenta, fazendo com que a empatia natural de relações comunitárias ceda para as relações baseadas em interesses egoístas de seus indivíduos[30].

Em tal sociedade, leva-se em conta muito mais o valor pessoal e o sucesso profissional do que a idade, sexo e posição social de alguém[31].

Segundo Lee, pode-se afirmar existirem no ocidente os seguintes pressupostos culturais acerca em relação à autocomposição, que também são aplicáveis aos Estados Unidos: (i) a primazia do indivíduo e a sua expectativa de autonomia; (ii) a prioridade dos interesses do indivíduo; (iii) a importância da comunicação transparente e direta para uma administração construtiva do conflito; e (iv) a importância da manutenção de um bom relacionamento de trabalho para uma resolução construtiva do conflito[32].

Soma-se a esses elementos culturais o sistema jurídico dos Estados Unidos, que é pautado no modelo adversarial, em que o juiz possui um papel mais passivo no processo, enquanto as partes – representadas por seus advogados – têm maior liberdade na sua condução[33]. Tal passividade dos juízes molda a percepção dos advogados em relação ao seu papel na resolução da disputa, o que consequentemente confere maior protagonismo às partes e a eles no modo de solucioná-la[34]. Segundo Antaki, o comportamento dos escritórios de advocacia e dos próprios norte-americanos permite que saiam do "*beaten track*"[35], de sorte que as soluções de conflitos nem sempre se constituem no âmbito do processo judicial[36].

Afirma-se que a cultura legal dos Estados Unidos reflete os valores individualistas e materiais prezados por seus cidadãos[37]. Com ênfase na racionalidade, procura-se a eficiência e acredita-se que se pode evitar erros ao atribuir maior relevância aos fatos, aos processos e aos aspectos operacionais[38], deixando-se, assim, menos espaço para aspectos de natureza intuitiva, emocional ou subjetiva[39]. Tal abordagem analítica e orientada para a resolução de problemas faz com que os norte-americanos se sintam mais confortáveis para, em uma negociação, comunicarem diretamente com o outro lado, e tratarem, sem receios, da história e do contexto das partes[40].

Interessante notar que a aceitação dos ADRs na sociedade norte-americana é significativa, o que é ilustrado pela existência de diversas leis que tratam de mediação – editadas por praticamente todos os estados, havendo até mais de um instrumento normativo de mediação, a depender do estado[41] –; na existência do Uniform Mediation Act[42]; nos diversos programas de mediações *court-annexed*; e no fato de ser

utilizada desde casos cíveis de pequeno valor até casos de abuso sexual[43]. Além disso, diversas empresas dos Estados Unidos celebraram o Conflict Prevention Resolution ADR Pledge, pelo qual se comprometem a utilizar meios alternativos ao judiciário na resolução de seus conflitos[44].

Cabe destacar, ainda, que o movimento de liberalização do mercado no mundo, liderado pelos Estados Unidos, traz consigo a importância do inglês como idioma global e de uma americanização da forma de pensar e de lidar com a justiça[45]. Os ADRs não só se converteram em um pilar da resolução de disputas nos Estados Unidos, como foram introduzidos para o contexto internacional, por meio de modelos contratuais norte-americanos de empresas que exportavam os seus produtos e serviços[46]. Tanto é assim que autores afirmam que o modelo americano de ADR está se tornando o padrão universal para o comércio internacional e é copiado por países que desejam reformar o seu sistema de justiça[47].

A autocomposição em *sociedades majoritariamente comunitárias:* os exemplos do Japão e da China

Sociedades majoritariamente comunitárias são aquelas em que as pessoas, dentre outros fatores, se identificam primariamente com seu "grupo natural"[48] em vez de se preocuparem com o Estado ou estrutura a que participam. Idade, gênero e ascendência definem os espaços de cada um na sociedade, o que cria uma sensação de pertencimento, que preenche o indivíduo[49]. Assim, para cada indivíduo inserido na hierarquia social, são geradas obrigações morais a serem cumpridas em relação à comunidade[50]. Nessa complexa teia cultural de obrigações, a norma positivada não tem o mesmo papel central na solução de disputas que ocupa no ocidente[51]. O imaginário popular, inclusive, diz que "boas pessoas" ficam fora do alcance da lei, uma vez que demandar ou ser demandado em juízo costuma ser visto como fonte de vergonha e desonra, em razão de uma associação entre lei e punição[52].

Em relação ao modelo de autocomposição asiático, Lee sintetiza os seguintes pressupostos, em contraposição com o modelo ocidental aqui exemplificado pelos Estados Unidos: (i) a primazia da hierarquia social e da expectativa do indivíduo de desempenhar papéis em qualquer

hierarquia de relacionamento; (ii) prioridade à observância da conduta adequada; (iii) a comunicação e a conduta visando a preservação da harmonia, dos relacionamentos e do *status* social; e (iv) a busca da manutenção do relacionamento, em um determinado contexto, como um estilo de vida[53].

Traço dessa teia cultural pode ser encontrada na herança do Japão antigo para sua tradição consensual, o *giri*[54]. Embora sua definição seja complexa, pode ser explicada como "dever" ou "obrigação" que surge na interação com outros[55], ou. ainda, como a obrigação de seguir o caminho correto e virtuoso para a sociedade ao deixar de lado desejos pessoais[56]. A presença do *giri* ainda em tempos contemporâneos indica traços de autorregulação na sociedade japonesa[57]. A observância a esse princípio faz com que os indivíduos ajam de forma mais gentil e humana na administração e resolução dos conflitos, pois a partir dessa perspectiva todos têm o dever de agir virtuosamente um com o outro, o que uniria as pessoas[58]. A prática do *giri* é, na perspectiva dos japoneses, capaz de criar entre as partes um sentimento conciliatório que facilita a resolução consensual da disputa[59].

A manutenção da harmonia também é um dos valores que estruturam essa comunidade[60]. Nesse contexto, se torna dever de todos manter a dinâmica social coesa, para evitar atritos que possam levar à imputabilidade de culpa, vergonha e desonra[61]. Uma das expressões práticas desse dever é o pedido de desculpas, que surge como "lubrificante social"[62]. Seu uso efetivo[63] parece diminuir a probabilidade de uma disputa ser levada a juízo[64] e, por isso, esse instrumento também é incorporado nos métodos de resolução de conflitos no Japão[65].

A conciliação tem uma longa história no Japão e contemporaneamente o sistema legal se desenvolveu de modo a garantir que essa tradição consensual continuasse[66]. O que surge desse esforço é o *Chotei,* espécie de mediação conectada à corte[67] ou de conciliação[68]. Esse instituto representa uma fase pré-litigiosa, que ocorre já no âmbito do judiciário[69]. A contrassenso do que em geral ocorre na mediação ocidental, no *Chotei* as partes costumam encontrar os mediadores/conciliadores sozinhas[70]. Esse procedimento não permite

às partes a chance de uma negociação direta e o objetivo seria evitar que sejam demonstradas emoções negativas, possivelmente tornando mais difícil alcançar um acordo[71]. Para compensar essa falta de contato direto, os mediadores do *Chotei* costumam fazer propostas e persuadir as partes a aceitá-las[72]. Em alguns casos, se as partes não chegam a um acordo, a Corte pode, nos limites do que foi proposto pelas partes, resolver a disputa[73].

Esse procedimento ocorre de forma mandatória apenas em casos que têm por objeto disputas familiares[74]. Destaca-se, ainda assim, que a maioria dos casos de direito civil também são submetidos ao *Chotei*[75], seja por iniciativa das partes, seja por iniciativa do juiz[76].

Nos últimos anos, o método ocidental de mediação vem ganhando espaço no Japão[77], talvez em razão dos traços culturais debatidos[78]. Ainda assim, não é tão utilizado quanto outras formas de resolução de conflitos historicamente associadas à cultura nipônica[79].

Dos anos de 2003 a 2007, a média, por ano, de casos que foram ao judiciário chega ao montante de 520.000, enquanto, a mesma média para casos de mediação estilo *Chotei* (em direito civil e de família) chegam a um total de 530.000 casos. A presença robusta da instituição no país libera o judiciário para se concentrar em demandas mais complexas[80]. Para assuntos que envolvam maior valor financeiro como em disputas comerciais, a tendência é o uso da justiça comum[81], avaliada por empresas e especialistas como um sistema rápido, eficiente e justo[82].

A China, da mesma forma, possui uma tradição proeminente no campo dos métodos consensuais de resolução de disputas[83]. Na China antiga, a lei tinha um papel secundário, sendo considerada "boa para os bárbaros", isto é, para aqueles que não se preocupavam com a moralidade ou sociedade, fossem eles estrangeiros ou não[84]. O povo chinês, por sua vez, normalmente vivia sem buscar respaldo na lei[85], tendo em vista a perspectiva local de que o cidadão não deveria simplesmente proteger seus direitos, mas buscaria a conciliação e a harmonia com base em sua própria intuição daquilo que seria considerado apropriado e bom para a sociedade[86] – inclusive abdicando de seus direitos, se necessário para tal[87].

A busca pela conciliação e pela harmonia é estimulada por influência do confucionismo, que atribui a origem dos conflitos às

falhas pessoais, em vez da má-fé ou culpa de um adversário[88]. Um dos objetivos centrais dessa corrente filosófica é "*instruir como se enquadrar na moral, além de repassar ao seu povo uma filosofia de como viver bem em consonância aos valores do dever, da cortesia, sabedoria e generosidade*"[89]. Note-se, ainda, que essa ênfase na harmonia não significa ausência de conflito, e sim sua boa administração[90]. O princípio *he* (harmonia), baseia-se na ideia de que, notas musicais diferentes são necessárias para formar uma bela melodia, pessoas diferentes com interesses diversos devem bem relacionar-se para que surja uma bela sociedade[91].

Embora tais características tenham influenciado a China antiga[92], outros motivos contribuem para que seja atribuído à lei um papel secundário. A insegurança jurídica e a má organização do sistema judiciário eram os principais obstáculos ao acesso à justiça[93]. Nesse sentido, afirma Campos Neto: "[o] *mais notório é que a função do direito* não foi a de manter a harmonia, por meio de um quadro jurídico na função de estipular *condutas; ao contrário, servia para incutir o medo e o terror a quem infringisse tal harmonia*"[94]. Nesse contexto, o confucionismo chinês traz o princípio *li* (ritual ou bom costume), que representa padrões de comportamento prescritos de acordo com o seu *status* social[95], cuja aplicação visa à disciplina social sem o uso da força legal[96]. Ainda na contemporaneidade, ouve-se relatos sobre a dificuldade de alcançar o sistema judiciário[97].

É comum na China os conflitos serem resolvidos por um membro mais velho da família ou por uma figura respeitada da vizinhança em vez de serem levados a juízo[98]. Contemporaneamente, o tipo mais comum de mediação é a "mediação popular" que ocorre sob a égide da "Lei de Mediação Popular"[99]. Em linhas gerais existem os "comitês de mediação popular", que têm por objetivo dar uma alternativa às pessoas para que possam lidar com as disputas do dia a dia de uma forma local sem a necessidade recorrer ao judiciário, com a segurança de, em caso de obter acordo, este ser legalmente válido e executável[100].

Essas são as unidades básicas de solução de disputas na China[101]. Esses comitês são em geral compostos por membros das próprias comunidades, treinados para mediarem os conflitos internos da sua respectiva vizinhança[102] com a intenção de solucionar disputas ainda em

seus estágios iniciais[103]. Além disso, é esperado que tomem a iniciativa de unir informações e antecipar possíveis disputas para resolvê-las ainda previamente[104].

A transição da China para a economia de mercado não trouxe apenas maior acúmulo de riquezas, mas também novos conflitos[105], contexto em que as formas de resoluções de disputas disponíveis ficaram sobrecarregadas[106]. Embora muito usada, a "mediação popular" tem suas limitações[107]. O país, então, investiu em um sistema de mediação que busca ser mais eficiente. Surge o "Grande Sistema de Mediação"[108], que articula institutos já existentes para melhorar seus efeitos[109]. Esse sistema é a união dos comitês de mediação da popular, mediação judicial (conduzida pelos juízes nas Cortes) e mediação administrativa (conduzidas por oficiais do governo)[110] que agora, juntas, são oferecidas ao cidadão[111].

O objetivo em articular essas diferentes entidades é criar um sistema multiportas que ajude a retirar do judiciário o grande volume de demandas[112]. Para isso, essas agências empregam estratégia similar à usada pela "mediação popular" para detectar os conflitos locais[113] ou de *movimentos de raiz*[114], mas em maior ou mais eficiente escala, a fim de evitar protestos sociais mais severos[115] e preservar a estabilidade social[116]. Diferente do que em geral se tem no Ocidente, esse sistema é largamente vinculado ao Estado e existe para tentar pacificar as queixas sociais ao trazer um tipo de resolução de conflito controlado por órgãos governamentais[117]. Segundo Chan, a opinião da suprema corte popular sobre o sistema é clara: trata-se de uma mistura do pensamento de justiça populista e um sistema de resolução de disputas fora do judiciário sob sua tutela[118].

* * *

Os métodos autocompositivos encontram espaço para sua utilização nas mais variadas estruturas sociais – seja naquelas caracterizadas como *sociedades majoritariamente individualistas*, como é o caso dos Estados Unidos, ou como *sociedades majoritariamente comunitárias*, caso do Japão e da China.

Contudo, cumpre ressaltar que os elementos culturais atribuídos a cada espécie de sociedade parecem desempenhar um papel importante na definição dos fundamentos, metodologias e ênfases atribuídas aos diferentes métodos de resolução consensual de conflitos, bem como aos resultados a serem produzidos em cada procedimento.

Nos Estados Unidos, enquanto *sociedade majoritariamente individualista*, a existência da primazia do indivíduo e de seus interesses frente aos interesses do grupo enquanto pressupostos culturais aparentam impactar a orientação atribuída aos procedimentos autocompositivos, no sentido de priorizar soluções que beneficiem a todos os indivíduos envolvidos no conflito.

Já em *sociedades majoritariamente comunitárias*, como o Japão e a China, os pressupostos culturais que se sobressaem incluem a primazia da hierarquia social e da observância da conduta adequada visando a preservação da harmonia, dos relacionamentos e do *status* social, o que parece orientar a condução de procedimentos autocompositivos com vista a produzir um resultado que seja favorável à sociedade como um todo. Diferentemente do Ocidente, em que ADRs são em geral métodos extrajudiciais, as ADR nesses países são em grande parte implementadas pelos próprios Estados, que pretendem com auxílio dessas ferramentas melhorar a administração dos conflitos ao adicionar ao sistema legal uma forma ágil e de amplo alcance para resolver a disputa.

Notas

[1] O termo ADR também pode se referir a Alternative Dispute Resolution, ou métodos alternativos de resolução de conflitos – que incluem, além dos métodos autocompositivos, a arbitragem. No entanto, para fins do presente capítulo, importa ressaltar que, ao se utilizar o termo ADR, é feita referência somente aos métodos autocompositivos. LEE, Joel. *The Evolving "A" in ADR*. Kluwer Mediation Blog, 14 mar. 2012.

[2] BARRET, Jerome T. *A history of alternative dispute resolution*: the story of a political, cultural and social movement. São Francisco: Jossey-Bass, 2004, p. xxv.

[3] MAIA, Andreia; BIANCHI, Angela Andrade e GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 44.

[4] ALEXANDER, Nadja. *International and Comparative Mediation*: Global Trends in Dispute Resolution. v. 4, Kluwer International Law, 2009, p. 1.

[5] PETERS, Don. Can We Talk? Overcoming Barriers to Mediating Private Transborder Commercial Disputes in the Americas. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, nº 5, nov. 2008, pp. 1261-1280.

[6] TERCIER, Pierre. Chapter 1: ADR and Arbitration. In: INGEN-GOUSZ, Arnold (Ed.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures II. Kluwer Law International, 2010, p. 3.

[7] GUILLEMIN, Jean-François. Chapter 2: Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution. In: INGEN-GOUSZ, Arnold (Ed.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures II. Kluwer Law International, 2010, p. 23.

[8] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2006, pp. 272-274.

[9] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 274.

[10] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 274.

[11] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 274.

[12] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 274-275.

[13] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 274-275.

[14] FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. 3.ed., rev. e atual. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 20. FINS, Ian Velásquez; JARDINS, Maria Gabriela

Cavaleiro de Macedo e PELAJO, Samantha. "A Cultura do Diálogo e o Exercício Compartilhado da Responsabilidade Parental". In: BARBOSA, Amanda e BERTIPAGLIA, Guilherme (Coord.). *Tratamento Adequado dos Conflitos*. v. 1. São Paulo: Lumens Iuris, 2020, p. 207.

[15] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 294.

[16] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 294.

[17] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 274-275. MAIA, Andreia; BIANCHI, Angela Andrade e GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 45.

[18] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 45.

[19] CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*, v. 60, nº 3, p. 67, 2005.

[20] CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*, v. 60, nº 3, p. 67, 2005.

[21] STONE, Katherine V. W. Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History. *Research Paper nº 0430*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2004, p. 4.

[22] STONE, Katherine V. W. Alternative Dispute Resolution: Encyclopedia of Legal History. *Research Paper nº 0430*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection, 2004, p. 4.

[23] FALECK, Diego e TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*.

[24] Em tradução livre: Resolução Alternativa de Disputas.

[25] PANTOJA, Fernanda e ALMEIDA, Rafael Alves de. Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 58.

[26] LEE, Joel. The Evolving "A" in ADR. *Kluwer Mediation Blog*, 14 mar. 2012. Disponível em http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/03/14/the-evolving-a-in-adr/. Acesso em 27 fev. 2021.

[27] STEWART, Edward C. e BENNETT, Milton J. *American Cultural Patterns*: A Cross-Cultural Perspective. Yarmouth, MA: Intercultural Press, 1991, p. 12. ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 288.

[28] STEWART, Edward C. e BENNETT, Milton J. *American Cultural Patterns*: A Cross-Cultural Perspective. Yarmouth, MA: Intercultural Press, 1991, p. 273.

[29] STEWART, Edward C. e BENNETT, Milton J. *American Cultural Patterns*: A Cross-Cultural Perspective. Yarmouth, MA: Intercultural Press, 1991.

[30] STEWART, Edward C. e BENNETT, Milton J. *American Cultural Patterns*: A Cross--Cultural Perspective. Yarmouth, MA: Intercultural Press, 1991.

[31] STEWART, Edward C. e BENNETT, Milton J. *American Cultural Patterns*: A Cross--Cultural Perspective. Yarmouth, MA: Intercultural Press, 1991, p. 274.

[32] LEE, Joel. Culture and Its Importance in Mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 16, nº 2, p. 326, 2016.

[33] ZEKOLL, Joachim. Comparative Civil Procedure. In: REIMANN, Mathias e ZIMMERMANN, Reinhard (Coords.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 3-4.

[34] CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*, v. 60, nº 3, 2005, p. 66.

[35] Em tradução livre: Um caminho corriqueiramente percorrido.

[36] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 290.

[37] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 290. AUERBACH, Jerold S. *Justice Without Law?* Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 146.

[38] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 291.

[39] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 291.

[40] ADAIR, Wendi et al. Culture and Negotiation Strategy. *Negotiation Journal*, v. 20, nº 1, pp. 93-94, Jan. 2004.

[41] A nota preliminar do Uniform Mediation Act menciona existirem, à época de sua edição, mais de 2500 instrumentos normativos (Uniform Mediation Act, 2003, p. 11).

[42] Segundo o site da Uniform Law Comission, o Uniform Mediation Act visa padronizar o processo de mediação nos Estados Unidos e estabelece o princípio da confidencialidade para os mediadores e os mediandos.

[43] CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*, v. 60, nº 3, 2005, p. 63. FARIA, Marcela Kohlbach de. Os meios alternativos de solução de controvérsias em uma perspectiva comparada. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 9, nº 9, 2012, p. 472. MCFADDEN, Danny. Developments in International Commercial Mediation: US, UK, Asia, India and EU. *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal), v. 8, nº 2, p. 302, nov. 2015.

[44] MCFADDEN, Danny. Developments in International Commercial Mediation: US, UK, Asia, India and EU. *Contemporary Asia Arbitration Journal* (CAA Journal), v. 8, nº 2, p. 302, nov. 2015.

[45] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 290.

[46] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006. CAIRNS, David J. A. Mediating International Commercial Disputes: Differences in U.S. and European Approaches. *Dispute Resolution Journal*, v. 60, nº 3, p. 63, 2005.

[47] AUDIT, Bernard. L'américanisation du droit: Introduction. *Archives de Philosophie du droit*, nº 45, Paris: Dalloz, 2001, pp. 7-11. ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN--HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 290.

[48] Quando Antaki se refere ao termo "grupo natural" ele fala sobre a ampla noção de grupo comum nesse tipo de sociedade: "the communitarian's notion of the group is very wide. It encompasses the family, even very distant, collateral relatives and in-laws and extends to members of the tribe or of the village as well as to all those who share the same values." (ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean--Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 273).

[49] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, pp. 272 e 273.

[50] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 273.

[51] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 516.

[52] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 542.

[53] LEE, Joel. Culture and Its Importance in Mediation. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, v. 16, nº 2, p. 328, 2016.

[54] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 100.

[55] YOSHIDA, Masayuki. *Giri*: A Japanese Indigenous Concept. out. 1996.

[56] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 104.

[57] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, pp. 107-108.

[58] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 139.

[59] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 139.

[60] ZHANG, Danian e KURODA, Kenji. Beware of Japanese Negotiation Style: How to Negotiate with Japanese Companies. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 10, nº 2, pp. 198-199, Fall 1989.

[61] "The maintenance of social order rests primarily upon persuasion, on mediation, the constant appeal to self-criticism as well as upon an attitude of conciliation and moderation." (DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 516).

[62] BOLSTAD, Max. Learning from Japan: The Case for Increased Use of Apology in Mediation. *Cleveland State Law Review*, v. 48, nº 3, p. 547, 2000.

[63] Wagatsuma e Rosett explicam que deve haver cinco elementos no pedido de desculpas para que seja efetivo: "1 – o ato prejudicial aconteceu, causou dano e foi errado; 2 – quem se desculpa estava errado e se arrepende do que fez; 3 – quem se desculpa irá compensar o outro; 4 – o ato não ocorrerá novamente; 5 – quem se desculpa intenta trabalhar por uma boa relação no futuro." (WAGATSUMA, Hiroshi e ROSETT, Arthur. The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States. *Law & Society Review*, v. 20, nº 4, p. 469, 1986).

[64] HALEY, John O. Comment: The Implications of Apology. *Law & Society Review*, v. 20, nº 4, p. 500, 1986.

[65] HALEY, John O. Comment: The Implications of Apology. *Law & Society Review*, v. 20, nº 4, p. 500, 1986.

[66] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 72.

[67] Segundo Henderson (1965, p. 235 apud FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 6, 2001) "Chotei is also often translated as conciliation, although court connected mediation is the more precise and appropriate term".

[68] FOX, Rosemary Louise Taylor. *Reframing the Japanese legal system in comparative legal scholarship*: recognizing the role and function of socio-cultural regulatory norms through legal culture and critical legal pluralism. Tese de PhD, University of Leeds, 2019, p. 72

[69] HAMID, Nor'Adha Bt Abdul; HASSIM, Mohamad Hafifi e AZIZ, Tuan Nurhafiza Raja Abdul. A Non-Adversarial Dispute Resolutions: Studying of Japanese Non-Litigious Country and Society. *Advances in Social Sciences Research Journal*, v. 7, nº 8, p. 195, 2020.

[70] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 11, 2001.

[71] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 11, 2001.

[72] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 11, 2001.

[73] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 13, 2001.

[74] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 6, 2001.

[75] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 3, 2001.

[76] FUNKEN, Katja. Comparative Dispute Management: Court-connected Mediation in Japan and Germany. *German Law Journal*, v. 3, nº 2, p. 7, 2001.

[77] CLAXTON, James e NOTTAGE, Luke. *We and The Japan International Mediation Centre* – Kyoto, 2018.

[78] "Though individual talent and ability are highly prized in Japanese society, more emphasis is placed on being a member of the group as a whole". ZHANG, Danian e KURODA, Kenji. Beware of Japanese Negotiation Style: How to Negotiate with Japanese Companies. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 10, nº 2, pp. 198-199, Fall 1989, p. 200.

[79] DIEDRICH, Frank. Myth and Legal Reality of Alternative Dispute Resolution in Japan: A Comparative Analysis. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 43, p. 69, 2015.

[80] YOSHIRO, Kusano e SOZABURO, Kawata. Mediation In Indonesian and Wakai/Chotei In Japan: A Comparative Study, *Yuridika*, v. 35, nº 3, p. 598, Sept. 2020.

[81] DIEDRICH, Frank. Myth and Legal Reality of Alternative Dispute Resolution in Japan: A Comparative Analysis. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 43, p. 69, 2015.

[82] DIEDRICH, Frank. Myth and Legal Reality of Alternative Dispute Resolution in Japan: A Comparative Analysis. *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, v. 43, p. 71, 2015.

[83] "Mediation is the cornerstone of the Chinese system of dispute resolution. It has played a prominent role both in traditional and contemporary China" (PRYLES, Michael. *Dispute Resolution in Asia*. 3.ed. Netherlands: Kluwer Law International, 2006, p. 91.

[84] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 519.

[85] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 519.

[86] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, pp. 519-520.

[87] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 520.

[88] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 520

[89] CAMPOS NETO, A. A. M. de. O Confucionismo, Budismo, Taoísmo e Cristianismo. O Direito chinês. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 70, 2016.

[90] LI, Chenyang. The Confucian Ideal of Harmony. *Philosophy East and West*, v. 56, nº 4, p. 591, October 2006.

[91] LI, Chenyang. The Confucian Ideal of Harmony. *Philosophy East and West*, v. 56, nº 4, pp. 584-586, October 2006.

[92] Por china antiga nos referimos a um período cerca de até 2.500 anos atrás, época em que já há indícios da presença do confucionismo. ADLER, A. Joseph. Confucionism in China Today. *Pearson Living Religious Forum*, Kenyon College, New York, 2011, p. 1.

[93] DAVID, René e BRIERLEY, John E. C. *Major Legal Systems in the World today*: An introduction to the Comparative Study of Law. 3.ed. London: Stevens & Sons, 1985, p. 521.

[94] CAMPOS NETO, A. A. M. de. O Confucionismo, Budismo, Taoísmo e Cristianismo. O Direito chinês. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 85, 2016.

[95] COHEN, Jerome Alan. Chinese Mediation on the Eve of Modernization. *California Law Review*, v. 54, nº 3, p. 1207, August 1966.

[96] CAMPOS NETO, A. A. M. de. O Confucionismo, Budismo, Taoísmo e Cristianismo. O Direito chinês. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 110, p. 84, 2016.

[97] "A litigation lawyer (based in a leading commercial city in northern China) expressed the worry that courts are not docketing cases as they should be, as those in control of the docketing divisions are conscious of guarding the court against the influx of cases. He noted that it is not infrequent that parties are left 3 to wait for more than a month when the court is considering whether or not the case will be docketed. The delay was a deliberate tactic to push parties to settle out-of court" (CHAN, Peter C. H. China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, nº 3, p. 3, jul.-dez. 2017).

[98] ANTAKI, Nabil N. Chapter 11: Cultural Diversity and ADR Practices in the World. In: GOLDSMITH, Jean-Claude e INGEN-HOUSZ, Arnold et al. (Eds.). *ADR in Business*: Practice and Issues across Countries and Cultures I. Kluwer Law International, 2006, p. 283.

[99] ALI, Shahla. The jurisprudence of responsive mediation: an empirical examination of Chinese people's mediation in action. T*he Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, p. 8, January 2013.

[100] ALI, Shahla. The jurisprudence of responsive mediation: an empirical examination of Chinese people's mediation in action. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, p. 8, January 2013.

[101] ALI, Shahla. The jurisprudence of responsive mediation: an empirical examination of Chinese people's mediation in action. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, p. 9, January 2013.

[102] Esse método funciona sob investimentos substanciais dos governos locais, já que nenhuma taxa pode ser cobrada do cidadão. ALI, Shahla. The jurisprudence of responsive mediation: an empirical examination of Chinese people's mediation in action. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, p. 11, January 2013.

[103] CHAN, Peter C. H. China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, nº 3, p. 15, jul.-dez. 2017.

[104] ALI, Shahla. The jurisprudence of responsive mediation: an empirical examination of Chinese people's mediation in action. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, p. 10, January 2013.

[105] HU, Jieren e YANG, Zheng. Breaking the Dilemma between Litigation and Non-litigation: Diversified Mechanisms of Dispute Resolution" in Contemporary China. *China Perspectives*, nº 2, p. 48, 2016.

[106] MENG, Ieong U. The Development of Grand Mediation and Its Implications for China's Regime Resilience: The Li Qin Mediation Office. *China Review*, v. 16, nº 1, p. 99, 2016.

[107] 1 – Inabilidade de lidar com casos complexos; 2 – Predominância de sua função social às custas do procedimento; 3 – Tipo não puro de mediação, muito próximo ao formato de adjudicação; 4 – Falta de garantias às partes. (CHAN, Peter C. H. China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, nº 36, p. 3, jul.-dez. 2017).

[108] O contexto para a adoção desse novo sistema é também o recente crescimento de protestos e incidentes coletivos envolvendo grandes quantidades de pessoas, o que gerou a necessidade de um sistema com maior abrangência para lidar com as disputas no país. HU, Jieren. Grand Mediation in China. *Asian Survey*, v. 51, nº 6, p. 1065, 2011.

[109] MENG, Ieong U. The Development of Grand Mediation and Its Implications for China's

Regime Resilience: The Li Qin Mediation Office. *China Review*, v. 16, nº 1, p. 99, 2016.

[110] HU, Jieren. Grand Mediation in China. *Asian Survey*, v. 51, nº 6, p. 1071, 2011.

[111] HU, Jieren. Grand Mediation in China. *Asian Survey*, v. 51, nº 6, p. 1071, 2011.

[112] CHAN, Peter C. H. China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, nº 36, p. 4-5, jul.-dez. 2017.

[113] HU, Jieren. Grand Mediation in China. *Asian Survey*, v. 51, nº 6, p. 1067, 2011.

[114] O termo usado em inglês é grassroots, que denomina um tipo de movimento social em que se enfatiza o empoderamento de grupos locais e uma hierarquia mais horizontal, em vez de uma hierarquia vertical com uma liderança forte e centralizada. Também pode ser chamado de movimento de raiz ou comunocêntrico. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Grassroots. Acesso em 9 mar. 2021.

[115] HU, Jieren. Grand Mediation in China. *Asian Survey*, v. 51, nº 6, p. 1072, 2011.

[116] MENG, Ieong U. The Development of Grand Mediation and Its Implications for China's Regime Resilience: The Li Qin Mediation Office. *China Review*, v. 16, nº 1, p. 96, 2016.

[117] MENG, Ieong U. The Development of Grand Mediation and Its Implications for China's Regime Resilience: The Li Qin Mediation Office. *China Review*, v. 16, nº 1, p. 111, 2016.

[118] CHAN, Peter C. H. China's Grand Mediation Strategy for Social Stability: A Study on Out-of-Court Mediation Procedures. *Revista de Processo Comparado*, v. 6, nº 36, p. 16, jul.-dez. 2017.

Procedimentos de solução amistosa: uma nova tendência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos?[1]

*Carolina de Campos Melo**

*Débora Castilho Moreira Silva Lobo***

*Thainá Mamede Couto da Cruz****

Após as duas grandes Guerras Mundiais, o mundo reuniu-se para repensar alguns aspectos sociais, éticos e políticos implicados na solução de controvérsia pelo uso da força. Nesse sentido, a Carta da Organizações das Nações Unidas (ONU) prevê o dever geral de solução pacífica de controvérsias internacionais em seu artigo 2, tópico 3, ao afirmar que a totalidade dos seus membros deve buscar solucionar suas controvérsias internacionais por meio dos chamados meios pacíficos, de modo a manter a paz e a segurança internacional. Da mesma forma, a Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1970 [resolução 2625 (XXV)] incorpora esse dever ao englobar os princípios de direito internacional que direcionam as relações amistosas e a cooperação entre os Estados.

O Direito Internacional construiu ao longo do tempo diferentes meios e instrumentos de solução pacífica de controvérsia que podem ser divididos em: negociação ou entendimento direto, bons ofícios,

---

* Professora da Faculdade de Direito da PUC-Rio, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, doutora em Direito Internacional pela UERJ, mestre em Direito pela PUC-Rio, pesquisadora do Núcleo de Direitos Humanos e advogada da União (AGU).

** Mestre em Direito e especialista em Direitos Humanos pela PUC-Rio, bacharel em Direito pela UFRJ e membro do CMA PUC-Rio.

*** Especialista em Direitos Humanos pela PUC-Rio, mestranda em Direito pela UFRJ, coordenadora da Clínica Interamericana de Direitos Humanos da UFRJ e membro do CMA PUC-Rio.

mediação, investigação ou inquérito, conciliação, arbitragem e tribunais internacionais. Nessa direção, tanto o artigo 33, tópico 1, da Carta da ONU quanto os artigos 25 e 26 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) apresentam um rol exemplificativo de processos pacíficos, determinando que as partes convenham em qualquer outro processo pacífico que lhes permita chegar a uma solução.

As possibilidades de resolução de conflitos estão relacionadas ao uso de métodos alternativos. O fato de um meio não solucionar a controvérsia não significa que ele não possa contribuir para que outro método seja bem-sucedido e dê a solução ao conflito. As ideias de eficácia limitada, complementaridade e voluntariedade dos meios representam exatamente a compreensão de limitação de qualquer técnica de solução e que cada caso pode ter um instrumento de solução diverso, dependendo das características do conflito e das partes litigantes envolvidas.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) faz parte do Sistema Regional de Proteção de Direitos Humanos da OEA, sendo composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Ambas têm por objetivo a garantia e proteção dos direitos humanos e buscam por meio da boa-fé e da cooperação internacional respeitar os direitos humanos e efetivar os compromissos internacionais, à luz da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT).

O Procedimento de Soluções Amistosas (PSA) é um mecanismo não contencioso que ocorre no marco do Sistema de Petições e Casos Individuais e pode ser adotado pelas partes em qualquer momento do procedimento, seja junto à CIDH ou à Corte IDH. Nos últimos anos, a CIDH tem indicado para os litigantes esse procedimento como um mecanismo de diálogo facilitado entre as partes, com cerne na reparação integral de indivíduos ou grupos afetados. À vista disso, ela emitiu diferentes comunicações e resoluções que enfatizam a composição amistosa, especialmente diante da multiplicidade de denúncias apresentadas em face dos Estados que fazem parte da Organização dos Estados Americanos e a morosidade na tramitação das demandas.

O objetivo deste capítulo é compreender a dinâmica dos meios de solução pacífica de controvérsias no Direito Internacional, centrados na figura do Estado, e apresentar o alcance do procedimento de solução amistosa do SIDH, centrado no diálogo entre os Estados e os indivíduos ou coletividades. Para essa reflexão, são propostos três momentos. Primeiramente, são apresentados os meios de solução pacífica e suas principais características. Em um segundo momento, o texto apresenta os esforços recentes da CIDH em institucionalizar o procedimento de solução amistosa. Em seguida, o texto aborda algumas experiências de solução amistosa impulsionados pelo Estado brasileiro. A ser considerada uma nova tendência, o novo marco institucional das soluções amistosas junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos vocaliza a flexibilidade e a consensualidade voltadas para a reparação das vítimas e da sociedade em geral.

Os meios de solução pacífica nas controvérsias do Direito Internacional

Controvérsia deve ser compreendida como um desacordo existente sobre determinado ponto de fato ou de direito, como estabeleceu a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Mavrommatis*, em 1924[2]. A abrangência da definição tem permitido que a perspectiva tradicional do Direito Internacional, em que as controvérsias resultam do desacordo entre Estados, ceda espaço para a solução de controvérsia entre outros sujeitos como os indivíduos e as organizações internacionais.

Os meios de solução pacífica tradicionais subdividem-se em meios políticos e meios jurisdicionais[3]. Os meios políticos de solução pacífica são: a negociação ou o entendimento direto, os bons ofícios, a mediação, a investigação ou o inquérito e a conciliação. Eles caracterizam-se pelas próprias partes em conflito tentarem resolver a controvérsia, com a ajuda ou não de terceiros e a utilização de métodos de investigação e diálogo.

Miguel Mackay defende o princípio de solução pacífica de controvérsia como norma *jus cogens* do Direito Internacional e os meios de resolução de controvérsias internacionais, com as seguintes conclusões: i) trata-se de instrumento para consolidar a paz como regra e não mais como exceção, como era no passado; ii) as normas *jus cogens* vão além da

vontade unilateral ou plurilateral dos Estados, portanto. não passíveis de negociação; iii) consiste em princípio de aceitação universal, com objetivo de relacionar a conduta internacional dos Estados; iv) busca evitar a ameaça permanente que governa a sociedade internacional, em que o não cumprimento gera primeiro censura e, em seguida, imediata sanção internacional; v) defende que a paz não é um conceito idealista e sim um conceito legal; por fim, vi) afirma que os meios alternativos de resolução de conflito são uma gama de possibilidade de solução pacífica, com objetivo de manter a paz[4].

A negociação[5] ou o entendimento direto é central no cotidiano internacional. Diverge das demais técnicas, uma vez que não necessita de um terceiro para colaborar para a resolução do conflito, muito menos, alguém que profira alguma decisão sobre o objeto da controvérsia. As negociações podem ocorrer entre dois Estados (bilateral), mas também pode se dar de forma multilateral. Muitas das vezes, são realizadas conferências ou consultas entre os Estados em litígio, que resultam em resoluções ou tratados para solucionar o conflito. No *caso da Plataforma Continental do Mar do Norte,* de 1969, que envolveu a Dinamarca e os Países Baixos de um lado e a República Federal da Alemanha do outro, a Corte Internacional de Justiça decidiu que, ao buscar o entendimento, as partes devem conduzir as negociações buscando efetivamente chegar a um acordo e não se comportarem como se estivessem cumprindo apenas uma condição prévia, sem qualquer pretensão de modificar suas próprias posições sobre a matéria em litígio[6].

Outro exemplo de método político de solução pacífica são os bons ofícios. Esse mecanismo caracteriza-se por um terceiro que facilita os Estados envolvidos na controvérsia a chegarem a um acordo. A intervenção desse terceiro limita-se a estimular que as partes litigantes alcancem por elas mesmas condições satisfatórias para o encerramento do conflito, sem tomar parte na negociação entre elas. Esse método pode ser oferecido por terceiros ou solicitado pelas partes inseridas na controvérsia.

A mediação[7] é outro meio político de solução pacífica. Apesar de tanto a mediação quanto a negociação serem um complexo processo de barganha não vinculante, a mediação[8] diferencia-se desse segundo

método por ser um processo de negociação assistida por um terceiro (Estados, organizações ou indivíduos), em que este, por meio da aceitação das partes, ajuda no processo de comunicação entre estas para solucionar a controvérsia, podendo atuar inclusive de forma propositiva, sem que a sua solução apresentada seja de aceitação obrigatória. Esse meio pode ser usado preventivamente, de modo a evitar um conflito futuro ou para solucionar uma controvérsia já existente[9]. A mediação assemelha-se aos bons ofícios[10], ainda que parcialmente, porque ambos podem ser oferecidos por terceiros ou solicitados pelas pessoas interessadas, sem que seja considerado ato inamistoso tanto a oferta quanto a recusa. No entanto, distingue-se dos bons ofícios no sentido de que o papel do mediador é mais ativo[11]. O Relatório do Secretário-Geral sobre o Aprimoramento da Mediação e suas Atividades de Apoio, de 2009, advertiu que as Nações Unidas não estavam dando a atenção devida à mediação, ao mesmo tempo em que a academia e o setor privado desenvolviam o seu estudo e a sua prática[12].

A investigação ou o inquérito é um outro meio político de solução pacífica. Trata-se de mecanismo voltado para a apuração da materialidade dos fatos, no qual as partes entram em um acordo para formar uma comissão internacional[13]. A função preventiva desse método ficou evidente quando se decidiu em 1967 pela elaboração de uma lista de *experts* em investigação, formada pelos nomes indicados pelos próprios Estados-Membros ao secretário-geral, que ficaria à disposição dos Estados de forma a refrear os conflitos.

Outro meio político de solução pacífica é a conciliação[14]. A conciliação apresenta um processo que abrange uma investigação terceirizada sobre a disputa e uma apresentação de um relatório com sugestões não vinculantes às partes para um futuro acordo, em razão disso a técnica da conciliação apresenta elementos de inquérito e de mediação.

Já os meios jurisdicionais[15] de solução pacífica subdividem-se em arbitragem e tribunais internacionais e caracterizam-se pela participação de um terceiro desinteressado que analisa as questões de direito e de fato. A arbitragem[16] desenvolveu-se a partir de processos de solução diplomática e sua forma moderna apareceu no Tratado de Jay de 1794

firmado entre a Grã-Bretanha e a América, no qual foi previsto o estabelecimento de comissões mistas para resolução dos conflitos jurídicos existentes entre as partes envolvidas. O conceito de arbitragem para o direito internacional é o método de resolução das diferenças entre os Estados em que os julgadores escolhidos por eles proferem a decisão baseada na lei. Essa definição está presente no artigo 15 da Convenção de Haia de 1899 para a Solução de Controvérsias do Pacífico e no artigo 37 das Convenções de Haia de 1907.

Os tribunais de arbitragem podem ser compostos por um órgão colegiado ou por apenas um árbitro. Na primeira hipótese, um número igual de árbitros será indicado por cada uma das partes e um presidente deverá ser nomeado pelas partes em comum acordo ou pelos árbitros já nomeados. Muitas vezes ocorre a indicação de um chefe de Estado como único árbitro, entretanto, ele muitas vezes nomeará um grupo de especialistas ou um especialista em Direito Internacional ou outras disciplinas pertinentes ao caso para atuar representando-o. Os Estados não são obrigados a submeter uma controvérsia a um tribunal arbitral, caso não tenham consentido nesse sentido. Esse consentimento resulta de tratados ou de compromissos arbitrais, firmados expressamente pelos Estados. Além da escolha dos árbitros, que serão remunerados pelos Estados litigantes, estes podem estabelecer o direito aplicável e as regras de procedimento, como a definição de um calendário e a confidencialidade dos atos. O laudo arbitral proferido é final, vinculante entre as partes e não executório. A decisão pode ser anulada por excesso de poder, por desvio grave de uma regra de procedimento essencial, incluindo a ausência de razões do laudo, e por corrupção de um dos membros do Tribunal, de acordo com o artigo 35 do Modelo de Regras de Procedimento Arbitral elaborado pela Comissão de Direito Internacional.

O outro meio jurisdicional de solução pacífica são os tribunais internacionais. Os tribunais apresentam como solução à controvérsia um método vinculativo de resolução de disputas, da mesma forma que a arbitragem, entretanto o primeiro o faz por meio de um órgão estabelecido e permanente e decide processos contenciosos somente entre Estados, e não entre Estados e instituições internacionais, como permite a

arbitragem. A CIJ é considerada o principal órgão judicial das Nações Unidas (Capítulo XIV, art. 92, da Carta da ONU) e todos os membros da organização são *ipso facto* partes do seu Estatuto (art. 93 da referida Carta). No exercício da competência contenciosa[17] entre Estados, a sua decisão é obrigatória e o descumprimento das obrigações determinadas em sentença da Corte pode acarretar a atuação do Conselho de Segurança, provocado pela outra parte no litígio, que poderá fazer recomendações ou decidir sobre medidas a serem adotadas de maneira que a parte cumpra as obrigações. (art. 94 da Carta da ONU).

Os clássicos métodos de solução amistosa, consagrados tanto na Carta da ONU quanto na Carta da OEA, sempre foram tidos como a antítese ao uso da força. O protagonismo do indivíduo ou grupo de pessoas na esfera internacional no mundo pós-guerra, e especialmente o seu direito de petição direcionada a organismos internacionais, tem sido o cenário para o desenvolvimento de soluções consideradas além de pacíficas: amistosas. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, autoriza-se o Procedimento de Solução Amistosa (PSA) junto à CIDH e à Corte IDH no Sistema de Petições e Casos, em qualquer momento do trâmite da demanda, desde que as partes atuem de acordo com os princípios da boa-fé e da cooperação internacional. Nos últimos anos, tem sido possível verificar a progressiva institucionalização de tal procedimento diante da CIDH, por motivos apresentados na seção seguinte.

A solução amistosa na Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A CIDH tem conferido centralidade às soluções amistosas. Foram produzidos dois relatórios recentes sobre o tema: o primeiro, em 2013[18], apresentou aspectos iniciais, evolução e as modalidades de impactos dos acordos, ao passo que no segundo, em 2018[19], foram incluídas boas práticas para a implementação de acordos de solução amistosa. Esta centralidade, denominada pela própria CIDH como "política pública interamericana de solução amistosa"[20], é motivada pela geração de espaços de diálogo entre peticionários e Estados, com vistas a estabelecer medidas de reparação tanto para as vítimas quanto para a sociedade em

geral. Em 2019, a CIDH veiculou em seu sítio eletrônico a informação de que, durante o biênio 2017/2018, o órgão optou por priorizar os instrumentos de soluções amistosas e obteve resultados significativos[21].

O Sistema Interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos, a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob essa perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender, o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano, crescente legitimação social)[22]. Nesse sentido, a boa-fé e a cooperação internacional dos Estados são necessárias no bojo do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), uma vez que é um mecanismo de solução de conflitos, utilizado para a solução pacífica e consensual de controvérsia no SIDH.

A natureza e o fundamento jurídico da solução amistosa no Direito Internacional causam uma divergência sobre qual é a natureza do procedimento:

> Faúndez Ledesma considera a solução amistosa apenas como um procedimento de conciliação (Faúndez Ledesma 2004, 431-63), embora também reconheça que está perto de uma mediação internacional (434). Para César Sepúlveda, a natureza da solução amistosa não está clara nem nos instrumentos internacionais nem na prática das organizações que dela conhecem, pois enquanto para alguns autores é um método semelhante aos bons ofícios, para outros apresenta maiores semelhanças com mediação (Sepúlveda 1984, 242). Por sua vez, Jorge Carmona destaca que a característica que mais se identifica com a situação atual da solução amistosa nos procedimentos internacionais de proteção dos direitos humanos é a conciliação[23].

Mesmo que não haja uma compreensão única sobre a natureza do procedimento de composição amistosa, certo é que se trata de procedimento que prioriza a consensualidade entre as partes. A CIDH inclui como finalidade das soluções a aproximação das posições das partes para encontrar um terreno comum e chegar a uma abordagem consensual e satisfatória para cada uma[24]. Acredita-se que, na construção de espaços participativos, há uma maior pretensão de cumprimento e de inovação na solução dos conflitos, consequentemente, um maior impacto[25].

A solução amistosa é um procedimento diplomático-político que se encontra estritamente relacionado com as formas alternativas de resolução de conflitos, permitindo que as partes encontrem uma solução efetiva, célere e com respaldo na reparação integral da vítima ou do coletivo em questão. Peticionários e o Estado podem dialogar para estabelecer uma série de medidas, o que permite às vítimas dialogarem sobre os termos da reparação e o Estado de demonstrar seu compromisso com o respeito e garantia dos direitos humanos[26]. Em resumo, trata-se um mecanismo voluntário e pautado no consentimento das partes que pode, de acordo com a sua sedimentação prática e teórica, ser utilizado em qualquer momento do procedimento[27] perante a CIDH (assim como na Corte IDH).

O marco jurídico do processo de solução amistosa pode ser resumido nas seguintes normas (Quadro 1)[28]:

Quadro 1

MARCO JURÍDICO RELEVANTE SOBRE O PROCESSO DE SOLUÇÃO AMISTOSA	
CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS Art. 48. 1.F	A Comissão, ao receber uma petição ou comunicação na qual se alegue violação de qualquer dos direitos consagrados nesta Convenção, procederá da seguinte maneira: (...) f. pôr-se-á à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos humanos reconhecidos nesta Convenção.
REGULAMENTO DA CIDH Art. 40.1	Em qualquer etapa do exame de uma petição ou caso, a Comissão, por iniciativa própria ou a pedido das partes, pôr-se-á à disposição destas a fim de chegar a uma solução amistosa sobre o assunto, fundamentada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da Declaração Americana e em outros instrumentos aplicáveis.

REGULAMENTO DA CIDH Art. 37.4	Antes de pronunciar-se sobre o mérito da petição, a Comissão fixará um prazo para que as partes se manifestem sobre o seu interesse em iniciar o procedimento da solução amistosa prevista no artigo 40 do presente Regulamento.

Fonte: Guía Prática Mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos.

Na prática, ao dar início ao trâmite de uma petição, a CIDH coloca-se à disposição dos peticionários e dos Estados para chegar a uma solução amistosa baseada no respeito aos direitos humanos estabelecidos na Convenção Americana, na Declaração Americana ou em outros instrumentos aplicáveis. O papel da CIDH é de auxílio de maneira imparcial para que as partes cheguem a um acordo comum que contemple a reparação integral, fazendo uso de ferramentas como reuniões de trabalho, videoconferência e intercâmbio de comunicações formais e informais.

Um simples acordo que restrinja os seus termos ao pagamento de indenização não tem o condão de encerrar uma demanda no SIDH. Qualquer tentativa de solucionar amistosamente uma controvérsia perante a CIDH deve ter por norte a obrigação de reparar[29], conforme o art. 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e a compreensão de que essa reparação deve ser integral. O SIDH possui diferentes modalidades de obrigação de reparar, são elas: medidas de restituição, garantias de não repetição, satisfação, compensatória e reabilitação, entre outras medidas[30]. A consensualidade deve avaliar os impactos para a(s) vítima(s) bem como para a sociedade: i) restituição do direito afetado por meio de medidas de restabelecimento de liberdade, derrogação de lei contrárias às disposições de direitos humanos, devolução de terra, restituição de emprego, entre outros; ii) afetações físicas, psicológicas e de condições de vida, pode ser dada reabilitação médica, psicológica e de assistência social; iii) medidas de satisfação com esclarecimentos dos direitos, restabelecimento da dignidade e reputação das vítimas, podendo incluir reconhecimento público de direitos e responsabilidades, aplicação de sanções para os responsáveis das violações, criação de monumentos e homenagens em honra das vítimas;

iv) medidas de não repetição, como reformas legislativas e de regulamentos, adoção de políticas públicas e capacitação de funcionários estatais para prevenir violações[31].

Segundo Par Engstrom, a dinâmica dos procedimentos de solução amistosa na CIDH permite que casos específicos gerem possibilidades de diálogo entre peticionários, ONGs e o Estado, tanto para a solução do caso em si, quanto para a alavancagem de reformas institucionais mais amplas. Embora os procedimentos de solução amistosa não impliquem uma igualdade de condições entre os peticionários e o Estado, há repercussões públicas significativas ao se envolver as autoridades públicas em negociações oficiais que podem pressionar o governo a encontrar uma solução distinta daquela originalmente proposta. Ter que se envolver com peticionários e grupos de defesa de direitos humanos pode reforçar processos de socialização dos funcionários do Estado[32].

Diante da ausência de consenso entre as partes, a CIDH retomará a fase processual na qual o caso parou, retomando o trâmite contencioso. Por outro lado, se alcançado um acordo, no teor do art. 49 da CADH, o trâmite encerra-se porque não haverá mais o caso. Uma vez publicado o relatório de solução amistosa, a CIDH poderá promover a fiscalização dos pontos acordados e poderá utilizar ferramentas como solicitação de informações, realização de audiências, reuniões de trabalho entre outras para monitorar o seu cumprimento. Todos os acordos de solução amistosa que estão em cumprimento são analisados por meio do Relatório Anual da CIDH à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos.

A última década tem testemunhado uma abordagem diferenciada da CIDH em relação ao procedimento de composição amistosa.

No ano de 2011, a CIDH realizou consulta sobre PSA, com um questionário enviado aos Estados e à sociedade civil e outro aos peritos, programas, escolas e clínicas de mediação e solução alternativa de conflito, com a intenção de "contar com a opinião de especialistas na área de solução alternativa de conflitos, com o objetivo de identificar elementos que possam ser incorporados ao mecanismo de solução amistosa da CIDH"[33]. No processo de consulta, a CIDH

apresenta o impacto de seus bons ofícios nos processos de solução amistosa, no decorrer de mais de 20 anos, e convida as escolas de mediação e solução de conflitos de universidades da região a contribuir com mais informações relacionadas ao tema da solução alternativa de conflitos.

A edição do Protocolo de San Francisco (PSF)[34], aprovado pela CIDH em janeiro de 2017 na cidade norte-americana, estabeleceu parâmetros para cada etapa do procedimento de solução amistosa. Ao estabelecer a distinção entre o "modelo anterior" e os "novos procedimentos", a CIDH confere a si própria o papel de impulsionadora dos processos de solução amistosa, devendo utilizar técnicas de resolução alternativa de conflitos e explorar de maneira informal zonas de possível acordo, as denominadas ZOPAS.

A CIDH também tem buscado fazer uma redução do atraso processual, por meio da aprovação do Plano Estratégico 2017-2021 com objetivos estratégicos, bem como diferentes resoluções, inclusive em relação ao incentivo do procedimento de solução amistosa por meio de um guia para facilitar o acesso ao mecanismo[35]. O objetivo 1 do referido Plano Estratégico visa a contribuir para o desenvolvimento de uma justiça interamericana mais eficaz e acessível. Assim, a fim de evitar atrasos nos processos e nos pedidos de prorrogação sem uma justificativa plausível nem demonstração de avanços no processo, a CIDH por meio da Resolução 3/2020[36] determinou que as partes terão um prazo de três anos, contados da data do início do procedimento de solução amistosa e que se absterá de conceder às partes mais de três prorrogações consecutivas para apresentação de relatórios, sem que aconteça indicação de avanços concretos e substanciais nos processos de negociação. Ademais, a partir da assinatura do acordo, as partes terão dois anos para remeter o acordo à CIDH para realização da homologação.

Ainda de acordo com a Resolução 03/2020, a CIDH afirma levar em consideração na homologação do acordo: a) o conteúdo do texto do acordo e se contém cláusula de total cumprimento prévio à homologação; b) a natureza das medidas acordadas; c) o grau de cumprimento do mesmo e, em particular, a execução subs-

tancial dos compromissos assumidos; d) a vontade das partes no acordo ou na comunicação escrita subsequente; e) sua adequação às normas de direitos humanos e f) a observância da vontade do Estado no cumprimento[37].

É possível verificar alguns resultados da implementação dessas medidas. Pela leitura do Informe Anual de 2019, naquele ano foi alcançado um número histórico de homologação de acordos de soluções amistosas aprovados, constituindo o maior recorde da história da CIDH, na qual foram aprovados oito informes de homologação em 2016, cinco em 2017, seis em 2018, por fim, oito dos 14 publicados em 2019 com cumprimento total[38]:

> Durante este ano, a Comissão promoveu os processos de negociação de acordos de solução amistosa. A CIDH facilitou 73 reuniões de trabalho e 69 videoconferências em 2019, o que permitiu a promoção de negociações e o cumprimento de acordos de solução amistosa. Em 2016, foram facilitadas 36 reuniões de trabalho sobre soluções amistosas, em 2017 foram facilitadas 52 reuniões deste tipo e 40 em 2018. Além disso, deve-se destacar que a prática de facilitar reuniões formais e informais remotamente por videoconferências constitui uma boa prática inédita que possibilite aproximar o mecanismo de solução amistosa de mais usuários; cabe destacar que esta prática não era aplicada antes da entrada em vigor do Plano Estratégico da CIDH 2017-2019. Ao todo, foram abertos 142 espaços de diálogo em 2019 em diferentes processos de negociação e acompanhamento de solução amistosa, o que constitui uma conquista histórica no sistema de petições e casos individuais. Entre os esforços para promover as negociações de solução amistosa, a Comissão prestou assessoria técnica em 11 assuntos, por meio dos quais foi possível avançar na definição dos respectivos cursos de ação[39].

Conforme o recente Informe Anual de 2020, publicado em março de 2021, a CIDH atingiu um número histórico de acordos de solução amistosa aprovados em um ano, na qual destaca o seguinte:

> Em 2020, a Comissão atingiu o número histórico de acordos de solução amistosa aprovados em um ano. Até esta data, foram emitidos 25 relatórios aprovando acordos de solução amistosa à luz do artigo 49 da Convenção Americana. Com esta produção, foi superado o maior recorde da história da Comissão, que até então havia sido de 14 relatórios de homologação publicados em 2019. Dos 25 acordos publicados em 2020, quatro têm

> cumprimento total, 10 cumprimento parcial substancial, 9 parcial e 2 foram publicados antes do início de sua implementação[40].

Cabem algumas considerações sobre a nova abordagem da CIDH em relação ao procedimento de composição amistosa. Tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos quanto o Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que entrou em vigor em 2013 apresentam a CIDH como boa oficiante que se coloca à disposição das partes para alcançar o diálogo. A institucionalização mais recente do procedimento de solução pacífica parece conferir à CIDH o papel de impulsionadora do procedimento, característico da mediação internacional, fazendo uso de técnicas de mediação, explorando zonas de possíveis acordos, assim como estabelecendo limites temporais para a negociação. É precisamente nesse sentido que o capítulo defende uma nova tendência para as soluções amistosas na CIDH em que esta parece mais exercer o papel de mediadora internacional.

Experiência brasileira em casos de solução amistosa de controvérsia

O Estado brasileiro aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, em 1992. Ademais, reconheceu a jurisdição da Corte IDH, em 10 de dezembro de 1998, constituindo marcos importantes na busca pela proteção dos direitos humanos e na responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Em busca realizada no sítio eletrônico da CIDH, verifica-se que o Estado brasileiro promoveu, em alguns casos[41], apresentados aqui em ordem cronológica, a solução amistosa para controvérsia em que se apurava a sua responsabilidade internacional, em momentos distintos do procedimento perante a Comissão:

> i) o caso José Pereira, Caso n. 11289[42]: o acordo de solução amistosa entre o Estado brasileiro e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT), realizado no ano de 2003, orientou os termos para o cumprimento das recomendações da CIDH diante da responsabilização do Estado brasileiro por violações sofridas pela

vítima, ferida aos 17 anos, em 1989, por pistoleiros que tentavam impedir a fuga de trabalhadores mantidos em condições análogas à de escravos na fazenda Espírito Santo, no estado do Pará.

ii) o caso dos Meninos Emasculados do Maranhão, Caso 12.427[43]: o acordo de solução amistosa celebrado no ano de 2006 entre o Estado brasileiro, o Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini e o Centro de Justiça Global reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro nos casos em trâmite, que envolviam 3 crianças, bem como no homicídio e mutilação de outros 27 meninos com idade entre 8 e 14 anos, mortos em circunstâncias similares entre 1992 e 2002, na Grande São Luiz, no estado do Maranhão.

iii) o caso Marcio Lapoente[44] da Silveira, Caso 12.674: no acordo celebrado no ano de 2020 com os advogados dos familiares do cadete, o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade por violação dos direitos à vida e à segurança pessoal do cadete, morto durante um Curso de Treinamento de Oficiais da Academia Militar das Agulhas Negras do Exército Brasileiro (AMAN), no Rio de Janeiro, bem como por demora excessiva na tramitação da ação perante a Justiça Federal.

iv) Fazenda Ubá, Caso 12.277[45]: no acordo celebrado em 2021 com a Sociedade Paraense de Defesa dos Direitos Humanos (SDDH) e o CEJIL, o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade pelo homicídio de 8 trabalhadoras e trabalhadores rurais, entre eles uma mulher grávida, cometido nas redondezas da Fazenda Ubá, no município de São João do Araguaia, estado do Pará, em junho de 1985, violando diversos direitos como os direitos à vida, à proteção e às garantias judiciais e à proteção judicial.

v) José Dutra da Costa, Caso 12.673[46]: no acordo celebrado em 2023 com o Centro de Justiça Global, o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rondon do Pará, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e a Terra de Direitos, o Estado brasileiro reconheceu a responsabilidade pelo assassinato do líder sindical e presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Rondon do Pará/PA, José Dutra da Costa, e à falha em investigar e punir os responsáveis.

Nota-se que estão descritos somente os casos públicos/publicados no site da CIDH, tendo em vista que o PSA rege pelo princípio da confidencialidade dos casos.

Importante mencionar, ainda, os acordos de cumprimento de recomendações[47]. Consiste em acordo posterior à fase de mérito na CIDH, como uma forma de identificar parâmetros e negociar a implementação dentro das recomendações feitas pela CIDH, portanto, se diferencia do acordo de solução amistosa, no qual se permite um manejo das medidas de reparação. Buscas ativas na internet apontam para esses modelos de acordo, ainda que não estejam disponíveis no sítio eletrônico da CIDH:

> i) caso Margarida Maria Alves, Caso 12.332: o acordo[48] celebrado em João Pessoa, em 2019[49, 50], resultou da responsabilização do Estado brasileiro pelo assassinato, em 1983, do então Presidente do Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Alagoa Grande, no estado da Paraíba. A petição fora apresentada pelo Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares (GAJOP), pelo CEJIL, pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDD), pela Comissão Pastoral da Terra (CPT) e pela Fundação dos Direitos Humanos Margarida Maria Alves (FDDH-MMA) no ano 2000[51].
>
> ii) caso Francisco de Assis Ferreira, Caso 12.726: o acordo[52] celebrado em São Luiz trata das recomendações da CIDH (Relatório de Mérito 89/19) diante da responsabilidade do Estado brasileiro pelo assassinato do trabalhador rural e líder sindical por pistoleiros no ano de 1991, no Município de Codó, Maranhão, conforme denúncia apresentada em 2001 pela Sociedade Maranhense de Direitos Humanos e o Centro de Justiça Global[53].

De acordo com o *Informe de Balance 2021 de Implementación del Plan Estratégico 2017-2021*, o Brasil foi indicado como o país que registrou o maior nível de progresso em implementação com 13 medidas alcançadas, das quais sete em cumprimento total, duas em cumprimento substancial e quatro em cumprimento parcial. Em sequência, temos Honduras e Argentina[54]. A assimetria entre os casos apresentados e o balanço da CIDH pode ser justificada, em parte, pela confidencialidade das negociações e pela continuidade do seguimento de medidas pactuadas nos acordos de solução amistosas.

Nos acordos de solução amistosa realizados nos casos brasileiros, é possível verificar o esforço das partes para a alcançar a reparação integral. Em todos os acordos consultados no sítio eletrônico da CIDH, nota-se que as partes negociam, primeiramente, os termos

do reconhecimento de responsabilidade, para avançarem no tocante às determinações referentes ao pagamento de indenização, à reparação simbólica, à condução de investigação sobre o ocorrido e às denominadas medidas de não repetição, como mudança na legislação nacional, alterações no entendimento do judiciário interno e em políticas públicas.

Os casos brasileiros de solução amistosa também apontam a particularidade de um Estado federado. Ao considerar o "pleno respeito da distribuição das competências federativas", termo utilizado no acordo da Fazenda Ubá, a União Federal[55] tem envolvido os Estados da Federação para pactuar os termos e dar cumprimento às medidas previstas no acordo, ainda que este seja celebrado pela República Federativa do Brasil. A realização de cerimônias públicas de reconhecimento de responsabilidade no local em que ocorreram as violações de direitos humanos tem impacto para a memória da vítima, bem como para a articulação dos atores locais que podem contribuir significativamente para o Nunca Mais.

O Balanço de Implementação do Planto Estratégico de 2017-2021 parece evidenciar resultados da nova abordagem da CIDH também em relação ao Brasil, com o incremento significativo de casos de composição amistosa.

Outras análises se fazem necessárias para verificar o impacto desses acordos para a reparação das vítimas e especialmente da sociedade brasileira, confirmando-se ou rejeitando-se a premissa da própria CIDH de que, em sendo um procedimento realizado pelas partes, estes apresentam maior pretensão de cumprimento e de inovação na solução dos conflitos e, em sendo assim, um maior impacto.

* * *

Nos últimos anos, o Sistema Interamericano e Direitos Humanos tem avançado no procedimento de solução amistosa, o qual é um mecanismo não contencioso que ocorre no marco do Sistema de Petições e Casos individuais e pode ser adotado pelas partes em qualquer momen-

to do procedimento, seja junto à CIDH ou à Corte IDH.

No presente estudo, verificamos a adoção pela CIDH de diversas iniciativas para o procedimento de solução, com implementação de guia, seção técnica especializada de soluções amistosas e seguimento, resoluções, protocolos, documentos explicativos entre outros com as boas práticas de solução amistosas. O Protocolo de San Francisco, aprovado em janeiro de 2017 pela CIDH, trouxe uma institucionalidade para o órgão, colocando-o como impulsionador da ferramenta, aplicando as técnicas de resolução alternativa de conflito para identificação dos interesses das partes, Zona de Possível Acordo (ZOPA), técnicas de mediação, reuniões de trabalho e outras. As iniciativas adotadas pela CIDH parecem mover o órgão da posição de boa oficiante para o papel de mediadora internacional, o que poderia caracterizar uma nova tendência da CIDH no que se refere ao instituto.

Os balanços mais recentes dão conta de que, efetivamente, resultados expressivos da "política pública interamericana de solução amistosa", com a efetiva redução do trâmite processual dos procedimentos de solução amistosa, tornaram a justiça interamericana mais eficaz e acessível. Cabe ao Sistema Interamericano explorar e democratizar o conhecimento sobre uso dessas ferramentas como uma alternativa.

Diante dessa nova tendência, cabe aos Estados o cumprimento dos compromissos assumidos e o engajamento na política pública interamericana de soluções amistosas e de reparação integral das vítimas de violações de direitos humanos, em consonância com a boa-fé e cooperação internacional. Basta saber se, para além da eficácia e acessibilidade impulsionadas por essa tendência, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos continuará a incentivar que a geração de espaços de diálogo entre peticionários e Estado repare as vítimas, mas também que a consensualidade e a confidencialidade continuem a privilegiar o Nunca Mais para a sociedade em geral.

Notas

[1] Esse trabalho representou as reflexões iniciais sobre o tema que foi mais aprofundado no artigo "A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Impacto da Política Pública Interamericana de Solução Amistosa: proposições construtivas a partir da análise dos casos brasileiros", encaminhado e selecionado pela CIDH em 2022.

[2] No original: "A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views of interests between two persons". PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *The Mavrommatis Palestine Concessions*. Series A – No. 23. August 30th, 1924, p. II.

