



RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS COLETIVOS ENVOLVENDO POLÍTICAS PÚBLICAS





RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS COLETIVOS ENVOLVENDO POLÍTICAS PÚBLICAS

Org.: **Igor Lima Goettenauer de Oliveira**

Autora: **Luciane Moessa de Souza**

1ª edição

Brasília – DF
Fundação Universidade de Brasília – FUB
2014

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Ministro de Estado da Justiça

José Eduardo Cardozo

Secretário de Reforma do Judiciário

Flávio Croce Caetano

Diretora

Kelly Oliveira de Araújo

Coordenador-Geral

Igor Lima Goettenauer de Oliveira

ORGANIZAÇÃO

Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília – CEAD-UnB

REALIZAÇÃO

Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Reitor

Ivan Marques de Toledo Camargo

351.9

S725r Souza, Luciane Moessa de.

Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas /
Luciane Moessa de Souza; Igor Lima Goettenauer de Oliveira, organizador.
1. ed. – Brasília, DF: FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA/FUB, 2014.

268 p.

ISBN 978-85-64593-24-4

1.Política pública. I. Oliveira, Igor Lima Goettenauer de. II.Título.

FICHA TÉCNICA

Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília – CEAD/UnB

Diretora

Prof^a Dr^a Wilsa Maria Ramos

Coordenadora da Unidade de Pedagogia

Simone Bordallo de Oliveira Escalante

Gestora Pedagógica do Curso

Janaina Angelina Teixeira

Apoio ao Núcleo de Pedagogia

Karla Cristina de Almeida

Kerley Gadelha Martins

Gerente do Núcleo de Tecnologia

Eduardo Diniz

Gestão Ambiente Virtual de Aprendizagem

Fabiano Rocha de Moraes

Apoio ao Núcleo de Tecnologia

Danilo Santana

Wesley Gongora

Help Desk

Luana Messias

Relatórios Estatísticos

Ilka Oliveira Torres

Equipe de Gestão de Projetos

Deborah Prima Martins

Lêda da Silva Reis

Gerente do Núcleo de Produção de Materiais Didáticos e Comunicação

Jitone Leônidas Soares

Revisão de textos

Letícia Barcelos de Oliveira

Marcela Margareth Passos da Silva

Sílvia Urmila Almeida Santos

Web Designer

Felipe Vieira Dantas

Designer Instrucional

Arthur Colaço Pires de Andrade

Projeto Gráfico e Diagramação

Henrique Lima Meuren

Designer gráfico e animador 2D

Cristiano Alves de Oliveira

Ilustração

Cristiano Silva Gomes

SOBRE A AUTORA:

LUCIANE MOESSA DE SOUZA

Graduada (1995) e Mestre (2001) em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Doutora (2010) em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo sido *Visiting Scholar* na Universidade do Texas (campus de Austin). Procuradora do Banco Central do Brasil desde 2007, autora das obras “Normas constitucionais não-regulamentadas: instrumentos processuais” (Editora Revista dos Tribunais, 2004), “Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial” (Editora Fórum, 2012), “Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais” (Editora Fórum, 2012) e coordenadora das obras “Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça” e “Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça”, também publicadas pela Editora Fórum (2009). Professora em cursos de especialização e Instrutora em Resolução Consensual de Conflitos Coletivos envolvendo Políticas Públicas.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1

Sobre o capítulo pg. **11**

1. Introdução pg. **12**

1.1. Mediação de conflitos: conceito e aplicação pg. **12**

1.2. Conciliação pg. **29**

1.3. A importância da distinção e a situação dos conflitos que envolvem o Poder Público pg. **31**

1.4. Mediação de conflitos em que há desigualdade de poder entre as partes pg. **32**

1.5. Os riscos envolvidos no processo de mediação pg. **34**

1.6. Facilitação de processos decisórios participativos pg. **36**

1.7. Outros meios “alternativos” de solução de controvérsias pg. **36**

1.8. Os mediadores pg. **37**

1.9. Fundamentos jurídicos e principais previsões normativas sobre resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público no Brasil pg. **61**

1.10. Peculiaridades da resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público pg. **64**

1.11. Os (falsos) argumentos contrários à consensualidade na esfera pública pg. **66**

Referências bibliográficas pg. **69**

CAPÍTULO 2

Sobre o capítulo pg. **75**

2. Introdução pg. **76**

2.1. Os mediadores pg. **82**

2.2. O conceito de consenso pg. **84**

2.3. A questão da confidencialidade na mediação de conflitos coletivos pg. **85**

2.4. Os participantes da resolução consensual de conflitos coletivos pg. **92**

2.5. As fases do processo de mediação de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas pg. **104**

2.6. A fase de diagnóstico: histórico do conflito e esclarecimento dos contornos fáticos e técnicos pg. **104**

2.7. Planejamento do processo pg. **107**

2.8. Questões processuais e medidas de urgência pg. **108**

Referências bibliográficas pg. **114**

CAPÍTULO 3

Sobre o capítulo pg. **119**

3.1. Sessões de mediação pg. **120**

3.2. Realização de estudos técnicos pg. **139**

3.3. A realização de audiências públicas e outras formas de dar transparência e permitir a participação pública no processo pg. **141**

3.4. Redação do acordo – conteúdo mínimo, detalhamento das obrigações e relevância do quadro normativo pg. **142**

3.5. Ratificação do acordo pg. **155**

3.6. Homologação e eficácia jurídica do acordo pg. **156**

3.7. Avaliação do processo pg. **158**

Referências bibliográficas pg. **162**

CAPÍTULO 4

Sobre o capítulo pg. **167**

4. Introdução pg. **168**

4.1. Estudos de caso nos EUA pg. **170**

4.2. Estudos de caso no Brasil pg. **203**

Referências bibliográficas pg. **211**

CAPÍTULO 5

Objetivos pg. **215**

5. Introdução pg. **216**

5.1. Aspectos envolvidos na criação e gestão de programas de mediação/conciliação pg. **217**

5.2. Programas de mediação e conciliação de conflitos coletivos envolvendo o Poder Público nos Estados Unidos da América pg. **237**

5.3. Experiências pioneiras no Brasil pg. **263**

Referências bibliográficas pg. **265**



1

APRESENTAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS



Sobre o capítulo

No capítulo 1, apresentaremos os métodos consensuais de resolução de conflitos. Ao final deste capítulo, espera-se que você:

- identifique os diferentes meios consensuais de solução de controvérsias (negociação, mediação e conciliação);
- reconheça as diferentes escolas de mediação e os fundamentos básicos de negociação;
- compreenda as diretrizes éticas para atuação de mediadores e conciliadores;
- conheça os fundamentos jurídicos para a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público;
- saiba quais são as peculiaridades da resolução consensual de conflitos envolvendo entes públicos.



1. Introdução

A complexidade dos conflitos coletivos envolvendo políticas públicas exige, cada vez mais, do Poder Público a adoção de ferramentas de prevenção ou tratamento adequado, na esfera dos poderes Executivo e Legislativo, e a implementação de novos caminhos para resolução, em face da crescente judicialização destes conflitos e da insuficiência do processo adversarial tradicional, pensado para dar conta de conflitos atomizados, e com um paradigma voltado para o passado, para resolvê-los.

A inegável repercussão social de tais conflitos torna urgente a utilização de instrumentos capazes de dar conta destes desafios. Se eles não são os mais numerosos no âmbito do Poder Judiciário, são sem dúvida os que apresentam maiores impactos e maior relevância na sociedade civil. Da mesma forma, a adoção de métodos consensuais por ocasião da elaboração ou implementação de políticas públicas controversas, seja no âmbito de um processo administrativo adversarial, seja no âmbito de um processo complexo de tomada de decisão (como num licenciamento ambiental), na esfera do Poder Executivo, também pode evitar a escalada de conflitos amplos e a criação de impasses no desempenho das competências da Administração, aprimorando a eficiência, o relacionamento com o cidadão e a legitimidade democrática da atuação estatal.

Daí a necessidade de defender e explicar como podem ser adotados mecanismos que resolvam conflitos de natureza coletiva mediante a construção de consenso.

Para melhor esclarecer o papel de mediadores e conciliadores, serão descritos os seus deveres éticos, de maneira a bem delimitar suas obrigações e as proibições de incorrer em determinados comportamentos ou posturas.

Ainda, serão descritos os fundamentos jurídicos para a resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público e apresentadas as principais normas que admitem a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas no Brasil. Por outro lado, serão explicadas as peculiaridades que o regime jurídico específico traz à resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público. Por fim, serão enfrentados os falsos argumentos contrários à resolução consensual de conflitos que envolvem entes públicos.

1.1. Mediação de conflitos: conceito e aplicação



PARA REFLETIR

Você já esteve na situação de mediar um conflito, seja entre dois colegas seus que não se davam muito bem ou entre amigos que se estranharam? Reflita sobre como você se portou ou portaria nessa situação.

A mediação de um conflito pode ser definida como a intervenção **construtiva** de um terceiro **imparcial** junto às partes envolvidas no conflito, com vistas à busca de uma **solução construída pelas próprias partes**.



Para Maria de Nazareth Serpa, “mediação é um processo onde e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa sem prescrever qual a solução” (1999, p. 147). A mesma autora deixa claro que a intervenção deste terceiro imparcial é fundamental para engajar as partes numa discussão proveitosa.

Pode ser útil também deixar mais clara a noção de conflito, já que a mediação é um instrumento para resolvê-los. Para isso, vejamos como o Professor Antonio Rodrigues de Freitas Júnior apresenta o conceito de conflitos:

[...] situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. no plano objetivo: um problema alocativo incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam os bens e os encargos de natureza material ou imaterial; 2. no plano comportamental: consciente ou inconsciente, intencional ou não, contraposição no vetor de conduta entre dois sujeitos; e 3. no plano anímico ou motivacional: sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema alocativo, como função de valores de justiça (2009, p. 518).

A definição de conflito elaborada por Remo Entelman é capaz de ir um pouco além do conceito apresentado por Freitas, que bem descreve o processo conflituoso em sua manifestação. A definição de Entelman (2002, p. 49) é capaz de penetrar na gênese, nas causas do conflito, que se encontram na existência de objetivos incompatíveis (ou que sejam vistos como tal):

O que proponho é que o critério a utilizar seja a natureza dos objetivos que cada membro da relação busca alcançar com as condutas que realiza ou pretende realizar. Serão relações de conflito quando seus objetivos sejam incompatíveis ou, como veremos depois, todos ou alguns membros da relação os percebam como incompatíveis. Quando os objetivos não sejam total ou parcialmente incompatíveis, e sim comuns ou coincidentes, teremos relações de “acordo” em que, no lugar de condutas conflitivas, serão geradas condutas cooperativas ou condutas coincidentes, que podem ser individuais ou coletivas (Elster 1997, 1996)¹.

¹. Tradução livre da autora. No original: “Lo que propongo es que el criterio a utilizar sea la índole de los objetivos que cada miembro de la relación intenta alcanzar con las conductas recíprocas que realiza o se propone realizar. Serán relaciones de conflicto cuando sus objetivos sean incompatibles o, como veremos después, todos o algunos miembros de la relación los perciban como incompatibles. Cuando los objetivos no sean total o parcialmente incompatibles, sino comunes o coincidentes, tendremos relaciones de ‘acuerdo’ que, en lugar de



Esta definição e seu contraste com a situação de acordo ou cooperação sinaliza o estágio inicial e o estágio final de um processo bem-sucedido de mediação ou outro método consensual de solução de conflitos, durante o qual as partes transitam de uma situação em que seus objetivos percebidos são inconciliáveis para uma situação em que, ou percebem que há outros objetivos relevantes a serem considerados, ou visualizam uma possibilidade de sua compatibilização, ou ambos.

O conflito é um processo natural das relações humanas, mas, como bem sintetiza o Professor Humberto Dalla Bernardina de Pinho, existe uma fundamental diferença na forma de encará-lo:

Quando os mecanismos para resolução utilizados são inadequados, o conflito torna-se prejudicial. Por outro lado, os mecanismos naturais de negociação retiram do conflito o que ele tem de melhor, sua capacidade de gerar satisfação de interesses e resoluções construtivas. Quando esses mecanismos são descartados, a função do conflito é a produção da violência, desajustes ou outros conflitos (2009, p. 242).

Conforme se verá a seguir, para algumas escolas ou correntes de mediação, a solução “definitiva” para o conflito pode ou não ser encontrada durante o próprio processo de mediação, mas o importante é que as partes tenham avançado rumo à solução, sendo perfeitamente possível que elas prossigam rumo à construção da solução após encerrada a intervenção do terceiro, mediante um diálogo direto.

Por outro lado, é importante notar que, muitas vezes, se fazem necessárias intervenções paralelas à mediação, já que muitos conflitos são gestados no âmbito interno de cada pessoa (física ou jurídica), não sendo possível alcançar uma solução para eles no espaço da mediação. No caso da pessoa física, é conhecida a distinção entre mediação e terapia, cuja realização pode inclusive ser uma das soluções encontradas no âmbito da própria mediação. É o que anota com propriedade Gladys Alvarez:

A mediação serve para prevenir ou resolver o conflito: identificar questões, explorar opções e desenvolver um plano. Se o tratamento da parte como paciente mediante terapia integra este plano, este deve ser levado a cabo fora do contexto da mediação; as intervenções do mediador acerca de problemas que subjazem à relação devem estar a serviço de elaborar um plano e destacar pontos a discutir, não de mudar as personalidades ou as relações, exceto na medida em que as partes se beneficiem da mediação para modelar melhores formas de comunicar-se para resolver a disputa².

conductas conflictivas, generarán 'conductas cooperativas' o 'conductas coincidentes', que pueden ser individuales o colectivas (Elster, 1997, 1996)."

2. Tradução livre da autora. No original: “*La mediación sirve para prevenir o resolver el conflicto: identificar cuestiones, explorar opciones y desarrollar un plan. Si el tratamiento de la parte como paciente mediante terapia integra este plan, debe llevarse a cabo fuera del contexto de la mediación; las intervenciones del mediador acerca de problemas que hacen a la relación deben estar al servicio de alcanzar un plan y destacar puntos a discutir, no de cambiar las personalidades o relaciones, excepto en la medida en que las partes se beneficien en cuanto a moldear mejores modos de comunicarse para resolver la disputa*” (s/d, p. 143).



É importante deixar claro, desde logo, que **o processo de mediação não se realiza apenas mediante a utilização de parâmetros jurídicos para a resolução do conflito, muito embora normalmente passe por eles**. Como assinala Entelman, “Quando o sistema jurídico elege os objetivos ou metas que deseja privilegiar e põe à disposição destes o monopólio da força, o faz mediante uma técnica tal que deixa isoladas as metas ilegítimas para privilegiar aquelas outras”³. Em outras palavras, o sistema normativo escolhe os interesses que merecem proteção coercitiva, ou seja, aqueles cuja legitimidade é tal que se poderá utilizar o aparato de força estatal para fazê-los valer em caso de ameaça ou violação. Boa parte dos conflitos, contudo, como lembra Entelman, envolvem **mais do que uma mera situação de proibição, obrigação ou permissão de conduta**, as quais têm como correlato o direito de alguém de exigir que uma conduta seja ou não seja realizada, nos dois primeiros casos, e constituem um direito próprio, no caso da permissão. A complexidade se verifica quando ambas as condutas, apesar de incompatíveis, são igualmente permitidas, caso em que “nos deparamos com um problema que não encontra solução no ordenamento jurídico e na ciência do Direito”⁴ (ENTELMAN, 2002, p. 65).



FIQUE DE OLHO

No espaço público, ao contrário do que se possa pensar, dado o peso de fato maior que a legalidade assume na definição do espaço de atuação dos agentes, situações similares também são de fácil verificação, por ser bastante comum a utilização pelos textos normativos de termos genéricos e conceitos abstratos, dando margem a um espaço significativo de discricionariedade no momento da aplicação da norma. Assim, é comum a ocorrência, em determinado conflito, de duas ou mais interpretações igualmente aceitáveis em face do quadro normativo, porém incompatíveis entre si. Mais uma vez se verifica, então, que a mera referência ao sistema jurídico não é suficiente para a solução do conflito – daí a **utilidade da mediação⁵, inclusive para construir uma interpretação do quadro normativo que seja aceita por todos os envolvidos**.

3. Tradução livre da autora. No original: “*Cuando el sistema jurídico elige los objetivos o metas que quiere privilegiar y pone a disposición de ellos la fuerza monopolizada, lo hace mediante una técnica tal que deja puntualizadas las metas ilegítimas creadas para privilegiar aquéllas otras.*” (2002, p. 64).

4. Tradução livre da autora. No original: “*nos encontramos frente a un problema que carece de solución en el ordenamiento jurídico y en la ciencia del derecho.*”

5. Cabe referir aqui as lições de Humberto Dalla Bernardina de Pinho, inspiradas na doutrina estadunidense a respeito:

“Há duas formas básicas de estabelecer a metodologia e as premissas básicas para a busca da solução.

A primeira é denominada ‘rights-based’ e ocorre quando as partes analisam quais são as perspectivas da questão na hipótese de a causa ser levada à jurisdição, a fim de delimitar objetivamente a solução prática a ser alcançada. Esses dados são tomados como ponto de partida para a negociação.

A outra é denominada ‘interest-based’ e se dá quando a solução for buscada com base nos interesses e necessidades das próprias partes no que tange aos direitos em conflito, deixando-se a análise fria do texto legal e das tendências jurisprudenciais para um segundo momento e apenas como forma de conferir executoriedade ao termo de acordo.” (2009, p. 244 - grifei)

No caso dos conflitos envolvendo entes públicos, naturalmente, a abordagem baseada em direitos (“rights-based”) sempre há de existir, porém defendo que é possível e necessário incluir também a abordagem baseada em interesses (“interest-based”), ou seja, **as duas abordagens não são mutuamente excludentes, e sim complementares**.



1.1.1. Mediação X Negociação

A principal diferença entre mediação e negociação é a presença de um terceiro facilitador, tanto que muitos denominam a mediação de simples “negociação facilitada”. Como define Petrônio Calmon, “*Negociação é o mecanismo de solução de conflitos com vistas à obtenção da autocomposição caracterizado pela conversa direta entre os envolvidos sem qualquer intervenção de terceiro como auxiliar ou facilitador.*” (2007, p. 113).

Tanto a mediação quanto a negociação podem ou não ter como resultado a produção de um acordo, total ou parcial, ou o simples avanço (ou retrocesso) no processo de diálogo e/ou interação entre as partes, mas a utilização da mediação pressupõe que elas estejam com **dificuldades para comunicar-se de forma que seja produtiva para os interesses de ambas** e que um terceiro facilitador possa contribuir neste processo.

A utilização da mediação pressupõe, contudo, que seja adotado pelas partes diretamente envolvidas no conflito um determinado **modelo ou ética de negociação**, dentre as diferentes estratégias que um negociador pode adotar. Gladys Stella Álvarez, em sua Tese de Doutorado⁶, apresenta um modelo de classificação:



FIQUE DE OLHO

1. Estratégia da competição: grande preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações. Adotada “por quem busca alcançar suas próprias metas a todo custo, sem preocupar-se com as necessidades ou a aceitação de outras pessoas (...) Na mente dessa pessoa não há dúvida de que ela tem razão”⁷;

2. Estratégia de concessão: pouca preocupação com as metas pessoais e grande preocupação com as relações. Pode ser “altamente apropriada quando se percebe que se está equivocado, tendo um efeito muito positivo no momento de reconhecer erros, postergações, esquecimentos e também quando um assunto não tem muito interesse para a parte”⁸;

3. Estratégia de evitar o confronto: pouca preocupação com as metas pessoais e pouca preocupação com as relações⁹; evitar pode ser adequado quando se trata de questões de menor importância;

6. ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, s/d, p. 84 e seguintes.

7. Tradução livre da autora. No original: “*quien busca alcanzar sus propias metas a toda costa, sin preocuparse por las necesidades o la aceptación de otras personas*”; “*en la mente de esta persona no hay duda de que ella tiene la razón.*”

8. Tradução livre da autora. No original: “*altamente apropiado cuando se advierte que se está equivocado, teniendo un efecto muy positivo al momento de reconocer errores, postergaciones, olvidos y también cuando un tema no tiene mucho interés para la parte.*”

9. Tradução livre da autora. No original: “*en lugar de sufrir la tensión y la frustración del conflicto, la persona que utiliza este estilo simplemente se elimina a si misma, ya sea mental o físicamente. Los encuentros con otros son tan impersonales como le sea posible y en caso de haber un desacuerdo esta persona se retirará.*”

4. Busca do “meio-termo”: preocupação moderada tanto com as metas pessoais quanto com as relações. Pode ser apropriado “quando os objetivos são apenas medianamente importantes e a pessoa pode colaborar moderadamente e até certo ponto com a outra”¹⁰;

5. Estratégia de colaboração: grande preocupação tanto com as metas pessoais quanto com as relações. “As pessoas que utilizam este estilo não consideram como mutuamente excludentes a satisfação de suas próprias metas e as dos demais (...) Consideram o conflito como algo natural e útil que, inclusive, se for manejado de forma apropriada, conduz a uma solução mais criativa”¹¹. Esse estilo é adequado quando os “objetivos são tais que é necessário contar com uma estreita colaboração para atingi-los”¹². Nele, “existe a interdependência entre as pessoas envolvidas, sem que elas sejam acusadas ou julgadas”¹³.

Este último estilo é exatamente o ideal num processo de mediação, embora o segundo e o quarto possam ter seu espaço em questões pontuais. A mediação é necessária justamente quando um ou mais dos envolvidos em um conflito não consegue assumir a colaboração como sua postura predominante.



FIQUE DE OLHO

Cabe ao mediador, assim, conduzir as partes a esta postura colaborativa, a única capaz de otimizar resultados, notadamente nos conflitos de dimensão coletiva, como aqueles que envolvem políticas públicas. O sucesso do mediador se mede justamente pela sua capacidade de mobilizar as partes neste sentido, o que fará emergir naturalmente uma solução que seja a melhor possível para todos os envolvidos.

10. Tradução livre da autora. No original: “convenir puede ser apropiado cuando los objetivos son solo medianamente importantes y la persona puede colaborar moderadamente y hasta cierto punto con la otra”.

11. Tradução livre da autora. No original: “Las personas que utilizan este estilo son aquellas que buscan activamente satisfacer sus propias metas, así como las de los demás. No consideran a las dos preocupaciones básicas como mutuamente excluyentes [...] Consideran el conflicto como algo natural y útil que, incluso, si se maneja apropiadamente, conduce a una solución más creativa.”

12. Tradução livre da autora. No original: “objetivos son tales que es necesario contar con una estrecha colaboración para lograrlos.”

13. Tradução livre da autora. No original: “existe la retroalimentación entre las personas sin ser acusadas o enjuiciadas.”



1.1.2. Técnicas e enfoques da mediação: diferentes modelos

Sob o ponto de vista da formatação dos trabalhos, usualmente, tanto os processos de conciliação quanto de mediação seguem o mesmo processo:

- iniciam-se com a realização de **uma sessão de pré-mediação**, onde são explicados os objetivos e os métodos do processo;
- em seguida, realizam-se **sessões individuais** com cada um dos lados envolvidos no conflito; e
- a seguir, alternam-se sessões individuais (privadas) com **sessões conjuntas**.

Sob o ponto de vista do propósito principal ou enfoques da mediação, é preciso diferenciar entre os três modelos de mediação que foram desenvolvidos nos EUA e estendem sua influência ao nosso país e ao mundo¹⁴.

a) Mediação voltada para a solução de problemas

Para o modelo denominado de **mediação voltada para a solução de problemas**, esta solução se materializa na realização de um acordo. A mediação voltada para a solução do problema específico inscreve-se no paradigma da negociação, cujo grande marco teórico foi a obra dos Professores de Harvard Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, “*Getting to yes*”, publicada nos EUA em 1983¹⁵. A mediação nada mais seria, em realidade, que uma negociação facilitada por um terceiro.

Os quatro passos para a construção de um acordo interessante para todos os lados, segundo tais autores, que influenciaram amplamente o cenário da mediação nos EUA, são:

- 1º.) separar as pessoas dos problemas;
- 2º.) focar em interesses (para que finalidade se deseja algo) e não em posições (as pretensões externadas num primeiro momento pelas partes);
- 3º.) gerar propostas de soluções criativas para o problema (expandir a “torta” antes de reparti-la);
- 4º.) estabelecer parâmetros justos e adequados para encontrar a solução final (critérios para “repartir a torta”).

Dentro desse modelo, costuma-se distinguir entre a **mediação facilitadora** e a mediação avaliadora, uma terminologia introduzida por Leonard Riskin e que gerou incontáveis debates entre mediadores nos EUA.

14. Muito embora existam diversos exemplos históricos de desenvolvimento e utilização da mediação de conflitos na Antiguidade, com destaque para países do Oriente, mais recentemente, os EUA constituem o país em que tais métodos têm alcançado maior grau de utilização e sofisticação, espalhando sua influência pela América Latina, pela Europa Ocidental, Austrália, Nova Zelândia e até para alguns países do Extremo Oriente.

15. A obra já foi traduzida para o português: *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luíza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

- formular questões (ajudando as partes a focar em interesses e não em posições);
- identificar pontos em comum e diferenças a serem trabalhadas (ajudando-as a estabelecer uma agenda);
- ajudar as partes a elencarem critérios objetivos para solução do conflito,

Em suma, pode o mediador apenas orientá-las quanto ao caminho de busca do acordo, mas não quanto ao conteúdo dele. Em outras palavras, ele não deve julgar os parâmetros fornecidos pelas próprias partes, nem o comportamento passado delas.

Já na **mediação avaliadora**, o mediador costuma fornecer às partes uma previsão quanto ao provável teor de uma decisão proferida pelo juízo competente, com o objetivo de fazer com que estas caminhem naturalmente para um acordo que, sem afrontar parâmetros jurídicos (notadamente quando se tratar de direitos irrenunciáveis), estabeleça uma solução que seja mais confortável para ambas do que a que decorreria do julgamento baseado em critérios puramente legais.



ATENÇÃO

É preciso, porém, ressaltar que, de acordo com o pensamento dominante, **a eventual avaliação fornecida pelo mediador não deve chegar a ser um aconselhamento jurídico, que deve ser buscado pelas partes junto a seus advogados**¹⁶. Cabe ao mediador, inclusive, remeter as partes a esse aconselhamento, sempre que for o caso, assim como cabe a ele apontar a necessidade de eventual perícia técnica ou aconselhamento psicológico, quando necessário. Muito embora a mediação avaliadora seja muito utilizada no contexto de programas de mediação judicial ou, ainda, quando os mediadores são provenientes da área jurídica (especialmente quando se trata de juízes aposentados), Leonard Riskin observa que ela traz diversos riscos para a percepção de imparcialidade do mediador, pode dificultar o acordo por “restringir a flexibilidade das partes”, pode fazer com que estas sejam menos sinceras em suas manifestações por saberem que o mediador vai avaliar, bem como podem ficar menos satisfeitas com o resultado do processo, eis que as técnicas avaliadoras diminuem a sua participação¹⁷. Ademais, quando uma avaliação jurídica preliminar for essencial para o avanço do processo (por exemplo, assistência jurídica ausente ou inadequada quanto ao conteúdo de um possível acordo), o mediador poderia recomendar às partes a utilização de um avaliador externo – o que não comprometeria sua imparcialidade.

16. O tema é objeto de diversos Códigos de Ética de Mediadores, especialmente quando se tratar de mediadores advogados. A ética no trabalho dos mediadores será tratada mais adiante.

17. Compreendendo as orientações e estratégias técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002. v. 1, p. 51.





PARA REFLETIR

O Prof. Richard Birke faz um interessante contraponto à discussão, defendendo que toda mediação é, em parte, avaliadora e, em parte, facilitadora (2000). Para ele, sempre que o conflito objeto da mediação envolver direitos cuja existência ou medida valha a pena discutir num processo judicial, as partes aceitarão o acordo desde que ele pareça oferecer a cada uma delas pelo menos o mesmo que elas poderiam conseguir num processo judicial. Assim, a comparação será inevitável, ainda que feita algumas vezes às escuras. Na realidade, segundo ele, **o que a “fase avaliadora” da mediação costuma definir é uma possível “zona de negociação”, compreendida entre o mínimo e o máximo que cada uma das partes poderia obter em juízo.** A partir daí, começa a “fase facilitadora”, em que as partes buscarão construir um acordo que deverá, pelo menos, ser equivalente ao mínimo que seria possível obter em juízo, buscando exceder a esse mínimo para ambos os lados. A diferença entre estilos de mediação, para ele, reside apenas em que alguns mediadores colocam mais peso numa fase do que na outra.

Ressalte-se, ainda, que, segundo ele, via de regra, a “avaliação” reside apenas no fato de que os mediadores apontam, para cada uma das partes, em sessões privadas, os pontos fracos de seu caso (aspectos que apresentam dificuldade de prova, por exemplo), de modo a diminuir suas expectativas normalmente infladas quanto ao possível ou provável resultado do processo judicial. Fica evidente, todavia, que esse tipo de avaliação somente pode ser feito por profissionais da área jurídica, preferencialmente familiarizados com o processo contencioso e com o direito material envolvido, de modo que, se o mediador for profissional de outra área, a avaliação somente poderá ser adequadamente realizada por um terceiro ou pelo próprio advogado da parte.

É possível dizer também, na mesma linha de raciocínio de Richard Birke, que a “fase avaliadora” é aquela que define os “limites da negociação”, os quais, nos conflitos que envolvem entes públicos, podem ser buscados precisamente nas normas aplicáveis ao conflito em questão.

b) Mediação transformativa

Um dos primeiros objetivos do mediador é trazer à tona as questões subjacentes ao conflito que influenciam na possibilidade de busca de uma solução. Essa solução, para a “mediação transformativa” (proposta por Robert Bush e Joseph Folger na obra *The promise of mediation*, publicada em 1994 nos EUA e ainda não traduzida para o português), não reside na simples obtenção de um acordo com relação ao problema específico que gerou o conflito, mas no **estabelecimento de um novo padrão de relacionamento entre as partes**, no qual estas passem a ter condições de gerar por si mesmas soluções para os conflitos que naturalmente surgirão ao longo de seu relacionamento.



SAIBA MAIS

John Paul Lederach, um dos expoentes do modelo, entende que a base do desenvolvimento de uma resposta para o conflito reside na compreensão destes fatores subjacentes. Para ele, “compreensão é o processo de criar significado. E a criação de significado requer que olhemos mais de perto (com um foco mais preciso) para algo”¹⁸ – que estava subjacente (2003, p. 9).

Esclarece o autor que, para visualizar um conflito, precisaremos de “lentes”, as quais, utilizadas individualmente, irão clarear certos aspectos da realidade subjacente, mas ao mesmo tempo embaçar outros. Daí porque “precisamos de múltiplas lentes para ver diferentes aspectos de uma realidade complexa.”¹⁹ Para este fim, ele propõe “três lentes que ajudam a criar um mapa do conjunto. Primeiro, precisamos de uma lente para ver a **situação imediata**. Segundo, precisamos de uma lente para ver além dos problemas presentes e vislumbrar os **padrões** mais profundos do relacionamento, incluindo-se o contexto no qual o conflito se manifesta. Terceiro, precisamos de uma **moldura** conceitual que reúna estas duas perspectivas, permitindo-nos conectar os problemas presentes aos padrões relacionais mais profundos.” (2003, p. 11). Com este instrumental, ele entende ser possível uma transformação do conflito, uma “abordagem que aspira criar processos construtivos de mudança através do conflito” (2003, p. 12). Melhor seria falar em uma “transformação da situação que gerou o conflito” ao invés de simples “transformação do conflito” – divergência apenas terminológica. Esta proposta de transformação, segundo Lederach, não se satisfaz “com uma solução rápida que parece resolver o problema imediato”, mas busca “criar uma moldura capaz de tratar do conteúdo, do contexto e da estrutura do relacionamento.” (2003, p. 12).

É preciso lembrar, contudo, que, no complexo tecido social em que nos encontramos, existem relacionamentos de diversos graus, alguns bastante tênues, decorrentes de um convívio episódico, e outros bastante intensos, em que há um convívio constante e, por vezes, cotidiano (caso dos conflitos no meio familiar, no local de trabalho ou no ambiente escolar). Assim, nem todo conflito surge no seio de um relacionamento estável.

Parece evidente que, quanto maior o grau de envolvimento entre as partes, mais adequada é a perspectiva da mediação transformativa²⁰. Nesta, o mediador privilegia a atuação das partes na evolução do diálogo e na construção da solução, sem sugerir comportamentos específicos, mas apenas buscando ressaltar sutilmente a necessidade de cada parte assumir seu poder e responsabilidade pessoal, bem como de se sentir ouvida e reconhecida pela outra parte.

18. Tradução desta autora.

19. 2003, p. 10. Tradução livre desta autora.

20. Parece pertinente ainda transcrever a síntese conceitual operada por Gladys Álvarez: “Desde el punto de vista de la mediación transformativa, al conflicto no se lo asume como un problema, sino como una oportunidad para el desarrollo moral, siendo que la mediación es utilizada para transformar a las personas, ayudándolas a luchar con las circunstancias difíciles y a establecer un puente entre las diferencias humanas durante las disputas.”(s/d, p. 134).



Quando, porém, o grau de relacionamento é bastante reduzido (o único vínculo entre as partes, por exemplo, é o de serem residentes de um mesmo Município ou Estado), a mediação focada basicamente na realização de acordos (modelo comumente adotado nos programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário) pode ser suficiente. Nestes casos, ou não há um padrão de relacionamento passado a investigar, ou não haverá necessariamente um relacionamento futuro, ou não há qualquer um dos dois, razão pela qual não é necessário pensar em “transformação da situação relacional que gerou o conflito”.

É o caso das partes que estão em conflito no que tange à verificação de responsabilidade e conseqüente valor de eventual indenização num acidente de trânsito. É claro que, também nesta situação, pode haver necessidade de transformação de um padrão de comportamento no trânsito, mas essa análise pode ser feita individualmente pelos envolvidos, já que esse comportamento não se desenvolveu no curso de um relacionamento entre ambos.

c) Mediação narrativa

Por fim, o modelo de proposição mais recente é o da mediação narrativa, descrito por John Winslade e Gerald Monk na obra *Narrative mediation: a new approach to conflict resolution*, publicada nos EUA em 2000 e ainda não vertida para o português.

Neste modelo, o objetivo da mediação pode ser descrito, em apertada síntese, como reinterpretar/reconstruir a visão das partes em relação ao conflito, sendo que isso é feito por meio do questionamento de preconceitos socioculturais das partes, mediante intervenção ativa do mediador, que não é considerado “neutro” ou “objetivo”, mas sim deve também questionar seus próprios estereótipos e condicionamentos socioculturais durante os trabalhos (ALBERSTEIN, 2007, p. 337). O modelo parece adequado para lidar com qualquer tipo de conflito, embora seja mais útil em conflitos de maior grau de complexidade.



ATENÇÃO

Apesar de registrar a diferença entre os diversos enfoques, perceba que eles não se excluem mutuamente.

Muito embora a **mediação narrativa** e a **mediação transformativa** não se restrinjam, como visto, à busca do acordo pelo qual se resolve o conflito imediato, a obtenção deste é também uma consequência natural da reinterpretação do conflito, que se utiliza na mediação narrativa, bem como da alteração no padrão disfuncional de relacionamento entre as partes, que se busca na **mediação transformativa**.

Da mesma forma, muito embora o enfoque da mediação voltada para a solução de problemas seja a obtenção de acordos, isso não significa, de forma alguma, que não seja gerado um aprendizado para as partes no que diz respeito à ampliação de seu enfoque sobre o conflito ou à instauração de um relacionamento mais funcional no qual as partes se vejam mais aptas a administrar seus problemas futuros.

1.1.3. Campo de abrangência da mediação — diferentes formas de enquadrar o conflito

Não é possível definir o processo de mediação de conflitos sem mencionar dois traços que o diferenciam claramente dos métodos de solução heterocompositiva de conflitos:

- a) o reconhecimento e o trabalho com o **contexto subjacente ao conflito**;
- b) o reconhecimento e o trabalho com as **emoções das partes envolvidas no conflito** – traços que são comuns a qualquer dos modelos de mediação que já foram propostos (ALBERSTEIN, 2007, p. 337).

No modelo de mediação voltado para solução do problema imediato que deu origem ao conflito, a camada subjacente é a dos reais interesses, sendo que a **mudança de foco das partes das posições para os interesses** é, inclusive, o primeiro elemento-chave para a solução do conflito.

No modelo de mediação transformativa, ideal para os conflitos originados em relacionamentos, a camada subjacente é justamente o **padrão de relacionamento entre as partes**, notadamente no que se refere ao exercício do poder pessoal e à percepção de reconhecimento dos interesses e sentimentos de cada parte pela outra.

No modelo de mediação narrativa, a camada subjacente, pode-se dizer, é o **poder das partes de reinterpretar os fatos e remodelar as próprias percepções e reações a eles**.

Mesmo estando sempre presente uma preocupação com o contexto em que se insere o conflito, a prática revela muitas nuances quanto à exploração das “camadas subjacentes”. Leonard Riskin formulou uma proposta de tipologia da mediação em quatro categorias²¹ e, assim como outros autores fizeram em outros trabalhos que ele próprio menciona, um dos dois critérios básicos utilizados em tal classificação é o da **abrangência da abordagem do conflito**.

21. Understanding mediators' orientations, strategies and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 1, n. 7, 1996. O artigo foi traduzido com o título “Compreendendo as orientações e estratégias técnicas do mediador: um padrão para perplexos”, como parte da coletânea organizada por André Gomma de Azevedo: *Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002.v. 1.





SAIBA MAIS

O autor fornece um exemplo hipotético de desentendimento comercial entre duas empresas, em que haveria quatro níveis de interesses a serem explorados:

1. os riscos jurídicos, associados ao resultado de um processo judicial para decidir o conflito;
2. os interesses comerciais existentes entre as partes;
3. os interesses pessoais de melhora na comunicação e no relacionamento entre os empregados das duas empresas que mantêm contato entre si; e
4. os interesses da categoria de empresas a que cada uma delas pertence e que pode vir a ser objeto de uma ação coordenada para evitar novos problemas futuros.

Enquanto a **mediação restrita** exploraria apenas o primeiro nível, a **mediação ampla** poderia explorar os demais, com resultados mais satisfatórios para as partes a médio e longo prazos.

Para o Prof. Riskin, muito embora os cursos de mediação procurem ensinar uma abordagem ampla, na prática, a maioria dos mediadores acaba tendendo a uma abordagem restrita, o que é encorajado especialmente em programas que trabalham com grande número de conflitos²². Isso ocorre, naturalmente, porque a *“definição restrita do problema pode aumentar as chances de resolução do problema e reduzir o tempo necessário à mediação”*. Entretanto, aponta ele, *“em alguns casos, uma abordagem restrita pode aumentar a chance de impasse porque dá pouco espaço para opções criativas de resolução”*. Além disso, *“uma abordagem restrita poderia impedir as partes de tratarem de interesses mútuos e permanentes, não levando nunca a um acordo duradouro e mutuamente vantajoso”* (2007, p. 49)²³. Em outras palavras, **a solução mais fácil costuma ser também a menos durável**.

Já no que toca aos sentimentos, o próprio modelo de mediação voltado para a solução de problemas imediatos reconhece que as emoções afetam (positiva ou negativamente) nossa habilidade de atingir os objetivos da negociação, além de serem um meio de comunicar valores que são relevantes para o sentimento de identidade de cada uma das partes no relacionamento (SHAPIRO, 2004). No caso do modelo de mediação transformativa, o reconhecimento e domínio das próprias emoções e o reconhecimento e consideração das emoções da outra parte estão no coração da solução do conflito. No modelo de mediação narrativa, a ênfase parece ser dada ao reconhecimento e do-

22. “Há uma tendência ao domínio de mediações restritas nos programas públicos com muitos casos de mediação.” Tradução citada, p. 42.

23. Tradução desta autora.

mínio das próprias emoções no contexto do conflito, já que o objetivo é reinterpretar o conflito e seu contexto.

1.1.4. Tipos de conflitos solucionáveis por mediação

Como muito bem aponta Warat, “a mediação pode se ocupar de qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, relacionados ao consumidor, trabalhistas, políticos, de realização dos direitos humanos e da cidadania e de menores em situação de risco etc.” (2001, p. 87).

Há, porém, quem levante dúvidas sobre a possibilidade/adequação de sua utilização em conflitos nos quais as partes em litígio estejam em situação de desigualdade, ou que versem sobre direitos indisponíveis.

Antonio Rodrigues de Freitas Júnior responde muito bem a ambas as objeções. Para ele,

[...] se relações entre sujeitos constituídos desigualmente não comportassem intervenção mediadora, mediação não teria lugar em nenhum tipo de relação intersubjetiva concreta. Bem ao contrário do que afirmam esses céticos, é precisamente a intervenção direta do mediador no equilíbrio intersubjetivo, por intermédio de técnicas a que se convencionou denominar de “empoderamento”²⁴, que permite o tratamento menos desigual na confecção comum de uma pauta reconhecida pelos sujeitos enquanto substancialmente justa e equilibrada. Por outro lado, a dogmática processual predominante, caudatária do enaltecimento do princípio-regra da “ampla defesa” e da “igualdade formal” dos contendores, em lugar de atenuar, tende para o aprofundamento das assimetrias intersubjetivas.(2009, p. 524 – grifos do autor).

No que diz respeito à controvérsia sobre a indisponibilidade dos direitos fundamentais, motivo para alguns autores sustentarem a impossibilidade de utilização da mediação, Freitas também pondera muito bem:

A linha de inferências expressa por Lília Sales, é de se dizer, orienta-se pela formulação ainda dominante na dogmática jurídica dos países de tradição romano-germânica, e de predominância latina. Se nos voltarmos para a literatura norte-americana ou canadense, por exemplo, notaremos que essa ortodoxia publicista, já em declínio até mesmo entre os autores mais recentes no direito público brasileiro, não integra sua agenda de interrogações. Mayer (2000:123-125), por exemplo, relata em detalhes uma de suas experiências como mediador em conflitos políticos, num caso entre defensores da vida selvagem e proprietários agrícolas. Em outra passagem (2000:65), relata como atuou enquanto mediador durante o ano de 1992 em Boulder, Colorado, num conflito acerca da destinação orçamentária da receita proveniente de um tributo sobre fato de comércio, trazendo notícias de como os grupos sociais organizados podem interferir na formulação de políticas

24. Nota do autor: “À falta de melhor vocábulo, no vernáculo, para traduzir o termo inglês *empowerment*.”



públicas, de modo mais eficaz, na medida em que preconizam uma agenda legitimada pelo interesse público, antes que por vieses corporativos.

Diga-se nessa perspectiva que a mediação pode constituir um extraordinário instrumento de calibração responsável na implementação da agenda da **democracia participativa**, compondo, por exemplo, um quadro de viabilidade para experimentos análogos aos do chamado orçamento participativo e outros de semelhante inspiração. (2009, p. 526 – grifos do autor).

É importante registrar que, nos países onde já se utiliza a mediação em questões ambientais (v.g., EUA, Canadá, diversos países da União Européia), debateu-se sobre a adequação deste método surgido e tradicionalmente utilizado na resolução de conflitos envolvendo direitos disponíveis (notadamente conflitos de natureza patrimonial e na área de família) a esta classe de conflitos, que se caracteriza, de uma parte, por uma complexidade muito maior, inclusive do ponto de vista subjetivo (por serem muitos os interessados), e, de outra parte, por versar sobre direitos, por essência, indisponíveis.

O que se percebe é que a proposta de utilização da mediação na seara dos conflitos coletivos (de que são exemplos os ambientais) não surgiu tanto devido aos méritos da mediação quanto em razão da percepção generalizada da falência do sistema jurisdicional para dar conta da complexidade dos conflitos desta natureza²⁵, seja do ponto de vista técnico-científico, seja do ponto de vista intersubjetivo.

No que concerne à possibilidade de mediação envolvendo direitos indisponíveis, valem aqui as mesmas considerações que já foram feitas na doutrina acerca da celebração de ajustamento de conduta (já que este deve resultar de nada mais do que uma negociação direta, ou seja, também um meio consensual de solução de conflitos), seja o judicial, seja o extrajudicial: “*mesmo se tratando de questão posta em juízo, não há a 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, 2006, p. 236)²⁶.

25. Neste sentido GIRARD, Jennifer. *Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo?* Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2008.

Um estudo de Rosemary O’Leary (Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 10. University of Kansas, January 1, 2000, p. 137 e ss.) também demonstra que 47% dos Estados americanos adotam programas de resolução de conflitos envolvendo a atuação de um terceiro facilitador, sendo que, dos 53% restantes, um terço tinha a intenção de implementar tais programas no futuro (quando ela fez a pesquisa) e um terço não tinha programas oficiais, mas contava com entidades não-governamentais fortes e confiáveis que atuavam na resolução consensual de conflitos na área ambiental. A pesquisa também demonstrou que, quanto maior o comprometimento do Estado com a proteção ambiental, maior o grau em que ele também se preocupou em institucionalizar meios de solução consensual de conflitos nesta área.