[3] Malcolm N. Shaw entende que as técnicas se dividem em duas categorias: procedimentos diplomáticos (negociação, conciliação, investigação, bons ofícios e mediação) e procedimentos de adjudicação (solução arbitral e dos tribunais internacionais). QC, M. N. S. I*nternational Law*. 8.ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2017, p. 764.

[4] MACKAY, Miguel Ángel. *El princípio de solución pacífica de controversias como norma de jus cogens del Dereceho Internacional y los medios de resolución de controversias internacionales*. [s. l.], [s.d.], pp. 258-259.

[5] Cabem algumas notas distintivas quanto aos institutos do direito internacional e do direito brasileiro. De acordo com a melhor doutrina do direito interno brasileiro, o meio para a continuidade dos relacionamentos entre as pessoas em conflito é a utilização dos métodos de solução de conflitos, que se diferenciam a partir: a) dos seus atores, b) dos instrumentos técnicos utilizados e c) da autoria dos interessados na tomada de decisões. Em relação à característica da autoria na elaboração da solução, os métodos podem ser autocompositivos, impositivos ou híbridos. A primeira categoria inclui a negociação, a mediação e a conciliação, na qual a decisão é tomada pelas próprias partes, ainda que haja o auxílio de um terceiro na tomada de decisão, já que continua existindo a responsabilidade, dos envolvidos no conflito, em apresentar uma solução. Apesar de se caracterizar como tendo uma adesão facultativa, em se realizando um acordo, as obrigações geradas deverão ser cumpridas. A negociação, em sua forma mais simplificada, as pessoas em conflito, sem o auxílio de um terceiro imparcial, buscam solucionar a situação, de forma a satisfazer seus interesses, em detrimento do outro (visão adversarial) ou maximizando ganhos mútuos (visão colaborativa). Em alguns casos mais complexos, a negociação pode apresentar a presença de um terceiro imparcial, todavia, a visão ainda pode ser adversarial de atuação das partes. ALMEIDA, D. A. R. de; PANTOJA, F. M. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Eds.). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 3.ed. rev. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 89, 90 e 94. Assim, a negociação no direito internacional é semelhante à negociação no direito interno, em sua forma mais simplificada, quando não há o auxílio de um terceiro. Entretanto, ela se diferencia da negociação mais complexa no direito interno, porque nesse caso existe a presença de um terceiro que dá assistência aos litigantes para chegarem a uma alternativa para o conflito.

[6] No original: "(a) the parties are under an obligation to enter into negotiations with a view to arriving at an agreement, and not merely to go through a formal process of negotiation as a sort of prior condition for the automatic application of a certain method of delimitation in the absence of agreement; they are under an obligation so to conduct themselves that the negotiations are meaningful, which will not be the case when either of them insists upon its own position without contemplating any modification of it". INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*. North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands). Judgment of 20 February 1969, p. 48.

[7] De acordo com a melhor doutrina do direito interno brasileiro, o método autocompositivo da mediação se caracteriza por ser um método de negociação assistida, no modelo colaborativo, visando maximizar os ganhos de ambas as partes, no qual o terceiro imparcial que não detém poder decisório presta auxílio aos envolvidos na controvérsia para que seja retomado o diálogo entre eles, fazendo com que eles reflitam sobre os reais interesses de cada um, de maneira que os mediandos possam juntos elaborar alternativas para solução do litígio, atendendo as necessidades mútuas e sempre objetivando a continuidade da relação deles. A mediação é o mecanismo mais adequado para auxiliar em controvérsias presentes em relações continuadas no tempo. ALMEIDA, D. A. R. de; PANTOJA, F. M. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Eds.). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 3.ed. rev. ed. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 90, 94 e 97. Apesar de algumas semelhanças, a mediação se diferencia da negociação no direito interno, uma vez que nesta última, em sua forma mais simplificada, as pessoas em conflito, sem o auxílio de um terceiro imparcial, buscam solucionar a situação, de forma a satisfazer seus interesses, em detrimento do outro (visão adversarial) ou maximizando ganhos mútuos (visão colaborativa). Em alguns casos mais complexos, a negociação pode apresentar a presença de um terceiro, todavia, ainda é possível existir a visão adversarial de atuação das partes. Da mesma maneira, a mediação é diferente da conciliação no direito interno porque ainda que também possa ocorrer incidentalmente no processo judicial, ela não busca unicamente a elaboração do acordo. Além disso, na conciliação as partes atuam com uma visão adversarial e uma lógica da barganha, almejando somente a satisfação individual, muito diferente da mediação. Ademais, a conciliação é mais bem aplicada a casos em que a relação entre as partes envolvidas no conflito seja apenas episódica, os quais não seriam objeto de atuação de uma mediação. Por fim, a mediação no direito internacional é semelhante à mediação no direito interno no que se refere a ser uma negociação assistida. Todavia, diferentemente da mediação no direito interno, o procedimento no direito internacional caracteriza-se por ser um processo de barganha e permite que o terceiro proponha resolução para a controvérsia, ainda que de aceitação não obrigatória.

[8] Jacob Bercovitch destaca a variedade de conceitos, de práticas e de características da mediação internacional, de acordo com quem são os mediadores, quais recursos ou competências podem ser trazidos por eles ao processo, qual é o contexto do conflito, quem são as partes envolvidas e qual a natureza da interação entre elas. BERCOVITCH, J. A mediação em conflitos internacionais – Panorama teórico e revisão das práticas. In: HERZ, M.; SIMAN, M.; DRUMOND, P. (Eds.). *Mediação internacional*. Petrópolis: Vozes; Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2016, pp. 28-29.

[9] Um exemplo de mediação foi um que a Grã-Bretanha atuou como mediadora no conflito entre Brasil e Portugal, em que se discutia o reconhecimento da independência política do Brasil. A mediação culminou no Tratado de Paz e Amizade, celebrado em 29 de agosto de 1825, no Rio de Janeiro, no qual houve o reconhecimento lusitano da independência do Brasil.

[10] Malcolm N. Shaw entende que existe uma diferenciação técnica entre os bons ofícios e a mediação, em que os primeiros abrangeriam um terceiro que procura influenciar os Estados em conflito para entrarem em negociações e a segunda, apresentaria um terceiro que atua ativamente no processo de negociação. Entretanto, para ele, essa característica não seria suficiente para impedir que a mediação fosse confundida com os bons ofícios ou vice-versa porque ambos tendem a fundir-se, de acordo com as circunstâncias do caso. QC, M. N. S. *International Law*. 8.ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2017, p. 770.

[11] MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1255.

[12] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Report of the Secretary-General on Enhancing Mediation and its Support Activities* (S/2009/183). [s.l.], [s.n.]. 2009, p. 18.

[13] Após a Convenção de Haia de 1907, foram firmados quarenta e oito tratados bilaterais pelos Estados Unidos (1913-1940), conhecidos como "tratados do Bryan" prevendo a criação da comissão permanente de inquérito. O caso Letelier and Moffitt foi a única decisão até hoje, nos moldes dos "tratados do Bryan" que criou uma comissão de inquérito entre EUA e Chile. Cabia a ela definir o valor da indenização a ser paga pelo Chile aos EUA, em razão do atentado da DINA que vitimara o ex-ministro do Governo Allende e sua assessora em Washington DC.

[14] De acordo com a melhor doutrina do direito interno brasileiro, o método autocompositivo da conciliação pode ocorrer incidentalmente no processo judicial, conforme prevê a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e busca unicamente a elaboração do acordo, com a possibilidade de o conciliador propor a solução. Além disso, na conciliação as partes atuam com uma visão adversarial e uma lógica da barganha, almejando somente a satisfação individual. Ademais, a conciliação é mais bem aplicada a casos em que a relação entre as partes envolvidas no conflito seja apenas episódica e não duradoura. Finalmente, a conciliação no direito internacional se assemelha à conciliação no direito interno porque visa principalmente à aproximação entre os envolvidos para a concretização de um acordo, apesar de não haver impedimento para o terceiro apresentar uma solução para o conflito. Todavia, diferentemente da conciliação no direito interno, o procedimento no direito internacional permite que o papel de conciliação seja exercido por uma comissão, composta por um número ímpar de terceiros.

[15] Malcolm N. Shaw entende que essa categoria é chamada de procedimentos de adjudicação (arbitragem e tribunais internacionais). QC, M. N. S. *International Law*. 8.ed. [s.l.]: Cambridge University Press, 2017, p. 764.

[16] Como a arbitragem não se confunde com os procedimentos de soluções amistosas, não se faz necessária a análise comparativa da arbitragem no direito internacional e no direito interno.

[17] Além da competência contenciosa, a Corte Internacional de Justiça possui competência consultiva. Os pareceres consultivos podem ser solicitados pela Assembleia Geral ou pelo Conselho de Segurança, ou por outros órgãos da ONU e agências especializadas, desde que autorizados pela Assembleia, e apenas sobre questões jurídicas que tenham surgido no âmbito das suas atividades. Também é facultado aos membros da ONU designarem a outros tribunais a solução de seus conflitos, caso tenham disposto dessa forma em um acordo já vigente ou que venham a prever em um firmado no futuro (arts. 96 e 95 respectivamente da referida Carta).

[18] CIDH. *Impacto del procedimiento de solución amistosa*. [s.l.]: [s.n.], 2013.

[19] CIDH. *Impacto del procedimiento de solución amistosa*. [s.l.]: [s.n.], 2018.

[20] Ibidem.; CIDH. *Impacto del procedimiento de solución amistosa*. [s.l.]: [s.n.], 2018, p. 199.; OEA. *CIDH saúda avanços em matéria de Soluções Amistosas durante o período 2017-2018*. 2019.

[21] OEA. *CIDH saúda avanços em matéria de Soluções Amistosas durante o período 2017-2018*. 2019.

[22] PIOVESAN, F. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v.8, nº 2, p. 1373, 2017.

[23] CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. La solución amistosa de peticiones de derechos humanos en el ámbito universal y regional, con especial referencia al sistema

interamericano. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, V. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), México, 2005, p. 89; CASTILLA, K. Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista CEJIL*: Debates sobre los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, [s. l.], nº 3, Ano II, p. 125, 2007. Tradução livre.

[24] CIDH. *Guía Prática Mecanismo de soluciones amistosas en el Sistema de peticiones y casos*, [s.d.], p. 9.

[25] Recomendamos a leitura do relatório da CIDH sobre o impacto das soluções amistosas. CIDH. *Impacto del procedimiento de solución amistosa*. [s.l.]: [s.n.], 2018, p. 31.

[26] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *¿Qué es una solución amistosa?* 2014. Disponível em <www.youtube.com/watch?v=9esUqbD7uBU&list=PL-5QlapyOGhXtnOkDAsr91sM9t8ccL1CBV>. Acesso em 10 fev. 2021.

[27] No início da implementação do mecanismo havia dúvida sobre o momento apropriado para a sua utilização, na qual desenvolveu-se discussão doutrinária a respeito. O autor Héctor Faúndez Ledesma compreende que o procedimento não pode ser utilizado antes da CIDH estabelecer a sua competência e analisar a admissibilidade da petição, verificando todos os requisitos para o prosseguimento do caso, uma vez que a CIDH rejeite a admissibilidade da petição também não deve ser feito o procedimento para um acordo amigável. Ele exemplifica que no Regulamento anterior da CIDH, ela somente poderia oferecer seus bons ofícios após o estabelecimento da competência e análise da admissibilidade da petição. Já o autor Karlos Castilla, com base no entendimento de César Sepúlveda, acredita que a solução amistosa pode ser iniciada antes da admissibilidade do caso, como, por exemplo, na fase de comunicação com o governo, que geralmente ocorre antes da admissibilidade. CASTILLA, K. Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista CEJIL*: Debates sobre los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, [s. l.], nº 3, Ano II, p. 128, 2007.

[28] CIDH. *Guía Prática Mecanismo de soluciones amistosas en el Sistema de peticiones y casos*, [s.d.]. p. 9. Tradução livre.

[29] Recomendamos a leitura desse artigo. ROJAS, C. N. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el desafio de reparar las violaciones de estos derechos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [s. l.], v.6, nº 6, 2005, pp. 81-101.

[30] CAVALLARO, J. L. et al. Part III Beyond Judgment Reparations, Compliance, and the Future of the Inter-American System. In: *Doctrine, Practice, and Advocacy in the Inter-American Human Rights System*. [s.l.]: Oxford, 2019.

[31] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *¿Qué impacto tienen las soluciones amistosas?* 2014. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=-JmRxzjJs09A&list=PL5QlapyOGhXtnOkDAsr91sM9t8ccL1CBV&index=3. Acesso em 10 fev. 2021.

[32] ENGSTROM, P. Reconceitualizando o Impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v.8, nº 2, pp. 1271-1272, 2017.

[33] CIDH. *Questionários sobre processos de solução amistosa da CIDH*. [s.d.].

[34] OEA. *Protocolo de San Francisco*. Aprovado por la CIDH en enero de 2017 en San Fracisco, California, EEUU, 2017.

[35] CIDH. *Guía Prática Mecanismo de soluciones amistosas en el Sistema de peticiones y casos*, [s.d.].

[36] CIDH. *Acciones diferenciadas para atender el atraso procesal em procedimentos de Solución Amistosa*. Resolución 3/2020, 2020.

[37] Ibidem., p. 3.

[38] CIDH. *Informe Anual 2019*. Capítulo II – El Sistema de Peticiones y Casos, Soluciones Amistosas y Medidas Cautelares. [s.l.]: [s.n.], 2019, p. 65, item 25.

[39] CIDH. *Informe Anual 2019*. Capítulo II – El Sistema de Peticiones y Casos, Soluciones Amistosas y Medidas Cautelares. [s.l.]: [s.n.], 2019, p. 64, item 24. Tradução livre.

[40] CIDH. *Informe Anual 2020*. Capítulo II – El Sistema de Peticiones y Casos, Soluciones Amistosas y Medidas Cautelares. [s.l.]: [s.n.]. 2020, p. 146, item 109.

[41] CIDH. *Buscador dos Informes de Solución Amistosa*. [s.d.]. Com o objetivo de verificar a utilização de procedimento de composição amistosa, utilizou-se o buscador da própria CIDH, por meio de uma filtragem simples.

[42] CIDH. Relatório nº 95/03. Caso 11.289. Solução Amistosa. José Pereira. Brasil. 24 de outubro de 2003.

[43] CIDH. Relatório nº 43/06. Casos 12.426 e 12.427. Solução Amistosa. Meninos Emasculados do Maranhão. Brasil. 15 de março de 2006.

[44] CIDH. Informe No 111/20. Caso 12.674. Solución Amistosa. Marcio Lapoente da Silveira. Brasil. 9 junio 2020. (espanhol).

[45] CIDH. Relatório Nº 136/21. Caso 12.277. Solução Amistosa. Fazenda Ubá. Brasil. 26 junho 2021.

[46] CIDH, Relatório Nº 114/23, Caso 12.673. Solução Amistosa. José Dutra da Costa. Brasil. 26 de julho de 2023.

[47] PÉREZ LIÑÁN, A.; BROCCA, M.; ANAYANSSI ORIZAGA INZUNZA, I. Compliance Agreements in the Inter-American Human Rights System. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper*, [s.l.], v.26, 2021.

[48] O acordo seguiu as recomendações previstas no Relatório nº 120/18, sendo que em abril de 2020, a CIDH deu publicidade ao Relatório de Mérito nº 31/2020, em conformidade com o art. 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos. CIDH. Relatório no 31/20. Caso 12.332. Relatório de Mérito (Publicação). Margarida Maria Alves e Familiares. [s.l.]: [s.n.].

[49] BRASIL. Em João Pessoa/PB, ministra Damares promove solenidade de reparação simbólica à memória da sindicalista Margarida Maria Alves. 2019.

[50] JORNAL DA PARAÍBA. Reparação do Estado Brasileiro à morte de Margarida Alves após 36 anos divide opiniões. 2019.

[51] LEGALE, S.; ARNAUD, L.; MAMEDE, T. Margarida Maria Alves vs. Brasil: sindicalismo, gênero e o florescimento de uma nova marcha. Casoteca do NIDH-UFRJ. 2020.

[52] SEDIHPOP. Governo do Maranhão indeniza familiares do lavrador Francisco de Assis. 2021.

[53] DIREITOS HUMANOS MARANHÃO. Assinatura do acordo no caso 12.726 – Francisco de Assis Ferreira e familiares, da CIDH. 2021.

[54] CIDH. CIDH presenta su informe de balance semestral y los resultados de la implementación del Plan Estratégico 2017-2021. 2021, p. 12.

[55] A atuação da União Federal tem resultado da articulação entre o (hoje) Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos, o Ministério das Relações Exteriores e a Advocacia-Geral da União. O Decreto nº 10.174/2019, atualmente revogado pelo Decreto nº 10.883/2021 posteriormente revogado também pelo Decreto nº 11.341/2023, que aprovou a Estrutura Regimental do MMFDH, assim estabeleceu em seu art. 4º: À Assessoria Especial de Assuntos Internacionais compete: VII – coordenar e articular com órgãos e entidades públicas e privadas a negociação de soluções amistosas e de acordos extrajudiciais no âmbito de petições e casos em trâmite nos sistemas internacionais de direitos humanos, em especial no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Resolução consensual de conflitos societários na Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)

*Manoel Vargas**

*Maria Gabriela Jardim***

*João Pedro Noleto****

É um dado fático de que a interação humana está vinculada à existência do dissenso, visto que nunca existiu conjunto humano no qual ele não estivesse presente. Por isso, a literatura científica que trata do tema encontra guarida em diversas searas, como aponta Fernanda Levy e acaba por desafiar estudiosos a *mapear, entender e encontrar estratégias e ações que ofereçam melhores caminhos e possíveis soluções*[1]. Fundamentada em uma abordagem sistêmica das interações humanas, Marinés Suares argumenta que a origem dos desentendimentos restaria na prevalência das interações antagônicas em detrimento das atrativas, alterando o equilíbrio de um sistema relacional[2]. Diante desse antagonismo – que já traz por si mesmo a potencialidade para o conflito – temos que encarar ainda a intrínseca falibilidade da comunicação que amplifica a ocorrência de conflitos – há sempre uma lacuna entre a intenção do interlocutor e a compreensão do receptor[3].

Por esses pontos, a questão fundamental sobre o conflito não é sobre a sua ocorrência ou não, e sim sobre a forma como é visto e o processo dele decorrente. Joseph Folger e Robert Bush complementam o pensamento enxergando no conflito uma potencialidade transformadora, uma fonte geradora de desenvolvimento[4].

---

* Professor da Faculdade de Direito da PUC-Rio.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, membro do CMA PUC-Rio, cofundadora e coach do GAEMNE/PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

Nas sociedades rudimentares, os conflitos eram resolvidos por meio do uso da força física e de métodos informais que privilegiavam a autotutela. Com o passar dos anos, a evolução das interações e a necessidade de se afastar do uso da força fez nascer a figura do Estado como o ente responsável por administrar, legislar e, por fim, julgar as controvérsias. O monopólio do poder-dever de prestar a atividade jurisdicional, por meio de um juiz que, ao proferir decisões fundamentadas e respeitando princípios constitucionais como, por exemplo, o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade, foi um dos maiores ganhos das sociedades complexas ao permitir a melhor estruturação social.

O conflito societário

Segundo Borba, as sociedades são formadas de uma colaboração voluntária e ativa, interessada e igualitária dos sócios, congregando a convergência de seus interesses[5]. Dessa forma, a confluência de interesses dos acionistas é o centro das empresas que são criadas a partir da conjugação de esforços para a obtenção de um resultado comum – gerar lucro, sem prejuízo da responsabilidade social e ambiental da empresa[6].

Esse objetivo abstrato compartilhado pode, porém, ser concretizado de diferentes formas, fazendo surgir uma série de caminhos possíveis para as companhias. Os diferentes perfis de sócios – empreendedores, ligados às estratégias operacionais e investidores, que se interessam pelas informações econômicas da empresa –, as visões operacionais contrárias, as deficiências de comunicação, dentre outros fatores, fazem surgir divergências entre os sócios.

Mas essa não é a única relação potencialmente conflituosa em uma sociedade. A interação entre acionistas e administração é classificada pela doutrina como um relacionamento de agência[7]. Em outras palavras, há, entre eles, uma delegação de poder feita pelos acionistas, reais proprietários da companhia, para os administradores que terão a função de gerência, devendo levar em consideração os interesses dos sócios. Essa administração pautada nos deveres de lealdade nem sempre ocorre na prática, havendo diversos casos no qual há a expropriação da riqueza

dos acionistas em decorrência de atos dos administradores que visavam maximizar a sua utilização pessoal.

Por último, além desses conflitos internos, é importante ponderar, como pontua Frederico Rodrigues[8], que os interesses envolvidos na esfera das sociedades empresariais não se limitam apenas aos sócios e administradores. Nesse sentido, como explica o autor: "convencionou-se chamar de *stakeholder* qualquer pessoa que tenha interesse e legitimidade em uma empresa e que, tendo ou não investimento naquela sociedade, guarda uma relação de importância estratégica com o negócio".

Como visto, os conflitos societários podem ser internos ou externos à companhia e a sua administração é parte essencial do seu tratamento. Uma boa resolução dos conflitos externos pode significar o seu sucesso ou derrocada da sociedade. Em relação aos internos, são endereçados, normalmente, pela governança corporativa, que exploraremos mais adiante. Quando esta não apresenta instrumentos suficientes para resolvê-los, os conflitos acabam, na maior parte das vezes, desembocando nos tribunais arbitrais ou judiciais.

Os métodos adequados de resolução de conflitos

Apesar do ganho incontestável de civilidade que a estrutura judicial proporciona para as sociedades no curso da história, esse método tradicional sofre críticas relacionadas à sua eficácia[9]. A quantidade de processos existentes[10] e as características inatas a este tipo de procedimento apontam para a impossibilidade de garantir que todos os dissensos sejam dirimidos por meio do juiz estatal de forma efetiva. Nesse cenário, métodos alternativos de resolução de disputas (ADRs, de *alternative dispute resolution*), como mediação, conciliação e arbitragem, ganham cada vez mais espaço e são incentivados em todo o mundo. No ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, a promulgação de legislação específica e políticas voltadas à sua implementação[11] impulsionam a transformação da cultura do litígio no país.

Os ADRs aparecem como peça-chave para que se concretize o acesso universal à justiça. Isso porque tais métodos não só desafogam o sistema estatal, como também, por serem regidos de maneira diversa do

processo judicial, abrem alternativas para que as partes possam escolher um procedimento que tenha aderência às características específicas do seu caso concreto. Celeridade, confidencialidade, informalidade, a possibilidade de se escolher o profissional que atuará no caso são algumas das diferenças entre esses dois sistemas.

Estabelecer quais são as características mais significativas dos variados mecanismos de resolução de disputas de conflitos e a partir delas alocar determinado dissenso no mecanismo mais adequado é base do sistema "multiportas" idealizado pelo professor Frank Sander[12]. Esse sistema é considerado o mais avançado em relação à eficiência da resolução por conseguir identificar a melhor "porta" para o conflito, tendo sido incorporado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil.

As portas podem ser divididas conforme a intervenção de terceiros na resolução de conflitos em: (i) autocompositivas, como a mediação e a conciliação, na qual as partes constroem, em conjunto, a solução para a controvérsia, tendo plena autonomia no procedimento, funcionando o terceiro apenas como agente auxiliar ou facilitador do diálogo no processo e (ii) adjudicatórias, na qual é delegada a um terceiro a construção da solução, como é o caso da arbitragem e do processo judicial.

A arbitragem ganha destaque no Brasil, a partir de sua regulamentação, com a promulgação da Lei nº 9.307/1996, que traz segurança jurídica sobre a aplicabilidade do instituto. Muito do sucesso desse procedimento deriva da possibilidade da solução em instância única e da escolha dos profissionais que comporão o tribunal arbitral para julgar a demanda[13]. Essa liberdade potencializa as chances de decisões extremamente técnicas, mesmo para assuntos complexos, tornando a arbitragem bastante atraente. Outro aspecto fundamental que diferencia a arbitragem do processo judicial é a confidencialidade a respeito da existência do procedimento e do mérito da demanda, minimizando a exposição das partes.

Apesar de sua ampla difusão[14], a arbitragem, hoje, não é mais vista como a única – e mais eficiente – alternativa ao judiciário para a resolução de conflitos societários. Pelo contrário, estudos recentes[15] mostram que a

consideração de diferentes métodos e a utilização de cada um destes a partir de uma análise específica do caso concreto é a melhor forma de dirimir os conflitos. Assim, a mediação, como método autocompositivo, no qual um terceiro imparcial auxilia as próprias partes a tomarem uma decisão sobre o conflito, vem despontando no Brasil e no mundo. A sua celeridade e o protagonismo que as partes desempenham nesse tipo de abordagem, de maneira não adversarial, faz com que os conflitos que permeiam o relacionamento continuado dos diferentes agentes integrantes de uma sociedade sejam resolvidos da forma mais benéfica possível.

A mediação, foco do presente capítulo, como método autocompositivo de resolução de disputas[16], consiste na facilitação do diálogo por um terceiro imparcial[17]. Dessa forma, diferente de um árbitro ou um juiz, o mediador deve estimular o diálogo através do uso de técnicas e estratégias específicas de forma a possibilitar que as próprias partes, por meio do seu protagonismo, cheguem a uma solução mutuamente benéfica, em um tempo menor e com menores custos financeiros.

Contudo, a pouca aplicação da mediação deve-se, em grande medida, ao fato de que o instituto é recente no Brasil, tendo sido regulamento somente com o advento da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Desde então, a mediação (assim como outros métodos alternativos de disputas, notadamente a conciliação) tem sido cada vez mais incentivada no nosso país, sendo possível notar um crescimento dos casos, sobretudo aqueles envolvendo disputas societárias.

A arbitragem e a mediação no universo corporativo

A especialidade, a celeridade e a confidencialidade, citadas anteriormente como características da arbitragem, fizeram com que esse instituto tivesse enorme aderência na resolução de conflitos societários. Como alternativa a um Judiciário nem sempre eficaz, as sociedades brasileiras passaram a prever cada vez mais em seus estatutos uma cláusula compromissória para resolução de seus dissensos. A mediação, por sua vez, ainda se encontra bastante incipiente nesse ambiente, estando mais vinculada à resolução de conflitos familiares, que, assim como as questões societárias pressupõem a existência de uma relação continuada.

Porém, no contexto societário, a combinação de um método autocompositivo e outro adjudicatório pode apresentar aspectos positivos e deve ser considerado[18]. A combinação, na verdade, não é nem de fato nova. A própria Lei de Arbitragem, em seu art. 21, §4º[19], determina ao tribunal arbitral, no início do procedimento, a obrigação de tentar a conciliação entre as partes. A crescente aplicação – apesar de ainda de forma incipiente – de cláusulas compromissórias que preveem a existência de um processo de mediação prévio ou incidental ao procedimento arbitral[20] também apontam para esse movimento.

Potenciais benefícios da mediação empresarial são notáveis: (i) solução do litígio em um tempo menor e sob controle das partes; (ii) redução dos gastos envolvidos na disputa; (iii) aprimoramento da relação entre as partes envolvidas; (iv) utilização da confidencialidade para resguardar informações privilegiadas das empresas, como faturamento e estratégia; (v) economia de tempo dos gestores e funcionários da empresa, ocasionando aumento da produtividade da mesma; e (vi) diminuição dos conflitos internos e externos da empresa.

Para entender como estão caminhando os dois institutos no Brasil, deve-se investigar o número de procedimentos atualmente existentes no mercado, a média de valor neles envolvidos e o seu tempo de duração. Para isso, foram solicitados dados[21] de algumas das principais Câmaras Privadas de Mediação e Arbitragem: Câmara de Comércio Internacional (ICC), Câmara de Conciliação Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP, Câmara FGV de Mediação e Arbitragem (FGV), Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM e o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).

Importante destacar que os dados referentes à ICC, diferentemente das outras instituições, não estão restritos às partes brasileiras e, ainda que digam respeito, majoritariamente, a procedimentos de mediação, também consideram outros meios consensuais de solução de disputas, como conciliação, avaliação por terceiro neutro e métodos híbridos. Essa análise traz a possibilidade de analisarmos a evolução do cenário dos ADRs internacionalmente e fazer paralelos com o Brasil.

Tabela 1: Características dos procedimentos vigentes no mercado.

		ICC	FGV	CIESP FIESP	AMCHAM	CAM-CCBC
Número de procedimentos de mediação iniciados	2015	16	0	2	0	2
	2016	32	0	3	0	16
	2017	30	0	6	1	9
	2018	70	0	7	3	4
	2019	61	0	3	0	8
	2020	77	5	6	-	15
Média de valor envolvido		US$ 44.436.571,60 (2012-2016)	R$ 1.000.000,00	R$ 26.794.114,24 (2012-2019)	-	R$ 250.732.065,62
Média de duração		3 meses e meio (2013-2016)	3 meses	1 mês e 5 dias (2012-2019)	-	5 meses (2015-2019)
Principais matérias		Telecomunicação, construção, energia, infraestrutura e comércio em geral.	Setor elétrico, contrato de fornecimento de bens e serviços, societário, contratos de empreitada, construção civil, contratos e prestação de serviços e outros.	Contratos empresariais em geral (33%), contratos de fornecimento de bens e serviços (33%), construção civil (17%) e outros (17%).	Contratos comerciais (47%), contratos financeiros (19%), direito societário (16%), seguros (5%), construção (5%) e imobiliário (8%).	Construção e energia (34%), societário (21%), bens e serviços (15%), contratos empresariais (15%) e outro (15%).
Forma de encerramento		-	-	75% dos casos foram encerrados antes da assinatura do Termo de Mediação. Dos casos que prosseguiram, 63% das disputas houve acordo entre as partes.	66% das disputas não houve interesse na mediação pela contraparte e 34% houve acordo.	-

Fonte: Tabela elaborada pelos autores com base na análise estatística de cada Câmara.

Tabela 2: Comparação entre os procedimentos de mediação.

		ICC	FGV	CIESP FIESP	AMCHAM	CAM CCBC
Número de procedimentos de arbitragem iniciados	2015	-	24	42	9	112
	2016	966	40	57	13	98
	2017	810	32	48	8	141
	2018	842	24	52	19	101
	2019	869	25	48	12	97
	2020	946	53	38	-	105
Média de valor envolvido		US$ 136.134.772,00 (2017-2019)	R$ 37.457.035,65	R$ 42.569.960,64	R$ 25.716.164,09 (2015-2019)	R$ 11.750.000.000
Média de duração		2 anos e 3 meses (2018-2019)	3 anos, 6 meses e 5 dias a partir do requerimento de arbitragem	2 anos, 2 meses e 21 dias a partir da assinatura do termo de arbitragem e 3 anos e 21 dias a partir do requerimento de instauração	1 ano, 10 meses e 6 dias (2015-2019)	1 ano e 5 meses
Principais matérias		Telecomunicação, construção, energia, infraestrutura e comércio em geral.	Setor elétrico, contrato de fornecimento de bens e serviços, societário, contratos de empreitada, construção civil, contratos e prestação de serviços e outros.	Societário (38%), contratos empresariais em geral (33%), contratos de fornecimento de bens e serviços (15%), construção civil (8%), contratos internacionais (3%) e outros (3%).	Contratos comerciais (47%), contratos financeiros (19%), direito societário (16%), seguros (5%), construção (5%) e imobiliário (8%).	Societário (44%), bens e serviços (24%), contratos empresariais (15%), construção e energia (13%), propriedade intelectual (1%) e outros (3%).
Forma de encerramento		-	56% tiveram sentença prolatada e 43% das arbitragens foram extintas, seja por acordo, seja por desistência das partes.	-	16% dos casos foram encerrados por acordo, 53% tiveram sentença prolatada e 31% foram extintos por desistência.	39,39% dos casos foram encerrados por meio de sentença arbitral, 10,10% por sentença homologatória de acordo, 11,11% por acordo, desistência representou 18,18% e outros motivos 21,21%.

Fonte: Tabela elaborada pelos autores com base na análise estatística de cada Câmara.

Para fins de comparação, temos que os procedimentos arbitrais nestas câmaras são mais comuns e envolvem um valor médio bem maior. Isso confirma a hipótese de que casos financeiramente relevantes são submetidos pelo mercado, preferencialmente, a esse método de resolução de disputas.

Revela, também, o percentual de procedimentos que são encerrados por meio de acordo nas arbitragens. Em pesquisa recente da Task-Force ICC Brasil[22], uma grande parte dos entrevistados apontaram que uma mediação no curso do procedimento contencioso pode ser mais efetiva, visto que as partes já tiveram a oportunidade de analisar o risco em disputa. Talvez esses dois estudos apontem para um espaço possível a ser preenchidos pela mediação.

A partir dos dados relacionados à mediação, nota-se que, por mais que os números absolutos ainda sejam tímidos, o crescimento é constante. Os potenciais benefícios da mediação empresarial apontados pela doutrina também são confirmados: a solução do litígio leva um tempo substancialmente menor se comparado à arbitragem.

A fim de complementar o panorama geral da mediação, na mesma pesquisa citada anteriormente foram identificados os melhores cenários para a implementação da mediação, sendo eles: i) a primeira análise de documentos e conversa com o cliente, em que se estabelece os riscos do caso e as partes ainda não investiram tempo e dinheiro na resolução de conflito; ii) a troca de notificações entre os envolvidos na disputa, em que ambos passam a entender melhor as alegações, as provas e os direitos da outra parte, chegando na mediação entendendo de forma ampla o caso e prontos para negociarem; iii) quando não se consegue vislumbrar o sucesso do cliente na arbitragem ou no processo judicial; iv) quando o gasto que o cliente teria com honorários advocatícios e com a perícia não compensa iniciar a disputa contenciosa; v) quando o abalo emocional com a judicialização ou com o procedimento arbitral do cliente pode ser significativo; vi) em disputas societárias, principalmente aquelas que envolvem questões familiares, e em contratos de construção; vii) quando as partes estão dispostas a negociar e o acordo é a melhor alternativa

para os envolvidos, mas estas não conseguem avançar com as tratativas sozinhas; e viii) quando existe uma relação de parceria entre os envolvidos ou fatores de mercado que refletem uma relação continuada entre as partes, resultando em necessidade ou conveniência de manter boa relação entre elas.

A bolsa de valores, os segmentos especiais e a resolução de disputas societárias

O mercado pode ser compreendido como o "processo pelo qual as pessoas interessadas em vender algum produto ou serviço encontram-se com pessoas interessadas em comprar esse mesmo produto ou serviço"[23]. Quando se fala especificamente do mercado financeiro, esse produto que está sendo transacionado é o dinheiro no tempo.

As relações financeiras têm como pressuposto basilar a insuficiência dos recursos próprios das empresas. Dessa forma, estas são incapazes, sozinhas, de financiar toda a sua atividade produtiva em tempo e valor adequado, se vendo impelidas a ir ao mercado buscar esses recursos. Nascem, portanto, dois tipos de agentes: os deficitários ou tomadores, empresas que possuem falta de capital para manter as suas atividades, e os superavitários ou poupadores, indivíduos que detêm excesso de recursos.

Criar uma ponte entre esses dois personagens é o objetivo do mercado financeiro e de todos os seus intermediadores. A partir dessa confluência, os agentes deficitários captam os recursos excedentes dos superavitários, transformando-os em investimentos para estes e empréstimos ou capital próprio para aqueles, dependendo da natureza do investimento.

A bolsa de valores, nesse ecossistema, desempenha um papel essencial, por tornar mais prática e acessível a realização da intermediação financeira indireta[24], tornando público o acesso à poupança popular. Nesses ambientes, empresas registradas na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) têm a oportunidade de ofertar, publicamente, seus papéis – ações, debêntures, bônus de subscrição etc.

No caso brasileiro, iniciativas que remontam as Praças do Comércio, construídas durante o Império, as investidas de Barão de Mauá e, mais recentemente, a promulgação das Leis nº 6.404/1976 e nº 4.728/1965[25], edificam o mercado de capitais nacional. Em relação às suas bolsas de valores, o Brasil já contou com inúmeras ao longo de sua história, espalhadas por diversas cidades do país. Atualmente, a B3 é a única em atividade, tendo sido formada pela união entre BOVESPA e BM&F.

Segmentos Especiais

Impulsionada pelas discussões em torno da governança corporativa no mercado de capitais[26], a B3 implantou, em dezembro de 2000 – por meio das Resoluções nº 264/2000 e nº 265/2000 – o Regulamento de Listagem do Novo Mercado e o Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança Corporativa. Estes inauguraram os segmentos especiais de listagem, criando níveis diferenciados que podem ser aderidos por parte das companhias que têm os seus valores mobiliários negociados na bolsa. Essa adesão é feita mediante a celebração de um contrato entre a B3, a Companhia, seus Administradores e acionistas controladores, o qual obriga os signatários a cumprir tanto as regras de Governança Corporativa previstas no Regulamento dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa, como também as práticas recomendadas no Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa do IBGC.

É importante notar que as regras impostas às sociedades que aderem às listagens especiais, tanto as originalmente criadas quanto as posteriores, dialogam fortemente com os contornos que a governança corporativa tomou no Brasil. Na maioria das grandes companhias norte-americanas, a separação entre propriedade e controle é clara, existindo acionistas e gestores bem delimitados, devido ao capital pulverizado. Esse fenômeno, por outro lado, não acontece necessariamente na cultura das companhias brasileiras, já que em sua maioria possuem capital bastante concentrado, com a presença marcante de um acionista controlador ou grupo de controle, que, geralmente, exerce o poder de controle.

Dessa forma, a delegação de poder feita pelos acionistas, reais proprietários da companhia, para os administradores, que terão a função de gerência, que é o ponto central do movimento norte-americano, acaba por ser um cenário menos comum no Brasil. A sobreposição entre propriedade e controle que caracteriza o mercado brasileiro faz com a relação entre os acionistas controladores e minoritários seja potencialmente complexa e os desafios da governança corporativa sejam diversos, como ensina Alexandre da Silveira:

> O principal desafio no Brasil é fazer com que as companhias aprimorem suas práticas de governança para proteger os acionistas minoritários e os credores de longo prazo. Em outras palavras, é necessário um aumento da proteção ao investidor sob a forma de maior transparência das decisões tomadas pelos controladores e da garantia de voz aos minoritários, por meio de participação no conselho de administração ou de adesão da empresa a mecanismos eficientes e menos onerosos para resolução de conflitos societários (…).

O Novo Mercado, Nível 2, Nível 1 e Bovespa Mais, segmentos especiais atualmente em funcionamento na B3 tem regras claras que intentam assegurar a proteção ao acionista minoritário e o convívio entre acionistas.

As companhias classificadas no Nível 1 devem apresentar melhorias na prestação de informações ao mercado, *free float* de 25%, com esforços de dispersão acionária e política de negociação de valores mobiliários e código de conduta, além de outras obrigações que vão além das dispostas pela legislação. As companhias listadas no Nível 2 se comprometem a cumprir as exigências impostas para o Nível 1 e, adicionalmente, adotam um conjunto de regras mais amplo de práticas de governança, priorizando e ampliando os direitos dos acionistas minoritários, com *tag along* de 100% e voto restrito aos não votantes, por exemplo. Já as empresas do Novo Mercado, nível mais elevado da governança corporativa, se comprometem, voluntariamente, a adotar um conjunto de práticas de governança adicional ao que é exigido pela legislação brasileira, como totalidade das ações votantes.

Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)

Instituída em junho de 2001, a CAM é uma instituição arbitral que visa a oferecer foro adequado para os litígios societários. Além de atuar na solução dos conflitos surgidos nas companhias dos referidos níveis, é possível que qualquer interessado, investidor ou empresa, aberta ou fechada, se utilize da estrutura da CAM para solucionar conflitos pertinentes ao mercado de capitais.

As empresas que fazem parte do Nível 2 e do Novo Mercado devem, então, incluir uma cláusula compromissória em seus estatutos, vinculando todos os conflitos a uma resolução por meio de um procedimento arbitral na CAM. Nesse ponto, é mister destacar o acerto à época em estipular a arbitragem para a resolução de conflitos das empresas desses níveis, tendo em vista a necessidade de desafogar o Poder Judiciário.

O instituto, regulado pela Lei nº 9.307/1996 – declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2001 – já demonstrou ser uma forma eficaz de dirimir conflitos societários ao longo dos últimos anos. Apesar de ser um método adjudicatório no qual as partes delegam para um árbitro o poder de decisão, a arbitragem trouxe benefícios significativos para as partes, tais como: i) celeridade dos procedimentos – como não há a possibilidade de interposição de recurso contra a sentença arbitral, eles acabam se tornando mais céleres do que a via judicial, levando, em média, dois anos; ii) liberdade das partes no tocante à escolha da câmara, do árbitro, dos limites da produção das provas e dos prazos; iii) especialização dos árbitros nas matérias envolvidas, o que traz uma maior segurança jurídica para as partes; e iv) confidencialidade do procedimento.

A confidencialidade é um ponto que merece destaque. Responsável por resguardar informações sigilosas e internas das empresas ao mercado, ela traz uma discussão à tona. Isso porque, como a transparência na gestão é um dos principais critérios das empresas do Novo Mercado, não seria contraditório essas empresas aderirem a um procedimento sigiloso como a arbitragem? Segundo o posicionamento

da Comissão de Valores Mobiliários[27], não há qualquer irregularidade neste ponto, uma vez que o dever de sigilo não impede a prestação de informações obrigatórias ao mercado e aos acionistas. A empresa listada no Novo Mercado pode, dessa forma, ter uma conduta transparente e, ao mesmo tempo, se submeter à arbitragem.

O corpo de árbitros da CAM é composto de profissionais de reputação ilibada e notório conhecimento sobre mercado de capitais escolhidos pelo Conselho de Administração da BM&FBOVESPA. A interdisciplinaridade do corpo é uma marca característica, apresentando profissionais de diversas áreas de atuação – advogados, economistas, contadores e administradores de empresas – em vistas a satisfazer as necessidades das empresas.

É expressivo o crescimento do número de requerimentos de arbitragem ao longo dos anos na CAM, vide a tabela a seguir.

Tabela 3: Arbitragem em números na CAM.

	CAM
Número de procedimentos de arbitragem iniciados (2015-2020)	15
	17
	19
	20
	27
	36
Média de valor envolvido	R$ 244.221.982,90
Média de duração	2 anos e 6 meses
Principais matérias	Societário (75%), Contratos (20%), Operações do mercado de capitais (5%).

Fonte: Tabela elaborada pelos autores com base em análise estatística da CAM.

Como se vê, há um crescimento significativo no número de conflitos submetidos à arbitragem na CAM. Dentre tais conflitos, há espaço para soluções negociadas. Isso enfatiza a relevância de um método

alternativo como a mediação que pode ser utilizada em caráter prévio ou incidental à arbitragem, por meio de cláusulas escalonadas mediação-arbitragem e vice-versa.

* * *

O movimento da governança corporativa e a agenda ESG criam uma tutela maior de direitos e proteção especialmente aos acionistas minoritários, empregados, consumidores e financiadores – os *stakeholders* da companhia. Esse movimento possibilita às empresas gestões mais responsáveis, transparentes e igualitárias. Na prática, a inserção a esses padrões de governança é reconhecida como um grande diferencial para as empresas e, consequentemente, criou um cenário muito mais atrativo aos seus investidores.

Nesse cenário, a convenção da arbitragem como método de resolução de disputas pela B3 pode ser considerada um passo significativo para aperfeiçoar o sistema e trazer uma maior segurança jurídica às partes.

Outros métodos alternativos, porém, têm ganhado destaque, como é o caso da mediação. Esse instituto vem sendo muito utilizado e incentivado em diversos países ao redor do mundo com alto grau de aprovação. Os benefícios são evidentes, tais como o controle da decisão final pelas próprias partes, a celeridade do procedimento, os custos reduzidos, a confidencialidade e a manutenção das relações entre as partes. No Brasil, embora os números sejam ainda tímidos, é notório o crescimento e o destaque que o instituto vem recebendo. Grandes escritórios de advocacia têm demonstrado interesse em organizar equipes para atuarem diretamente com a mediação, muitos profissionais têm dado mais atenção ao tema e as faculdades de direito têm incluído o instituto nos seus currículos.

Dessa forma, embora a B3 já tenha dado um passo significativo ao escolher a arbitragem como método de solução de controvérsias das companhias listadas, verifica-se que está na hora de dar um passo a mais. É o momento da mediação, não só como método alternativo de

solução de conflitos, mas sim como método que, na prática, ao atribuir autonomia integral às partes, soluciona litígios de forma eficaz, em tempo menor e com menos gastos, possibilitando, assim, preservar as relações pessoais e comerciais das partes envolvidas. A inclusão da mediação pela B3 como opção complementar à arbitragem para as empresas solucionarem seus litígios daria um destaque ainda maior para o instituto, o que alavancaria o seu desenvolvimento e um maior aprimoramento de técnicas e resultados.

Notas

[1] LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusula Escalonada*: a Mediação Comercial no Contexto da Arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 477.

[2] SUARES, Marinés. *Mediación*. Conduccion de Disputas, Comunicación y Técnicas. Buenos Aires: Paidós, 1996.

[3] REDORTA, J. *Cómo analizar los conflictos*: la tipología de conflictos como herramienta de mediación. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2004. Redorta (2004) ao analisar a origem dos conflitos no contexto da mediação e propõe cinco fontes para a sua existência. A percepção e a comunicação, ligadas à interpretação e expressão, são a única fonte de cunho procedimental que em nada tem a haver com a dinâmica de poder e interesses existentes.

[4] FOLGER, Joseph P. e BUSH, Robert. Mediação Transformativa e intervenção de terceiros: as marcas registradas de um profissional transformador. In: SCHNITMAN, Dora e LITTEJOHN, Stephen (Orgs.). *Novos paradigmas em mediação*. Porto Alegre: ArtMed, 1999, p. 85

[5] BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.

[6] O movimento ESG (Environment, Social & Governance), inspirado na teoria Stakeholder Corporate Governance, tem como objetivo trazer às companhias uma maior responsabilidade social, ambiental e de governança, possibilitando, dessa forma, uma maior tutela e proteção aos seus stakeholders (BERLE, Adolf e MEANS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. New Jersey: Transaction Publisher, 1932). A agenda ESG promove, então, que a companhia não deva apenas se preocupar com o lucro, mas também ter uma responsabilidade sobre inclusão social, preservação do meio ambiente e políticas de governança, como transparência, prestação de contas, responsabilidade financeira e equidade entre os seus membros e interessados. Tal movimento tem como origem não apenas a crise do capitalismo presente em diversos momentos no século XX, mas também uma necessidade humana e ambiental da sociedade atual.

[7] Jensen e Meckling, que cunharam o termo relacionamento de agência, conceituando, genericamente, um contrato de agência como sendo: "um contrato no qual uma ou mais pessoas – o principal – engajam outra pessoa – o agente – para desempenhar alguma tarefa em seu favor, envolvendo a delegação de autoridade para tomada de decisão pelo agente". JENSEN, Michael e MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. *Governança corporativa e estrutura de propriedade*: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004, p. 31.

[8] RODRIGUES, Frederico Viana. O Uso da Mediação para a Solução de Conflitos Societários. *Revista de Direito das Sociedades e dos Valores Mobiliários*, p. 27-66, nov. 2018.

[9] Mauro Cappelletti e Bryant Garth foram os precursores da análise do fenômeno chamado como crise na justiça. Os pesquisadores, na década de 1970, realizaram uma extensa pesquisa em vários países do mundo e chegaram à conclusão de que existiam três principais obstáculos de naturezas diversas, ao acesso à justiça no mundo: (i) econômico, devido ao alto custo financeiro que o particular tem de arcar para postular em juízo; (ii) organizacional, visto que o processo tradicional, de cunho individualista, não continha mecanismo para concretizar os direitos difusos e coletivos que nasceram com as revoluções sociais e (iii) processual, na medida em que o processo, com suas características – formalismo, publicidade e imutabilidade –, impedia que certos anseios sociais fossem plenamente respondidos.

[10] A quantidade de processos judiciais ao redor do mundo é impressionante. O Brasil, por exemplo, que garante em sua Carta Magna o acesso à justiça como um direito fundamental

do cidadão, conta hoje, sozinho, com 77,1 milhões de processos em tramitação que aguardam alguma solução definitiva. Justiça em Números 2020; ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça – Brasileira; CNJ, 2020.

[11] A Lei nº 9.307/1996, Lei nº 13.140/2015 e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça são exemplos desse tipo de política voltada para a implementação dos métodos alternativos – arbitragem e mediação e conciliação, respectivamente – no Brasil.

[12] Para mais informações sobre o sistema multiportas e a sua aplicação do Direito Processual Civil brasileiro ver: LAUX, Francisco Mesquita. *Mediação empresarial*: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 89.

[13] Art. 13, § 3º da Lei nº 9.3017/1996: "As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada".

[14] VALOR ECONÔMICO. *Câmara do mercado da B3 tem recorde em requerimentos e volumes de arbitragem*. 29, julho, 2020.

[15] HARVARD. *International negotiation daily*: a discussion with Frank Sander about the multidoor courthouse.

[16] "A utilização do termo autocomposição se deve à doutrina de Carnelutti, para quem o método de solução de controvérsias representaria um equivalente jurisdicional apto à proteção de interesses privados. (…) Alcalá-Zamora y Castillo, um dos precursores do estudo da autocomposição em direito processual civil, a insere dentre as hipóteses de extinção do processo de conhecimento, o que pode ocorrer de quatro modos fundamentais: por ato das partes, por inatividade das mesmas, por atos do julgador e por fatos que impeçam o prosseguimento do processo. (…) Em outras palavras, a autocomposição, tal como a autotutela e o processo – ou melhor a decisão adjudicada – compõem as hipóteses de resultados possíveis para determinado litígio." LAUX, Francisco Mesquita. *Mediação empresarial*: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 89.

[17] Apesar das inúmeras definições apresentadas pela doutrina de mediação, escolhe-se prosseguir com a definição dada pela Lei nº 13.140, a qual, no parágrafo único do seu art. 1º define o método como "a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia".

[18] No capítulo em questão focamos na combinação entre a arbitragem e a mediação, métodos mais conhecidos no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo os ensinamentos da teoria multiportas, o ideal seria expandir a possibilidade de resolução de conflitos até mesmo para métodos híbridos ainda em desenvolvimento no Brasil, como é o caso da legal neutral evaluation ou early neutral evaluation, final-offer arbitration e da expert evaluation. Para saber mais desses métodos e sua aplicação do contexto empresarial brasileiro ver: EIZIRIK, Nelson e COELHO, Renata Moritz Serpa Coelho. Mediação e arbitragem: uma combinação útil. In: MOREIRA, Ana Luiza B. M. Pinto e BERGER, Renato. *Arbitragem e outros temas de direito privado*: estudos em homenagem a José Emilio Nunes Pinto. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 421-428.

[19] Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

[20] Para mais informações sobre as cláusulas escalonadas no sistema brasileiro ver: LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusula escalonada*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

[21] Essa análise estatística ainda não é muito feita no ordenamento brasileiro, principalmente pela confidencialidade envolvendo esses institutos. Em relação à mediação, o Relatório em Números do CNJ apresenta anualmente dados sobre esse tipo de procedimento dentro do âmbito do Judiciário. O levantamento de dados de mediações privadas, porém, ainda é bastante incipiente no Brasil, cabendo ressaltar o pioneirismo de Daniela Gabby em sua análise de dados. Ver GABBAY, Daniela Monteiro. Mediação empresarial em números: um retrato do funcionamento da mediação em Câmaras de Mediação e Arbitragem que atuam no Brasil. In: NETO, Adolfo Braga (Org.). *Mediação empresarial*: experiências brasileiras. São Paulo: Editora CLA Cultural, 2019, p. 168-185.

[22] Pesquisa realizada pela ICC Brasil com objetivo de realizar um diagnóstico da mediação empresarial no país. Para tanto, foram entrevistados 50 profissionais altamente reconhecidos no mercado jurídico brasileiro de resolução de disputas, dentre advogados de escritórios de advocacia e diretores de empresas. Ver: Task-Force de Mediação da Comissão de Mediação e Arbitragem da ICC Brasil, relatório de entrevistas divulgado em novembro de 2020, sob coordenação de Diego Faleck e Liana Valdetaro.

[23] OLIVEIRA, Gilson e PACHECO, Marcelo. *Mercado financeiro*: objetivo e profissional. Paraná: Editora Fundamento, 2006, p. 17

[24] O processo de intermediação financeira entre os agentes deficitários e os superavitários pode ser realizado de duas maneiras distintas: i) direta, na qual o agente superavitário deposita os seus recursos em uma instituição bancária e esta faz a intermediação repassando esse capital aos deficitários, não existindo contato direto entre os dois agentes e ii) indireta na qual os agentes superavitários adquirem títulos via bolsa de valores.

[25] Para mais informações sobre o histórico do mercado de capitais brasileiro: BARCELLOS, Marta. *História do mercado de capitais no Brasil*: depoimentos inéditos de personalidades que marcaram a trajetória das bolsas de valores do país. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

[26] Escândalos como o da Enron, WorldCom e Tyco na primeira década do século 21, intensificaram um movimento que vinha sendo concebido desde meados dos anos 1980 e 1990 nos Estados Unidos, a governança corporativa. Em abstrato, todos esses escândalos tinham em comum a expropriação da riqueza dos acionistas em decorrência de atos dos administradores que visavam maximizar a sua utilidade pessoal e não a riqueza da companhia. Essa divergência de interesses entre acionistas e administradores foi denominada, dentro da doutrina de governança corporativa, de problemas de agência, e é a principal questão que se pretende solucionar por meio da adoção das práticas de governança. Concretamente, esse movimento constrói um sistema de normas que converte princípios básicos em recomendações objetivas e busca limitar a discricionariedade dos administradores das companhias e reforçar o controle dos acionistas.

[27] "Esse foi o posicionamento da CVM no Processo Administrativo nº RJ 2008/0713, no qual a autarquia afirmou não haver qualquer irregularidade no Regimento e no Regulamento da CAM da B3, cujo dever de sigilo não impede a prestação de informações obrigatórias ao mercado. Pelo contrário, nada impede que a companhia listada no Novo Mercado estime o valor da contingência e divulgue para o mercado os possíveis impactos do procedimento para a companhia, mas também não é necessário que a companhia preste informações detalhadas quanto ao andamento do procedimento e nem convide os acionistas ou o público a participar do procedimento perante a CAM" (Portal Capital Aberto).

Métodos autocompositivos como solução de conflitos socioambientais

*Alexandre Assed**

*Carolina Souza***

*Gabriella Filardi****

A situação conflitiva é intrínseca a todas as relações humanas. Apesar de, por vezes, não ser aludida de maneira otimista, essa dinâmica pode se converter em um instrumento poderoso de aprimoramento e evolução das conexões sociais. Para que isso ocorra, porém, é necessário que o método de resolução escolhido seja adequado ao conflito em foco.

Nesse contexto, o presente capítulo busca entender a pertinência da utilização dos mecanismos de autocomposição na resolução de disputas na seara coletiva e, especificamente, na socioambiental.

Ao longo dos últimos anos, o sistema judiciário brasileiro tem enfrentado um desafio estrutural e barreiras à sua eficiência devido ao crescimento exponencial do número de processos, que acaba por ocasionar uma sobrecarga na instituição. Aliado a isso, verifica-se que, tradicionalmente, o método impositivo aplicado à atividade decisória judicial força posturas adversariais dos envolvidos que, por vezes, não abrangem e compreendem por completo as pretensões genuínas por trás das posições expostas.

Com o manifesto quadro de progressiva judicialização, associado à hipercomplexidade dos conflitos sociais contemporâneos[1] e à

* Professor da Faculdade de Direito da PUC-Rio.

** Graduanda em Direito da PUC-Rio e membro do CMA PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio e membro do CMA PUC-Rio.

natural morosidade do aparato judicial, observa-se uma escalada de obstáculos referentes ao amplo acesso à justiça, que acaba por conduzir a ordem brasileira ao sistema jurisdicional multiportas (*multi-door courthouse*)[2], que faz com que a solução judicial deixe de ter a primazia na solução de impasses e dá notoriedade a uma diversidade de outros meios. Nesse cenário, as partes ou interessados devem optar pelo instrumento de resolução de demandas (ou "porta") que seja mais apropriado à causa.

A nova sistemática processual civil brasileira, notadamente o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), positiva o incremento ao sistema denominado "multiportas", sendo certo que, conforme apontam os professores Humberto Dalla e Michele Paumgartten, "a busca por um sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial é não apenas oportuna, como essencial"[3].

Além disso, desde a edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça e a promulgação da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), tornou-se mais claro que alguns impasses podem ser mais adequadamente solucionados quando utilizadas técnicas de autocomposição e quando as partes passam a figurar como protagonistas, haja vista que trazem consigo a possibilidade de gerar soluções do tipo "ganha-ganha"[4]. Dessa forma, começaram a ser introduzidos incentivos à pacificação de posturas à ordem jurídico-social contemporânea. Essa abordagem, na verdade, propõe que as pessoas envolvidas em arranjos conflituosos encontrem as respostas para as suas demandas pela via que acreditarem ser a mais adequada[5].

Por sua vez, não há de se negar a relevância das questões ambientais e sociais para discussões de todos os cunhos no contexto mundial vigente. Essa importância, aliás, é tamanha, que mereceu especial atenção do legislador constituinte brasileiro, que intitula o meio ambiente como "bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida"[6].

A esse respeito, vale ressaltar que a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente preceitua que o meio ambiente é o "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que

permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"[7]. Por essa razão, entende-se que o direito fundamental ao meio ambiente possui um caráter duplo, visto que, a um só tempo, pode ser i) elemento fundamental da ordem objetiva da comunidade e ii) elemento subjetivo e, por consequência, indivisível, inapropriável, incorpóreo, imaterial, de titularidade difusa, transindividual e indisponível[8]. Nesse sentido, é imprescindível tratar do sensível questionamento de como abordar a utilização da via consensual ao saneamento de controvérsias socioambientais à luz da indisponibilidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do princípio da tríplice responsabilização ambiental, cujo objetivo é a tentativa de prevenir o dano, na esfera administrativa, repará-lo, na esfera cível, e sancioná-lo, criminalmente[9].

Iniciadas, então, a temática da seriedade e pertinência dos novos métodos na atual configuração do ordenamento jurídico brasileiro e a exposição primária dos direitos socioambientais, é imperioso realizar um enfoque nesses institutos de maneira individual.

Para tanto, de início, serão tratados brevemente a definição dos conflitos socioambientais e os seus desdobramentos.

O conflito socioambiental

Para melhor compreensão do tema, julgamos pertinente examinar os aspectos que definem o conflito e os diferentes enquadramentos no direito ambiental.

O que é o conflito?

A etimologia da palavra conflito vem do latim *conflictus*, e indica um "golpe ou choque, de tal maneira que uma colisão é anunciada pela oposição de posições"[10]. O verbete conflito pode ter diferentes significados, como "falta de entendimento grave ou oposição violenta entre duas ou mais partes" ou simplesmente "encontro violento entre dois ou mais corpos; choque, colisão"[11].

Segundo Samira Iasbeck, é difícil a sistematização e compreensão do conflito ambiental, visto que existem diversas conceituações do tema. No entanto, para melhor assimilação, é fundamental compreender o que se disputa nesta espécie de conflito, que é de natureza transindividual.

É importante, para este entendimento, distinguir os problemas dos denominados impactos. Segundo Iasbeck: "(…) um impacto é uma alteração no ecossistema provocada pela ação humana. Pode ser positivo ou negativo, neste último caso, pode ser percebido como problema, que, por sua vez, pode ou não gerar tensões e disputas"[12].

No mesmo sentido, Luciano Viana aponta que os conflitos de caráter ambiental derivam de tensões entre o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza[13]. Muitas vezes, o dano ambiental causado por esse encontro negativo impacta o agente e a coletividade, futuras gerações, indivíduos e grupos diretamente afetados pela alteração da qualidade do bem ambiental proveniente do dano, e entre o poluidor e a Administração Pública, a qual deve reprimir o ilícito ou crime ambiental cometido[14].

Voltando-se à conceituação de conflitos ambientais, a atual interpretação leva ao entendimento de que eles advêm da dualidade entre crescimento econômico e preservação da natureza, ocasionando um dano ao ambiente de determinada região. Mas como saber se eles são, de fato, coletivos?

Como cediço, todo indivíduo é titular de direitos, mas existem direitos que vão além da esfera individual, e, em sentido amplo, são chamados de coletivos. Tais direitos foram conquistas sociais, reconhecidas pelo constituinte, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente equilibrado estabelecido no art. 225 da Constituição Federal.

De acordo com o disposto no art. 81 da Lei nº 8.078/1990, parágrafo único, inciso I, os direitos coletivos em sentido amplo se subdividem em difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
>
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
>
> I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Desnecessário mencionar que o tratamento de qualquer espécie de direito coletivo exige cautela. Entretanto, é preciso ressaltar as específicas características dos conflitos socioambientais de natureza difusa, que são marcadas pela transindividualidade quanto a sua titularidade e que têm como objeto um bem jurídico indivisível, que é o meio ambiente, cuja consequência são danos a sujeitos indetermináveis[15]. Nessa lista de danos, incluem-se os ocasionados pela ação humana e/ou empresarial em determinada área, que podem atingir o meio ambiente e as comunidades que nele se sustentam, sendo capazes de alterar a sadia qualidade de vida. Ou seja: por ser um direito fundamental de titularidade coletiva e que se origina do vínculo de fato, o direito socioambiental, via de regra, é classificado como direito difuso.

Conforme exposto pela autora Luciane Moessa[16], a partir de 1965, o legislador infraconstitucional, com o objetivo de criar instrumentos processuais adequados à proteção dos direitos de segunda e terceira gerações, criou ações capazes de proteger direitos em que uma coletividade é titular. A partir de 1988, na Constituição Federal, o assunto ganhou força, porque foram dispostos em seu texto diversos direitos tuteláveis sob a forma coletiva. A primeira ação especificamente criada para a tutela de interesses coletivos no direito brasileiro foi a Ação Popular, instituída pela Lei nº 4.717/1965, mas foi a Lei da Ação Civil Pública, nº 7.347/1985 que teve maior eficácia na tutela desses direitos, com a previsão da legitimação do Ministério Público e outros entes para a proteção dos chamados direitos transindividuais.

Nesse sentido, quando se trata de um dano ao meio ambiente que modifica e/ou altera a qualidade de vida, o Poder Público tem o dever de prevenir a ocorrência deste, e, quando não o fizer, coibir o destruidor e o ilícito cometido. A depender do grau de devastação causado pela ação, como já exposto, há a necessidade de responsabilização nas esferas cível ou criminal.

Nesse quadro, verifica-se a interessante possibilidade da utilização dos meios consensuais de resolução de impasses quando adequados ao objeto da controvérsia.

As garantias socioambientais, ao integrar o rol dos direitos transindividuais, também compõem o rol dos considerados direitos indisponíveis. Assim sendo, se tais garantias integram os direitos indisponíveis, poder-se-ia concluir pela impossibilidade de utilização de métodos autocompositivos para a resolução do conflito, porque, em um primeiro momento, não deveriam ser passíveis de disposição ou negociação[17].

No passado, a diferenciação entre os institutos de direitos disponíveis e indisponíveis parecia ser muito mais evidente: ao passo que o primeiro admitia a figura dos acordos e transações, o segundo, não[18].

Ocorre que, conforme considerações já realizadas, na última década, grande parte da doutrina, e até mesmo o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), passou a entender os métodos extrajudiciais de solução de conflitos como ferramentas jurisdicionais, positivando o sistema multiportas como aliado do Poder Judiciário[19]. No entanto, a mesma legislação permitiu a dispensa, por parte do magistrado, da audiência de conciliação ou mediação quando o direito em questão não admitir autocomposição[20], sem especificar quais seriam tais direitos.

A Lei de Mediação (nº 13.140/2015), por sua vez, estimula e deixa claro em seu art. 3º que, para ser objeto da mediação, o conflito precisa advir necessariamente de direitos disponíveis ou de direitos indisponíveis que admitam transação[21].

O legislador, neste último diploma, optou por ser mais específico e dispôs que a mediação incide sobre os direitos disponíveis, o que já era certo, mas, ao mesmo tempo, expressamente aduziu que o método também poderia ser utilizado para cuidar de direitos indisponíveis transacionáveis. O conteúdo de tal cláusula já era sustentado por parte da doutrina, mas a lei definiu a sua positivação em nosso ordenamento jurídico.

Desde esse marco legal não existe mais controvérsia sobre o cabimento de acordos em matéria de direitos indisponíveis transacionáveis e da possibilidade de realização da autocomposição envolvendo tais direitos.

Os direitos indisponíveis atendem aos interesses públicos secundários e aos interesses transindividuais e, como se sabe, o bem socioambiental também pode ser contemplado por tais interesses. A partir dessa ideia, então, entende-se que direito transindividual não pode ser renunciado e nem ao menos negociado a partir de critérios que busquem abdicar da proteção e da preservação do meio ambiente, mas, em contrapartida, pode ser transacionado por intermédio de um típico negócio jurídico bilateral em relação ao seu cunho patrimonial, a exemplo de fixação de prazos, condições, operacionalização, lugar e formas de cumprimento e reparação[22].

Isso porque não há como afastar da estrutura social a importância da eficiência necessária no tratamento técnico e jurídico da matéria socioambiental. Nesse viés, Paulo de Bessa Antunes certifica que "a utilização e o consumo dos recursos naturais é uma condição sem a qual não é possível a vida humana. Logo, sempre em alguma medida haverá a disponibilidade de direitos 'indisponíveis'"[23].

Nesse sentido, entende-se que a autocomposição de direito socioambiental é integralmente admitida pelo teor legislativo e doutrinário vigente, observadas, é claro, as balizas que determinam o tratamento do acordo do bem ambiental com a devida cautela e com as especificidades legalmente necessárias. Isso posto, a seguir, serão tratados alguns mecanismos que podem vir a ser utilizados na resolução desses impasses.

Os métodos autocompositivos de resolução de disputas

No mundo global contemporâneo, é possível observar um foco no desenvolvimento de diferentes técnicas para a resolução de conflitos. Esse investimento e entrega evidenciam a evolução de uma cultura mundial que é mais participativa, cooperativa e consensual[24].