26. Anota a autora, ao comentar sobre o compromisso de ajuste de conduta celebrado como expressão de um acordo entre o autor do ilícito ambiental e o Poder Público, “o compromisso tem que ser um meio através do qual se possa alcançar, pelo menos, tudo aquilo que seja possível obter em sede de eventual julgamento de procedência em ação judicial relacionada àquela conduta específica” (2006, p. 176).



O que essa linha de argumentação leva a concluir é que, existindo já expressa autorização legislativa para a utilização da negociação quanto à forma de cumprimento dos deveres jurídicos correspondentes aos direitos de natureza transindividual, a qual foi formulada e vem de fato funcionando como resposta aos anseios por uma tutela coletiva mais eficaz²⁷, evidente que não há que se objetar quanto à possibilidade de resolução destes mesmos conflitos pela via da mediação.

A utilização da mediação nesta seara, aliás, se faz com ganho de qualidade, como observa com propriedade Warat (2001, p. 88):

Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões [...]. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em um certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro).

Em realidade, a mediação revela-se como método ideal para lidar com conflitos complexos e multifacetados, dado seu potencial de lidar com as camadas a eles subjacentes e de trabalhar com múltiplos interesses e necessidades, harmonizando-os e buscando compensações e soluções criativas que maximizem a proteção do conjunto, tanto do ponto de vista objetivo (dos diversos interesses em jogo) quanto sob o prisma subjetivo (dos diferentes sujeitos afetados pelo conflito).

Tal não implica dizer, porém, que a mediação se preste a resolver todo e qualquer tipo de conflito.

Em realidade, nos casos em que há diferenças extremas nas relações de poder entre as partes ou eventualmente um histórico de conflito que **inviabilize qualquer diálogo** (como se dá na hipótese da prática de crimes graves), costuma-se entender que **a mediação não é o caminho mais adequado**, dada a impossibilidade real de se trabalhar num contexto de autêntico diálogo, de verdadeira autonomia das partes. É o que ocorre, por exemplo, em hipóteses de grave violência no ambiente doméstico.

Também se torna inviável a mediação se não houver a necessária boa fé das partes envolvidas no conflito, gerando o adequado nível de comprometimento com a busca de uma solução.

27. Geisa Rodrigues, por ocasião da elaboração de sua tese de doutoramento, efetuou ampla pesquisa de campo abrangendo termos de ajustamento de conduta celebrados pelo Ministério Público Federal de setembro de 1992 a julho de 1998 e concluiu: “O exame dos dados colhidos na pesquisa nos permite concluir que a utilização do instituto do termo de ajustamento de conduta pode efetivamente contribuir para ampliar o acesso à justiça de toda a sociedade. O ajustamento de conduta é uma solução alternativa de conflito eficaz e compatível com os desafios apresentados pela satisfação dos direitos transindividuais.” (2006, p. 294-5). Mais adiante, afirma ela: “Nos compromissos estudados, não vislumbramos a ocorrência de transação indevida.” (p. 295).



1.1.5. Critérios para construção do acordo na mediação: a diferenciação entre direitos disponíveis e direitos indisponíveis

É importante salientar, mais uma vez, que, na mediação, em que a solução do conflito é construída pelas partes, estas não estão de forma alguma limitadas aos critérios legais para resolvê-lo, mas outros parâmetros relevantes para as partes em conflito podem e devem ser incluídos no desenho do acordo por elas construído, bastando que se trate de interesses legítimos, não proibidos pela ordem jurídica.

Vale lembrar que todo direito subjetivo é um interesse (protegido pela ordem jurídica), mas nem todo interesse é direito. Se o interesse é, porém, lícito, ainda que não seja direito, ele pode e deve ser levado em conta na resolução do conflito.

Não é possível, porém, ignorar o papel dos parâmetros legais na construção do acordo, em primeiro lugar para verificar se os direitos envolvidos são ou não disponíveis, a fim de se entender os limites jurídicos de um possível acordo.



ATENÇÃO

Feito esse enquadramento, quando se tratar de direitos disponíveis, os critérios jurídicos podem ou não ser tomados em consideração na construção do acordo, total ou parcialmente, isoladamente ou em conjunto com outros critérios que as partes repute relevantes.



FIQUE DE OLHO

É bom lembrar que, normalmente, as partes querem (e é inteligente que assim o façam) comparar o teor de um possível acordo que elas estão construindo com o provável teor de uma eventual decisão judicial a respeito do mesmo conflito (a qual levaria em conta unicamente os critérios legais), assim como ponderar os custos e a duração da alternativa representada pelo processo judicial. Dentro desse quadro é que elas buscarão construir uma solução que lhes pareça mais adequada do que aquela que decorreria de um julgamento.

No que concerne aos conflitos que envolvem direitos indisponíveis, a situação é um pouco diversa. Enquanto, com relação aos direitos disponíveis, a liberdade das partes para levar em conta os critérios legais é absoluta (é perfeitamente possível, por exemplo, que a parte credora de uma indenização por danos materiais a ela renuncie parcialmente ou por inteiro, levando em conta outros parâmetros que são por ela considerados relevantes, que não os parâmetros legais), **quando se trata de direitos indisponíveis, os parâmetros legais necessariamente devem ser levados em conta na construção do acordo.**

Não é absolutamente o caso, porém, de se pensar que pouca liberdade resta às partes no que diz respeito aos direitos indisponíveis, pois: a) o ordenamento jurídico, de ordinário, não esgota as diferentes possibilidades de garantia ou exercício do direito, de modo que as partes podem negociar a **forma** mais conveniente de cumprir os ditames legais; b) o ordenamento pode ser (e frequentemente é) omissivo em relação a **outros parâmetros** relevantes para as partes em conflito, os quais podem e devem ser incluídos no acordo, não para substituir, mas para complementar os parâmetros já fornecidos pelo legislador. Em suma, a ordem jurídica traz o “esqueleto” do acordo, mas às partes cabe colocar os “tecidos, fluidos” etc., dando ao “corpo” do acordo a aparência e funcionalidade que melhor atenda a seus legítimos interesses.



A visão que propomos vai de encontro a uma opinião que é comum no Brasil, onde a prática da mediação ainda ensaia seus primeiros passos e sequer temos legislação a respeito, de que não é possível a mediação de conflitos que envolvem direitos indisponíveis – e que é contrariada pela própria prática brasileira e também por toda a doutrina construída no âmbito da mediação de conflitos na área de família. Os direitos de exercício afetivo da filiação, da maternidade e da paternidade envolvidos nos conflitos relativos à guarda de filhos menores, por exemplo, são claramente indisponíveis e a mediação vem sendo amplamente utilizada, notadamente em programas de mediação dentro do próprio Judiciário.

Esta discussão se encontra superada nos países em que a mediação de conflitos vem sendo utilizada há mais tempo e em diversas outras áreas de conflito que envolvem direitos indisponíveis, como saúde, educação e meio ambiente – temas que serão tratados mais adiante. A mediação de conflitos ambientais, por exemplo, é comum tanto nos EUA quanto no Canadá e em vários países da União Europeia.

1.2. Conciliação

Quando se utiliza o termo “conciliação” de conflitos, em geral, a doutrina e operadores do Direito estão se referindo a **métodos que buscam simplesmente alcançar um acordo entre as partes com relação ao objeto do conflito**²⁸. Salientam-se como diferenças principais entre mediação e conciliação:

28. Exemplo de definição de conciliação que se pode tomar como referência é o fornecido por Petrônio Calmon: “Conciliação é, pois, um mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado pela estrutura judicial, e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.” (2007, p. 144).



a) o fato de que os critérios discutidos entre o conciliador e as partes para obtenção do acordo, normalmente, se resumem aos parâmetros legais, e não se costuma investigar as causas e interesses subjacentes ao conflito, como ocorre na mediação;

b) o fato de que se espera do conciliador uma postura mais ativa na condução das partes a um acordo (ao passo que o mediador deve ser mero facilitador do diálogo)²⁹.

Neste sentido o ensinamento de Lília Maia de Moraes Salles:

Na conciliação resolve-se o conflito que se expõe, não cabendo ao conciliador apreciá-lo com profundidade, verificando o que há além dele. E ainda o conciliador intervém muitas vezes no sentido de forçar um acordo. Na mediação é preocupação primeira do mediador verificar todo o contexto do conflito, tratando-o, analisando os fatos e transformando o real conflito, não podendo o mediador forçar qualquer acordo. O acordo deve nascer porque as partes decidiram assim e não por intervenção de terceiro. (2004, p. 38).

Muito embora a utilização da conciliação seja mais comum no âmbito dos programas desenvolvidos pelo Poder Judiciário e os programas extrajudiciais, via de regra, preferiram utilizar a metodologia da mediação, como salienta Petrônio Calmon,

[...] a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo. (2007, p. 144).



FIQUE DE OLHO

A concepção mais estreita de mediação, ou mediação avaliadora, se aproxima bastante da conciliação, o que, naturalmente, contribui de forma decisiva para a confusão que, de ordinário, se verifica entre os dois métodos. Como se pôde apurar na pesquisa empírica que realizei tanto no Brasil como nos EUA, muitos programas que se intitulam de mediação praticam algo que se assemelha muito mais à conciliação, sendo também possível encontrar programas de conciliação em que, eventualmente, alguns conciliadores buscam trabalhar questões subjacentes ao conflito para chegar a um acordo, como se dá na mediação.

29. Para saber mais sobre a distinção, ver: ALMEIDA, Tania. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 93-117.

Vale registrar que, apesar da interpenetração na prática entre os dois métodos, a distinção entre eles foi acolhida pelo projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PL8.046/2010), que dispõe, em seu artigo 166:

§ 3º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 4º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

1.3. A importância da distinção e a situação dos conflitos que envolvem o Poder Público

A distinção entre mediação transformativa, mediação narrativa e mediação voltada para a realização de acordos ou simples conciliação tem utilidade, basicamente, para se definir qual o instrumento mais adequado para cada tipo de conflito.

Assim, parece evidente que não faz sentido pensar em mera conciliação, por exemplo, no contexto de um conflito entre pais no que diz respeito à forma de exercício da guarda compartilhada de seus filhos menores, ou no contexto de uma sociedade empresarial cujos sócios controladores não conseguem chegar a um acordo sobre a destinação de seus lucros ou sobre a definição de prioridades de atuação da empresa. Em ambos os casos, existe um relacionamento que se pretende preservar e a mediação permitirá às partes não apenas construir a solução para o problema imediato, mas, a partir do trabalho com os padrões de comportamento que deram origem ao conflito, aprender com o processo, de maneira a administrar por si mesmas situações semelhantes que venham a surgir no futuro. Trata-se da solução mais eficiente a longo prazo, pois a simples conciliação poderia, sim, encontrar uma solução para o problema imediato, mas, sem a cura da dinâmica do relacionamento, outros problemas similares provavelmente viriam à tona no futuro e as partes novamente precisariam recorrer a um terceiro para encontrar uma solução.

Raymond Whiting, Doutor pela Universidade de Syracuse, analisou precisamente esse tema em sua tese de Doutorado e assim concluiu:

Essa pesquisa demonstrou que diferenças no grau de relacionamento das partes em conflito podem ter um efeito significativo sobre a efetividade da mediação como técnica de resolução de conflitos. Demonstrou-se que a existência de um relacionamento contínuo entre as partes pode ter um importante efeito positivo sobre o índice de sucesso das mediações, e que fatores como esse não podem ser igno-



rados quando se trata de determinar se um caso é apropriado para a mediação.
[...]

Este estudo sugere que, quando a mediação é utilizada para resolver disputas que envolvem questões múltiplas e relacionamentos contínuos, podemos esperar que ela será altamente bem-sucedida. Todavia, quando, ao contrário, nos depararmos com a necessidade de resolver disputas que se limitam a uma única questão e não envolvem um relacionamento contínuo entre as partes, a mediação pode ser um instrumento bastante precário (1988)³⁰.

No âmbito dos conflitos que envolvem o Poder Público, dentro de uma perspectiva que encare a relação entre Estado e sociedade de uma forma dinâmica e democrática, em que cidadãos podem e devem definir o formato e missões de seu Estado e este existe e se legitima na medida em que serve a seus cidadãos, não é possível desconsiderar que cada cidadão e cada ente privado (empresarial ou sem fins lucrativos) tem um relacionamento constante com o Estado, desde o seu nascimento até a sua morte.

Note-se, ainda, que, tal como o relacionamento consanguíneo, este relacionamento somente se extingue em situações absolutamente excepcionais (tal como sucede na naturalização como nacional de outro país simultaneamente com a mudança de domicílio para esse país), de modo que é interesse de ambos os lados (o Estado depende do pagamento de tributos e cumprimento de outras obrigações pelos particulares para que ele próprio possa desempenhar suas obrigações, ao passo que o particular depende do Estado para o desempenho de funções que ele não tem condições de exercer de forma individual) manter este relacionamento saudável e produtivo. O mesmo se dá nos conflitos que envolvem diferentes entes públicos, cujas competências são complementares, devendo ser desempenhadas no interesse geral.

Assim sendo, pode-se concluir que **a mediação é o método de solução de conflitos mais adequado para as disputas que envolvem o Poder Público, em todas as suas manifestações, sendo preferível a abordagem ampla e uma prática que seja, sempre que possível, pedagógica e transformativa, possibilitando às pessoas e organizações envolvidas aprender com cada conflito**, a fim de administrarem de forma produtiva os novos problemas que inevitavelmente surgirão em seu relacionamento no futuro.

1.4. Mediação de conflitos em que há desigualdade de poder entre as partes

Em situações de conflito, é muito comum que exista uma condição de desigualdade de poder entre os envolvidos. Sendo a solução construída pelas partes, parece evidente que eventual desequilíbrio neste aspecto não pode ser ignorado, a pretexto de neutra-

30. Tradução desta autora. Em sentido similar, defendendo o uso da “mediação avaliativa” (que em muito se assemelha à conciliação), em detrimento da “mediação transformativa”, quando as partes não possuem um relacionamento que irá ter continuidade após o processo, GEWURZ, Ilan G. (Re)designing mediation to address the nuances of power imbalance. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 19, n. 2, p. 135-162, Winter 2001.



lidade do mediador, devendo haver, pelo contrário, uma abordagem apropriada a cada tipo de conflito. Ou seja, **a forma de atuação do mediador deve buscar contrabalançar este desequilíbrio**, já que ele pode afetar a capacidade de participação da parte com menor poder na construção da solução consensual.

O processo de mediação pode e deve ser delineado de forma a garantir

- que o nível de informações e sua respectiva compreensão seja equalizado;
- que a oportunidade de expressar os interesses de cada uma das partes seja efetivamente garantida; e
- que o diálogo seja conduzido de forma a assegurar que todas as partes envolvidas tenham consciência dos interesses em jogo e de suas alternativas à solução consensual.



SAIBA MAIS

Ilan Gewurz aborda as diferentes formas em que pode haver desequilíbrio no poder entre as partes:

I – Dinâmica de poder específica ao conflito em questão:

A. Poder procedimental:

1. Informações e expertise no assunto
2. Compromisso (foco no assunto)
3. Poder pessoal:
 - a. boa aparência e amabilidade
 - b. integridade
 - c. paciência
 - d. eloquência
 - e. educação
 - f. ocupação profissional
4. Expectativas de aprovação da parte contrária
5. Habilidades de negociação e estilo

B. Poder substancial:

1. Poder coercitivo e retributivo
2. Controle dos recursos (poder econômico)
3. Alternativa a uma solução negociada

II – Contexto do relacionamento:

A. Precedentes

B. Poder psicológico:

1. Autoestima
2. Estabilidade emocional
3. Dinâmica de gênero

C. Legitimidade:

1. Autoridade
2. Reputação



3. Status social. (2001, p. 147-148).

Para o autor em questão,

Afirmar em termos gerais que mediação é ou não um método efetivo de lidar com desequilíbrio de poder entre os envolvidos em um conflito é ignorar a complexidade e a nuance tanto do conceito de poder quanto dos processos de mediação. [...] desequilíbrio de poder é fluido e dinâmico e varia de acordo com o tipo de relacionamento, assim como dentro de cada relacionamento – ao longo do tempo e em diferentes contextos sociais (2001, p. 151).

1.5. Os riscos envolvidos no processo de mediação

Apesar de ser o método consensual um caminho que experimentou alto grau de utilização prática e que, como princípio, encontra larga aceitação doutrinária, além de ter ensejado a realização de inúmeras pesquisas nos EUA, não podemos deixar de enfrentar os argumentos contrários à realização de acordos em processos judiciais, sustentados de forma incisiva por Owen Fiss, em um texto de grande impacto, produzido em 1984: “Against settlement”³¹.

O autor é um publicista com formação marcada pela afirmação judicial de direitos decorrentes da proteção constitucional da igualdade, conforme ele mesmo narra em outro artigo produzido 25 anos depois, onde ele de certa forma descreve as bases de sua trajetória intelectual e profissional³².

Ele liga o modelo que propôs a utilização dos Meios Alternativos de Solução de Controvérsias à “ideologia de mercado” em ascensão nos anos 80 e afirma que as premissas subjacentes ao movimento seriam: uma sociologia individualista; a privatização de fins; a suposição de uma harmonia natural; e a recusa a reconhecer o Poder Judiciário como um ramo coordenado do governo.

Não é muito difícil perceber, numa primeira análise, que ele ignora, dentre as causas do surgimento do movimento pela utilização dos meios alternativos, a reação ao formalismo, lentidão e custo excessivo do processo judicial – situação idêntica, aliás, à que fez o movimento aflorar no Brasil, propondo uma justiça mais rápida, mais barata e de melhor qualidade.

31. *Yale Law Review*, v. 93, n. 1.073.

32. Symposium “Against settlement: twenty-five years later.” The history of an idea. *Fordham Law Review*, v. 78, n. 1273, dezembro 2009.

Sobre as premissas que ele aponta para o movimento, elas podem ser analisadas quando ele aponta claramente quais os problemas que ele vislumbra no modelo de busca por soluções consensuais de controvérsias:

- a)** a frequente situação de desigualdade de poder entre as partes, notadamente de poder econômico, que torna mais difícil o acesso às informações necessárias para se firmar um acordo esclarecido, bem como torna maior a pressão pelo acordo em uma situação de dificuldade para fazer face aos custos do processo;
- b)** a dificuldade de se identificar a pessoa responsável por firmar o acordo dentro de grandes empresas ou entes governamentais;
- c)** a dificuldade de execução do acordo, que pode ser visto como não tendo o mesmo valor jurídico pelos membros do Poder Judiciário.

Quanto ao primeiro argumento, consistente com a crítica à sociologia individualista e à suposição de harmonia natural, é fato que a desigualdade de poder entre as partes é um fator relevante a ser considerado – como também é fato que ela afeta em grande medida os resultados dos processos judiciais. Sustenta Fiss, porém, que, no processo judicial, pelo fato de a decisão final estar aos cuidados de um juiz, as limitações de poder que atinjam uma das partes são minimizadas, ao passo que, na mediação, cada uma delas é que deverá decidir vincular-se ou não a um acordo por si mesma – numa visão que, além de ser acentuadamente paternalista, ignora o papel do mediador de apontar para as partes quando é o caso de elas buscarem uma avaliação especializada de terceiro, bem como de assegurar que todas tenham seus interesses devidamente considerados no acordo, ajudando-as a identificá-los (numa dimensão, aliás, que não se resume à jurídica), a expressá-los e a vê-los atendidos no acordo que venha a ser formulado. Aliás, o próprio Fiss reconhece que *“terceiros podem dar uma importante contribuição ao processo de negociação, não apenas para facilitar o acordo, mas para aumentar as chances de que o acordo alcançado seja mais justo do que seria sem a sua intervenção”* (2009, p. 5)³³.

Quanto ao segundo problema, a mesma dificuldade pode ser encontrada na fase de execução judicial. A diferença relevante, contudo, é que, ao assegurar-se o envolvimento no processo de mediação de todos os responsáveis pelo cumprimento de eventual acordo ao final obtido, a probabilidade de cumprimento deste acordo (e desnecessidade de futura execução) passa a ser bem maior do que no caso de uma decisão judicial.

Por fim, quanto à eventual resistência do Judiciário à execução de acordos firmados em processos de mediação, esta, a par de altamente improvável nos procedimentos de mediação desenvolvidos no âmbito do próprio Judiciário, é uma questão a ser decidida pelo legislador, a cujos comandos, no Estado Democrático de Direito tão prezado por Fiss quanto pela maioria dos defensores da mediação, o Judiciário não tem outra escolha que não atender.

Resta, ainda, porém, analisar o derradeiro argumento de Fiss que, no texto escrito em 2009, ele acaba por considerar o mais importante de todos: para ele, o propósito dos

33. Tradução desta autora.



juízos não é a resolução de um conflito, não é produzir paz, mas sim justiça – e esta justiça decorre das garantias do devido processo legal, da instrução probatória adequada e tudo o mais delas decorrente.

Para ele, mesmo a necessidade de homologação judicial de alguns acordos (como os celebrados em ações coletivas) não é suficiente para garantir que justiça seja feita. Ora, um dos critérios para a homologação de tais acordos não pode justamente ser a verificação de se as partes tiveram oportunidades iguais de articular seus interesses, apresentar suas provas, esclarecer adequadamente os fatos controvertidos (quando isso for imprescindível)? Para garantir que tais legítimas preocupações quanto à justiça do processo sejam enfrentadas, é preciso, apenas, a meu ver, enfrentar o “dogma da confidencialidade” na mediação, que é o único empecilho para essa verificação – e que deve, como exporei mais adiante, cair por terra quando se tratar de direitos indisponíveis³⁴.

1.6. Facilitação de processos decisórios participativos

Outra atividade muito assemelhada à mediação de conflitos e na qual, efetivamente, ao menos nos EUA, são utilizados profissionais que atuam ou ainda atuam como mediadores, é a facilitação de processos decisórios participativos ou de colaboração pública no âmbito do Poder Executivo ou Legislativo.

Estes processos podem ser utilizados seja quando estão envolvidos apenas entes públicos que pretendem atuar de forma colaborativa, seja quando estão sendo realizadas audiências públicas ou quando está sendo buscada pelo Poder Público uma solução negociada com todos os interessados no que diz respeito à elaboração de regulamentos administrativos, ao planejamento de uma área de atuação ou licenciamento de um empreendimento.