Torna-se cada dia mais incomum tratar as resoluções de conflitos unicamente pelo aparato heterocompositivo do Poder Judiciário. Na verdade, a tutela pelo princípio constitucional de acesso à justiça atualmente passa pelo sistema multiportas, que, inclusive, contribui a tornar o acesso à estrutura judiciária mais qualificado e estratégico[25].

Dentro desse universo de estímulos e novas possibilidades, os métodos autocompositivos são marcados pela utilização de técnicas que objetivam i) levar as partes a um consenso e ii) a fomentar a autonomia da vontade dos envolvidos[26].

As principais utilidades da aplicação de tais métodos estão na redução na duração do processo, na economia financeira, na confidencialidade do procedimento, na criatividade permitida e no protagonismo que as partes envolvidas desempenham, uma vez que elas detêm o poder discricionário de decidir livremente sobre suas questões.

Existem diferentes métodos autocompositivos de soluções de disputas, mas, na seara do dissenso socioambiental, será dado destaque aos mais recorrentes, a saber: a negociação, a conciliação e a mediação de conflitos.

Conforme aponta Fernanda Tartuce, a negociação é o "processo de comunicação em que dois ou mais indivíduos, com interesses comuns ou antagônicos, estabelecem contatos para a definição de aspectos relevantes de seus interesses"[27]. Nesse tipo de processo de resolução de conflitos, há prevalência do controle das partes interessadas, que buscam diretamente a realização do consenso, sem a participação de um terceiro.

Na conciliação, por sua vez, as partes envolvidas no dissenso confiam a uma terceira pessoa neutra e imparcial, o conciliador, a função de estabelecer um processo estruturado de diálogo para que possam construir um acordo a respeito do conflito vivenciado[28]. O conciliador facilita a comunicação entre as pessoas, por intermédio de sua orientação pessoal e direta, a fim de buscar um acordo satisfatório. Por se preocupar menos com a relação entre as partes, o conciliador pode fazer sugestões, diferenciando-o do instituto da mediação.

Por fim, a mediação consiste numa negociação assistida por um terceiro imparcial[29] e tem como dois de seus grandes objetivos a desconstrução do conflito e a restauração da relação entre as pessoas e é exatamente por esses motivos que ela vem sendo considerada o método ideal para desacordos entre pessoas cujo relacionamento perdure no tempo[30].

A mediação propõe uma mudança no contexto da resolução de conflitos, qual seja, sentar-se à mesa e observar a situação sob a perspectiva de todos, de modo a trabalhar colaborativamente para atender às demandas dos envolvidos.

Sobre a postura do mediador, o protagonismo de criação do acordo vem das partes, ou seja, os profissionais intermediadores da relação, em regra, não podem sugerir, opinar ou propor qualquer possibilidade de solução, uma vez que essa é uma função garantida aos atores. O que o mediador pode e deve fazer é criar um processo estruturado de diálogo, e auxiliar as partes, a partir do restabelecimento de sua comunicação, buscar o consenso e desenvolver uma solução que seja de benefício mútuo.

A mediação não atribui juízo de valor aos fatos ocorridos e nem às suas partes. A ideia é distanciá-las do certo e errado e convidá-las a agir em ações cooperativas, para que juntas consigam chegar à melhor solução.

Diante do que foi tratado sobre os métodos autocompositivos, a mediação pode ser bem aplicada aos conflitos socioambientais, porque, além de ser um método célere e menos custoso, agrega diversas outras vantagens, como ser um processo informal que permite a construção conjunta da solução, que fortalece as relações, e concede autonomia aos envolvidos, os quais reconhecem e assumem suas responsabilidades de modo integral. Além disso, o papel de mediador torna-se especialmente relevante na esfera socioambiental quando há desigualdade de poder econômico entre as partes. A atuação desse profissional deve ser calcada em contrabalancear esse desequilíbrio para que haja uma solução eficiente e não uma legitimação de injustiça.

Outro ponto positivo que merece destaque é a possibilidade de inclusão de múltiplas partes na resolução da questão, não apenas aqueles que tenham legitimidade processual para figurar em ações coletivas. Há, nas mediações, a possibilidade de trazer para a mesa de negociação outros agentes, muitas vezes fundamentais para resolução do conflito, e que no âmbito do Judiciário não teriam voz ou oportunidade para participar.

Ante o exposto, conclui-se que os mecanismos de autocomposição são fundamentais à ordem jurídica contemporânea, que incentiva e zela pela extinção consensual e definitiva das controvérsias. Nesse sentido, cabe ao operador do direito primar pela identificação da ferramenta de solução de conflitos mais adequada a cada caso, a fim de tutelar o real interesse da causa.

A autocomposição de disputas socioambientais

A maior dificuldade que circunda a utilização dos métodos de resolução de disputas em meio a conflitos socioambientais está relacionada à sua natureza indisponível. Dessa forma, de modo a conter as práticas inapropriadas em face do meio ambiente, o ordenamento jurídico brasileiro estipulou alguns limites a serem seguidos, visando a sua preservação.

O princípio da natureza pública da proteção ambiental faz parte desse grupo de balizas, uma vez que é disposto em lei ordinária o reconhecimento do meio ambiente como um patrimônio público[31], a ser necessariamente assegurado e preservado. Esse princípio decorre da previsão constitucional que considera o meio ambiente um bem fundamental a ser garantido para uso de todos ou para fruição humana coletiva. Ou seja, o constituinte quis exigir do poder público e da coletividade uma responsabilidade integral pela proteção ambiental.

Como já visto, o ordenamento jurídico brasileiro admite que os direitos indisponíveis transacionáveis poderão ser objeto da mediação, conciliação e negociação. Essa nova faceta dos direitos indisponíveis revela algo que parte da doutrina já entendia: apesar de terem uma ligação, o instituto da indisponibilidade não se confunde com o da transacionabilidade.

Ao passo que indisponibilidade se refere ao objeto que "não é passível de abdicação nas mais diversas formas jurídicas que 'abdicar' pode assumir"[32], a transacionabilidade é a conjuntura na qual as partes realizam concessões mútuas ou recíprocas[33]. Estabelecer os limites acerca da indisponibilidade de direitos é essencial para ajustar critérios que indiquem quais destes podem ser objetos de convenções[34].

Com o aval da redação expressa da Lei de Mediação, logo é possível compreender que a indisponibilidade de um direito não é, por si só, razão suficiente para justificar a impossibilidade de transacioná-lo. Na realidade, essa ação pode trazer mais efetividade na concretização desse direito, uma vez que a solução para o conflito foi construída pelas partes, com o seu consentimento, dentro de suas reais possibilidades.

O interesse na proteção dos bens socioambientais, por serem de natureza pública, deve prevalecer diante dos direitos individuais privados, de modo que, sempre que houver dúvida sobre a norma a ser aplicada a um caso concreto, deve prevalecer aquela que privilegie os interesses da sociedade, especialmente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, a se considerar que o objeto da controvérsia ambiental é um bem jurídico muito valioso e que afeta a todos, a Lei de Mediação previu um requisito adicional[35]: além da realização do acordo de forma harmônica e não abusiva, próprio da natureza autocompositiva, faz-se essencial a oitiva do Ministério Público e a homologação em juízo do consenso obtido pelas partes[36].

Esse posicionamento do legislador, todavia, não indica que as espécies consensuais de negociação só podem ser realizadas mediante um processo judicial. Num acordo extrajudicial também é necessário se utilizar da jurisdição voluntária à homologação do Judiciário, situação em que a atuação do juiz se reveste praticamente de um caráter administrativo, sendo uma exigência legal para o alcance dos objetivos pretendidos[37]. Nesse processo não há litígio, não há autor ou réu. O que existem são partes interessadas, que submetem uma petição realizada em conjunto para o crivo do juiz, que poderá homologar ou não determinado acordo, e apenas com a concordância do magistrado passará a produzir seus devidos efeitos.

Fica claro, desse modo, que no momento de celebração de um acordo extrajudicial que envolve direitos indisponíveis que admitem transação, aquele instrumento estará no plano da existência e da validade, mas ainda não será eficaz. Esse degrau apenas será alcançado quando o documento obtiver ratificação pela autoridade judicial.

Ademais, a Lei de Mediação também é clara ao exigir a oitiva do Ministério Público, que zela pelos direitos indisponíveis, antes mesmo da manifestação do Juiz.

O parecer a ser emitido pelo Ministério Público não deve ser impreterivelmente favorável ao termo de acordo entre as partes, especialmente quando se está diante de objetos sensíveis e transindividuais, tais como o bem socioambiental. Mesmo que a manifestação for contrária à homologação do determinado pacto, terá o juiz, em sequência, a liberdade para a homologar se entender adequado. O que ocorrerá, provavelmente, será a interposição de recurso contra a sentença pelo promotor sob o argumento de que ao menos parte daquele bem indisponível está sendo atingido pelo acordo. No caso de negativa da homologação do juiz – e, nessa hipótese, havendo concordância com o parecer do Ministério Público a respeito da violação ao direito indisponível – será necessário, num primeiro momento, examinar as razões para tal recusa. Caso o juiz negue a homologação em razão de um vício meramente formal, entende-se que a irregularidade poderá ser reparada. No entanto, se o juiz nega porque entende que deve analisar o mérito e não atuar de forma administrativa, não há nada a ser sanado imediatamente e, a partir disso, será iniciado um processo judicial comum.

Os acordos provenientes da mediação tendem a ser mais respeitados devido ao protagonismo e à responsabilidade dos mediandos, além de acarretar o aprendizado dos envolvidos em relação a sua capacidade de lidar com conflitos futuros. Devido à delicada questão da reparação do meio ambiente, a sua defesa não pode ficar exclusivamente à mercê do Judiciário, em que fatores como a morosidade e pouca flexibilidade podem comprometer o bem jurídico que se procura tutelar.

Nada impede, todavia, que existam desvantagens neste evento, tais como o desequilíbrio de poder entre as partes, já que grandes empresas, por exemplo, possuem muito mais poder, tanto financeiro quanto de influência, em relação à população das áreas atingidas pelo dano ambiental. O equilíbrio de poder entre as partes envolvidas é desejável, mas dificilmente será possível alcançar a igualdade

absoluta. Essa desvantagem, porém, não existe apenas no campo da mediação, ocorre em qualquer meio de resolução de conflito, inclusive no processo judicial. O desequilíbrio das partes pode, entre outros, originar-se do diferente acesso à orientação/assistência legal, da disponibilidade para esperar a decisão do conflito, da vulnerabilidade da exposição pública e de maiores capacidades de negociação de uma parte em detrimento da outra. Por essa razão, o mediador deve tomar medidas para mitigar essa desigualdade e, nesses cenários, a oitiva do Ministério Público se faz mais do que necessária.

Por tal prisma, compreende-se que existem requisitos específicos desse procedimento, a serem preenchidos obrigatoriamente sob o sistema de controle do Estado, e certos desafios na autocomposição de cunho socioambiental. Porém, esses são atributos que podem configurar quaisquer outros métodos de resolução de conflitos. Além disso, a experiência e realidade evidenciam que é possível alcançar resultados satisfatórios que respeitem e garantam os princípios e direitos socioambientais por meio de terceiro(s) que tenha(m) técnica e que conduza(m) o processo de forma ética, responsável e qualificada.

* * *

Os métodos autocompositivos representam um caminho obrigatório, criativo e promissor na resolução de disputas.

No âmbito dos conflitos socioambientais, a importância da utilização destes métodos torna-se ainda mais evidente, considerando a hipercomplexibilidade dos direitos envolvidos, a relevância da preservação as relações das múltiplas partes e da construção conjunta de soluções de benefício mútuo, e, principalmente, a necessidade de dar eficácia ao que foi decidido pelos mediandos, o que, ao final, acaba garantindo os direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e acesso à justiça.

Nesse contexto, recentemente, na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios pelo Conselho de Justiça Federal, foi aprovada proposta de enunciado, em que se recomenda a utilização

de mediação para resolução de Conflitos Socioambientais, como método adequado para resolução desse tipo de impasse. Senão vejamos:

> Recomenda-se a utilização da mediação para a resolução de conflitos socioambientais, notadamente para viabilizar, na forma do art. 3º, §2º da Lei de Mediação, o acesso à justiça e à satisfação de direitos disponíveis e indisponíveis transacionáveis, incluindo medidas preventivas, repressivas e de reparação de danos ao meio ambiente e à coletividade[38].

Com efeito, o maior desenvolvimento dos mecanismos de autocomposição, especialmente a mediação, certamente contribuirá para a preservação e a proteção do meio ambiente e da sociedade sem a necessidade da busca pela judicialização convencional em todo e qualquer cenário, como estamos acostumados a vivenciar no Brasil.

Em verdade, ao final, percebe-se que autocomposição dá concretude aos valores constitucionais que determinam que a coletividade tem o dever de atuar em defesa do meio ambiente e em defesa de diferentes anseios sociais e geracionais, dando autonomia a todos os envolvidos para resolver, por si mesmos, o conflito, preservando as relações e estabelecendo soluções que cuidem do meio ambiente e gerem benefícios para toda a sociedade.

Notas

[1] "A complexidade atinge não apenas a estrutura da sociedade e as atividades econômicas (…), mas também o cidadão em suas diversas atividades cotidianas". Diz ainda: "Esse estado de coisas tem gerado algumas consequências importantes, com a) o incremento assustador de conflitos de interesses, muitos dos quais de configuração coletiva pela afetação, a um só tempo, esfera de interesses de um grande número de pessoas, b) impossibilidade de conhecimento da existência de um direito, mormente por parte da camada mais humilde da população e c) impossibilidade de avaliação crítica do sistema jurídico do país, somente factível através de pesquisa permanente feita por especialistas de várias áreas e orientada à aferição da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica a que se destina". WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 132 apud DALLA PINHO, Humberto. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 96

[2] "Há franca tendência a que se incremente, gradativamente, entre nós, o sistema de Justiça conhecido como 'multiportas' decorrentes das ideias de Frank Sander (cf. Varieties of dispute processing, cit., p. 65-87). (…) Faz-se antes classificar os variados litígios a fim de identificar qual o meio (ou os meios) mais adequados(s) para solucioná-los (…). Não basta, pois, conceber meios alternativos à jurisdição ordinários para solucionar os conflitos ou, pior ainda, simplesmente impô-los aos litigantes. Faz-se necessário compreender a natureza do conflito para verificar qual o meio mais adequado para solucioná-lo". VIANA DA SILVA, Sérgio. *Mediação*: a autocomposição como valor paradigmático em face do Novo Código de Processo Civil. Âmbito jurídico, apud MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2016, p. 43.

[3] DALLA PINHO, Humberto e PAUMGARTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina e PELAJO, Samantha (Coords.). *A Mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense 2016, p. 13.

[4] Segundo os autores da obra, um resultado "ganha-ganha" é o qual todos os litigantes saem ganhando; é firmado um acordo que favorece ambas as partes. FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. 3.ed., rev, e atual. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 12.

[5] PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil. *Revista de Processo*, v. 247. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 476 apud DALLA PINHO, Humberto e CAMACHO DUARTE VIDAL, Ludmila. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. *Revista do Processo*, v. 256. Rio de Janeiro: Ed. RT, 2016, p. 371-409.

[6] Artigo 225, caput, Constituição Federal "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações".

[7] Art. 3°, I da Lei nº 6.938/1981.

[8] BIRNFELD, Dionísio. *O bem jurídico ambiental*. Jus Brasil.

[9] Artigo 225, § 3º, Constituição Federal: "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados".

[10] Dicionário de Etimologia. Portal Etimologia do conceito.

[11] Dicionário Michaelis online.

[12] SOARES, Samira Iasbeck de Oliveira. *Mediação de conflitos ambientais*: um novo caminho para a governança da água no Brasil. Curitiba: Juruá, 2010, p. 116.

[13] PEREIRA, Luciana Vianna. *Breves considerações sobre mediação de conflitos ambientais*. Direito Ambiental, 2018.

[14] PEREIRA, Luciana Vianna. *Breves considerações sobre mediação de conflitos ambientais*. Direito Ambiental, 2018.

[15] AKAOUI, Fernando Reverendo. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Editora RT, 2003, p. 2.

[16] MOESSA DE SOUZA, Luciane. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 39.

[17] Em sua obra, Martel diz que "um sentido prevalente para o termo 'indisponível', que significaria aquilo que não é passível de abdicação, nas mais diversas formas jurídicas que 'abdicar' pode assumir". MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais*: conceito lacônico, consequências duvidosas. v.11, nº 2, Joaçaba: Espaço Jurídico, 2010, pp. 334-373.

[18] Um direito patrimonial é disponível "quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência". CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38.

[19] Art. 3º, § 3º, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): "A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

[20] Art. 334, § 4º, II, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): "Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 4º A audiência não será realizada: II – quando não se admitir a autocomposição".

[21] Art. 3º, Lei de Mediação (nº 13.140/2015): "Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação".

[22] "Mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há possibilidade de transigir sobre o objeto do direito, apenas de definir prazos, condições, lugar e forma de cumprimento, ainda que se utilize o termo transação". RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*: teoria e prática, p. 236, apud MOESSA DE SOUZA, Luciane. *Mediação de conflitos coletivos*: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 101.

[23] KOKKE, Marcelo. *Autocomposição e conflitos ambientais*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/. Acesso em 29 maio 2021, apud ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Arbitragem e mediação*. Arbitragem aplicada. Coleção Doutrinas Essenciais IV/1263-1295. São Paulo: Ed. RT, 2014.

[24] DALLA PINHO, Humberto. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 184.

[25] "A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um." CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30, apud DALLA PINHO, Humberto. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 96.

[26] Art. 166, caput, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): "A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada".

[27] TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2018, p, 388.

[28] O Conselho Nacional de Justiça conceitua a conciliação como sendo: "(…) um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa (neutra); o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de acordo. O conciliador é uma pessoa da sociedade que atua, de forma voluntária e após treinamento específico, como facilitador do acordo entre os envolvidos, criando um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações".

[29] ALMEIDA, Diogo A. Rezende de e PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva. (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

[30] Segundo Humberto Dalla: "É fácil constatar que de nada adianta a decisão proferida por um julgador quanto à relação continuada se o conflito não foi adequadamente trabalhado: ele continuará existindo, independentemente do teor da decisão e costuma ser apenas uma questão de tempo para que volte a se manifestar concretamente". Ao analisar a mediação, o autor entende que a preocupação primária do diálogo conferido às partes é em "desarmá-las", principalmente aquelas que buscarão dar continuidade à relação. DALLA PINHO, Humberto. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: MASCARENHAS, Geraldo Luiz Prado (Coord.). *Acesso à justiça e efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[31] Art. 2º, I, Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981): "A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios: I – ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo; (…)".

[32] MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Indisponibilidade de direitos fundamentais*: conceito lacônico, consequências duvidosas. Joaçaba: Espaço Jurídico, 2010, p. 351.

[33] TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 10.ed. São Paulo: GEN/Ed. Método, 2020, p. 735.

[34] MARTINS FREIRE, Gabriela. Direitos indisponíveis que admitem transação: breves considerações sobre a Lei nº 13.140/2015. *Caderno virtual*, [s.l.], v.1, n.33, 2016.

[35] Art. 3º, § 2, Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015): "O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público".

[36] DALLA PINHO, Humberto. *Jurisdição e pacificação*: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017, p. 187.

[37] Art. 725, VIII, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015): "Processar-se-á na forma estabelecida nesta Seção o pedido de: VIII – homologação de autocomposição extrajudicial, de qualquer natureza ou valor".

[38] Proposta de Enunciado feita pelo professor da PUC-Rio Alexandre Assed, aprovada na II Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios pelo Conselho de Justiça Federal, ainda não publicada na data da conclusão deste artigo.

Mediação em contextos de planejamento sucessório

*Lívia de Barros Lima**

Na sociedade brasileira, a morte e a herança são dois temas que representam um enorme tabu. Comumente, as pessoas têm dificuldades de conversar com seus familiares sobre questões que concernem à sucessão hereditária. Ocorre que tratar do referido assunto com mais naturalidade e objetividade, bem como organizar em vida a transferência do patrimônio podem evitar muitos conflitos *post mortem* que, quando mal administrados, perduram durante anos na justiça, em processos de inventário.

O presente capítulo pretende analisar a possibilidade e os limites de utilização do procedimento da mediação como método de facilitação de diálogo entre autor da herança e sucessores em contextos de planejamento patrimonial.

Tem-se por hipótese inaugural que a opção pelo procedimento de mediação entre o detentor do patrimônio e seus familiares poderia ampliar o comprometimento e a sustentabilidade do planejamento sucessório, reduzindo conflitos futuros, bem como teria o potencial de auxiliar o titular do patrimônio a ter mais clareza acerca do resultado que pretende alcançar com a planificação, além de contribuir para que o advogado identifique, dentre os instrumentos jurídicos existentes, aquele(s) mais adequado(s) à realidade de determinada família.

No intento de analisar tal problemática, serão estudados de maneira breve alguns dos possíveis mecanismos que costumam ser aplicados

---

* Bacharel em Direito pela PUC-Rio e ex-membro do GAEMNE PUC-Rio. Orientadora: Samantha Pelajo.

para planejar a sucessão. Em seguida, o segundo tópico apresentará as características do procedimento de mediação. Ao final, discorrer-se-á sobre a possibilidade e as peculiaridades da utilização do procedimento da mediação em contextos de planejamento sucessório.

Planejamento sucessório: objetivos, limites e instrumentos

Objetivos

Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, os institutos jurídicos relacionados à família e ao patrimônio – pilares do direito sucessório – sofreram significativas influências e relativas modificações. Com isso, novos modelos familiares foram reconhecidos e padrões de investimento diversificados, fazendo com que o acervo familiar deixasse de ter sua maior expressão concentrada somente em bens imóveis[1].

O direito sucessório brasileiro, tal qual disposto na legislação vigente, segundo Daniele Chaves Teixeira, "ainda reflete um modelo hierarquizado de família", revelando que o Código Civil de 2002, cujo projeto de lei é de 1975, está "em descompasso com a sociedade atual"[2]. Nessa perspectiva, a autora explica que o planejamento sucessório se faz necessário, com o fim de atender às demandas familiares contemporâneas, sobretudo no que diz respeito à organização do patrimônio que será transferido após a sua morte, tendo em vista que os dispositivos de lei de natureza sucessória permanecem engessados[3].

Os instrumentos jurídicos presentes no Livro V do Código Civil, o qual trata do direito das sucessões (testamento, fideicomisso e codicilo), podem não ser suficientes para atender aos diferentes objetivos almejados por cada autor de herança. Dessa forma, é importante que o planejamento sucessório seja interdisciplinar e que se busquem ferramentas em outras áreas do direito civil, bem como nas legislações societárias, tributárias e notariais.

O planejamento sucessório pode ter por finalidade: i) permitir uma melhor distribuição da herança, de acordo com o perfil dos herdeiros e com a natureza de bens integrantes do monte[4]; ii) proteger os sucessores incapazes de gerir seu próprio patrimônio[5]; iii) garantir a continuidade de

empresas e negócios; iv) prevenir litígios hereditários em processos de inventários[6]; e v) promover a economia lícita de tributos, buscando, de maneira legítima, uma eficiência fiscal ao se evitar a ocorrência do fato gerador da obrigação ou ao se reduzir o valor do imposto incidente[7].

Limites

As medidas tomadas quando da organização do patrimônio com o fim de atingir os objetivos acima destacados devem sempre observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio, respeitando, assim, a parte legítima do acervo hereditário (art. 1846, CC) e a vedação ao pacto sucessório (art. 426, CC).

Na legislação sucessória brasileira, a legítima corresponde a 50% do patrimônio que deve ser resguardada aos herdeiros necessários[8]. Nessa perspectiva, o detentor dos bens tem plena liberdade de dispor de metade de seu patrimônio, a chamada parcela disponível do acervo hereditário. Segundo expressa previsão do Código Civil de 2002, são herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1845, CC)[9], observando-se a ordem de vocação hereditária disposta no art. 1829, CC[10].

No art. 549 do CC[11], o legislador estabeleceu a nulidade da doação realizada a terceiros quanto à parte que exceder aquela de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento, enfatizando mais ainda a força da legítima[12]. Na esfera das limitações ao planejamento sucessório e, consequentemente, à liberdade de disposição dos bens pelo titular do patrimônio, está a proibição ao pacto sucessório (art. 426, CC), ou seja, não se autoriza que herança de pessoa viva seja objeto de contrato.

A vedação ao pacto sucessório, também chamado de *pacta corvina*, tem tradição no Direito Romano. A principal razão da proibição era que o referido tipo de contrato poderia comprometer a ordem de vocação hereditária. No entendimento de Sílvio de Salvo Venosa:

> (…) os pactos sucessórios violariam as regras do direito das sucessões, com interferência do contrato nas disposições exclusivas de herança. Tais contratos, portanto, constituiriam uma especulação sobre a morte de uma pessoa, contrariando a moral e os bons costumes[13].

O autor frisa ainda que a possibilidade de disposição antecipada da totalidade de bens, por meio do instrumento da partilha em vida – o qual será explicado mais adiante, constitui uma exceção à regra do art. 426[14].

Um efetivo planejamento sucessório deve observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio, respeitando a legítima e a vedação ao pacto sucessório. Caso contrário, a segurança jurídica que seria proporcionada pelos instrumentos que efetivam a organização dos bens em vida desapareceria, dando lugar a imbróglios por vezes intermináveis, e, consequentemente, à possível dilapidação do acervo hereditário[15].

Nesse contexto, Paula Falcão e Danilo Rafael da Silva Mergulhão concluem que:

> (…) há várias maneiras de se organizar o patrimônio familiar dentro dos limites da legalidade, evitando surpresas, reflexos indesejados e desgastes entre os membros da família. Para que isso ocorra, é necessário que os profissionais aptos a fazê-lo conheçam não apenas a realidade patrimonial e a vontade do planejador como também o ambiente familiar vivenciado por quem deseja tal organização[16].

Nesse ponto, buscou-se demonstrar que um efetivo planejamento sucessório deve observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico pátrio, respeitando a legítima e a vedação ao pacto sucessório. Caso contrário, a segurança jurídica que seria proporcionada pelos instrumentos que efetivam a organização dos bens em vida desapareceria, dando lugar a imbróglios por vezes intermináveis, e, consequentemente, à possível dilapidação do acervo hereditário[17].

Instrumentos

Em relação aos instrumentos disponíveis para um planejamento sucessório, Ana Luiza Maia Nevares propõe uma divisão em: i) unilaterais – aqueles que se constituem a partir da vontade do autor da herança, sem qualquer concurso dos demais interessados na sucessão; e ii) plurilaterais – aqueles que dependem de declarações não somente do titular do patrimônio, como também dos envolvidos na arquitetura sucessória[18]. No que tange à primeira classificação, o testamento é

a ferramenta mais tradicional. Podem ser realizadas também estipulações em favor de terceiros (previdências e seguros). Já no tocante aos instrumentos classificados como plurilaterais, poder-se-iam elencar: a doação, o usufruto, as partilhas em vida e as sociedades.

Daniele Chaves Teixeira explica que "o grau de complexidade de um planejamento sucessório pode ser maior ou menor, conforme as variáveis do caso concreto"[19], sendo "essencial para quem quer a realização de sua vontade após sua morte", podendo "ser realizado por meio de diversos instrumentos jurídicos"[20]. Nesse contexto, a professora afirma que a adequação das ferramentas depende das características e dos elementos constitutivos do patrimônio e do perfil do autor da herança[21].

Testamento

O testamento consiste em um negócio jurídico solene e unilateral que traduz a última vontade do titular do patrimônio. Formalizado em vida, somente produz efeitos após a morte do testador, admitindo disposições de caráter patrimonial e extrapatrimonial[22].

Esse instrumento pode ser integral (ab-rogação) ou parcialmente (derrogação) revogado, o que proporciona ao planejamento sucessório flexibilidade e atualidade. A possibilidade de alteração, a qualquer tempo, dos termos de sua disposição testamentária garante ao autor da herança a contemplação de interesses e expectativas supervenientes. Além disso, o testador não perde nem a posse nem a propriedade de seu acervo, mantendo poder de disposição até o momento do seu falecimento[23].

O titular do patrimônio pode estabelecer quais bens e de que maneira deverão compor cada quinhão hereditário, tendo autonomia para decidir sobre os termos da partilha, desde que respeitados os limites legais. Como o ordenamento jurídico brasileiro adotou o instituto da legítima – optando assim pela liberdade limitada de testar – no caso de haver herdeiros necessários, somente será possível dispor em testamento da quota disponível (art. 1789, CC).

Nesse sentido, mostra-se interessante a combinação do testamento com outros instrumentos, a fim de organizar a sucessão a partir das singularidades apresentadas em cada caso concreto.

Doação

A doação é um contrato mediante o qual uma pessoa, por liberalidade, transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita (art. 538, CC)[24]. Trata-se de mais uma ferramenta a serviço do planejamento sucessório, a qual se caracteriza por ser gratuita, unilateral e formal.

É muito comum a associação do usufruto[25] ao contrato de doação, no planejamento sucessório[26]. O autor da herança pode efetivar a transmissão de alguns bens com antecedência, mas reservar, para si, o usufruto vitalício ou temporário da coisa doada[27].

Além disso, é possível que o doador preveja uma cláusula de reversão, se sobreviver ao donatário (art. 547, CC). Cláusulas restritivas de direito como impenhorabilidade, inalienabilidade e incomunicabilidade também podem ser interessantes em determinados conceitos. Se não estiver se tratando da parte disponível do patrimônio, fundamental que seja descrita no documento a "justa causa" do gravame.

As doações realizadas em vida importam adiantamento de legítima (CC, art. 544), salvo se o doador expressamente estipular, no respectivo instrumento ou por disposição testamentária, que a liberalidade seja destacada da parte disponível de seu patrimônio. Como bem destaca Sílvio de Salvo Venosa, "os herdeiros que receberem doações do testador devem colacioná-las, para igualar as porções dos demais"[28].

A colação consiste em um instituto jurídico que obriga o herdeiro favorecido a apresentar, no curso do inventário, leia-se trazer à conferência o que lhe foi doado em vida, a fim de se igualar as legítimas dos herdeiros necessários (art. 2.003, CC)[301, 29]. Esse mecanismo possibilita que sejam realizadas as compensações pertinentes, quando da abertura da sucessão. Existe, contudo, uma divergência quanto critério de avaliação. O Código Civil preceitua que o valor de colação do bem doado será aquele havido no ato de liberalidade (art. 2.004, CC), enquanto o Código de Processo Civil estabelece que os bens a serem conferidos na partilha, calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão (art. 639, CPC)[30].

Por fim, percebe-se que a doação é um instrumento vantajoso quando o titular da herança tem interesse em antecipar a transmissão patrimonial, a qual como regra ocorreria somente após o seu falecimento[31].

Usufruto

A natureza jurídica do usufruto é de direito real sobre coisa alheia, de modo que o usufrutuário, enquanto perdurar o gravame, pode usar, gozar e fruir do bem, assim como perceber seus frutos, cabendo ao nu-proprietário somente a disposição da coisa.

O usufruto costuma compor o planejamento sucessório de maneira eficiente, na medida em que permite a manutenção da propriedade vinculada a uma pessoa e concede a outrem a exploração deste mesmo bem[32].

Há várias oportunidades de uso desse instrumento na dinâmica de organização sucessória, seja a partir de um ato: i) *inter vivos*, como é o caso da doação com reserva de usufruto; ou ii) *causa mortis*, quando o testador estabelece que, a uma pessoa, caberá a nua-propriedade de um determinado bem e à outra o direito de usá-lo, gozá-lo e fruí-lo[33]. Desse modo, esse instituto se apresenta como mais uma ferramenta de exercício da autonomia da vontade do titular do patrimônio.

Partilha em vida

O Código Civil permitiu a partilha em vida em seu no art. 2.018: "É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários". Esse instrumento pode ser especialmente interessante para a arquitetura do planejamento sucessório quando o titular do patrimônio tem certeza quanto à destinação de seu acervo[34]. Entretanto, somente será válido se houver a reserva de renda ou direitos suficientes para a subsistência do partilhante (art. 548, CC).

Importante ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, um herdeiro necessário não poderá, ainda que seja plenamente capaz e no exercício de sua livre espontânea vontade, renunciar integral ou parcialmente a seu quinhão hereditário, no bojo da partilha em vida.

Em contextos de famílias recompostas, torna-se cada vez mais comum que ambos os nubentes tenham o anseio de partilhar seus bens em vida, antes da constituição de novo vínculo familiar, para que seus descendentes recebam a herança antecipadamente e não tenham que concorrer, em posterior processo de inventário, com o cônjuge supérstite[35].

Holding familiar

As *holdings* familiares consistem em sociedades cuja finalidade principal é reunir todo o patrimônio de uma ou mais pessoas naturais. A aplicação desse instrumento pode ser muito interessante quando o conjunto de bens é composto por empresas familiares, pois possibilita: (i) a concentração dos atos de gestão corporativa na *holding,* o que favorece a harmonização das estratégias dos empreendimentos; (ii) uma partilha mais rápida na medida em que se dará sobre quotas ou ações da sociedade; e (iii) uma eventual redução dos tributos a serem recolhidos pelos detentores do patrimônio a título de imposto de renda, considerando, por exemplo, a aplicação da alíquota de pessoa jurídica[36].

Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Nevares e Rose Melo Vencelau Meireles explicam que:

> A reunião dos familiares como sócios ou acionistas de empresas familiares tem a vantagem de manter o controle societário e já vincular os sucessores às normas de gestão da sociedade, através do contrato social e de demais instrumentos parassociais (acordos de quotistas e de acionistas), o que permite maior tranquilidade para o detentor do patrimônio que pretende planejar a sua sucessão e para sócios ou acionistas que não integrem a família, uma vez que, a partir de tais ajustes, pode-se assegurar a continuidade do negócio[37].

Apesar das vantagens na constituição da *holding* familiar, existem riscos que merecem ser devidamente avaliados antes de se optar por este instrumento de planejamento sucessório. Isso porque a ausência de uma análise criteriosa dos bens que integram o patrimônio, com relação a aspectos societários e tributários, ou o desrespeito aos limites impostos pelo direito sucessório brasileiro podem gerar um efeito contrário ao inicialmente pretendido pelo dono do patrimônio originário.

Recomenda-se, outrossim, a combinação da *holding* familiar com outras ferramentas, principalmente o testamento, a fim de atender de maneira integral a vontade do autor da herança e usufruir de maior segurança jurídica[38].

Estipulações em favor de terceiros

A contratação um possível benefício futuro em favor de terceiros é usualmente concretizada mediante investimentos que integram o sistema financeiro de previdência privada – Vida Gerador de Benefícios Livres (VGBL) e Plano Gerador de Benefícios Livres (PGBL) – ou seguros de vida[39].

O VGBL é classificado como seguro de pessoa. Por sua vez, o PGBL consiste em um plano de previdência complementar. Há um período em que os investidores aportam capital e, posteriormente, os beneficiários recebem uma renda mensal (vitalícia ou por intervalo de tempo terminado) ou um pagamento único[40].

Os seguros de vida podem ser um mecanismo fundamental para se evitar que os membros da família enfrentem dificuldades financeiras após o falecimento de um de seus provedores. Existe a possibilidade de o autor da herança estipular, em favor de terceiros, um promitente benefício com o objetivo de reservar um valor específico para custear as despesas decorrentes de sua morte (como funeral e/ou dívidas), bem como para recolhimento dos impostos incidentes sobre os bens do acervo hereditário e demais despesas com o inventário[41].

O Código Civil preceitua, em seu artigo 794, que o capital estipulado nas hipóteses de seguros de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte não está sujeito às dívidas do segurado nem é considerado herança para todos os efeitos legais. Embora a importância segurada não seja objeto de colação, há quem defenda que o herdeiro beneficiário teria que colacionar os recursos desembolsados pelo falecido para o pagamento das prestações[42].

Com relação ao VBGL e ao PGBL, existe controvérsia na jurisprudência quanto à inclusão ou não de tais investimentos no monte a ser inventariado, bem como se eles configurariam fato gerador para a incidência do imposto de transmissão *causa mortis.*

O STJ tem entendimento no sentido que os valores a serem recebidos pelos beneficiários, em decorrência da morte do segurado contratante do plano VGBL, não se consideram herança e, portanto, estão excluídos da base de cálculo do ITCMD[43].

Por sua vez, o STJ também tem reconhecido a natureza de "investimento" dos valores aportados ao VGBL, durante "o período compreendido entre a data de início de vigência da cobertura e a data prevista para início de pagamento do capital segurado". Nesse período, seria possível sua inclusão na partilha decorrente de dissolução do vínculo conjugal. Já quando o contratante passa a receber em prestações periódicas os valores que acumulou ao longo da vida, seria marcante a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos. No caso dos planos de previdência privada fechados, não há comunicação na constância do vínculo conjugal[44]. O tema será julgado pela Corte Especial do STJ.

Norteadores da mediação

A mediação consiste em um método por meio do qual um terceiro capacitado atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos. Nas palavras de Carlos Eduardo Vasconcelos:

> Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo[45].

Especialmente em cenários de crise, mediadores podem ser chamados para auxiliar os envolvidos na controvérsia a estabelecerem uma comunicação e uma negociação eficientes, voltadas à resolução de um impasse existente. Conquanto ainda não seja tão comum, a mediação também pode ter como objetivo a prevenção de desentendimentos futuros.

Os conflitos decorrem, muitas vezes, de "falhas" na comunicação, em virtude das diferentes significações e entendimentos sobre a realidade. Tania Almeida explica que "a distância entre a intenção de um interlocutor

e a interpretação do outro é abissal, e raramente os interlocutores alcançam atribuir o mesmo significado às suas falas e ações"[46]. Isso acontece porque aquele que expõe uma ideia o faz a partir de suas vivências e de sua visão de mundo, enquanto aquele que escuta a mensagem a decodifica a partir de sua cultura, das expectativas existentes antes da comunicação, de seus interesses e intenções considerados prospectivamente.

Nessa mesma linha, Horacio Falcão destaca que, como o ser humano não é capaz de apreender todos os dados da realidade, sempre existe uma assimetria de informação entre as pessoas. Em virtude disso, os interlocutores acabam, subconscientemente, preenchendo essa lacuna com suposições, as quais geram uma falsa sensação de entendimento e segurança. O problema na comunicação, não raro, ocorre porque o indivíduo tem a percepção equivocada de que aquela sua interpretação sobre o que o outro falou é correta[47].

Diante desse cenário, o mediador pode ser chamado para funcionar como um verdadeiro guardião do diálogo, realizando as intervenções necessárias a partir de ferramentas apuradas. Evandro Souza e Lima e Samantha Pelajo explicam que a mediação é "um método consistente, instrumentalizado por meio de técnicas de comunicação e negociação, oriundas de diferentes áreas do conhecimento"[48].

Essa metodologia é desenvolvida segundo alguns princípios, sistematizados no art. 2º da Lei de Mediação (Lei nº 13.140 de 2015)[49]. Em resumo, trata-se de procedimento pautado pela autonomia da vontade, do qual as pessoas participam livremente, sendo autoras de suas narrativas e tomando suas próprias decisões. O mediador, por sua vez, deve se apresentar como um terceiro imparcial, buscando garantir suficiente isonomia entre os mediandos, inclusive no tocante à sinalização quanto à necessidade de consulta a especialistas a fim de lhes proporcionar decisão informada. Todos os envolvidos no procedimento devem observar o pressuposto ético da confidencialidade.

A mediação oportuniza a troca de informações, bem como a exposição dos interesses, necessidades e valores de cada indivíduo, possibilitando, ainda, que os envolvidos no contexto fático escutem e legitimem reciprocamente suas diferentes perspectivas[50].

O procedimento de mediação em contextos de planejamento sucessório

O instituto da mediação pode ter caráter preventivo ou restaurativo, dependendo de seu objetivo, o qual pode ser evitar controvérsias supervenientes ou restabelecer a comunicação entre as pessoas para resolver uma desavença já existente. A possibilidade de utilizar a mediação preventiva em contextos de planejamento sucessório pode ser muito produtiva.

Mia Reis Schneider explica que:

> A mediação preventiva oportuniza a reflexão sobre nossos próprios interesses e de todos os demais envolvidos, clareia as reais intenções, permitindo ajustes preliminares. Abre espaço para planejamento, para que se pensem temas sensíveis e estratégicos, afasta a possibilidade de futuras controvérsias[51].

O procedimento da mediação nesse cenário tem por finalidade i) maximizar a geração de informações para que o autor da herança possa fazer uma escolha ainda mais consciente quando da construção de seu planejamento sucessório; e ii) evitar conflitos no momento da abertura da sucessão, tendo em vista que, a partir do diálogo facilitado por um terceiro, os sucessores terão tido a oportunidade de expor suas predileções e compreender melhor as motivações do detentor do patrimônio.

A comunicação facilitada por um terceiro imparcial possibilita que o autor da herança tenha uma compreensão ainda mais ampla do contexto fático e dos diferentes perfis de cada sucessor. Em outras palavras, em meio ao procedimento de mediação, as possibilidades de o titular do patrimônio obter mais clareza acerca dos interesses, necessidades e expectativas de cada herdeiro são potencializadas. A partir da ampliação do espectro de informações, torna-se mais promissora a identificação, dentre os instrumentos jurídicos do planejamento sucessório, daquele(s) mais adequado(s) à realidade de sua família.

A utilização da mediação nesse contexto tem apenas e tão somente o propósito de instrumentalizar o titular do patrimônio com informações qualificadas, as quais podem levá-lo a uma tomada de decisão ainda mais eficiente e eficaz. Nesse sentido, preserva-se a autonomia de

disposição do detentor do acervo, garantindo-lhe, contudo, mais elementos para fundamentar sua deliberação, levando-se sempre em conta as previsões e limitações legais[52].

Nessa toada e sob a ótica do direito brasileiro, não será celebrado qualquer compromisso entre os sucessores e o autor da herança. Em virtude da vedação ao pacto sucessório, a herança de pessoa viva não pode ser objeto de contrato (art. 426, CC). A participação dos herdeiros nesse procedimento tem tão somente o propósito de ampliar o comprometimento e a sustentabilidade do planejamento sucessório, ainda que a decisão quanto ao destino dos bens caiba exclusivamente ao titular do patrimônio.

Adriana Rocha, Paula Navarro, Renata Pessoa e Samantha Pelajo destacam que:

> O desenho estratégico de um planejamento sucessório envolve uma série de ponderações de natureza objetiva e subjetiva, quanto à melhor divisão do patrimônio, e também algum grau de abstração, para se antecipar a possibilidade de eventuais mudanças circunstanciais na vida dos herdeiros. Conversas que incluem a conjectura sobre cenários diferentes daqueles até então considerados podem ser de difícil manejo, pois tendem a abordar questões delicadas e, por vezes, até mesmo complexas[53].

Nas reuniões de facilitação de diálogo, o autor da sucessão terá a oportunidade de compartilhar com os herdeiros a lógica que norteia o arranjo pensado para o planejamento sucessório. À medida que tomam conhecimento das razões que o levaram a decidir sobre a composição do quinhão hereditário de cada um, torna-se mais fácil a implementação, após a morte, daquilo que o detentor do patrimônio estabeleceu ainda em vida. Isso porque, no momento do falecimento, ninguém será surpreendido e todos terão clareza sobre qual era a intenção do *de cujus* ao dispor de seus bens de uma determinada forma[54].

Consoante se depreende dos ensinamentos de Fernanda Tartuce e Débora Brandão:

> A utilização da mediação entre os herdeiros necessários e o contratante do planejamento para esclarecimento de dúvidas, eliminação de ruídos

> e inferências que poderão culminar com ações no Poder Judiciário é medida que deve ser considerada pelos profissionais do direito[55].

O planejamento sucessório em si já tem o condão de reduzir conflitos entre os destinatários do patrimônio. Esse resultado promissor pode ser percebido ainda mais intensamente quando a planificação é realizada em meio ao procedimento de mediação. O mediador devidamente capacitado buscará, por meio de técnicas comunicacionais, fazer com que o autor da herança exponha com clareza os seus desejos e anseios para os sucessores. Da mesma forma, procurará garantir que o titular do patrimônio escute empaticamente os interesses e inquietações de seus herdeiros.

Em uma reunião que não fosse conduzida por um mediador capacitado, por exemplo, a comunicação estabelecida entre os membros da família poderia ser menos sofisticada e apurada, ensejando mal-entendidos e conflitos supervenientes. Ao passo que intervenções realizadas no momento adequado por um terceiro devidamente qualificado para tanto, como o oferecimento de resumos com conotação positiva, seguidos de perguntas de esclarecimento para checar entendimentos, contribuem para evitar ruídos entre a intenção do emissor e o processamento da mensagem pelo receptor[56].

Fernanda Tartuce e Débora Brandão afirmam que:

> A mediação, no momento em que se "arquiteta" o planejamento sucessório, tem a função de identificar os possíveis pontos de conflitos e realizar intervenção clarificadora para que controvérsias não contaminem as relações entre o planejador contratante e seus sucessores, ou mesmo entre estes[57].

No momento preliminar do procedimento, o terceiro capacitado busca facilitar a comunicação e identificar as motivações por trás das idealizações do autor da herança e dos sucessores. A proposta é de que o mediador, por meio da utilização de técnicas comunicacionais, estimule a ampliação de informações qualificadas. As ferramentas de intervenção, em especial o resumo, o parafraseio e o espelhamento, são fundamentais para estreitar a distância entre aquilo que uma pessoa quer

dizer e a interpretação do ouvinte, na medida em que abre espaço para que sejam corrigidas as eventuais diferenças de entendimento.

Após a identificação dos interesses dos envolvidos, é interessante que o mediador proponha aos participantes a realização de uma sessão de *brainstorming,* com o objetivo de despertar o processo criativo do autor da herança e permitir que os sucessores possam auxiliá-lo sugerindo ideias. O(s) titular(es) do patrimônio, nesse caso, não se engajará(ão) em negociações *stricto sensu*, pois é(são) a(s) única(s) pessoa(s) legítima(s) para definir qualquer tipo de arranjo.

Em um espaço de *brainstorming*, primeiro os mediandos pensam em muitas opções diferentes de composições para o planejamento sucessório, sem emissão de juízo de valor prévio. Em seguida, são convidados a explorar os custos e benefícios das sugestões que o(s) autor(es) da herança considerou(arem) interessantes.

Não raro, o assessor jurídico participa de todas as reuniões para compreender o processo de construção de entendimento de seu(s) cliente(s). O advogado será responsável por analisar se as possibilidades aventadas seriam viáveis juridicamente e atenderiam aos objetivos perseguidos pelo titular do patrimônio. O profissional examinará ainda quais seriam os caminhos mais vantajosos dos pontos de vista econômico e fiscal, sempre à luz do norteador da segurança jurídica.

Tania Almeida elucida que "o terreno das hipóteses antecipa situações, oferecendo a sensação de maior controle sobre o porvir, ou pelo menos alguma ingerência em sua construção (…)"[58]. A autora aponta ainda que "previsão oportuniza prevenção, quando tratamos com vidas humanas e com cenários sociais"[59]. Nessa toada, o mediador e/ou o autor da herança podem fazer perguntas hipotéticas para os sucessores, a partir da criação de cenários futuros. Com base nas respostas aos exercícios de conjectura, o detentor do patrimônio tenderia a visualizar melhor quais poderiam ser as consequências da tomada de uma ou outra decisão na planificação patrimonial.

A eleição do espaço da mediação para conversar sobre a decisão acerca do desenho do planejamento sucessório contribui para que todos os envolvidos tenham sensação "de pertencimento, justiça e respeito".

Dessa forma, evitam-se surpresas e eventuais conflitos, preservando-se, assim, as relações, especialmente quando o autor da herança não mais estiver presente[60].

Planejando uma sucessão patrimonial

Ana e Francisco, casados há 35 anos pelo regime da comunhão parcial de bens, buscaram orientação jurídica para planejar, ainda em vida, a sucessão de seu patrimônio. Da união do casal nasceram Bruno e Marcela, os quais contavam com 33 e 32 anos de idade, respectivamente. Havia ainda uma irmã unilateral, fruto de um relacionamento extraconjugal paterno, chamada Alice.

Em uma primeira reunião com a advogada e a esposa, Francisco, um executivo de sucesso, contou que descobrira há pouco tempo um tumor e que os médicos não sabiam ao certo quanto tempo lhe restava de vida, apesar de atestarem a preservação de sua lucidez. O casal construiu um patrimônio expressivo e nenhum dos dois possuía bens particulares, anteriores ao casamento nem provenientes de doação ou herança. Ana e Francisco apresentaram uma grande preocupação em garantir a continuidade da empresa familiar depois que o genitor viesse a falecer, pois seus filhos e a própria esposa não tinham experiência nos negócios. No panorama havido naquele momento, os cônjuges eram os únicos sócios do empreendimento.

Os pais se preocupavam com o futuro do primogênito, quando não mais estivessem presentes, uma vez que seu trabalho como músico não lhe havia garantido até então autonomia financeira. Bruno abandonou a graduação ainda jovem e não tinha aptidão para gerir a rede de supermercados da família. Marcela, por sua vez, parecia ter uma carreira brilhante pela frente, como pediatra, e não parecia ter interesse em trabalhar na empresa da família.

Ao escutar atentamente as questões trazidas pelo casal, Dra. Larissa apresentou possíveis encaminhamentos jurídicos para o planejamento sucessório. Sua primeira sugestão foi no sentido de que Francisco e Ana, separadamente, elaborassem testamentos a fim de legar aos herdeiros

os bens móveis e imóveis que atendessem aos interesses dos filhos. A advogada explicou que o direito brasileiro não permite a lavratura de testamento único pelo casal, ainda que os bens sejam os mesmos.

A assessora jurídica perguntou se o casal havia feito doação a algum de seus filhos. Afirmou que os bens doados importam em adiantamento de legítima. Para que os herdeiros sejam dispensados da colação, o autor da herança deveria expressamente declarar no próprio título da liberalidade ou em testamento que a doação recai sobre a parte disponível de seu patrimônio[61].

Francisco e Ana responderam que não haviam antecipado bens a qualquer dos filhos. Marcela e Bruno, por conviverem com o casal, tiveram mais regalias do que Alice, que recebeu até o fim do seu curso universitário pensão fixa determinada pelo juízo. Os clientes esclareceram que haviam despendido mais recursos com a criação dos dois filhos comuns, especialmente com relação às despesas com viagens da família para o exterior e intercâmbios acadêmicos. A advogada, então, explicou que esses gastos relatados não seriam considerados doação para efeito da obrigação de colacionar[62].

Dra. Larissa informou que uma outra opção de instrumento jurídico para o planejamento sucessório seria a realização de uma partilha em vida. Poderia ser criada uma *holding* familiar para gerir todo o acervo patrimonial, inclusive a pessoa jurídica da rede de supermercados. Os herdeiros poderiam receber por doação em vida a nua-propriedade das quotas sociais da *holding*, na proporção de seus respectivos quinhões hereditários, de maneira que Ana e Francisco preservassem o usufruto vitalício. As liberalidades também poderiam vir com uma cláusula de reversão para a hipótese de um ou mais dos donatários não sobreviverem aos doadores. A advogada ponderou que, conquanto os filhos ainda não fossem casados, valeria gravar os bens doados com cláusula de incomunicabilidade, declinando para tanto justa causa.

A possibilidade de se criar uma *holding* patrimonial interessou ao casal, especialmente pela maior agilidade em relação à liberação dos ativos para os sucessores. Contudo, era preciso refletir sobre quem assumiria a gestão empresarial na ausência de Francisco.

A assessora jurídica explicou que a participação de todos os herdeiros em um procedimento de mediação preventiva voltado à "arquitetura" do planejamento sucessório poderia ser especialmente interessante no contexto fático daquela família. O espaço de diálogo teria como finalidade possibilitar a compreensão dos interesses e expectativas com relação aos bens do acervo, assim como a disponibilidade de cada um para suceder na gestão empresarial.

A Dra. Larissa esclareceu que, se a planificação patrimonial contasse com a legitimação de todos os sucessores, seria mais facilmente implementada. Poderia também evitar conflitos pela herança após o falecimento dos titulares do acervo, considerando que os filhos compreenderiam as motivações que nortearam Ana e Francisco no planejamento.

Os clientes acolheram com entusiasmo a ideia de se realizar reuniões conduzidas por um mediador. Tinham a expectativa de que conseguissem identificar principalmente quem poderia assumir a administração de uma possível *holding* familiar, que seria detentora de participação societária em duas pessoas jurídicas: a rede de supermercados e uma sociedade cujo patrimônio seria composto pelos bens imóveis do casal.

No primeiro encontro com a mediadora, Ana e Francisco estavam acompanhados apenas pela advogada. Inicialmente, a condutora do procedimento explicou os princípios norteadores da mediação, bem como esclareceu que o foco seria voltado à facilitação do diálogo entre os participantes.

Dra. Larissa informou que não haveria negociação entre os genitores e os filhos a respeito da herança, considerando a vedação ao pacto sucessório e a autonomia dos titulares do patrimônio na tomada dessa decisão. Quando questionados, os cônjuges compartilharam seus objetivos com a escolha da mediação. Fizeram também um breve relato sobre o perfil de cada herdeiro. A princípio, planejavam que Bruno e Marcela pudessem participar das reuniões seguintes, a fim de identificar seus interesses e alinhar suas expectativas.

A mediadora buscou entender as motivações para que Alice não fosse incluída no espaço de diálogo. A esse respeito, a advogada ressaltou que a filha mais nova de Francisco era sua herdeira necessária, assim

como os outros dois, e à mesma obrigatoriamente caberia um terço da quota legitimária. O empresário poderia dispor livremente de 50% do seu patrimônio. A outra metade, chamada legítima, caberia aos seus filhos em igual proporção.

Francisco explicou que o nascimento de Alice foi um momento bastante conturbado em seu casamento e que quase resultou em sua separação de Ana. Em virtude disso, não conviveu com a filha, temendo o afastamento de sua esposa e a desarmonia de seu núcleo familiar. Alice nasceu no mesmo ano que Marcela e não teve muito contato com os irmãos.

Diante da narrativa de Francisco, a mediadora propôs que a primeira rodada de reuniões se desse entre o casal e Bruno e, na sequência, entre os pais e Marcela, contando sempre com a presença da advogada.

Após informações a respeito dos princípios fundamentais que regem a mediação, Bruno concordou em participar do procedimento. Os pais contaram ao filho como planejavam organizar a sucessão do acervo familiar. A mediadora, em seguida, ofereceu um resumo[63] do que foi dito e perguntou se o primogênito ficaria confortável em descrever um cenário hipotético de gestão do patrimônio – notadamente após o falecimento de Francisco –, no qual todos os sucessores pudessem se sentir contemplados.

Bruno começou dizendo que tinha dificuldades de considerar uma conjuntura em que os pais não estivessem mais vivos. Acreditava que os seus conhecimentos e experiência seriam insuficientes para assumir o compromisso de gerir a empresa, de modo a proporcionar lucros no mesmo patamar experimentado naquele momento. Entretanto, concordaria em respeitar o que os genitores vislumbrassem como adequado para a harmonia da família. Contou, ainda, que cedeu aos apelos dos pais e, por isso, estudou administração na faculdade. Contudo, como sua verdadeira vocação era a música, abandonou o curso ainda no primeiro ano.

Diante da pergunta sobre a sua relação com as irmãs e como seria tê-las como sócias, Bruno disse que admirava muito Marcela e que não criaria empecilhos caso qualquer uma delas decidisse assumir a

administração da empresa. Explicou que pouco poderia comentar sobre Alice. Tinha muita curiosidade em uma aproximação, porém nunca a havia procurado, por temer que isso pudesse causar um desentendimento com a mãe.

A mediadora acolheu empaticamente a fala de Bruno. Ao redefini-la com conotação positiva[64], perguntou se poderiam destacar como principais interesses a harmonia familiar e o sucesso dos negócios, considerando, inclusive, a possibilidade de ter a meia-irmã mais próxima à família e à empresa.

Nesse momento, Ana percebeu a tristeza no olhar de seu marido. Lembrou-se que, ao longo das últimas três décadas, Francisco esteve atormentado pelo fato de que havia sido um pai atencioso para Bruno e Marcela e ausente com relação à Alice.

Na terceira reunião com a mediadora e a advogada, o casal veio acompanhado de Marcela. A médica agradeceu aos pais por estarem dispostos a escutar seus interesses e opiniões concernentes ao destino do acervo familiar, à facilitadora por todas as informações a respeito do procedimento e à advogada pelas orientações técnicas. Na percepção de Marcela, considerando que nenhum dos filhos de Francisco e Ana tinha perfil ou disponibilidade para assumir o controle dos negócios da família, talvez o melhor encaminhamento fosse vender a empresa e aplicar os valores obtidos em um fundo de investimentos que pudesse garantir renda a todos.

Logo em seguida, a mediadora fez um resumo da fala de Marcela, permitindo que a pediatra se sentisse compreendida. Ressaltou que a filha mais nova de Ana e Francisco tinha como interesses primordiais a manutenção da saúde financeira da família, bem como a liberdade dos descendentes em seguir suas próprias carreiras. A condutora do procedimento oportunizou ao casal um espaço para a ampliação da perspectiva e das ideias trazidas pela filha, a partir dos interesses até então retratados.

Francisco explicou que a empresa foi construída com seu árduo trabalho durante toda a vida e que muitos dos funcionários participaram do processo de expansão do empreendimento. Sempre foi uma preocupação do sócio-fundador ampliar a rede de supermercados, preservando seus

valores e princípios basilares. Em virtude disso, a venda do negócio seria sua última opção. Até porque o grupo que assumisse o controle societário decerto faria mudanças internas a fim de maximizar os lucros, podendo a vir a desnaturar a essência da empresa.

Destacou como especialmente importante à perpetuação da natureza do empreendimento que a sociedade se mantivesse no seio da família. Francisco buscou, ainda, explicar para a filha que a alienação da empresa também não seria vantajosa do ponto de vista financeiro. A sociedade, por ter uma estabilidade no mercado e uma clientela fixa, possuía capacidade de gerar uma receita muito mais alta se comparada ao rendimento anual que poderia ser auferido com a aplicação do produto da venda em um fundo de investimentos.

O sócio-fundador afirmou que estava disposto a contratar um administrador profissional e ambientá-lo no funcionamento da empresa, segundo os valores e princípios norteadores do negócio, enquanto ainda estivesse lúcido. Marcela pediu desculpas ao pai e disse-lhe que nascera para ser pediatra, inclusive já havia criado um vínculo com seus pacientes.

Francisco temia que, se nenhum dos seus filhos participasse da gestão da atividade empresarial, poderia haver malversação dos negócios e/ou subversão da essência balizadora do empreendimento. Comentou sobre casos conhecidos de sociedades com solidez no mercado que, após o falecimento do fundador, não tiveram êxito e se afundaram por conta de dívidas, em decorrência de uma má administração. O pai não queria, de forma alguma, que a esposa e seus herdeiros corressem o risco de ficar em uma situação delicada quando não mais estivesse presente. Foi por essa razão que desejou buscar orientação jurídica e planejar a sucessão do seu patrimônio.

A mediadora convidou Marcela a visitar o lugar dos irmãos[65] e a refletir sobre como se imaginaria se estivesse na situação deles no futuro. A médica demonstrou se preocupar com Bruno, por não ter estabilidade financeira. Contudo, ressaltou que acharia justo receber a herança na mesma proporção que o irmão, pois sua independência era fruto de muito estudo e trabalho.

Com relação a Alice, confessou aos pais, diante da facilitadora e da assessora jurídica, que tinham estado juntas recentemente para um café, a convite de uma amiga em comum. Comentou que, a princípio, estava muito apreensiva, pois, ainda que fossem da mesma idade, não tinham intimidade alguma. Contudo, foi surpreendida positivamente pela simpatia e desenvoltura da irmã, sentindo-se, inclusive, à vontade para lhe contar sobre a doença do pai.

Ao perceber a reação do marido enquanto escutava a filha, Ana se perguntou internamente se o tumor de Francisco não estaria associado ao grande ressentimento de não ter sido um bom pai para Alice. Naquele momento, passou a se sentir, em alguma medida, responsável pelo desenvolvimento da doença. De fato, sempre alimentou a culpa do marido pela relação extraconjugal, o que fez com que Francisco nunca tivesse se sentido autorizado emocionalmente a conviver com a filha. A medianda, então, propôs que Alice fosse incluída no procedimento de facilitação de diálogo. Marcela e seu pai, os quais não contavam com essa disponibilidade por parte de Ana, concordaram de imediato. As profissionais, por sua vez, se prontificaram a organizar a respectiva sessão.

Depois descritos os norteadores da mediação, Alice aceitou participar do procedimento. Confessou estar surpresa com o convite. Ao longo do encontro com Francisco, relatou que se sentira excluída da família paterna, mas que já era adulta e independente. Afirmou que não tinha certeza de se e como poderia contribuir para o desenho do planejamento patrimonial, pois, embora advogada, sua especialidade era na área empresarial e não em direito sucessório. Além do mais, o pai já estava assessorado juridicamente.

A mediadora fez um resumo[66] da fala de Alice e passou a palavra à Dra. Larissa. A advogada explicou que, para a organização do patrimônio ainda em vida, seria importante que o autor da herança tivesse conhecimento sobre os interesses, as necessidades e as expectativas dos sucessores e, assim, pudesse tomar uma decisão ainda mais consciente e qualificada. Indagada pela facilitadora sobre como se imaginaria profissionalmente nos anos seguintes, Alice respondeu que tinha planos de ter seu próprio escritório de advocacia empresarial. No momento, não

estava muito satisfeita com o seu trabalho, porque como associada sua autonomia era limitada.

A reunião seguinte contou com a presença de todos. A facilitadora recepcionou a família, oferecendo-lhe um resumo inicial[67] sobre os principais interesses, expectativas e preocupações expostos ao longo do procedimento por cada um. Manteve, contudo, sigilo sobre as informações que os mediandos não permitiram que fossem compartilhadas na mesa. Na sequência, propôs um momento de *brainstorming*, no qual pudessem oferecer, sem julgamento prévio, opções de planejamento para a sucessão da empresa familiar e do restante do patrimônio do casal.

Logo no início do encontro, Ana reparou que a postura e a personalidade de Alice eram muito parecidas com as do pai – embora não tenham convivido. Nesse momento, percebeu que talvez a preservação da cultura construída pelo sócio-fundador à frente da rede de supermercados, assim como a manutenção da fonte de renda da família, por meio da distribuição de resultados aos sócios, poderia se dar pela sucessão de Francisco por Alice, na gestão empresarial. Isso porque, dentre os herdeiros, seria a mais capacitada para administrar eventual *holding* familiar a ser constituída. Dessa forma, a preocupação com a subsistência de Bruno estaria resolvida, mesmo quando o casal não mais pudesse estar presente para contribuir com o seu sustento.

Diante disso, Ana solicitou uma pausa para conversar em particular com o marido em uma sala ao lado, a fim de compartilhar a sua ideia. Francisco se surpreendeu positivamente com a opção trazida pela esposa. Acreditava que Alice tinha competência para administrar a *holding* familiar que seria criada. Além disso, o sócio-fundador poderia aproveitar seus últimos anos de vida para implementar um plano de governança corporativa e introduzir a filha mais nova no cotidiano da empresa. Seria também uma circunstância oportuna para construir um vínculo afetivo com Alice. Com relação à rede de supermercados, Francisco optaria pela contratação de um administrador profissional externo, com experiência nesse ramo, visando a garantir competitividade e, por consequência, perpetuidade ao negócio.

De volta à reunião conjunta, Francisco perguntou se Alice teria interesse em sair de seu atual emprego para dedicar-se à gestão do patrimônio da família. Marcela e Bruno, por meio de linguagem não verbal, aparentaram concordar com o encaminhamento sugerido pelo pai. A filha mais nova recebeu a proposta como um reconhecimento tardio e que lhe traria mais autonomia e recursos financeiros, além de ser uma oportunidade de se aproximar do pai em seus últimos tempos de vida.

Encerrada a sessão, Ana e Francisco agradeceram a disponibilidade de todos. O casal avisou que agendaria uma reunião para que, diante dos interesses expostos ao longo do procedimento de mediação, a advogada pudesse apresentar à família diferentes opções de desenho de planejamento sucessório.

Semanas mais tarde, após um estudo detalhado, Dra. Larissa recomendou a instituição de uma *holding* familiar que pudesse concentrar o patrimônio. Em paralelo, seria constituída uma outra pessoa jurídica, de forma que os imóveis do casal pudessem ser incorporados à sociedade, via integralização do capital social. Segundo a advogada, poder-se-ia aproveitar uma redução legal sobre o ganho de capital. Por tal razão, para se valer do benefício tributário, seria interessante atualizar a base de cálculo dos referidos imóveis para compatibilizá-las com o valor de mercado, mediante o recolhimento do imposto de renda incidente sobre o lucro imobiliário no momento da incorporação.

A *holding* familiar atuaria como controladora de duas sociedades limitadas: a primeira teria como objeto social a administração da rede de supermercados e a segunda incorporaria ao seu patrimônio os imóveis de Ana e Francisco. O casal poderia doar a seus respectivos filhos as quotas da *holding*, com cláusulas de usufruto e de reversão. Além disso, a parte que pertencia ao patrimônio disponível do casal poderia ser gravada com cláusulas de impenhorabilidade e incomunicabilidade.

A participação societária de Ana na *holding*, correspondente a 1/2 da totalidade das quotas, seria igualmente dividida entre Bruno e Marcela. Logo, cada um dos irmãos mais velhos receberia da mãe 1/4 da nua-propriedade do total de quotas da *holding*. Francisco doaria a cada

um de seus três filhos (Alice, Bruno e Marcela) 1/6 da nua-propriedade do total de quotas da holding.

A advogada sugeriu, ainda, que os contratos constitutivos das sociedades a serem criadas previssem a mediação como método de resolução de conflitos.

Dra. Larissa explicou que, como Ana e Francisco não tinham interesse em dispor dos ativos financeiros não incorporados ao patrimônio da *holding* – e, portanto, não incluídos na partilha em vida –, de maneira diferente daquela prevista na sucessão legítima estabelecida na legislação civil, não haveria necessidade da lavratura de testamentos.

O casal concordou com as sugestões da advogada. Francisco optou por contratar dois gestores profissionais: um para a sociedade que administrava a rede de supermercados e outro para a empresa que geriria as locações e demais contratos relativos aos imóveis da família.

Após a criação da *holding* familiar e a cessão gratuita das quotas em favor de Bruno, Marcela e Alice, reservando o usufruto a Ana e Francisco, a mediação ganhou novos contornos, porquanto passaria a ser espaço para a negociação das diretrizes do acordo de sócios.

Ana e Francisco ficaram satisfeitos com a estruturação do planejamento sucessório e reconheceram que as reuniões de mediação foram muito importantes para que pudessem entender a perspectiva e os interesses de cada integrante da família. Os herdeiros, por sua vez, se sentiram reconhecidos e pertencentes ao processo de organização da sucessão de seus ascendentes.

* * *

Em meio à mediação, percebe-se uma ambiência especialmente propícia a conversas sobre temas difíceis, como a morte e a sucessão. As possibilidades de o titular do patrimônio obter mais clareza acerca dos interesses, predileções, necessidades e expectativas de cada herdeiro, bem como de os sucessores compreenderem melhor as motivações do autor da herança, são potencializadas.

A partir da ampliação do espectro de informações e da realização de exercícios de conjectura sobre possíveis cenários futuros, conclui-se que as reuniões de mediação i) auxiliam o autor da herança a visualizar melhor quais poderiam ser as consequências da tomada de uma ou outra decisão no desenho de seu planejamento sucessório; e ii) incrementam as possibilidades de o advogado conseguir identificar, dentre os instrumentos jurídicos disponíveis para organização da transferência de bens e direitos, aquele(s) mais adequado(s) às peculiaridades da realidade familiar.

Notas

[1] TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 64.

[2] TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 24-25.

[3] TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Planejamento sucessório*: pressupostos e limites. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 64.

[4] NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 385.

[5] Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares destaca que "é possível segundo a lei brasileira instituir um menor herdeiro ou legatário, nomeando curador especial para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar ou tutela (CC, art. 1773, §2o)". No entanto, a autora conclui que ainda falta no ordenamento jurídico brasileiro uma ferramenta regulamentada, por meio da qual o autor da herança possa instituir uma administração profissional de recursos a fim de proteger herdeiros incapazes após a sua morte. NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 399.

[6] NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 393.

[7] DELGADO, Mário Luiz e MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 327.

[8] "O herdeiro necessário, legitimário, reservatário ou forçado é aquele que se apresenta como um sucessor universal privilegiado, por força do ofício de piedade, isto é, da afeição presumida e do dever de amparo que o autor da herança deve ter em relação a seus familiares mais próximos, aquele a quem a lei garante uma quota mínima da herança, que em nosso direito, se apresenta, em princípio, fixa, invariável, na atualidade corresponde à metade dos bens do monte líquido (arts. 1.846 e 1.847, ambos do CC), denominada, repetimos, de quota legítima ou legitimaria". CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 464.

[9] Neste ponto, registra-se que STF no RE 878.694 reconheceu a inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, igualando para tanto o casamento à união estável no que tange ao regime estabelecido no art. 1829 do CC (cf. publicação no Informativo n. 864 da Corte). No entanto, o STF rejeitou os embargos de declaração do Instituto Brasileiro de direito de família (IBDFam), entendendo que "não houve discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexiste omissão a ser sanada". Logo, a tese fixada não esclareceu se o companheiro deve ser considerado herdeiro necessário. Muitos autores, como Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce sustentam, em razão do que foi decidido pelo STF, a inclusão dos companheiros no rol dos herdeiros necessários. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e TARTUCE, Flávio. Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 433. Por sua vez, Conrado Paulino da Rosa e Mário Delgado entendem que o companheiro não é obrigatoriamente herdeiro

necessário. ROSA, Conrado Paulino da. Liberdade! Liberdade! Abre as asas sobre nós: uma análise sobre o status jurídico do companheiro após a declaração de inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 85-95. Tomo II.

[10] Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – Aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – Aos colaterais.

[11] Art. 549, CC: "Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento".

[12] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 82-83.

[13] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 7.ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

[14] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 7.ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

[15] DELGADO, Mário Luiz e MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 326.

[16] ALBUQUERQUE, Paula Falcão e MERGULHÃO, Danilo Rafael da Silva. Planejamento patrimonial familiar: as holdings. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; LOBO, Fabíola Albuquerque e ANDRADE, Gustavo (Coord.). *Direito das relações familiares contemporâneas*: estudos em homenagem ao Paulo Luiz Netto Lôbo. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 555.

[17] DELGADO, Mário Luiz e MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Fraudes no planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 326.

[18] NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 390.

[19] TEIXEIRA, Daniele Chaves. Algumas ferramentas jurídicas utilizadas em um planejamento sucessório: seguro de vida, doação e fundo de rendimento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 173.

[20] TEIXEIRA, Daniele Chaves. Algumas ferramentas jurídicas utilizadas em um planejamento sucessório: seguro de vida, doação e fundo de rendimento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 57.

[21] TEIXEIRA, Daniele Chaves. Algumas ferramentas jurídicas utilizadas em um planejamento sucessório: seguro de vida, doação e fundo de rendimento. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 662.

[22] CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 591.

[23] SIMÃO, José Fernando. Contrato de doação e testamento como formas de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 507.
[24] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 19.ed., v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 223.
[25] O usufruto é o direito de usar e fruir o bem de outra pessoa. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. 21.ed. Atualização Luis Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 309.
[26] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 144.
[27] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: contratos. 19.ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 235.
[28] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 7.ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 145-146.
[29] FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: sucessões. 3.ed. Salvador: Ed JusPodivm, 2017, p. 84.
[30] "Recurso especial. Sucessão. Bens à colação. Valor dos bens doados. Aplicação da lei vigente à época da abertura da sucessão. Aplicação da regra do art. 2.004 do cc/2002. Valor atribuído no ato de liberalidade com correção monetária até a data da sucessão. Recurso especial improvido. 1. Tendo sido aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 2002, deve-se observar o critério estabelecido no art. 2.004 do referido diploma, que modificou o art. 1.014, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 1973, pois a contradição presente nos diplomas legais, quanto ao valor dos bens doados a serem trazidos à colação, deve ser solucionada com observância do princípio de direito intertemporal tempus regit actum. 2. O valor de colação dos bens deverá ser aquele atribuído ao tempo da liberalidade, corrigido monetariamente até a data da abertura da sucessão. 3. Existindo divergência quanto ao valor atribuído aos bens no ato de liberalidade, poderá o julgador determinar a avaliação por perícia técnica para aferir o valor que efetivamente possuíam à época da doação. 4. Recurso especial não provido." (REsp 1.166.568 – SP, 4ª Turma, Rel. Min. Lázaro Ramos, julgamento 12.12.2017).
[31] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 667.
[32] MUCILO, Daniele de Carvalho. O usufruto como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 423.
[33] MUCILO, Daniele de Carvalho. O usufruto como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 421.
[34] MUCILO, Daniele de Carvalho. O usufruto como instrumento de planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 283.
[35] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 152.
[36] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 162-163.
[37] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: Direito das sucessões. v. 7. São Paulo: Forense, 2020, p. 289.
[38] TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 163.

[39] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: Direito das sucessões. v. 7. São Paulo: Forense, 2020, p. 286.
[40] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: Direito das sucessões. v. 7. São Paulo: Forense, 2020, p. 286.
[41] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: Direito das sucessões. v. 7. São Paulo: Forense, 2020, p. 286.
[42] TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia e MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil*: Direito das sucessões. v. 7. São Paulo: Forense, 2020, p. 287.
[43] STJ, REsp 1.961.488/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 17.11.21.
[44] STJ, REsp 1.880.056/SE, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 22.03.2021.
[45] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 36.
[46] ALMEIDA, Tania. *Diálogo*. Portal Mediando por aí, set. 2019.
[47] FALCÃO, Horacio. *Value Negotiation*: How to Finally Get the Win-Win Right. Singapore: Prentice Hall, 2012, p. 149.
[48] LIMA, Evandro Souza e PELAJO, Samantha. Dinâmica da Mediação: Ferramentas – alguns aportes. In: ALMEIDA, Tania et al. (Coords.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 288.
[49] Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I – imparcialidade do mediador; II – isonomia entre as partes; III – oralidade; IV – informalidade; V – autonomia da vontade das partes; VI – busca do consenso; VII – confidencialidade; VIII – boa-fé.
[50] ALMEIDA, Rafael Alves de e ALMEIDA, Tania. *Construção de Consenso*: instrumento democrático e contemporâneo para formatação de políticas públicas.
[51] SCHNEIDER, Mia Reis. *Prevenir também é mediar*. fev. 2020.
[52] Os limites legais podem ser encontrados no capítulo 1.1.2.
[53] ROCHA, Adriana et al. Mediando um planejamento sucessório. In: JONATHAN, Eva e ALMEIDA, Rafael Alves de (Coords.). *MEDIARE – Anuário 2018*. v. 2, mês 3, p. 85, 2018.
[54] ROCHA, Adriana et al. Mediando um planejamento sucessório. In: JONATHAN, Eva e ALMEIDA, Rafael Alves de (Coords.). *MEDIARE – Anuário 2018*. v. 2, mês 3, p. 82, 2018.
[55] TARTUCE, Fernanda e BRANDÃO, Débora. Mediação em conflitos sucessórios: possibilidades antes, durante e depois da abertura da sucessão. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Tomo II, p. 222.
[56] GOLÇALVES, Ana Valéria Silva et al. *Conflitos após a morte*: a mediação aplicada ao direito das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 86.
[57] TARTUCE, Fernanda e BRANDÃO, Débora. Mediação em conflitos sucessórios: possibilidades antes, durante e depois da abertura da sucessão. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. Tomo II, p. 219.
[58] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 341.
[59] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 341.
[60] ROCHA, Adriana et al. Mediando um planejamento sucessório. In: JONATHAN, Eva e ALMEIDA, Rafael Alves de (Coords.). *MEDIARE – Anuário 2018*. v. 2, mês 3, p. 82, 2018.
[61] Art. 2.005. São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saiam da parte disponível, contanto que não a excedam, computado o seu valor ao tempo da doação.

Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita a descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário.

Art. 2.006. A dispensa da colação pode ser outorgada pelo doador em testamento, ou no próprio título de liberalidade.

[62] Art. 2.010. Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime.

[63] Carlos Eduardo Vasconcelos explica que o resumo "é uma simples e objetiva descrição dos sentimentos, desejos e necessidades pessoais e materiais revelados elas partes". VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008, p. 94.

[64] "Redefinir é definir novamente. Conotar positivamente é encontrar motivação legítima ou intenção positiva no que foi dito ou feito". ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 281.

[65] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 279.

[66] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 284.

[67] ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em mediação*: aportes práticos e teóricos. 4.ed. São Paulo: Dash, 2018, p. 287.

Estudos de caso

Mediação no Direito Internacional: o caso Nagorno-Karabakh

*Carlos Frederico de Souza Coelho**

*André Rennó Lopes da Costa Cruz***

*Laura Soares Lima****

*Rodrigo de Araujo Góes Alves*****

A ideia de que as disputas possam ser resolvidas por meios pacíficos, sem a necessidade do uso da força, tem longa história no âmbito do direito internacional, por mais que a formação de instituições e métodos organizados para esse objetivo seja um fenômeno moderno[1]. A utilização de meios alterativos e autocompositivos, como a mediação, mais ainda.

Antes de prosseguirmos, é pertinente definir o conceito de "disputa internacional". O professor John Merrills, da Universidade de Sheffield, em seu capítulo "The Means of Dispute Settlement", no manual de direito internacional editado pelo professor Malcolm D. Evans, define os conceitos de forma brilhante e didática. Usaremos neste capítulo a sua perspectiva sobre o assunto.

Segundo Merrills, a "disputa" – sinônimo de conflito, nesse contexto – é uma discordância tipicamente, mas não exclusivamente, entre Estados, com consequências no plano internacional. Todavia, a disputa não é "qualquer" desentendimento, mas um desentendimento sobre

* Professor da Faculdade de Direito da PUC-Rio.

** Graduando em Direito pela PUC-Rio. Membro do CMA PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio.

**** Graduando em Direito pela PUC-Rio.

algo razoavelmente específico. Na visão do professor, então, a questão árabe-israelense, por exemplo, não é realmente uma "disputa". Por ser algo tão complexo e profundo, melhor seria descrito como uma "situação". Vale ressaltar que as situações são permeadas de disputas específicas. Nessa linha, podemos propor a questão: "então quais discordâncias específicas podemos qualificar como disputas?", que é respondida por Merrills de forma sucinta. As disputas podem versar sobre quaisquer formas de discordâncias, sejam referentes à organização nacional interna de certo país ou sobre a divisão de fronteiras entre dois Estados. Merrills, ao dizer que as disputas podem ser "*about almost anything*" (sobre quase tudo), deixa implícito que elas possam envolver fatos, leis, políticas de Estado, entre muitos outros "geradores de discussão". Uma disputa dentro da União Europeia, por exemplo, que discute a necessidade de maior integração política, é uma disputa sobre política interna. Como contraste, a maior parte das disputas sobre fronteiras ou questões territoriais envolve um desacordo sobre direitos. As disputas podem, também, diz Merrills, envolver questões de fato, como debater em qual território estava determinado navio quando foi interceptado por uma embarcação de outro Estado.

Partimos então aos métodos para resolvê-las. No início do Século XX, as vias possíveis de solução pacífica de pendências entre Estados se resumiam a "meios diplomáticos" e "arbitragem"[2]. Após o fim da Segunda Guerra Mundial e o advento da "era das organizações internacionais", esse panorama mudou. O surgimento – e institucionalização – dos novos métodos de resolução de conflitos no âmbito internacional permitiu que a dependência de uma Corte ou aplicação de meio jurisdicional não mais fosse necessária para a solução entre as partes. A negociação e a mediação, que serão abordadas neste capítulo, são exemplos importantíssimos desses métodos, ainda que por muitas vezes realizados com a participação de organizações internacionais. O professor Francisco Rezek, em uma análise muito importante para entendermos a essência das vias autocompositivas e como elas se diferem das resoluções judiciais-litigiosas, nos ensina:

> Uns e outros – os meios diplomáticos e os chamados meios políticos – identificam-se entre si, e distinguem-se dos meios jurisdicionais, pelo fato de faltar-lhes um compromisso elementar com o primado do direito. Com efeito, ao juiz e ao árbitro incumbe aplicar ao caso concreto a norma jurídica pertinente: mesmo quando inexistente, incompleta ou insatisfatória a norma, eles irão supri-la mediante métodos integrativos de raciocínio jurídico, a analogia e a equidade. Já o mediador, a junta de conciliação e o Conselho de Segurança das Nações Unidas não trabalham à base desse compromisso. Incumbe-lhes resolver o conflito, compondo as partes ainda que com o eventual sacrifício – ditado pelas circunstâncias – da norma jurídica aplicável. Se conseguem promover entre as partes a recomposição, pondo termo ao conflito, terão realizado a tarefa que lhes é própria. Se o fazem garantindo, ao mesmo tempo, o primado do direito, tanto melhor [3].

A negociação é o método de resolução pacífica de disputas mais comumente utilizado no âmbito dos conflitos internacionais. Para os governos, um de seus maiores atrativos é a ausência de intervenção de uma terceira parte, o que permite maior liberdade e confidencialidade no teor das disputas, além da redução burocrática significativa no curso da resolução. Cabe relembrar que a prática de arbitragens ainda é rara no contexto do direito internacional público.

Esse método também é utilizado de forma progressiva. Como a decisão de negociar pode ser em si controversa, por admitir de início a legitimidade dos interesses das duas partes, nos conflitos que envolvam tópicos sensíveis, como soberania, por exemplo, pode-se destrinchar o processo de negociação em etapas, passando aos problemas "maiores" ou mais significativos de forma escalada. Por isso, a negociação assume relevante papel não somente na resolução das disputas, mas também na "administração" delas, para proteger aspectos às vezes tão importantes quanto o conflito, como o relacionamento futuro entre as partes envolvidas[4].

Além do exposto, importante ressaltar que a negociação nunca é uma garantia de sucesso na resolução ou administração da disputa, por ser limitada em diversos aspectos. Nos casos em que as partes se recusam a falar com as outras ou possuem posições muito polarizadas – o que pode ser solucionado em sede de mediação – a negociação se torna ineficaz. Já nos casos em que o desequilíbrio de poder político entre as

partes seja intenso e por isso não for vantajosa para o polo "passivo", pode ser facilmente recusada.

A negociação terá acabado de forma bem-sucedida, segundo Rezek, "quando as partes mutuamente transijam em suas pretensões, ou quando uma delas acabe por reconhecer a validade das razões da outra"[5].

Passamos agora à mediação. Esse método, que caminha lado a lado da negociação, se diferencia pela participação de um terceiro na discussão, não envolvido no conflito, presente com o simples propósito de mediar os interesses dos dois polos da disputa. O mediador toma ciência da controvérsia, das propostas e posições dos contendores para auxiliá-los no caminho à solução pacífica. Nos casos em que o mediador é um Estado, esse também sempre deve procurar não impor sua vontade e proceder com intuitos desinteressados, para garantir a essência amistosa da mediação[6].

A mediação só ocorre em caso de consentimento das partes e na disponibilidade de um mediador. Vários órgãos internacionais, tanto governamentais como não governamentais, detêm a capacidade – e a estrutura – para servirem de mediadores em disputas. A ONU, a Cruz Vermelha, o Comitê Internacional e vários outros órgãos têm como um de seus objetivos institucionais a resolução de conflitos no âmbito do direito internacional.

Um elemento desse método que merece extrema atenção é a impossibilidade de sua imposição sobre os protagonistas, devendo partir exclusivamente de iniciativa das partes envolvidas. A recusa à negociação por parte de um dos polos pode servir como bom indicativo da postura que tomará em respeito à mediação, a qual deve ser respeitada. Em um sistema de respeito mútuo, são perfeitamente lícitas as recusas tanto da parte envolvida no conflito em participar quanto do mediador em mediar a disputa que lhe foi proposta.

A instauração da mediação, portanto, significa que os litigantes voluntariamente depositam no mediador confiança bastante para que se proponham a expor-lhe seus argumentos e provas, e para que se disponham, mais tarde, a examinar com boa vontade seu parecer, sua ideia de composição do conflito[7]. O professor John Merrills, já supracitado, sintetiza o conceito de forma pertinente:

> A mediação, portanto, é eficaz na dimensão que os disputantes permitam que ela seja; suas atitudes têm a tendência de serem guiadas pela situação imediata. Isso restringe as possibilidades de mediação, mas não destrói seu valor. Um mediador faz mais do que aperfeiçoar um acordo incipiente. Ao facilitar o diálogo entre as partes, provendo informações e sugestões, identificando e explorando seus objetivos, e pintando possíveis soluções, a intercessão pode ser vital no processo de movê-las em direção ao acordo. Sucesso será frequentemente incompleto e a falha algumas vezes inevitável. O mediador, no entanto, não deve poupar esforços e confiar na reciprocidade das partes[8].

Não há dúvidas de que as definições acima expostas representam a teoria, partem do inteligível platônico do que a mediação – e os mediadores – *devem* ser, não exatamente do que *são,* quando postos em prática. Como o ditado popular muito bem ensina, "na prática, a teoria é outra".

No presente capítulo, analisaremos um conflito conhecido, o de Nagorno Karabakh, sob a ótica da aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em específico, a mediação. Seriam os mediadores, em contextos tão complexos, capazes de se portarem de forma completa e idealmente imparcial? Seriam a mediação e a negociação realmente pacificadoras? Podemos realmente denominar de "mediação" aquela que viola os princípios de imparcialidade?

O conflito

O caso aqui abordado, de repercussão mundial, é o conflito de Nagorno-Karabakh. Teve início em 1988, quando o governo local da região, encorajado pelas políticas soviéticas *Perestroika* e *Glasnost,* requereram sua liberdade ao governo do Azerbaijão. Consequentemente, houve o massacre de armênicos étnicos em Sumgait, situação que desencadeou em um confronto militar, inicialmente com o Azerbaijão buscando acabar com o movimento de independência de Karabakh. Esse conflito foi considerado devastador, com um saldo de milhares de mortos e mais de 1 milhão de refugiados e deslocados.

Em 12 de maio 1994, houve a negociação do cessar-fogo, que fez com que não houvesse novos massacres e guerras, mas não houve um movimento em busca da solução do conflito em si. Pelo contrário, Azerbaijão e Turquia bloquearam a Armênia, Nagorno e Karabakh. Isso

fez com que diversos refugiados não pudessem voltar às suas casas, gerando uma grande crise socioeconômica nos territórios. Em contrapartida, o governo dos Estados Unidos limitou a assistência que prestava a Azerbaijão[9].

Porém, para entender a chegada a essa situação limite, é preciso destacar o histórico da região. Nagorno-Karabakh pertenceu à Armênia durante diferentes períodos da história, havendo registros da primeira disputa entre Karabakh e Azerbaijão em 1917. Historicamente, o Império Russo, expandindo-se para o sul na Transcaucásia, anexou Karabakh em 1805 e ação foi oficialmente reconhecida pela Pérsia no Tratado de Gulistão em 1813[10].

Com as revoltas de 1917 que geraram o fim do domínio Czarista, formaram-se as repúblicas da Armênia e do Azerbaijão – ocorrendo, por volta desse período, a disputa dos armênios de Karabakh e Azerbaijão, com a participação do Império Turco-Otomano. Em julho de 1918, a Primeira Assembleia Armênia de Nagorno-Karabakh declarou a região autônoma, criando um Conselho Nacional e um governo local. Em agosto de 1919, o Conselho Nacional de Karabakh assinou um tratado provisório com o governo do Azerbaijão, que foi constantemente quebrado pelo segundo, o que gerou, no ano de 1920, um massacre, na capital de Karabakh, Shushi, no qual estima-se que foram mortos mais de 20 mil armênios[11].

Como forma de proteção, Karabakh desfez o acordo e se uniu a Armênia. Apesar de ter todos os atributos de um Estado, durante o período de 1918 a 1920, a Liga das Nações Unidas não reconheceu Karabakh e tampouco aceitou a República do Azerbaijão como Estado-membro. Os conflitos da época fizeram com que a União Soviética das Repúblicas Socialistas tivesse que tomar providências. Dessa forma, em 30 de novembro de 1920, a URSS reconheceu Nagorno Karabakh como parte da Armênia. Porém, a decisão foi temporária e retirada apenas alguns dias depois. Somente no ano de 1921 foi assinado um tratado entre a república da Turquia e a Rússia Soviética determinando a autoridade do Azerbaijão soviético perante Karabakh – tendo apoio da população, fazendo então com que o governo declarasse a integração[12].

Posteriormente, em 1921, Josef Stalin, então primeiro-ministro da URSS, decidiu que Nagorno-Karabakh deveria ser incluído como uma região autônoma dentro dos limites da República Soviética do Azerbaijão, em busca de melhorar as relações entre os muçulmanos e armênios entre o Alto e Baixo Karabakh, assim como sua a relação com o Azerbaijão. Entre os anos de 1924 e 1929, a jurisdição que ficou conhecida como "Curdistão Vermelho" teve a intenção de separar, de fato, Nagorno-Karabakh da Armênia. Assim, em 1930, a área autônoma foi abolida, contudo a "paz artificial" foi mantida. Esse acordo foi selado com a chegada da Constituição de Stalin em 1936, restando a separação como um projeto contínuo de ambos os territórios, registrados por meio de petições periódicas a Moscou. Nesse sentido, em 1966, a liderança Armênia Soviética fez uma petição às autoridades para que fosse examinada a possibilidade de devolver Karabakh à Armênia. Além disso, no final da década, protestos – intensos e recorrentes – geraram alta repressão a ativistas armênios[13].

Nessa perspectiva, houve o início de fato do conflito, em 1988, quando os armênios de Karabakh começaram a tomar medidas para se libertar do controle do Azerbaijão, sendo rapidamente apoiados pela *Perestroika* e pela *Glasnost*. Assim, a Decisão do Nagorno-Karabakh Oblast Autônomo (NKAO) Soviete Regional dos Deputados do Povo, que foi dirigido aos mais altos órgãos legislativos dos Soviéticos Supremos da Armênia, Azerbaijão e URSS, continha o pedido oficial para considerar e resolver positivamente "a questão da transferência do NKAO Azerbaijão Soviético para a Armênia Soviética"[14].

Em resposta, o Azerbaijão iniciou uma campanha de bombardeios e ataques terrestres, no início de 1991, em Stepanakert e outras cidades e vilas próximas, ocupando, então, metade do território da República de Nagorno-Karabakh até o ano seguinte, obrigando que habitantes fossem deslocados. Em defesa, os armênios organizaram exército e operações militares em busca de quebrar o bloqueio que tinha sido gerado e estabelecer conexão a Armênia. Logo, conseguiram posicionar suas forças em Shushi, de onde os bombardeios saíam, e em maio estabeleceram a ligação desejada, desfazendo o bloqueio.

Figura 1: República de Nagorno Karabakh: território se declara independente desde 1991, mas não é conhecido por nenhum país na ONU.

Fonte: Alexandre Mauro. Mais um capítulo de confronto entre Armênia e Azerbaijão. Globo.com, 2020.

Todavia, os ataques Azerbaijão não pararam, fazendo com que Nagorno-Karabakh recorresse a socorro na comunidade internacional, ao mesmo tempo estabelecendo a primeira democracia na região. Assim, no dia 20 de setembro de 1992, o parlamento de Nagorno-Karabakh peticionou à Organização das Nações Unidas, à Comunidade de Estados Independentes e a países individuais para o reconhecimento da República de Nagorno-Karabakh. Apesar disso, no ano seguinte, ainda respondendo às ofensivas do Azerbaijão, em contra-ataque, as forças de Nagorno-Karabakh capturaram Kelbajar, se libertando de ataques ao norte e ao oeste.

O território, durante o ano seguinte, permaneceu, havendo troca de controle entre os dois governos sob os territórios, de acordo com as duas forças armadas[15].

Após um cessar-fogo negociado, Nagorno-Karabakh mostrou-se capaz de promover sistema desenvolvido de instituições governamentais, eleições e partidos políticos, para a comunidade internacional. Também, no final de 1994, por meio do parlamento, estabeleceu o cargo de Presidente de República, sendo eleito Robert Kocharian como presidente *pro tempore*, sendo posteriormente eleito também por meio de voto popular, em ambos os casos com a presença da comunidade internacional[16].

A "resolução" do conflito

Percebe-se, portanto, que nesse conflito altamente escalado, os interesses principais de cada um dos lados são evidentemente antagônicos, na medida em que, Baku quer i) a volta de Nagorno-Karabakh, que juridicamente, no âmbito do Direito Internacional, é considerado como seu território; e ii) a desocupação militar de sete distritos em torno da área, que a Armênia usa como tampão para proteger o encrave. Já a Armênia, por sua vez, busca a autonomia e a independência da região que, embora faça parte do território do Azerbaijão, é controlada e habitada principalmente por armênios étnicos.

Nesse contexto, após o 14º dia consecutivo de conflitos e bombardeios que deixaram milhares de militares e civis mortos e gravemente feridos, no dia 10 de outubro de 2020, Azerbaijão e Armênia firmaram um cessar-fogo na região de Nagorno-Karabakh. Contudo, poucos minutos após a entrada em vigor desse acordo, ambos os países se acusaram de violar a trégua. O pacto havia sido implementado após as primeiras tratativas diplomáticas entre os dois países desde que os combates pelo enclave voltaram a eclodir, no dia 27 de setembro de 2020. Nesse cenário, as primeiras negociações de cessar-fogo não produziram os efeitos desejados e não foram capazes de sustar os graves ataques bélicos entre os dois países[17].

Ocorre que, o presidente do Azerbaijão, Ilham Aliyev, já pontuava antes das negociações e a todo tempo manteve a retórica de que não haveria cessar-fogo até que os armênios étnicos que comandam

Karabakh cedessem o território aos azeris e desocupassem os sete distritos em torno da região, que eles ocupam desde o fim da guerra de 1992-94. Portanto, seria necessária a retirada das forças armênias da região de Nagorno-Karabakh e a entrega do controle do território central em disputa ao Azerbaijão. Desse modo, foi apenas às vésperas do cessar-fogo estabelecido que o presidente azeri aceitou negociar, desde que as operações militares cessassem[18].

Portanto, é evidente que as partes fecharam o primeiro acordo sem o menor grau de confiança entre elas o que, consequentemente, provocou a violação quase que instantânea do compromisso. Diante disso, os bombardeios, a insegurança local e os ataques militares permaneceram durante 44 dias até que no dia 9 de novembro de 2020, após a intensa pressão internacional pelo fim do conflito, os líderes da Armênia e do Azerbaijão concordaram em se encontrar e enfim chegaram a um acordo sobre um efetivo cessar-fogo humanitário[19].

Como pode-se imaginar, as negociações foram muito longas e o ministro das Relações Exteriores da Rússia, que esteve presente nas tratativas, atuando como um moderador, disse que depois de mais de 10 horas de negociações, o cessar-fogo foi acordado por motivos humanitários. As tratativas foram realizadas em Moscou e tiveram a mediação da Rússia, o principal ator político da região, que buscou um papel moderador e mais ponderado, visando encerrar o conflito militar sobre a região de Nagorno-Karabakh. Contudo, o fato é que a trégua pactuada entre os países ocorreu com o Azerbaijão em uma posição de força e de absoluta vantagem, posto que ela foi estabelecida após o Azerbaijão ter anunciado a tomada de alguns pontos estratégicos em torno de Nagorno-Karabakh e depois do governo azeri passar a adotar uma campanha ostensiva de pressão sobre o governo separatista local. Desse modo, enquanto a Armênia entrou nas negociações pontuando que aceitaria fazer concessões para buscar a paz e reduzir a violência[20], o Azerbaijão adotou postura absolutamente rígida e adversarial nas negociações, sobretudo em razão de seu maior poder econômico e militar e por estar sob maior pressão de sua população.

Portanto, logo antes das negociações o Azerbaijão fez questão de

maximizar suas conquistas territoriais no conflito para chegar na negociação em uma posição de vantagem e, dessa forma, deter um maior poder de barganha de forma a possibilitar o desenvolvimento de um acordo mais favorável ao Azerbaijão. Nesse âmbito, foi utilizada a estratégia conhecido como "*salami tactics*"[21, 22], isto é, tentar deixar o outro lado, nesse caso a Armênia, o mais enfraquecido e inseguro o possível antes de iniciar os diálogos, para que assim o balanço de poder na mesa de negociação não esteja equilibrado permitindo assim seu próprio favorecimento[23].

De toda forma, enfim foram implementadas as resoluções da ONU que previam estabelecer a paz na região, desde os anos 1990. Diante disso, no dia 09/11/2020, o Presidente da República do Azerbaijão, Ilham Aliyev, o Primeiro-Ministro da República da Arménia, Nikol Pashinyan, e o Presidente da Federação da Rússia, Vladimir Putin, declararam o seguinte[24]:

> 1. O cessar-fogo total e o fim de todas as hostilidades na zona de conflito de Nagorno-Karabakh são declarados a partir das 00h00 (hora de Moscou), do dia 10 de novembro de 2020. A República do Azerbaijão e a República da Arménia, a seguir denominadas "Partes", devem parar nas posições ocupadas.
>
> 2. O distrito de Agdam deve ser devolvido à República do Azerbaijão até ao dia 20 de novembro de 2020.
>
> 3. Um contingente de manutenção da paz russo composto por 1.960 militares armados de armas ligeiras, 90 veículos blindados de transporte de pessoal e 380 automóveis e veículos especiais será implantado ao longo da linha de contato em Nagorno-Karabakh e ao longo do corredor de Lachin.
>
> 4. O contingente de paz será implantado em simultâneo com a retirada das tropas armênias e permanecerá presente durante cinco anos, prorrogáveis automaticamente por sucessivos períodos de cinco anos a não ser que uma das Partes anuncie, com antecedência mínima de seis meses do fim do prazo de validade, a sua intenção de deixar de aplicar a presente disposição.

> 5. Para os fins do reforço do controlo do cumprimento dos acordos pelas Partes, o contingente de paz criará um centro de vigilância do cessar-fogo.
>
> 6. A República da Arménia deverá devolver à República do Azerbaijão o distrito de Kelbajar até ao dia 15 de novembro de 2020 e o distrito de Lachin, até ao dia 1 de dezembro de 2020. O corredor de Lachin (com 5 km de largura), que ligará Nagorno-Karabakh à Arménia sem atingir a cidade de Chucha, permanecerá sob o controlo do contingente de paz da Federação da Rússia. Conforme acordado pelas Partes, nos próximos três anos, será elaborado um plano de criação de uma nova via de transporte no corredor de Lachin destinada a ligar Nagorno-Karabakh à Arménia. Posteriormente, o contingente de paz russo será transferido para o local para guardar a mesma. A República do Azerbaijão garantirá a segurança da circulação de pessoas, veículos e cargas em ambas as direções pelo corredor de Lachin.
>
> 7. Os deslocados internos e refugiados devem regressar ao território de Nagorno-Karabakh e às regiões adjacentes sob o controlo do Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados.
>
> 8. As Partes trocarão prisioneiros de guerra, reféns e outros detidos, assim como os corpos dos mortos.
>
> 9. Todas as ligações econômicas e de transporte na região serão desbloqueadas. A República da Arménia garantirá a segurança da circulação de transportes entre as regiões ocidentais da República do Azerbaijão e da República Autónoma de Nakhichevan a fim de organizar a livre circulação de pessoas, veículos e cargas em ambas as direções. O controle da circulação de transportes fica a cargo do Serviço de Fronteiras do Serviço Federal de Segurança da Rússia. Por acordo das Partes, serão abertas novas vias de transporte entre a República Autônoma de Nakhichevan e as regiões ocidentais do Azerbaijão.

Logo, o acordo previu que os armênios permanecessem controlando a maior parte de Nagorno-Karabakh, onde está estabelecida 99% da população de 140 mil pessoas, mas que eles desocupassem os sete distritos azeris em torno da região. Além disso, ficou estabelecido que os ganhos territoriais de Baku, ao longo dos 44 dias de conflito, sobre áreas de Karabakh, incluindo a cidade histórica de Shushi (Shusha), seriam mantidos. Outrossim, ficou acordado que os corredores que ligam a região separatista à Armênia seriam controlados, por pelo menos cinco

anos, por 2 mil soldados de uma força de paz russa e que Moscou também iria patrulhar as rodovias que ligam o encrave azeri de Nakhivechan, no leste da Armênia[25].

No entanto, percebe-se que o acordo assim foi traçado porque Putin detinha interesse em trazer o Azerbaijão, que controla ricas províncias petrolíferas e de gás na região do mar Cáspio, para sua órbita política. Para o russo, a presença de uma força de paz sob seu comando assevera sua influência sobre a região de forma definitiva, permitindo estabilizar sua fronteira sul, uma das rotas históricas de invasões potenciais do seu território e berço de instabilidade para o turbulento norte do Cáucaso (as repúblicas russas islâmicas da Tchetchênia e do Daguestão) [26]. Além disso, ele sai como mediador de um conflito com apoio inédito do Ocidente ao processo, já que França e EUA são sócios da Rússia no chamado Grupo de Minsk, que dentro da Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa (OSCE), atua como mediador neste conflito e negocia a paz na região desde os anos 1990[27].

Por isso, apesar de Vladimir Putin acreditar que os acordos alcançados criarão as condições necessárias para uma resolução a longo prazo e em larga escala da crise em Nagorno-Karabakh, numa base justa e no interesse dos povos arménio e azeri[28], o fato é que o primeiro-ministro armênio, Nikol Pashinyan, afirmou que assinar o acordo foi uma decisão "incrivelmente dolorosa para mim e para nosso povo", mas que teve que tomar a decisão após "analisar de maneira profunda a situação militar", em referência aos avanços do Azerbaijão[29] e, em contrapartida, o presidente do Azerbaijão, Ilham Aliyev, afirmou que o tratado de paz foi "*a variante mais vantajosa*" para o país e que, na verdade, trata-se de uma rendição militar da Armênia. Diante disso, o anúncio do acordo gerou grande revolta na Armênia, onde centenas de pessoas invadiram o Parlamento e pediram a renúncia do governo. Todavia, o próprio líder armênio de Nagorno-Karabakh, Arayik Harutyunyan, disse que o acordo era inevitável depois da perda da cidade de Shushi, a segunda maior da região, e que aceitou o acordo para acabar com a guerra o quanto antes[30].

Desse modo, conquanto o acordo tenha significado a imediata interrupção deste nefasto conflito, o qual causou a morte de pelo menos

5.600 pessoas, incluindo civis, 8 mil feridos e dezenas de milhares de desalojados, o fato é que logo após sua celebração, a autoproclamada república de Nagorno-Karabakh, território povoado quase que exclusivamente por armênios desde a guerra na década de 1990, emergiu completamente enfraquecida do conflito[31]. Sua única relação física com a Armênia agora será o corredor de Lachin, com 5 km de largura, que também leva à capital do enclave, Stepanaker, região essa que após o acordo está cercada, a leste e a oeste, norte e sul, por territórios sob controle do Azerbaijão. Ademais, o Azerbaijão também não terá alcançado seu objetivo: se apoderar da totalidade do território perdido após a queda da URSS[32].

Figura 2: Turquia, EUA, Rússia, França, Alemanha e EU pediram um "cessar-fogo imediato", enquanto observadores políticos dizem que as potências globais devem intensificar as negociações para interromper o conflito.

Fonte: TRT WORLD. Calls grow for Azerbaijan, Armenia to end fighting over occupied Karabakh. September, 2020.

O acordo também nada estabeleceu sobre o futuro, isto é, nada é dito no documento sobre possíveis negociações para resolver em definitivo o conflito em Nagorno-Karabakh, uma vez que a região permaneceu sendo, uma república autoproclamada sem reconhecimento internacional. No mais, o acordo tampouco aborda o lugar da

Turquia nesse desenvolvimento, que, segundo o Azerbaijão, terá de desempenhar um papel importante na manutenção da paz, apesar de ser grande aliado do Azerbaijão e inimigo declarado da Armênia [33].

Nesse sentido, o ministro das Relações Exteriores da Rússia, Sergei Lavrov, falou no fórum internacional, Primakov Readings, em Moscou, que tanto os interesses da Turquia quanto os interesses do Irã foram levados em consideração nas discussões trilaterais, envolvendo Rússia, Armênia e Azerbaijão, para o desenvolvimento do acordo a respeito da região de Nagorno-Karabakh, já que, caso contrário, os avanços no sentido de interromper o conflito e de cessar-fogo não teriam o máximo efeito[34].

Em suma, a Armênia conforme com o acordo assinado, terá que devolver ao Azerbaijão mais territórios do que o previsto pelos planos previamente discutidos para um acordo pacífico, visto que nos anos anteriores, quando se discutia a transferência de sete distritos, falava-se das regiões de Jebrail, Fizuli, Lachin, Zangelan, Kelbajar, Aghdam e Kubatly, lembra o cientista político armênio Alexander Iskandaryan. Entretanto, pelo acordo, verifica-se que todos eles ficarão sob o controle do Azerbaijão; além disso, a cidade de Shushi e parte dos territórios que também foram apreendidos desde 27 de setembro, incluindo partes das regiões de Hadrut e Martuni, passarão para o controle de Baku. Ainda assim, o lado armênio pôde deixar o corredor de Lachin com 5 km de largura, o que garantiu a conexão de Nagorno-Karabakh com a Armênia, mas sem afetar a cidade de Shushi[35].

* * *

Após semanas de intensos conflitos armados, nos quais milhares de vidas foram perdidas, os combates foram cessados depois de negociações envolvendo os líderes políticos de ambas as partes. É importante ressaltar que a implementação do acordo ficou garantida pela Rússia, país que teve um papel central ao estipular certas cláusulas e mediar as negociações. Nesse contexto, verifica-se que, conquanto Azerbaijão e Armênia tenham chegado a um acordo e, consequentemente, interrompido os ataques militares, a paz estabelecida entre os países

apresenta-se como precária e o clima de hostilidade e insegurança ainda prepondera na região.

Decerto, a resolução da disputa por meio de negociações demonstrou-se mais eficiente e benéfica para ambos os Estados do que as investidas armadas. No entanto, percebe-se que a trégua pactuada entre as partes, de maneira alguma, representou a satisfação dos interesses de todos os entes envolvidos no conflito. Nessa esteira, por mais que os interesses de ambas as partes sejam um dos elementos básicos de uma negociação principiológica, é evidente a mediação realizada pela Rússia jamais teve como propósito principal o atendimento deles.

Considerando as características lógicas e necessárias de um mediador, de forma alguma a Rússia poderia ter atuado nessa condição, afinal, se um mediador possui um dever intrínseco de imparcialidade e neutralidade, como poderia a Rússia, um dos países mais afetados e intimamente relacionados com conflito participar das negociações como mediadora? O resultado não poderia ser diferente. A própria Rússia saiu como uma das maiores vencedoras no cessar-fogo, enquanto uma das partes conflitantes (Armênia) enxergou os resultados como uma humilhação nacional, ficando, absolutamente, insatisfeita com os compromissos efetivados.

Logicamente, Moscou optou por desempenhar o papel de "pacificador", com o fito de maximizar as suas próprias vantagens. A presença das forças de paz russas em torno de Nagorno-Karabakh demonstra que há um forte interesse da Rússia na região, e sinaliza à Turquia e ao Irã que inexiste qualquer vácuo de influência que possa ser preenchido por eles no momento. O Cáucaso é uma região cujo controle é tradicionalmente cobiçado pelas potências da região, não apenas pela sua vultosa produção de petróleo e gás natural, mas também porque é por ali que passam numerosos oleodutos e gasodutos vindos da Ásia Central, que garantem a segurança energética da Turquia e grande parte da Europa. Assim, fica evidente a delicadeza geopolítica da região, que apresenta relevante interesse econômico permeado por tensões de natureza territorial, religiosa e étnica[36].

Em que pese a atual paralização dos ataques, o conflito em si não acabou, e permanecerá se arrastando enquanto os interesses estrangeiros

forem tratados nas negociações acima dos interesses das próprias partes. Desse modo, o compromisso avençado entre Armênia e Azerbaijão foi idealizado pela Rússia sem se preocupar com os interesses de cada uma das partes. Na verdade, buscou-se a todo o tempo encerrar os ataques, que se apresentavam como prejudiciais aos interesses russos que utilizam rotas do território para transporte de mercadorias, a qualquer custo, ignorando as especificidades do caso concreto e as vontades dos países em conflito. Por conseguinte, embora um acordo de paz tenha sido estabelecido e hoje os países estejam em um cessar-fogo, o fato é que a instabilidade do compromisso é gritante e, portanto, sua viabilidade no longo prazo é questionável, uma vez que, possivelmente, a Armênia ou o Azerbaijão vão se revoltar e entender que o acordo é insustentável, por não contemplar, minimamente, seus interesses.

Um dos questionamentos trazidos à discussão no presente capítulo foi se o papel do mediador, no contexto do Direito Internacional Público, conseguiria ser exercido de forma legitimamente imparcial, sobretudo se prestado por um Estado ou organização com interesses próprios. O interessante da mediação neste escopo – afetando tantas vidas e lidando com temas tão complexos como guerra, autoafirmação dos povos, conflitos territoriais, entre outros – é que raramente pode-se depender ou delegar a função a um ser idealmente imparcial, que não pondere seus interesses econômicos e políticos no resultado da resolução de conflitos, sobretudo sendo um Estado tão influente e participativo no contexto político global, como a Rússia. Ainda assim, ponderamos se essa "mediação" seria, de fato, uma mediação.

A imparcialidade é, em tese, requisito-base para o exercício do mediador, até porque, se estivesse "pondo suas cartas à mesa", a dinâmica viraria de uma negociação multilateral. No entanto, citando novamente a frase de Rezek, os mediadores, "se conseguem promover entre as partes a recomposição, pondo termo ao conflito, terão realizado a tarefa que lhes é própria". No caso em tela, ainda que a "paz" atingida seja frágil e precária, um poderia argumentar que foi atingida por meio da recomposição. Ainda assim, o conflito, em uma análise estrutural, não teve seu fim definitivo decretado, não reina qualquer clima ameno sobre a região.

Questionamos, também, se a mediação e negociação no direito internacional podem ser realmente pacificadoras. As mil nuances e camadas de disputas tão complexas nem sempre conseguem ser resolvidas por completo. A paz, nessa toada, vira um ideal, um objetivo, semiutópico, sendo um cessar-fogo ou contrato os objetivos mais factíveis, atingíveis em sede de mediação.

De toda forma, concluímos que a atividade da mediação, assim como os quaisquer métodos autocompositivos adotados na resolução de disputas são melhores – indubitavelmente – que prosseguir em guerra e morte, todas calcadas em ausência de diálogo. Encerrando nas palavras de Carlos Eduardo de Vasconcelos, "As técnicas, habilidades e competências dos que se comunicam construtivamente não seriam, por si só, suficientes para resolver as injustiças sociais, a corrupção na política, as manipulações de preços dos cartéis empresariais ou o semianalfabetismo de famílias, muitas delas com pais ausentes, onde filhos sobrevivem em meio à exclusão social e afetiva. No entanto, podemos afirmar que, ao lidarmos construtivamente com os conflitos sociais, abrimos a porta para um diálogo apreciativo de alternativas importantes ao processo de mudança"[37].

Notas

[1] MERRILLS, John. The Means of Dispute Settlement. In: EVANS, Malcolm D. *International Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 563.

[2] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar.13. ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 390.

[3] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar.13. ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

[4] EVANS, Malcolm D. *International Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

[5] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar.13. ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

[6] CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1168.

[7] REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 13. ed. rev. aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

[8] MERRILLS, John. The Means of Dispute Settlement. In: EVANS, Malcolm D. *International Law*. 3.ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 568. Tradução nossa.

[9] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[10] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[11] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[12] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[13] A Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[14] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprint for Resolution. Maio, 2000.

[15] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprinte for Resolution. Maio, 2000.

[16] Public International Law and Policy Group. The Nagorno Karabagh Crisis: A Blueprinte for Resolution. Maio, 2000.

[17] Entenda por que Azerbaijão e Armênia estão em conflito em Nagorno-Karabakh. CNN Brasil, 2020.

[18] GIELOW, Igor. Azerbaijão cede e admite negociação com Armênia pela primeira vez. *Folha de S.Paulo*, 2020.

[19] OLIVEIRA, Victor S. Mariotti de. Um Delicado Xadrez no Cáucaso: Implicações do Acordo de Cessar-Fogo entre Armênia e Azerbaijão. *Cosmopolita*, 2021.

[20] GIELOW, Igor. Armênia aceita negociar cessar-fogo, mas Azerbaijão não se manifesta. *Folha de S.Paulo*, 2020.

[21] Salami Tactics é um processo usado para superar a oposição. Esta tática costuma ser utilizada para dominar um território, normalmente, politicamente relevante, pedaço por pedaço. Nesse contexto, a oposição é eliminada "fatia por fatia", de forma, somente quando seja tarde demais, o inimigo perceba que o território já foi conquistado praticamente por completo. Nessa esteira, trata-se de ataques e conquistas contra o inimigo, que são efetivados lentamente e aos poucos, de maneira bem gradual que impede o outro lado de ter qualquer oportunidade de se defender ou fugir.

[22] Acerca desta tática, veja-se as lições de Thomas Schelling, economista vencedor do prêmio Nobel: "Salami tactics, we can be sure, were invented by a child (…) Tell a child not to go in the water and he'll sit on the bank and submerge his bare feet; he is not yet 'in' the water. Acquiesce, and he'll stand up; no more of him is in the water than before. Think it over, and he'll start wading, not going any deeper; take a moment to decide whether this is different, and he'll go a little deeper, arguing that since he goes back and forth it all averages out. Pretty soon we are calling to him not to swim put of sight, wondering whatever happened to all our discipline".

[23] OSKANIAN, Kevork. Nagorno-Karabakh: in the aftermath of war, Armenia faces an unpalatable choic. *The Conversation*, 2021.

[24] Declaração do Presidente da República do Azerbaijão, do Primeiro-ministro da República da Armênia e do Presidente da Federação da Rússia. Ministério dos Negócios Estrangeiros da Rússia, 2020.

[25] EL-JABRI, Anissa e GENTÉ, Régis. Armênios se sentem traídos após acordo de cessar-fogo com Azerbaijão. *Rfi*, 2020.

[26] GIELOW, Igor. Armênia e Azerbaijão assinam acordo para acabar com guerra. *Folha de S.Paulo*, 2020.

[27] AGENCE FRANCE-PRESS. Secretário-geral da ONU pede à Armênia e Azerbaijão para negociar sendo guiados pelo Grupo de Minsk. *IstoÉ*, 2020.

[28] RUIVO, Ana. Acordo de paz em Nagorno-Karabakh. *Euronews*, 2020.

[29] AGENCE FRANCE-PRESS. Azerbaijão e Armênia assinam acordo para encerrar conflito na fronteira. *Globo.com*, 2020.

[30] Armênia e Azerbaijão anunciam paz em Nagorno-Karabakh. *DW*, 2020.

[31] Nagorno-Karabakh: both sides blame each other over ceasefire violations. *The Gardian*, 2020.

[32] Agence France-Press. Azerbaijão e Armênia assinam acordo para o fim dos combates por Nagorno-Karabakh. *Dom Total*, 2020.

[33] Agence France-Press. Azerbaijão e Armênia assinam acordo para o fim dos combates por Nagorno-Karabakh. *Dom Total*, 2020.

[34] Karabakh deal wouldn't have max effect without Turkey: Lavrov. Daily Sabah, 2021..

[35] Agence France-Press. Principais pontos do acordo entre Armênia e Azerbaijão sobre Nagorno-Karabakh. *IstoÉ*, 2020.

[36] OLIVEIRA, Victor S. Mariotti de. Um Delicado Xadrez no Cáucaso: Implicações do Acordo de Cessar-Fogo entre Armênia e Azerbaijão. *Cosmopolita*, 2021.

[37] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 149.

Negociação na NBA: o caso Scottie Pippen

*Marcello Oliveira**
*Felipe Glioche***
*Victor Magno Indiani Costa****

J.J. Redick é um dos jogadores mais maduros da geração atual da NBA, com passagens por equipes como Orlando Magic, Milwaukee Bucks, Los Angeles Clippers, Philadelphia 76ers, New Orleans Pelicans e Dallas Mavericks[1]. Além de seu trabalho dentro das quadras, Redick é famoso por seu podcast, *Old Man and the Three*[2], no qual recebe semanalmente grandes nomes da NBA para um bate-papo informal sobre a experiência de ser um jogador de basquete profissional na principal liga do planeta.

No entanto, em março de 2021, o nome de J.J. Redick tomou as manchetes em virtude de sua polêmica saída do New Orleans Pelicans em direção ao Dallas Mavericks[3]. Essas foram as exatas palavras ditas pelo atleta ao se referir ao *front office*[4] de sua antiga franquia: "Eu não acho que você terá honestidade daquele *front office*, objetivamente falando. Não é uma opinião, eu só não acho que você vai ter isso"[5].

Segundo a lenda[6] da Universidade de Duke, antes do início da temporada, ele esteve reunido com o *front office* do Pelicans – liderado pelo vice-presidente executivo de operações de basquete David Griffin e o *general manager* Trajam Mangdon – oportunidade na qual requisitou

---

* Professor licenciado da Faculdade de Direito da PUC-Rio, cocoordenador do GAEMNE PUC-Rio.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, membro do GAEMNE PUC-Rio e do CMA PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio e membro do CMA PUC-Rio.

ser trocado. Redick contou que, em virtude da pandemia de Covid-19, tinha o *interesse*[7] de ficar mais perto de sua família que reside no nordeste dos Estados Unidos. A resposta de Griffin foi uma promessa: "Venha aqui daqui a um mês, se você ainda quiser ser trocado, eu te dou a minha palavra, eu te colocarei numa situação que goste".

Contudo, para sua surpresa, Redick foi trocado para o Mavericks, franquia localizada na cidade de Dallas, Texas. O Texas é um dos estados que faz fronteira com o México no sul dos Estados Unidos. Ou seja, é bem longe da família do ala-armador.

Redick então acusou os dirigentes do Pelicans de desonestidade em vídeo veiculado em seu canal[8]. O técnico da franquia, Stan Van Gundy, em entrevista coletiva concedida logo em seguida às declarações do ala-armador, saiu em defesa do time e afirmou que a NBA é um negócio e que o *front office* tinha responsabilidade para com a franquia primeiro[9].

Como se pode ver no exemplo elencado, a arena de negociações da NBA é das mais acaloradas do esporte. As peculiaridades que rondam as idas e vindas de jogadores e a maneira pela qual os contratos são estruturados a torna extremamente interessante para os estudiosos da negociação.

E, justamente pelo presente capítulo tratar da negociação de contratos na *National Basketball Association*, é impossível não se debruçar na análise da negociação de um dos casos mais emblemáticos: o contrato assinado entre Scottie Pippen e o Chicago Bulls, nos idos de 1991.

De início, é preciso entender algumas diretrizes do mecanismo que pauta todas as negociações que ocorrem na NBA, o *Collective Bargaining Agreement* (CBA), em especial o que este dispõe sobre o *salary cap* e suas nuances. O artigo "The Art of Contract Negotiation", de autoria de David B. Falk, agente esportivo atuante na NBA, oferecerá um aporte prático acerca dos principais pontos a serem levados em consideração quando se vai negociar no âmbito da Liga. Após, haverá a análise do ocorrido entre Pippen e o Bulls, sob a ótica do método proposto por Falk e suas correlações com a Escola de Negociação de Harvard. Por fim, será proposta uma reflexão sobre a dicotomia entre valores dos contratos e os interesses das partes.

O Collective Bargaining Agreement: as regras do jogo

O ponto de partida para a análise da situação ocorrida entre Pippen e o Bulls é a compreensão do documento jurídico que serve de base para todas as negociações no âmbito da NBA. Trata-se do chamado *Collective Bargaining Agreement*, ou simplesmente CBA.

O CBA é um contrato de natureza trabalhista assinado entre a NBA (National Basketball Association) e a NBPA (National Basketball Players Association) que dispõe acerca das regras pelas quais a liga opera[10]. Por exemplo, o CBA define o teto salarial (*salary cap*), os procedimentos para determinar o quanto ele deve ser, o salário-mínimo e máximo, as regras de troca (*trade*[11]), os procedimentos para o *draft*[12], dentre várias outras coisas que devem ser definidas para que uma liga como a NBA possa funcionar. Além disso, o contrato previne a NBA de violar leis federais antitruste, uma vez que várias práticas da Liga, como o *salary cap* e o *draft*, poderiam violar a legislação estadunidense se não fossem acordadas por meio de um *collective bargaining*[13].

Apenas para se ter uma ideia do tamanho da importância deste documento, em 2011 as negociações entre a NBA e a NBPA falharam em chegar a um acordo. Com isso, foi instituído um *lockdown* na Liga, com a proibição de conversas entre os jogadores e os membros das franquias, incluindo técnicos, donos, staff etc. Na época, as principais divergências abrangiam os seguintes tópicos: perda de capital, pequenos *versus* grandes mercados, *trades* e contratos[14].

Portanto, compreender o CBA é o primeiro passo para todos aqueles que almejam um dia negociar contratos para jogadores profissionais da NBA. Isso pelo menos é o que diz o maior agente esportivo de todos os tempos, David Falk[15].

David B. Falk é uma das maiores lendas do mercado de agenciamento esportivo nos Estados Unidos, famoso também por ter representado Michael Jordan por toda a carreira do jogador. Durante seus anos de maior atuação, mais especificamente na década de 1990, ele era considerado a segunda pessoa mais poderosa em toda a NBA, atrás apenas do comissário David Stern, falecido no início de 2020[16].

De acordo com Falk, em seu célebre artigo "The Art of Contract Negotiation"[17], para propriamente se negociar contratos na NBA de hoje é preciso ser um advogado, por conta da complexidade do documento jurídico a ser analisado. Ademais, é importante ser um *expert* no teto salarial, de modo a ter criatividade e inventar maneiras – não de burlar o teto porque isso não é permitido – mas sim de negociar à margem dele com objetivo de conseguir um valor de mercado justo para o seu cliente[18].

O tão mencionado teto salarial é o limite que os times podem gastar nos contratos dos jogadores. O intuito do teto é ajudar a manter o equilíbrio competitivo na Liga. Sem ele, times mais ricos poderiam simplesmente gastar mais do que os outros times com agentes livres (*free agents*[19]). Portanto, a ideia básica por trás do teto é a de que um time só pode assinar com um agente livre se o total pago não exceder aquele montante predeterminado. Dessa forma, os times, independentemente de sua situação financeira, ficam num campo mais igualitário para competirem uns com os outros[20, 21].

A versão "moderna" do teto salarial na NBA começou em 1984/85 no valor de US$ 3.600.000,00. Aos poucos ele avançava com aumentos graduais de cerca de um ou dois milhões de dólares por temporada até 1994/1995, oportunidade na qual estava fixado em US$ 15.964.000,00.

Ocorre que, com a assinatura de um contrato enorme de exibição de partidas entre a NBA e a NBC, uma das maiores emissoras de TV dos Estados Unidos, o teto pulou para US$ 23.000.000,00 em 1995-96. Logo em seguida, em 1997-98, última temporada sob a vigência do CBA de 1995, o valor atingido foi de US$ 26.900.000,00. Houve, portanto, um aumento de 647% no valor do *salary cap* naqueles 13 anos. Com isso, se deu um verdadeiro *boom* nos salários durante a década de 1990[22].

A falha em prever esse aumento extraordinário nos ganhos de jogadores da NBA fez com que Scottie Pippen assinasse aquele que é considerado por muitos um dos piores contratos da história da Liga[23] e, de quebra, contribuiu para o fim de uma das equipes mais dominantes da história dos esportes nos Estados Unidos.

O caso Scottie Pippen

Scottie Pippen é um dos jogadores de basquete mais vitoriosos de todos os tempos. Era conhecido por ser o nº 2 do histórico plantel formado pelo Chicago Bulls nos anos 1990, liderado por Michael Jordan, responsável por ganhar 6 títulos da NBA[24]. Foi integrante ainda do Dream Team[25] e, já aposentado, introduzido no Hall da Fama do Basquete numa cerimônia conduzida pelo próprio Jordan[26].

No entanto, nos idos de 1997, no verão antes do Chicago Bulls voltar às quadras em busca do inédito hexacampeonato, Scottie Pippen estava insatisfeito. Na realidade, apesar de suas numerosas conquistas, proporcionalmente o jogador detinha um dos piores salários. Para se ter uma ideia, na temporada 1997/1998, o salário de Scottie não figurava entre os 100 maiores salários da NBA[27], sendo apenas o sexto mais bem pago do elenco do Chicago Bulls.

Parece algo inconcebível que um jogador da estatura de Scottie Pippen tenha se sujeitado a um contrato que lhe fosse tão desfavorável. Porém, ao analisarmos com mais cautela a situação, é possível compreender o motivo.

Scottie Pippen foi a 5ª escolha do *draft* de 1987 pelo Seattle Supersonics. Em seguida, foi trocado por Olden Polynice e uma escolha futura de *draft*, indo parar na cidade de Chicago.

Naquele tempo, o ala da Universidade Central de Arkansas assinou um contrato sem muitas peculiaridades: seis anos com a possibilidade de extensão quando Pippen quisesse. Porém, bem diferente dos atuais contratos de calouros, os quais são firmados sempre pelo período de quatro anos, com a elegibilidade para extensão adquirida no terceiro ano de profissional[28].

Era comum os jogadores assinarem contratos por um longo período à época. Era o que estava na moda. O próprio David Falk elenca isso em seu artigo ao se referir ao que chama de *trending*. Segundo o agente, toda indústria tem tendências, e a do esporte não é diferente[29]. Para ilustrar seu entendimento, o autor destaca a questão envolvendo a duração dos contratos após a vigência do "novo" *salary cap*.

Na sua concepção, uma vez que a grande maioria dos times no basquete operava muito perto do *salary cap* e os contratos só podiam ser aumentados em 30% sobre o salário de primeiro ano, criou-se uma tendência de se negociar contratos muito longos.

Isso era objeto de grande preocupação de Falk, exatamente em razão da variação nos valores dos contratos. O que hoje pode ser considerado alto, daqui a alguns anos pode não ser. O exemplo utilizado para ilustrar essa situação é a negociação entre Alonzo Mourning e o Charlotte Hornets.

Durante as tratativas, Falk lembrou ao dono da franquia, George Shinn, que ele havia representado o primeiro atleta da história a ser *draftado* pelo Hornets, Rex Chapman, em 1988. Como 8ª escolha daquele ano, Chapman assinou um contrato de quatro anos com salários anuais na faixa de US$ 675.000,00. Alonzo, em 1992, tinha acabado de declinar uma proposta de US$ 3.000.000,00 a mais do que recebera Chapman.

Foi então que Falk perguntou ao dono se, quatro anos atrás, ele imaginava ver um jogador recusar US$ 3.600.000,00 por ano. Com a negativa, Falk disse: "Bom, é exatamente por isso que eu não quero um contrato longo, porque se os salários continuarem a mudar tão rápido quanto nos últimos quatro anos, o contrato de Mourning nunca se alinhará com a explosão de salários".

Essa habilidade de entender o aumento dos salários, acompanhando o aumento do teto, é outra habilidade extremamente importante para qualquer um que vá negociar contratos na NBA, segundo Falk. É preciso projetar, naquele contrato de determinada escolha do *draft*, o aumento anual do teto salarial em comparação com o dos anos anteriores.

Para Falk, essa era a nova tendência. A análise pré-negociação tinha se tornado muito mais científica, como nos contratos de beisebol. O objetivo é desenvolver o máximo de evidência econômica de modo a justificar a sua posição.

Falk está se referindo a *critérios objetivos*, tão defendidos por William Ury e Roger Fisher em *Como chegar ao sim*. Para eles, a *legitimidade* é um elemento fundamental ao se negociar, uma vez que quanto

mais se utiliza padrões de justiça, eficiência e mérito científico para lidar com um problema, maior será a possibilidade de que o pacote final seja sensato e justo. Analogamente, quanto mais se baseia em práticas precedentes ou comunitárias, maiores serão as chances de se extrair benefícios de experiências anteriores, e um acordo coerente com precedentes será menos vulnerável[30].

A realidade é que Falk faz uma defesa bem apaixonada de critérios objetivos ao discorrer sobre o valor de mercado justo e a habilidade. Na visão do agente, a maioria dos negociadores é bem "estúpida" ao entrar numa interação com nomes como Jerry West[31] ou Red Auerbach[32], e tentar negociar um contrato com base na percepção da qualidade técnica do jogador. É preciso focar em pontos objetivos que podem ser mensurados economicamente. Trata-se de considerações bem diferentes daquelas trazidas pela perspectiva do fã, de caráter bastante subjetivo.

Portanto, na década de 1990, imperava a era dos longos contratos. Além disso, conforme já mencionado, tratava-se de um período de larga expansão da NBA, não só em âmbito nacional, mas também em internacional, com o advento do *Dream Team*[33]. Portanto, o *salary cap*, teto anual dos salários da NBA, estava em franca ascensão. Foi nesse contexto que o ala Scottie Pippen resolveu abrir negociações para estender seu vínculo com o Chicago Bulls.

Uma vez contextualizada a negociação, é preciso, segundo Falk, compreender a situação do seu cliente, em especial os seus *interesses*. No método de Falk, para além da preparação, esse é o passo mais importante de todos, já que não é uma questão de quem você está representando ou qual o número do *draft* em que ele foi escolhido, mas sim, de quais são as suas necessidades e seus objetivos.

A segurança, por exemplo, é uma das maiores necessidades dos atletas. Muitos preferem maximizar a proteção de seus ganhos caso não consigam atingir o nível de performance que deles se espera[34]. Portanto, no momento de negociar, é preciso levar em consideração o que efetivamente cada atleta busca, como no caso de Redick que queria ficar perto de sua família.

Para Pippen, ávido por uma extensão, a sua assinatura significava conseguir atender um senso de dever familiar. O jogador vinha de uma família muito humilde de 12 irmãos. Seu pai e irmão mais velho eram pessoas com deficiência. Assim, o maior *interesse* de Scottie era ajudá-los da melhor maneira possível, logo, não podia arriscar perder um contrato relativamente lucrativo em razão de qualquer tipo de lesão que pudesse ter num futuro próximo.

Além disso, na metodologia de Falk, também era preciso descobrir o quanto de poder (*leverage*) o cliente detém. Geralmente, o primeiro lugar de onde esse poder advém é da competição com outros concorrentes.

Novamente, utilizando-se de uma diferente terminologia, Falk faz menção às *alternativas*, tão importantes no âmbito do *Como chegar ao sim*. Nas palavras de Fischer e Ury, quanto melhor a sua MAPAN (melhor alternativa para um acordo negociado), maior o seu poder[35]. Isso porque, ao contrário do que defende o senso comum, o poder de uma negociação relativo a duas partes depende, basicamente, de quão atraente para cada lado é a opção de não se chegar a um acordo.

Por outro lado, Falk também destaca que é importante saber o time com que se está lidando[36]. Essa seria a segunda fonte de poder em uma negociação, qual seja, a compreensão de quais são os objetivos de cada equipe, se já estão compromissadas ou não e o impacto que o jogador pode ter, não só em termos técnicos, mas comerciais[37] também. Basicamente, entender os *interesses* da franquia.

Na época da negociação com Scottie, o Chicago Bulls havia passado a temporada inteira de 1990/91 dentro do teto salarial, reservando cerca de US$ 1.600.000,00 para assinar com Toni Kukoc, estrela croata e objeto de desejo de Jerry Krause, *general manager*, na esperança de que ele, em dezembro daquele ano, fosse integrar a equipe uma vez que estaria legalmente elegível. No entanto, Kukoc optou por não fazer isso, um grande problema para a franquia, já que o teto não se estendia de um ano para o outro. Assim, o Bulls estava numa posição de ou utilizar aquela sobra ou perdê-la. O prazo final para exercer esse benefício era meia-noite do dia do último jogo das Finais.

Portanto, estava-se diante da seguinte situação: por um lado, se tinha Scottie Pippen, um jogador com grande potencial de crescimento no futuro, em vias de conquistar seu primeiro título na NBA (1990/1991) e ávido por uma extensão como forma de proteger a sua família enquanto, por outro, se tinha um Chicago Bulls necessitando o quanto antes de uma assinatura prévia de contrato, tendo em vista o prazo supramencionado, com o interesse de resguardar aquele espaço do teto salarial para buscar Kukoc, uma adição que fortaleceria ainda mais o seu renomado elenco.