Outra possibilidade de utilização destes processos é, ainda, a facilitação de diálogos entre grandes empresas e as comunidades onde suas unidades estão instaladas, a fim de delinear condições que melhor atendam a todos os interesses envolvidos, sejam econômicos, sociais ou ambientais.

1.7. Outros meios “alternativos” de solução de controvérsias

Nos EUA, país onde mais se desenvolveu a utilização de meios “alternativos” de resolução de controvérsias (ao menos no mundo ocidental contemporâneo), muito embora a mediação seja o caminho que goza de maior popularidade (ainda que muitas vezes se trate, na verdade, de simples conciliação), algumas alternativas se oferecem às partes envolvidas em conflitos, em especial no âmbito do Judiciário, sendo estas as mais comuns:

34. Talvez o mesmo deva ocorrer, ainda que de forma limitada, em situações de acentuada desigualdade entre as partes.



a) joint fact-finding – trata-se de um mecanismo, que também pode ser utilizado durante o processo de mediação (na mediação “pura”, tradicionalmente as partes abrem mão da instrução probatória e negociam com base apenas nos elementos já disponíveis), pelo qual as partes escolhem um ou mais especialistas para apurarem fatos e/ou emitirem opiniões técnicas sobre dados relevantes para o deslinde da controvérsia;

b) early neutral evaluation – por este mecanismo, as partes pedem a um terceiro especialista na matéria que emita uma opinião sobre o possível desfecho do conflito caso venha a ser decidido pelo juízo competente; não existe interação entre as partes e o terceiro, que simplesmente recebe a documentação do caso;

c) settlement conferences – neste caso, tem-se um terceiro que atua como conciliador, buscando a realização de um acordo entre as partes e fornecendo a estas sua avaliação sobre um possível julgamento do caso; este terceiro deve ser um profissional da área jurídica com experiência na área, sendo que, muitas vezes, são utilizados juízes, tanto na esfera do processo administrativo quanto judicial, porém nunca o juiz encarregado do julgamento do caso, para que este não seja afetado pelo comportamento das partes durante a conciliação;

d) arbitragem – no Brasil, conforme a Lei n. 9.307, de 1996, o julgamento do caso por um terceiro escolhido pelas partes sempre é possível nos conflitos envolvendo direitos disponíveis, e tal possibilidade existe inclusive em alguns conflitos envolvendo entes públicos³⁵, sendo que a decisão arbitral é irrecorrível ao Poder Judiciário (muito embora possa caber recurso a uma outra instância arbitral, a depender do que foi convencionado entre as partes) e independe de homologação judicial.

1.8. Os mediadores

Esclarecidos o conceito, o campo de abrangência e aplicabilidade e as diferentes escolas de mediação, cabe agora desvelar as diretrizes éticas que devem conduzir a atuação dos profissionais encarregados de atividades de mediação.

Antes, porém, cabe mencionar a distinção que Jean-François Six elabora entre “**mediadores institucionais**”, normalmente integrantes dos quadros de órgãos públicos, e “**mediadores cidadãos**”, normalmente voluntários que atuam em programas de mediação comunitária.

35. A Lei n. 8.987, de 1995, veio a prever a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de controvérsias em contratos de concessão de serviços públicos, conforme dispõe o novo artigo introduzido pela Lei n. 11.196, de 2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.



Segundo Six, os **mediadores institucionais** são, “essencialmente, especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder.” (2001, p. 33). Para este autor, o “aumento dos conhecimentos necessários à decisão e uma grande virtuosidade para se encontrar no emaranhado da lei os tornaram pouco a pouco imprescindíveis” (2001, p. 33). Todavia, o “perigo da burocratização da mediação institucional existe” (2001, p. 30).

Já os **mediadores cidadãos** “fazem então apelo aos recursos próprios das pessoas que os procuram. Apoiam-se sobre o que essas pessoas dispõem e que não se atrevem a utilizar: seus próprios recursos” (2001, p. 34). E prossegue: “o mediador cidadão é aquele a quem se procura porque se sabe – ou se pressente – que tem um dom, o de suscitar ligações, reconciliar as pessoas, de trazer uma pequena luz a um momento opaco” (2001, p. 35).

Outro ponto relevante na distinção da metodologia adotada por cada um dos dois perfis, que, para Six, podem perfeitamente coexistir, diz respeito ao ritmo dos trabalhos:

O mediador institucional é apressado, pelo organismo que o colocou no lugar, para encontrar resultados, para chegar a soluções o mais rapidamente possível; ele deve apresentar rendimento, o que é compreensível. O mediador cidadão deve tomar tempo, afastar o simplismo, os atalhos, a precipitação, deve guardar o senso da duração e do recuo, da paciência e da distância (2001, p. 35).

Podemos acrescentar a esta tipologia o mediador profissional autônomo, que atua no mercado conforme demanda.

Não obstante as diferenças na metodologia ou nos enfoques, é possível identificar pontos comuns entre todos aqueles que desempenham funções de mediação, a começar pelas diretrizes éticas de conduta, sobre as quais passo a discorrer no próximo item.

1.8.1. Diretrizes éticas

É fundamental esclarecer quais são as diretrizes do comportamento dos mediadores que se costuma apontar como essenciais à boa condução dos trabalhos, bem como explorar as nuances que deverão diferenciar a atuação do mediador em conflitos que envolvem o Poder Público daquela que se dá em conflitos particulares, notadamente os que envolvem apenas direitos disponíveis. O rol de deveres do mediador que se apontará a seguir se pautará, assim, pela necessidade de melhor explicitar a atuação do mediador, tanto em geral quanto nos conflitos em que se vê envolvido o Poder Público.

Apesar de pairar grande controvérsia sobre se a atividade de mediador constitui ou não uma profissão, não existe dúvida quanto ao fato de que ela envolve responsabilidades tanto do ponto de vista positivo, isto é, deveres de fazer algo durante o processo, quanto do ponto de vista negativo, ou seja, deveres de não adotar determinadas condutas. Em simpósio realizado em 1995 nos EUA, com o propósito específico de discutir os padrões de conduta de mediadores e outros profissionais na resolução de conflitos,



uma das falas de abertura já salientou: “há um crescente consenso de que os métodos alternativos de resolução de controvérsias suscitam questões de conduta profissional distintas, que não têm como ser totalmente abarcadas pelos códigos de outras profissões” (FEERICK *et alii* 1995, p. 1).

Tânia Lobo Muniz, ao tratar da utilidade e importância dos Códigos de Ética na atuação de mediadores, resumiu bem a finalidade destes preceitos de comportamento:

O objetivo destes parâmetros é proteger a sociedade do mau profissional e das más instituições - proteger-nos de nós mesmos -, assegurando assim uma melhor utilização do instituto e garantindo os interesses das pessoas que dele se socorrerem, como também daqueles que atuarão como intervenientes no processo (2009, p. 107).

É importante registrar, contudo, a advertência da mesma autora, para que não haja excessos na regulação da prática:

O equilíbrio é necessário para que não se constanja a flexibilidade e os movimentos do mediador para realizar seu trabalho de facilitador da negociação, pois os padrões não implicam o engessamento da mediação, o que a descaracterizaria, mas o estabelecimento de normas básicas que possibilitem aos órgãos de mediação, públicos ou privados, institucionais ou cidadãos, desenvolverem seus procedimentos sem se desviar da essência do mecanismo (2009, p. 107).

Como lembra Craig McEwen (2005), o estabelecimento de diretrizes éticas de conduta é apenas o ponto inicial de partida: “*Sua utilidade vem dos problemas que eles colocam e dos intercâmbios que eles estimulam entre mediadores no que diz respeito aos problemas que se apresentam na prática.*” É indispensável que a criação de tais códigos, contudo, seja acompanhada de “*discussões on-line, bem como debates presenciais entre mediadores em nível local, regional e nacional*”³⁶ que suplementem a criação das regras. Além disso, lembra ele, “*Códigos de conduta ou rol de melhores práticas mais particularizados que captem os desafios de campos diversos devem servir como complementos essenciais de códigos genéricos*”. Este é, sem dúvida, o caso da mediação de conflitos que envolvem o Poder Público, a qual, sem dúvida, envolve particularidades que não estão presentes em todos os tipos de mediação.

Antes de examinar cada um dos deveres comumente elencados para mediadores, inclusive aqueles pertinentes aos conflitos que envolvem entes públicos, cabe referir o rol de “*princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais*”, nos termos do Código de Ética anexo à Resolução nº. 125, do Conselho Nacional de Justiça: “**confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes**” (art. 1º do referido código, grifo nosso). Já o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro dispõe, em seu art. 167, que “*A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da normalização do conflito, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.*”

36. Tradução desta autora.



O conteúdo destes documentos no que toca a este tema, assim como dos projetos de lei específicos sobre mediação de conflitos em trâmite na Câmara, será referido ao longo da exposição, aproveitando-se também a experiência dos EUA e referindo-se o rol contemplado em Códigos de Ética lá existentes, assim como as recomendações do Código de Ética do CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem, entidade do terceiro setor pioneira em termos de meios alternativos de resolução de conflitos no Brasil, com enfoque predominante nos conflitos da esfera privada³⁷.

1.8.1.1. Imparcialidade

O primeiro dever elencado nos Códigos de Ética de Mediadores costuma ser a imparcialidade. Nos EUA, às vezes é também chamado de neutralidade e, por vezes, uma de suas facetas é elencada como um dever autônomo, qual seja, o dever de evitar conflitos de interesse³⁸. Trata-se de um debate que conhecemos muito bem no Brasil, no campo da Filosofia do Direito, onde o pensamento crítico já deixou claro, há muito tempo, que a neutralidade, além de impossível, implicaria a simples manutenção do *status quo*. No campo da mediação, como visto, um dos objetivos, segundo parte considerável da doutrina, é transformar o padrão destrutivo de relacionamento entre as partes, muitas vezes marcado por considerável desequilíbrio de poder, substituindo-o por um novo padrão, caracterizado por autêntico equilíbrio, justamente para fazer com que as partes aprendam a gerenciar seus conflitos de forma natural e construtiva.



Essa postura, que vê na mediação esse caráter pedagógico e transformativo, somente se coaduna com um dever de imparcialidade que se desdobra no dever, do qual trataremos mais adiante, de buscar um maior equilíbrio de poder entre as partes, quando a assimetria é muito significativa.

37. Para saber mais, visite: www.conima.org.br

38. É interessante observar que aquilo que costumamos chamar no Brasil de neutralidade corresponde ao que, nos EUA, se entende por imparcialidade – e vice-versa. Vejamos o que diz Carole Silver ao definir imparcialidade: *“Impartiality also can be defined as equal treatment; one who is impartial treats both parties the same, regardless of whether their circumstances indicate that equivalent results would be produced only by different or unequal treatment.”* (1996) A mesma autora cita a definição que Leda M. Cooks e Claudia L. Hale dão a neutralidade: *“neutrality involves the idea of fairness; where differences in power or sophistication of the parties result in one party needing the mediator’s participation in order to equalize the two sides, neutrality is obtained by such mediation participation.”* Para Silver, *“Impartiality may appear compromised in achieving neutrality.”*

Segundo Suzanne McCorkle,

Muito embora os autores que escrevem sobre mediação diferenciem entre neutralidade (não tomar partido nem ter preconceito em relação a nenhuma das partes) e imparcialidade (não ter nenhum interesse no desfecho do processo), a maioria dos Códigos usam os termos de forma intercambiável. (2005, p. 171 – tradução desta autora).

O dever de imparcialidade, em realidade, traz consigo uma série de dilemas, que são bem resumidos em cinco perguntas colocadas por McCorkle (2005, p. 166 – tradução desta autora):

[...] num sentido filosófico global, é de fato possível que um mediador, que tem sua própria experiência de vida e conhecimentos, seja neutro com relação ao mérito do conflito e à personalidade ou estilo das partes?

Segundo, [...] técnicas como busca de equilíbrio de poder entre as partes ou o auxílio a elas em sessões privadas implicam alguma espécie de parcialidade com relação a um dos lados ou com relação a um determinado desfecho? [...]

Terceiro, modelos de mediação que permitem ao mediador sugerir propostas de solução do problema conflitam com o papel puramente facilitador do mediador?

Quarto, são éticos os modelos que mantêm a neutralidade e a recusa a interferir, mesmo que as partes estejam tomando uma decisão de baixa qualidade para ambas? [...]

Quinto, os Códigos permitem alguma flexibilidade?

O Código de Mediadores do Estado de Illinois, por exemplo, aponta McCorkle, dispõe que, “caso as partes cheguem a um acordo que o mediador entende ser inerentemente injusto, ele deve indicar sua não concordância com o desfecho por escrito” (2005, p. 171 – tradução desta autora).

Voltando, porém, aos pontos sobre os quais não paira grande controvérsia, no que tange à imparcialidade, esta envolve a proibição de que o mediador atue de forma tendenciosa ou preconceituosa. Segundo a mais recente versão do Código de Ética para Mediadores elaborado pela Ordem dos Advogados estadunidense (em nível federal), pela Associação Americana de Arbitragem e pela Association for Conflict Resolution, principal entidade profissional de mediadores de âmbito nacional naquele país, “o mediador deverá conduzir a mediação de forma imparcial e evitar conduta que dê a aparência de parcialidade”³⁹. Trata-se da velha máxima de que “à mulher de César não basta ser correta, há também que parecer correta”, de maneira que “um mediador não deverá jamais dar ou aceitar um presente, favor, empréstimo ou outro item de valor que possa levantar suspeita sobre a imparcialidade real ou percebida do mediador”⁴⁰. A única exceção admitida a esta proibição diz respeito à situação em que práticas culturais permitam aceitar presentes de pequeno valor econômico.

39. Standard II, B, *caput*, do referido Código-modelo de 2005. Tradução desta autora.

40. Standard II, B, 2, do mesmo Código. Tradução desta autora.



Decorrência direta do dever de imparcialidade, que prefiro entender como dela fazendo parte, é o dever de o mediador recusar a função quando presentes conflitos de interesse entre ele e ao menos uma das partes (*standard III, E*, do mencionado Código-modelo) e, em caso de dúvida, deixar às partes a decisão sobre sua atuação no caso, após revelado o potencial conflito.

A par de todas as regras definindo situações que ameaçam a imparcialidade, não posso deixar de realçar o ponto levantado por Carole Silver (2005): “*é virtualmente impossível eliminar todas as conexões entre as partes e o terceiro. As partes, em geral, escolhem um terceiro para cada conflito, e esta seleção, frequentemente, é baseada em relações prévias entre uma ou ambas as partes, ou seus advogados, e o terceiro*”. Deste modo, como resume ela, “*as restrições somente se aplicam em circunstâncias em que o relacionamento entre o terceiro e uma das partes (ou seu advogado) é tão próximo que provoca em qualquer pessoa razoável a crença de que ele terá um impacto na conduta do terceiro*”⁴¹. Daí a importância de revelar estas conexões a todas as partes logo no início do procedimento.

O *standard III, A*, do principal Código de Ética dos EUA assim dispõe a respeito: “*Um conflito de interesse pode surgir a partir de um envolvimento do mediador com a matéria objeto do conflito ou de qualquer relacionamento, passado ou presente, pessoal ou profissional, que suscite dúvida razoável sobre a imparcialidade do mediador.*”⁴². Para evitar os problemas daí decorrentes, segundo o mesmo *standard III, C*, “*o mediador deverá revelar, tanto quanto praticável, todos os reais e potenciais conflitos de interesse que sejam razoavelmente conhecidos do mediador e possam ser vistos como suscetíveis de causar dúvida sobre a sua imparcialidade. Após a revelação, se todas as partes concordarem, o mediador poderá prosseguir com a mediação.*”⁴³. O mesmo vale, segundo o item D deste *standard III*, para fatos ocorridos ou conhecidos do mediador apenas após o início do processo de mediação. Já outros Códigos, como os dos Estados de Massachusetts, Illinois e o do California Judicial Council, conforme relata McCorkle, estipulam que, quando houver potencial conflito de interesses, o mediador deve deixar de atuar, ainda que as partes consentam em que ele continue (2005, p. 175). Muitos dos Códigos estaduais, segundo a mesma autora, elencam claramente quais são os tipos de relacionamento que devem ser revelados pelo mediador às partes, sendo eles:

[...] relações financeiras ou associações; relações familiares ou sociais; relações sociais ou de negócios com membros da família do mediador ou das partes; relações pessoais, financeiras ou de negócios com o advogado de alguma das partes; ter atuado como advogado ou representante de alguma das partes; interesses pecuniários; fazer parte da mesma Diretoria de algum órgão que alguma das partes; fazer parte do mesmo quadro de acionistas que alguma das partes; estar envolvido no conflito interesse do escritório do qual o mediador que é advogado faz parte; estar envolvido no conflito interesse do empregador do mediador; relações íntimas entre mediador e alguma das partes; visões fortes com relação a alguma das questões envolvidas no conflito; relações sexuais com alguma das partes. (2005, p. 177).

41. Tradução desta autora.

42. Tradução desta autora.

43. Tradução desta autora.

Quanto aos conflitos de interesse que podem decorrer de **situações posteriores ao desfecho da mediação**, dispõe o item F do *standard III* do Código-modelo americano que: “*após a mediação, o mediador não deverá estabelecer outro relacionamento com nenhum dos participantes em qualquer matéria que possa levantar dúvidas sobre a integridade do processo de mediação*” (tradução da autora). A regra é, porém, flexível, não estabelecendo prazo certo nem que tipo de relacionamento estaria proibido, deixando a critério do mediador julgar se o relacionamento poderia gerar a **percepção** de ter havido um conflito de interesses. No caso dos Códigos estaduais americanos, segundo McCorkle (2005, p. 178), alguns deles permitem a atuação profissional do mediador para alguma das partes, caso as demais assim consentam (caso do Alabama).

No Brasil, o Código de Ética para Mediadores do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), em seu subitem III, 2, dispõe que o mediador “*revelará, antes de aceitar a indicação, interesse ou relacionamento que possa afetar a imparcialidade, suscitar aparência de parcialidade ou quebra de independência, para que as partes tenham elementos de avaliação e decisão sobre a sua continuidade.*”

Neste compasso, estabelece o mesmo Código, no subitem IV (Do mediador frente às partes), 5, que cabe ao mediador “*dialogar separadamente com uma parte somente quando for dado o conhecimento e igual oportunidade à outra.*”

Já no subitem IV, 10, estabelece caber ao mediador “*observar a restrição de não atuar como profissional contratado por qualquer uma das partes para tratar de questão que tenha correlação com a matéria mediada.*”

Esta proibição, que, no caso do Código do CONIMA, é limitada sob o ponto de vista material (só vale para matéria correlata com a mediação), mas ilimitada sob o prisma temporal, é absolutamente relevante no caso em que uma das partes constitui o que se chama nos EUA de “*repeat players*” e no Brasil de “litigantes habituais”, ou seja, aqueles entes (públicos ou privados) que se veem envolvidos em grande número de conflitos semelhantes, gerando grande possibilidade de o mediador vir a atuar novamente para uma das partes, que é também a parte mais poderosa, tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista do acesso a informações e assessoria técnica relevantes.

As legislações argentina e colombiana sobre o assunto também cuidaram de trazer proibições com o propósito de garantir a imparcialidade do mediador ou do conciliador. Na Argentina, o mediador fica impedido de atuar para qualquer das partes até um ano após a cessação de sua atuação como mediador, não no caso concreto, mas do exercício da atividade de mediador. A proibição é definitiva no que diz respeito às causas em que atuou como mediador – disposição que parece bastante adequada. Na Colômbia, da mesma forma, os conciliadores ficam impedidos, em definitivo, de atuar como árbitros, consultores ou procuradores de qualquer das partes em assuntos relacionados ao conflito em que tenham atuado, porém não existe proibição de trabalhar ou se relacionar com as partes em outros assuntos. Prevê ainda a legislação que os centros de conciliação ficam impedidos de atuar em casos nos quais eles ou seus membros sejam diretamente interessados.



O primeiro projeto de lei brasileiro sobre mediação (PLC 94/2002) prevê que o mediador fica impedido por dois anos (a contar do encerramento da atuação no caso) de prestar qualquer serviço às partes; e, em se tratando de matéria correlata à mediação, o impedimento é definitivo (artigo 23 do projeto). Naturalmente, prevê-se também que os casos de impedimento e suspeição de juízes estendem-se a mediadores (artigo 21).

Já o texto do projeto de novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010) prevê, em seu artigo 173, que o conciliador ou mediador “fica impedido, pelo prazo de um ano contado a partir do término do procedimento, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes”. Além de estipular prazo curto, não se estabelece qualquer proibição adicional de atuar em matéria correlata à do litígio, estabelecendo autêntico retrocesso em relação ao conteúdo do projeto de lei anterior sobre o assunto. Dispõe também que os conciliadores e mediadores judiciais que sejam advogados “estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exercam suas funções” (art. 168, § 5º.).

Todavia, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais constante da Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça dispõe, em seu art. 7º., que o “conciliador/mediador fica absolutamente impedido de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, pelo prazo de dois anos, aos envolvidos em processo de conciliação/mediação sob sua condução”.

O mesmo Código define a imparcialidade como “dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente” (art. 1º.). Sobre a neutralidade, define-a como o “dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles” (art. 1º.). Estabelece ainda um dever que em muito favorece também a manutenção da imparcialidade: o dever de “independência e autonomia”, que consistiria no “dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável” (art. 1º.).

Cabe, por fim, mencionar que o mesmo Código de Ética dispõe, em seu artigo 5º, que: “Aplicam-se aos conciliadores/mediadores os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes, devendo, quando constatados, serem informados aos envolvidos, com a interrupção da sessão e sua substituição”.

O PLS 405/2013, que tratava apenas da mediação extrajudicial, dispõe que as “pessoas indicadas para funcionar como mediador têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade em relação às partes e ao conflito” (artigo 12), e também proíbe o mediador de atuar como árbitro em conflito no qual tenha atuado como mediador, salvo acordo em sentido contrário entre as partes (artigo 13)⁴⁴.

44. Este projeto de lei veio a integrar substitutivo aprovado no Senado e que tramita na Câmara dos Deputados atualmente, tendo recebido o número PLC 7169/2014.

Já o projeto de lei elaborado pela Comissão de Especialistas do Ministério da Justiça, que veio a se converter no PLS n. 434/2013⁴⁵, estipulava que o mediador fica impedido “*pelo prazo de dois anos, contados do término da última sessão de mediação em que tenha atuado, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes*” (artigo 11), além de estabelecer que se aplicam aos mediadores as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição de juízes, “*devendo o mediador revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que comprometa sua imparcialidade em relação às partes e ao conflito*” (artigo 10).