A proposta do Bulls foi um acordo de cinco anos no valor de US$ 18.000.000,00. Entretanto, o novo arranjo não superaria as duas temporadas faltantes a que Scottie estava obrigado como resultado de seu contrato de calouro. Na verdade, isso significava que ele se comprometeria com o Bulls pelas sete temporadas seguintes, e, por incrível que pareça, o valor seria dividido no total de oito anos, tendo em vista o fato de que fora assinado no curso das Finais de 1990-91, antes do prazo de *salary cap* expirar. Vale pontuar que apesar de não diminuir o valor total que Scottie recebeu, essa manobra fez com que ele fosse jogado para uma posição ainda mais baixa na lista de mais bem pagos.

Jerry Reinsdorf, dono do Chicago Bulls, em entrevista para o documentário da Netflix *The Last Dance*, lembra de ter alertado o jogador sobre essa situação durante as negociações: "Lembro que era um contrato mais longo do que eu pensava ser inteligente para ele. Eu disse a Scottie a mesma coisa que disse a Michael: 'Se eu fosse você, não assinaria este acordo. Você pode estar se vendendo a descoberto. É um acordo muito longo'".

Ainda assim, apesar do apelo de Jerry, da contraindicação de seus agentes, Scottie Pippen, desconsiderando a projeção de aumento dos salários e com pouquíssimo poder de negociação, uma vez que nem sequer buscou *alternativas*, assinou um novo contrato durante as Finais da NBA de 1991. A manobra foi extremamente benéfica para o Chicago Bulls, que conseguiu se manter dentro do teto e ainda, de quebra, no futuro, assinar com a sensação croata Toni Kukoc.

No entanto, conforme o tempo passou, aquele contrato que todos os envolvidos sabiam ser "ruim", minou o relacionamento entre Scottie

e o Chicago Bulls, principalmente porque, uma vez sanado o interesse de segurança financeira de seus familiares, um segundo interesse ascendeu: o de reconhecimento.

Alguns episódios merecem menção na escalada de conflito que se deu após a assinatura do contrato[38]. O primeiro foi o fatídico jogo entre EUA e Croácia pelos Jogos Olímpicos de 1992. Como acima explicado, a manobra do Bulls durante as negociações do contrato de Pippen, tinha o intuito de resguardar poderio financeiro para buscar a contratação de Toni Kukoc, astro da seleção croata. Kukoc era objeto de desejo de Jerry Krause, *general manager* do Bulls, mas desafeto público de Michael Jordan, Scottie Pippen e do técnico Phil Jackson.

Jordan e Scottie, representantes da seleção americana, tomaram então como missão pessoal humilhar aquele que viria a ser um dos nomes importantes do segundo triplete do Bulls (1995/96, 1996/97 e 1997/98). Na partida, os astros estadunidenses se revezavam para marcá-lo e conseguiram fazer com que um dos melhores jogadores internacionais da época marcasse apenas 4 pontos. A história é contada pelos próprios Scottie e Jordan em *The Last Dance*.

Os demais episódios ocorrem já próximos ao final do primeiro ciclo de Scottie Pippen no Bulls (ele depois voltaria para encerrar a sua carreira na temporada de 2003/04) mais precisamente durante aquela tumultuada temporada de 1997/98.

No verão de 1997, especificamente em junho, Scottie foi quase trocado pela estrela do ensino médio Tracy McGrady, mesmo após a conquista do pentacampeonato. Existia uma certeza no *front office* do Bulls: a maioria daquele elenco multicampeão já era formada por veteranos, perto do declínio de suas carreiras, com exceção de Michael Jordan. Assim, a dúvida era se deveriam tentar o inédito hexacampeonato da franquia ou se o momento era de iniciar uma reconstrução em torno de Michael Jordan.

Essa indefinição não foi bem recebida por vários membros do elenco, mas em especial por Pippen. É importante ter em mente que, conforme os anos passavam, menos lucrativo se tornava o seu contrato, se comparado às melhores condições de mercado da época, aumentando, consequentemente, as suas insatisfações. O jogador disse em *The Last*

Dance: "Aquilo foi o que realmente destruiu o meu relacionamento com Jerry (Krause). Ele tentou me fazer sentir especial, mas ainda assim estava disposto a tentar me trocar. Ele nunca dizia isso na minha frente. Eu me senti insultado. Eu tive atitude de desrespeitá-lo em certo ponto".

Logo em seguida, em outubro de 1997, Pippen decidiu realizar uma cirurgia no seu dedão de modo a proteger os seus futuros rendimentos. Aquela era a sua última temporada pelo Bulls, e como já estava extremamente insatisfeito com a sua situação e com a maneira pela qual era tratado pelo *front office*, não se importou em perder o início da temporada para se recuperar. Essa atitude de Pippen foi bastante criticada por Jordan no documentário: "Scottie estava errado naquele cenário. Scottie estava tentando forçar a gestão a trocar o seu contrato. Jerry não ia fazer isso".

Por fim, Pippen declarou em novembro daquele ano que queria ser trocado e que nunca mais jogaria pelo Bulls. O time, ao contrário do jogador em 1991, fez uma boa leitura daquela situação. Não fazia sentido entrar em negociações com o jogador, já que, em razão de sua lesão e da proximidade da condição de agente livre, ele detinha um poder de negociação extraordinário. Assim, não haveria motivos para trocar ativos importantes por um jogador que não jogaria muito naquela temporada e que poderia sair na *offseason*.

O resultado foi que, uma vez conquistado o hexacampeonato – sim, Pippen retornou para jogar pelo Bulls –, a situação ficou totalmente insustentável. Com isso, ao se tornar agente livre no final daquela temporada, Scottie Pippen acertou sua saída de Chicago para o Houston Rockets, num contrato de cinco anos pelo valor de US$ 67.000.000,00.

O jogador saiu magoado da franquia em que fez história. Na realidade, a situação de Pippen e a maneira pela qual diversas negociações foram conduzidas fizeram com que houvesse uma verdadeira debandada de Chicago após o sexto título. Phil Jackson, também desafeto público de Krause, saiu do time; Michael Jordan, que disse anteriormente só jogar sob a batuta de Jackson, cumpriu sua palavra e se aposentou; e diversos jogadores relevantes, como o armador Steve Kerr, autor da cesta final na conquista do pentacampeonato e um dos maiores cestinhas de três pontos da história da Liga, foram trocados.

E assim Chicago deu início à sua (tentativa de) reconstrução. O que houve, na verdade, foi uma completa derrocada que marcou a era pós-Michael Jordan e, eventualmente, custou o emprego de Jerry Krause. O Bulls só viria a retomar algum tipo de protagonismo com a chegada no final da década seguinte do calouro Derek Rose.

* * *

É inequívoco que a relação entre Scottie Pippen e o Chicago Bulls foi altamente impactada pelos termos do contrato firmado, tendo se verificado uma importante assimetria entre as condições do jogador e do mercado. Era de se esperar que alguém do porte e do renome de Pippen tivesse recebido um dos maiores salários da liga de uma franquia vitoriosa.

Ainda assim, o cerne da questão é que os interesses de Scottie Pippen não foram totalmente abarcados desde o momento de negociação do contrato. É verdade que o jogador buscava segurança, em virtude de seu senso de dever familiar. No entanto, ao negociar com a franquia, deixou de levar em consideração algo extremamente importante para si: o reconhecimento.

Por sua vez, o Chicago Bulls, ainda que no futuro tenha perdido Pippen para o Houston Rockets, conseguiu uma maior oxigenação financeira, o que lhe deu melhor capacidade de se organizar e certamente contribuiu para a vitória de 6 títulos da NBA.

Vale mencionar que, de acordo com Draymond Green, tricampeão pelo Golden State Warriors, os dois melhores times da história foram construídos tendo contratos "ruins" como base[39]: o Chicago Bulls de 1995/1996, liderado por Jordan, Pippen e Rodman, e o Golden State Warriors de 2015/2016, capitaneado por Curry, Thompson e Green.

No caso do Warriors, em 2013, o armador Stephen Curry assinou um contrato de quatro anos pelo valor de US$ 44.000.000,00. Na época, existiam rumores que indicavam que o time tinha preocupações com o histórico de lesões do jogador no início de carreira.

Como todos sabem, Curry contrariou aqueles pessimistas, mantendo sua integridade física e durante a vigência daquele acordo, ganhou

dois prêmios de MVP e ainda liderou a franquia na conquista da NBA na temporada 2014/15, enquanto quebrava recorde após recorde[40].

No entanto, há uma diferença entre Pippen e Curry. Enquanto Scottie saiu de Chicago com a sensação de que nunca teve seu valor reconhecido, Steph teve o seu na forma do primeiro contrato da história da NBA na faixa de US$ 200.000.000,00 em 2017.

Logo, por mais que os contratos versem sobre valores monetários e estes sejam primordiais, é preciso que esse valor contemple os diversos interesses por trás, seja da franquia, seja do atleta. Para Pippen, um alto valor significava reconhecimento. Entretanto, é possível que vejamos atletas renomados, extremamente satisfeitos com salários bem baixos. E, no momento, o melhor exemplo é o de Carmelo Anthony e o Los Angeles Lakers.

Durante o período de agência livre da NBA, antes do início da temporada 2021/2022, o Lakers foi um dos times que mais se movimentou, renovando grande parte de seu plantel, de modo a retomar o título perdido para o Milwaukee Bucks. Dentre as suas contratações está Carmelo Anthony.

Anthony é um dos jogadores mais famosos das últimas duas décadas, sendo tricampeão olímpico e um dos dez maiores cestinhas da história da Liga. Ainda assim, o seu contrato com franquia é de apenas uma temporada e por um valor bem abaixo do que ganhou em outros tempos da NBA.

O ponto aqui é que Anthony não busca maximizar seus ganhos e sim vencer a Liga, algo inédito na sua trajetória. Por sua vez, o Lakers não consegue, em virtude do teto salarial, oferecer um grande salário à Carmelo, porém oportuniza a chance de encerrar a sua carreira coroando-se campeão da NBA.

Portanto, um bom contrato não é necessariamente aquele de maior valor. É aquele que atende os interesses de cada cliente e de cada franquia, seja de ter reconhecimento, de ter oxigenação financeira, de ter segurança, de ficar perto da família ou até mesmo de realizar o sonho de criança de ser campeão da NBA.

Notas

[1] Fonte: https://www.basketball-reference.com/players/r/redicjj01.html, acessado em 20/05/2021.

[2] Todos os episódios do Podcast estão disponíveis no canal do jogador no YouTube.

[3] ZILLGITT, Jeff. J.J. Redick rips New Orleans Pelicans for his trade to Mavericks. *USA Today*. 31, março, 2021.

[4] *Front office*, ou linha de frente, é a equipe de uma empresa que trabalha diretamente com os clientes. O espectro de atuação que engloba estes profissionais é amplo e deve ser considerado dentro de cada ramo de atividade. No caso da NBA o *front office* é responsável por conduzir as negociações, sob a liderança do general manager. (Matéria em site da *Capital Research*)

[5] Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=rujD8EXrXeo. Acesso em 20 maio 2021.

[6] Foram 139 jogos, com média de 19,9 pontos, 2,7 rebotes e 2,2 assistências por jogo. Além disso, Redick foi agraciado com as seguintes premiações: HS Parade; 2005/06 AP POY; 2x Consenus AA; Wooden Award; Naismith Award; 2x Rupp Award; 2x ACC POY; 4x All-ACC; 3x All-ACC Tourney; ACC All-Freshman e 2x ACC Tourney MVP.

[7] "Desejos e preocupações são interesses. Interesses são os motivadores. São a força oculta por detrás do rebuliço das posições. A sua posição é algo sobre o qual você decidiu. Seus interesses são o que o levaram a tomar essa decisão." URY, William e FISHER, Roger. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 58.

[8] Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=rujD8EXrXeo&t=76s. Acesso em 18 maio 2021.

[9] ZILLGITT, Jeff. J.J. Redick rips New Orleans Pelicans for his trade to Mavericks. *USA Today*, 31, março, 2021.

[10] COON, Larry. *NBA Salary Cap FA*Q.

[11] Times dentro do limite estabelecido pelo salary cap podem realizar trades (trocas) como quiserem, desde que não ultrapassem em US$ 100 mil o valor estabelecido pelo cap. Caso isso ocorra, independentemente se o time já estava acima ou abaixo do cap, uma exceção é requerida. A exceção é um mecanismo que autoriza os times a realizar trades ou assinar com jogadores e ultrapassar o salary cap. Como a maioria dos times na Liga hoje opera acima do cap, as trades usualmente são completadas utilizando-se dessas exceções (COON, Larry. *NBA Salary Cap FAQ*).

[12] O Draft da NBA é um evento anual no qual os times selecionam jogadores das faculdades estadunidenses e das ligas internacionais para se juntar aos seus elencos. Toda vez que um time seleciona um jogador, ele recebe os direitos exclusivos de assinar um contrato da NBA com esse jogador. Vale mencionar que é possível envolver escolhas de draft presentes ou futuras em negociações, apesar de existirem algumas restrições como a chamada The Stepien Rule que impede times de trocarem as suas escolhas de primeiro-round em anos consecutivos. GREEN, Jack. *How does the NBA draft work?* Betway Insider. 19, março, 2020.

[13] COON, Larry. *NBA Salary Cap FAQ*.

[14] BECKMAN, Alec. *NBA Lockout for Dummies*: Explaining the Situation from Both Sides.

[15] FALK, David B. The Art of Contract Negotiation. *Marquette Sports Law Review*, 1992, v. 3, Article 4.

[16] Algumas curiosidades interessantes sobre Falk: (i) em 2000, detinha clientes em todos as franquias da NBA com a exceção de duas; (ii) listado dentre "As 100 Pessoas Mais Poderosas

nos Esportes" por 12 anos seguidos, de 1990 a 2001, pela The Sporting News; e (iii) nomeado um dos Top 50 Marqueteiros dos Estados Unidos pela Advertising Age em 1995.

[17] FALK, David B. *The Art of Contract Negotiation*. Law School, Marquette University.

[18] FALK, David B. *The Art of Contract Negotiation*. Law School, Marquette University.

[19] Em esportes profissionais (especialmente na América do Norte), um agente livre (free agent) é um jogador elegível para assinar com outros clubes e franquias. Por exemplo, um jogador que não esteja sob contrato com nenhum outro time específico. O termo também é utilizado para se referir a um jogador que esteja sob contrato naquele momento, porém é autorizado a solicitar ofertas de outros times. Em algumas circunstâncias, as opções dos agentes livres são limitadas por regras da liga (como no caso da NBA).

[20] COON, Larry. *NBA Salary Cap FAQ*.

[21] Ainda assim, existem formas legais de se ultrapassar o teto salarial. Uma delas é a chamada de luxo (luxury tax). Apesar de comumente receber essa denominação, o CBA simplesmente a chama de taxa (tax) ou pagamento do time (team payment). Trata-se de valor pago pelos times que mais gastam – aqueles com um elenco em que os salários excedem o teto. Com isso, esses times pagam uma penalidade por cada dólar do salário da equipe (com algumas exceções) que exceda aquele limite pré-determinada. (COON, Larry. *NBA Salary Cap FAQ*).

[22] COON, Larry. *NBA Salary Cap FAQ*.

[23] Disponível em matéria no site da *NBC Sports*.

[24] 1990-91, 1991-92, 1992-93, 1995-96, 1996-97 e 1997-98.

[25] Histórica equipe de basquete da seleção norte-americana montada para competir os Jogos Olímpicos de Barcelona em 1992. Foi a primeira vez em que jogadores da NBA compunham o plantel estadunidense. Anteriormente, apenas jogadores universitários eram elegíveis para competir. Fizeram parte daquela equipe: Magic Johnson, Charles Barkley, Karl Malone, John Stockton, Patrick Ewing, David Robinson, Larry Bird, Chris Mullin, Scottie Pippen, Michael Jordan, Christian Laettner e Clyde Drexler. Para números que demonstram a superioridade daquele time ver: GLOBO ESPORTE. Números mostram superioridade espantosa do Dream Team em Barcelona 92. 26, maio, 2020.

[26] Discurso de consagração no Hall da Fama. Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=sfqznfs24Cc. Acesso em 19 maio 2021.

[27] QUINN, Sam. Scottie Pippen contract explained: How the Bulls managed to sign Hall of Famer for pennies on the dollar. *CBS Sports*, 17, maio, 2020.

[28] QUINN, Sam. Scottie Pippen contract explained: How the Bulls managed to sign Hall of Famer for pennies on the dollar. *CBS Sports*, 17, maio, 2020. Ainda nesse quesito, uma curiosidade: em 2021, o astro Luka Doncic do Dallas Mavericks foi o primeiro jogador da história da NBA a assinar um contrato máximo assim que elegível para extensão. O valor total a ser recebido é na faixa de US$ 207 milhões. REDAÇÃO DO GE. Doncic assina extensão de contrato histórica com o Dallas Mavericks. 10, agosto, 2021.

[29] FALK, David B. The Art of Contract Negotiation. *Marquette Sports Law Review*, v.3, article 4, 1992.

[30] URY, William e FISHER, Roger. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 92.

[31] Jerome Alan West é um ex-jogador de basquetebol norte-americano que atualmente exerce a função de Conselheiro nos Clippers. West ganhou notoriedade por ter servido de inspiração para o desenho do logotipo da NBA, o qual é baseado na imagem de uma jogada de Jerry West.

[32] Red Auerbach foi general manager e presidente do Boston Celtics, sendo vencedor de sete títulos da NBA (foram 16 de se contarmos o período em que atuou como treinador). É considerado um dos mais bem-sucedidos na história dos esportes profissionais norte-americanos.

[33] Conforme material jornalístico disponível no site do *Globo Esporte*, saiba como o *Dream Team* encantou o mundo e mudou a NBA de patamar.

[34] FALK, David B. The Art of Contract Negotiation. Marquette Sports Law Review, v.3, Article 4, 1992.

[35] URY, William e FISHER, Roger. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 109.

[36] FALK, David B. The Art of Contract Negotiation. *Marquette Sports Law Review*, v.3, Article 4, 1992.

[37] Um caso famoso é o de Patrick Ewing e o New York Knicks, quando o uso da imagem de Patrick como calouro nos ingressos dos jogos alavancou as vendas de bilheteria. Assim, quando a franquia e o jogador foram se reunir para a assinatura do contrato, Ewing detinha um maior poder dentro da negociação devido ao enorme impacto econômico sentido pelo time.

[38] QUINN, Sam. Scottie Pippen's feud with Jerry Krause, Bulls: A look at the events that led to star's departure from Chicago. *CBS Sports*, 14, may, 2020.

[39] Disponível em https://www.nbcsports.com/bayarea/warriors/draymond-green-calls-steph-curry-scottie-pippens-contracts-worst-ever. Acesso em 24 maio 2023.

[40] Na histórica temporada de 2015/16, na qual o Warriors superou o número de vitórias do Chicago Bulls de 1995/96 de Jordan e Pippen, e que Steph foi considerado o MVP, ele era o sexagésimo primeiro na lista dos mais bem pagos da NBA e o quinto no plantel do Warriors, recebendo o valor de US$ 11.370.786. Apesar disso, sua situação era bem melhor que a de Pippen em 1997/98 quando o jogador era sexto no elenco do Bulls e centésimo vigésimo segundo na NBA, com um salário anual que girava em torno de US$ 2.775.000.

Crianças na mediação: dois casos de participação de menores de idade no procedimento mediativo

*Mia Schneider**

*Samantha Pelajo***

*Fernanda Fucci****

*Maria Clara Souza*****

O Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC[1], vinculado ao Núcleo de Prática Jurídica – NPJ da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, tem por propósito oportunizar i) aos graduandos da faculdade de Direito a experiência da resolução de controvérsias por meio da facilitação do diálogo; e ii) a pessoas economicamente hipossuficientes a abordagem colaborativa na construção de entendimentos.

Com um fluxo de casos espontaneamente gerado pela triagem do núcleo e eminentemente marcado por situações intrincadas decorrentes da

---

* Professora da Faculdade de Direito da PUC-Rio, mestranda em Psicologia e especialista em direito Processual Civil pela PUC-Rio, cocoordenadora dos Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio, Grupo Acadêmico de Estudos em Mediação e Negociação Empresarial – GAEMNE PUC-Rio e Centro de Métodos Autocompositivos – CMA PUC-Rio.

** Professora da Faculdade de Direito da PUC-Rio, doutoranda e mestre em Direito pela UFF, cocoordenadora dos Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio, Grupo Acadêmico de Estudos em Mediação e Negociação Empresarial – GAEMNE PUC-Rio e Centro de Métodos Autocompositivos – CMA PUC-Rio.

*** Graduada em Psicologia pela PUC-Rio, monitora do GIMEC PUC-Rio (2019.1-2020.2).

**** Graduada em Psicologia pela PUC-Rio, monitora do GIMEC PUC-Rio (2019.2-2021.1).

área de família, o GIMEC busca, por meio de seus professores, monitores e alunos, ajudar os clientes a i) perceberem seu vínculo de interdependência na superação dos desafios e no aproveitamento das oportunidades comuns e ii) reestabelecerem uma comunicação produtiva, que possa permitir a compreensão das diferentes perspectivas, percepções e significações das vivências havidas no seio da família. A colaboração tende a potencializar as chances de se identificar o que é genuinamente importante para cada um dos indivíduos e de se construírem encaminhamentos considerados por todos como equilibrados e sustentáveis.

Mediações familiares comumente envolvem filhos menores de idade, cujos interesses precisam ser considerados ao longo do procedimento. O cuidado com a preservação do desenvolvimento emocional, cognitivo, social e psicológico das crianças e adolescentes é um desafio comum dos mediandos/pais, que, pela complexidade e/ou ineditismo da situação ou pela profusão de sentimentos inerente ao processo de luto pelo desfazimento do projeto de vida a dois, nem sempre têm clareza de quais são as possíveis soluções que melhor atenderiam as necessidades dos seus filhos.

Contextos conflitivos mal administrados podem gerar impactos deletérios não apenas sobre aqueles que negociam os termos da superação da controvérsia. Conquanto não se encontrem literal ou metaforicamente sentados à mesa de negociação, outros indivíduos podem ser afetados pelos desdobramentos decorrentes da escalada do conflito ou da escolha da abordagem negocial (competitiva, baseada na barganha, ou colaborativa, fulcrada na mediação) e dos resultados alcançados nesse processo. A questão que se coloca e será objeto dos estudos de caso a seguir descritos é: quando se está diante de terceiros menores de idade, seria possível franquear a sua presença e participação no procedimento mediativo, de forma segura e adequada?

Adolescente em mediação: caso Sofia

O primeiro caso envolve a jovem Sofia[2], de 14 anos, cujos pais estiveram em mediação com o propósito de decidir o porvir da filha. A adolescente vivia até então com sua mãe, Joana, na cidade do Rio de Janeiro,

mantendo pouco ou quase nenhum contato com seu pai, Carlos. Os genitores de Sofia nos contaram que sua convivência afetiva fora descontinuada quando a filha tinha poucos meses de idade. Reconheceram reciprocamente que não conseguiram manter uma parceria no exercício da parentalidade e que as definições conjuntas sobre os caminhos a serem trilhados pela filha comum eram sempre desafiadoras, razão pela qual consideravam, de parte a parte, válida a experiência da mediação.

Joana recebera uma boa proposta de trabalho em Santa Catarina, motivo pelo qual pretendia passar, pelo menos um ano, dedicada a essa oportunidade profissional. Para tanto, precisaria encontrar um lar temporário para Sofia, pois a filha estava no meio do ano letivo e tinha recém-conquistado uma vaga como jovem aprendiz em uma empresa de tecnologia – a adolescente buscara uma inserção como essa por algum tempo e estava muito engajada e entusiasmada.

Diante desse contexto fático, Joana imaginava que a filha ficaria muito frustrada se tivesse que acompanhá-la na mudança de estado. Na percepção da mãe, seria como se estivesse priorizando sua trajetória profissional em detrimento do percurso laboral de Sofia. Ao procurar o Núcleo de Prática Jurídica da PUC-Rio, Joana tinha a expectativa de que os advogados pudessem convencer o pai da menina a acolher a filha durante o período de ausência materna.

Em virtude disso, a triagem do NPJ encaminhou o caso ao GIMEC para uma reunião inicial de pré-mediação. A ideia seria receber a medianda em potencial para uma reunião preliminar em que os alunos-monitores pudessem i) escutar ativa e empaticamente sua narrativa, checando entendimentos, inclusive por meio da redefinição com conotação positiva; ii) convidá-la a se engajar em um exercício hipotético, que a levasse a retratar a situação vivenciada a partir do possível ponto de vista do pai de sua filha; iii) oferecer a Joana a possibilidade de se preparar para estar presente na mesa de negociação com Carlos, fosse pela análise do histórico da dinâmica de interação, fosse pela eleição de recursos comunicacionais produtivos. Em paralelo, os alunos-monitores compartilhariam com Joana os princípios éticos da mediação, além dos alcances e limites do procedimento.

Depois da reunião preliminar com Joana e a partir de sua concordância em participar da negociação mediada, os alunos-monitores convidaram Carlos para a pré-mediação. O pai de Sofia aceitou vir até o núcleo universitário conhecer o procedimento mediativo, passando pela mesma abordagem ao longo do encontro inaugural de apresentação da metodologia.

A mediação se iniciou na semana seguinte, com a participação de ambos os mediandos em reunião conjunta, conduzida em comediação, por um dos professores-mediadores, o qual traria para a mesa a experiência consolidada pela prática, e um dos alunos-monitores, que daria continuidade ao *rapport*[3], construído desde os encontros preliminares.

Já de início, Carlos informou que não poderia receber Sofia, diante de sua precária situação: morava de favor na casa do irmão e dormia em um sofá-cama na sala de estar. Esclareceu que os avós paternos, ainda vivos, moravam muito longe da escola da neta.

Enquanto as mediadoras estimulavam a criatividade dos pais de Sofia, em busca de possibilidades que satisfizessem os interesses manifestados por ambos, de segurança e bem-estar da filha, Joana mostrou-se preocupada com a ansiedade da adolescente em relação às opções que vinham sendo aventadas.

Como a mediação tem, dentre seus norteadores, a busca pela contemplação dos interesses de todos os envolvidos no contexto fático e diante da preocupação manifestada por Joana, as mediadoras fizeram perguntas na intenção de entender se os pais de Sofia acreditavam ser válida a inclusão da filha no procedimento, a fim de oportunizar que a menina pudesse perceber suas expectativas sendo consideradas no processo.

Ao longo da trajetória do GIMEC com o escritório-escola da PUC-Rio, houve situações nas quais os mediandos consideraram que a melhor forma de preservar seus filhos menores de idade seria por meio do convite à sua inserção na mesa de mediação – resguardados os cuidados pertinentes.

A literatura especializada destaca que a decisão de convidar crianças ou adolescentes a participarem do procedimento deve ser tomada conjuntamente entre os mediandos-genitores e os mediadores em atuação no

caso[4]. Aos pais, cabe refletir sobre como os filhos receberiam o convite e se mãe e pai, na qualidade de responsáveis legais, sentir-se-iam confortáveis com a presença da criança e/ou do adolescente na mediação. Os mediadores, a seu turno, precisariam reunir habilidades reflexivas e empáticas, de forma que pudessem, consideradas as peculiaridades vivenciadas, ponderar o potencial benefício da inclusão de menores de idade na dinâmica mediativa. Em outras palavras, o propósito e a forma de participação dos filhos devem estar muito bem delineados, pela prévia definição entre genitores e facilitadores.

A maturidade da criança ou do adolescente deve ser considerada nessa decisão. É necessário que esses sejam capazes de manifestar seus medos, desejos e necessidades, ainda de que de forma lúdica. Nesse sentido, Araújo e Souza[5] elucidam:

> É importante lembrar que essas crianças e adolescentes ainda são pessoas em formação, em sendo assim, cabe ao mediador identificar qual o estágio de desenvolvimento e também qual a capacidade de compreensão acerca do sentido e do alcance da intervenção respectiva desse jovem para que possa melhor se comunicar.

Conquanto, em muitos contextos, os filhos sejam os principais afetados pelas soluções construídas por seus pais, frequentemente deixam de ter seus interesses considerados. Decerto, a tomada de decisão cabe aos adultos, na condição de responsáveis legais. Deve-se, no entanto, escutar e acolher empaticamente as preocupações, as ideias e as expectativas dos infantes. Para que essa legitimação ocorra de forma ponderada e cuidadosa, revela-se muito apropriado o acompanhamento por um profissional especializado e habilitado no trato com crianças e adolescentes, capaz de compreendê-los e de criar um espaço produtivo, no qual a expressão verbal e não verbal dos filhos possa ressoar e indicar possíveis novos caminhos.

Diga-se, ainda, que a inclusão de menores de idade na mediação deve ter como norte a persecução de seus melhores interesses e o benefício que potencialmente lhes proporcionará. Deve-se garantir uma ambiência favorável a que o jovem tenha uma experiência positiva, sempre

que possível, sentindo-se escutado e considerado na tomada de decisões. Teixeira[6] sugere:

> Seja no interior das famílias, nas escolas ou na comunidade, crianças e adolescentes interagem, afetam e são afetados pelo ambiente em que se encontram, constroem relações sociais e se desenvolvem a partir delas. Portanto, à esfera adulta, cabe refletir sobre a qualidade da escuta que está sendo dedicada a crianças e adolescentes no que se refere aos processos de tomada de decisão que definem e impactam suas vidas; sobre o quanto do que disseram é levado em consideração nesses processos; e, ainda, se o mundo adulto está preparado para escutá-los.

No caso da jovem Sofia, para sua inclusão no procedimento foi importante a presença de uma psicóloga especializada no atendimento a crianças e adolescentes, com especial conhecimento em métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Segundo Almeida[7], cabe convidar especialistas para integrarem o processo de facilitação do diálogo. O que incrementa as chances de se construírem encaminhamentos qualificados e conscientes e potencializa a confiança de todos na dinâmica mediativa. No caso de Sofia, com a inclusão da psicóloga, almejou-se assegurar a preservação da jovem, além de viabilizar os recursos necessários à tomada de decisão pelos adultos.

A psicóloga convidada recebeu Sofia para uma conversa privada preliminar. Nesse encontro entre as duas, a profissional pôde avaliar como seria para a adolescente estar naquele espaço e quais seriam seus limites em termos cognitivos e emocionais, considerando seu desenvolvimento psicossocial, além de formar um vínculo de confiança capaz de propiciar à jovem a possibilidade de se sentir acolhida e apoiada pela psicóloga. As mediadoras iniciaram a reunião conjunta recepcionando Sofia com acolhimento e reforçando que a adolescente teria autonomia para descontinuar sua participação a qualquer momento. A menina seria a protagonista daquele encontro, no qual poderia expressar livremente seus sentimentos e suas percepções.

Sofia, acompanhada da psicóloga e na presença das mediadoras e de seus genitores, compartilhou seu desejo de permanecer no Rio de Janeiro e sua expectativa de poder viver com o pai, mas entendeu, ainda

que com algum nível de contrariedade, que esse cenário não seria possível, diante da precária moradia de Carlos.

A partir de uma compreensão mais ampla dos interesses de todos – em especial, buscando a concretização do bem-estar da adolescente – as mediadoras estimularam um exercício de *brainstorming* pelos pais de Sofia, para que múltiplas possibilidades pudessem ser consideradas. Admirada por assistir Joana e Carlos trabalhando juntos no sentido de gerar ideias criativas, sem juízo crítico – ao menos *a priori* –, Sofia interrompeu seus pais para sugerir um caminho até então não vislumbrado: olhou para a mãe e perguntou se a casa de Daniel seria uma opção.

Daniel fora companheiro de Joana até três anos antes e era pai dos irmãos mais novos de Sofia. A adolescente manteve um vínculo próximo com o padrasto, sua maior referência masculina, com quem convivera desde os seus dois anos de idade.

A princípio, Joana e Carlos pareceram estranhar a possibilidade aventada pela filha. Contudo, ao passarem à análise dos custos e benefícios das opções construídas ao longo da mediação, a mãe de Sofia convenceu-se da pertinência da ideia trazida pela menina. Além do excelente relacionamento entre enteada e padrasto, Joana também mantinha uma boa relação com o pai de seus filhos mais novos e confiava plenamente em seu ex-companheiro.

Seria uma forma de viabilizar a permanência de Sofia no Rio de Janeiro, a convivência dela com os irmãos – que ficariam sob os cuidados de Daniel, durante o período de viagem de Joana – e o tratamento uniforme entre os filhos, valor que norteou a postura materna ao longo dos anos. Carlos demonstrou certa reticência, concordando, no entanto, em ouvir Daniel a respeito, até para entender se seria de fato uma possibilidade concreta e, em caso positivo, quais configurações poderiam funcionar. Só então, com a convicção de que o padrasto da filha teria condições efetivas e disponibilidade genuína para acolhê-la por um período tão extenso, o pai se sentiria seguro para tomar uma decisão sobre essa questão que lhe era tão sensível.

A reunião terminou com os seguintes encaminhamentos: i) Daniel seria convidado a participar da mediação e ii) Sofia retornaria, em

companhia da psicóloga, após o encontro de seus pais com o padrasto e as mediadoras, a fim de que fosse informada sobre os desdobramentos.

Daniel chegou ao escritório universitário expressando total disponibilidade para participar do procedimento. As mediadoras contextualizaram o cenário e o estado da arte da negociação, explicando o motivo de seu convite para integrar a mediação. O padrasto de Sofia pareceu positivamente surpreso com a vontade manifestada pela enteada de morar em sua casa até o retorno de sua mãe. Demonstrou efusivamente seu carinho pela adolescente e concordou que seria positivo manter os três irmãos reunidos durante a ausência materna, fato que já seria por si só desafiador para todos. As mediadoras puderam constatar, por meio da linguagem não verbal[8] de Carlos, um grande alívio ao perceber a postura respeitosa por parte do padrasto de sua filha e a assertividade com que recebeu a ideia de acolhimento temporário da jovem.

O único desconforto de Daniel dizia respeito a um aspecto jurídico-pragmático: a que título ficaria responsável por Sofia? Não precisaria ter algum tipo de "autorização legal"? "E se o conselho tutelar batesse em sua porta ou a escola pedisse a assinatura de algum documento?". Joana e Carlos, que não tinham até então refletido sobre essas questões, também manifestaram dúvidas de como poderia se dar a implementação prática daquela opção.

Em observância ao princípio da decisão informada e na expectativa de que os mediandos pudessem fazer escolhas sustentáveis no tempo, as mediadoras – que em virtude da imparcialidade inerente à sua função não poderiam oferecer orientações técnicas – sinalizaram no sentido da necessidade de uma consulta a advogados. O Núcleo de Prática Jurídica da universidade poderia prestar-lhes esse atendimento, caso considerassem conveniente e oportuno. Os três sentiram-se confortáveis em conversar conjuntamente com um advogado do NPJ. E assim foi feito: as monitoras cuidaram do respectivo encaminhamento à triagem do escritório-escola para agendamento da reunião.

Em seguida à orientação técnica, os mediandos retornaram à mediação, em cujo espaço decidiram que a guarda de Sofia seria compartilhada entre mãe, pai e padrasto, ao menos ao longo do período em que

a adolescente residisse com Daniel. Também ficou acordado que Carlos poderia conviver com a jovem em todos os fins de semana. Dessa forma, estariam contemplados interesses plurais: i) preservação do exercício da responsabilidade parental com relação à tomada das decisões mais significativas da vida da filha menor de idade; ii) resguardo da convivência cotidiana entre o pai e a menina; e iii) garantia de segurança jurídica por parte de Carlos ao longo dos meses subsequentes.

As mediadoras comprometeram-se com a redação do acordo, cuidando de retratar fielmente e na linguagem dos mediandos o que havia sido alinhado. Todavia, antes de apresentarem a minuta aos adultos para a devida revisão e consequente formalização, convidaram Sofia para um novo encontro – desta vez, não apenas na presença de seus pais e da psicóloga, mas também de Daniel. A menina recebeu com entusiasmo a notícia de que a solução alcançada por seus responsáveis levou em consideração suas preocupações e desejos. Sofia demonstrou profunda alegria por se sentir escutada e cuidada.

Para que crianças e adolescentes tenham seus interesses e necessidades considerados no procedimento, é imprescindível que o mediador, enquanto agente de realidade, auxilie na identificação de terceiros envolvidos na controvérsia[9]. Pelajo e Lobo[10] apontam que crianças e adolescentes, como pessoas em fase de formação de suas personalidades, "gozam de proteção integral, devendo ter seus interesses satisfeitos com prioridade em relação àqueles titularizados pelos adultos".

Criança em mediação: caso Tiago

Em outra mediação conduzida pelo GIMEC, precisou-se identificar a pertinência da inclusão de uma criança no procedimento. Ao longo de uma negociação de temas atinentes ao fim do casamento de Ana e Miguel, a mãe demonstrou, por diversas vezes, preocupação relativa ao convívio do filho Tiago, de 10 anos, com o pai. Ana não estava tranquila, por exemplo, com a ideia de a criança dormir na companhia de Miguel. O desconforto materno, somado aos horários da rotina do trabalho paterno, acabavam limitando a convivência entre Tiago e seu pai a algumas horas por semana.

A conjugalidade terminou em meio a muito ressentimento. Ana demonstrava incompreensão com o relato de Miguel, no sentido de que o vínculo afetivo teria se descontinuado, e raiva pelo fato de seu "ainda marido" já ter assumido um novo relacionamento. Sentia-se traída e frustrada pelo término do projeto de vida a dois que, em sua perspectiva, teria sido abrupto e prematuro. Imersa em tanta dor, reconhecia sua dificuldade em lidar com o desapego. Sua mágoa provocada pelo fim da relação com Miguel gerava em Ana o desejo de retribuir seus ressentimentos. Por mais de uma vez, a medianda manifestou o desejo de puni-lo por "colocar toda a família naquela situação".

Miguel, por sua vez, estava muito abalado com a escassez do convívio com o filho e prestes a aceitar qualquer imposição de Ana, com vistas a reverter a situação. Seu intuito era o de celebrar um acordo o mais imediatamente possível, na ilusão de que, assim, superariam aquela fase sofrida. Sua expectativa era no sentido de que, atendendo aos pedidos da ex-mulher, poderia voltar a conviver mais amiúde com Tiago.

Ocorre que um acordo celebrado de forma açodada, marcado por concessões unilaterais com relação ao que verdadeiramente importa de parte a parte, deixaria de atender aos princípios da mediação, além de não ser sustentável no tempo. Não raro, negociadores cedem na substância, acreditando no resgate da qualidade do relacionamento. Contudo, renúncias tendem a imprimir, na dinâmica de interação, um padrão de comportamento pautado pela desconsideração reiterada dos interesses, necessidades e valores da parte que se pretende mais compassiva. No entanto, como as concessões procuram atender a posições idealizadas – e não a interesses, necessidades e valores –, focando, portanto, a consequência e não a causa, acabam nunca gerando a sensação de satisfação plena e, em razão disso, ensejam um círculo vicioso de demandas que se renovam.

Ana e Miguel descreveram em suas narrativas, de formas bastante singulares, mas assertivas, que compreendiam o desafio comum de lidarem com o término do ciclo de vida da conjugalidade e, em paralelo, incrementarem a qualidade da interação parental, que ao longo do casamento havia ficado marcada pela lógica de "mãe cuidadora e pai provedor".

Ao mesmo tempo, reconheciam que, apesar de conceitualmente clara a interdependência entre os genitores na criação do filho, a concretude dessa meta era quase inalcançável ao longo dos primeiros meses, quiçá anos de afastamento afetivo. Precisariam encontrar recursos internos que pudessem proporcionar a preservação do bem-estar de Tiago e da promoção de um mínimo de interlocução paterno-filial enquanto as feridas cicatrizavam. O ideal "pai e mãe construindo pilares sólidos de exercício da responsabilidade compartilhada" precisaria ficar para um momento futuro, talvez como um objetivo comum a ser concretizado paulatinamente.

Foi quase intuitiva a constatação de que o passo inaugural se daria por meio do estabelecimento de uma comunicação respeitosa, sem desqualificações e acusações de parte a parte. Outro intento comum aos mediandos era cuidar para que o pequeno Tiago pudesse vivenciar sua infância, adolescência e juventude de forma plena, sem assumir o papel de mediador entre pai e mãe, seja por não ser compatível com sua faixa etária, seja em razão de sua condição de filho.

As narrativas trazidas em meio às inúmeras reuniões conjuntas e privadas enunciaram alguns interesses: Miguel buscava se sentir liberado emocionalmente para vivenciar com plenitude sua nova relação amorosa e conquistar autonomia em seu relacionamento com o filho; Ana esperava se desapegar do sentimento de frustração pelo fim do projeto idealizado de família e assegurar a qualidade do laço afetivo mantido com Tiago.

Diante do cenário que se apresentara e com o intuito de contemplar os manifestos interesses de parte a parte, as mediadoras estimularam a criação de opções, desprovidas de juízo crítico, em um primeiro momento. A partir da compreensão de que se trataria de um exercício de mera conjectura, sem vinculação a qualquer das possibilidades de encaminhamento da questão, os mediandos se sentiram estimulados a aventar alguns caminhos que pudessem proporcionar, a um só tempo, convivência estreita entre pai e filho, e segurança quanto à qualidade da relação havida entre Tiago e Ana.

Em um segundo momento, os mediandos foram convidados a aprimorar cada uma das opções construídas em meio ao exercício de

brainstorming e, portanto, oriundas de sua colaboração e sinergia. A expectativa era no sentido de que, juntos, pudessem superar as fragilidades e os pontos cegos de cada uma das possibilidades aventadas, desbravando e pavimentando a trilha a ser percorrida ao longo dos tempos vindouros.

Diante da percepção de algum grau de insegurança em se avançar na direção de um acordo, as mediadoras comentaram, pelo viés meramente procedimental, sobre a viabilidade da celebração de compromissos provisórios, que pudessem ser experimentados na prática. A ideia seria ir gradativamente verificando – talvez até mesmo entre uma reunião e outra de mediação –, a eficácia de opções que tivessem sido consideradas por ambos como potencialmente promissoras. A dinâmica permitiria tanto o descarte daquelas que em concreto não atendessem às peculiaridades da família de Tiago, quanto a incorporação de eventuais ajustes que pudessem garantir funcionalidade às saídas delineadas.

Conquanto Miguel e Ana tenham se engajado na ideação de acordos temporários, fato é que não conseguiram implementar qualquer uma de suas configurações. A cada novo encontro de mediação, retornavam ainda mais contrariados. Miguel acusava a mãe de seu filho de descumprir reiteradamente os combinados. Ana dizia que Tiago não queria ir para a casa do pai, apesar de sua insistência. Relatava que o filho ficava ansioso com a simples ideia de passar uma noite longe da casa materna.

Totalmente paralisados pelo aparente impasse, Ana e Miguel estavam entregando os pontos, por não mais conseguirem avançar. Parecia-lhes absolutamente impossível estabelecer qualquer diálogo produtivo sobre questões de manutenção financeira e divisão patrimonial do acervo amealhado pelo casal. De um lado, Miguel – antes sensivelmente disposto a negociar e até mesmo a flexibilizar em prol da almejada harmonia – passou a endurecer sua posição quanto a outros pontos da pauta, tornando-se reativo à medida que, em sua perspectiva, era impedido de conviver com mais amplitude com o filho. De outro lado, Ana mostrava-se cada vez mais insegura e resistente. O conflito escalava exponencialmente. Contudo, a convicção de que a única alternativa

fora da mesa de negociação era o divórcio litigioso – cenário que não agradava a qualquer um dos dois – ainda os mantinha na mediação.

Os motivos da resistência de Ana à convivência entre pai e filho não estavam claros para as mediadoras. Por mais de uma vez, a mediandа havia verbalizado o quanto reconhecia a importância da influência paterna na formação de Tiago. Foi, então, que se optou por uma nova rodada de reuniões privadas.

Na reunião com Ana, as mediadoras puderam perceber seu sentimento de que, com o fim do casamento (e todas as rupturas inerentes), o filho era só o que lhe restava. O exercício da maternidade proporcionava à medianda prazer e propósito na vida, notadamente por lhe conferir senso de pertencimento e utilidade. No mais, a proteção proveniente do instinto materno fazia com que Ana precisasse preservar a criança de exposições e/ou riscos. Ouvir o relato de Tiago de que não gostaria de ir para a casa de Miguel a deixava insegura. Definitivamente, não forçaria o menino a conviver com o pai.

Em seu encontro privado com as mediadoras, Miguel compartilhou sua impressão de que a mãe de Tiago estaria manipulando o filho. Afirmou com convicção que o menino jamais se recusaria a estar na presença do pai, como alegava Ana.

Narrativas tão dissonantes remeteram as mediadoras a considerarem a hipótese de que Tiago poderia estar vivenciando um conflito de lealdade. Talvez, a criança se recusasse a estar na companhia do pai por imaginar que sua ausência magoaria a mãe, já fragilizada e entristecida pelo fim do casamento. Minuchin[11] ensina que:

> os conflitos de lealdade [são] como processos em que os jovens são levados a escolher, devido a demandas, entre uma das figuras parentais, que os colocam inadvertidamente como que triangulados ou, por outras palavras "apanhados no meio" (*caught in the middle*). (…) a escolha de uma das figuras sugere estar contra a outra, pelo que os jovens que vivenciam esta estrutura disfuncional parecem sentir-se constrangidos.

Em tais contextos, costuma ser adequado e proveitoso trabalhar com os mediandos a diferença entre conjugalidade e parentalidade. O relacionamento do casal conjugal pode chegar ao fim de seu ciclo de

vida. A interação do par parental, no entanto, protrai-se no tempo. Seria natural que Ana e Miguel alimentassem eventuais rancores quanto ao término de sua relação matrimonial. Precisariam, contudo, alcançar algum grau de funcionalidade em sua comunicação, para seguirem conjugando esforços como parceiros na criação de Tiago.

Até aquele momento, dissociar as imagens de "ex-marido" e de "pai de seu filho" ainda era um grande desafio para Ana. Com as duas figuras fusionadas, a medianda poderia estar inconscientemente contribuindo para uma vivência conflituosa de Tiago – fenômeno que tende a ser muito cansativo para a criança em termos emocionais, além de provocar consequências negativas e sentimentos de divisão no menino[12].

Haviam chegado a um estágio delicado da mediação: as questões conjugais e parentais se sobrepunham e os mediandos apresentavam cada vez mais resistência um ao outro. O ponto central exteriorizava-se como sendo a definição dos termos da convivência de cada um dos genitores com o filho. Diante de tal cenário, para a equipe de mediadoras, pareceu ser pertinente incluir a criança na conversa. A ideia seria provocar entendimento e, mais do que tudo, viabilizar que os pais tomassem contato com o lugar de Tiago nessa dinâmica retroalimentada pelos adultos. Afinal, como estava sendo para o menino vivenciar essa situação conflitiva entre suas referências parentais? Parecia às mediadoras que se estava diante de uma razão relevante para incluir a criança no procedimento[13].

Após reflexão interna, a equipe de mediadoras conversou com Miguel e Ana sobre a possibilidade de se incluir Tiago na conversa. Contextualizaram que o menino seria devidamente acompanhado por uma psicóloga especialista no atendimento infantojuvenil, com formação em mediação de conflitos, a fim de que seus limites, decorrentes da condição de pessoa em formação de sua personalidade, fossem respeitados. Os mediandos foram uníssonos em concordar que poderia ser positiva a participação de Tiago. Na mesma oportunidade, Ana e Miguel mostraram-se receptivos a eventuais momentos do filho com cada um de seus genitores – sempre na presença das mediadoras e da psicóloga.

Devido à pouca idade de Tiago, havia uma especial preocupação em proteger suas fantasias lúdicas e em fazê-lo sentir-se acolhido e

confortável. A capacidade de compreender situações emocionais e relacionais é desenvolvida ao longo da infância. Até os 11 anos de idade, essa habilidade segue sendo elaborada[14]. Além disso, o desenvolvimento emocional, cognitivo e social das crianças pode ser prejudicado por interações conjugais pautadas no embate, pois os filhos também vivenciam o conflito e seus efeitos[15]. Por todos esses motivos, a equipe de facilitadoras estava muito atenta e engajada em construir um ambiente seguro, positivo e acolhedor para Tiago.

Antes de fecharem o encontro, Ana perguntou como deveria abordar com o filho o tema de sua ida à mediação. Miguel demonstrou, por meio de sua linguagem não verbal, que também estava muito interessado em conhecer se haveria coordenadas nesse sentido. As mediadoras agradeceram a pergunta e disseram que seria ótimo se os pais pudessem contar juntos e da forma mais natural possível. Não seria o caso de se antecipar qualquer questão.

Tiago foi recepcionado no GIMEC e inicialmente conduzido a uma conversa privada com a psicóloga. Depois do devido acolhimento, a profissional explicou ao menino o motivo de ter sido convidado para estar ali e checou sua disponibilidade para se juntar às mediadoras e seus genitores em outra sala. Além de verificar o grau de entendimento da criança, esse primeiro momento também se presta à construção de um vínculo de confiança. O filho de Ana e Miguel precisava se sentir seguro e confortável para se expressar livremente.

Quando Tiago e a psicóloga se juntaram aos demais na sala de mediação, o filho sentou-se à mesa entre a mãe e o pai, sorrindo para todos. O menino pareceu sentir-se à vontade naquele ambiente. As mediadoras se apresentaram e explicaram ao jovem convidado o motivo de sua presença: disseram que Ana e Miguel procuraram a mediação para combinar como iriam se organizar dali para frente com relação ao filho, afinal, era muito importante para os dois que Tiago ficasse bem e entendesse que se tratava apenas de um rearranjo na dinâmica parental – Ana e Miguel seriam para sempre sua família.

Ao ser questionado pela equipe de facilitadoras sobre como estava sendo sua vivência, Tiago respondeu com naturalidade, sem demonstrar

insegurança ou ressentimento pela separação dos pais. Disse que em um primeiro momento ficou triste, mas que estava "tudo bem". As mediadoras descreviam para o menino – de forma compatível com sua maturidade – o que vinha sendo conversado em mediação, quando foram surpreendidas com a seguinte interrupção de Tiago: "com quem eu vou ficar?". O menino continuaria morando com sua mãe e convivendo com seu pai. Era importante que soubesse do empenho de pai e mãe na construção do melhor formato de convivência familiar.

O filho de Miguel e Ana nada disse, demonstrando apenas ter ficado reflexivo. Em seguida, a equipe de mediadoras perguntou se Tiago poderia descrever quais e como eram os momentos em que passava em companhia de sua mãe e de seu pai, ao que respondeu: "eu estou com minha mãe o tempo todo e vejo meu pai só de vez em quando". De imediato, Miguel interveio, dizendo ao filho o quanto sua presença lhe era cara. Tiago mostrou-se desconfortável e, pela primeira vez, pareceu não saber o que fazer.

Como já havia sido previamente combinado, as facilitadoras sugeriram um encontro privado de Tiago com cada um de seus genitores – momento que foi precedido de nova conversa entre a psicóloga e a criança, a fim de checar se o formato proposto poderia de fato ser implementado com segurança e conforto.

A primeira reunião foi entre Tiago e seu pai. Miguel demonstrou surpreendente habilidade. Começou puxando papo com o filho sobre seus assuntos preferidos. Depois de descontrair o ambiente, contou ao menino que estava organizando um quarto em sua nova casa, para que Tiago pudesse passar mais tempo por lá. O pai disse: "eu trabalho muito durante a semana, filho, por isso não consigo te ver todos os dias, mas será que poderíamos passar mais tempo juntos nos fins de semana? Estou com saudade de jogar bola com você!". O menino se alegrou, mas na sequência perguntou: "E a mamãe, pai? Quem ficará com ela?". Miguel não soube o que responder, ficou desconcertado ao perceber a genuinidade da preocupação do filho com o bem-estar materno.

A psicóloga aproveitou o gancho e aprofundou o tema trazido por Tiago. O menino narrou o sofrimento e a solidão de sua mãe com o

fim do casamento e afirmou não gostar de sair por saber que Ana ficaria sozinha. Todos os adultos presentes (mediadoras, psicóloga e o pai) procuraram tranquilizar a criança. A profissional especializada no público infantojuvenil explicou a Tiago que era natural Ana estar triste – todos estavam, mas que sua mãe voltaria a ficar bem e que, portanto, não havia motivos para preocupações maiores, tampouco cabia a crianças se ocuparem dos cuidados com os adultos. Uma das mediadoras perguntou ao menino se, no encontro seguinte, poderia compartilhar com a mãe suas apreensões. Tiago acenou positivamente.

Antes da reunião entre Tiago e Ana, as facilitadoras conversaram privadamente com a medianda, relatando as preocupações da criança. Ao mesmo tempo em que demonstrou surpresa, Ana se sentiu acolhida pelo filho e ficou entristecida por imaginá-lo naquela posição. "Ele deveria estar brincando, não se ocupando da mãe…", desabafou. A equipe naturalizou a situação e destacou que a clareza sobre o conflito vivenciado pelo filho oportunizava que a mãe o ajudasse a se afastar de temas que devem ficar circunscritos ao mundo adulto.

Na reunião conjunta entre mãe e filho, Ana, de forma bastante cuidadosa, procurou explicar para Tiago que a família estava se reconfigurando e reestruturando. "A mamãe mesmo já está se sentindo fortalecida e você não precisa estar todo o tempo ao meu lado". Mencionou, ainda, que cada um precisava seguir dando conta de seus compromissos – o que inviabilizava que estivessem sempre juntos. Por fim, ressaltou a importância da convivência entre Tiago e seu pai.

Foi notória a mudança de perspectiva de Ana e Miguel ao se tornarem mais conscientes dos sentimentos e desejos do filho. Segundo Drapkin e Bienenfeld[16], um dos diversos benefícios que a presença da criança pode trazer para a mediação consiste em estimular a construção de um acordo que privilegie seus direitos e bem-estar.

Com a inclusão de Tiago no procedimento, Ana e Miguel perceberam como a qualidade de sua interação afetava o filho. Puderam, também, abrandar as visões negativas que nutriam um sobre o outro. Miguel compreendeu que a mãe de seu filho não mentia ao afirmar que Tiago se recusava a encontrá-lo – de fato, o menino havia assumido um lugar

de cuidador que não lhe pertencia. Por sua vez, Ana se deu conta de que vivenciar a profunda tristeza materna afastava Tiago de seu pai – foi o suficiente para que voltasse a se sentir segura quanto à convivência paterna.

Ao longo das reuniões seguintes[17], Ana noticiou que iniciara um processo de psicoterapia, com o intuito de aprender a lidar com o luto inerente ao fim da conjugalidade e de aprimorar a qualidade da parentalidade com o pai de seu filho. Mostrava-se disposta a construir uma interação mais funcional com Miguel, com vistas a promover o bem-estar de Tiago. Lobo e Pelajo[18] ressaltam a importância da manutenção dos vínculos de parentalidade e sugerem:

> Famílias funcionais são aquelas que conseguem transitar com naturalidade entre as combinações homem e mulher, pai e filhos, mãe e filhos. (…) Quando crianças e adolescentes sentem-se responsáveis pela manutenção do vínculo entre os pais, acabam precisando gerar situações que provoquem demanda por atenção e cuidado.

A mudança de postura de ambos os genitores favoreceu a negociação, permitindo que o procedimento de mediação voltasse a fluir de forma produtiva. Miguel e Ana foram capazes de pensar soluções criativas não apenas para a convivência do filho com cada um de seus pais, como também para os demais temas de pauta, com sua relação parental devidamente preservada.

* * *

Nesses dois casos vivenciados no GIMEC, foram muito positivos os efeitos da inclusão dos filhos (a adolescente Sofia e a criança Tiago) no processo de diálogo. A participação de Sofia foi essencial para que seus desejos e necessidades pudessem ser considerados, voltando-se à coconstrução de uma solução benéfica para todos os envolvidos. Já a vinda de Tiago à mediação permitiu que seus pais tomassem conhecimento do conflito de lealdade enfrentado pelo filho e desconstruíssem as visões excessivamente negativas e impeditivas de uma interação funcional. Houve um sensível ganho para ambas as famílias.

Imperioso ressaltar, no entanto, que a decisão pela inclusão da criança ou do adolescente deve ser muito responsável, atendendo a diversos requisitos: consentimento dos pais; delimitação dos objetivos; habilidades específicas do mediador; ambiente seguro e adequado para a criança ou o adolescente – no GIMEC, há sempre o cuidado de se contar com a presença de uma psicóloga especializada. O foco deve ser direcionado ao melhor interesse da criança e/ou do adolescente e o que de positivo pode ser extraído de sua participação na mediação.

Notas

[1] O GIMEC PUC-Rio foi constituído em 2007, por iniciativa de professores dos Departamentos de Direito e Psicologia da Universidade.

[2] Todos os nomes e características do caso foram propositadamente alterados, na intenção de preservar o sigilo e a privacidade dos envolvidos.

[3] De acordo com o Manual de Mediação Judicial (2016) do CNJ, o *rapport* é uma das "ferramentas de que dispõe o mediador para estabelecer uma relação de confiança com as partes e dar suporte a elas. Quando as partes sentem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, acreditam que podem confiar no processo e no mediador. Os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples" (BRASIL, C. *Manual de Mediação Judicial*, 2016, p. 202).

[4] CADERNA apud MOLINARI, Fernanda. *A participação dos filhos em mediação familiar*: novos olhares e paradigmas para a prática. 2017. Tese (Pós-doutoramento em Psicologia Forense e do Testemunho) – Universidade Fernando Pessoa, 2017.

[5] ARAÚJO, Renato Pereira de e SOUZA, Rafaela Vieira de. *A participação de crianças e adolescentes na mediação familiar*. Âmbito Jurídico, [s.l.], 2017.

[6] TEIXEIRA, Silvana Barros dos Santos. Os Desafios da Participação Social da Criança e do Adolescente na Sociedade Contemporânea. *Anais do 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais*, 2019.

[7] ALMEIDA, Tania. Grupo II – Ferramentas Procedimentais: Sugerir a procura de técnicos e/ou especialistas. In: ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Editora, 2014, pp. 62-63.

[8] Silva et al. (2000) comentam que "A comunicação pode ser realizada de forma verbal e/ou não verbal. A comunicação verbal exterioriza o ser social e a não verbal o ser psicológico, sendo sua principal função a demonstração dos sentimentos. (…) Birdwhistell considera que 'apenas 35% do significado social de qualquer interação corresponde às palavras pronunciadas, pois o homem é um ser multissensorial que, de vez em quando, verbaliza'" (SILVA, L. M. G. DA. et al. Comunicação não-verbal: reflexões acerca da linguagem corporal. *Revista Latino-Americana de Enfermagem*, v. 8, n. 4, p. 52-58, ago. 2000).

[9] ALMEIDA, Tania. Grupo IV – Ferramentas de Negociação: Identificar terceiros envolvidos. In: ALMEIDA, Tania. *Caixa de Ferramentas em Mediação*: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash Editora, 2014, pp. 103-104.

[10] LOBO, Monica e PELAJO, Samantha. Mediação Familiar: algumas premissas emocionais e jurídicas. In: ALMEIDA, Tania e PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 448.

[11] MINUCHIN apud MOTA, Catarina Pinheiro e MATOS, Paula Mena. Conflitos interparentais e individuação em jovens adultos portugueses: papel dos conflitos de lealdade. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, p. 268, 2013..

[12] SWANSON apud MOTA, Catarina Pinheiro; MATOS, Paula Mena. Conflitos interparentais e individuação em jovens adultos portugueses: papel dos conflitos de lealdade. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 2013.

[13] A inclusão de criança ou adolescente na mediação pressupõe um justo motivo (DRAPKIN, Robin e BIENENFELD, Florence. The power of including children in custody mediation. *Journal of Divorce*, v.8, nº 3-4, pp. 63-95, 1985). A escolha de trazer um jovem para o ambiente mediativo não pode ser leviana; não se trata de recurso que o mediador tem a seu livre dispor.

[14] GRAZZANI, Ilaria; ORNAGHI, Veronica; CONTE, Elisabetta; PEPE, Alessandro e CAPRIN, Claudia. *The Relation Between Emotion Understanding and Theory of Mind in Children Aged 3 to 8*: The Key Role of Language. Frontiers Psychology, 2018.

[15] EL-SHEIKH e HARGER apud BENETTI, Silvia Pereira da Cruz. Conflito conjugal: impacto no desenvolvimento psicológico da criança e do adolescente. *Psicol. Reflex. Crit.*, Porto Alegre, v.19, nº 2, pp. 261-268, 2006.

[16] DRAPKIN, Robin e BIENENFELD, Florence. The power of including children in custody mediation. *Journal of Divorce*, v.8, nº 3-4, pp. 63-95, 1985.

[17] As reuniões de mediação seguiram com a presença de Ana e Miguel. A participação de Tiago foi pontual.

[18] LOBO, Monica e PELAJO, Samantha. Mediação Familiar: algumas premissas emocionais e jurídicas. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 444.

Quando a empatia bate à porta: o caso da mediação dos vizinhos do prédio nº 15

*Mia Schneider**

*Samantha Pelajo***

*Fernanda Fucci****

*Maria Clara Souza*****

O estímulo à empatia entre as pessoas em desacordo tende a potencializar em muito as chances de se realinhar a dinâmica comunicativa e, com isso, se gerar uma ambiência favorável à superação do desentendimento. Esse preceito basilar norteia a prática mediativa e deve ser internalizado pelo mediador como uma postura essencial da qual não se pode despir. Contudo, empatizar e estimular a empatia podem ser verdadeiros desafios quando a incompreensão e a mágoa permeiam o relacionamento entre os mediandos.

---

* Professora da Faculdade de Direito da PUC-Rio, mestranda em Psicologia e especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Rio, cocoordenadora dos Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio, Grupo Acadêmico de Estudos em Mediação e Negociação Empresarial – GAEMNE PUC-Rio e Centro de Métodos Autocompositivos – CMA PUC-Rio.

** Professora da Faculdade de Direito da PUC-Rio, doutoranda e mestre em Direito pela UFF, cocoordenadora dos Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio, Grupo Acadêmico de Estudos em Mediação e Negociação Empresarial – GAEMNE PUC-Rio e Centro de Métodos Autocompositivos – CMA PUC-Rio.

*** Graduada em Psicologia pela PUC-Rio, monitora do Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio (2019.1-2020.2).

**** Graduada em Psicologia pela PUC-Rio, monitora do Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC PUC-Rio (2019.2-2021.1).

Pré-mediações

O "caso dos vizinhos do prédio nº 15", atendido há alguns anos pela equipe de professoras-mediadoras e alunas-monitoras do Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos – GIMEC da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio[1], retrata de forma bastante vívida esse desafio tão cotidiano e central na prática mediativa.

Fátima[2] buscara o Núcleo de Prática Jurídica – NPJ da universidade[3] na expectativa de solucionar um conflito com seus vizinhos. Diante da natureza da questão controvertida, a triagem do núcleo encaminhou o caso ao GIMEC. Na reunião inaugural (pré-mediação), a condômina relatou que havia sido realizada uma obra emergencial em seu apartamento, cujo custo – em seu entendimento – deveria ser dividido entre os moradores do prédio. Já naquele momento, foi possível perceber sua sensação de desamparo e angústia, diante da necessidade de superar uma controvérsia havida com pessoas que não a escutavam.

A empatia diz respeito à capacidade de perceber uma situação sob outra perspectiva, de forma a considerá-la a partir de um novo polo emocional. Segundo Rosenberg[4], trata-se da "compreensão respeitosa do que os outros estão vivenciando". Na mediação de conflitos, esse exercício é essencial para que a prática se dê de modo habilidoso e exitoso.

Bush e Folger, em seu livro clássico intitulado *A promessa da mediação*, analisam o valor da empatia na dinâmica mediativa e explicitam sua importância para o sucesso do procedimento[5]. O exercício empático oportuniza ao sujeito considerar a experiência do outro, proporcionando-lhe maior compreensão e a possibilidade de reconhecimento e validação da subjetividade alheia.

No que diz respeito ao mediador, sugere-se que a empatia seria um de seus atributos necessários, pois, a fim de manejar as emoções e compreender as diferentes perspectivas da vivência conflitiva, o facilitador precisa estar atento às formas singulares de comunicação, sejam explícitas ou não[6]. A visita ao universo experiencial do outro revela-se, portanto, um instrumento essencial, que deve se fazer presente ao longo de todo o procedimento mediativo, conduzindo a

prática dialógica no sentido da construção de uma interação sincera e pautada na escuta.

No caso de Fátima e seus vizinhos, a empatia se fez presente desde os primeiros instantes, quando a medianda em potencial foi recebida para a pré-mediação, em meio a choros e soluços. As facilitadoras acolheram a expressão emotiva e buscaram entender a causa da angústia manifestada, sem imaginar o intenso trabalho empático que o caso viria a demandar, em todas as suas etapas, processos e participantes.

Fátima era uma mulher viúva, de cerca de 50 anos, com cabelos longos e castanhos, presos em um coque. O barulho de seus tamancos marcava um passo agitado e anunciava sua entrada à sala de atendimento do GIMEC. Diante do convite ao compartilhamento do motivo que a trazia ao núcleo universitário, a pré-medianda não conteve o choro. Em meio à escuta ativa de seu relato e com vistas a enfatizar o acolhimento da expressão de sua emoção, a equipe lhe ofereceu uma caixa de lenços e um copo d›água. Poucas perguntas foram o suficiente para fazer despontar sua detalhada perspectiva dos fatos.

Tudo ocorreu no prédio nº 15 (Figura 1), situado em uma avenida movimentada de um bairro tradicional da cidade. Era uma construção antiga, de dois andares e seis unidades, em que o primeiro piso era ocupado por Fátima (apartamento 101) e Alice (apartamento 102) e o segundo (apartamentos 201 e 202) pertencia a Antônio, o qual também titularizava os dois espaços comerciais, localizados no térreo, de frente para a calçada: uma loja de construção – alugada para Francisco, e um bar – administrado por seu proprietário.

Figura 1: Esquema do prédio nº 15.

Fonte: Esquema elaborado pelas autoras com base em caso fático auxiliado pela equipe de professoras-mediadoras e alunas-monitoras do Grupo Interdisciplinar de Mediação de Conflitos (GIMEC) da PUC-Rio.

Segundo a narrativa de Fátima, o tema da mediação seria o desentendimento provocado por um defeito repentino na tubulação do barbará[7], que a obrigara a realizar uma obra emergencial em sua cozinha. Finalizado o reparo, a moradora pretendia que todos os proprietários do prédio dividissem o respectivo custo, haja vista tratar-se de problema cujo conserto caberia ao condomínio e não à unidade autônoma.

O relato inicial causou na equipe de facilitadoras a precipitada sensação de que a mediação ocorreria sem grandes desafios, com breve resolução. Afinal, na perspectiva de Fátima, tratar-se-ia de uma questão bastante objetiva. Contudo, as narrativas subsequentes revelariam que o episódio do barbará fora apenas mais um dentre os inúmeros embates havidos entre os condôminos e que, a cada novo desentendimento, a dinâmica de interação se desgastava um pouco

mais, asseverando a disfuncionalidade do relacionamento vizinhal, inclusive pela elevação da antipatia e do ressentimento.

A investigação interessada da equipe de mediação sobre a forma como os condôminos costumavam lidar com esse tipo de intercorrência evidenciou que o diálogo mantido entre os moradores do prédio nº 15 era completamente ineficaz e marcado por animosidade, impedindo a solução de qualquer problema havido no edifício, como ilustrativamente se percebia com o caso do barbará.

Meses após a conclusão da obra, Fátima ainda não tinha obtido o ressarcimento do valor que entendia ser justo e, em razão disso, decidira procurar algum tipo de assistência profissional. A proprietária da unidade 101 chegou à mediação sem saber muito bem o que esperar: não tinha qualquer informação prévia sobre a metodologia do procedimento.

Durante a pré-mediação, na qual estava apenas na presença das mediadoras, Fátima apresentou uma série de notas fiscais e extratos bancários, na expectativa de demonstrar a veracidade de seu relato. As alunas-monitoras que conduziam a reunião compreenderam que a tentativa de exibição de "provas" comunicava sua insegurança e seus receios, motivo pelo qual naturalizaram e acolheram a iniciativa, ao invés de repeli-la sob o fundamento de que a mediação não se propõe ao convencimento.

Consoante os ensinamentos de Almeida[8], é comum que os mediandos expressem suas emoções na pré-mediação, por meio de um discurso genuíno e não reativo. E, para que se possa alcançar essa natureza espontânea de diálogo, os mediadores precisam considerar, de modo empático, as narrativas e preocupações trazidas à mesa.

Após a fala de Fátima, a equipe de facilitadoras destacou os princípios norteadores do procedimento mediativo e explicou que, diante da postura imparcial e da ausência de exercício de juízo de valor pelo mediador, não seria o caso de "análise de provas" visando à "formação de convencimento". Em outras palavras, a mediação não convida à averiguação dos fatos com vistas a se chegar a uma verdade única e inquestionável; muito ao contrário, busca colocar os mediandos em contato com perspectivas plurais e histórias alternativas[9], por meio da facilitação do diálogo marcada pela imparcialidade empática.

Por vezes, os mediandos chegam à mesa de negociação tomados por tanta ansiedade que não conseguem apreender de imediato o propósito da mediação. Necessário, portanto, que se conceda tempo suficiente de expressão, escuta e reflexão, para que possam compreender e elaborar suas percepções. Depois dos esclarecimentos iniciais quanto à natureza e ao propósito da dinâmica mediativa, Fátima sentiu-se confortável e segura para relatar sua história de modo mais conceitual, sem se ater a números.

Ao final do encontro inaugural, as pré-mediadoras convidaram a moradora do apartamento 101 do prédio nº 15 a, em um exercício de abstração, imaginar como seus vizinhos relatariam aqueles acontecimentos. Trata-se de uma ferramenta voltada à preparação dos mediandos para estarem juntos na mesa de negociação, que por vezes provoca o reconhecimento de suas próprias dificuldades emocionais.

Além de proporcionar uma primeira experimentação empática, a pergunta estimula o mediando a entrar em contato com i) o viés sistêmico da dinâmica narrada; ii) a contribuição de cada um dos envolvidos para o desenrolar da situação controvertida; iii) a oportunidade de autoimplicação, em reciprocidade; iv) a possibilidade de se eleger um caminho alternativo para lidar com a vivência conflitiva, em que o indivíduo empodera-se, passando da vitimização que leva à inação ao empoderamento que enseja a proatividade; e v) a potencial perspectiva dos demais sujeitos da interação.

Com a adesão de Fátima à mediação, o GIMEC convidou Alice e Antônio para a reunião de pré-mediação[10], a ser realizada individualmente com cada um dos condôminos.

Alice era uma mulher alta, com cerca de 70 anos de idade, de cabelos brancos e roupas coloridas. Moradora do prédio nº 15 havia 17 anos, mudara-se após o falecimento do marido, buscando estar mais próxima de seus netos, os quais residiam a poucas ruas de distância. A equipe de mediação tinha por propósito conhecer, ao longo daquela primeira reunião privada, uma perspectiva panorâmica da pré-medianda acerca da controvérsia. Tamborilando os dedos com unhas compridas e pintadas de esmalte vermelho sobre a mesa, Alice contou diversas histórias que

expandiram o relato de Fátima, permitindo às facilitadoras sentir mais e melhor a atmosfera do edifício.

"O pessoal do bar é uma bagunça!" – disse a moradora do apartamento 102. "O convívio no prédio já contou com inúmeros casos de agressões verbais e de sabotagens, direcionados uns aos outros". Em seguida, retratou a ocasião em que Antônio deixou três galões de vinte litros d'água no espaço social entre as unidades do 1º andar, inviabilizando o acesso à escada. Fátima e Alice pediram aos funcionários do bar para que removessem tais objetos. Extremamente contrariadas e irritadas por não terem sido atendidas em seu pleito, as duas vizinhas empurraram os galões escada abaixo, danificando os produtos e encharcando o prédio. "Não me importei em secar os degraus depois do incidente. Queria mesmo era incomodar" – disse a convidada do GIMEC, como se estivesse revelando um segredo. Nas palavras de Alice: "esse foi apenas um dos recorrentes episódios de desentendimento entre os vizinhos".

Um dos acontecimentos descritos pela moradora do apartamento 102 envolvia outra personagem: a filha de Antônio, chamada Helena[11]. A moça, que trabalhava no estabelecimento comercial do pai e frequentava o prédio com assiduidade, não raro travava discussões acaloradas com as vizinhas do 1º andar. Certa vez, Helena teria cortado os cabos de internet de Fátima e Alice, em suposta represália ao arremesso de um balde d'água sobre os fregueses do bar, que conversavam na calçada, em tom excessivamente alto, durante uma madrugada de quinta para sexta-feira.

Chamou a atenção da equipe de mediação o fato de a condômina não ter narrado os episódios com rancor ou ressentimento. Parecia haver um certo ar de divertimento e provocação, entremeado com sua expressão raivosa.

Diante da hostilidade e subjetividade estampadas na narrativa, as pré-mediadoras procuraram se manter bastante atentas às peculiaridades do caso, que parecia não se limitar à controvérsia envolvendo a obra do barbará. As diversas histórias compartilhadas por Fátima e Alice demonstravam uma sequência de eventos cada vez mais intrincada. Estava-se diante de um microssistema complexo, com ações e reações que se retroalimentavam, inclusive em termos de intensidade.

Potencialização de comportamentos agressivos, percepções distorcidas da realidade e problemas na regulação emocional estão diretamente relacionados à carência de empatia[12]. A partir das informações até então obtidas nas duas primeiras reuniões de pré-mediação, já era possível supor que o grande desafio e cerne do trabalho mediativo residiria no estímulo empático entre os vizinhos.

Na mesma linha do trabalho anteriormente desenvolvido com Fátima – convite à ampliação das perspectivas e à autoimplicação, Alice foi provocada a refletir sobre como Antônio teria vivenciado os episódios de lançamento de seus galões escada abaixo e de chuva d'água sobre os clientes do bar. A pré-medianda não pareceu demonstrar qualquer disponibilidade para perceber a situação a partir de outro lugar que não o seu. Pôde, contudo, admitir que suas atitudes tinham o objetivo deliberado de irritar o vizinho, o qual, em sua perspectiva, bem merecia.

Segundo Marshall Rosenberg[13], a raiva é "o resultado de pensamentos alienantes da vida que estão dissociados de nossas necessidades". Ela indica que acionamos nossa cabeça para analisar e julgar alguém, em vez de nos concentrarmos em quais de "nossas necessidades não estão sendo atendidas". A equipe de trabalho precisaria revelar as necessidades até então insatisfeitas, a serem consideradas na mediação.

A terceira reunião de pré-mediação contou com a presença de Antônio. O mediando em potencial chegou ao GIMEC bastante desconfiado e, assim como Fátima, trouxe uma série de documentos para apoiar seu relato. Além de contas e notas fiscais, entregou às facilitadoras um cartão com o número de telefone e o endereço de e-mail de seu advogado, para o caso de ser pertinente contatá-lo. Conquanto tenham sido feitas inúmeras perguntas na expectativa de se ampliar a narrativa do morador do prédio nº 15, Antônio manteve uma descrição bastante pragmática do contexto fático, restringindo sua fala ao dilema da realização e custeio do reparo no barbará.

A equipe de mediação estimulou o dono do bar a ampliar sua abordagem para incluir outras possibilidades de percepção dos acontecimentos e, ainda, a considerar suas possíveis contribuições para a dinâmica sistêmica que foi ganhando, ao longo do tempo, importantes contornos

de disfuncionalidade. Antônio, no entanto, parecia não compreender o convite à reflexão, limitando sua curiosidade ao valor que precisaria ser pago para a resolução do imbróglio.

Depois de escutar ativamente os três relatos iniciais acerca das diferentes vivências e significações do cenário conflitivo, a equipe de facilitadoras começou a refletir sobre as consonâncias e dissonâncias trazidas pelos mediandos em suas narrativas. A ideia era dar início à mediação com um primeiro mapeamento do conflito em termos de: pessoas direta ou indiretamente envolvidas no contexto fático; questões a serem elucidadas e/ou equalizadas; e tentativas anteriores de administração das incompreensões e contrariedades experimentadas.

O desenrolar da dinâmica mediativa

A controvérsia a respeito do barbará teve início enquanto Fátima viajava. Uma infiltração irrompera na parede da cozinha de seu apartamento, alastrando-se para a unidade inferior – a loja de materiais de construção de Francisco, inquilino de Antônio. Goteiras e manchas surgiram no teto do imóvel, danificando produtos, prejudicando as atividades comerciais e comprometendo a rotina do estabelecimento. Os vizinhos levaram três dias para conseguir contatar Fátima. A moradora do apartamento 101 retornou à cidade às pressas, assim que informada da situação.

Na entrada do edifício, ainda com as malas em mãos, foi recepcionada por Antônio. Já naquele primeiro encontro pós-incidente com o barbará do prédio, os condôminos se exaltaram, excedendo o volume de suas vozes, em tom de culpabilização recíproca. O vizinho acusou Fátima por negligência com a manutenção de seu apartamento e, ainda, em razão de não ter atendido as ligações nem respondido às mensagens. A moradora do apartamento 101, por sua vez, censurou Antônio pela má-gestão da situação e pelo estresse que lhe havia causado durante sua viagem em família.

Ao chegar em casa, ainda atordoada pela discussão com o vizinho e se sentindo pressionada pelas circunstâncias, Fátima tratou de acionar o mais imediatamente possível um profissional de sua confiança, para solucionar de pronto a situação. Seu Jorge, o encanador contratado,

recomendou quebrar a parede e o chão da cozinha, permitindo-se acesso ao cano defeituoso. A condômina consultou, ainda, um engenheiro especializado, o qual confirmou a necessidade de troca de toda a estrutura central da tubulação que passava por seu apartamento. A obra foi realizada no mesmo dia, dada a urgência, com o subsequente conserto da parede e do piso danificados.

Os gastos foram suportados por Fátima, que pressupôs o subsequente rateio entre os proprietários das unidades do prédio. Baseou-se, para tal conclusão, na afirmação do engenheiro de que aquela era uma tubulação do prédio, e não exclusiva do apartamento nº 101. A manutenção do barbará seria de responsabilidade do condomínio e não da unidade na qual o problema inicialmente havia se manifestado.

O edifício de dois andares não contava com um síndico. Diante disso, há anos Fátima se ocupava diretamente da arrecadação e cobrança das cotas condominiais, a serem vertidas no pagamento das contas e obrigações mensais. Sentiu-se confortável, portanto, para incluir, dentre as despesas comuns daquele mês, o valor da obra do barbará, a ser objeto de divisão proporcional entre as unidades do prédio.

Como de costume, Fátima conversou com sua vizinha de porta sobre o assunto, que ganhara contornos de naturalidade depois da consulta ao engenheiro. Na ocasião, compartilhou com Alice o valor despendido no reparo do barbará e a cota parte de cada unidade no custo a ser reembolsado. Ambas decidiram juntas que a melhor forma de ressarcir os gastos antecipados por Fátima seria por meio da concessão de abatimento em sua contribuição mensal para a manutenção do prédio, o que acarretaria o consequente e temporário aumento das cotas devidas pelos demais condôminos.

Ao contrário de Alice, Antônio não foi previamente consultado ou comunicado sobre o encaminhamento do tema. Não teve, portanto, a mínima participação na definição da pertinência ou do valor de rateio das despesas com a obra. O vizinho, que titularizava duas unidades residenciais e outras duas de natureza comercial, foi surpreendido pela majoração de suas cotas condominiais, motivo pelo qual se recusou a pagar o valor acrescido. Ao que tudo indica, teria se sentido inseguro com a (im)

propriedade da cobrança e (im)precisão das contas, bem como ressentido pelo fato de ter sido excluído do processo decisório e desconhecer os detalhes do reparo. A histórica relação de sabotagem e animosidade entre os vizinhos agravava demasiadamente a desconfiança de Antônio.

Todas as tentativas de conversa entre os proprietários contribuíam para a escalada do conflito, tornando a possibilidade de diálogo cada vez mais escassa. Foi, então, que Fátima resolveu procurar assessoria jurídica, tendo sido encaminhada à mediação.

O escopo do trabalho

Foram inúmeras as vivências conflitivas retratadas no cotidiano do prédio nº 15. Contudo, a descrição dos mediandos não se deu de forma linear, e, sim, como adendo às diferentes narrativas da questão objetiva experimentada naquele momento [conserto do barbará], ilustrando o antagonismo existente entre os condôminos. Em seus variados relatos, os vizinhos transmitiram de forma muito vívida a profusão de sentimentos e sensações de se morar ali. Ao mesmo tempo em que a inimizade entre os moradores era evidente, o convívio se mostrava inevitável.

Se por um lado as mediadoras não podiam ignorar o pano de fundo e as reais causas do desentendimento – cujo estopim naquela ocasião fora o reparo do barbará, por outro os vizinhos não procuraram a mediação buscando aprimorar seu relacionamento, tampouco demonstraram disponibilidade para trabalhar questões de natureza subjetiva. Ainda que os episódios paralelos narrados pelos mediandos indicassem flagrantes falhas na comunicação, decorrentes de um conflito altamente escalado, os três verbalizaram que gostariam de tratar apenas do impasse financeiro referente à obra. Apesar de ter sido destacada a oportunidade de se abordarem outras questões objetivas, como a organização da estrutura do condomínio, os mediandos não manifestaram interesse.

A pauta de trabalho da mediação deve listar os temas a serem negociados, bem como os interesses, as necessidades e as possibilidades reveladas pelos próprios mediandos[14]. Não cabe aos facilitadores desempenhar papel diretivo na condução do processo de diálogo, tampouco ditar os tópicos a comporem a agenda. A ideia é que a mediação

estimule o desenvolvimento de autoconsciência e autoconfiança nos envolvidos na controvérsia[15].

Em observância ao protagonismo dos moradores do prédio nº 15, a equipe de mediação precisaria respeitar os limites impostos pelos mediandos e prosseguir com escuta proativa e empática, reafirmando sua imparcialidade e proporcionando o melhor atendimento à demanda dos vizinhos. Internamente, as facilitadoras considerariam as nuances e os matizes do contexto fático e estariam atentas à fragilidade da relação, sem extrapolar os temas trazidos à pauta.

A negociação, inclusive aquela facilitada por mediador(es), pressupõe vínculo de interdependência – ao menos durante as tratativas e ao longo da fase de implementação de um eventual acordo alcançado. Contudo, nota-se que comumente os mediandos iniciam sua participação no procedimento reproduzindo dinâmicas marcadas por enfrentamento e tentativas de convencimento, em meio a um clima de competitividade[16], o que decerto representa um risco à continuidade do processo dialógico. Segundo Almeida e Paiva, muitas pessoas buscam a mediação justamente por perceberem a ausência de um diálogo direto produtivo e/ou promissor[17]. O mediador é o profissional que atua no sentido de propiciar uma atmosfera favorável ao restabelecimento e à reconstrução da capacidade de comunicação e negociação entre os envolvidos no contexto fático, objeto da controvérsia.

A tentativa de se criar um ambiente propício à mediação

Na tentativa de intervir eficaz e eficientemente na dinâmica conflitiva, o mediador deve "criar um ambiente que priorize o presente e o futuro, o positivo e o possível"[18]. No caso sob comento, o cenário a abrigar as reuniões mereceu especial atenção das mediadoras. Diante da indisponibilidade, manifestada por um dos moradores do prédio nº 15, de comparecer ao espaço do GIMEC da PUC-Rio, foram consideradas algumas opções criativas de local que pudesse acolher os encontros conjuntos, visando a contemplar os interesses, as necessidades e as possibilidades de todos e a respeitar os princípios do instituto mediativo, em especial a autonomia, a imparcialidade, a isonomia e a confidencialidade.

Segundo Caram, Eilbaum e Risolía, é indispensável que a mediação ocorra em um ambiente neutro e não especialmente familiar a qualquer dos envolvidos no imbróglio, no qual as regras sejam igualmente (des) conhecidas por todos[19]. As autoras sublinham que, em um local isento, as pessoas conseguem deixar de lado outras preocupações e voltar sua atenção para o desenvolvimento da conversa. Como o próprio prédio não seria uma opção viável, por não possuir área comum, conferiu-se a possibilidade de o encontro acontecer em um terceiro lugar.

Depois de uma análise minuciosa em busca de espaços livres e acessíveis no entorno do edifício, sugeriu-se a área externa de um café situado em uma galeria de artes, onde havia pouco movimento e suficiente segurança e privacidade. A equipe de mediação combinou e reforçou o compromisso com todos os envolvidos, bem como confirmou as disponibilidades na véspera do encontro. Poucos minutos antes do horário agendado, uma das professoras-mediadoras e uma das alunas-monitoras caminharam juntas até o prédio para recepcionar os mediandos e acompanhá-los ao espaço selecionado. Entretanto, não foi mantida a disponibilidade, tal qual manifestada na pré-mediação e na véspera do encontro.

A despeito da confirmação havida no dia anterior e do esforço de toda a equipe para viabilizar a condução da mediação em local incomum, a reunião não pôde ocorrer, pois cada um dos mediandos manifestou alguma natureza de impedimento: Alice precisava cuidar dos netos, Antônio estava ocupado com o bar e Fátima havia se atrasado. Depois de uma longa espera, foi possível reunir os três condôminos no portão do prédio.

O breve encontro contou com uma série de acusações e julgamentos espontaneamente deflagrada pelos moradores do prédio nº 15. Não fazia sentido prosseguir com a conversa naquelas circunstâncias, menos ainda nos termos que se apresentaram. A equipe de mediadoras, que havia se mobilizado para ir ao encontro dos mediandos – o que não correspondia à dinâmica usual do GIMEC, cuja recepção de clientes sempre se deu em uma sala reservada com acesso a água, café, biscoitos amanteigados, *flipchart* e *pilots* coloridos –, convidou Fátima, Alice e Antônio a se reunirem no escritório universitário, se considerassem que

a mediação poderia servir ao propósito de lhes facilitar o diálogo e o entendimento.

Naquele instante, os mediandos pareceram relembrar suas alternativas fora da mesa de negociação: o caminho judicial já lhes havia sido descrito pelos assessores jurídicos e era consenso que a tônica mediativa poderia ser especialmente eficiente e proveitosa, além de lhes garantir controle de tempo, desgaste e custo. Os três realinharam postura e atitude, pedindo sinceras desculpas pela aparente falta de compromisso com o procedimento de mediação.

Foi o primeiro momento de harmonia vivenciado pelos vizinhos, desde que a moradora do apartamento 101 procurara o NPJ da PUC-Rio. Cada um dos mediandos pôde reconhecer sua parcela de contribuição para o desencontro experimentado naquela oportunidade. Os condôminos do prédio nº 15 reafirmaram disponibilidade e desejo de seguirem em mediação, sugerindo, em uníssono, que se tentasse uma nova reunião – dessa vez no espaço físico do GIMEC.

No caminho, trilhado a pé, de volta ao *campus* universitário, a equipe compartilhou suas impressões sobre como cada um dos mediandos poderia ter percebido e significado a vivência experienciada poucos instantes mais cedo. Partiam da premissa segundo a qual facilitadores influenciam e são influenciados pela dinâmica sistêmica havida na mediação. Nesse sentido, deviam se valer de instrumentos como a autoimplicação e a (auto)empatia, quando o procedimento não transcorria como esperado. Afinal, era papel do mediador facilitar o diálogo, estabelecer *rapport*[20] com os mediandos, assim como permitir e favorecer uma ambiência adequada à (re)construção da confiança entre os envolvidos no contexto fático[21].

Para a criação de cenários propícios a diálogos produtivos, os mediadores precisam exercitar sua capacidade de autorreflexão e se manter atentos para conseguirem identificar as intervenções que poderiam funcionar, as que não encontrariam ressonância nos mediandos e aquelas que tenderiam a gerar resultados inesperados[22].

No caso em estudo, a disponibilidade das facilitadoras para realizar a mediação em um espaço incomum – que, a princípio, parecia ser

conveniente e oportuno aos mediandos – acabou não reverberando da maneira esperada. Entretanto, houve abertura e condições favoráveis ao reagendamento da reunião, em outra data e local.

Diante da inusitada situação vivenciada naquela tarde – fosse pela aparente falta de disponibilidade dos clientes para o tão arquitetado encontro em um espaço neutro, fosse pela constatação de que estariam inviabilizando não apenas aquela reunião, mas possivelmente o prosseguimento da própria mediação –, os mediandos solicitaram que já se definisse quando, como e onde a sessão seguinte aconteceria.

Reunião conjunta de mediação entre os vizinhos

No dia e horário agendados, os três mediandos foram recepcionados no escritório universitário. As facilitadoras puderam notar a pouca interação entre os vizinhos antes de serem convidados a se sentar à mesa de mediação. Fátima, Alice e Antônio ouviram em silêncio o reconhecimento, manifestado pelas mediadoras, de que o desencontro ocorrido alguns dias antes também havia contado com a contribuição da equipe. Afinal, a sugestão de realização da reunião conjunta em espaço discreto, nas imediações do edifício, havia partido das facilitadoras.

A mudança de postura foi perceptível: os moradores do prédio nº 15 passaram a aparentar uma tranquilidade antes não percebida. Somente o fato de se disponibilizarem para estar juntos na sala de mediação já sinalizava um avanço considerável.

Na declaração de abertura, a equipe relembrou os princípios norteadores do procedimento e pediu que cada um dos interlocutores relatasse sua visão dos acontecimentos, dessa vez em reunião conjunta. Pretendia-se oportunizar que os vizinhos tomassem contato com as narrativas alheias.

Para tanto, selou-se um compromisso preliminar de escuta atenta, interessada, curiosa e sem interrupções, bem como de falas genuínas, que pudessem minudenciar as diferentes percepções dos acontecimentos – descrevendo inclusive os pontos supostamente já conhecidos pelos demais, e afastando-se de uma tônica de (contra)argumentação. Todos concordaram com a dinâmica sugerida. Pareciam, enfim, ter entendido o propósito da mediação.

A ordem das falas observou a mesma sequência da pré-mediação: procura inicial de Fátima, seguida pelo engajamento de Alice – já que Antônio reiterara sua disponibilidade para se pronunciar por último. O "diálogo", no entanto, iniciou-se em tom acusatório. A moradora do apartamento 101 assumiu uma postura que beirava a hostilidade, o que levou o condômino comerciante a querer interrompê-la. Alice tampouco ficou em silêncio, tomando o lado de Fátima, sua vizinha de porta, e apontando o dedo em direção a Antônio.

As falas misturaram-se e as vozes elevaram-se, denotando uma atmosfera de enfrentamento, de uns contra os outros. Tratava-se de uma discussão que se retroalimentava de forma reativa e improdutiva, em termos bastante aproximados ao confronto que havia sido observado no portão do prédio.

Repetidas vezes, tentou-se trazer a condução de volta para as mediadoras. Depois de transcorridos alguns minutos sem que os mediandos conseguissem se escutar, pareceu inviável a continuidade da mediação. As facilitadoras levantaram-se da mesa e, em um tom suave, quase inaudível se comparado ao alto volume das vozes dos mediandos, informaram que encerrariam o procedimento de negociação assistida.

Subitamente, o silêncio tomou conta da sala do GIMEC. As acusações e ameaças entre os mediandos foram interrompidas. Fátima, Alice e Antônio olhavam para as facilitadoras de forma questionadora. Pareciam não compreender o padrão reiterado de comportamento disfuncional que vinham adotando. A equipe explicou, com serenidade, que o procedimento de mediação não poderia se dar em um ambiente onde a expressão cuidadosa e a escuta ativa e empática não fossem respeitadas.

Os mediandos foram então convidados a reavaliar a escolha pela dinâmica mediativa, bem como as intenções e o desejo interno que os levaram a estar ali. Como havia sido comentado pelos mediandos em suas respectivas reuniões de pré-mediação, nenhum dos três tinha o real interesse de acionar o Poder Judiciário para solucionar a questão e, ao mesmo tempo, todos compreendiam que não conseguiriam chegar a uma solução satisfatória sem o apoio de um terceiro imparcial.

Todavia, não pareciam permitir a condução da negociação assistida pelas facilitadoras.

Ao se levantarem da mesa, as mediadoras propiciaram a autorreflexão pelos condôminos do prédio nº 15 e, de modo espontâneo, Fátima, Alice e Antônio tornaram a se desculpar pelos ânimos exaltados e expressaram o desejo comum de continuar em mediação, comprometendo-se a manter a calma e o respeito, tanto uns com os outros, como também com a prática mediativa.

A empatia, a assertividade e o olhar do mediador para si

No momento em que as facilitadoras escolheram interromper a reunião, agiram movidas pela necessidade de preservação dos princípios éticos da mediação e pela compaixão consigo mesmas. Rosenberg sugere que se esteja atento a esse elemento constitutivo da empatia, avaliando se as necessidades próprias também estariam sendo preenchidas, de forma a se poder alcançar a autocompaixão[23].

Ao perceber que o encontro estava sendo mais destrutivo do que produtivo, a equipe se tornara consciente de que suas necessidades enquanto mediadoras haviam sido esquecidas e precisavam ser resgatadas. O silêncio e a interrupção do procedimento acabou sendo o caminho encontrado para se reestabelecer o equilíbrio, sem prejudicar ou somar ao embate entre os mediandos.

Ainda de acordo com Rosenberg, a atuação pautada na empatia pode "acomodar ambas as necessidades: por um lado, a de responder de forma atenciosa às necessidades dos outros, e, por outro, a de ter mais consciência e cuidado [consigo]"[24]. Essa relação dual também é comentada por Alves, que pontua: "deve haver um equilíbrio entre a empatia e a assertividade na mediação, pois o 'excesso de empatia sem assertividade poderá gerar uma situação de submissão ou permissividade, ambas prejudiciais ao processo de negociação'"[25].

Ao cuidarem empaticamente de si mesmas e assumirem maior assertividade na condução do caso, as mediadoras garantiram respeito à metodologia utilizada, protegendo seus princípios. A autocompaixão

era válida e coerente por si só, pois a equipe foi movida pelo desejo genuíno de contribuir não somente para seu bem-estar, mas também para o acolhimento aos mediandos. A postura adotada encontrou ressonância nos vizinhos, que refletiram e mais uma vez reafirmaram o compromisso com a mediação.

Desfecho do caso

Com os contornos do processo de diálogo realinhados, retomou-se a fala de Fátima que, dessa vez, não acusou Antônio nem levantou o tom de voz. O ambiente da mediação precisa ser seguro e acolhedor e, por isso, as facilitadoras manejaram a conversa para que essa atmosfera fosse mantida. Afinal, gritos e acusações não podem acontecer sem que sejam cuidados pelo mediador[26].

Em sua fala, Fátima ressaltou que, por se tratar de um problema urgente, que já afetava gravemente a loja situada abaixo de seu apartamento, decidiu acolher as recomendações dos profissionais que havia contratado e realizar a obra de imediato. Esclareceu que só agiu assim por estar convencida de que se tratava de uma questão do prédio como um todo. A moradora do apartamento 101 pôde explicar toda a situação e apresentar à sua vizinha de porta os laudos e documentos que haviam sido produzidos pelo engenheiro consultado. Para Alice, pareceu fazer sentido dividir o custo da obra entre os condôminos, à semelhança do entendimento manifestado por Fátima.

A conversa não se desenvolveu da mesma forma com Antônio. Ainda relutante, o vizinho não confiava completamente que a obra envolvia uma questão estrutural do prédio. O fato de ter sido excluído do processo decisório desde a consulta aos profissionais, passando pela avaliação do orçamento e culminando na deliberação sobre a (im)pertinência do rateio da despesa alimentava sua desconfiança. Quando a equipe conseguiu perceber o elemento subjetivo que aborrecia o condômino comerciante, compreendeu que seria necessário dedicar tempo e espaço a trabalhar especificamente essa questão.

As facilitadoras ofereceram aos mediandos um resumo do que puderam compreender do contexto vivencial, retratando as percepções e as

significações havidas a partir dos diferentes pontos de vista, bem como ressaltando os sentimentos experimentados por cada um dos vizinhos.

A descrição pormenorizada e manifestamente empática trazida pelas mediadoras acerca das distintas narrativas provocou em Fátima uma percepção antes não conhecida: pelo ângulo de Antônio, de fato as circunstâncias haviam sido consideradas e o plano de ação, definido sem que o condômino titular de duas unidades residenciais e duas comerciais fosse convidado a opinar. Diante da visita ao lugar do vizinho, a moradora do apartamento 101 teve a ideia de perguntar como seria se consultassem um novo especialista – dessa vez, alguém em quem os três moradores confiassem, para avaliar a obra realizada e informar se se tratava de um problema do condomínio ou de algum apartamento em especial.

Antônio, por sua vez, também havia tido a oportunidade de perceber a situação por outro enfoque: Fátima estava fora da cidade, foi surpreendida por uma série de tentativas de contato por parte de seus vizinhos, voltou para casa às pressas, o que não apenas importou em uma abreviação de seu período de descanso em família como, mais do que isso, fez com que ficasse adrenalizada e atordoada, além de preocupada com o estado de seu imóvel e insegura com a dimensão dos prejuízos suportados pela loja que se situava abaixo de seu apartamento – sem contar a imensa dor de cabeça pela dificuldade das conversas que estariam por vir.

O condômino, que tinha conquistado ao longo dos anos um certo pragmatismo com o desdobramento de seu tino comercial, dera-se conta de que o relato de Fátima, redefinido com conotação positiva pela equipe de mediação, era sincero e, portanto, a contratação de um novo especialista acarretaria custos adicionais, sem proveito prático algum. Assim, agradeceu a disponibilidade da vizinha, dispensando a providência sugerida e dizendo que ficaria satisfeito em falar ao telefone com o engenheiro contratado inicialmente.

Ficou ainda mais claro que a resistência de Antônio em assumir o compromisso financeiro se originava do sentimento de exclusão do processo de tomada de decisão e da sensação de desconforto com a tentativa de imposição da solução idealizada por Fátima e corroborada por Alice. A aliança entre as vizinhas do 1º andar reforçava sua crença

de que não estaria sendo devidamente legitimado pelas demais condôminas, o que contrastava com um dado objetivo: era titular de mais de metade das unidades do edifício.

Estimulados pelas facilitadoras, os moradores do prédio nº 15 passaram então a refletir sobre como a definição acerca do rateio das despesas poderia ter sido conduzida de forma diferente. A ideia era incorporarem o aprendizado da experiência e adquirirem recursos para lidar com situações semelhantes que pudessem se apresentar no futuro.

Fátima comentou que sua atitude fora impulsionada pelo desejo de solucionar a questão o mais brevemente e da melhor forma possível para todos. Nas entrelinhas de sua explicação, manifestada em tom tranquilo e objetivo, pôde-se notar um sutil pedido de desculpas direcionado a Antônio – o qual, a essas alturas, já estava muito mais sereno com o desenrolar da mediação.

O vizinho concordou, então, em realizar o pagamento de sua cota parte nas despesas da obra, escolhendo por fazê-lo imediatamente – dispensando a verificação com o engenheiro como havia solicitado previamente: sacou do bolso um maço recheado de notas grandes e pequenas, separou a quantia e entregou a soma em dinheiro a Fátima, na própria sala de mediação.

O acordo celebrado foi retratado por escrito, com a descrição da situação havida, do critério objetivo que pautou sua equalização, bem como do combinado quanto ao rateio das despesas com a obra do barbará, inclusive no tocante à forma e ao momento de pagamento por cada condômino. Com a formalização do termo, a equipe se despediu dos vizinhos com a sensação de que o caminho encontrado havia guardado consonância com o senso de justiça, coerência, razoabilidade e proporcionalidade[27] de cada um dos moradores do prédio nº 15, o que só foi possível alcançar em razão do espírito empático que envolveu os mediandos.

* * *

A mediação de conflitos pauta-se em diversos princípios éticos e procedimentais que embasam sua prática. Contudo, a experiência da

empatia não apenas norteia a dinâmica mediativa como também a transcende. Arruda e Vidal[28] descrevem que a escuta empática, provocada e estimulada pelo mediador, é necessária para que se compreendam as origens do conflito e sua evolução, ocasionando a potencial transformação da qualidade da interação entre os mediandos.

No caso prático analisado nesse estudo, pretendeu-se abordar as diferentes facetas da vivência empática e explicitar o valor de uma relação social permeada pela empatia. Do mesmo modo que se devem abordar questões como o acolhimento, a preparação dos clientes para estarem em mediação, os limites da disponibilidade dos mediandos e do próprio mediador, pode-se concluir que a empatia deve ser praticada em todos os momentos da mediação e permear as distintas interações que se apresentam e/ou se constroem na mesa de negociação.

Notas

[1] O GIMEC PUC-Rio foi constituído em 2007, por iniciativa de professores dos Departamentos de Direito e Psicologia da universidade.

[2] Os nomes foram alterados e o caso, descaracterizado.

[3] O NPJ PUC-Rio compreende o GIMEC em sua estrutura interna.

[4] ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006, p. 133.

[5] VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. São Paulo: Método, 2008.

[6] FRAGA, B. M.; MOSQUÉRA, G. e MEYER, M. C. Alguns aportes da Psicologia, Antropologia e Sociologia para a Mediação de Conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 8, pp. 149-162.

[7] Cano principal que recebe os efluentes dos apartamentos e os conduz ao esgoto público.

[8] ALMEIDA, D. R. e PAIVA, F. Dinâmica da mediação: atores. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 16, pp. 257-270.

[9] No artigo "Practice and Paradox: Deconstructing Neutrality in Mediation" (1991), Sara Cobb e Jane Rifkin discutem a importância das histórias alternativas a partir da abordagem circular narrativa, ressaltando sua relevância no contexto mediativo.

[10] Facultou-se a Antônio a possibilidade de estender o convite para participação na mediação a Francisco – locatário de uma de suas lojas. Contudo, o titular da unidade comercial agradeceu, informando que preferiria seguir com o procedimento apenas entre proprietários, sem o envolvimento de inquilinos.

[11] A equipe investigou as possíveis redes de pertinência e seus papéis no caso em questão, contudo, concluiu-se que, de acordo com a demanda dos mediandos, não seria relevante inserir outras figuras no desenvolvimento do caso nesse momento.

[12] TAVARES, Mariana e PELIZZOLI, Marcelo L. A empatia como aporte para a Justiça (restaurativa). *Revista da ESMAPE*, v.20, nº 41, pp. 1-15, 2015.

[13] ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

[14] BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: princípios e norteadores. *Revista da Faculdade de Direito UniRitter*, 2010.

[15] FRAGA, B. M.; MOSQUÉRA, G. e MEYER, M.C. Alguns aportes da psicologia, antropologia e sociologia para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 8, pp. 149-162.

[16] FRAGA, B. M.; MOSQUÉRA, G. e MEYER, M. C. Alguns aportes da psicologia, antropologia e sociologia para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 8, pp. 149-162.

[17] ALMEIDA, D. R.; PAIVA, F. Dinâmica da mediação: atores. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 16, pp. 257-270.

[18] FRAGA, B. M.; MOSQUÉRA, G. e MEYER, M. C. Alguns aportes da psicologia, antropologia e sociologia para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO,

Samantha e JONATHAN, Eva (Coords.). *Mediação de conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 8, pp. 149-162.

[19] CARAM, M.E.; EILBAUM, D. T. e RISOLÍA, M. Organización de la mediación: Organización previa a la primera reunión. In: CARAM, M. E.; EILBAUM, D. T.; RISOLÍA, M. *Mediación*: diseño de una práctica. Buenos Aires: Histórica, 2006, cap. II, pp. 82-96.

[20] De acordo com o Manual de Mediação Judicial (2016) do CNJ, o rapport é uma das "ferramentas de que dispõe o mediador para estabelecer uma relação de confiança com as partes e dar suporte a elas. Quando as partes sentem que seus sentimentos e emoções foram bem recebidos e compreendidos pelo mediador, acreditam que podem confiar no processo e no mediador. Os efeitos de uma boa relação de confiança promovem uma melhor eficiência do processo no sentido de que facilitam a obtenção de informações e tornam a atuação do mediador muito mais simples" (BRASIL, C. *Manual de Mediação Judicial*, 2016, p. 202).

[21] SEPAROVIC, Elizangela. A empatia e a mediação de conflitos – uma perspectiva baseada na comunicação não violenta. *Jornal Jurídico*, 2019.

[22] ALMEIDA, D. R. e PAIVA, F. Dinâmica da mediação: atores. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (coord.). *Mediação de Conflitos*: para iniciantes, praticantes e docentes. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, cap. 16, pp. 257-270.

[23] ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

[24] ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não violenta*: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

[25] REIS, Cristiane de Souza. *A empatia na mediação*: a contribuição da comunicação não violenta. Jornal Jurídico, p. 16, 2019. Disponível em https://www.revistas.ponteditora.org/index.php/j2/article/view/194.

[26] Em contextos de muita subjetividade, principalmente quando há mágoas, é comum que os mediandos utilizem expressões acusatórias ou até desqualificatórias da pessoa do outro. O mediador deve intervir para traduzir o conteúdo de tais falas, revelando as necessidades desatendidas e/ou os interesses e as preocupações travestidos pelas aparentes inadequações.

[27] LIMA, E. S. e PELAJO, S. A Mediação nas Ações de Família. In: ALMEIDA, D. A. R.; PANTOJA, F. M. e PELAJO, S. *A mediação no Novo Código de Processo Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, cap. 9, pp. 223-245.

[28] ARRUDA, Daniel Péricles e VIDAL, Ricardo Flores. Lugar de escuta: uma proposta metodológica para a mediação de conflito. *Revista Ciências Jurídicas e Sociais-UNG-Ser*, v.10, nº 1, 2020, pp. 35-46.

Obras comentadas

Como chegar ao sim: negociação de acordos, de Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton*

*Álvaro Luiz Sobral Filho***

*Lívia de Barros Lima****

*Matheus Lazera Martins de Oliveira*****

Como chegar ao sim ensina as premissas do método de *negociação baseada em princípios,* desenvolvido no Projeto de Negociação de Harvard. A estratégia é que a pessoa negocie levando em consideração os seus interesses e os da outra parte, buscando ganhos mútuos sempre que possível e insistindo em critérios objetivos, os quais independem da vontade dos envolvidos. Esse procedimento contrapõe-se à negociação por barganha, que tem por característica o emprego de truques e dissimulações.

Os autores chamam atenção para o fato de que muitas pessoas pensam que precisam escolher entre duas formas de negociar: gentil ou firme. O negociador gentil faz concessões para chegar a um acordo, a fim de preservar o relacionamento e evitar o conflito. No entanto, não raras vezes, sente-se explorado e amargurado. Já o negociador firme assume posições mais extremas e deseja sempre "vencer", ainda que, para tanto, prejudique o relacionamento com os envolvidos.

A proposta da obra é expor uma terceira maneira de negociar: firme com o problema e gentil com as pessoas. O livro é estruturado

---

* FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

** Graduando de direito na PUC-Rio e membro do GAEMNE PUC-Rio.

*** Bacharel em direito pela PUC-Rio.

**** Graduando de direito na PUC-Rio e membro do GAEMNE PUC-Rio.

em oito capítulos. Os primeiros descrevem os quatro princípios do método: i) *separe as pessoas do problema;* ii) *concentre-se nos interesses, não nas posições*; iii) antes de tentar chegar a um acordo, *crie opções com possibilidade de ganhos mútuos*; iv) *insista em usar critérios objetivos.* Os três últimos ponderam os questionamentos: i) *e se eles forem mais poderosos? (desenvolva sua BATNA – Melhor Alternativa a um Acordo Negociado);* ii) *e se o outro lado não entra no jogo? (use o jiu-jítsu da negociação);* iii) *e se eles jogarem sujo? (domando o negociador difícil)*.

Separe as pessoas do problema

A primeira premissa do método da negociação baseada em princípios consiste na *separação das pessoas do problema*.

Para ilustrar esse primeiro ponto, os autores narram diferentes casos, como o de um funcionário que convocou uma paralisação como forma de protesto contra o "abuso" por ele suportado. O empregado estava profundamente irritado com o fato de seu supervisor tê-lo requisitado repetidas vezes para substituir faltas de outros colegas, sentindo-se, desta maneira, injustiçado e sobrecarregado.

Na tentativa de melhor entender as circunstâncias, o líder sindical questionou o supervisor quanto aos motivos daquela convocação constante, tendo sido informado de que aquele funcionário era o mais qualificado para suprir as ausências de seus colegas doentes, que era chamado apenas em casos essenciais e que, até então, acreditava que ele gostasse da responsabilidade atribuída.

Um simples mal-entendido pode reforçar preconceitos, produzir reações nas pessoas e, assim, fazer com que a negociação não prospere. Caso isso aconteça, o objetivo do "jogo" passa a ser marcar pontos, confirmar impressões negativas e fazer acusações, de modo que os interesses essenciais das partes ficam de lado.

Em uma negociação, não lidamos com representantes abstratos do "outro lado" e sim com seres humanos, os quais têm diferentes emoções, valores, culturas e origens, sendo, portanto, imprevisíveis. Para ultrapassar essa imprevisibilidade, o negociador deve levar em conta que, assim como ele, a outra parte tem dois tipos de interesses.

O primeiro deles é que o acordo final satisfaça seus interesses essenciais; já o segundo é a preservação do relacionamento, como no exemplo de um comerciante, que não apenas busca ter lucro, mas também fidelizar o cliente. O grande desafio consiste no fato de que o relacionamento tende a se confundir com o "problema" e é nesse momento que o bom negociador deve saber separar o que as partes discordam, em seus lados pessoais e seus egos, e focar o que é realmente a questão do impasse. Caso o negociador não faça essa distinção, a tendência é de se aproximar da barganha-posicional.

À vista disso, as partes acabam se fechando para a possível criação de soluções em conjunto e demonstram que não haverá acordo caso não se atenda aos exatos moldes desejados individualmente. Por consequência, o outro lado pode entender esse posicionamento como uma afronta à continuidade da relação, visto que, ao inviabilizar o diálogo para a construção conjunta de novas opções, não houve uma demonstração valorativa em prol da manutenção do relacionamento.

A melhor forma de lidar com esses problemas, segundo os autores, é mudando a maneira de tratar as pessoas, esclarecendo percepções divergentes, melhorando a comunicação e fazendo o seu interlocutor sentir-se ouvido.

No que diz a respeito à *percepção,* citam-se os seguintes pontos: i) colocar-se no lugar do outro, a fim de entender a visão do seu interlocutor e abrir espaço para a empatia; ii) não pressupor as intenções alheias com base nos próprios receios – nossa tendência é de atribuir ao outro condutas que tememos; iii) não procurar um culpado pela existência do problema; iv) compartilhar entendimentos; v) buscar oportunidades de mudar as percepções do outro lado; vi) envolver a pessoa com quem se dialoga no processo, despertando seu interesse no resultado; vii) tornar as propostas coerentes com os valores de todos os envolvidos.

Os autores dão especial destaque à *emoção* numa negociação, pois, em uma disputa acirrada, os sentimentos podem ser mais relevantes do que a conversa em si. Nesse sentido, orienta-se que sejam adotados os seguintes passos, sequencialmente: i) reconhecer e compreender as emoções de ambas as partes; ii) atentar para as "preocupações centrais";

iii) considerar o papel e o valor da identidade, evitando falas que ameacem a autoimagem ou o amor-próprio do seu interlocutor; iv) expor as emoções e tê-las como legítimas; v) abrir espaço para que o outro exteriorize suas emoções e anseios; vi) não reagir a acessos de raiva; e vii) fazer uso de gestos simbólicos, por exemplo, prestar condolências, cumprimentar, abraçar, marcar uma refeição juntos etc.

A *comunicação* também merece muita atenção dos negociadores, pois é por meio dela que se consegue estabelecer o diálogo e chegar a uma decisão conjunta. Dada a sua importância e no intuito de melhorar a comunicação, os autores sistematizaram alguns passos a serem seguidos.

O primeiro é o de i) praticar a escuta ativa e registrar o que está sendo dito, fazendo com o que o interlocutor se sinta escutado. Nesse ponto, é válido dizer algo como "veja se eu entendi corretamente: você está dizendo que …?". Os outros passos listados pelos autores são: ii) comunicar para ser entendido; iii) falar sobre você, não sobre eles, ou seja, é melhor afirmar, por exemplo, "nós nos sentimos discriminados" do que "vocês foram preconceituosos"; e iv) falar objetivamente, pois às vezes o problema não é a falta de comunicação, mas o excesso dela.

Os autores recomendam também adotar alguns comportamentos antes mesmo da negociação, como uma forma de se preparar e prevenir possíveis desentendimentos. Para construir uma boa relação, conhecer seu interlocutor e até descobrir seus gostos pode ser uma boa estratégia. Levando em consideração que se deve enfrentar o problema, não às pessoas, o ambiente pode ser preparado de forma que todos se sentem lado a lado, de frente para algum objeto material que represente o problema, criando a atmosfera de conjugação de esforços para lidar com o impasse.

Concentre-se nos interesses, não nas posições

A segunda premissa do método da negociação baseada em princípios é "concentrar-se nos interesses, não nas posições".

Para introduzi-la, os autores abordam o caso da bibliotecária que, diante de um debate entre dois homens sobre deixar a janela aberta,

decide intervir e pergunta-lhes suas respectivas motivações. A partir das respostas, a profissional identificou dois interesses distintos por trás das posições: um desejava que entrasse apenas ar fresco e o outro não queria que o vento fosse em sua direção. Diante disso, a funcionária da biblioteca criou uma opção que atendeu aos interesses de ambos: abrir a janela da sala ao lado, possibilitando que o ar fresco entrasse, sem que ventasse diretamente sobre aquelas pessoas.

Esse exemplo demonstra que somente foi possível encontrar uma solução ganha-ganha a partir da migração do foco de atenção das posições inicialmente assumidas para os interesses de cada um. Pode-se notar, então, que i) os interesses definem o problema e podem representar desejos, medos e até preocupações das pessoas e, ii) por mais que as posições pareçam opostas, há muito mais interesses em comum do que conflitantes.

Outro aspecto que merece especial atenção no estudo dos métodos de negociação é o reconhecimento e a clareza quanto aos interesses na mesa. Para tanto, os autores recomendam que i) sempre haja o questionamento acerca do porquê de se ter adotado determinada posição; e ii) se indague o motivo da recusa da opção sugerida. A resposta pode trazer à tona eventuais interesses ainda não conhecidos ou abordados, inclusive relativos a pessoas indiretamente ligadas à negociação.

Cumpre ressaltar que os interesses mais poderosos são as necessidades humanas básicas, como segurança, bem-estar econômico, sensação de pertencimento, reconhecimento e controle sobre a própria vida. Atendidas tais necessidades, haverá maior probabilidade de se chegar a um acordo, cujo cumprimento se dará de forma espontânea.

A geração de opções ganha-ganha pressupõe que a *comunicação* quanto aos próprios interesses seja extremamente franca e minuciosa. Nesse ponto, os autores fazem uma analogia com a relação médico-paciente, mencionando a hipótese de paciente que não expõe, com sinceridade, os sintomas sentidos, acaba inviabilizando que o médico faça um diagnóstico preciso. É essencial, portanto, que todos na mesa manifestem seus interesses de forma clara, com detalhes concretos, que não apenas validem sua descrição, como também aumentem seu impacto.

Existem outras preocupações que os negociadores também devem ter em mente: i) reconhecer os interesses de seu interlocutor como parte do problema e, principalmente, da solução, pois há uma tendência de se ignorar as necessidades do outro lado; ii) apresentar primeiro o problema para depois pensar na solução; e iii) assumir uma visão prospectiva.

É válido ressaltar que o bom negociador é conciso, porém flexível, e sempre está aberto para novas possibilidades de ganhos mútuos. É firme com o problema, mas gentil com as pessoas que estão tratando dele.

Crie opções com possibilidade de ganhos mútuos

A terceira premissa do método da negociação baseada em princípios trata da *criação de opções com possibilidade de ganhos mútuos*.

Há situações nas quais os negociadores têm a sensação de que qualquer solução aventada beneficiaria somente uma das partes. Em um divórcio, por exemplo, quem permaneceria residindo na casa comum? Quem teria a guarda dos filhos? Nesses casos, as pessoas podem considerar que a resolução do impasse consiste em uma escolha entre ganhar ou perder, na qual nenhum dos lados deseja ser prejudicado.

No entanto, os autores sinalizam que existem soluções criativas, as quais podem satisfazer os interesses de todos os envolvidos, como a opção pela desmilitarização do Sinai, que culminou no acordo de paz celebrado entre Israel e Egito com relação à península do Monte Sinai.

Com frequência, negociadores "deixam dinheiro na mesa" e não chegam ao acordo que atenderia melhor o interesse de ambos. Essa situação pode ser demonstrada na história de duas crianças que brigam por uma laranja e, ao final, dividem-na ao meio, sem antes investigar o que cada uma pretendia fazer com a fruta. Nesse caso, os interesses das duas poderiam ter sido plenamente atendidos, caso aquela que quisesse fazer um suco ficasse com toda a polpa, e a que pretendesse preparar um bolo recebesse a casca inteira.

Ao identificar a recorrência dessas situações, os cofundadores do Projeto de Negociação de Harvard mencionam quatro obstáculos que inibem a criação de opções, fazendo com que as pessoas deixem valor na

mesa: i) prejulgamento; ii) busca por uma resposta única; iii) pressuposição de que o bolo tem um tamanho fixo; e iv) crença de que resolver o problema do outro é problema do outro. Esses empecilhos impossibilitam que se extraia o maior valor possível da negociação.

Se o primeiro óbice à construção de uma opção criativa é o prejulgamento de uma ideia nova, prejudicando a imaginação, o segundo é a conclusão prematura de se pensar em uma única opção, temendo que mais possibilidades atrasem e/ou confundam o processo.

Por muitos acreditarem que estão diante de uma negociação cujo valor em jogo é fixo, ou seja, "quanto menor o tamanho do bolo para você, maior para mim", deixam de criar opções pensando que não podem satisfazer o outro sem se prejudicarem. Na realidade, para se chegar a um acordo que atenda interesses próprios, será necessário desenvolver uma solução que também contemple os da outra parte.

A proposta do método de Harvard é dividir a fase de construção de opções criativas em quatro etapas: i) separar o ato de criar opções do ato de julgá-las; ii) ampliar o leque de opções, ao invés de se procurar por uma resposta única; iii) buscar acordos vantajosos para ambas as partes; e iv) inventar formas de facilitar as decisões de seu interlocutor.

Antes da sessão de *brainstorming*, cuja finalidade é gerar o máximo de ideias possíveis para resolver uma determinada questão, deve-se: i) definir um objetivo, ou seja, pensar sobre o que deseja ter alcançado ao fim da reunião; ii) escolher alguns participantes, sendo cinco a oito pessoas o número ideal; iii) mudar o ambiente – escolher um horário e um lugar diferentes do habitual para evitar que os participantes façam prejulgamentos; iv) criar um clima informal – combinando que todos se chamem pelo primeiro nome, por exemplo; v) escolher um mediador que estimulará o diálogo ao fazer perguntas e garantirá que todos tenham oportunidade de se expressar.

Durante o *brainstorming*, a metodologia desenvolve-se da seguinte maneira: primeiro, os participantes acomodam-se lado a lado para enfrentar o problema comum em conjunto; em seguida, estabelecem-se algumas regras básicas, inclusive a diretriz de não criticar as ideias

sugeridas. Propõe-se, então, a elaboração de uma lista de opções diversas em um quadro branco de fácil visualização pelos negociadores.

Após a geração de um número de opções, selecionam-se as ideias mais promissoras, a partir de uma análise de custos, benefícios e viabilidade de cada uma delas.

Na sequência, desenvolvem-se aperfeiçoamentos para as opções escolhidas, buscando maneiras de torná-las melhores e mais realistas, assim como meios de implementá-las. Por último, define-se um prazo para avaliar as ideias e tomar as decisões.

Os cofundadores do Projeto de Negociação de Harvard estimulam a realização de uma sessão conjunta de *brainstorming*, visando a produção de ideias que conciliem os interesses de todos os envolvidos, a criação de um clima colaborativo para a resolução do problema e a compreensão de ambos os lados acerca das preocupações do outro.

Na fase de geração de opções, a recomendação é de que o negociador procure i) identificar interesses em comum; ii) conciliar interesses distintos – as diferenças possibilitam que um item seja altamente benéfico para um e, ao mesmo tempo, de baixo custo para quem oferece; e iii) criar várias opções igualmente aceitáveis para si próprio, perguntando aos interlocutores quais contemplariam melhor as necessidades deles.

Em resumo, os autores pontuam: "crie muitas opções antes de selecionar entre elas. Invente primeiro; decida depois. Procure interesses em comum e interesses diferentes, mas conciliáveis. E procure facilitar a decisão da outra parte"[1].

Insista em usar critérios objetivos

Segundo a Teoria de Harvard, a negociação baseada em princípios, com a discussão de opções vinculadas a critérios objetivos, tende a produzir acordos mais sensatos e eficientes. Para garantir um acordo razoável, a expectativa é de que os critérios objetivos sejam não apenas independentes da vontade das partes, mas também legítimos e práticos. Como exemplo, destacam-se os seguintes possíveis parâmetros de legitimidade: valor de mercado, precedentes, opinião científica, padrões profissionais,

eficiência, custos, decisão de um tribunal, padrões morais, tratamento igualitário, tradição, reciprocidade etc.

Quando as partes identificam critérios e procedimentos justos, devem atentar a três pontos básicos: i) formular cada questão como uma busca conjunta por critérios objetivos; ii) ponderar e escutar a voz da razão para decidir quais são os parâmetros mais apropriados e como aplicá-los; iii) nunca ceder à pressão, apenas aos princípios.

A concordância conceitual quanto aos critérios de legitimidade facilita o consenso a respeito de uma opção. Importante esclarecer que não se trata de utilizar padrões objetivos como simples argumentos para defender uma posição, pois é importante que o negociador esteja à mesa com a mente aberta.

Na negociação de posições, os negociadores concentram-se em defender a sua idealização e atacar a dos demais envolvidos, isto é, dedicam-se a exigir concessões com base na simples insistência e pressão. Por sua vez, as pessoas que utilizam critérios objetivos tendem a usar o tempo de forma mais eficiente: refletindo sobre possíveis soluções fundamentadas em parâmetros externos, como precedentes e práxis da comunidade.

Os autores relatam a história de uma negociação complexa sobre Direito do Mar, em que era necessário decidir como alocar os pontos de mineração no fundo do oceano. A proposta era no sentido de que um grupo de empresas privadas ficasse com metade dos locais disponíveis e a outra metade coubesse à Enterprise, mineradora das Nações Unidas. No entanto, os países mais pobres temiam que a Enterprise ficasse em desvantagem, pelo fato de as demais companhias deterem mais tecnologia e conhecimento para escolher os melhores pontos de perfuração.

Para solucionar o impasse, utilizou-se um critério objetivo antigo muito comum para dividir um pedaço de bolo entre duas crianças: uma corta e a outra escolhe. E assim foi feito. Cada empresa privada apresentou duas propostas de divisão dos pontos de mineração e a Enterprise decidiu qual dos dois lugares preferia explorar. Assim, a sociedade envidou seus melhores esforços para que a divisão entre os pontos de mineração apresentados fosse a mais justa possível.

É comum que mais de um critério independente seja apto a fundamentar uma opção. Por exemplo, na negociação com uma seguradora, alguns parâmetros podem ser levados à mesa para determinar o valor de um carro, tais como: i) o custo original deduzido a depreciação; ii) o preço pelo qual o veículo poderia ter sido vendido no mercado se não tivesse sofrido perda total; iii) a cifra de "catálogo" de um veículo do mesmo ano e modelo; e iv) o valor que provavelmente se atribuiria ao carro em uma disputa judicial.

Em um caso real narrado no livro, o carro de Tom sofreu perda total, em decorrência de um acidente. Ao negociar com a seguradora a indenização pelo sinistro, o proprietário explicou que gostaria de receber uma compensação "justa". Em resposta, o avaliador indicou a quantia de US$ 15.000,00 como o melhor que conseguiria fazer, de acordo com a Política da Empresa.

Na busca por um critério objetivo, o empregado da seguradora trouxe um anúncio de jornal de um carro do mesmo fabricante, ano e modelo pelo valor de US$ 14.800,00. Tom, então, procurou saber qual era a quilometragem do automóvel anunciado, bem como se teria aparelho de som, retrovisor com ajuste automático de iluminação e outros atributos constantes em seu veículo. Os negociadores somaram ao preço inicial de US$ 14.800,00 todos os diferenciais do carro de Tom e, por fim, chegaram ao montante de US$ 18.024,00.

Embora o funcionário da seguradora tenha optado por uma negociação posicional, valendo-se da "Política da Empresa" como um argumento de autoridade, Tom, ao negociar com base em princípios, conseguiu chegar a um acordo razoável.

A insistência pela utilização de critérios objetivos evita o custo de ceder a uma posição arbitrária e aumenta a probabilidade de se alcançar um acordo sensato de forma amistosa e eficiente.

E se eles forem mais poderosos? (Desenvolva sua BATNA ou MAPAN – Melhor Alternativa a um Acordo Negociado)

Diante de um cenário de negociação em que a outra parte envolvida possua uma posição de barganha mais forte (estabelecida pela

assimetria de poder, econômica e/ou técnica), o presente método de negociação oferece ao negociador em "desvantagem" dois objetivos a serem perseguidos.

O primeiro deles, *proteger a si mesmo*, surge da necessidade de não ceder à pressão externa, e tem como escopo evitar a celebração de um acordo que deveria ser rejeitado. Em busca desse objetivo, em momento anterior à negociação, muitas pessoas estabelecem para si um valor final (aceitável) para a realização de um acordo. Por definição, um resultado mínimo é uma posição que não se pretende alterar. Trata-se de uma estratégia onerosa, pois i) limita sua capacidade de se beneficiar das descobertas durante a negociação; e ii) inibe a imaginação, diminuindo o incentivo para a construção de opções mais flexíveis e capazes de contemplar interesses mútuos.

A partir dessa constatação, sugere-se que o negociador entenda a sua BATNA *(Best Alternative To a Negotiated Agreement* ou Melhor Alternativa a um Acordo Negociado) e a adote como parâmetro de medição das opções geradas durante as tratativas. A BATNA deve ser refletida cuidadosamente, de forma a proporcionar ao negociador informações qualificadas para a tomada da melhor decisão possível.

O segundo objetivo, *extrair o máximo de seus ativos*, visa obter o máximo de proveito a partir dos recursos disponíveis. Para tanto, a BATNA é novamente a resposta, ao passo que o poder de negociação está atrelado a quão atrativa a melhor alternativa ao acordo se revelará.

Consolidada a importância da BATNA, parte-se para o seu desenvolvimento, que contempla a realização de três etapas: i) enumerar as ações que possam ser adotadas realisticamente na ausência de um acordo; ii) aperfeiçoar as atitudes mais promissoras, tornando-as alternativas práticas; e iii) selecionar, provisoriamente, a melhor alternativa.

Ao concluir essas etapas, ficará a critério do negociador, já em momento de tratativas, compartilhar a sua BATNA com a outra parte, o que pode ser proveitoso para influenciar na decisão pelo acordo, na hipótese de a alternativa à negociação revelar-se muito promissora.

Igualmente importante pensar sobre as alternativas disponíveis ao seu interlocutor e supor sua provável BATNA. Esse exercício possibilitará

que, no momento de *brainstorming*, o negociador ajude a outra parte a avaliar se a expectativa em relação à sua melhor alternativa é realista.

A preparação de uma boa BATNA, portanto, potencializa a probabilidade de se evitar a celebração de um acordo desvantajoso, bem como ajuda a lidar com um negociador aparentemente mais poderoso, diminuindo eventual assimetria de poder.

E se o outro lado não entrar no jogo? – Use o jiu-jítsu da negociação

Dado o cenário em que uma das partes adote uma conduta posicional – marcada pela barganha, ataque pessoal e crítica de opções –, a resistência ou a contrarresposta a esses comportamentos pode criar um círculo vicioso de posturas adversariais em uma mesa de negociação. Sugere-se, então, ao negociador a utilização de três procedimentos como meios de afastar o outro lado de suas posições e viabilizar a discussão dos "méritos".

O primeiro consiste em focar, ainda que unilateralmente, a negociação nos interesses, opções e critérios. A lógica é no sentido de que, se *você* iniciar uma negociação por princípios, pode simplesmente conseguir mudar o jogo do outro lado. Caso a parte mantenha-se em barganha posicional, o segundo procedimento é a estratégia da negociação "jiu-jitsu", que consiste no redirecionamento dos ataques posicionais para o problema. Em resumo, evite defender as suas posições e atacar as do outro, o que acaba gerando um círculo vicioso de ataque e contra-ataque; ao invés de resistir à força que vem do outro, canalize-a para os propósitos da negociação. O primeiro passo é entender a posição defendida pela outra parte como uma possibilidade e, a partir disso, identificar o interesse por trás da idealização. O segundo movimento consiste em perceber as críticas às suas ideias como uma oportunidade de aperfeiçoamento das opções criadas, considerando que as avaliações negativas revelam preocupações em se resguardar determinados interesses. O terceiro passo compreende a realização de pausas em momentos oportunos e de perguntas de esclarecimento, as quais possibilitam identificar os interesses encobertos.

O terceiro procedimento sugerido é a negociação de texto único: um terceiro imparcial auxiliará na construção do diálogo, direcionando

a discussão para os interesses e opções. Após a escuta dos envolvidos, desenvolve uma lista de interesses das partes, solicitando que os negociadores sugiram melhorias; após inúmeros esboços apresentados e todas as inclusões/sugestões dos envolvidos, o terceiro apresenta uma versão final do texto, bastando aos negociadores aceitarem ou não.

Existem algumas frases exemplificativas que, se utilizadas no contexto oportuno, podem auxiliar no redirecionamento da barganha-posicional para uma negociação baseada em princípios, tais como: "Por favor, corrija-me se eu estiver errado"; "Queremos resolver o assunto não com base no poder de cada parte, mas em critérios independentes"; "Posso fazer algumas perguntas para ver se as informações estão corretas?"; "Qual é o princípio por trás de sua ação?"; "Deixe-me me ver se entendi o que você está dizendo"; e "Podemos voltar a conversar?".

E se eles jogarem sujo?

Este capítulo foca situações nas quais apenas negociar com base em princípios não é suficiente para garantir um resultado bem-sucedido.

Existem momentos em que um negociador pode tentar "jogar sujo", de modo a enganar e ludibriar a outra parte, por meio de mentiras, assédio psicológico e outras formas de pressão. Há duas reações comuns em resposta ao "jogo sujo".

A primeira, e mais comum, é suportar em silêncio, mesmo percebendo a intenção prejudicial do seu interlocutor, a fim de não correr risco de inviabilizar o acordo. Esperar que o outro lado se satisfaça com sua concessão, geralmente, não funciona. Tal postura pode gerar mais demandas da outra parte e provocar assimetrias na negociação, reabrindo a discussão de temas praticamente superados, com novos questionamentos ou exigências.

A segunda reação é responder ao jogo sujo no mesmo nível, o que pode não ser benéfico para a negociação, pois, no final, ou uma parte dará o braço a torcer ou a negociação será interrompida.

Os autores indicam três passos para contornar a situação: i) reconhecer a tática; ii) apresentar a questão de forma explícita; e iii) questionar a legitimidade e a utilidade da tática.

Existem também alguns pontos que devem ser pensados quando se percebe que a outra parte está "jogando sujo". O primeiro aspecto retoma a uma das lições vistas anteriormente: "separar as pessoas do problema". Os ataques pessoais podem ensejar a retomada das posições iniciais, adotando-se posturas de barganha. Nesse sentido, deve-se questionar sempre a tática e não a integridade de quem a usa.

Outros princípios, também citados ao longo do livro, são os de: se concentrar nos interesses, não nas posições; criar opções com possibilidades de ganhos mútuos; e insistir em usar critérios objetivos. Por fim, como último recurso, recomenda-se relembrar a BATNA e sair da mesa de negociação.

Os autores destacam algumas das táticas ardilosas comuns, que se dividem em três categorias. A primeira de que os autores tratam é a *fraude deliberada,* a qual consiste na distorção de fatos, mediante informações e intenções falsas, ou ainda na falta de clareza quanto à real autoridade decisória de um negociador, a chamada autoridade ambígua.

A segunda tática é a *guerra psicológica*, que visa a deixar a outra parte desconfortável, estimulando-a a fazer concessões para terminar a negociação o quanto antes. Para tanto, promovem-se situações estressantes, como reuniões em locais muito quente ou frio, com barulho excessivo etc. Há ainda quem recorra à tática do *policial bom e policial mau*, em que um dos negociadores se mostra inflexível e até agressivo, enquanto o outro – o "policial bom" – interrompe o colega, aparentando buscar uma solução mais razoável para o problema e manipulando a outra parte a aceitar a segunda opção sugerida. Ameaças, que podem ser consideradas tentativas ilegítimas de coação, também costumam ser utilizadas em algumas negociações. No entanto, por meio de avisos, a mesma informação poderia ser transmitida de maneira mais eficaz.