1.8.1.2. Dever de respeitar a autonomia das partes

O Código-modelo americano de 2005 cuida, em primeiro lugar, do princípio da autodeterminação das partes. Dispõe ele que: “*As partes podem exercer sua autodeterminação em qualquer estágio da mediação, incluindo a seleção do mediador, a definição de cada etapa do processo, sua participação ou retirada do processo e o desfecho deste.*”

O Código do CONIMA dispõe, em seu subitem IV, 9, caber ao mediador: “*9. Eximir-se de forçar a aceitação de um acordo e/ou tomar decisões pelas partes.*”

Os deveres em questão apenas reforçam a ideia de que a mediação é um processo que devolve às partes o poder para construir a solução mais apropriada para o seu conflito.

Cabe registrar, neste particular, que o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro dispõe, em seu art. 169, que “*As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação.*”

Já o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante da Resolução n. 125/2010 do CNJ, inclui entre as regras que regem o procedimento de conciliação/ mediação (art. 2º.) a seguinte:

§ 2º. Autonomia da vontade – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.

§ 3º. Ausência de obrigação de resultado – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por elas.

45. Este projeto veio a ser apensado ao PLS 405/2013 e ao PLS 517/2011, tendo sido aprovado em dezembro de 2013 um substitutivo que os condensa no Senado Federal. Atualmente, tramita o PL aprovado na forma de substitutivo na Câmara Federal, sob o número 7169/2014.



1.8.1.3. Deveres de competência e diligência

Em seu subitem II (Princípios Fundamentais), o Código do CONIMA define competência como “a capacidade para efetivamente mediar a controvérsia existente”. Assim, o mediador “somente deverá aceitar a tarefa quando tiver as qualificações necessárias para satisfazer as expectativas razoáveis das partes”.

Mais adiante, em seu subitem V, 4, estabelece ser dever do mediador: “Assegurar a qualidade do processo, utilizando todas as técnicas disponíveis e capazes de levar a bom termo os objetivos da mediação.”

O Código-modelo americano já referido assim dispõe a respeito: “O mediador deverá mediar apenas quando tiver a competência necessária para satisfazer as expectativas razoáveis das partes.”⁴⁶.

Dois desmembramentos do dever em questão pelo mesmo Código merecem menção:

2. O mediador deverá frequentar programas educacionais e atividades relacionadas para manter e aprimorar seus conhecimentos e habilidades relativos à mediação.

3. O mediador deverá ter disponíveis para as partes informações relevantes quanto ao seu treinamento, educação formal, experiência e abordagem preferida ao conduzir uma mediação.⁴⁷

O dever de diligência também tem especial relevância no que diz respeito à duração do processo de mediação. O Código-modelo americano cuida do tema: “O mediador somente deverá aceitar casos quando possa satisfazer às razoáveis expectativas das partes no que diz respeito à duração do processo de mediação.”⁴⁸

O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais constante da já referida Resolução do CNJ define o dever de competência como: “dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada” (art. 1º.).

1.8.1.4 Dever de alertar as partes sobre a necessidade de perícia técnica ou assessoramento de terceiros

O dever em questão está diretamente relacionado aos deveres de imparcialidade e de respeitar a autonomia das partes, podendo ser entendido como implícito naqueles ou como deles decorrente. O que importa é reconhecer a sua necessidade, a partir do

46. Standard IV, *caput*, tradução desta autora.

47. Idem.

48. Standard VI, A, 2, tradução desta autora.



momento em que é inevitável haver diferenças no grau de informações e preparo das partes presentes numa mediação. Essas diferenças, por evidente, podem afetar o grau de discernimento de cada uma delas com relação a uma eventual proposta de solução do seu problema.

O Código-modelo americano, ao tratar do princípio da autodeterminação das partes, assim estabelece:

O mediador não pode garantir pessoalmente que cada parte tenha feito escolhas livres e informadas para alcançar cada decisão, mas, sempre que apropriado, o mediador deverá alertar as partes sobre a importância de consultar outros profissionais para ajudá-las a fazer escolhas informadas.⁴⁹



FIQUE DE OLHO

Não podendo o mediador, porque não é sua função (de modo que, muitas vezes, sequer estará qualificado para tanto), prestar assessoria jurídica, psicológica ou de qualquer natureza técnica às partes – o que, ademais, poderia mesmo colocar em risco a sua imparcialidade –, o mediador pode e mesmo deve alertar qualquer uma das partes sobre a necessidade de uma assessoria em área profissional especializada quando perceber que esta é necessária e não está sendo buscada espontaneamente pela parte.

O Código de Ética para Mediadores do CONIMA, em seu subitem V, 6, também dispõe caber ao mediador: “*Sugerir a busca e/ou a participação de especialistas na medida em que suas presenças se façam necessárias a esclarecimentos para manutenção da equanimidade*”.

Da mesma forma, no subitem IV, 7 e 8, o mesmo Código dispõe caber ao mediador:

- 7.** Assegurar-se de que as partes tenham suficientes informações para avaliar e decidir.
- 8.** Recomendar às partes uma revisão legal do acordo antes de subscrevê-lo.

O Código-modelo americano, supramencionado, também alerta sobre a necessidade de separar o papel do mediador do de um consultor técnico especializado em matéria afeta ao conflito:

O papel do mediador difere substancialmente de outros papéis profissionais. Misturar o papel de mediador e o papel de outra profissão é problemático e, assim, o mediador deve distinguir entre os papéis. O mediador poderá prestar informações que esteja qualificado pela sua formação ou experiência a fornecer apenas se puder fazer isso sem violar as regras deste código.
[...]

49. Standard I, A, 2, tradução desta autora.



O mediador não deverá desempenhar um papel adicional na resolução do conflito sem o consentimento das partes. Antes de prestar tal consultoria, o mediador deve informar às partes das implicações da mudança para o processo e obter delas o consentimento para a mudança. O mediador que assumir tal papel assume diferentes obrigações e responsabilidades que podem ser governadas pelas regras de outras profissões.⁵⁰

É interessante notar que, neste particular, o Código-modelo anterior, de 1994, era ainda mais restritivo:

O principal propósito de um mediador é facilitar um acordo voluntário entre as partes. Esse papel difere substancialmente de outras relações entre profissional e clientes. Misturar o papel de mediador e o papel de um profissional que presta consultoria (aconselhamento) a um cliente é problemático e mediadores precisam distinguir entre os papéis. O mediador deve abster-se de prestar consultoria profissional às partes. [...] O mediador que, a requerimento das partes, assume um outro papel na resolução de seu conflito assume responsabilidades e obrigações profissionais adicionais, que podem ser governadas pelas regras de outras profissões.⁵¹

O Código-modelo americano deixa claro, desta maneira, que o mediador que presta consultoria em matéria técnica afeta ao conflito, seja ela jurídica, psicológica ou de outra natureza, somente pode fazer isso com o consentimento das partes, pois, do contrário, estaria extrapolando indevidamente o seu papel de mediador. Ainda assim, passa a sujeitar-se às regras profissionais da categoria à qual compete prestar consultoria na matéria, seja mediante eventual exercício ilegal de profissão (se aquela não for área para a qual o mediador esteja habilitado a atuar), seja respondendo simplesmente por eventual consultoria inadequada (caso, estando o mediador habilitado a atuar na matéria, a orientação seja acatada pela parte que recebeu a consultoria e se comprove posteriormente que a orientação estava equivocada).



FIQUE DE OLHO

É importante lembrar, contudo, que, em determinadas situações, uma das partes, ainda que alertada pelo mediador, pode não querer ou não ter condições de pagar pela assessoria profissional apropriada ou, mais delicado ainda, pode ocorrer de a assessoria profissional contratada ignorar ou se equivocar sobre ponto essencial acerca da proposta de acordo. O tema foi objeto de debate em simpósio nos EUA em 1995 e a posição externada pela Professora Lela Love, uma das painelistas, parece oferecer uma boa solução:

[...] o mediador deverá suscitar questões específicas e formular perguntas acerca de pontos que as partes não examinaram, alertando-as sobre a imperativa necessidade de obter maiores informações ou aconselhamento jurídico e/ou alertando seus advogados para fazerem seu dever de casa com respeito a questão especí-

50. Standard VI, item 5, tradução desta autora.

51. Standard VI, comentários, tradução desta autora.

fica levantada pelo mediador, bem como outras questões que podem ter passado despercebidas ao mediador.[...] o mediador, em sessões privadas com cada uma das partes, deverá verificar se cada uma delas considerou o possível desfecho em um processo judicial e avaliou os pontos fracos e fortes de suas respectivas posições. [...] Fazer perguntas cabe perfeitamente dentro do papel do mediador, mas dar ou sugerir respostas não cabe. (1995, p. 10).

Outro dos painelistas, Dean Feerick, também defendeu a possibilidade de trabalhar com as partes em sessões privadas para se assegurar de que elas estão tomando decisões bem-informadas, sendo que, se ainda assim não for possível se assegurar disso, segundo ele, cabe encerrar a mediação (1995, p. 13).



ATENÇÃO

No Brasil, o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais constante da já referida Resolução do CNJ estabelece, como uma das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação, a “desvinculação da profissão de origem”, que consiste no dever que possui o mediador ou conciliador de *“esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento, poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.”* (art. 2º., § 4º.)

1.8.1.5. Dever de zelar pelo equilíbrio de poder entre as partes

Demonstrando mais uma vez que a concepção prevalecente quanto ao processo de mediação não se reduz a uma igualdade formal entre as partes, a maioria dos Códigos de Ética menciona um dever do mediador de zelar pela manutenção de um equilíbrio adequado no que tange à participação das partes no processo.

O Código de Ética de Mediadores do CONIMA, em seu subitem IV, 6, também dispõe caber ao mediador: *“6. Assegurar-se que as partes tenham voz e legitimidade no processo, garantindo-se assim equilíbrio de poder.”*

Mais adiante, no subitem V, 8, dispõe caber a ele: *“Suspender ou finalizar a mediação quando concluir que sua continuação possa prejudicar qualquer dos mediados ou quando houver solicitação das partes.”*

Já o Código-modelo americano assim estabelece:

Se uma das partes aparentar ter dificuldades em compreender o processo, as questões nele envolvidas ou as possíveis opções de acordo que se apresentam, ou dificuldades em participar do processo, o mediador deverá explorar as circunstâncias e possibilidades de ajuste ou modificações que tornem possível a esta parte compreender, participar e exercer sua autodeterminação.



No âmbito da legislação dos Estados americanos, o Código do Estado de Iowa, segundo McCorkle, estabelece o seguinte dever: “O mediador dará a devida consideração a todas as partes e pode empregar diferentes técnicas para assisti-las, baseado em suas distintas necessidades.” (2005, p. 174).

1.8.1.6. Confidencialidade

Outro item sempre presente nos Códigos de Ética de Mediadores é a confidencialidade.

O Código-modelo americano já mencionado, em seu *standard V*, estabelece o dever de confidencialidade tanto quanto ao que foi ventilado na sessão conjunta quanto nas sessões individuais, estipulando como únicas exceções o consentimento das partes ou a existência de legislação em contrário.

O Código do CONIMA dele trata em diversos pontos:

V. DO MEDIADOR FRENTE AO PROCESSO

O mediador deverá:

[...]

3. Esclarecer quanto ao sigilo.

[...]

5. Zelar pelo sigilo dos procedimentos, inclusive no concernente aos cuidados a serem tomados pela equipe técnica no manuseio e arquivamento dos dados.

O subitem IV, 5, dispõe ser dever do mediador: “*esclarecer a parte, ao finalizar uma sessão em separado, quais os pontos sigilosos e quais aqueles que podem ser do conhecimento da outra parte.*”

Existem, contudo, diversas exceções à regra da confidencialidade, conforme se pode verificar na legislação de vários Estados americanos. No painel realizado em 1995 durante um simpósio nos EUA acerca da conduta profissional de mediadores, a Professora Carol Izumi fornece um valioso inventário a respeito (1995, p. 14):

- a) a primeira exceção é a autorização das partes;
- b) a segunda possibilidade de quebra da confidencialidade é a situação de apuração da atuação profissional do mediador, num possível processo disciplinar;
- c) a terceira é para assegurar a integridade do processo, ou seja, para fazer valer o acordo pelo qual se estipulou a utilização da mediação, para fazer cumprir o acordo resultante da mediação ou ainda para provar a validade do acordo referido;
- d) a quarta diz respeito às informações discutidas durante o processo de mediação que poderiam ser descobertas de outra forma;
- e) a quinta abrange as situações em que, durante o processo de mediação, alguma das partes revela ao mediador a intenção de praticar um crime;



f) a sexta possibilidade envolve a proteção da administração da justiça, isto é, para provar a suspeição de uma testemunha, para invalidar um esforço de obstruir investigação criminal ou caso o mediador tenha razões para crer que uma das partes fez afirmação falsa que constituiria perjúrio caso feita em juízo;

g) a sétima, e que mais interessa ao tipo de conflito aqui versado, diz respeito às situações em que houver ente público envolvido e em que, de acordo com as legislações acerca da transparência dos atos administrativos, a confidencialidade não se aplica.



FIQUE DE OLHO

Não obstante o entendimento externado pela Professora seja o mais adequado para a esfera pública⁵², como se pôde apurar durante a pesquisa de campo, não foi este o entendimento que prevaleceu na prática da mediação envolvendo entes públicos nos EUA, seja na mediação em juízo, seja naquela realizada no âmbito de processos administrativos.

No sistema brasileiro, contudo, à luz do princípio da publicidade insculpido no artigo 37, *caput*, da nossa Constituição Federal, não me parece haver outra solução jurídica admissível senão o reconhecimento da inaplicabilidade de confidencialidade, como regra, no processo de mediação envolvendo entes públicos – ao menos no que diz respeito às sessões conjuntas, em que efetivamente se debate e se decide a melhor solução para o problema. No que diz respeito às sessões individuais, que são meramente preparatórias do diálogo e da deliberação, não parece fazer sentido, de outra parte, pensar em quebra de confidencialidade, sob pena de se limitar em demasia a possibilidade de interação entre mediador e partes e a relação de confiança daí decorrente – ressalvada a hipótese, por evidente, de o mediador ter conhecimento, durante as sessões privadas, de ato criminoso ou claramente contrário ao interesse público.

É importante referir que o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PLC 8.046/2010) contém previsão expressa acerca da confidencialidade, não trazendo, porém, nenhuma exceção a ela, nem estabelecendo qualquer regra especial para os conflitos que envolvem entes públicos. Segundo o parágrafo 1º. do artigo 167 do projeto, a “*confidencialidade se estende a todas as informações produzidas ao longo do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes*”. No mesmo compasso, o parágrafo seguinte dispõe:

§ 2º. Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

52. O mesmo entendimento é defendido, entre outros trabalhos, no artigo “*Keeping public mediation public: exploring the conflict between confidential mediation and open government*”, de Thomas Leatherbury e Mark A. Cover, publicado na *SMU Law Review* (n. 46, 1992-1993, p. 2221-2234). Também sobre as diversas exceções à confidencialidade, ver: HOBBS, Karin S. Mediation confidentiality and enforceable settlements: deal or not deal? *Utah Bar Journal*.,n. 20, 2007, p. 37-41.





FIQUE DE OLHO

É preciso enfatizar que as duas omissões do texto do projeto, quais seja, quanto à previsão de exceções aplicáveis à regra da confidencialidade, e quanto à explicitação da abrangência desta nos processos envolvendo entes públicos, poderão trazer, caso o texto venha a ser aprovado desta maneira, incontáveis dificuldades na aplicação da confidencialidade, por um lado, e enorme resistência para utilização da mediação nos processos envolvendo entes públicos, por outro.

Por outro lado, o Código de Ética constante da já mencionada Resolução do CNJ cuida de estabelecer algumas exceções, conceituando confidencialidade da seguinte forma:

Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese (art. 1º.).

Já o PLS n. 517/2011 estipulava três exceções à confidencialidade, que devem ser informadas pelo mediador às partes na primeira reunião de mediação: I – dispensa expressa de todas as partes; II – quando a mediação envolva o Poder Público na qualidade de parte ou terceiro interveniente; III – quando o mediador tiver informações acerca de um crime ou da iminência de um crime.

O PLS n. 434/2013 mantinha estas três hipóteses, acrescentando à última delas a situação em que o mediador receber informações acerca de atos de improbidade e de infração administrativa (artigo 18).



SAIBA MAIS

Por seu turno, o PLS n. 405/2013, que trata da mediação extrajudicial, estipulava como exceções à confidencialidade apenas a situação em que “as partes decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou for necessária para o cumprimento do acordo de mediação”, proibindo o mediador, as partes e outros envolvidos no procedimento de mediação de informar ou testemunhar sobre tudo que se passou no procedimento de mediação (artigos 17 e 18). Como este projeto de lei estabelece expressamente a possibilidade de utilização da mediação extrajudicial também pela Administração Pública, evidentemente faltou a ressalva para os procedimentos envolvendo o Poder Público.

1.8.1.7. Transparência na condução do processo

O Código de Ética para Mediadores do CONIMA estabelece, em seu subitem IV, ser dever do mediador:

1. Garantir às partes a oportunidade de entender e avaliar as implicações e o desdobramento do processo e de cada item negociado nas entrevistas preliminares e no curso da mediação.

No subitem V, itens 1 e 2, o mesmo Código dispõe que o mediador deverá:

1. Descrever o processo da mediação para as partes.
2. Definir, com os mediados, todos os procedimentos pertinentes ao processo.

Tais regras parecem fazer muito sentido, basicamente por duas razões: a) sendo o processo de mediação algo pouco familiar para a grande maioria das pessoas que dele se utilizam, parece útil e necessário, para torná-lo mais produtivo, explicar às partes os caminhos que se pretende tomar, até para deixá-las mais à vontade com o que ainda não conhecem; b) uma das mais relevantes justificativas e propósitos da mediação é o “empoderamento” das partes em conflito, de modo que não parece adequado que elas sejam simplesmente conduzidas ao longo de um processo que não compreendem.

Michael Moffitt coloca muito bem a questão:

Transparência do mediador envolve compartilhar com as partes aquilo que o mediador acredita ser o melhor passo a ser dado em seguida e porque ele ou ela acredita que este passo é o mais apropriado. [...] Transparência no processo envolve dizer às partes que atividades elas desenvolverão em seguida. (1998, p. 1).



FIQUE DE OLHO

Além de esclarecer as partes o que é que se pretende fazer em cada etapa do processo, para o mesmo autor, é fundamental deixar claro também as razões para cada passo, respondendo à questão: “Por que é que passaremos nosso tempo fazendo isso?” e revelando a motivação do mediador para cada escolha (1998, p. 2).

Moffitt aponta diversos benefícios em tal conduta:

Primeiro, transparência ajuda a garantir que as partes têm clareza sobre o processo, sobre seus objetivos e sobre seus papéis nele. Partes que estão esclarecidas sobre o processo e seus objetivos também costumam sentir-se mais donas dos desfechos do processo e capazes de contribuir mais efetivamente na realização dos impactos desejados.

Segundo, transparência pode oferecer aos mediadores retorno imediato das partes acerca das decisões estratégicas que ele está tomando. [...]



Terceiro, embora ser transparente possa parecer requerer tempo extra, essa postura pode, na realidade, poupar tempo ao reduzir atrasos decorrentes da incerteza das partes.

Finalmente, transparência fornece uma abertura para o que o mediador está pensando, sua análise e decisões sobre o processo. Essa abertura pode ser uma ferramenta útil para aqueles que estão supervisionando ou treinando outros mediadores. E, de forma ainda mais significativa, na medida em que um dos objetivos da mediação é ajudar as partes a aprenderem a gerenciar suas próprias disputas, transparência pode servir para incrementar este aprendizado. (1998, p. 3)

Ele não sugere, contudo, que o mediador discuta com as partes cada pequena decisão que ele toma durante o processo, o que poderia comprometer inclusive a efetividade da mediação, mas recomenda que cada mediador avalie, em cada circunstância, em que medida maior transparência pode ser útil para o desfecho do processo e o aprendizado das partes.



ATENÇÃO

Na esfera dos conflitos envolvendo entes públicos, em especial aqueles de dimensão coletiva, o dever do mediador de garantir a adequada transparência ao processo é ainda mais essencial.

O já referido Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais constante da Resolução n. 125/2010 do CNJ inclui entre as regras que regem o procedimento de conciliação/mediação o dever de informação, qual seja: “*Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo*” (art. 2º., § 1º.).

1.8.1.8. Dever de zelar pela viabilidade do cumprimento do acordo

Um importante dever do mediador ou conciliador, que nem sempre vem mencionado expressamente em Códigos de Ética, consiste na obrigação de verificar se os termos do acordo redigido pelas partes representam um acordo exequível, se é possível monitorar o seu cumprimento e se as eventuais penalidades estabelecidas para o seu descumprimento são de montante suficiente a estimular o cumprimento espontâneo. Em outras palavras, o acordo deve estabelecer de forma clara quais são as obrigações, a quem compete cada uma delas, onde, quando e de que forma devem ser cumpridas, quem vai monitorar este cumprimento e o que acontece caso ocorra descumprimento.

Neste sentido, cabe referir que o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais anexo à Resolução n. 125/2010, do CNJ, inclui entre as regras que regem o procedimento de conciliação/mediação o chamado “*teste de realidade*”, qual seja, o “*dever*

de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento.” (art. 2º., § 5º.)

1.8.1.9. Dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados

Por fim, considerando que vejo a mediação como instrumento útil, necessário e apropriado para a resolução de conflitos envolvendo o Poder Público, não seria possível deixar de mencionar um dever que tem especial relevância nesse tipo de conflito, da mesma forma que também tem nos conflitos envolvendo interesses de menores.

Trata-se da responsabilidade do mediador perante “as partes não presentes à mesa” (“*parties not at the table*”), conforme o denomina Lawrence Susskind, mas que proponho chamar de “dever de zelar pelos interesses de terceiros afetados”.

O reconhecimento de tal dever, como aponta Susskind (2004, p. 513), de certa forma, vai de encontro à teoria tradicional de que o mediador não deve opinar sobre os méritos da solução encontrada pelas partes, ou seja, “*espera-se que os mediadores mantenham suas preferências pessoais para si e foquem apenas naquilo que as partes à mesa dizem que elas querem e precisam*” (2004, p. 513). Não é isso, porém, afirma ele, que ocorre na prática, pois

[...] mediadores raramente permanecem indiferentes aos termos dos acordos, eles frequentemente argumentam contra ou a favor de elementos específicos de um acordo (em suas conversações privadas com as partes), ainda que elas estejam muito inclinadas em favor destes elementos, e eles normalmente defendem uma determinada solução não apenas com base em questões estratégicas, mas também com base em fundamentos éticos. (2003, p. 514).

O exemplo clássico fornecido por Susskind é o do acordo de divórcio que pode não ser homologado pelo juízo se este entender que os interesses das crianças não foram adequadamente protegidos ou houve violação de norma legal.



ATENÇÃO

No que concerne aos conflitos envolvendo políticas públicas, aponta ele, ou se consideram também os interesses daqueles que não estão presentes à mesa, ou o cumprimento do acordo pode facilmente se revelar inviável (2003, p. 514).

Susskind aponta três razões, além da possível inviabilidade do acordo (que, a nosso ver, é uma das mais importantes), para se levarem em conta os interesses de terceiros no conteúdo do acordo:



1) a primeira é a de que não se pode olvidar que os acordos firmados em procedimentos de mediação estabelecem “precedentes informais” cujos efeitos devem ser levados em consideração no momento de celebrar o acordo;

2) a segunda é a de que as partes presentes à mesa devem ter em conta suas “responsabilidades de liderança”, ou seja, sua obrigação de tomar decisões “que evitem desperdício, sendo tão criativas quanto possível e levando em conta todas as informações relevantes e pareceres técnicos competentes”;

3) por fim, a

[...] terceira justificativa para os mediadores desempenharem um papel mais pró-ativo ao modelarem acordos de ‘alta qualidade’ é a necessidade de ‘publicizar os benefícios da mediação’ e educar as pessoas sobre as vantagens da mediação sobre outros meios alternativos de resolver o conflito. (2003, p. 515-516).

Para ele, cabe, assim, ao mediador “direcionar as partes para além da solução mais óbvia”, de modo a “maximizar os ganhos conjuntos” (2003, p. 516), fazendo um “esforço consciente para maximizar a justiça, eficiência, estabilidade e sabedoria de qualquer acordo.” (2003, p. 517).

A proposta de Susskind contempla a responsabilidade ética que falta incluir de forma expressa nos Códigos de Conduta de mediadores. Entendo que ela deve ser incluída por fundamentos similares, porém não exatamente idênticos aos apontados por ele, até porque originados de um sistema jurídico distinto do nosso.

Os acordos firmados em processos de mediação, notadamente aqueles que envolvem o Poder Público, não podem, de forma alguma, descuidar dos interesses, que muitas vezes são múltiplos, de todos aqueles que podem estar sub-representados na mesa de negociação e o mediador está na posição ideal para lembrar às partes ali presentes o que esse acordo pode representar no complexo tecido social em que ele se insere.

Seus efeitos sobre terceiros devem ser levados em conta por três razões:

a) respeito ao princípio da eficiência, já que acordo inviável possivelmente se torna acordo descumprido;

b) necessidade de respeito a todos os direitos fundamentais que possam ser afetados por seu conteúdo;

c) efeitos do acordo em termos de precedentes, já que sua possível e provável repetição é uma decorrência inevitável do princípio da isonomia, um dos pilares de nosso ordenamento jurídico.

Sobre esse tema, é importante mencionar que o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais anexo à Resolução n. 125/2010, do CNJ, inclui entre os princípios que regem a atuação destes profissionais o “respeito à ordem pública e às leis vigentes”, que se desdobra no “*dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública nem contrarie as leis vigentes*” (art. 1º., § 6º.).



1.8.1.10. Remuneração do mediador

O Código-modelo americano assim dispõe a respeito:

A. O mediador deverá fornecer a cada uma das partes ou seus representantes informações precisas e completas sobre os custos da mediação, despesas e qualquer outras potenciais taxas que possam ser incorridas em conexão com uma mediação.

1. Se o mediador cobra pelos seus serviços, ele deverá fazê-lo à luz de todos os fatores relevantes, incluindo o tipo e complexidade da matéria, as suas qualificações, o tempo requerido e as tarifas costumeiras para tais serviços.

2. O acordo referente aos honorários do mediador deverá ser escrito, a menos que as partes o requeiram de outra forma.

B. O mediador não deverá cobrar honorários de uma forma que possa afetar sua imparcialidade.

1. O mediador não deverá fazer acordo de honorários baseado no resultado da mediação ou no valor de eventual acordo.

2. Embora o mediador possa aceitar pagamentos desiguais pelas partes, ele não poderá permitir que este arranjo impacte de forma adversa sua habilidade de conduzir a mediação de forma imparcial.⁵³

Percebe-se que o dever em questão, além de relacionar-se à transparência para as partes quanto aos custos do processo, bem como a uma definição de valores cobrados pelo mediador que seja baseada na proporcionalidade do tempo dispendido, da qualificação e experiência do mesmo e à complexidade do tema, tem especial relevância também para a garantia de imparcialidade do mediador.

Embora a situação ideal, em termos de imparcialidade, seja aquela em que os honorários do mediador possam ser rateados pelas partes, nos EUA, é comum, entre os órgãos públicos que mantêm programas na esfera administrativa, que o Poder Público arque com o pagamento integral dos mediadores, em especial quando estes pertencem ao seu quadro de servidores – solução que, além de eliminar os custos para os particulares, também se revela compensadora para os cofres públicos, dada a economia de recursos gerada ao evitar a instauração de um litígio formal. Tal formato tem sido bem visto na prática, já que, sendo a utilização da mediação (bem como, por óbvio, a celebração do acordo) sempre voluntária para os particulares, se estes não confiarem na imparcialidade do mediador ou não entenderem que foi possível construir um acordo que atenda aos seus interesses, basta não participarem do procedimento ou não firmarem o acordo.

53. Standard VIII, tradução desta autora.



Já na esfera judicial, em que a utilização da mediação pode ter caráter obrigatório e não existe alternativa de solução de conflito à qual se possa depois recorrer, costuma-se adotar o efetivo rateio dos honorários, a menos que o particular não tenha condições tampouco de arcar com as custas processuais, sendo beneficiário de justiça gratuita.

O projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro contém disposição a respeito do tema:

Artigo 170. Ressalvada a hipótese do art. 168, § 6º., o conciliador e o mediador perceberão por seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.⁵⁴

§ 1º. A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2º. Os tribunais determinarão o percentual de audiências [sic] não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que haja sido deferida gratuidade de justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

O assunto já é tratado também pelo art. 7º. da Resolução nº. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que incluiu entre as atribuições dos “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos” de cada tribunal “regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica” (inciso VII).

Por fim, o PLS n. 434/2013 estabelece o seguinte:

A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos Tribunais, assegurada a gratuidade para as partes quando comprovada a hipossuficiência.



FIQUE DE OLHO

Não se estabeleceu, porém, de onde virá a remuneração dos mediadores no caso de gratuidade.

1.8.2. Co-mediação

A legislação colombiana sobre conciliação prevê que os estudantes do último ano de Psicologia, Serviço Social, Psicopedagogia e Comunicação Social poderão realizar seus estágios em centros de conciliação, apoiando o trabalho do conciliador e o desenrolar das audiências. A legislação estadunidense e argentina sobre mediação, em geral, não trata do assunto, muito embora a co-mediação seja bastante utilizada nos dois países.

54. O art. 168, § 6º., dispõe o seguinte: “O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.”

O primeiro projeto de lei brasileiro sobre mediação, o PLC n. 4.827/1998 (convertido no PLS 94/2002), prevê a figura da **co-mediação**, sempre que for recomendável pela natureza ou complexidade do conflito, a qual deverá ser realizada por profissional especializado na área de conhecimento a que concerne o litígio (artigos 16, *caput* e 33 do projeto), podendo ser requerida por qualquer dos interessados ou pelo próprio mediador (artigo 16, § 2º.). Prevê-se ainda a figura da co-mediação obrigatória nas controvérsias “que versem sobre o estado da pessoa e direito de família”, casos em que o co-mediador deverá ser um psiquiatra, psicólogo ou assistente social (artigo 16, § 1º.). A previsão merece aplauso.

No que concerne aos conflitos de dimensão coletiva, é bastante comum, nos países que utilizam a mediação, a utilização de ao menos dois mediadores, em especial quando o grupo de participantes envolve grande número de pessoas ou as questões envolvidas no conflito possam se beneficiar da atuação de mediadores com formações distintas.

Além de tratar das proibições e inadequações na conduta de um mediador, faz-se necessário, por óbvio, apontar também quais são as qualidades necessárias para um bom desempenho.

1.8.3. As qualidades necessárias para um bom mediador

Entre as características normalmente elencadas, destacam-se:

- a)** capacidade de escuta;
- b)** atenção aos detalhes no comportamento das partes;
- c)** flexibilidade e criatividade;
- d)** paciência;
- e)** visão (capacidade de aprofundar os níveis latentes ao conflito)⁵⁵;
- f)** empatia e capacidade de não julgamento;
- g)** confiabilidade/ credibilidade.

55. Ver, por exemplo, ÁLVAREZ, Gladys. Ser um mestre em mediação? In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Orgs.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.





Bowling e Hoffman descrevem de forma bastante consistente e original uma qualidade essencial para um bom mediador, que eles chamam de “presença”. Baseados na observação de que a simples presença do mediador afeta o comportamento das partes em conflito, e também de que, durante o processo de mediação, desenvolve-se um relacionamento entre as partes, de modo que *“as qualidades pessoais das partes podem influenciar o mediador, da mesma forma que as qualidades pessoais do mediador afetam as partes”* (2003, p. 21)⁵⁶, eles proclamam que a presença do mediador deve ser “integradora”, qualidade que abrange os seguintes componentes: *“– estar centrado; – estar conectado com os próprios valores e crenças e com objetivos elevados; – estar em contato com a humanidade das partes; – ser coerente”*.⁵⁷ A coerência carrega consigo, segundo eles, autenticidade, mas também a capacidade de adaptar o próprio comportamento à condição vivenciada pelas partes.

Uma questão sempre aventada quando se trata de qualidades desejáveis em mediadores diz respeito ao peso que deve ser dado à familiaridade do mediador com a matéria envolvida no conflito. Sob o prisma das vantagens, conforme Carole Silver (1996), aponta-se que o processo normalmente será mais rápido – e, de consequência, mais barato, graças ao conhecimento prévio do mediador, que fará com que rapidamente ele entenda o que está em disputa. Sob o prisma das desvantagens, levanta-se a preocupação de que excessivas conexões ou familiaridade com uma determinada área profissional podem acarretar preconceitos e tendências, com prejuízo para a imparcialidade do mediador.

Trata-se de preocupação semelhante à decorrente do fato de o mediador atuar profissionalmente, e não eventualmente, o que, para a mesma autora, também ocasiona riscos para a imparcialidade, já que, quando se trata de litigantes habituais, o mediador tende a buscar se assegurar de que seja escolhido novamente em outros processos. Para Silver, a combinação de conhecimento sobre a matéria do conflito com a atuação profissional como mediador apresentaria seríssimos riscos para a imparcialidade (1996, p. 52) – cabe ressaltar, porém, que este risco só existe, por evidente, no caso dos conflitos que envolvem litigantes habituais.

De outra parte, como ela mesma lembra, o mediador profissional precisa estar mais *“atento à manutenção de uma reputação de integridade, de modo a sustentar sua carreira, de maneira que se pode argumentar que ele tem mais razões para manter sua imparcialidade do que o mediador eventual, que não depende desta carreira para o seu sustento.”* (1996, p. 46)⁵⁸, o que acaba minimizando o risco de parcialidade – ao menos nos conflitos que não envolvem litigantes habituais.

56. Tradução desta autora.

57. Tradução desta autora.

58. Tradução desta autora.

Na seara dos conflitos envolvendo políticas públicas, conforme apurei em minha pesquisa de campo nos EUA, existe uma clara preferência dos entes públicos por mediadores com conhecimento ou familiaridade com a matéria envolvida no conflito, o que se explica pela complexidade destes, mas também pode, evidentemente, acarretar riscos para a imparcialidade, já que entes públicos são litigantes habituais por excelência.

1.9. Fundamentos jurídicos e principais previsões normativas sobre resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público no Brasil

1.9.1. Fundamentos constitucionais

Os três grandes fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de métodos consensuais na resolução de conflitos em que se vê envolvido o Poder Público, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, são:

a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º., XXXV, da Const. Federal), que exige a disponibilização de métodos **adequados (sob os aspectos temporal, econômico e de resultados)** de resolução de conflitos, não se subsumindo a uma simples garantia de **acesso** formal ao sistema judicial – princípio do qual decorre o também positivado princípio da razoabilidade na duração do processo administrativo e judicial (art. 5º, LXXIV);

b) o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), que demanda sejam os conflitos resolvidos da forma que apresente a melhor relação entre custo e benefício, ou seja, menores custos, menos tempo, menos desgaste para a relação entre as partes e melhores resultados para ambas;

c) o princípio democrático, fundamento de nossa ordem constitucional (art. 1º.), que decorre de o Estado não ser um fim em si mesmo e reclama portanto que, quando o Poder Público se veja envolvido em conflitos com particulares, ele se disponha, em primeiro lugar, a dialogar com estes para encontrar uma solução adequada para o problema.

Por tais razões, o Poder Público deve necessariamente disponibilizar métodos de resolução consensual de conflitos para as situações em que estiver litigando com particulares – não sendo, todavia, os particulares, por evidente, obrigados a tomar parte nestes processos consensuais, podendo optar, se assim entenderem mais apropriado, pelo processo contencioso tradicional. Da mesma forma, nos conflitos que envolvem entes públicos entre si, a solução consensual deve ser buscada até que se tenha sucesso, por decorrência lógica do princípio da eficiência.



1.9.2. Fundamentos infraconstitucionais

A par dos fundamentos constitucionais, nosso ordenamento infraconstitucional conta, desde 1990 ⁵⁹, com diversas previsões de resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a maioria inclusive versando sobre direitos indisponíveis.

A primeira grande inovação neste sentido foi feita pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 1990), ao alterar a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 1985) e acrescentar o parágrafo 6º. ao seu artigo 5º., o qual prevê a celebração de “ajustes de conduta” em todos os temas que podem ser objeto da referida ação, vale dizer, meio ambiente, patrimônio cultural, histórico e paisagístico, ordem econômica, defesa do consumidor, entre outros. Muito embora haja quem afirme que não existe autêntica negociação na celebração de termo de ajustamento de conduta, o ideal é que ela exista, sim, até porque o mais comum é que diferentes direitos fundamentais colidam entre si nos conflitos de natureza coletiva, devendo-se buscar a solução que seja capaz de compatibilizá-los de forma ótima.

No mesmo ano de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069) também previu, em seu artigo 211, a possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

Tal exemplo foi seguido pela legislação de defesa da concorrência (Lei 8.884, de 1994), cujo artigo 53 admitiu a celebração de compromisso de cessação de conduta para suspender processo administrativo sancionador. Este modelo segue sendo adotado pela nova lei que disciplina o assunto (Lei n. 12.519, de 2011), cujos artigos 9º., V, e 85 continuam a dispor sobre o compromisso de cessação de conduta lesiva à concorrência.

Em 1997, a Lei n. 6.385, de 1976, que disciplinou o mercado de capitais e criou a Comissão de Valores Mobiliários para regulá-lo, foi alterada pela Lei n. 9.457, que incluiu os parágrafos 5º. a 12 em seu artigo 11, que trata do processo administrativo sancionador. Os novos parágrafos 5º. a 9º. tratam da possibilidade de suspensão do processo punitivo mediante celebração de termo de compromisso de ajustar a conduta às prescrições legais. Alguns destes parágrafos tiveram sua redação alterada pelo Decreto n. 3.995, de 31 de outubro, mas a tônica foi mantida. Tais dispositivos foram regulamentados pelas Deliberações CVM n. 390, de 2001, e n. 486, de 2005. Na prática, somente após a regulamentação, que criou o Comitê de Termo de Compromisso, é que a norma passou a efetivamente ser levada a efeito, produzindo-se percentuais altíssimos de cumprimento de acordos.

Em matéria ambiental, a Lei n. 9.605/1998 (art. 79-A), o Decreto n. 99.274/1990 (art. 42) e o Decreto n. 6.514/2008 (arts. 139 a 148) também admitem a celebração de compromisso de ajuste de conduta, reforçando e detalhando o permissivo já contido na Lei da Ação Civil Pública.

O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741, de 2003) também contém, em seu artigo 74, X, previsão de possibilidade de celebração de ajuste de conduta.

59. Isto se não se considerar o Código Tributário Nacional, de 1966, que já admitia a extinção do crédito tributário por meio de transação – norma que, por seu turno, demanda detalhamento por lei específica.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, igualmente, admite procedimento desta natureza no exercício das atividades de fiscalização das instituições de ensino superior (Lei n. 9.394/1996, art. 46, § 1º.; Decreto n. 5.773/2006, arts. 47 a 50). No mesmo compasso, a Consolidação das Leis do Trabalho foi alterada em 2001, com acréscimo do artigo 627-A e alteração do artigo 876, para se prever a possibilidade de celebração de termo de compromisso ou de ajuste de conduta em matéria de saúde e segurança do trabalho. Tais regras foram regulamentadas pelo Decreto n. 4.552/2002 (art. 28).

A legislação de quase todas as agências reguladoras contém norma semelhante: a) ANEEL – artigo 3º., V, da Lei n. 9.427, de 1996, e Resolução ANEEL n. 333, de 2008; b) ANATEL – artigo 19, XVII, da Lei n. 9.472, de 1996; c) ANP – artigo 20 da Lei n. 9.478, de 1997 e Portaria ANP n. 69/2011, art. 54; d) ANTT – Resolução n. 442/2004; e) ANTAQ – Resolução n. 987/2008; f) ANS – Lei n. 9.656, de 1998, art. 29, § 1º. e Lei n. 9.961, de 2000, art. 4º., XXXIX; g) PREVIC – Lei n. 12.154, de 2009, art. 2º., VIII; Instruções PREVIC n. 3 e n. 7/2010⁶⁰.

Vê-se, assim, que quase todas as normas referidas tratam de direitos indisponíveis – o que não é grande novidade, já que o Código de Processo Civil (artigo 447, parágrafo único), a Lei de Divórcio e outros diplomas sempre admitiram a celebração de acordos em conflitos na área de direito de família, onde abundam os direitos indisponíveis (guarda e visita a filhos, por exemplo). Da mesma forma, a transação já é admitida em matéria de infrações penais leves desde a Lei n. 9.099, de 1995, que criou os Juizados Especiais Criminais, tendo sido ampliada com a edição da Lei n. 10.259, que criou os Juizados Especiais Federais (a pena máxima para os crimes cuja persecução pode ser “negociada”, que era de um ano, passou a dois anos).



ATENÇÃO

Não se pode, portanto, de forma alguma **confundir indisponibilidade com intransigibilidade**, pois esta somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação – como se vê do artigo 17, parágrafo 1º, da Lei n. 8.429, de 1992, que versa sobre improbidade administrativa.

Constituem ainda fundamentos legais para a utilização de meios consensuais no curso do processo administrativo o princípio da proporcionalidade, previsto no artigo 2º., VI, da Lei n. 9.784, de 1999, e a previsão do artigo 2º., IV, da Lei n. 9.873, de 1999, no sentido de que a instauração de alguma espécie de conciliação interrompe o curso da prescrição para fins de processo administrativo na esfera federal.

60. Uma observação à parte merece ser feita ao cabo desta descrição de tantas normas que admitem a resolução consensual de conflitos em temas sensíveis: nem sempre a previsão normativa tem sido acompanhada da devida implementação de programas pelos entes públicos competentes. A pesquisa de campo que realizei no Brasil revela que são ótimos programas, que já produziram excelentes resultados, os do CADE, o da CVM e o da ANEEL. Muitas destas normas, infelizmente, ainda não “saíram do papel”.



Ainda na esfera administrativa, vale registrar que a previsão constante na legislação de diversas agências reguladoras, de realização de consultas e audiências públicas, para a elaboração de seus atos normativos, e que é adotada mesmo por entes que não dispõem de tal previsão legal (como o Banco Central do Brasil, cuja legislação básica é a Lei n. 4.595/1964), é um reforço muito importante para a ideia de consensualidade na tomada de decisões na Administração Pública. Muito embora no direito brasileiro as manifestações apresentadas não vinculem a Administração, nos EUA, a partir desta previsão, em muitos casos se adota o procedimento do “negotiated rulemaking”, buscando-se alcançar um consenso entre os setores regulados e os usuários dos serviços regulados, que é levado em conta pelo ente regulador competente ao elaborar a norma⁶¹.

Já na esfera judicial, temos, além da já citada legislação dos Juizados Especiais Federais, a lei que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispondo sobre o processamento especial dos litígios de pequena monta envolvendo os Estados, Distrito Federal e Municípios – Lei n. 12.153, de 2009. Note-se que esta lei necessita de complementação por legislação de cada Unidade da Federação, nos termos de seu artigo 8º. E, na esfera federal, a legislação básica sobre transações é a Lei n. 9.469, de 1997, que admite transação sem diferenciar ou restringir a matéria, para os litígios que envolvem a União ou outro ente federal. Esta norma está regulamentada por diversas Portarias da Advocacia-Geral da União e seus órgãos vinculados. Da mesma forma, vale mencionar que o Código Tributário Nacional admite a transação como forma de extinção do crédito tributário (artigo 156, III).

1.10. Peculiaridades da resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público

A defesa das possibilidades que a resolução consensual de conflitos oferece não implica, naturalmente, negar as cautelas adicionais que esta requer em face das especificidades atinentes ao regime jurídico da Administração Pública. Estas especificidades acarretam limitações ao poder/dever de transigir e decorrem basicamente dos princípios da legalidade (ou da juridicidade), da isonomia e da publicidade.