A terceira corresponde às *táticas de pressão de posição*, cuja finalidade é extrair concessões da pessoa com quem se negocia. Entre as posturas caracterizadas pelos autores como formas de *pressão de posição*, temos a recusa em negociar; a elaboração de demandas extremas – como, por exemplo, na negociação da compra de um imóvel, ofertar valor muito

inferior ao de mercado; o aumento de demandas a cada uma de suas exigências para cada concessão feita. Ao reconhecer essas artimanhas, recomenda-se chamar a atenção do negociador e insistir nos princípios. Assim, caso a pessoa realmente esteja interessada em celebrar um acordo, deixará de utilizar táticas ardilosas.

Outras formas seriam:

> i) a de *recusa de negociar*, em que a parte apresenta suas exigências e se mostra inflexível em discuti-las. Por consequência, o outro negociador se vê impelido a insistir na aplicação dos princípios e, também, a remanejar a negociação por intermédio de terceiros ou por e-mail;
>
> ii) do *parceiro inabalável*, quando o negociador concorda com a fala trazida pela outra parte, mas informa que há recusa de aceitação por aquele que detém o poder de decidir. Nesse caso, é válido concordar com o princípio envolvido e, em seguida, contatar diretamente o próprio "parceiro inabalável";
>
> iii) do *atraso calculado*, situação em que uma das partes deixa a outra esperando por certo tempo, com objetivo de criar uma pressão psicológica relacionada ao prazo da negociação e, por conseguinte, tornar o outro negociador mais maleável;
>
> iv) a famosa "é pegar ou largar" *ou travamento*, em que a outra parte tem de decidir, por exemplo, entre perder o acordo ou aceitar as objeções apresentadas. Nesse caso, a melhor opção é ignorar aquilo que foi dito, de modo a seguir a negociação como se nada tivesse acontecido.

Estar preparado para um jogo sujo é importante para conseguir identificar as táticas impróprias e de má-fé, como as mencionadas, e não ser vítima de armadilhas. O objetivo é defender os princípios com vistas a chegar a um acordo sensato.

* * *

Ao final do livro, os autores mencionam a provável inexistência na obra de algo que já não fosse de conhecimento do público em geral. A proposta não foi inovar, mas sistematizar a experiência comum e fornecer um guia prático para auxiliar a pensar e agir numa negociação, indicando um caminho promissor ao abordar conceitos e conscientizar o leitor.

Perguntar a um negociador quem está ganhando é tão inadequado quanto perguntar quem está ganhando num casamento. O livro trata sobre o método de negociação principiológica que, por meio de um processo eficaz baseado em interesses e critérios objetivos, visa a produzir bons resultados para ambas as partes lidarem com suas diferenças.

Os autores concluem que a habilidade de negociar não será desenvolvida apenas com a leitura da obra, assim como observar um panfleto de academia não deixará ninguém em forma, ou ler artigos sobre esportes também não tornará alguém atleta. Ainda que mudar os hábitos, separar as emoções do problema e envolver as pessoas na busca por uma solução sensata sejam tarefas difíceis, o método de negociação baseado em interesses sistematizado no livro é mais eficiente e menos oneroso para as relações humanas do que as demais estratégias[2].

NOTAS SOBRE A OBRA

A primeira edição de *Como chegar ao si*m, publicada em 1981, iniciou-se com a frase "Goste ou não, você é um negociador". O objetivo era chamar a atenção para uma realidade hoje já reconhecida: negociamos cotidianamente com quase todas as pessoas com quem interagimos.

Quando os autores escreveram a primeira edição do livro, o termo "negociação" costumava ser associado a embate, sendo comum pensar que i) acordos pressuporiam concessões recíprocas e ii) sempre haveria um "vencedor" e um "perdedor". Atualmente, as formas cooperativas de solucionar as diferenças são cada vez mais conhecidas e estimuladas. Hoje, o ensino da negociação faz parte de disciplinas ministradas em diversas universidades – realidade distinta da época em que a obra foi lançada. Vivencia-se um novo período denominado pelos escritores como "revolução da negociação".

O objetivo do *Como chegar ao sim* é difundir o método da negociação principiológica. Outros livros posteriormente escritos pretenderam aperfeiçoar o conjunto de ferramentas e explorar os desafios de se lidar com grandes diferenças de forma colaborativa: Supere o não, *Chegando à paz*, *Além da razão* e *O poder do não positivo*. Além disso, na edição de

1991, houve o acréscimo da segunda seção ao *Como chegar ao sim*, com respostas a perguntas frequentes.

Os autores têm como desafio transformar a forma como as pessoas lidam com as diferenças – de um conflito destrutivo e antagônico para uma resolução de problemas prática e harmônica.

DADOS SOBRE OS AUTORES DA OBRA ORIGINAL

Roger Fisher (1922–2012) foi um respeitado advogado e professor da Faculdade de Direito de Harvard. Durante sua vida acadêmica, juntamente com os autores a seguir mencionados, fundou o Projeto de Negociações de Harvard, além de escrever diversos livros e artigos sobre o tema de negociação.

William Ury é antropólogo, autor e especialista em negociação. Ajudou a fundar a Rede Internacional de Negociação. Além disso, trabalha como negociador de paz para corporações e governos em todo o mundo.

Bruce Patton é professor de Harvard e cofundador da Vantage Partners, empresa de consultoria internacional dedicada ao ensino de técnicas de negociação. Ademais, contribuiu para criar o processo constitucional que pôs fim ao *apartheid* na África do Sul.

Notas

[1] FISHER, Roger; URY, William e PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim*: como negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018, p. 103.

[2] Na segunda edição da obra, a fim de atender aos interesses expressados pelos leitores, os autores acrescentaram uma seção ao final que trata sobre "as dez perguntas que as pessoas fazem sobre como chegar ao sim".

Conversas difíceis, de Bruce Patton, Douglas Stone e Sheila Heen*

*Beatriz Barcellos***

*Felipe Glioche****

Por meio de exemplos concretos, os autores iniciam a obra com a revelação da estrutura comum a todas as conversas difíceis. A sua análise detalhada é essencial para que seja possível enfrentá-las da melhor forma possível. Todos os pensamentos e sentimentos que orbitam uma conversa difícil recaem sobre três diálogos: (i) "*O que aconteceu?*", diz respeito ao que de fato aconteceu ou deveria ter acontecido, questões fáticas; (ii) "*Diálogo dos sentimentos*", em que se questiona acerca da validade dos seus próprios sentimentos e não se sabe exatamente como lidar com os das outras pessoas; (iii) "*Diálogo da identidade"*, que consiste num questionamento do que aquela situação representa para si, sendo determinante para como cada um estará emocionalmente na conversa.

As conversas difíceis, portanto, são compreendidas como a interação entre esses diálogos, e saber administrá-los de forma eficiente permite que se evite erros comumente cometidos. Diz-se que, após esse estudo, é possível notar a diferença entre uma mera *batalha de mensagens*, em que cada parte se comporta como um emissor que almeja pura e simplesmente passar um recado e se fazer ouvido; e um verdadeiro *diálogo de aprendizado*, no qual as partes são exploradores e buscam

---

* PATTON, Bruce. STONE, Douglas e HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

** Graduanda em direito na PUC-Rio e membro do CMA PUC-Rio.

*** Bacharel em direito pela PUC-Rio, monitor do GAEMNE PUC-Rio, membro do CMA PUC-Rio.

englobar uns aos outros em prol de uma solução mutuamente benéfica. De modo a voltar-se para esta postura de aprendizado defendida pelo livro, é preciso compreender, num primeiro momento, o Diálogo do "O que aconteceu?". Quando as diferentes versões do que ocorreu vêm à tona, é instintivo que se inicie uma discussão fática – no entanto, essa é uma iniciativa inócua. Isso porque o verdadeiro motivo que leva à discussão é a compreensão de que *o problema é o outro*, implicando argumentações que não avançam e geram uma sensação de frustração já que as partes sentem que não estão sendo escutadas ou consideradas.

A dificuldade em enxergar a si mesmo como o problema advém do fato de que cada um é *coerente em sua própria versão do que aconteceu*, logo, não se entende ser o problema ou a pessoa errada. O ponto-chave é a compreensão de que a versão do outro também é coerente. O diálogo difícil surge nos pontos em que as histórias se chocam e divergem, o que ocorre pela diferença de enredo e não por conta dos personagens e do que são.

As conclusões tiradas por meio de diferentes interpretações de diferentes informações são estritamente partidárias e refletem os interesses de cada um. As conclusões sustentam os pontos de vista que compreendemos como corretos, mas, quando o foco é voltado para discussão pura e simplesmente, inibe-se a habilidade de aprender como o outro enxerga o mundo e *negocia-se apenas conclusões*, sem entender as histórias por trás ou escutar os argumentos alheios.

Um ponto de atenção é que a afirmação de que se deve aceitar a história do outro pode levar à impressão que isso implicaria abandonar a sua própria ou fingir que ambas estão certas – o que não é verdade. É o que se chama de adotar a chamada "*Postura E*", que permite que se reconheça que o modo como cada um vê as coisas tem importância.

Compreender o outro e a si mesmo mais profundamente não significa que as diferenças desaparecerão ou que não se terá de resolver problemas reais e fazer escolhas reais. Contudo, a compreensão ajudará a avaliar se seus pontos de vista fazem sentido à luz de novas informações e de diferentes interpretações, e será mais fácil ajudar os outros a apreciarem a força de tais pontos de vista. Trata-se do entendimento de que não há "*verdade absoluta*" Nesse sentido, as intenções

são primordiais quando se trata de conversas difíceis, visto que influenciam substancialmente no julgamento em relação aos outros, tanto positiva quanto negativamente. Porém, há dois principais erros cometidos comumente, ambos relacionados às intenções.

O primeiro é a tendência em se fazer *suposições e deduções* de quais foram as intenções do outro, quando, na realidade, estas são invisíveis, íntimas, e quase impossíveis de serem adivinhadas de forma tão rasa. Ou seja, ao mesmo tempo em que as pessoas se importam substancialmente com as intenções dos outros, elas as desconhecem. Logo, na maior parte das vezes, *as deduções estão erradas ou incompletas*. Esse erro pode ser explicado porque, ainda que de forma automática, atribui-se conclusões às intenções da outra pessoa com base no *impacto* que esta teve, havendo uma automaticidade de correlacionar o impacto de uma ação com a sua intenção.

Fazer deduções é extremamente perigoso para o relacionamento, pois, usualmente, ultrapassam o julgamento acerca da intenção e adentram num juízo de caráter. Uma vez que feita esta conclusão, passa-se a justificar atitudes ou considerações ruins acerca dessa pessoa e o relacionamento. Além disso, acusar o outro de más intenções torna-os defensivos. Imediatamente, o outro terá a mesma conduta, qual seja, faz deduções errôneas e devolve acusações, tornando aquela dedução em realidade.

O caminho para evitar esse primeiro erro é *dissociar o impacto e a intenção*. Os autores propõem que se faça isso por meio de três perguntas: i) "O que a outra pessoa realmente disse ou fez?"; ii) "Qual foi o impacto disso sobre mim?"; iii) "Com base nesse impacto, o que estou deduzindo sobre a intenção da outra pessoa?". A partir daí, se altera a forma que o diálogo se dará e evita-se que uma discussão surja e ganhe força.

O segundo erro que ocorre no diálogo referente ao que aconteceu, é a falta de clareza de que *boas intenções não evitam o impacto negativo*. Isso significa dizer que não é porque se teve uma boa intenção que necessariamente aquela atitude teve um impacto positivo no outro, e que, portanto, o outro não poderá ficar chateado. Quando se incorre nesse erro, costuma-se direcionar a defesa ao argumento de que as intenções

eram boas. Entretanto, o fato relevante é o outro estar magoado e é isso que merece atenção.

O que se sugere é que, diante deste cenário, se procure ouvir para além da "acusação" e considere os sentimentos. Se, diante da acusação, se escuta e valida os sentimentos, e depois se atém à questão das intenções, há grandes chances de o diálogo tornar-se mais proveitoso e construtivo. Compreender como se distorce as intenções dos outros, tornando as conversas difíceis ainda mais difíceis, é crucial para desvendar o que aconteceu. Adicionalmente, quando as pessoas começam a refletir sobre suas intenções, isso envia uma mensagem positiva para o outro, demonstrando que aquele relacionamento é importante, afinal, só se daria esse trabalho se o relacionamento vale a pena.

Assim, os autores apontam que as suposições sobre acontecimentos e intenções levam às *posições*, pois se uma das partes se considera correta, consequentemente, a outra estaria errada. O distanciamento das suposições permite que as partes se desprendam da ânsia de se provarem corretas na discussão e se direcionarem para a compreensão das *intenções* da outra parte, e para o entendimento de que as percepções, interpretações e valores variam de indivíduo para indivíduo.

Outro ponto primordial ao abordar-se o diálogo do "O que aconteceu?" é a culpa. Apesar de a culpa ser uma questão presente nas conversas difíceis, essa não pode tornar-se o ponto focal, de tal maneira que as partes fiquem presas na "*teia da culpa*". A motivação para atribuição de culpa se relaciona primordialmente a um sentido de justiça e faz com que as energias de ambos os lados sejam direcionadas para o ataque e para defesa. Discutir quem é culpado gera discordância, pouco aprendizado e atrapalha a investigação do porquê de o resultado ter saído como ocorreu e de como evitar que se repita. Não obstante, as pessoas acabam se utilizando da culpa como um pretexto (ruim) para se falar sobre sentimentos feridos.

Ainda assim, isso não quer dizer que a postura a se adotar seja a de "nunca culpar os outros". Justamente nesse ponto, é que há de se diferenciar a *culpa* da *contribuição*. Aquela reúne premissas de que o outro fez algo reprovável e que merece ser punido, o que implica uma

postura defensiva. Essa, por sua vez, envolve a análise do que cada um fez ou deixou de fazer para levar àquela situação, ou, ainda, diante dessa situação, qual medida pode ser tomada para seguir em diante. No primeiro diálogo, o problema se repetirá, já no segundo é mais provável que sejam feitas em conjunto mudanças duradouras na medida em que foram identificadas as questões que causaram o problema.

Ater-se à contribuição – de forma conjunta e colaborativa – não apenas é uma boa prática, mas adequa-se à realidade, pois, quando há um ruído no relacionamento, salvo algumas exceções, esse ruído não é consequência de uma prática unilateral, mas, sim, de contribuições mútuas.

É inegável que mudar o comportamento de atribuição de culpa para a postura de investigação da contribuição não é algo instantâneo. Perceber-se-á que, com frequência, as pessoas recaem sobre a atribuição de culpa, e, com isso, é preciso estar alerta para corrigir o curso da conversa. Importante ater-se à ideia de que o objetivo desse diálogo jamais será obter uma confissão e, ao fim, atribuir culpa a uma das "partes", mas, sim, entender as perspectivas, como cada um contribuiu para isso e o que pode ser feito, no futuro, para mudar. Os sentimentos também costumam ser o centro das conversas difíceis, envolvendo um emaranhado de emoções, que quando não tratadas de forma honesta e aberta, acabam contaminando a comunicação. Quando o verdadeiro problema não é discutido, as emoções encontram um jeito sinuoso de achar seu caminho de volta ao diálogo, e isso usualmente se dá de forma não proveitosa. Da mesma maneira, a falta de habilidade para lidar com os sentimentos e a tendência em restringir-se à racionalidade e escondê-los poderá afetar a qualidade dos relacionamentos.

Na maior parte das vezes, o que ocorre é que os sentimentos não expressados podem tanto transparecer durante o diálogo quanto entrar em ebulição. Paralelamente, a dificuldade em expressar os sentimentos causa uma consequência tão grave quanto: *dificuldade em escutar o outro*, uma vez que escutar requer uma curiosidade aberta e honesta sobre a outra pessoa, além da habilidade de manter a atenção e o foco nela. No entanto, aquele que não expressa suas emoções com clareza e serenidade,

além de sufocá-las – o que retém toda atenção disponível – acaba por impedir que se preste atenção no outro.

Todos os sentimentos de todas as pessoas são importantes, inclusive, os próprios. Com isso, é necessário dar um passo atrás, pois para que seja possível compartilhar os sentimentos, é necessário, primeiro, identificá-los.

Os autores apontam que, por vezes, nem mesmo as próprias pessoas sabem exatamente os sentimentos que estão tendo, razão pela qual se deve escavá-los e mapeá-los a fim de descobri-los por trás de um rótulo. Não se pode deixar que sentimentos escondidos bloqueiem outras emoções. Nesse ponto, é preciso procurar os sentimentos ocultos nas atribuições, nos julgamentos e nas acusações, uma vez que os sentimentos não se confundem com nenhum desses elementos. Uma das consequências de se fazer atribuições e deduções sobre as intenções dos outros é chegar a conclusões enganosas e fazer com que o outro se feche numa posição defensiva.

Importante questão suscitada é que, quando se pensa nos sentimentos, se conclui que são estáticos e inegociáveis, e que, portanto, se forem compartilhados, isso deverá ser feito de forma "autêntica". Essa equivocada conclusão ignora que os sentimentos se baseiam em percepções, e essas são *negociáveis*. Logo, os sentimentos mudam à medida que a forma como se vê o mundo também muda, assim, antes de compartilhar os sentimentos é crucial negociar consigo mesmo. Isso significa entender, no primeiro momento, que sentimentos surgem em resposta aos pensamentos. Portanto, o caminho para modificar um sentimento é modificar o pensamento, que é facilmente distorcido de modo previsível e solo fértil para a negociação das emoções.

Num momento posterior, é preciso investigar as suposições sobre as intenções do outro, como, por exemplo, questionar se a forma como se vê as intenções do outro impacta o modo como se sente. Finalmente, deve-se considerar o sistema de contribuição: *somos capazes de enxergar nossa própria contribuição para o problema?; somos capazes de descrever a contribuição da outra pessoa sem culpá-lá?*

Uma vez identificados e negociados os sentimentos, é preciso lidar com eles. Manifestá-los de forma clara pode ser uma tarefa difícil num

primeiro momento, o que pode ser auxiliado por algumas diretrizes trazidas pelos autores: i) estruturar os sentimentos dentro do problema, tendo consciência da importância e influência deles no caso concreto; ii) expressar a abrangência dos sentimentos, pois, ao fazê-lo, se altera a natureza inicial da conversa, fazendo com que seja permeada de questões que façam sentido e possam ser discutidas abertamente; iii) não avaliar, mas apenas compartilhar o sentimento, uma vez que a avaliação prematura a respeito dos sentimentos serem ou não legítimos destroem sua expressão e seu relacionamento.

Identificar e descrever sentimentos é o primeiro passo para a solução conjunta da questão. No entanto, no caminho para tal, é fundamental que haja o reconhecimento dos sentimentos. Isso significa permitir que a outra pessoa saiba que o que fez deixou uma impressão e teve um impacto. Da mesma forma, significará que os sentimentos dela também são importantes, e que você está trabalhando para compreendê-la. Ainda que pareça mais fácil pular essa etapa, deve-se direcionar o diálogo no sentido da compreensão, de forma que o outro compreenda que, ainda que tenha havido um sentimento ruim em relação à ação praticada, o impacto não se assimila à intenção. Esse direcionamento tem por objetivo evitar que a conversa deslinde para um "curto-circuito" em que o outro simplesmente ouve, "aceita" e tenta seguir em frente sem verdadeiramente considerar.

Por fim, algumas conversas difíceis que precisam ser enfrentadas ameaçam não apenas a relação com o outro, mas também a relação consigo mesmo, daí extrai-se o chamado Diálogo da Identidade. Nesse sentido, há três principais questões sobre identidade que são comuns: i) "*Sou competente?*"*;* ii) "*Sou uma boa pessoa?*"; iii) "*Sou digno de amor?*". Ter clareza e tratar a si mesmo com honestidade é uma das formas de reduzir o nível de ansiedade durante uma conversa difícil e, assim, fortificar-se bases para que isso não represente um abalo tão grande e se crie maior habilidade para lidar com essas situações.

Um pressuposto para administração do Diálogo da Identidade é o mapeamento do que pode causar vulnerabilidade e, eventualmente, fazer com que se perca o equilíbrio. Alguns dos pontos de alerta nessa

questão são: i) o *pensamento do "tudo ou nada"*, em que ou a pessoa se entende como competente ou incompetente, ou a pessoa é digna de receber amor ou não merece; ii) a *negação*, que ocorre quando se tem uma visão puramente positiva de si e que rejeita qualquer *feedback*, pois a única forma de se manter fiel a visão positiva de si é rechaçando o comentário ou a opinião, empobrecendo significativamente qualquer conversa; iii) atribuição de peso *exagerado* a uma crítica ou um comentário, de forma a permitir que a opinião do outro o defina.

Expostas todas essas três fragilidades, há, essencialmente, dois passos, propostos pelos autores que facilitam o Diálogo: o primeiro é *conscientizar-se acerca das questões de identidade* o que não é algo fácil, pois, diante de um diálogo difícil, não estamos conscientes se ou por que nossas identidades estão comprometidas. O segundo diz respeito à atitude de *tornar a sua identidade mais complexa*, afastando ambivalências como "*sou competente*" e "*não sou competente*", já que esses são meros rótulos simplificados que não traduzem suficientemente bem a constelação de qualidades que as pessoas verdadeiramente têm. Uma visão complexa sobre si é de todo saudável, uma vez que fornece uma fundação sólida na qual se apoiar.

É compreensível e comum que as pessoas, ainda assim, percam o equilíbrio e o autocontrole em seu curso, mas é primordial recuperá-los em prol de uma construção produtiva. Ademais, por mais difícil que seja aquela situação, é importante lembrar que, provavelmente, também envolve a identidade e questões próprias de outra pessoa, que estará igualmente lutando internamente com tais questões. É importante o entendimento de que não é possível enfrentar todos os diálogos difíceis que surgem. Por esse motivo, é preciso escolher quais são as conversas difíceis que se deve enfrentar. Quanto a isso, não há regra, muito menos escolha certa ou errada.

A chave para lidar com conversas difíceis é trabalhar com os três diálogos da melhor maneira possível, de modo a lidar com os sentimentos, questões-chave de identidade e possíveis distorções e falhas em suas percepções. Ou seja, analisar com clareza o que se realmente sabe (seus próprios sentimentos, suas experiências e sua história, suas questões de

identidade) e o que não se sabe (as intenções, as perspectivas ou sentimentos dos outros).

Sobre enfrentar ou não uma conversa difícil, há três questões que podem ajudar a tomar a decisão de maneira mais consciente: i) *Será que o verdadeiro conflito está dentro de você?* – a dificuldade da situação tem muito mais a ver com o que está acontecendo dentro do que fora. Nesses casos, uma interação não será produtiva ou esclarecedora, pelo menos até que uma conversa interna mais honesta tenha ocorrido. ii) *Há um modo melhor de abordar a questão do que falar sobre ela?* – ações podem ser mais eficazes do que palavras. iii) *Você tem objetivos que fazem sentido?* – entramos numa interação sem conhecimento completo de nossas razões ou ainda com propósitos equivocados.

Essa escolha de entrar num diálogo difícil ou não também perpassa pela capacidade de esquecer certas coisas. É claro que esquecer é algo subjetivo e variável, além de levar tempo e, raramente, ser uma jornada simples. No entanto, existem algumas suposições libertadoras que podem auxiliar: i) *n*ão é minha responsabilidade tornar as coisas melhores, mas fazer o meu melhor; ii) *o outro também tem limitações*; iii) *este conflito não reflete quem sou*; iv) *deixar para lá não significa que não me importo mais*. Deve-se ter consciência de que quanto mais habilidoso for para enfrentar diálogos difíceis, menos coisas haverá para esquecer.

Por fim, um fator que auxilia nesse enfrentamento é ter propósitos firmes. O objetivo é trabalhar para uma compreensão mútua para que se possa sozinho ou em conjunto tomar decisões certas sobre o que fazer. Segundo o livro, três propósitos devem estar bem definidos: i) *aprender a história dos outros*; ii) *expressar seus pontos de vista e sentimentos*; e (iii) *resolver o problema juntos*.

Esses propósitos emergem de uma postura de aprendizado, do trabalho com os três diálogos e a mudança de sua orientação interna da certeza para a curiosidade, do debate para a exploração, da simplicidade para a complexidade, do "*ou*" para o "*e*". Com essa postura de aprendizado internalizada, o resto do livro se debruça sobre como conduzir um diálogo dessa natureza. O início é uma das piores partes de um diálogo difícil. Todavia, não deixa de ser um momento crucial

que fornece inúmeras possibilidades para o direcionamento positivo da conversa.

Em geral, ao dar início a uma conversa difícil, tem-se o ímpeto de começar com a própria história. Todavia, isso acaba por disparar o diálogo da identidade do outro desde o início, o que comunica um julgamento e o fato de que, em nossa versão dos fatos, os outros são o problema. Além disso, ao deixar-se o lado dos outros de fora, implicitamente estabelece-se uma escolha entre as histórias. Assim sendo, o livro apresenta duas diretrizes poderosas para se iniciar o diálogo na direção certa: (1) inicie o diálogo a partir da "*terceira história*" e (2) lance um convite para que se investigue as questões juntos.

> (1) A *terceira história* é aquela história tida como invisível, a que pode ser contada por um observador perspicaz, alguém neutro neste problema específico. Pensar como um mediador ajuda nesse ponto. Uma das ferramentas desse profissional é a habilidade de identificar esta terceira história invisível, o que significa descrever o problema entre as pessoas de modo que soe verdadeiro para os dois lados ao mesmo tempo. O segredo é aprender a descrever a distância – ou a diferença – entre a sua história e a da outra pessoa. Não há certo nem errado, nem melhor nem pior – apenas diferente. Caso não tenha oportunidade de iniciar a conversa e seja simplesmente lançado numa, é possível seguir as diretrizes da terceira história: pegue qualquer coisa que o outro diga e use como a metade dela da descrição para a terceira história.
>
> (2) Após a descrição do problema de modo aceito por ambos, é preciso sugerir a compreensão mútua e a solução do problema. Daí surge o convite para ingressar na conversa. Caso a pessoa aceite, descreva seus objetivos. Tenha em mente que se trata de convite não uma imposição. É importante que ambos se tornem parceiros em solucionar o problema e que sejam persistentes.
>
> Dependendo da natureza do diálogo difícil, existem outras formas de se iniciar a interação para além da terceira história. Por exemplo, ao ser portador de más notícias, é melhor colocá-las na frente. No entanto, quando se trata de fazer pedidos, o conselho é não os transformar em exigências. Ao contrário, convidarmos para uma análise se aquele determinado pedido é justo, se faz sentido. Além disso, por vezes, é necessário rever diálogos que deram errado. Nesses casos, o conselho é falar sobre como falar sobre algo. Trate como o problema "o modo como as coisas geralmente se desenrolam quando tentamos ter esta conversa" e o descreva pela terceira história.

Basicamente, a ferramenta da *terceira história* o conduzirá até a base da montanha. No entanto, ainda existe a montanha propriamente dita a ser escalada. É nesse momento que se deve debruçar sobre os três diálogos do ponto de vista de cada um. À medida que se compartilha suas histórias, cada um dos três diálogos oferece um caminho útil para ser explorado. Nesse momento deve-se: i) explorar de onde vem cada história; ii) compartilhar o impacto exercido; iii) assumir a responsabilidade pela sua contribuição; iv) descrever os sentimentos; e v) refletir sobre as questões de identidade. Todos os seres humanos têm um profundo desejo de serem ouvidos e de saber que os outros se importam em ouvi-los. Ouvir transforma o diálogo, primeiro, porque dá a oportunidade de aprender sobre a outra pessoa, segundo, porque ao escutar demonstra-se que se compreende o que outro diz e sente. Isso os torna mais propensos a escutar.

Para tanto, é preciso ter uma postura de curiosidade. Essa postura se inicia de dentro para fora. É passar do "*eu compreendo*" para o "*ajude-me a compreender*". Fazer perguntas é um bom começo. No entanto, o primordial é que seja algo autêntico. De nada adiantarão as mais variadas técnicas de escuta ativa se a pessoa realmente não for curiosa com o outro.

O primeiro passo para ultrapassar a barreira não autêntica da escuta é descobrir e prestar atenção à sua voz interna – o que você está pensando, mas não está dizendo. Basicamente, todos têm um comentarista da mente. Basta encontrá-lo. O segundo passo é ativar essa voz, pelo menos por enquanto, e conhecer tudo o que ela diz. Somente quando se tem plena consciência dos pensamentos pode-se começar a lidar com eles e a encarar a outra pessoa. Os pensamentos costumam ser um turbilhão, é natural que quem está ouvindo sinta que não tem sua total atenção.

Uma vez ciente dessa sua voz, o próximo passo é administrá-la. Primeiro, deve-se checar se é possível direcionar nossa voz interna para um aprendizado. Caso não seja possível, talvez se tenha de expressar as vozes internas antes de ouvir a outra pessoa. Outro modo de reacender sua curiosidade é manter o foco no objetivo do diálogo. Não é fácil

administrar sua voz interna, especialmente no início. Porém, esse é o centro da boa escuta.

Enquanto a postura interna é a chave para um bom ouvinte, existem três habilidades básicas que todo bom ouvinte deve usar: i) *perguntar*, ii) *parafrasear* e iii) *reconhecer*.

Quando se trata de *perguntas*, deve-se perguntar somente para aprender. Além disso, nunca se deve fazer afirmações disfarçadas de perguntas, uma vez que, ao invés de ouvir o sentimento ou o pedido implícito, a outra pessoa foca o sarcasmo e o ataque. Ademais, não se deve utilizar as perguntas para fazer uma investigação cruzada. As perguntas devem ser abertas de modo a não influenciar a resposta nem distrair o pensamento do outro com a necessidade de processar suas ideias. É preciso pedir informações concretas e fazer perguntas sobre os três diálogos. Por fim, deve-se certificar-se de que o outro se sinta à vontade para não responder. Tenha-se consciência que se trata de um convite e a recusa não deve ser penalizada.

No caso das *paráfrases*, existem dois benefícios significativos: a) *dar a oportunidade de verificar sua compreensão*; e b) *fazer com que a outra pessoa saiba que foi ouvida*.

Por último, existe o *reconhecimento*. É uma regra fundamental: sentimentos precisam de reconhecimento. Ligado a cada expressão de sentimento, existe um conjunto de perguntas invisíveis importantíssimas e que devem ser respondidas antes de se adentrar no diálogo. Reconhecimento é qualquer indicação de que você está lutando para compreender o conteúdo emocional do que a outra pessoa está dizendo. Não há maneira perfeita de se fazer isso. Entretanto, é importante que esse reconhecimento ocorra antes da resolução do problema. Também necessário ter em mente que reconhecer não é sinônimo de concordar e que, na verdade, se pode reconhecer a força e a importância dos sentimentos, ao mesmo tempo em que se discorda da essência do que está sendo dito.

Em suma, empatia é um percurso não um destino. Ouvir bem é muito importante na comunicação. E lutar para compreender é a mensagem mais positiva de todas.

Porém, por mais importante que compreender a história do outro seja, é preciso também que a sua história seja ouvida. Nesse sentido, é preciso se expressar, ou seja, compartilhar o que vê e por que vê de determinada forma, como se sente e, talvez, até quem seja.

A comunicação forte e clara perpassa dois aspectos: um *interno*, no qual se trabalha a questão do merecimento, a crença de que os pontos de vista e os sentimentos de todos são igualmente importantes, incluindo o seu; e outro *externo*, que por sua vez perpassa pela maneira pela qual deve-se se expressar para alcançar o melhor resultado possível.

No que tange ao primeiro aspecto, parte-se, numa análise inicial, da premissa de que todos merecem ser tratados com respeito e dignidade. Assim sendo, seus pontos de vista são igualmente legítimos, válidos e importantes. No entanto, por mais que compreendam essa premissa, nem sempre as pessoas se sentem confortáveis para se expressar. Em certas ocasiões, elas são tomadas pelo medo de magoarem ou de serem mal-entendidas. Logo, por mais importante que seja o têm a dizer, elas optam pelo silêncio.

Os autores defendem que o preço do silêncio é demasiadamente alto frente aos riscos que se corre ao engajar-se numa conversa difícil. O silêncio acaba por sufocar os indivíduos. Portanto, é preciso superar essa barreira.

Um primeiro passo é o reconhecimento da premissa acima, a de que todos têm direitos. Nessa esteira, o livro chama a atenção para a arte da autossabotagem, situação na qual o indivíduo espera para compartilhar o que precisa até que não haja mais tempo suficiente parar lidar com aquela determinada preocupação. Esse tipo de atitude está diretamente relacionado com essa ambivalência entre "*preciso falar algo*" e "*não mereço/não tenho direito de ser ouvido*". Uma visita ao Diálogo da Identidade se faz necessária, antes de prosseguir com aquela interação.

Além disso, a falha em compartilhar o que é mais importante faz com que as pessoas se separem e arruínem seus relacionamentos. Isso porque, ao não compartilhar plenamente, nega-se o conhecimento de uma parte de cada um, necessária para o sucesso de um relacionamento. Nessa esteira, a maioria prefere estar com alguém que fala o que pensa.

Ademais, ainda que seja difícil se expressar, o fato é que isso também dá uma chance para que os relacionamentos mudem e fiquem mais fortes, visto que passam a ser autênticos. Com isso, a relação passa a ser mais confortável ("é mais fácil ser você mesmo").

Entretanto, ter direito de se expressar não significa ser obrigado. Esse raciocínio transforma o direito em uma forma de se magoar. É preciso reconhecer que é tarefa árdua dizer o que pensa. Encontrar essa coragem pode ser um processo que dura uma vida. Portanto, se um indivíduo falha, não deve se punir e, sim, trabalhar mais para que possa superar esta barreira.

Tendo encerrado o aspecto interior, parte-se para análise do exterior: *o que dizer* e *como dizer*. Segundos os autores, não há melhor forma de iniciar a sua história do que pelo que é mais importante naquela interação. No entanto, por mais que este seja um conselho universal, as pessoas tendem a negligenciá-lo e acabam por centrar as suas conversas em coisas menos importantes e indagam-se sobre os motivos pelos quais o outro não compreende o que de fato pensam ou sentem. Logo, é preciso perguntar-se sobre o nível de clareza que se tem ao se expressar.

Nesse contexto, é preciso dizer o que quer, não fazer os outros adivinharem. Deve-se, assim, evitar o uso dos chamados subtextos, quando o indivíduo tenta levar a sua mensagem indiretamente, por meio de brincadeiras, perguntas, comentários improvisados ou linguagem corporal. O problema de se utilizar essa ferramenta é que, por mais que pareça um bom meio-termo entre evitar um assunto e se engajar, ela faz com que a pessoa acabe disparando todos os problemas que não queria gerar ao abordar o assunto, sem o benefício de dizer claramente o que queria. É claro que, às vezes, há um desejo de não ser tão explícito, que o outro já compreendesse que existe um problema e o resolvesse prontamente. Infelizmente, isso não existe. E essa crença leva ao desapontamento, o que contribui para o problema.

Ainda no tópico subtextos, uma outra prática a ser evitada é o chamado "*aliviar*". *Aliviar* é a tentativa de abrandar a mensagem transmitindo-a por meio de pistas e perguntas direcionadas. *Aliviar* envia três mensagens: "Tenho um ponto de vista", "Isto é muito constran-

gedor para se discutir diretamente" e "Não vou ser direto com você." Essas mensagens aumentam a ansiedade e a defesa dos dois lados, além do fato de que o receptor tende a elaborar uma mensagem ainda pior do que a verdadeira.

Um outro ponto importante é não tornar a história simplista. Por mais que a clareza e a simplicidade sejam chaves para uma compreensão plena, o que se passa na cabeça das pessoas é um verdadeiro turbilhão e, na tentativa de ser simples, acaba-se por ser incompleto. A supersimplificação pode ser evitada por meio da ferramenta o "*Eu-Eu*", um desdobramento interior da *Postura E*, já apresentada anteriormente. Além disso, essa ferramenta auxilia a combater o medo de ser mal-entendido. Um exemplo de seu uso é: "*Eu me sinto aliviada e feliz por ter finalmente pedido o divórcio – foi a decisão certa. E, às vezes, eu realmente sinto falta dele*".

Em suma, o grande segredo quando se trata de conversas difíceis é a clareza. Nesse sentido, existem três diretrizes que auxiliam a contar claramente uma história: (1) *não apresentar suas conclusões como verdade*; (2) *compartilhar a origem de suas conclusões*; (3) *não exagerar com "sempre" e "nunca"*.

> (1) É um erro comum que parte do pressuposto de que as crenças, opiniões e julgamentos são fatos. Em conversas difíceis, existem os fatos e o resto. Portanto, é preciso distingui-los durante a condução do diálogo. É preciso atentar-se também para palavras ou expressões que podem ter julgamentos explícitos ou implícitos, sempre destacando o que é seu ponto de vista. Essa distinção permite uma discussão cuidadosa que conduza a um entendimento e a decisões melhores do que a brigas sem propósito ou uma posição defensiva,
>
> (2) Trata-se de compartilhar a informação que possui e forma de interpretação. Geralmente, negociamos com base em conclusões sem investigar de onde estas vêm. Esse compartilhamento perpassa por informações pessoais e experiências de vida que influenciam no que a pessoa pensa e sente, além de por qual motivo, o que acrescenta um a mais nos pontos de vista compartilhados.
>
> (3) Essas expressões fazem um bom trabalho na transmissão da frustração, mas possuem dois empecilhos sérios: i) dificilmente alguém sempre

> faz ou nunca faz algo, o que leva a uma discussão sobre frequência; e ii) dificultam o fato de a outra pessoa considerar uma mudança em seu comportamento, sugere ser difícil ou impossível. Uma abordagem melhor é proceder como se o outro não tivesse consciência do impacto de suas ações e, sendo uma pessoa, gostaria de modificar seu comportamento ao tomar consciência disso.

Não é fácil entrar na história de outra pessoa e o contexto de uma conversa difícil torna essa tarefa ainda mais árdua. O auxílio mútuo é vital para uma plena compreensão. Alguns pontos podem ajudar nesse quesito: i) os indivíduos absorvem informações com velocidades e modos diferentes, logo é preciso mudar a nossa abordagem dependendo do contexto (por exemplo: recursos visuais, metáforas etc.); ii) pedir para que o outro parafraseie o que acabou de ouvir de modo a verificar a sua compreensão e aumentar a sensação de escuta; e iii) pedir para que o outro diga de que outra maneira vê a questão e por quê.

O segredo de uma expressão poderosa é reconhecer que cada um é a autoridade definitiva sobre si mesmo.

Entretanto, ainda que se adote uma postura colaborativa diante de uma conversa difícil, buscando analisar contribuição em vez da culpa, compreensão em vez da análise de quem está ou não certo e o reconhecimento dos sentimentos, é possível que a outra pessoa adote um posicionamento contrário e ineficiente ao deslinde positivo do diálogo. Fato é que não se pode contar que a outra pessoa também tenha lido este livro e saiba a forma correta de proceder.

Diante disso, quando a outra pessoa se porta de maneira destrutiva, a solução é adotar a reestruturação, de modo a trazer a conversa de volta para os trilhos. Reestruturar significa analisar a essência do que a outra pessoa está dizendo e "*traduzi-la*" para conceitos que sejam úteis à luz dos três diálogos. Desse modo, há redirecionamento da interação.

Um segundo passo importante em termos da reestruturação, é passar da postura do "ou" para "e". Se a outra pessoa está estabelecendo uma escolha entre o que você pensa e o que ela pensa, é possível rejeitar esta escolha utilizando-se da já mencionada *Postura E*.

Todavia, ainda que a reestruturação seja importante e seja feita com habilidade, é preciso notar que não se pode levar o diálogo para uma direção mais positiva até que a outra pessoa se sinta ouvida e compreendida. Portanto, sempre que se sentir sobrecarregado ou em dúvida sobre como proceder, lembre-se de que é sempre uma boa hora para escutar.

Apesar de a reestruturação e a escuta serem ferramentas para direcionar o diálogo, às vezes não se mostram suficientes. Neste ponto, é importante nomear a dinâmica. Além de tornar o processo mais claro, o recurso de nomear a dinâmica também pode ser útil para evitar frustrar as interações. Em geral, a outra pessoa não tem a plena consciência de que esteja fazendo algo que está aborrecendo ou tornando o processo mais difícil.

Reestruturar os três diálogos e identificar o centro do problema para cada pessoa esclarece as questões entre as pessoas. Porém, por vezes não será suficiente, ainda que tenha ocorrido um longo avanço para compreender a história do outro, desvendar o que aconteceu e entender os sentimentos envolvidos. Deve-se ter consciência que ainda será necessário resolver o problema como um todo, o que requer uma reunião de informações, teste de percepções, criação de opções que satisfaçam aquele problema.

Em relação à criação de opções, mais especificamente, muitas situações estão sujeitas a soluções criativas e que podem satisfazer simultaneamente às necessidades dos envolvidos, ainda que não sejam óbvias. Essas podem requerer algum esforço para serem descobertas, e o ideal é que sejam criadas de forma conjunta, envolvendo um esforço mental de ambas as partes.

O melhor modo de lidar com conflitos de forma que resguarde um relacionamento é procurar critérios ou princípios justos para levar a uma solução em vez de tentar discutir ou intimidar a outra pessoa. Se não estão sendo aptos a encontrar um modo criativo de resolver o problema, talvez seja a hora de tentar entender quais os critérios justos que deveriam ser aplicados e por quê.

Entretanto, nem todos os desentendimentos podem ser resolvidos por meio de um acordo mútuo. Ainda que tenham sido empregadas

técnicas valiosas, é possível que as partes cheguem a essas denominadas soluções conjuntas. Neste momento, há de se considerar as chamadas alternativas.

Em síntese, se chegarmos à conclusão de que as partes vão continuar sem concordar, duas questões precisarão ser consideradas: i) *saber explicar por que não concordará, quais os interesses e preocupações que não se encaixaram nas soluções que estavam discutindo*; ii) *estar pronto para aceitar as consequências.*

A realidade é que a maioria dos diálogos difíceis não é simples conversa. É uma série de trocas e investigações que acontecem com o tempo. E não importa se tudo fica bem ou não, você deve ter outras conversas para verificar e, se necessário, procurar novas maneiras de enfrentar a questão.

NOTAS SOBRE A OBRA

As conversas difíceis, entendidas como aquelas causam desconforto, seja por tratarem de temas delicados – como política e religião –, seja por colocarem as pessoas numa situação de vulnerabilidade, estão presentes no dia a dia.

Sempre que se depara com uma conversa difícil surge o dilema de evitá-la ou enfrentá-la. O primeiro caminho pode levar a um sentimento de amargura ou injustiça. O enfrentamento, por sua vez, tem o potencial de tornar a relação mais complicada e ainda gerar danos.

Integrando o Harvard Negotiation Program e por meio do "método Harvard", os autores oferecem um mecanismo prático, didático e criativo para lidar com essas situações da forma mais proveitosa possível. Esta é a essência de *Conversas difíceis*, que explora o que torna difícil o diálogo e as razões pelas quais é evitado ou até mesmo malconduzido. Ainda que, em um primeiro momento, o trabalho tenha se iniciado com o objetivo de capacitar os negociadores, o tema tem um alcance muito maior, e faz parte das relações do cotidiano.

O livro, em suma, defende que é necessária uma mudança de atitude consigo mesmo – como ordenar os sentimentos e entender com clareza o que aquele diálogo significa – bem como uma mudança para

com o outro. Em que pese esse caminho demandar certo esforço, as recompensas em potencial são muito altas, principalmente pelo fato de os diálogos difíceis serem inerentes ao convício em sociedade e se fazerem necessários com grande frequência.

DADOS SOBRE OS AUTORES DA OBRA ORIGINAL

Bruce Patton é um dos pioneiros no ensino da técnica de negociação na Harvard Law School. Cofundador do *Harvard Negotiation Project* e coautor do livro *Getting to Yes: Negotiation Agreement without Giving In*, traduzido em 36 línguas diferentes[1].

Douglas Stone é sócio-gestor da Triad Consulting Group e palestrante de direito na Harvard Law School, onde ensina negociação[2].

Sheila Heen é palestrante de Direito na Harvard Law School desde 1995. Passou os últimos 20 anos no Harvard Negotiation Project, desenvolvendo a negociação tanto na teoria como na prática[3].

Notas

1 Disponível em https://www.pon.harvard.edu/faculty/bruce-patton/.
2 Disponível em https://hls.harvard.edu/faculty/directory/10855/Stone.
3 Disponível em https://hls.harvard.edu/faculty/directory/10376/Heen.

Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos, de Roger Fisher e Daniel Shapiro*

*Carolina Goldgrob Milech***
*Maria Gabriela Jardim****

A emoção é uma experiência única que se manifesta por meio de reações espontâneas provocadas a partir de um acontecimento externo. Essa reação pode ser tanto positiva, trazendo uma sensação agradável a quem a sente, quanto negativa, ocasionando uma aversão. Na negociação, dependendo do seu uso e da natureza da emoção, pode-se estar diante de um obstáculo ou de um grande ativo.

No primeiro cenário, emoções são perigosas porque acabam por desviar a atenção dos negociadores do que realmente é importante naquele processo. Diante de uma emoção negativa, o foco deixa de ser a satisfação dos seus interesses e é voltado à proteção de si próprio e o ataque à outra parte. Essa falta de clareza também aumenta as chances de os negociadores agirem impulsivamente, prejudicando o relacionamento. No entanto, uma vez que os negociadores deixam transparecer os seus reais interesses, a demonstração equivocada de emoções pode ser uma arma que oportuniza à outra parte explorar pontos que foram sinalizados com importância para você.

Esses riscos envolvendo as emoções fazem com que, muitas vezes, os negociadores sejam aconselhados a evitá-las por completo. Além de

---

* SHAPIRO, Daniel e FISHER, Roger. *Além da razão*: a força da emoção na solução de conflitos. São Paulo: Starlin Alta, 2019.

** Bacharel em Direito pela PUC-Rio e ex-membro do GAEMNE/PUC-Rio.

*** Bacharel em Direito pela PUC-Rio, membro do CMA/PUC-Rio, cofundadora e coach do GAEMNE/PUC-Rio.

humanamente impossível, esse conselho deixa de fora o potencial das emoções de atuarem como motivadores da negociação. Ao reduzir a desconfiança e o medo, emoções positivas tendem a mudar a perspectiva das partes em relação ao seu relacionamento – de adversários para colegas –, potencializando as chances de colaboração e potencializando a criação da abertura necessária para se alcançar um resultado mais favorável.

Somado a isso, suprimir sentimentos acaba por tornar a negociação mais difícil e não menos complicada. Isso porque reações espontâneas nos trazem informações preciosas sobre as preocupações da outra parte e, até mesmo, as nossas próprias. Retirá-las da equação seria eliminar esse "insight" nos reais pontos de interesse.

Outras duas abordagens ineficazes são aquelas que orientam os negociadores a ignorarem as emoções ou encará-las de frente. Ignorar sentimentos, assim como parar de tê-los, se demonstra impossível. Mesmo que as pessoas se esforcem para racionalizá-las, as emoções afetam os seus corpos, pensamentos e modo de agir, estando sempre presentes. Com isso em mente, alguns aconselham os negociadores a estarem atentos às suas emoções de forma constante, entrando em contato com essas sensações e reconhecendo o efeito que tais sentimentos provocam. Apesar de ser mais realista, ao encarar a inevitabilidade das emoções, essa tática acaba por demandar muita energia ao longo do processo de negociação.

O *framework* proposto: cultivar emoções positivas e administrar as negativas

Tendo em mente os obstáculos descritos e as abordagens mais comuns, Fisher e Shapiro se propuseram responder à pergunta de como deve um negociador administrar corretamente as próprias emoções, bem como as alheias. Para isso, os autores criaram um conjunto de técnicas baseado, principalmente, no cultivo de emoções positivas e na administração das negativas, quando as últimas se manifestam.

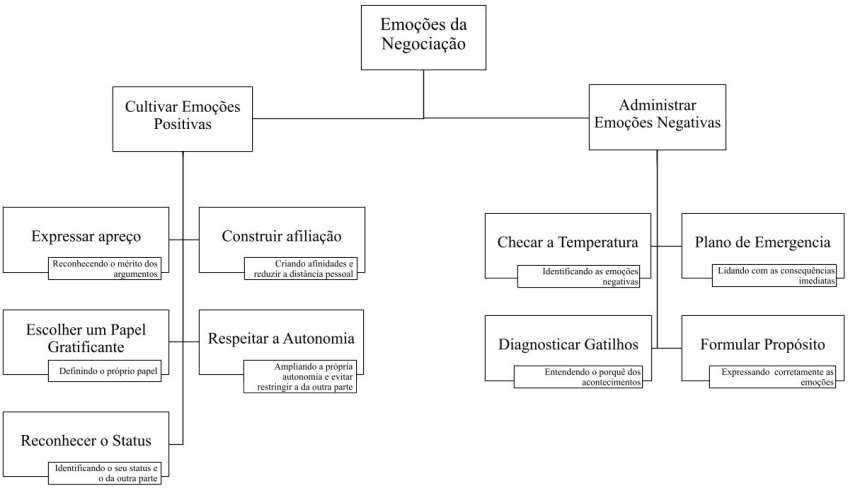
Para isso, ao invés de se lidar com cada emoção específica, faz-se necessário voltar-se para o que motiva aquela emoção. Assim, os autores identificaram cinco preocupações essenciais a todo processo de

negociação: i) apreço, vinculado à validação, ou não, de nossas ações ou sentimentos; ii) associação, que diz respeito à natureza do relacionamento que estamos construindo, adversarial ou de coleguismo; iii) autonomia, relacionada à liberdade de fazermos as nossas próprias escolhas; iv) status sobre a posição que nos encontramos em relação ao outro; e v) função, se o seu papel desempenhado é capaz de ser gratificante, ou não. Ao lidarmos de forma eficaz com esses interesses, estimulamos emoções positivas em nós mesmos e nos outros. Se, no entanto, não houver uma administração adequada dos interesses, tem-se o risco de ignorá-los, ensejando emoções negativas.

Para conferir se os interesses estão sendo atendidos, diante da ação do outro, deve-se perguntar ao receptor da mensagem se a forma como o nosso interesse é tratado nos parece: i) justa, sendo coerente com os costumes, o direito, as práticas organizacionais e as expectativas locais; ii) honesta, tendo acesso a uma informação verdadeira; iii) consistente com as circunstâncias do momento, que, estão sempre se alterando em decorrência da situação sobre a qual estamos negociando.

Os cinco interesses devem ser usados como uma lente, guiando a preparação, a condução e a revisão emocional da negociação, e, ao mesmo tempo, uma alavanca –, estimulando emoções positivas. O framework proposto, que será mais bem explorado ao longo do texto, pode ser resumido pelo organograma a seguir.

Figura 1: Organograma de Emoções.



Fonte: Esquema elaborado pelas autoras com base nas informações dispostas na própria obra *Além da razão: a força da emoção na solução de conflitos*, de Roger Fisher e Daniel Shapiro.

Cultivando emoções positivas

Expresse seu apreço

De forma a efetivamente estimular emoções positivas em meio à negociação, Fisher e Shapiro dedicaram uma parte do livro à tomada de iniciativa. O primeiro passo dessa ação se dá por meio da demonstração de apreço, cuja importância reside no efeito que essa emoção produz sobre quem a recebe. Os autores destacam a relevância da manifestação do sentimento de valorização para com o outro, de modo a facilitar a criação de um ambiente ideal para a adoção de uma postura colaborativa por meio da estimulação de emoções positivas, aumentando as chances de êxito da negociação.

Nesse cenário, Fisher e Shapiro identificaram três obstáculos frequentemente encontrados pelos interlocutores que impedem a demonstração de apreço: i) não compreendemos o ponto de vista alheio; e quando não entendemos ii) direcionamos críticas ao mérito dos argumentos e das ações dos outros; e iii) por vezes, não comunicamos o

mérito que identificamos nos pensamentos, sentimentos e emoções das demais pessoas.

Em resposta, os autores propõem que esses entraves sejam superados por meio da: i) utilização de técnicas de escuta ativa e atenção às "metamensagens"[1]; ii) definição da importância pessoal e do poder de persuasão de determinado ponto de vista para o outro comunicador, seguido da identificação do mérito e expressão do próprio pensamento e, por fim; iii) prática da escuta reflexiva e comunicação do mérito identificado de forma objetiva, adequada, direta, oportuna e honesta ao outro.

Tamanha é a importância dessa emoção, que a sua demonstração requer preparação. Fisher e Shapiro alertam sobre a associação errônea feita com a posição de ceder e, por isso, a transmissão do entendimento não pode ser confundida com o acatamento daquela opinião. Recomenda-se, em primeiro lugar, que seja definido o interlocutor que será o receptor da apreciação. Para melhor fazê-lo, é possível experimentar a inversão de papéis, colocando-se no lugar do outro e, para conhecê-lo, é ideal elaborar uma lista de perguntas genéricas e abertas. Adicionalmente, os autores sugerem que os interlocutores "assumam as rédeas" da comunicação e reconheçam que são os únicos capazes de controlar e expressar apreço – tanto pelos outros, como por si mesmos.

Na eventualidade de o interlocutor perceber que os demais presentes não lhe estão demonstrando apreço, embora esteja reconhecendo o mérito na fala dos demais, é possível agir de forma a incitar esse tipo de comportamento nos outros e, assim, reequilibrar as forças na negociação. Algumas atitudes propostas englobam a dedicação de um intervalo específico para discutir o seu ponto de vista – destacando poucos pontos importantes – e adaptar a mensagem ao seu receptor final, sempre se certificando de que este esteja compreendendo o recado. Além disso, deve-se incentivar o seu interlocutor a identificar o mérito da sua visão, utilizando-se de metáforas envolventes.

Construa a sua associação

A partir de uma curiosa anedota, Fisher e Shapiro ilustram o cenário comum que se instaura quando os interlocutores se sentam à mesa de

negociação: a premissa de que o outro negociador é um adversário, em decorrência das diferenças, e, por isso, haveria barreiras que impediram-no de atingir verdadeiro potencial de êxito daquela negociação. De modo a solucionar esse impasse, os negociadores devem cooperar – permitindo que as divergências sejam encaradas de forma satisfatória e com o mínimo de desperdício de tempo e recursos –, comportamento este que só é capaz de ser atingido por meio da associação.

O vínculo pode se dar por meio das conexões estruturais[2] ou pessoais[3], como sugerem os autores, com ligações honestas entre os protagonistas da negociação. As primeiras podem ser estabelecidas quando os negociadores encontram afinidades e pontos em comum para além do grupo que ambos integram. Para tal, os interlocutores devem se tratar como colegas, direcionar perguntas para melhor compreensão do outro, expressar gratidão, planejar a realização de atividades de forma conjunta e atentar-se ao possível afastamento que naturalmente ocorre dentro de um grupo.

Em relação às conexões pessoais, são essas que transmitem a sensação de proximidade, ou então de distância entre os indivíduos. O estabelecimento dessas associações se dá quando os interlocutores priorizam os contatos mais próximos, ao invés de utilizar telefone ou mensagens instantâneas, conversam sobre temas que lhes são importantes – Fisher e Shapiro comentam que se deve partir de tópicos que influenciam a associação como por exemplo, família, orientações e preferências particulares etc. Além disso, embora a preocupação primeira seja de reduzir a distância pessoal, é importante que os negociadores saibam quando é necessário dar espaço ao outro e manter o contato. Esses laços podem ser mais facilmente construídos quando são promovidas reuniões privadas e informais, reformula-se a imagem do conflito perante o público e organizam-se em grupos de trabalho para se lidar com questões específicas.

Embora a construção da associação seja essencial para facilitar as negociações, os autores alertam para o fato de que, quanto mais forte esta for, mais suscetível uma pessoa estará a se inclinar ao ponto de vista da outra, muitas vezes se colocando em uma posição mais vulnerável do que o normal. Sendo assim, para evitar manipulações, deve-se voltar a atenção à mente e aos instintos.

Respeite a autonomia

Nas negociações, os comunicadores devem ampliar a sua própria autonomia, sem restringir a liberdade de tomar decisões e influenciar a dos nossos seus interlocutores. A má administração dessa independência pode estimular emoções negativas, resultando, principalmente, na limitação da sua própria autonomia bem como daquela havia pelas outras pessoas, sem que haja real necessidade para isso. Vale ressaltar que em alguns casos o problema não decorre de falta de autossuficiência, mas sim de uma situação na qual existem opções e decisões demais a serem tomadas. Consequentemente, deve-se buscar um grau adequado de satisfação de autonomia.

Fisher e Shapiro sugerem diferentes técnicas eficazes que podem ser utilizadas para influenciar decisões, mesmo que a pessoa não tenha autoridade para tomá-las. Nesse cenário, deve-se fazer recomendações e definir as opções antes da tomada de qualquer escolha. É benéfico também promover um *brainstorming* em grupo, de acordo com as seguintes cinco etapas: i) definir participantes; ii) explorar interesses; iii) eleger opções sem assumir compromissos; iv) refinar opções; e v) decidir o que fazer com as ideias que surgiram na negociação.

Na impossibilidade de se fazer valer das técnicas mencionadas anteriormente, deve-se, ao máximo, evitar restringir a autonomia dos demais indivíduos. De modo a não o fazer, é ideal consultar antes de decidir, pedir *feedback* aos interessados "invisíveis" e informá-los da decisão que se pretende tomar. Fisher e Shapiro apelidaram esse exercício de "três baldes": Informar, Consultar e Negociar (ICN). A partir dessa fórmula, os autores acreditam que a autonomia dos envolvidos estará protegida.

Reconheça o status

O reconhecimento do nível de importância ou fama pública, isto é, o status de alguém, tem o potencial de ampliar a estima e a influência do indivíduo. Isso porque é atribuído um grande peso às suas palavras e ações, podendo então ser utilizado para persuadir os outros. Existe a noção errônea nos negociadores quanto à necessidade de competir pelo status mais elevado – embora este, de fato, não exista – e essa busca os leva a adotarem determinados truques.

Fisher e Shapiro sugerem uma alternativa à competição a partir da identificação do status social das pessoas, considerando o nível de cortesia esperado. É essencial partir do entendimento que, embora alguns indivíduos tenham uma consideração social mais elevada, cada um apresenta um status específico em determinada área. Por fim, os autores apontam que é possível aumentar o próprio reconhecimento, assim como este pode ser diminuído pela própria pessoa ou outras.

Durante a negociação é possível "pescar" informações específicas compartilhadas sobre como as pessoas percebem o próprio reconhecimento e o tratamento que esperam receber. Nesse contexto, para maximizar os benefícios das emoções positivas, Fisher e Shapiro recomendam tratar a todos com cortesia – independentemente do status que os negociadores possuem. Além da consideração social, tem-se o status específico no campo em questão e, por isso, faz-se necessário identificar as áreas conhecimento de cada pessoa para se estar preparado para despertar emoções positivas nos outros.

É recomendado reconhecer as áreas de expertise dos outros e, depois, as suas. Embora o reconhecimento próprio seja, em um primeiro momento, secundário, é importante apreciar seus campos de status elevado e acreditar nas suas contribuições para a negociação.

Considerando os efeitos que o status pode assumir na tomada de decisões, é importante ponderar a opinião pertinente de pessoas com conhecimento superior ao seu, mas também não se deixar levar pela influência do seu reconhecimento elevado. Nesse contexto, deve-se evitar o transbordamento de status que acontece quando as opiniões de alguém com distinção são ponderadas de forma indevida já que o reconhecimento em questão é irrelevante na matéria. Trata-se de "um risco real durante a negociação".

Escolha um papel gratificante

Fisher e Shapiro destacam o fato de que desempenhamos papéis o tempo todo, mas raramente estes são tão gratificantes quanto poderiam ser. Para se construir uma atuação mais satisfatória, os autores sugerem que esta deve possuir três qualidades principais: i) um propósito

claro; ii) um significado pessoal; e iii) não ser uma simulação. Nesse cenário em que exercemos muitas funções, desempenhamos também papéis convencionais – universais que executamos no âmbito de uma organização ou comunidade. Para evitarmos conflitos desnecessários, devemos conhecer as construções social que guiam nossos comportamentos. Esse é o primeiro passo para gerenciar um conflito de funções.

Para os autores, adaptações podem ser feitas para tornar qualquer papel mais gratificante. A chave para essa implementação está em ampliar as atividades desempenhadas a fim de abarcar aquelas que sejam efetivamente significativas para nós. Isso pode ser feito por meio de quatro etapas:

1. nomear o papel atual;
2. listar as atividades atreladas a esse papel;
3. identificar as atividades que podem torná-lo mais gratificante; e
4. considerar a opção de excluir as atividades insatisfatórias.

Nas negociações, é comum que os indivíduos às vezes caiam em armadilhas ao expressarem suas reações diante da definição do seu papel por outra pessoa. Quando a nossa atuação é escolhida por um terceiro, não atendemos ao principal interesse associado a um papel gratificante. São os chamados papéis temporários que mudam com base nas nossas ações atuais. A identificação dos padrões de comportamento nos permite decidir qual "personagem" queremos exercer ouvinte, desafiante ou solucionador de problemas. Nesse contexto, deve-se despertar papéis temporários que você exerce automaticamente, adotando um propício para a colaboração. Ao mesmo tempo, apreciar o papel temporário do outro e recomendá-lo.

A intenção central dos autores é destacar a liberdade dos negociadores para criarem papéis gratificantes para si e para os outros. Nesse contexto, deve-se sempre manter em mente que, em uma negociação, os interlocutores definem como executar as tarefas envolvidas e são livres para ampliar as atividades da sua atuação convencional.

Gerenciando emoções negativas

A abordagem mais apropriada para lidar com emoções é tomar ações construtivas que tenham como foco as inclinações positivas das partes. Isso é feito a partir das técnicas anteriormente exploradas no livro e descritas nesta resenha – expressar o apreço, construir associação, respeitar a autonomia, reconhecer o status e escolher um papel gratificante. Algumas vezes, porém, são as reações negativas que acabam por ditar o comportamento das partes. A fim de evitar que isso ocorra, os negociadores devem preparar-se para lidar com estas.

Mas por que as emoções negativas podem ser tão maléficas para a negociação? Quando uma pessoa apresenta reações avessas à outra, o seu comportamento e seu pensamento ficam condicionados por estas. Dessa forma, o foco dos negociadores é deslocado da resolução do conflito para os seus sentimentos, tornando-se estes o condutor das suas ações, muitas vezes impulsivas, inconsequentes e prejudiciais à negociação. Além desse efeito individual, as emoções negativas acabam por contaminar a outra parte, aflorando nesta também a aversão.

Levando em consideração esses riscos, Fisher e Shapiro criaram uma metodologia para auxiliar administração das emoções negativas que podem vir a surgir na mesa. Composta de quatro passos, os indivíduos devem: i) checar a temperatura emocional do ambiente; ii) criar antecipadamente um plano de emergência; iii) diagnosticar possíveis gatilhos; e iv) formular o seu propósito.

Para conseguir consertar um problema, primeiro deve-se reconhecer a sua existência. Assim, um negociador deve sempre estar atento a presença das emoções – tanto as suas quanto as da outra parte. Fisher e Shapiro descrevem essa atenção como sendo uma "checagem da temperatura emocional". Essa metáfora é bem colocada porque, neste momento, não é necessário entender exatamente qual emoção específica se está sentindo ou o porquê da sua presença. Para "tirar" a temperatura é preciso, tão somente, se perguntar em qual nível os sentimentos se encontram – fora de controle, em risco ou sob controle. Essa averiguação interna permite que se identifique uma reação antes que esta tenha o

poder de retirar a clareza do pensamento. Em relação a outra parte, por sua vez, é essencial ficar atento aos comportamentos fora do normal e trabalhar a empatia, se colocando no seu lugar para conseguir controlar as reações adversas.

É claro que identificar a ascensão da temperatura, sem saber como baixá-la, não é frutífero. A fim de esfriar o ambiente, o negociador deve criar, antecipadamente, um plano de emergência para evitar que se lide com emoções negativas de forma despreparada e improvisada. Internamente, deve-se escolher um comportamento que torne possível retornar os sentimentos para um patamar administrável – contar até o número dez; respirar fundo três vezes; pedir uma pausa: são apenas alguns exemplos.

Quando se identifica aversão na outra parte, deve-se tomar cuidado. Alguns negociadores expressam emoções negativas e fortes na tentativa de ganhar vantagens. Isso acontece, pois, diante da ameaçada de uma reação desfavorável, algumas pessoas, para evitar confrontos e diminuir o risco de que a negociação termine, acabam realizando concessões. Ceder supre as necessidades temporárias da outra parte, mas acaba premiando as expressões inadequadas com resultados benefícios, estimulando esse tipo de comportamento. Diante de emoções genuínas, no entanto, recomenda-se utilizar-se da apreciação das suas preocupações, empatia e, talvez, realizar um intervalo.

Depois do trabalho inicial de impedir que a negociação seja dominada pela aversão entre as partes e, para tentar evitar que esse infortuno volte a ocorrer, deve-se diagnosticar possíveis gatilhos. Emoções negativas são um alerta de que alguma preocupação não foi propriamente endereçada, sem, porém, por si só apontar especificamente qual seria esta. Na maior parte das vezes, o desconforto nasce da não satisfação de um interesse principal. Por isso, é recomendável começar se perguntando se essas reações podem estar sendo estimuladas pelo não atendimento do apreço, associação, autonomia, status ou papel graficamente. Com as suas suposições em mente, faça, então, perguntas para checar se estas estão realmente corretas sobre os gatilhos que fazem a outra parte demonstrar emoções negativas.

Mas, efetivamente, qual seria a melhor abordagem para expressar as nossas emoções? Para responder a essa pergunta, Fisher e Shapiro veem como essencial saber qual o nosso propósito ao fazê-lo. Com este em mente, escolher a melhor estratégia se torna mais simples. Em uma negociação há, segundo os autores, quatro propósitos comuns para se expressar um sentimento negativo: i) desabafar; ii) informar à outra parte o impacto que o seu comportamento teve sobre você; iii) influenciar a outra parte; e iv) melhorar o relacionamento.