O **princípio da legalidade** é um dos primeiros argumentos apresentados por aqueles que se opõem à utilização da consensualidade na esfera pública. Pretende-se extrair do princípio da legalidade a consequência de que o ordenamento jurídico não deixa nenhum espaço para a negociação no momento de aplicação da lei ao caso concreto. Ora, não é necessário sequer ter conhecimentos jurídicos especializados para saber das múltiplas interpretações possíveis acerca de cada norma, a depender do assunto envolvido – sem mencionar as eventuais dificuldades de identificar qual a norma efetivamente aplicável. É fato notório e frequente (embora evidentemente indesejável) a presença de lacunas e contradições em nossa ordem jurídica, nem todas solucionáveis pelos crité-

61. Eu trato do assunto na obra “Meios consensuais...”, já referida (no item “elaboração negociada de regulamentos administrativos”), e também Sérgio Varela Bruna, na obra “Agências reguladoras: poder normativo, consulta pública, revisão judicial”, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, explora bastante bem o tema.



rios hierárquico, temporal e de especialidade. A isto pode se acrescentar o fenômeno ineliminável da colisão entre direitos fundamentais, da qual decorre a potencial colisão entre políticas públicas. Forneço exemplos: pense-se na presença de recursos minerais estratégicos e valiosos em terras indígenas ou territórios quilombolas. Ora, a Constituição Federal assegura, a um só tempo, o reconhecimento de territórios a tais comunidades, e o interesse público na exploração de nossos recursos minerais. Pense-se ainda na coincidência geográfica parcial (e tais exemplos não são exercícios de imaginação, mas sim extraídos de minha atuação como Conciliadora na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Advocacia-Geral da União em 2010 e 2011) entre territórios de populações remanescentes de quilombos e os limites de unidades de conservação, cuja proteção também é um mandamento constitucional. O potencial de conflitos é imenso – e o recurso à legalidade pura e simples não fornece nenhuma solução. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar tais direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que lhe traça os limites. Por tal razão, todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo) se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade. Tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos.

Uma segunda “limitação” igualmente relevante é o **princípio da isonomia**. O Poder Público, quando firma um acordo, assim como se dá em qualquer outro ato administrativo, está estabelecendo um precedente – ou seja, todo aquele que se veja em conflito com ente público na mesma situação ou em outra muito similar terá pleno direito de invocar para si a mesma solução, por decorrência evidente do princípio da isonomia. Por tal razão, antes de firmar um determinado acordo, é natural que o Poder Público busque averiguar e levar em conta se o conflito em questão é uma situação única ou um conflito repetitivo no qual milhares de pessoas também se enquadram. E deve levar isso em conta não apenas por saber que terá que firmar o mesmo acordo em situações semelhantes, mas também para verificar se será viável, técnica e financeiramente, o cumprimento de tais acordos.

Por fim, a terceira peculiaridade da resolução consensual de conflitos na esfera pública se deve à incidência do **princípio da publicidade**. Quando se analisa, por exemplo, a doutrina, seja brasileira, seja alienígena, sobre mediação de conflitos, muito se ouve falar sobre ser a confidencialidade essencial ao desenvolvimento da mediação. Assim não me parece, nem sequer na esfera privada. Na realidade, o que se busca com a confidencialidade é que as partes fiquem mais à vontade para negociar – e a confidencialidade não é o único fator relevante para chegar a este resultado. Não se pode negar que, havendo um terceiro como facilitador da negociação (no caso, o mediador), é fundamental que as partes envolvidas no conflito nele confiem e é também bastante salutar para o progresso da negociação que ele tenha sessões separadas com cada uma das partes – de cuja existência todas elas devem ter conhecimento. Neste espaço (sessões privadas), é eventualmente possível que entes públicos ou os particulares revelem ao mediador alguma informação que não desejem que chegue ao conhecimento



da outra parte, normalmente por enfraquecer sua posição na negociação. Admite-se, nestes casos, que o mediador mantenha sigilo sobre tais informações – desde que elas não se enquadrem nas exceções à confidencialidade da mediação que são reconhecidas inclusive na esfera privada (intenção de praticar um crime, revelação da violação a direitos de menores ou outras normas de ordem pública, etc.).

Não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, muito menos para a documentação produzida durante o procedimento de resolução consensual do conflito, a menos que se trate de informação acobertada por sigilo comercial, industrial, bancário, que coloque em jogo a intimidade ou a vida privada de particulares ou, ainda, que se trate de algum segredo de Estado. Vale dizer, quando se pensa em resolução consensual de conflitos envolvendo o Poder Público, a publicidade é a regra; a confidencialidade é a exceção e precisa ser juridicamente justificada.

Vale registrar que esta diferenciação (não aplicação da confidencialidade) é tão relevante que, justamente por conta dela, defendo que não existe, na esfera pública, como existe na esfera privada, a necessidade de separação das figuras do terceiro que facilita o diálogo (o mediador) e do terceiro julgador (que decidirá o conflito se o acordo não for alcançado). Por tal razão, se forem devidamente capacitados, entendo que também os magistrados podem conduzir o processo de resolução consensual de conflito que envolva entes públicos, sendo de certa maneira artificial aqui a distinção que se costuma fazer entre mediação e conciliação⁶².

1.11. Os (falsos) argumentos contrários à consensualidade na esfera pública

Além do já mencionado (e refutado) argumento atinente à incidência do princípio da legalidade, aqueles que resistem à aplicação da consensualidade para a resolução de conflitos na esfera pública costumam invocar também outros argumentos: a) a desigualdade nas relações de poder; e b) a suposta supremacia e indisponibilidade do interesse público.

Quanto à desigualdade nas relações de poder, notadamente nos casos em que está envolvido um ente público federal ou estadual e um indivíduo (o exemplo clássico pode ser o segurado e o INSS), ela é de fato evidente e não pode ser ignorada quando se pensa em resolução consensual de conflitos. Não se trata porém de obstáculo incontornável. De fato, a desigualdade torna inadequada a negociação direta entre as partes,

62. Existem várias diferenças apontadas pela doutrina brasileira entre os dois métodos, sendo uma das mais comuns a de que o mediador não pode sugerir soluções para o conflito, ao passo que o conciliador pode. Esta distinção já caiu claramente por terra nos EUA, eis que um estilo mais ativo de mediação (conhecido como “mediação avaliativa” e que é muito utilizado) admite claramente que o mediador desempenhe um papel de condutor do acordo, sendo que, na prática, nem sequer se registra (aqui ou nos EUA) no acordo de onde partiram as propostas de solução – pois isto é irrelevante. A distinção mais relevante é a que diz respeito à abordagem, mais rasa ou mais aprofundada, do conflito e suas razões. Enquanto na conciliação esta abordagem é mais superficial, na mediação deve ser mais profunda, valorizando-se seu papel pedagógico, pois esta deve ser usada quando as partes têm um relacionamento entre si que querem preservar (exemplo: sócios de uma empresa, Fisco e contribuinte, indústria e órgão ambiental), ao passo que aquela (a conciliação) serve para os conflitos em que não há relacionamento entre elas (exemplo: acidente de trânsito).



mas torna altamente recomendável a utilização da mediação, que é a negociação facilitada por um terceiro.



Um dos deveres elementares do mediador é buscar amenizar a eventual desigualdade entre os envolvidos no conflito, indicando ao lado mais fraco a necessidade de buscar um advogado ou outro perito técnico para aconselhá-lo, quando for o caso, buscando certificar-se de que ele compreendeu as questões técnicas e jurídicas que estão em jogo, buscando assegurar que informações essenciais para a resolução do conflito sejam compartilhadas entre as partes. Também é dever ético do mediador buscar garantir que os interesses legítimos daqueles que não estão presentes à mesa de negociação (por impossibilidade) sejam respeitados (é o caso de filhos menores, por exemplo, na seara privada).

O melhor argumento para se buscar uma decisão a respeito da adequação da mediação de conflitos à resolução de conflitos na seara pública consiste em realizar a sua comparação com o processo adversarial tradicional, seja na esfera administrativa ou em juízo. Será que o processo contencioso, com seu formalismo e rigoroso sistema de preclusões, oferece maiores condições de igualdade? Será que o processo judicial, em que tantas e tantas vezes a questão de direito material é esquecida em prol de discussões processuais, e em que é comum que o “vencedor” seja quem melhor manipula o procedimento, por ter o melhor advogado, é um processo baseado em maior equilíbrio de poder? É evidente que não. As possibilidades de enfrentar o desequilíbrio de poder, em realidade, são muito mais proficuas na mediação.

Quanto ao segundo argumento, o da indisponibilidade e supremacia do interesse público, em primeiro lugar, é preciso esclarecer de que interesse público se está tratando: o primário ou o secundário? Quando se trata do interesse público secundário, aquele meramente patrimonial, como bem distinguiu o administrativista italiano Renato Alessi, cujas lições foram trazidas ao Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, não existe nem indisponibilidade nem supremacia.

Quando se trata de interesse público primário, este sim indisponível, pensar numa ideia de supremacia somente resolve o problema quando ele está em confronto com interesses individuais não consistentes em direitos fundamentais. Como já demonstraram bastante bem Gustavo Binbenojm e outros publicistas de escol, não existe supremacia de interesses titularizados pelo Estado e direitos titularizados por particulares quando ambos desfrutam de proteção constitucional. De outra parte, como já demonstrei nos exemplos citados no item anterior, interesses públicos primários, portanto indisponíveis, frequentemente colidem entre si (como também acontece com direitos fundamentais), havendo uma necessidade inadiável de harmonização entre eles, razão pela qual o nosso legislador já reconheceu implicitamente inúmeras vezes que **indisponibilidade não se confunde com intransigibilidade**, ao admitir a utilização da negociação em um uma série de conflitos que envolvem direitos indisponíveis, de natureza pública e difusa inclusive, como visto no item 1.9 (acima).



Vale lembrar que, na esfera privada, desde sempre foi admitida a transação no que se refere a direitos indisponíveis, como se deu desde a primeira Lei do Divórcio, de 1977, e como se vê na previsão do artigo 447, parágrafo único do Código de Processo Civil em vigor, que trata da conciliação em matéria de família⁶³.



PARA REFLETIR

Como é possível assegurar que mediadores e conciliadores efetivamente observem as diretrizes éticas que devem nortear a sua atividade?

Quais são os especiais desafios que se colocam para o mediador que atua nos conflitos envolvendo o Poder Público?

63. Vale referir a distinção, nem sempre evidente, entre transação, de um lado, e negociação, conciliação ou mediação, de outro: enquanto estas três últimas designam um processo de resolução consensual de um conflito, a transação é o acordo propriamente dito, resultante de qualquer um dos três processos.

Referências bibliográficas

ALBERSTEIN, Michal. Forms of mediation and law: cultures of dispute resolution. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 22, p. 321-361, 2007.

ALMEIDA, Tania. Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. *Resultado – Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial*. Brasília: CBMAE, a. II, n. 18, p. 9-11, mar./abr. 2006.

_____. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 93-102.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

_____. *La visión del conflicto y su resolución en el nuevo perfil del abogado*. Disponível em: <<http://www.fundaciónlibra.com.br>>. Acesso em: 20 jul. 2006.

_____. Ser um mestre em mediação? In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39-47.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 1-22.

AZEVEDO, André Gomma de. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v. 1.

_____. *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2

_____. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 17-38.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 117-169.



BIRKE, Richard. Evaluation and facilitation: moving past either/or. *Journal of Dispute Resolution*, University of Missouri, n. 309, 2000.

BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David. Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on the mediation. In: BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David (Orgs.). *Bringing peace into the room: how the personal qualities of the mediator impact the process of conflict resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2003. p. 13-48.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

ENTELMAN, Remo. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2002.

FEERICK, John; IZUMI, Carol; KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela; MOBERLY, Robert; RISKIN, Leonard; SHERMAN, Edward. Standards of professional conduct in alternative dispute resolution. *Journal of Dispute Resolution*, Symposium, 1995.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luiza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

FISS, Owen. Against settlement. *Yale Law Review*, v. 93, n. 1.073, 1984.

_____. Symposium "Against settlement: twenty-five years later." The history of an idea. *Fordham Law Review*, v. 78, n. 1273, dez. 2009.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e direito do trabalho: alcance e possibilidades para o emprego da mediação. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 183-200.

_____. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 509-534.

GEWURZ, Ilan G. (Re)designing mediation to address the nuances of power imbalance. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 19, n. 2, p. 135-162, Winter 2001.

GIRARD, Jennifer. Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo? Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>> Acesso em: 31 mar. 2008.

LEDERACH, John Paul. *The little book of conflict transformation*. Intercourse (PA): Good Books, 2003.

MCCORKLE, Suzanne. The murky world of mediation ethics: neutrality, impartiality and conflict of interest in State Codes of Conduct. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 23, n. 2, p. 165-183, Winter 2005.

MCEWEN, Craig. Giving meaning to mediator professionalism. *Dispute Resolution Magazine*, v. 11, n. 3, Spring 2005.

MOFFITT, Michael. Mediation 'transparency' helps parties see where they're going. *Alternatives to the high cost of litigation*, v. 16, n. 81, p. 1-4, June 1998.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: CASELLA, Paulo de Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.p. 103-117.

O'LEARY, Rosemary. Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. *Journal of Public Administration Research and Theory*, University of Kansas, v. 10, January 1, 2000.

PADILLA, AlirioGalvis. *Análisis comparativo de la legislación de mediación y conciliación colombo-argentina*. Disponível em: <<http://www.conciliación.gov.co>>. Acesso em: 20 jul. 2007.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria Geral da Mediação – à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SERPA, Maria Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SHAPIRO, Daniel. Emotions in negotiation: peril or promise? *Marquette Law Review*, v. 87, p. 737-745, Apr. 2004.

SILVER, Carole. Models of quality for third parties in alternative dispute resolution. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 12, p. 37-80, 1996.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.



SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUSSKIND, Lawrence. Expanding the ethical obligations of the mediator: mediator accountability to parties not at the table. In: MENKEL-MEADOW, Carrie; WHEELER, Michael. *What's fair – Ethics for negotiators*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. p. 513-518.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WHITING, Raymond. 1988. *The use of mediation as a dispute settlement tool: an historical review and scientific examination of the role and process of mediation*. PhD Dissertation. Syracuse University, Graduate School of Social Science, December 1988.





2

ETAPAS DO PROCESSO DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS COLETIVOS – PARTICIPANTES; FASES PRELIMINARES



Sobre o capítulo

No capítulo 2, aprenderemos um pouco mais sobre as etapas do processo de resolução consensual de conflitos coletivos. Ao final deste capítulo, espera-se que você:

- reconheça as vantagens do caminho consensual na resolução de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas;
- saiba mais sobre a figura do mediador num conflito de natureza coletiva, questões atinentes a sua escolha e remuneração;
- compreenda o conceito de consenso que pode ser obtido num diálogo colaborativo;
- identifique as especificidades da confidencialidade numa mediação de conflito coletivo;
- saiba como identificar os potenciais participantes de um processo desta natureza;
- conheça as fases do processo de resolução consensual de um conflito de dimensão coletiva;
- saiba como lidar com a necessidade de medidas de urgência no início do processo e outras questões processuais relevantes quando se tratar de conflito judicializado.



2. Introdução

Em primeiro lugar, é interessante esclarecer o que se entende por conflito coletivo. Conflito coletivo é todo aquele que envolve direitos coletivos. Na legislação brasileira, encontramos uma definição de três categorias de direitos coletivos em nosso Código de Defesa do Consumidor, no parágrafo único do artigo 81:

- 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;
- II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

São exemplos da primeira categoria (direitos difusos) os direitos das pessoas atingidas pelos efeitos da poluição em um determinado local, que são todos que por ali passam, ou os das pessoas que assistirem a uma propaganda enganosa.

São exemplos da última categoria (direitos individuais homogêneos) os direitos das pessoas atingidas pelos efeitos de um acidente ambiental (um vazamento de produtos tóxicos) ou de consumo (um lote de produtos defeituosos) específico.

São exemplos da segunda categoria (direitos coletivos em sentido estrito) os direitos que dizem respeito a uma categoria jurídica de pessoas, como os servidores de um mesmo ente público ou os empregados de uma mesma empresa, que têm direito a condições de saúde e segurança no trabalho.

Não podemos negar a maior complexidade que caracteriza os conflitos coletivos que envolvem políticas públicas.

Esses conflitos ocorrem tanto na esfera administrativa quanto nos conflitos judicializados, que decorrem dos questionamentos de ações ou omissões da Administração



Na esfera administrativa, pode haver conflitos, por exemplo:

- num processo de licenciamento ambiental;
- no processo de demarcação de uma terra indígena ou de um território quilombola;
- num processo administrativo punitivo, que enseja a aplicação de penalidades.

Pública ou de litígios envolvendo grupos sociais ou econômicos. Esta complexidade decorre de vários fatores:

- a)** o fato de estes conflitos atingirem uma pluralidade de titulares de direitos no polo ativo e, normalmente, no polo passivo, poderem envolver mais de um órgão público que tenha competência na proteção destes direitos (algumas vezes de mais de uma esfera da Federação);
- b)** o fato de que muitos destes conflitos são multifacetados, envolvendo direitos fundamentais que estão em conflito com outros direitos também de natureza fundamental.

Como podemos ver, coloca-se como absolutamente desafiadora para o Poder Público a perspectiva de realizar a adequada ponderação dos interesses em jogo, obtendo uma solução que seja ao mesmo tempo viável e juridicamente aceitável. Em razão de seu potencial para gerar um diálogo que propicie o esclarecimento de interesses convergentes e divergentes, além da exploração de soluções que atendam a todos os interesses legítimos, a **mediação** se afigura, assim, como **o instrumento apropriado para a busca de uma solução que, além de preencher os requisitos jurídicos cabíveis, seja efetivamente construída e aceita por todos os envolvidos.**

Afirmar-se, porém, que deve haver tentativa de solução consensual do conflito por meio da mediação é dizer muito pouco, já que inúmeras questões surgem a respeito de como operacionalizar o funcionamento deste instrumento:

- Quem será(ão) o(s) mediador(es)?
- Como ele será escolhido?
- As sessões de mediação devem ser públicas ou confidenciais?
- Quem deve participar delas?
- Como se dá o deslinde de questões técnicas que afetem a solução do conflito?
- Devem ser consideradas as informações e dados relevantes que estão em poder de órgãos públicos?
- E se houver necessidade de medidas de urgência?
- E se a solução do problema exigir a alteração de leis orçamentárias ou mesmo de outra natureza?
- Como se monitora o cumprimento do acordado?



- Que tipo de sanção pode ser prevista para garantir o cumprimento do acordo?

O propósito deste e do próximo capítulo é responder a todas essas questões, utilizando-se para tanto da experiência de outros países e dos princípios constitucionais e legais consagrados na legislação brasileira.

Muito embora a utilização de conciliação em ações coletivas já seja perfeitamente admissível à luz do ordenamento vigente, ainda são relativamente raras as experiências neste sentido na prática forense pátria, sendo de se registrar, apenas, a realização de audiências públicas e a participação de *amicus curiae* em ações diretas de inconstitu-



FIQUE DE OLHO

Um estudo de Rosemary O'Leary também aponta os seguintes dados:

- 47% dos Estados americanos adota programas de resolução de conflitos envolvendo a atuação de um terceiro facilitador;
- dos 53% restantes, um terço tinha a intenção de implementar tais programas no futuro (quando ela fez a pesquisa);
- um terço não tinha programas oficiais, mas contavam com entidades não-governamentais fortes e confiáveis que atuavam na resolução consensual de conflitos na área ambiental. (Environmental management at the millenium: the use of environmental dispute resolution by State governments. *Journal of Public Administration Research and Theory*, vol. 10, University of Kansas, January 1, 2000, p. 137 e ss.)

A pesquisa demonstrou que, quanto maior o comprometimento do Estado com a proteção ambiental, maior o grau em que ele também se preocupou em institucionalizar meios de solução consensual de conflitos nesta área.

Saiba mais: GIRARD, Jennifer. *Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo?* Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>>. Acesso em: 31 de março de 2008.

cionalidade (a qual é prevista pela Lei 9.868, de 1999).

Cabe demonstrar, assim, que vantagens seriam efetivamente trazidas pela utilização do instituto da mediação, ao lado das já existentes na **negociação** (termo de ajustamento de conduta extrajudicial) e na **conciliação** (termo de ajustamento de conduta judicial) envolvendo direitos indisponíveis no sistema jurídico brasileiro.

Primeiramente, cabe uma palavra a respeito da reduzidíssima utilização e apresentação de resultados positivos no que concerne à conciliação em juízo nos conflitos de natureza transindividual. Sobre o tema, é oportuno colher os comentários do Prof. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em pesquisa que ele realizou há cerca de uma década a respeito do tema:

Os dados relativos a compromissos de ajustamento de conduta realizados na fase judicial são desalentadores: um único caso, representando 1,14% do número total de ações pesquisadas. Várias causas podem ser apontadas para justificar tal situação: a) a falta de experiência e mesmo do conhecimento do que significa e como funciona o compromisso de ajustamento de conduta, em especial para o encaminhamento da negociação, e o estabelecimento das condições nos limites autorizados por lei; b) a falta de oportunidade na fase judicial, pois não se costuma realizar audiência de conciliação específica para tanto; c) o receio, mesmo das pessoas mais experientes, em celebrar tais compromissos pela responsabilidade que ele representa, em face dos direitos em jogo, sendo mais confortável promover a ação ou deixá-la prosseguir. (1999, p. 207).

Se, por um lado, a celebração de termos de ajuste de conduta extrajudicial em algumas matérias revela-se mais profícua, é inegável que nem sempre esta possibilidade é efetivamente levada a efeito, notadamente em casos de maior complexidade técnica ou intersubjetiva.

Ademais, em nosso país, a cultura dos operadores jurídicos em geral – e isso, infelizmente, não é diferente para parte significativa dos membros do Ministério Público, instituição presente no polo ativo da maioria dos compromissos de ajuste de conduta – é predominantemente voltada para o litígio, para buscar a vitória por meio do contencioso judicial, inexistindo o domínio de técnicas de negociação ou conciliação que favoreçam o diálogo rumo a uma solução consensual.

A simples realização de audiências públicas (as quais, como se sabe, não tomam decisões vinculativas para o Poder Público), propiciando amplo debate e participação de todos os interessados, embora defendida com ardor por grande parte da doutrina, não garante que o diálogo ocorra de forma produtiva e que partes pouco dispostas a ouvir busquem construir soluções que contemplem todos os interesses em jogo.

Podemos nos valer, neste aspecto, dos ensinamentos de dois professores norte-americanos, Judith Innes e David Booher (2004). Eles formulam uma rigorosa crítica aos instrumentos de participação pública previstos na legislação estadunidense (notadamente as audiências públicas), que não conseguem obter uma genuína participação no processo decisório e/ou no planejamento. Na prática, frequentemente trata-se de espaços de litigiosidade constante, onde não ocorre o diálogo e a negociação dos interesses contrapostos, sendo realizados apenas para cumprir as exigências legais.



Para os autores referidos, atualmente, “nós estamos presos à armadilha de pensar que participação social envolve cidadãos de um lado e o governo do outro. Esse dualismo



FIQUE DE OLHO

A literatura sobre o assunto tem entendido que o problema é que os métodos de participação social não estão sendo adequadamente utilizados.

simplista subjaz aos debates e encoraja a participação adversarial.” (2004, p. 421)¹.

Na realidade, entendem eles que a

[...] participação precisa ser colaborativa e incorporar não apenas cidadãos, mas também interesses organizados, organizações com fins lucrativos e sem fins lucrativos, planejadores e gestores públicos. [...] métodos de participação efetiva envolvem colaboração, diálogo e interação. São inclusivos. Não são reativos, mas focados em antecipar e definir ações futuras. [...] Desafiam o estado atual das coisas e formulam questões complexas sobre temas tidos como pacíficos. (2004, p. 421-2)².

A **participação colaborativa**, segundo os autores, incrementa a representatividade e legitimidade em relação a outros métodos. Mas isso requer **assegurar que grupos mais fracos estejam devidamente incluídos e assistidos para participar dos debates**. Além disso, nela não existe o dilema da escolha entre o interesse individual e o interesse coletivo, pois os diálogos são direcionados para conciliar todos os interesses envolvidos, ao contrário dos modelos tradicionais, em que não existe este esforço de integração (2004, p. 430).

Em suma, **não basta assegurar a participação social, é preciso assegurar a utilização de métodos pelos quais a manifestação das diferentes visões de grupo possa ser canalizada de forma construtiva**, a fim de produzir, com clareza de visão, decisões que realmente caminhem no sentido de proteger todos os interesses envolvidos.

Tal fato conduz à constatação de que, na maior parte das vezes, será necessária a participação de um terceiro imparcial, que detenha tanto o domínio de técnicas de negociação, quanto um razoável conhecimento sobre a matéria objeto do conflito, a fim de identificar os pontos comuns e as divergências, arrolar possíveis alternativas para a solução do conflito e fazer com que as partes escolham, consensualmente, uma opção que seja viável para ambas. Daí a conveniência da adoção da **mediação**, em que o terceiro facilitador ficará encarregado de não deixar as partes perderem o foco na busca da solução do problema.

1. Tradução desta autora.

2. Tradução desta autora.

Todavia, a já mencionada ausência de tradição na adoção dos métodos não-adversariais de solução de conflitos no Brasil coloca-nos diante do desafio de capacitar profissionais nesta área de atuação:

- de um lado, qualificar os órgãos legitimados em técnicas de negociação;
- de outro, capacitar profissionais imparciais e idôneos, com conhecimentos técnicos razoáveis em cada tipo de conflito que envolve política pública, a fim de formar um cadastro de mediadores³ que possa ser utilizado tanto pelos órgãos públicos legitimados à celebração de ajustamento de conduta⁴ quanto pelo Poder Judiciário, quando for feita nova tentativa de mediação em juízo ou se ainda não tiver ocorrido mediação ou negociação na fase pré-processual.

3. A exemplo do que ocorre no Canadá, conforme GIRARD, Jennifer. *Op. cit.*, p.5.

4. Aí se incluem, ao lado do Ministério Público, a Defensoria Pública e os órgãos da Administração direta e autárquica em nível federal, estadual, distrital e municipal.



2.1. Os mediadores

O mediador, indubitavelmente, há de ser alguém que tenha credibilidade junto a todas as partes envolvidas no conflito. Todas elas, portanto, devem ter a oportunidade de opinar a respeito, ainda que mediante a nomeação preliminar de um ou mais nomes pelo juízo para consulta às partes.

Naturalmente, em se tratando de conflito judicializado, o juiz competente para a causa há de ter a palavra final, devendo dar peso, em especial, a eventuais alegações de conflitos de interesses, ouvindo-se também o(s) mediador(es) inicialmente apresentado(s) para manifestação das partes.

No caso de conflitos que ainda não tenham sido judicializados, a consulta a todas as partes envolvidas também deve ocorrer.



FIQUE DE OLHO

Muito embora este caminho possa levar mais tempo e exigir alguns passos adicionais na etapa preliminar, sem dúvida economiza tempo e energia no desenvolvimento dos trabalhos de mediação propriamente ditos.



FIQUE DE OLHO

Note-se que, requerendo o procedimento de mediação uma etapa preparatória, em que se define quem serão os participantes das sessões, bem como se estabelece a agenda e se delimita o escopo dos trabalhos – fase em que o(s) mediador(es) deverá(ão) se reunir em separado com cada uma das partes –, o juiz pode optar pela nomeação definitiva do(s) mediador(es) **apenas no encerramento desta fase preparatória**, momento no qual cada uma das partes terá melhores condições de opinar sobre a qualificação da(s) pessoa(s) nomeada(s) preliminarmente.

É evidente que a grande dificuldade inicial neste aspecto, no Brasil, caso venha efetivamente a ocorrer a operacionalização da mediação de conflitos envolvendo políticas públicas, será a disponibilidade de mediadores capacitados neste tipo de conflito.

A contribuição da comunidade acadêmica ou outras instituições independentes, sem fins lucrativos, neste aspecto há de ser essencial, mediante a oferta de cursos especializados.

Outrossim, a experiência estadunidense revela grande utilidade na instituição, seja pelo Poder Judiciário, seja por entes públicos que utilizem a mediação na esfera administrativa, de um cadastro prévio ou rol de mediadores capacitados, que preencham requisitos de qualificação técnica e experiência reputados necessários para o desempenho da função, ao qual podem recorrer as partes em conflito em caso de necessidade. Estes cadastros existem tanto no âmbito do Poder Judiciário quanto na esfera da Administração Pública.



Veja o site do *Environmental Conflict Resolution*, instituição que capacita, realiza seminários e administra um cadastro de mediadores de conflitos de natureza ambiental: www.ecr.gov

No Brasil, um rol como estes também poderia ser criado ou administrado pelo Ministério da Justiça, pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público (instituição que, nos EUA, integra a mesma estrutura que a Advocacia Pública), dada sua vocação permanente de defesa dos interesses da sociedade e sua independência em face dos poderes constituídos, eventualmente com a colaboração de órgãos da Advocacia de Estado e também de instituições acadêmicas.

2.1.1. A responsabilidade pelo pagamento do(s) mediador(es) e dos estudos técnicos necessários durante o processo

A fim de garantir a imparcialidade na atuação do(s) mediador(es), os recursos para pagamento pelos seus serviços devem provir de uma fonte “neutra”, tal como o Fundo de Direitos Difusos criado pela Lei da Ação Civil Pública (artigos 13 e 17 da Lei 7.347).

É de todo conveniente que já exista regra prevendo expressamente a fonte de financiamento de tais serviços, a fim de facilitar a utilização de mediador(es), sempre que necessário, em conflitos coletivos.

Cabe referir que o artigo 67 do PL 5139, projeto de lei que pretendia revogar a Lei 7.347/1985, substituindo-a por uma nova lei da ação civil pública, na redação do substitutivo de 15.9.2009, previa:

As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a **projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.** (grifo nosso)



Regra similar pode ser estipulada no que concerne à realização de estudos técnicos que eventualmente sejam necessários ao longo do processo, sobre os quais falaremos mais adiante.

2.2. O conceito de consenso

Antes de se começar a tratar das especificidades e das etapas do processo de mediação de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, é preciso deixar claro qual o conceito de **consenso**, em suma, **qual o melhor resultado que se pode realisticamente esperar de um processo desta natureza**.

Para isso, vejamos o que diz sobre o tema o guia “*A practical guide to collaborative governance*”, formulado a partir da experiência coletiva da Policy Consensus Initiative, uma rede nacional de programas de resolução consensual de conflitos que envolvem políticas públicas nos EUA:

Consenso é a forma desejável de tomar decisões num processo colaborativo. Consenso é diferente de votação. O processo envolve ganhar a ampla adesão dos participantes. Afinal, o propósito de trazer todos os envolvidos para participar de um processo colaborativo é ganhar a mais ampla concordância em relação a uma solução, de modo que todos os envolvidos irão se comprometer com a sua realização e acompanhar o seu cumprimento.

A maioria dos grupos define consenso de uma forma que reconhece que os participantes do processo apoiam a decisão encontrada, ou ao menos podem “conviver com ela”, e de que a implementação pode ser levada a efeito.

Segue uma formulação comum do consenso buscado em um processo:

“O grupo tomará decisões e fará recomendações baseado no consenso de seus membros. O grupo alcançará consenso sobre uma questão quando ele finalmente concordar a respeito de uma determinada alternativa, de modo que cada membro possa dizer honestamente:

- Eu acredito que todos os demais membros compreendem meu ponto de vista.
- Eu acredito que eu compreendo os pontos de vista de todos os outros membros.
- Mesmo que essa não seja minha solução preferida, eu a apoio porque ela foi encontrada de forma transparente e justa e foi a melhor que pudemos encontrar até o momento.”

Esta definição não significa unanimidade de pensamento ou renúncia a valores. Pelo contrário, uma das características de um acordo bem construído é que ele alberga uma diversidade de valores e interesses. Um acordo produto do consenso é normalmente um pacto de pequenos acordos. Os participantes provavelmente



tem níveis variados de entusiasmo e apoio a cada um destes pequenos acordos, mas são capazes de aceitar o pacote global como um adequado curso de ação (2007:10-11)⁵.



FIQUE DE OLHO

Percebe-se, assim, que não se pode pretender, de forma irrealística, que o acordo construído por consenso tenha o conteúdo que cada um dos afetados pelo conflito entenderia como ideal – não, **basta que este conteúdo seja, para cada um deles, aceitável**, porque contempla seus interesses **essenciais** e foi obtido a partir de um processo de diálogo que todos consideram legítimo e justo.

2.3. A questão da confidencialidade na mediação de conflitos coletivos

Muito embora o principal aspecto da confidencialidade diga respeito às comunicações privadas entre mediador e partes, a experiência estadunidense demonstra que existem muitos outros aspectos relevantes sobre a confidencialidade e que demandam adequada ponderação ao se estruturar processos de mediação, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial.

Diversos autores americanos, dentre os quais destacamos um trabalho publicado por Judith Resnik (2006), já salientaram o fato de que a confidencialidade na mediação, mesmo em processos envolvendo apenas entes privados, mas com potencialidade de repetição (demandas envolvendo direitos ambientais ou de consumidores, por exemplo), representa uma séria ameaça aos pilares do Estado Democrático de Direito, em termos de controle e transparência na aplicação do direito⁶.

É importante destacar que, no direito americano, em que os Estados têm competência para legislar em matéria de Direito Processual, existe grande diversidade no tratamento do assunto, de modo que, conjugando-se a diversidade de normas e a diversidade de entendimentos jurisprudenciais, ocorrem as mais distintas situações no que diz respeito à confidencialidade:

a) a situação extrema é a em que **a própria existência do conflito não recebe publicidade** (BRENOWITZ, 2004, p. 6), como se dá nos processos alternativos

5. Tradução desta autora.

6. Um outro trabalho que também merece referência é o seguinte: BRENOWITZ, Stephanie. Deadly secrecy: the erosion of public information under private justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, n. 679, 2004.



realizados extrajudicialmente – essa situação, contudo, pode revelar simplesmente o cumprimento espontâneo de norma jurídica por parte de seu violador, tornando desnecessário o ajuizamento de ação;

b) outra situação, esta sim bastante comum, inclusive nos programas já existentes no Brasil, é aquela em que **o acordo firmado entre as partes não passa a integrar os autos**, o que pode ocorrer, muitas vezes, em conflitos cíveis que independem de homologação – fator que não apenas impede a publicidade, mas dificulta a execução do acordo pela parte interessada em caso de descumprimento;

c) outra situação também bastante comum diz respeito à **confidencialidade de toda a produção probatória eventualmente realizada para discutir os parâmetros do acordo** – esta normalmente tampouco vai para os autos, o que inviabiliza sua utilização em processos semelhantes, o que reduziria custos e facilitaria a tutela de direitos em conflitos de dimensão coletiva (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos);

d) **confidencialidade das sessões de mediação propriamente ditas**, mesmo que não estejam envolvidos segredos industriais, comerciais, financeiros ou de Estado, ou ainda questões que dizem respeito à esfera de intimidade das partes (como é a regra em conflitos na área de família);

e) **confidencialidade das comunicações privadas entre mediador e partes**, ressalvadas exceções legalmente previstas.



Ora, se ainda haveria margem para alguma discussão quanto à abrangência da confidencialidade nos conflitos de dimensão unicamente individual (quais sejam, aqueles que não envolvem nem entes públicos nem direitos de dimensão coletiva), parece evidente que, nos conflitos coletivos que envolvem entes públicos, seja como partes, seja como mediadores, é inadmissível, como regra, pensar em confidencialidade quanto a:

- a)** termos do acordo;
- b)** provas e estudos técnicos produzidos durante o procedimento de mediação;
- c)** sessões deliberativas conjuntas, reunindo todas as partes no conflito, a fim de discutir propostas de solução, informações levantadas ou firmar o acordo final.

Nesse tipo de conflito, a confidencialidade somente pode ser exceção, sendo a publicidade a regra. São algumas razões para isso:

- **isonomia:** não se admite que o Estado venha a adotar critérios diferenciados, que não tenham apoio claro na ordem jurídica, para a celebração de acordos em situações semelhantes;
- **incremento no acesso à justiça:** as provas e estudos técnicos podem e devem ser utilizados em processos semelhantes, reduzindo os custos e facilitando a tutela de direitos;

- **transparência na gestão dos negócios públicos:** já que existem, sempre e necessariamente, recursos públicos em jogo.

Todos os acordos devem ser homologados em juízo, sendo que aqueles celebrados na esfera administrativa sujeitam-se, como todo e qualquer ato administrativo, ao controle judicial.

As **exceções à publicidade** somente se justificam, assim, quanto a documentos, sessões de mediação ou comunicações privadas entre mediadores e uma ou mais partes que envolvam:

- a) questões de intimidade das partes (situações singulares e que se verificam na esfera familiar, por exemplo);
- b) questões que envolvam segredo comercial, industrial ou informações sobre a situação financeira de uma ou mais partes privadas;
- c) questões que envolvem informações de Estado, que já não seriam acessíveis ao público em geral de qualquer outra forma.



FIQUE DE OLHO

Note-se que essas exceções são as mesmas que justificam, no Brasil, que um processo tramite em segredo de justiça, bem assim são as mesmas admitidas pelo “*Freedom of Information Act*” americano, que dispõe sobre o direito de acesso às informações em poder de órgãos públicos.

Jonathan Mester (1997) critica a lei federal de 1996 (ainda em vigor) nos EUA sobre Resolução Alternativa de Conflitos no âmbito de órgãos públicos, que estendeu a confidencialidade a **todas** as comunicações entre o mediador ou árbitro e uma das partes. O autor relata que a justificativa para a nova regra, à época, foi a alegação de gestores de órgãos públicos federais de que a ausência de confidencialidade nas comunicações com os mediadores inibiria o uso da mediação por órgãos públicos. Entretanto, conforme se pode verificar no relatório elaborado pelo Ministério da Justiça americano onze anos depois, a utilização da mediação ainda é bastante tímida nas agências federais, deixando claro que há vários outros fatores mais complexos envolvidos.

Com base na lei de 1996, ficou definido, no âmbito federal naquele país, que a publicidade somente abrange o acordo pelo qual se estipula a mediação e o acordo dela resultante, sendo confidenciais todas as demais “comunicações” (termo que parece abranger documentos técnicos produzidos durante a mediação), exceto quando houver disposição normativa em contrário ou ordem judicial para revelar o conteúdo da comunicação, ordem que somente pode ser proferida nas seguintes situações:

- a) para evitar uma grave injustiça;
- b) para provar uma violação de regra jurídica;
- c) para evitar dano à saúde ou segurança pública, de magnitude suficiente que



supere os danos que serão causados à integridade do processo de resolução de disputas, ao reduzir a confiança das partes em casos futuros de que suas comunicações permanecerão confidenciais.

Merecem comentário, por fim, os critérios que foram inicialmente delineados pela doutrina e jurisprudência nos EUA em processos envolvendo conflitos de dimensão pública, a fim de solucionar situações em que se buscou a quebra da confidencialidade. Ainda antes de existir legislação clara a respeito, os primeiros casos chegaram ao Judiciário, ambos envolvendo mediação de conflitos ambientais, como notícia Karen Liepmann (1986-1984). Um dos primeiros casos (*Richards of Rockford, Inc. v. Pacific Gas & Electric Co.*) foi decidido, em 1976, com base na proposta doutrinária de realizar um “teste de ponderação”, utilizando-se quatro critérios:

- a)** analisar a natureza do processo judicial em que se pretende ver utilizada a informação protegida pela confidencialidade, a fim de verificar se são interesses públicos ou privados que estão em jogo;
- b)** verificar se o depoente era ou não parte no procedimento de mediação em que se pretendia ver quebrada a confidencialidade, a fim de verificar se o depoente estaria revelando interesses próprios ou de terceiros que nele confiaram;
- c)** verificar se a informação que se pretende obter mediante quebra da confidencialidade poderia ser obtida de outra forma ou se aquele depoimento era a única fonte disponível para obtê-la;
- d)** verificar se a informação era absolutamente necessária para resolver o conflito em que se pretende utilizá-la.

No caso em tela, de acordo com os quatro critérios, a corte decidiu que não era o caso de quebra da confidencialidade. A mesma ponderação foi realizada, três anos depois, no caso *Adler v. Adams*, no Estado de Washington, com idêntico resultado.

Liepmann (1986-1984), entretanto, entende que a definição da confidencialidade deveria se basear em **garantias procedimentais** e não em fatores imponderáveis no momento da mediação. Assim, ela defende a adoção do teste proposto por Wigmore (1972), também baseado em quatro critérios que, se presentes, garantem a preservação da confidencialidade:

- a)** as comunicações devem ter sido realizadas na confiança de que permaneceriam confidenciais;
- b)** a manutenção da confidencialidade deve ser essencial para uma relação satisfatória de confiança entre as partes;
- c)** deve haver um interesse coletivo na preservação dessa relação;
- d)** o dano que decorreria da revelação da informação deve ser maior que o benefício oriundo da manutenção da confidencialidade que caracteriza a mediação.

Se é verdadeiro que o primeiro critério se baseia numa questão procedimental, parece evidente que os três últimos se fundam, ao contrário, num cotejo entre os valores protegidos com a manutenção da confidencialidade (vista nos EUA como essencial para a utilização da mediação) e outros valores jurídicos que estejam em jogo com a busca da informação.



Diante dos critérios apresentados nos dois testes, não parece haver, assim, diferença essencial entre eles. Em suma, ambos perquirem:

- a) quais os direitos e valores sociais que estão em jogo no conflito entre confidencialidade e revelação da informação;
- b) se existe outra forma de obter a informação que não a quebra da confidencialidade relativa às comunicações realizadas durante o procedimento de mediação.

Assim, no direito americano, a confidencialidade é a regra e a publicidade é que precisa ser justificada.



Já no direito brasileiro, no que concerne a conflitos que envolvem entes públicos, **a publicidade deve ser a regra e a confidencialidade deve ser devidamente justificada.** Somente assim será possível construir critérios objetivos e isonômicos para a celebração de acordos, em consonância com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

O que não fica claro, porém, em nenhum momento, é por que razão se entende, nos EUA, que a confidencialidade é tão essencial para a manutenção de discussões francas no curso dos procedimentos de mediação. Na diretriz emanada do Departamento de Justiça, acima referida, consta: *“A promessa de confidencialidade permite às partes falar claramente sem receio de que declarações feitas durante um procedimento de Resolução Alternativa de Disputas serão usadas contra elas posteriormente”*. A questão merece maior reflexão.

Consideremos a situação em que o “dogma da confidencialidade” é mais arraigado, qual seja, a das comunicações privadas entre uma das partes e o mediador, num conflito privado, em que, via de regra, não existe informação cuja revelação seja obrigatória. Se a informação revelada pela parte protege um interesse legítimo seu, que seja relevante para a solução do conflito, e que não ameaça interesse da outra parte, é de toda conveniência para a parte revelá-la durante os procedimentos de mediação, **sendo papel do mediador mostrar isso a ela.** Se ela não desejar, porém, em respeito à autonomia das partes, que norteia o processo de mediação, o mediador não deverá revelá-la. Se a informação, porém, se relaciona a um interesse ilegítimo da parte, muito provavelmente, ela não irá revelá-lo ao mediador, bem como, se esse interesse for relevante o suficiente para inviabilizar eventual acordo, ela não o celebrará. Quando se tratar de conflito privado, muitas vezes, a parte poderá mesmo se recusar a participar da mediação.





FIQUE DE OLHO

O único risco é o de essa estratégia dificultar a celebração do acordo, mas não existe, em conflitos privados, nenhum dever para as partes de celebrarem acordos, apenas é seu interesse que isso ocorra.

Se se tratar de uma informação cuja revelação a deixaria (ou ela pensa que deixaria) em situação de demasiada fragilidade, mas não revela qualquer interesse escuso e sim situações em que cabe a proteção da privacidade, **cabe ao mediador manter a informação confidencial**, já que é também dever do mediador zelar para que seja mantido o equilíbrio nas relações de poder entre as partes.

Vejamos, porém, a situação dos entes públicos como partes. Mesmo nos EUA, a legislação é bastante clara ao dispor que a proteção da confidencialidade nos procedimentos de mediação “não impedirá a descoberta ou admissibilidade de qualquer prova que poderia ser descoberta de outra forma”⁷, vale dizer, quando se tratar de informação de interesse público, que a parte privada (ou o público em geral, quando for o caso) teria legitimidade para requerer de outra maneira, não é o fato de ela ter vindo à luz numa sessão privada entre o mediador e o ente público que a tornará protegida por confidencialidade. Como apontam os autores americanos que criticam a abrangência que veio a ser dada à confidencialidade no âmbito dos conflitos envolvendo entes públicos, a mediação não foi criada para funcionar como instrumento para esconder do público informações que sejam de seu legítimo interesse.

Questão mais complexa adviria, por certo, da situação em que a própria existência do documento não seja conhecida da outra parte.

7. Legislação federal sobre Resolução Alternativa de Disputas no âmbito do Poder Público. Tradução desta autora.



FIQUE DE OLHO

Em se tratando, porém, de informações de interesse público e inexistindo razões de Estado que justifiquem o sigilo, **cabe, sim, ao mediador revelar a sua existência, justamente para gerar um acordo com o maior embasamento fático e técnico possível.**

Essa revelação, ademais, pode ser uma obrigação em razão da natureza de ordem pública da informação. Na mediação de conflitos em matéria tributária, por exemplo, nos EUA, o dever de revelar informações que importem em violação da lei, imposto pelo artigo