Controlar uma emoção forte e negativa é uma tarefa extremamente desafiadora, portanto, existe uma necessidade grande de descarregar a tensão proveniente desta. Se a intenção ao expressar os seus sentimentos é desabafar, deve-se ter precaução, pois aliviar as suas frustrações na outra parte de maneira não construtiva inicia um processo de justificação e contra, escalonando as adversidades existentes. Assim, o foco deve ser em compreender o que efetivamente alimenta essas emoções e qual sua mensagem. Isso traz mais clareza sobre o seu incômodo e, consequentemente, como consertá-lo.

Um segundo propósito para expressar as suas emoções é informar à outra parte sobre o impacto das suas ações. A comunicação clara, nesses casos, seja criada uma possibilidade de desenvolver apreço pela sua experiência emocional. Um segundo cenário é a comunicação dos seus sentimentos com a intenção de influenciar o comportamento alheio por meio da demonstração de quais são os pontos principais que acabam por ensejar reações negativas. E, por último, manifestar as suas emoções pode ser uma forma de melhor o relacionamento, abrindo brecha para uma reconciliação.

Preparação, preparação, preparação...

Preparar-se antecipadamente para uma negociação é o pontapé inicial para que o desfecho do procedimento seja bem-sucedido. Apesar disso, Fisher e Shapiro identificaram que, muitas vezes, os interlocutores falham nos preparativos, tanto por possuírem uma estrutura bem definida para fazê-lo, quanto pela falta de hábito de aprender com as suas negociações passadas. Para estimular os negociadores a se prepararem,

os autores propõem uma sistemática composta de três níveis: i) processo; ii) conteúdo; e iii) emoções.

Para o processo, Fisher e Shapiro sugerem que seja estabelecido de antemão com a outra parte o objetivo da reunião, o produto capaz de materializar esse propósito e o melhor processo para conseguir alcançá-lo. A adoção do esquema retira a ansiedade, que usualmente circunda os negociadores, de serem chamados a tomar uma decisão importante sem que estejam realmente preparados.

A substância, por sua vez, é preenchida por meio do uso dos sete elementos da negociação. Tal metodologia foi desenvolvida pelo Programa de Negociação de Harvard, que propõe que se possa pensar nos interesses, opções, alternativas, legitimidade, compromisso, relacionamento e comunicação previamente ao início da negociação é essencial para entender quais são os reais objetivos materiais do processo e como alcançá-los[4].

NOTAS SOBRE A OBRA

Além da razão nasce, segundo os seus autores, das inquietações que foram deixadas sem uma resposta clara nos outros livros da doutrina de negociação de Harvard. Isso porque, embora as demais obras se mostrem eficazes, estas acabam por não explorar tão a fundo o fato de que os seres humanos estão sempre, concomitantemente, sentindo e negociando. Partindo da inevitabilidade das emoções humanas, Fisher e Shapiro, ao invés de incentivarem os negociadores a reprimi-las, sugerem que se os negociadores se apropriem das emoções. Nesse sentido, elaboraram o *Além da razão*, uma obra que conta com um arcabouço prático para auxiliar os negociadores no gerenciamento das emoções negativas e no incentivo às positivas por parte de todos os envolvidos.

Publicado originalmente em 2005, o livro ganhou o prêmio Outstanding Book no International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR), Award for Excellence in Alternative Dispute Resolution (ADR) daquele ano, além de inúmeras resenhas positivas pela abordagem prática e objetiva com que lida com emoções, entrando para a doutrina clássica de negociação da escola de Harvard.

Por tratar de emoções, Fisher e Shapiro trazem à tona uma dimensão pessoal na escrita desta obra, ilustrando os conceitos apresentados, muitas vezes com cenários vividos em suas experiências profissionais e pessoais.

DADOS SOBRE OS AUTORES DA OBRA ORIGINAL

Roger Fisher foi cofundador do Programa de Negociação de Harvard (PON) e professor emérito da Faculdade de Direito de Harvard. Sua produção acadêmica é expressiva, tendo escrito livros basilares da teoria de negociação baseada em princípios, conhecida comumente como o "Harvard negotiation method", dentre os quais se destacam o clássico *Como chegar ao sim: como negociar acordo sem fazer concessões*, em parceria com os professores William Ury e Bruce Patton. Como negociador, Fisher protagonizou procedimentos das mais variadas naturezas – desde conflitos trabalhistas até crises diplomáticas –, além de ter conduzido seminários de negociação em Moscou, Paris, Londres, Bogotá, Cidade do México, África do Sul e muitos outros países. Fisher faleceu em 25 de agosto de 2012.

Daniel Shapiro é diretor do Programa de Negociação de Harvard, integrante do quadro de professores da Faculdade de Direito de Harvard e do departamento de psiquiatria da Faculdade de Medicina de Harvard. Obteve o seu doutorado em psicologia clínica e sua especialização voltada para a psicologia em processos de negociação. Dentro do Programa de Negociação, Shapiro dirige a Internacional Negotiation Iniciative, traçando estratégias baseadas na psicologia para dirigir conflitos etnopolíticos.

Notas

[1] Fisher e Shapiro as classificam como comunicações implícitas que indicam a disposição de uma pessoa e são mais facilmente identificadas se o interlocutor estiver atento às palavras enfatizadas.

[2] Funções que situam os indivíduos nos respectivos grupos sociais.

[3] Laços emocionais que aproximam os indivíduos de alguém.

[4] Para compreender melhor sobre os sete elementos da negociação, recomendamos a leitura do livro *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*, que introduziu esses conceitos. Para uma análise mais resumida, ver resenha descritiva da obra no capítulo 12 da presente coletânea.

Value Negotiation: How To Finally Get The Win-Win Right, de Horacio Falcão*

*Álvaro Luiz Sobral Filho***
*Luíza Pereira Muniz Pontes****
*Thiago Feijó de Moraes*****

O autor inicia sua obra introduzindo o conceito de sua metodologia de negociação, o *value negotiation*, o qual pode ser definido como o sistema de negociação voltado para a entrega do maior valor, assumindo o menor risco possível, tendo um vasto cenário de situações, ou seja, o cerne do modelo é a análise do binômio risco/retorno. Nesse sentido, entende-se esse modelo não como uma reinvenção da proposta de Harvard do método *win-win*, mas uma derivação do método focada, principalmente, na geração de valor.

Feita essa introdução sobre o método, Horacio inicia o livro cuja divisão se dá em três partes: i) Parte 1 – Seja um Negociador; ii) Parte 2 – Prepare-se para a Negociação; iii) Parte 3 – Negocie.

Parte 1 – Seja um negociador

Entendendo a negociação

---

* FALCÃO, Horacio. *Value Negotiation*: How to Finally Get the Win-Win Right. Singapore: Pearson Education, 2010.

** Graduando em direito na PUC-Rio e membro do GAEMNE PUC-Rio.

*** Bacharel em direito pela PUC-Rio e ex-membro do GAEMNE PUC-Rio.

**** Bacharel em direito pela PUC-Rio e ex-membro do GAEMNE PUC-Rio.

O que é negociação?

Para ser um bom negociador, é mister ter o conceito da negociação bem enraizado. Para isso, Horacio define que a negociação é um processo que ocorre sempre quando pelo menos uma pessoa está tentando fazer com que a outra faça ou não algo para ela.

Nessa esteira, o autor destaca que negociação não é sobre diferentes campos do conhecimento, como, por exemplo, a aplicação da teoria dos jogos. Tais campos beneficiam a negociação, mas não a definem. Portanto, para caracterizar negociação, o autor traz à baila uma definição do Professor Michael Watkins: a negociação como um mecanismo de criação e captura de valor em uma rede de relacionamentos.

Por fim, antes de avançar, o autor introduz o conceito de valor, que é o sustentáculo de sua teoria de negociação. Para facilitar sua identificação, Horacio estabelece duas terminologias: "valor substancial", que é qualquer coisa que um negociador deseja que pode ser precificada no mercado, e "valor relacional", que usualmente é intangível, sendo associado a sentimentos e, por isso, não pode ser precificado.

Win-Win e Win-Lose

Consolidado o conceito de negociação, o autor aborda o processo histórico da evolução da negociação e das duas estratégias, a *win-lose* e a *win-win*. Em seu entendimento, os seres humanos sempre negociaram, mesmo sem saber que estavam realizando uma negociação propriamente dita. Esse instinto natural do ser humano culminou na disseminação global do modelo *win-lose,* cuja principal característica é a demonstração ou uso de poder de uma das partes sob a outra, gerando sempre um lado vencedor e um perdedor, e por consequência, sendo marcada pela resistência[1].

Contudo, desde a década de 1980, iniciou um processo de transformação da maneira de se enxergar a negociação, de modo que o método *win-win* tem ganhado espaço, cuja característica marcante é a ausência da demonstração ou do uso de poder para fazer com que a outra parte faça o que você deseja. Assim, elimina-se a resistência e foca-se a colaboração e

criação de opções mutuamente benéficas, sendo vital para o seu sucesso uma perfeita comunicação entre as partes.

As bases da negociação

Value foundation

Com as diferentes estratégias em mente, o autor convida o leitor a desafiar suas bases. Para isso, inicia pelo que chamou de "*value foundation*", ou seja, a base de valor. Ela se relaciona diretamente com o conceito econômico de "Soma-Zero"[2] e com a Fronteira de Pareto[3].

Sobre a *value foundation*, Horacio aduz que o negociador deve ter em mente, a todo momento, que toda negociação tem um viés agregador de valor, sendo escolha das partes se vão adotar um método que gere valor ou que passe o valor de mão. Além disso, deve saber que, na maioria dos casos, a primeira opção criada ainda pode ser melhorada até o ponto que seja benéfica para ambas as partes e que qualquer modificação seja prejudicial à outra parte.

Relationship foundation

Segundo o autor, o relacionamento entre as partes é uma das bases da negociação, que para ser bem proveitosa, demanda uma boa relação entre as partes, devendo esta ser bem trabalhada e negociada. Contudo, é errôneo pensar que somente há negociação quando há confiança mútua entre as partes.

Por óbvio, a confiança é um canal facilitador para toda e qualquer negociação, mas a sua ausência não é um impeditivo. Nessa linha, Horacio pondera que o alvo das partes, ao iniciar uma negociação, deve ser a geração de interdependência[4], uma vez que a consequência dela é um ambiente mais seguro para as partes se expressarem e se alinharem em um viés colaborativo de *win-win*.

Além disso, ainda que, a princípio[5], trata-se de uma negociação curto-prazista, a relação tem de ser cuidada da mesma forma, pois ela é peça chave para o sucesso do modelo *win-win*, o qual, independentemente da duração da relação, é menos arriscado e, com isso, melhor.

Communication foundation

Por fim, a terceira base é a relacionada à comunicação. O ponto principal desta é se atentar ao fato de que a mensagem que desejamos transmitir difere daquela de fato emitida que, por sua vez, difere da mensagem recebida pela outra parte, sendo essa diferença de entendimentos chamada de "vácuo da intenção-impacto"[6]. Ademais, é essencial se atentar ao fato de que tudo que falamos, fazemos, deixamos de fazer ou de falar, transmite uma mensagem à outra parte, que, em grande parte dos casos, difere da mensagem que pretendemos transmitir.

Por fim, o autor comenta a importância da liderança na negociação. Se a liderança da negociação ficar nas mãos da outra parte, esta pode falhar e agir de maneira não colaborativa, o que pode ser extremamente prejudicial ao andamento da negociação. Sendo assim, o autor afirma que o risco de não liderar tende a ser muito maior do que o risco de liderar.

Parte II – Prepare-se para a negociação

Preparação, preparação e preparação

Identifique seu objetivo

Para dar início à preparação para uma negociação, o primeiro passo é identificar o seu objetivo. Nessa seara, é de suma importância evitar-se traçar um objetivo relativo, isto é, que possua vínculo com a posição e o resultado da outra parte. Quando se age de forma diversa, corre-se o altíssimo risco de cair em uma armadilha e, com isso, migrar a negociação para uma baseada na metodologia *win-lose*. Assim sendo, o autor propõe que se trace objetivos absolutos, isto é, que por si só satisfaçam os interesses próprios e gerem contentamento.

Defina seu melhor acordo absoluto

Após a identificação do objetivo, o próximo passo é a definição do que seja o melhor acordo absoluto possível: aquele que possui um objetivo absoluto e que é alcançado através dos sete elementos da teoria de negociação de Harvard.

Dessa forma, o *melhor acordo absoluto* perpassa pelos seguintes pontos, além da definição do objetivo: i) relacionamento: sendo certo que uma relação boa e com interdependência clara permite que as partes cheguem em resultados melhores; ii) resulte de uma comunicação efetiva e clara que transmita as mensagens de forma correta; iii) que satisfaça os interesses das partes e não suas posições; iv) tenha como opção a ser implementada a melhor de muitas elencadas; v) esteja baseado em legitimidade para que ambas as partes sintam-se atendidas e tenham a sensação de justiça; vi) seja um compromisso bem planejado e executável; e vii) seja melhor que a *melhor alternativa para um acordo negociado* (em inglês, BATNA).

Escolha sua estratégia

Definido tanto o objetivo absoluto, quanto o *melhor acordo absoluto*, é necessário escolher qual metodologia de negociação adotar. Como já exposto, o modelo *win-lose* tem como principal característica a demonstração ou uso de poder de uma das partes sobre a outra.

Tal uso se dá por meio de um processo de barganha, na forma dura[7] ou branda[8], mas que, independentemente disso, gerará atrito entre as partes, forçando os negociadores a serem reativos e desistirem de gerar valor durante a negociação. Já o método *win-win*, pelas características já elencadas, pode assumir várias formas e modalidades, como a negociação pela estratégia baseada nos interesses, ou pela estratégia baseada no modelo do *value negotiation*.

Além disso, na escolha da estratégia, mister considerar que em toda negociação existem três negociações internas que derivam das bases, sendo, portanto: i) a "substance negotiation"; ii) a "relationship negotiation"; e iii) a "communication negotiation".

Pelo método *win-lose*, as três negociações são tomadas como três formas diferentes de demonstração de poder. Por outro lado, pelo método *win-win* são entendidas como diferentes, mas todas são interconectadas, de modo que se mostram essenciais para alcançar o melhor acordo possível. O próprio autor ilustra a diferença em um quadro, o qual reproduzimos a seguir.

Quadro 1: Diretrizes estratégicas, compensações e tentações das três negociações.

	Win-win guia para	**o que dificulta**	**e nos tenta com**	**então persistentemente**
"Substance"	Foco no valor	Foco no poder	oportunidades fáceis de uso de poder	promovemos o padrão de diálogo
Relacionamento	Negociar as três negociações de forma autônoma e interdependente	a manipulação	a adequação de relacionamento sobre o valor	evitamos trocar entre as negociações
Comunicação	promover o aprendizado	expor a assimetria de informações	complacência	diagnosticamos proativamente

Fonte: Tradução dos autores. FALCÃO, Horacio. *Value Negotiation: how to finally get the win-win right.* Singapore: Pearson Education, 2010, p. 75.

À guisa de conclusão, percebe-se que a escolha pela via *win-lose*, em contexto de grande assimetria de poder e preocupações de curto-prazo, pode funcionar, porém os riscos atrelados a ela são tantos que, ainda nesses casos, o método *win-win* é melhor devido à sua capacidade de geração de valor e devido ao fato de que transforma tais riscos atrelados em vantagens[9].

Apesar dessas vantagens, não se deve negociar apenas pelo método *win-win*, mas sim ter em conta de que talvez valha a pena. Dependendo das pessoas e do caso, o melhor método a ser implementado pode variar, e um bom negociador deve saber trabalhar com ambos.

Antecipe momentos críticos

Com a estratégia definida, o próximo passo, segundo o autor, é antecipar momentos críticos. Estes, surgem quando a negociação está em meio a um estado de fluxo de conclusão, antes que se adentre a uma nova etapa, e são classificados como imprevisíveis (particulares de cada caso) e previsíveis, característicos da mudança de foco de um dos sete elementos para outro durante a negociação. Tais momentos são marcados por situações de risco/retorno extremadas, ou seja, qualquer deslize, por menor que seja, pode frustrar a negociação.

Nesse seguimento, o autor aborda, em suma, os momentos críticos previsíveis, destacando o foco que deve ser dado em cada um dos sete elementos: 1) Iniciando a interação (Relacionamento) – Negocie independente da confiança, e ao mesmo tempo promova a interdependência; 2) Definindo o processo (Comunicação) – Desenvolver uma comunicação bilateral eficiente e transparente; 3) Conversando sobre o valor (Interesses) – Identificar e levar em consideração os interesses de todas as partes envolvidas; 4) Inventando soluções (Opções) – Encontrar a melhor de muitas opções possíveis. Inicie introduzindo opções de ganhos mútuos; 5) Fazendo a proposta inicial ou a contraproposta (Legitimidade) – Argumentar com base na legitimidade, se utilizando de critérios objetivos, externos e neutros; 6) Aceitando ou rejeitando uma proposta (Compromisso) – Comece criando compromissos quanto ao processo e, só ao final, quanto à substância; e 7) Decidindo abandonar a negociação (Alternativa) Fechar um acordo que é melhor que a nossa BATNA.

Parte III – Negocie

Construção de "valor" a partir dos 7 elementos de negociação

Relacionamento

Redefinindo o relacionamento entre as partes

No momento em que a negociação propriamente dita vai começar, é necessário ter em mente que em verdade ela já se iniciou no momento anterior à primeira interação entre as partes. Isso porque, segundo o autor, a interação só deve ocorrer quando ambas já entendem as bases de uma negociação, especialmente em termos de valor, relacionamento e comunicação. Ainda, é importante que os negociadores tenham dedicado tempo para se antecipar aos momentos críticos que podem enfrentar ao longo do da negociação, e terem se preparado para enfrentá-los.

Sendo assim, é preciso conhecer as três maiores fases do processo de negociação de valor. A primeira delas é o momento em que os negociadores "constroem a ponte da negociação", o que ocorre por meio do elemento relacionamento, pelo qual busca-se construir um ambiente

respeitoso e cordial para a negociação, e pelo segundo, a comunicação, é negociado o processo de condução da negociação, ou seja, suas regras, tempo, propósitos etc. Tudo isso ocorre com o objetivo de contribuir para uma eficiente e efetiva negociação de valor.

O autor entende que relacionamentos são construídos pela maneira com que as pessoas se sentem e se comportam em relação às outras. Dessa forma, enfatiza que uma parte significativa dos negociadores cometem o erro clássico de sacrificar valor a curto prazo para criar uma relação de longo prazo. Eles não reconhecem que tais concessões podem não ser recíprocas, além de correrem o risco de compensar o "mau comportamento" da outra parte, que pode se sentir estimulada a seguir este padrão.

Desse modo, um negociador valorativo deve buscar o compartilhamento de conhecimento de maneira que se crie valor para todas as partes, estimulando o padrão de diálogo e gerando mais valor presente e/ou futuro sem que se façam concessões ingenuamente.

Nesse contexto, é essencial promover interdependência e confiança, estas, diretamente relacionadas com o conceito de relacionamento. O autor enfatiza que a interdependência reduz a dinâmica de poder na mesa mesmo que ela seja significativa, e deve-se buscar entendê-la o mais cedo possível, uma vez que ela estimula as partes a colaborar antes de construírem uma relação de confiança entre si. Isso ocorre em razão de que estas percebem a possibilidade de superarem as barreiras que possuem, ainda que não estejam necessariamente relacionadas a seus interesses exclusivamente.

Criando e fortalecendo o vínculo de interdependência

Para que a construção da interdependência seja possível, o autor enfatiza que há alguns passos que são necessários no processo.

Inicialmente, os negociadores devem prestar atenção em sua linguagem. Utilizando uma "margem de busca de valor conjunto", os indivíduos conseguem mover a negociação de valor para longe daquela baseada no poder. É recomendável, por exemplo, realizar um discurso de abertura ou apresentação que demonstra a vontade de trabalhar

conjuntamente com a outra parte para gerar valor, perpassar desafios e atender aos interesses que os levaram à mesa.

Nesse sentido, negociadores devem focar em oportunidades ou barreiras comuns, criando um senso de unidade entre as partes, estimulando-as a trabalhar juntas para transpassá-los. Horacio Falcão enfatiza que uma mentalidade competitiva entre os negociadores cria barreiras para um bom relacionamento, logo, eles devem buscar utilizar o termo "nós" mais frequentemente e pensar no adversário como "outro".

É imprescindível ter em mente que as partes irão, muitas vezes, discordar em algumas questões, mas isso não significa que elas estão em lados opostos. Elas devem sentar lado a lado em frente aos desafios e barreiras que possuem, ainda que estes não sejam necessariamente aqueles que atendem exclusivamente aos seus interesses particulares.

Nessa esteira, é comum que negociadores busquem segurança ou status através de papéis de subordinação, como empregador e empregado, pai e filho, entretanto, por apresentarem uma dinâmica de poder, estes papéis podem levar a uma negociação *win-lose*, e não estimulam a cooperação e equilíbrio entre as partes. Para evitar que a negociação siga este caminho, é interessante utilizar nomenclaturas colaborativas (como já trazido, é importante que os negociadores se atentem sempre à sua linguagem), que ressignifiquem relações de poder e demonstrem, na realidade, a relação de interdependência entre as partes, como parceiros de negócios, membros da família e assim por diante.

O autor enfatiza, nesse contexto, que embora um relacionamento com base na confiança seja interessante, ele não é o objetivo final das relações. Um negociador de valor deve buscar equilibrar seus objetivos de relacionamento e substância, construindo um relacionamento sólido o suficiente para criar e manter um ambiente propício para uma melhor negociação de substância.

A construção da confiança como processo

O autor narra ressalta a ideia de que não é possível confiar 100% em alguém, pois desta forma se coloca uma pressão injusta sobre os indivíduos e se geram níveis altos de expectativas. Além disso, confiar demais

nos outros faz com que os negociadores percam a curiosidade de perguntar, ouvir e aprender mais sobre os interesses da outra parte. Dessa forma, quando se começa uma negociação com confiança demasiada, aumenta-se o risco de se adquirirem menos informações na mesa.

Por conseguinte, é recomendado que a interação entre os negociadores comece com uma confiança zero. Assim, o negociador terá uma preocupação em gerar informações e fazer perguntas de esclarecimento. Ainda, o autor explicita que a disciplina de zero confiança faz com que o indivíduo se questione acerca de pontos agregadores, como qual ambiente ele deve construir para continuar aprendendo e gerando valor.

Dessa forma, ao iniciar uma negociação com confiança zero, as partes tendem a reconhecer e recompensar os movimentos que buscam construí-la, pois ainda que se deva negociar independentemente dela – construindo interdependência – com ela os negociadores tendem a dividir mais informações e criar mais valor. Horacio Falcão explicita 5 elementos componentes da confiança, sendo o primeiro deles a habilidade de confiar na capacidade da outra parte de entregar o que é prometido. O segundo, diz respeito a honestidade de confiar nas boas intenções naquela entrega, o terceiro, sobre a consistência e disponibilidade do outro em cumprir com um compromisso. Em seguida, o autor discorre sobre a intimidade que é construída quando se confia na perspectiva do outro e/ou sentimento comum em relação a questões importantes para si. Finalmente, o autor traz o cuidado, que se traduz na confiança de que o outro tem boas intenções em entregar o prometido. Dessa forma, quanto mais profunda é a relação construída e quanto mais as questões de negócios aumenta, com a presença desses elementos uma confiança mais forte tende a ocorrer.

Nessa esteira, o autor traz uma única e simples regra para se construir a confiança: ser incondicionalmente construtivo. Esse comportamento se traduz em construir relações melhores mesmo que não haja muita reciprocidade da outra parte, de maneira que esta se sinta estimulada a seguir o comportamento, embora não haja garantias. Dessa forma, deve-se buscar o que é bom para a relação entre as partes, bom para a parte contrária e bom para si próprio, ainda que não haja reciprocidade nas ações.

O autor discorre sobre exemplos deste comportamento, sendo o primeiro deles o uso da racionalidade. Essa postura se traduz numa gestão balanceada e controlada das emoções – mesmo que em situações em que o negociador gostaria de agir de forma mais enérgica – pois desta maneira ele demonstra a sensação de modo contido e convida a outra parte a novas formas de lidar com determinada situação. Outro exemplo interessante é sobre a aceitação. É importante que negociadores aceitem que a outra parte pode pensar e agir de formas diferentes, que há diferenças entre elas e que isso não quer dizer que se deve aceitar uma determinada substância da negociação que não lhe agrade.

Comunicação

Assimetria de informações entre as partes

A comunicação é a maneira pela qual se enviam e se recebem mensagens, e para que ela ocorra de maneira eficiente, é necessário que os negociadores desenvolvam suas habilidades de escuta e de argumentação. Combinado a ela, o processo deve ser liderado com transparência para que possa reduzir as assimetrias de poder e de informação, aumentando valor e diminuindo riscos. Vale ressaltar a diferença entre ambos, pois a comunicação diz respeito ao modo, enquanto o processo se traduz em quando algo é dito ou feito.

Transformação de dados em informação

O primeiro ponto trazido nesta etapa diz respeito à assimetria de informação e consequentemente de entendimento entre as partes. Muitos negociadores assumem que já possuem informações o suficiente e em vez de buscar gerar o máximo de informações possíveis na mesa, usam suas próprias premissas para cobrir as lacunas. Dessa forma, tendem a desenvolver uma falsa sensação de entendimento e segurança, e podem até mesmo criar desequilíbrios de poder entre as partes.

A importância da escuta ativa

Nesse sentido, outro ponto trazido é o padrão de diálogo. Este consiste numa técnica de aprendizado proativo, no qual se busca, no âmbito da

comunicação, perguntar para efetivamente escutar; no que diz respeito ao relacionamento, prestar atenção em sentimentos e demonstrar sua compreensão (na medida do possível); e, em relação à substância, parafrasear as respostas dadas para checar entendimentos. O negociador que busca valor faz perguntas buscando respostas que vão além do sim e do não, tentando adquirir o máximo de informações por tópico, além de prestar a devida atenção às respostas. Ademais, deve-se atentar ao equilíbrio relativo a quem pergunta e responde mais naquela negociação. O autor enfatiza que a geração de informação que ocorre com esta técnica diminui a dinâmica de poder na mesa, uma vez que as partes contribuem conjuntamente para a formação daquele conjunto de informações valiosas.

Comunicação transparente

Neste ponto, é trazida uma reflexão: sempre que os negociadores discordarem, eles devem, ao invés de se prender a posições, suspeitar de que a origem da discordância foi uma assimetria de informação. Para superar essa questão, é trazida uma ferramenta chamada escada de inferência, que combina a escuta ativa, as perguntas de aprendizagem e de condução e a advocacia transparente em um único processo de persuasão.

Tal ferramenta conceitualmente demonstra como as pessoas tendem a chegar a conclusões. A base em que a escada se apoia são as informações disponíveis. O primeiro degrau diz respeito às informações percebidas e/ou racionalizadas por cada parte, já o degrau médio, a interpretação de cada uma dessas informações por cada uma delas, o que leva às conclusões, que são os últimos degraus. É importante ressaltar que quanto mais longe do chão, mais longe os negociadores estão das informações e mais próximos das próprias interpretações, o que gera um risco de desentendimento, pois estes tendem a se comunicar com base em conclusões e não em informações.

Nesse sentido, é recomendado que as partes "desçam" da escada e cheguem à sua base através de perguntas feitas à outra parte para checar entendimentos e explorar de onde vem e em que se baseiam suas conclusões. Ademais, é importante que os negociadores reconheçam que

voltaram àquele ponto básico e tentem entender a perspectiva do outro em relação à determinada informação, utilizando-se de perguntas de checagem, de maneira que a outra parte, ao ouvir a própria confirmação em voz alta, perceberá que foi ouvida e poderá se sentir mais aberta a escutar o seu ponto. Em seguida, é importante demonstrar à outra parte a disponibilidade para demonstrar a própria visão das questões que os levaram até a mesa com base nas mesmas informações. Dessa forma, é possível subir novamente a escada demonstrando o que levou o negociador à sua interpretação de determinada questão.

Vale ressaltar que a escada da inferência é um modelo e não um método que deve ser aplicado sem reflexão e preparação, pois demanda uma comunicação habilidosa por parte dos negociadores, aumenta o entendimento e minimiza riscos de conflitos futuros. Quando bem aplicada, os participantes engajam-se num padrão de diálogo, identificam suposições e compreendem as perspectivas do outro antes de criticar.

A construção rápida da "ponte" do diálogo no início da negociação

Para um discurso de abertura poderoso, é importante que os negociadores estabeleçam bases de relacionamento e de comunicação da maneira mais rápida que conseguirem, através de táticas sutis e positivas, que somadas, podem gerar um impacto significativo.

O primeiro passo é definir o ambiente da negociação, que deve oferecer às partes um senso de segurança e privacidade – que caracteriza um baixo risco – e uma sensação de mínima informalidade, desviando-se de uma dinâmica de poder. Um ambiente que coopera para a construção de um bom relacionamento entre as partes deve fazer com que elas sintam que estão presentes tanto nele quanto no relacionamento por escolha.

Nessa esteira, é importante a criação de *rapport* entre as partes. Quando indivíduos identificam pontos em comum entre si, tende a ocorrer uma aproximação, o que se desenvolve de forma superficial num primeiro momento, mas já cria condições propícias para que as partes se sintam mais confortáveis antes de começarem a efetivamente construir um relacionamento.

Nesse sentido, chega o momento dos discursos de abertura, que devem ser realizados como explicitado no capítulo relativo a relacionamento, ou seja, numa forma que encoraje a mentalidade do "nós" entre os negociadores, focada em desafios e oportunidades comuns, e na disponibilidade de construir conjuntamente estratégias que atendam aos interesses de ambas as partes. Vale ressaltar que discursos de abertura também podem ser arriscados dependendo da maneira com que são construídos. Por conseguinte, deve haver um cuidado dos negociadores para não parecerem excessivamente focados em substância, baseados em premissas próprias ou até mesmo suspeitos.

Nesse contexto, é importante se atentar ao elemento da comunicação. A negociação em relação à comunicação define os limites e direções da conversa que será conduzida na mesa, e quanto mais rápido for feita, mais eficiente será a negociação. Uma ferramenta de direcionamento apresentada pelo autor é a ideia de negociar os quatro "Ps" Estes consistem em: i) propósito, ou seja, quais os objetivos perseguidos pelas partes; ii) produto, ou seja, o procedimento que será uma consequência daquela negociação, como um contrato, uma proposta etc.; iii) pessoas, ou seja, identificar e envolver o máximo de stakeholders relevantes para a tomada de decisão; e iv) o processo propriamente dito, pois uma vez que as partes sabem o seu propósito, o que estão construindo e quem está envolvido, é possível desenvolver a maneira de atingi-los, que nada mais é do que o processo.

Entendendo o "value discovery"

O que é "value discovery"?

O "valor" na negociação é criado pela satisfação dos interesses das partes, e pode ser conceituado como desejos, necessidades, vontades, medos ou preocupações (interesses) do negociador. A sua descoberta ("value discovery") se revela como processo de exploração e investigação que tem como escopo trazer à tona o máximo de interesses, e está intrinsecamente relacionado à identificação destes.

Um erro comum dos negociadores é a requisição de valor já em primeiro momento de negociação, o que normalmente resulta na tensão de

valor e em um cenário de barganha posicional. Nesse sentido, o autor sugere a adoção de uma sequência de etapas (procedimento) da descoberta do valor que auxiliará o negociador a lidar com essa tensão, já que se mostra valiosa para ajudar a i) pensar nos interesses e não nas posições, para focar de fato no valor; ii) construir uma interdependência mais forte e reduzir as tentações posicionais; e iii) multiplicar o número de opções em potencial.

Essa abordagem permite com que o negociador se mantenha mais flexível e aberto para maximizar a captura de informações pertinentes, além de possibilitar a construção de um processo que conduz e, principalmente, protege a criação do valor.

Para uma melhor compreensão e identificação dos interesses, é importante que o negociador visualize amplamente os assuntos (caráter genérico) sobre os quais as motivações (cunho parcial) se manifestam. Esses são nomeados questões, sobre as quais podem incidir um (negociação de questão única) ou mais (negociação de questões múltiplas) interesses, sejam das partes ou de suas redes de pertencimento – a oportunidade de criação de valor é proporcional à quantidade de questões.

Antes de se adentrar à discussão dos interesses, sugere-se que as partes negociem as questões e elaborem uma agenda de negociação, que indicará os assuntos a serem abordados em cada sessão.

Os interesses são classificados por (i) natureza, (ii) tempo e (iii) afinidade.

Com relação à natureza, eles são catalogados em: (a) substância – referem-se ao valor; (b) relacionamento – atinentes a comportamentos e emoções; e (c) comunicação – relacionados à quando e como negociar.

Quanto ao tempo, podem ser de efetivação em curto, médio e longo prazo. Por último, com relação à afinidade, eles são classificados como comuns (compartilhados conjuntamente pelas partes); diferentes e opostos (quando são opostos e excludentes).

Uma vez catalogados, para melhor gestão de tempo e eficiência da negociação, se faz necessário elencar os interesses em graduação de importância. Isso permite evitar distrações e negociar, primeiramente, os interesses mais valorados pelos negociadores.

Entendendo o "value creation"

O que é "value creation"?

O "value creation" é um processo de geração de opções destinado a aumentar o valor percebido ou real da negociação, e se dá através da transformação (manejo, combinação e alocação) dos recursos disponíveis em opções que satisfazem melhor o interesse das partes.

Esses recursos são trazidos à mesa de negociação quando o negociador entender que se mostram necessários à satisfação dos interesses do outro, para verem os seus próprios satisfeitos (aumentando-se o vínculo de interdependência).

Diferentemente das opções "ganha-perde" (simples concessão) e da concessão mútua, a "criação de valor" só ocorre quando uma opção aumenta o valor disponível na negociação, podendo ocorrer através do i) aumento na quantidade de recursos disponíveis; e ii) uso, combinação ou alocação mais eficiente desses recursos.

Partindo-se do potencial do valor (interesses) e sua disponibilidade (opções), a "criação de valor" tem como escopo tornar essa capacidade em realidade.

Identificando "valor"

Para escolher a melhor opção, primeiramente deve-se criar uma ampla gama, o que requer trazer à tona muitos interesses. A categorização dos interesses (relacionamento, substância e comunicação) permite: i) construir um mapa detalhado sobre o significado do valor para as partes; ii) moldar a geração de opções para usar de forma mais eficiente os recursos e melhor satisfazer os interesses. Como resultado, aumenta-se a satisfação a um custo menor, o que significa que aumentamos o valor

Opções de ganho mútuo

O autor sugere que durante o brainstorming se inicie a negociação a partir das opções de ganho mútuo, pois demonstra à outra parte uma iniciativa transparente do negociador para colaborar em prol do benefício mútuo de interesses. Essas opções geralmente são criadas a

partir de três escopos, quais sejam, Economia de Escala ou Escopo, Articulação ou Aumento do bolo.

Quando as partes compartilham habilidades ou recursos semelhantes, elas decidem combinar esforços para i) *reduzir custos*, aumentando-se a produção, o que ajuda a pagar as taxas fixas e diminui os custos de cada unidade (Economia de Escala); e ii) *aumentar os lucros*, ao passo que o aumento do volume de produção auxilia a atingir mais clientes, aumentando-se os lucros sem que se eleve o valor de investimento (Economia de Escopo).

Em outro cenário, quando as partes possuem habilidades e recursos diferentes, elas optam por se unir com vistas a desenvolver um terceiro produto, o qual não conseguiriam criar sozinhas (Articulação).

Por último, mas não menos importante, as partes decidem adicionar habilidades ou recursos de negociadores ou terceiros (Aumento do bolo).

Transações

Nas Transações, negocia-se interesses diferentes, e a contemplação destes se dá de forma igualmente distinta. Comumente se adota a troca para a realização de compromissos.

Para aumentar o potencial das Transações, o negociador deve identificar as preferências da outra parte, que quando diferentes, são melhor exploradas por meio de: i) Recompensa (quando se quer algo menos valorizado pela outra parte que aquilo que esta exige em troca); ii) Risco (quando de um lado há uma predisposição a assumir um risco maior que o outro lado); e iii) Tempo (quando se quer algo em diferentes prazos, por exemplo: curto, médio e longo prazo).

Em uma negociação de múltiplas questões, é importante que se organize as opções de Transações para facilitar sua visualização e comparação. Para tanto, o autor sugere que se organize a partir de i) Trocas Equivalentes (converter as opções à uma mesma moeda); ii) Pontos (atribuir pontos para estabelecer as prioridades de cada parte); e iii) Grupos (criar conjuntos de opções que as partes concordem ter valor semelhante).

Opções contingentes

Boa parte dos interesses conflitantes tem por origem a divergência das partes quanto a eventos futuros e incertos, receios e preocupações, e se mostram, de início, insolúveis. Em resposta, o autor sugere o uso das opções contingentes, um tipo especial de transação condicional diferida no tempo que trata das incertezas. Esse tipo de opção permite com que as partes condicionem seus respectivos compromissos do acordo entre si, de forma que o cumprimento da avença ocorra para os dois lados.

Assim, por mais receio da parte venha a se concretizar pelo não cumprimento da prestação, não haverá risco, ao passo que a condição não se realizou e, portanto, a transação não foi concretizada.

Em regra, as opções contingentes são geradas mediante: i) Trocas condicionais (condiciona-se uma prestação à outra); e ii) Interligação (uma nova opção inovadora é criada para satisfazer novos interesses/preocupações opostos pela outra parte).

Para ilustrar o uso da Interligação, o autor aborda um diálogo entre um Consumidor e o Fornecedor, referente a reclamação de defeito de produto. Durante o desenvolvimento da negociação, o consumidor questiona sobre a certeza do reparo do produto em determinado horário da segunda-feira, dia no qual iniciaria cedo o expediente de sua empresa. Em resposta, o fornecedor dá sua palavra, com máxima certeza, de que o produto seria entregue no horário.

Por sua vez, ainda receoso, o consumidor pediu como garantia o estorno do valor pago pelo produto, caso ele se mostrasse defeituoso após o reparo. Ante à impossibilidade de se comprometer com a opção trazida pelo cliente, o Fornecedor, acolhendo a preocupação exposta, informa que poderia substituir o produto por outro (Interligação).

O valor vem em pacotes

Os inimigos da busca do valor são o acordo precoce, a rejeição prematura de uma opção ruim e a ânsia de fechar um acordo. No entanto, são fortes aliados da negociação valorativa a descoberta e o grande número de questões, os recursos e interesses. Havendo a multiplicidade destes últimos, é importante que o negociador se comprometa pela geração de

opções, e as considere em contexto de pacotes, agrupando-as, para só então, realizar o cheque de realidade.

Isso porque uma opção ruim, agrupada com outras opções (pacote), pode se tornar aceitável ou mesmo boa, o que trará mais valor à negociação. Para tanto, antes de rejeitá-la por não parecer agradável, o negociador deve apresentar condições para que ela seja aceita.

As opções na criação e reivindicação de valor

As opções possuem dupla função: criação e reivindicação de valor. Considerando que na negociação essas funções, às vezes, não estão muito bem delineadas, o autor sugere que se negocie, primeiro, uma opção estrutural, que servirá para estruturar a arquitetura da negociação. Isso permite com que as partes evitem adentrar em temas específicos antes de definirem os papéis e os perfis buscados (estrutura).

O impulso de valor e o véu da ignorância

É importante que o negociador tenha em mente que a sequência de discussão de interesses interfere, em muito, no resultado da negociação. A afirmativa tem como fundamento a existência de interesses que possuem números limitados de opções possíveis, que podem ensejar em cenário "ganha-perde". Se assim for, é possível que "Quem começa ganhando corre o risco de se sentir como o vencedor e perder os incentivos de ser justo no restante da negociação". Por consequência, as partes podem decidir abandonar o princípio colaborativo para adotar a barganha posicional.

Como forma de evitar esse cenário, o autor sugere o uso do impulso de valor e do véu da ignorância. O primeiro leva em consideração os interesses que possuem maior número possível de opções de criação de valor, e sugere-se às partes organizarem a agenda de negociação e iniciá-la por esses interesses. Isso porque um maior número de opções possibilita a construção de um pacote de opções mais ajustado aos interesses das partes.

Quanto ao segundo, quando os interesses cujas opções "ganha-perde" são discutidas ao final da negociação, as partes tendem a negociar

os outros interesses em pacotes de opções mais justos, justamente por não saberem qual será o desfecho da negociação (véu da ignorância). Assim, utiliza-se a ignorância do indeterminado para promover a postura colaborativa.

Compromissos provisórios

Durante a negociação surge a dúvida quanto ao momento de realizar compromissos em relação a cada uma das questões negociadas. Geralmente, adota-se as seguintes soluções: i) o compromisso linear de questões (o que fragmenta e inviabiliza o desenvolvimento de pacotes de opções); e ii) a conclusão de todas as questões ao final da negociação (o que muitas vezes dificulta a visualização da criação do valor e sufoca o negociador).

Sendo assim, sugere-se a realização de compromissos provisórios, que são acordos estáveis abertos à modificação apenas para realizar melhorias capazes de gerar mais valor, sem que importe em prejuízo a qualquer das partes. Esse modelo de compromisso permite a construção conjunta de pacotes de opções, além de conferir maior flexibilidade de ajuste das opções conforme forem identificados outros interesses/questões durante a negociação.

Superando os inimigos da criação de valor

Os inimigos internos da criação de valor (assimetria de poder, de informação e concessões entre as negociações) são inerentes a qualquer negociação, independentemente de seu contexto, e influenciam às partes a ignorar o processo de criação de valor para requisitar, prematuramente, o valor.

Concessões são atos unilaterais em que uma parte cede algo à outra, e costuma ser uma ferramenta bastante utilizada pelos negociadores afáveis como forma de investir no relacionamento, esperando receber algo em troca no futuro. É justamente nesse fato que reside o erro, pois passa uma mensagem à outra parte de que sempre receberá algo sem que necessite dar outra coisa em troca, e quando deixar de receber, provavelmente ficará insatisfeita.

A situação se agrava quando a concessão ocorre quando a parte está sendo pressionada (concessão reativa), o que novamente estimula os

maus comportamentos na outra parte, que entenderá que a pressão é o caminho para obter o que quiser. Sugere-se que ao invés de conceder, o negociador veicule uma Troca diferida no tempo: "Vou dar-lhe algo hoje na expectativa de receber algo em troca amanhã".

A assimetria de informação tende a fazer com que as partes não consigam descobrir e criar valor, o que acaba terminando em um compromisso precoce da primeira opção gerada à mesa. Para superar esse adversário, é importante que o negociador divida a etapa de brainstorming em dois momentos: i) geração de opções e ii) cheque de realidade (momento de avaliação e críticas). Essa divisão evita que se dê início à avaliação precoce das opções e permite às partes desenvolver e pensar mais livremente as opções a serem criadas.

Os inimigos externos (restrição de recursos, limite artificial e escopo estreito) frustram a criação do valor e conduzem as partes à requisição prematura deste.

A Restrição de Recursos pode ser classificada como i) absoluta (indisponibilidade do recurso almejado) e ii) relativa (as partes não dispõem dele, mas não há a absoluta escassez do recurso), sendo esta possível de ser superada.

Os limites artificiais são decisões humanas (leis, política, regra tradição etc.) que reduzem o número de opções que podem ser geradas ou executadas, tornando artificialmente o possível em impraticável. Geralmente, por trás desses limites há um interesse oculto a ser protegido ou alcançado pela outra parte, o qual oportuniza ao negociador: i) entender qual o interesse pretendido; e ii) entender como essa motivação se aplica à situação em particular. Em mãos das informações até então ocultas, o negociador poderá formular opções para obter o que se quer sem que haja prejuízo aos interesses da outra parte.

O escopo limitado (mandato limitado, auto ou externamente oposto) reduz o número de opções que podem ser geradas, aceitas ou executadas, e conduz as partes a assumirem a barganha posicional. Esse inimigo pode ser superado pela criação de valor e geração de opções, sem que haja um comprometimento, mesmo que provisório, com as opções

que ultrapassem o mandato do negociador. Isso lhe garante tempo para submeter aos seus representados as opções geradas, de forma a não ilidir prima facie a criação de valor.

Entendendo o "value claiming"

O que é "value claiming"?

A reivindicação do valor ocorre quando as partes negociam a parcela do valor existente ou criado que cada um levará, e é um processo que se assemelha bastante à barganha posicional. Considerando que a requisição de valor ocorre ao final da negociação, é comum que os negociadores reduzam a atenção e tendem, ansiosamente, a querer sua parte do bolo, muitas vezes assumindo posições rígidas. Sendo assim, é de suma importância que as partes freiem seus ímpetos para o sucesso da negociação.

Apesar de a barganha representar uma maior assunção de risco, é importante que o negociador entenda seu conceito e parâmetro para enxergar em uma negociação "ganha-perde" o valor que o barganhador espera receber. Assim, munido dessa informação, será mais fácil convencê-lo, através da comparação, quanto aos resultados superiores proporcionados pelo "ganha-ganha".

Pontos focais

Pontos focais (quantitativo e qualitativo) são números ou ideias que as pessoas creem ser naturais ou óbvios, e por isso, possuem um poder de atração. Por isso, a probabilidade de acordo aumentará quanto mais as partes se identificarem com o ponto focal.

Os pontos focais quantitativos são números atribuídos pelas partes, e muitas vezes, possuem um caráter de barganha. Por outro lado, os pontos focais qualitativos empregam aos números um significado, e revelam a justiça e a legitimidade da proposta oferecida.

Justiça: no processo e no resultado

O processo justo ocorre quando os negociadores acreditam que foram ouvidos e que influenciaram nas medidas corretas para distribuir o valor.

Um fator curioso é que as partes tendem a aceitar resultados desfavoráveis quando entendem que o processo foi justo.

O resultado justo é baseado em um significado conjunto de justiça para as partes, e o trabalho do negociador é encontrar o ponto focal qualitativo que lhe permita aumentar o poder de persuasão sobre sua reivindicação de valor.

Em suma, a justiça é um importante ponto focal qualitativo legítimo, porém, não é o único, e serve apenas para persuadir as pessoas a distribuírem o valor de determinada maneira.

Legitimidade

A legitimidade é o fundamento para qualquer argumento utilizado para persuadir a outra parte se a opção é mais ou menos aceitável, realçando os pontos focais qualitativos para indicar que uma opção seja vista ou não como justa, correta ou como a coisa certa a se fazer. Ela é considerada o método mais eficaz de persuasão (cria o mínimo de resistência possível), e é a melhor estratégia de reivindicação de valor contra os truques da barganha.

Seu foco se dá pela elucidação de elementos objetivos, externos e neutros sobre as opções geradas. Isso reduz a resistência posicional do interlocutor em relação à proposta apresentada.

Preparando a legitimidade

O negociador deve pesquisar muitos padrões e pontos focais para conferir maior legitimidade às opções e argumentos que pretende expor à mesa de negociação (isso aumenta o poder de persuasão). Aliado a isso, a organização desses padrões e pontos focais em ordem valorativa e a verificação se estes são igualmente adotados e aceitos pela outra parte pode facilitar a aceitação do que for exposto.

Negocie a legitimidade

A reivindicação do valor como uma busca conjunta por legitimidade. O negociador deve convidar a outra parte para conjuntamente buscar processos, argumentos, padrões ou pontos focais em comum para distribuir valor de maneira legítima.

Compartilhar o raciocínio de forma transparente (rotular ações). Compartilhar a legitimidade sempre que se fizer uma proposta, informando o caminho que se ensejou a conclusão.

Diagnosticar a legitimidade da outra parte. Ao invés de apresentar uma contraproposta, sugere-se que o negociador faça pedidos de esclarecimento para identificar o valor e a legitimidade que fundamenta a opção apresentada.

Abertura explícita à persuasão. A persuasão é uma via de mão dupla, sendo importante que o negociador persuada a outra parte a explorar sua argumentação.

Não submissão ao poder, apenas à legitimidade. Se ocorrer uma concessão após a outra parte exercer pressão, o negociador recompensará maus comportamentos. Sendo assim, deve-se deixar claro que a negociação se dará com base na legitimidade e no valor.

Proposta inicial

Quem inicia? Não dar esse primeiro passo pode significar renunciar à liderança do processo, e possibilitar que a outra parte inicie a negociação adotando a barganha posicional. Para iniciar, é importante deixar claro que a reivindicação de valor se dará através da legitimidade e na razão (não em números).

Quando começar? Após esgotada a discussão de interesses e geração de opções.

Por onde começar? Nesse ponto há o risco da subvalorização e o da supervalorização. Para lidar com isso, sugere-se que o negociador formule a proposta inicial com valor mais alto que sua pesquisa de legitimidade sustente.

Como começar? Apresentar primeiro os critérios de legitimidade (objetivos, externos e neutros), e depois o número. Isso aumenta a probabilidade de que a outra parte escute o mérito ou o significado da legitimidade exposta.

Contraproposta inicial

A proposta apresentada pela outra parte pode ser classificada como: boa, média ou ruim. Nesta última hipótese, caso a legitimidade ou ponto focal forem igualmente ruins, o negociador deve retomar o diagnóstico do valor e insistir em critérios de legitimidade.

Buscando valor, e não números

Compromisso

O compromisso ocorre quando as partes se manifestam positiva ou negativamente acerca da melhor opção gerada na mesa. Ao contrário do que se entende costumeiramente, o processo decisório é mais complexo e rico que apenas o ato de dizer sim ou não.

A tomada de decisão envolve o lado racional (intuição, regras e pesos da decisão) e o lado emocional.

Decisão: lado racional e emocional

Lado racional

A intuição é a razão em nível inconsciente (diferente do instinto, que é um comportamento inato e evolucionário que faz um animal sempre decidir e, portanto, agir de uma certa maneira quando exposto a um estímulo-chave). Sua certeza aumenta proporcionalmente à quantidade de variáveis, além de ter uma velocidade superior de processamento se comparada com a mente consciente. No entanto, apesar de seus benefícios, a intuição é vulnerável às emoções (cansaço, preguiça, tristeza, euforia, etc.).

As regras ajudam a simplificar o processo decisório sobre assuntos corriqueiros de forma rápida e, em geral, bem-sucedida. Se comparada à intuição, as regras conferem mais segurança aos negociadores, já que oferecem explicação sobre os motivos da tomada de decisão. Apesar disso, as regras preveem casos de "tudo ou nada", e muitas vezes não se amoldam às características da negociação.

Os pesos da decisão facilitam o processo decisório através da atribuição de pesos (relevância) às diferentes variáveis.

Lado emocional

O arrependimento é o que sentimos quando nosso compromisso se revela pior do que outra opção ou nossa BATNA, e surge de uma conduta comissiva ou omissiva.

A decepção é o que sentimos quando o resultado é pior do que esperávamos.

BATNA

O que é "BATNA"

A BATNA é uma importante ferramenta do negociador valorativo, mas que precisa ser manuseada com cuidado, já que na negociação a forma possui tanta relevância como o conteúdo, e dependendo de como seja informada à outra parte, pode-se contaminar a negociação criando um ambiente de barganha.

As alternativas i) fornecem um elemento de escolha; ii) evitam com que o negociador se torne refém da própria negociação; iii) conferem liberdade e capacidade à parte para se retirar da negociação caso a "Best option on the table"[10] – BOpoT, ou o potencial de valor estiver baixo.

Além disso, a BATNA reduz o fator surpresa e a reação potencialmente negativa a ela, como também ajuda a detectar ou até estimar o quanto a outra parte está blefando ou quão longe da realidade ela se encontra.

Lidando com a BATNA deles

Caso a outra parte venha a expor a própria BATNA, é importante que o negociador gerencie produtivamente a negociação, mantendo o foco no valor, mesmo quando se enfrenta um forte movimento de poder, como a BATNA alheia.

Dentro da negociação

Quando a BATNA da outra parte é trazida à mesa de negociação, isso pode significar que i) ela está ameaçando o negociador; ou ii) há uma preocupação de que a BOpto seria baixa demais se comparada à melhor alternativa fora da mesa. Em resposta a esse movimento, é comum

que os negociadores i) façam concessões, diminuindo os riscos de não se fechar um acordo (recompensando comportamentos ruins); ou ii) retribuam a ameaça ao expor sua própria BATNA.

Para lidar de forma mais proveitosa, o autor sugere que se melhore a BOpto ou a percepção da outra parte sobre ela, realizando-se o teste de realidade e redirecionamento da negociação ao valor.

O teste de veracidade visa a assegurar que todas as partes tenham entendido claramente as alternativas, seus detalhes e consequências, proporcionando uma perspectiva realista. Seu possível resultado é de acentuar e deixar clara a diferença realística entre a BATNA e a BOpto.

Caso haja resistência ao teste de realidade, pode-se compartilhar essa suspeita. Isso pode auxiliar a percepção se somos nós que precisamos testar a nossa realidade; ou provocar uma conversa mais específica e compartilhar que podemos saber mais do que eles imaginam.

Embora se tenha implementado o teste de realidade e a retomada da negociação valorativa, ao final de tudo a BOpto pode ainda ser pior que a BATNA da outra parte. É importante que o negociador esteja preparado para a hipótese de não se realizar o acordo, e ter em mente que respeitar a decisão negativa fortalece o futuro do relacionamento, além de reafirmar o compromisso com a atitude "ganha-ganha".

BATNA externa vs. interna

Na modalidade externa, é uma alternativa pela desistência da negociação, isto é, buscar recursos externos à negociação. Enquanto isso, a interna é uma alternativa em que a parte desiste da negociação tal como foi pretendida. Típica das negociações de múltiplas partes, ou quando as decisões são compartilhadas por mais de uma pessoa de cada lado. A BATNA interna é aquela utilizada por um negociador individual, mas não pelas organizações ou todas as partes.

Desistir da negociação

Em último caso, em hipótese de a BOpto ser pior que a BATNA, e após insistentemente gerar opções, realizar teste de realidade e realinhar a negociação ao valor, o negociador deve desistir da negociação.

Mas isso não pode ser realizado de súbito, devendo a parte, primeiro: i) Abrir a porta – comunicar à outra parte que a melhor proposta está aquém da BATNA e a necessidade de trabalhá-la em conjunto, sendo certo que ocorrerá a desistência da negociação caso a BOpto não seja melhorada; ii) Deixar a porta aberta – abrir mão da negociação, e refrisar a melhor opção possível, indicando que se puder ser aceita, o negociador estará aberto à proposta; iii) Convidar a outra parte a entrar pela porta – Dar-lhes prazo temporal para aceitar a proposta, antes de a BATNA ser utilizada.

Identificando o "BATNA" da outra parte

Sempre que for legítimo (certo, apropriado ou justo), pode-se tentar reduzir o poder da BATNA da outra parte, como forma de reduzir a habilidade de ameaça ou envolvimento em uma batalha ganha-perde, ao mesmo tempo que a incentiva a focar no valor.

No entanto, ainda que nas melhores intenções de ganha-ganha, o esforço para reduzir o poder da BATNA da outra parte pode ser visto como uma tática de "ganha-perde".

* * *

Negociação e poder

Sabe-se que o poder é uma consequência direta da qualidade da BATNA de cada parte, e negociadores tendem a se sentir inclinados à barganha na negociação quando percebem que estão em posição de vantagem. De fato, por meio de uma BATNA interessante, é possível aplicar mais pressão em negociações e possivelmente conseguir o que se quer. Entretanto, há o risco de prejudicar a comunicação, o relacionamento e o processo de aprendizado, além de convidar a outra parte a utilizar também o seu poder.

Por meio dessa estratégia, pode-se perder valor e até mesmo a oportunidade de uma negociação bem-sucedida. Dessa maneira, Horacio deixa claro que há situações em que o poder é usado na negociação, mas esta ferramenta deve ser o último recurso a ser buscado pelo negociador.

Nessa esteira, o autor discorre sobre a diferença entre uma negociação de poder e o poder em negociações. Horacio explica que o poder em negociações diz respeito ao uso de vantagens para se conseguir manipular a outra parte. Por outro lado, o poder de negociação diz respeito à habilidade de se conseguir o valor que se busca numa negociação.

Horacio demonstra os quatro blocos de construção do poder de negociação. O primeiro deles é realizar constatações empoderadoras. O autor explica que constatações empoderadoras são aquelas que impactam positivamente a maneira de negociadores pensarem e agirem. Se um negociador acredita que pode criar valor numa negociação, ele irá se esforçar e preparar melhor para isso, de forma que encontrará oportunidades que possivelmente não encontraria se não tivesse essa postura. Da mesma maneira, se o negociador acredita que a outra parte é um inimigo, irá deixar de criar o valor que seria criado caso essa parte fosse vista como um aliado em potencial.

Em seguida, Horacio discorre sobre a negociação de limites para o processo. É necessário avaliar cuidadosamente se aquela questão é negociável ou não, antes de iniciar uma negociação. O autor ressalta que quando uma questão é importante, é recomendado ter uma postura empoderadora e acreditar que é possível negociá-la, pois isso costuma gerar mais recompensas que custos às partes envolvidas.

O terceiro passo é sobre "definir o palco", ou seja, fazer arranjos para evitar entrar numa negociação excessivamente desbalanceada, em que o negociador entra quando já perdeu. Quando existe esse cuidado, é possível prever obstáculos à busca de valor. Se o negociador percebe que a outra parte está em vantagem ou desvantagem, ele pode se adaptar a isso.

Para realizar essa preparação, é importante se utilizar dos sete elementos da negociação, já explorados neste trabalho. O autor ressalta perguntas que podem ser úteis para realizar essa preparação em cada estágio. No que diz respeito ao relacionamento, o negociador pode-se perguntar com quem ele pode conversar ou negociar antes de iniciar aquela negociação. Já em relação à comunicação, ele pode pensar sobre qual lugar ou tempo para a negociação poderia criar a atmosfera ideal. Sobre os interesses, é

possível se perguntar como aprender os interesses da outra parte antes do tempo. No tocante às opções, pode-se explorar quais passos podem ser dados para tornar opções que não existem ainda viáveis, e em relação à legitimidade, pode-se refletir sobre quais os diferentes padrões de justiça foram aceitos pela outra parte em momentos passados.

Nessa esteira, o autor também traz as perguntas a serem feitas no âmbito do compromisso, como ganhar tempo se essa necessidade surgir, e sobre as alternativas, como melhorar a BATNA para que sair da mesa se torne uma escolha realista.

Em relação à preparação propriamente dita, o autor ressalta a importância de se refletir sobre os sete elementos da negociação num ambiente sem risco, para ser possível criar estratégias e antecipar elementos críticos, de maneira que se reduza o trabalho e a improvisação no momento da negociação, e consequentemente a exposição à um ambiente ainda mais desafiador.

Novamente, o autor discorre em seu livro sobre perguntas que ilustram fontes de negociações de poder. Em relação ao relacionamento, é possível pensar se é fácil para as pessoas se sentirem confortáveis perto do negociador, enquanto em relação à comunicação, o negociador deve avaliar se é um bom ouvinte e se consegue passar suas ideias de forma persuasiva.

Sobre os interesses, é importante refletir se a outra parte possui interesses para os quais se pode gerar opções, enquanto sobre as opções, pode-se estimar a própria criatividade para trazer soluções práticas e inovadoras. Em seguida, no que concerne à legitimidade, é possível refletir se há padrões de justiça que sustentam a causa, enquanto em relação ao compromisso, o negociador deve avaliar se de fato possui a autoridade necessária para firmá-lo. Por fim, é importante avaliar se há a possibilidade de se conseguir outras ofertas além das que podem sair da mesa de negociação.

Em conclusão, o autor explicita que se tornar um negociador de valor é uma tarefa de longo prazo, e é importante começar pela preparação, se concentrar em arrumar o palco no curto prazo e, com o tempo, começam a surgir resultados e a competência de negociar limites.

Negociação ética

Na perspectiva do autor, a atitude ganha-ganha, aliada a um sistema de negociação de valor produz poucas situações eticamente questionáveis, pois o negociador que se pauta nessas bases tende a se afastar de escolhas que desafiam a ética.

Horacio se inspirou no trabalho do Professor Henri Claude de Bettignies para desenvolver alguns testes no que diz respeito ao que é ético para si e para os demais. Testes simples são sugeridos, como se perguntar se será possível dormir bem à noite se for tomada uma determinada decisão; refletir se aquela escolha pareceria certa na primeira página do jornal e se perguntar se haveria o desejo de contar aos próprios filhos sobre determinada iniciativa.

Nesse contexto, Horacio traz a perspectiva de que a maioria de nós sabe que um comportamento antiético raramente é a forma correta de se agir, embora possa ser a mais simples. Dessa forma, é necessário refletir sobre quais são os próprios valores éticos para que isso possa se refletir na negociação. Isso não quer dizer que não haverá mentiras, coerção ou manipulação em negociações, mas é importante buscar evitar essa tática, pois ela envolve riscos, e entender que negociadores cometem erros e devem se esforçar para melhorar. Ademais, o autor traz a reflexão sobre como podemos "mentir, manipular ou coagir" se for necessário, mas antes deve-se refletir sobre o porquê dessa necessidade, quais seus benefícios e se de fato não há outras maneiras e caminhos para seguir em frente.

Nessa esteira, o autor ressalta que não é um problema saber o que é ético numa negociação, pois a maioria das pessoas já sabe, mas sim como fazer isso. Ele acredita que a coragem para se comportar de maneira ética vem da confiança do próprio negociador em sua capacidade de ter sucesso dessa forma. A palavra coragem surge algumas vezes nesse ponto, pois Horacio explica que é um mecanismo de defesa natural do ser humano racionalizar um comportamento antiético que teve para sentir menos culpa ou responsabilidade, de forma que olhar para si mesmo e reconhecer um comportamento como esse, e buscar mudá-lo, demanda, de fato, coragem.

À vista disso, devem ser feitas três perguntas para se iniciar uma negociação de valor de maneira ética. A primeira é refletir se a outra parte está agindo de maneira antiética. Uma vez que existe o risco de se fechar a porta do aprendizado ao fazer essa suposição, nesse momento é necessário buscar mais as informações que o outro possui, fazer mais perguntas buscando reforçar as próprias suposições e chegar a melhores conclusões.

Em seguida, é preciso refletir se esse comportamento merece reciprocidade. Há uma tendência ao escalonamento caso se entenda que sim, além do risco de perda de reputação e respeito, além da diminuição do aprendizado. Dessa forma, o autor ressalta a estratégia de agir eticamente e convencer a outra parte a ser recíproca a esse comportamento.

Essa estratégia pode ser concretizada a partir de táticas como dizer a verdade com cuidado, especialmente quando se trata de informações sensíveis, trazendo perguntas como o porquê daquela informação ser importante para a outra parte. Ademais, é importante se lembrar de agir focado em valor e separar as três negociações em curso, como já explorado neste trabalho, que dizem respeito à substância, relacionamento e comunicação. Finalmente, é necessário convidar a outra parte a negociar em parceria. Como também já explorado, trata-se de iniciar a negociação com zero confiança e ir pouco a pouco se abrindo e avançando no padrão de diálogo, buscando essa parceria. Caso ela não ocorra, o caminho é reforçar a interdependência e começar a negociar independentemente da confiança.

À vista disso, é necessário ter em mente que nem sempre será possível chegar a um acordo, e em muitas situações, será necessário sair de uma negociação também com bases éticas. Horacio ressalta, por fim, que negociadores devem sempre buscar criar um ambiente focado em valor, em que os interesses conseguem ser satisfeitos, incluindo a ética.

NOTAS SOBRE A OBRA

A primeira edição de *Value Negotiation,* publicada em 2010, iniciou com a frase "Não saber negociar já não é uma opção – para ninguém. Diariamente, negociar é uma maneira de ter sucesso e sobreviver". O objetivo

era chamar a atenção para uma realidade hoje já reconhecida: negociamos cotidianamente com quase todas as pessoas com quem interagimos.

O objetivo do *value negotiation* é aprimorar a capacidade dos negociadores de gerar valor em uma negociação, através de técnicas de melhor alocação de recursos e de opções geradas na mesa, baseando-se no método da negociação principiológica da escola de Harvard.

DADOS SOBRE O AUTOR DA OBRA ORIGINAL

Horacio Falcão é professor associado da INSEAD, onde leciona Decision Sciences[11], sobretudo o tópico de Negociação. Bacharel em direito pela PUC-Rio. É sócio-fundador da Pluris, onde conduz treinos de mediação e negociação, atividades de coach, e prática facilitação e consultoria para o setor público e privado.

Notas

[1] Nesse sentido, o autor utiliza uma correlação com a 3ª Lei da Física ao explicar que a resistência gerada é a reação natural da imposição, pelo uso ou demonstração de poder, de uma das partes sob a outra.

[2] Tal termo refere-se a situações em que, não importa o que se faça, o valor não é criado, somente sai de um ponto para o outro, tendo como resultado geral: 0.

[3] Em breve resumo, a Fronteira de Pareto define o quanto se pode aprimorar um ponto tendo em vista o prejuízo de outro. A correlação com a negociação é que caso a opção seja a melhor possível, de modo que qualquer modificação nela em benefício de uma parte, gere um prejuízo à outra, tem-se a Eficiência de Pareto. Contudo, se esta opção está em zona de melhoria, ela então pode receber Melhorias de Pareto e buscar a Eficiência.

[4] A interdependência, em uma tradução livre das palavras do autor, ocorre quando há uma necessidade mútua ou um benefício no trabalho em conjunto.

[5] Conforme aponta o autor, a duração da relação é uma escolha que os negociadores fazem ao entrar na mesa.

[6] Uma tradução livre do termo "intent-impact gap", usado pelo autor.

[7] O negociador que adota a estratégia *win-lose* e o método duro usa o seu poder constantemente para atingir o melhor acordo possível para ele exclusivamente, sendo focado, principalmente, em valor material.

[8] O negociador que adota a estratégia *win-lose* e o método brando menciona constantemente a relação entre as partes e "jogam limpo".

[9] Um exemplo é que há maior certeza de ganho, uma vez que a chave da negociação não é quem tem mais poder.

[10] Tradução livre: melhor opção na mesa.

[11] *Decision Sciences* é um campo interdisciplinar que tem por base a economia, previsão, teoria da decisão estatística e psicologia cognitiva.

GIMEC
GRUPO INTERDISCIPLINAR DE MÉTODOS EXPERIMENTAIS DE GESTÃO DE CONFLITOS

GAEMNE
GRUPO ACADÊMICO DE ESTUDOS EM MEDIAÇÃO E NEGOCIAÇÃO DE INTERESSES EM NATAL

CONIMA
CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM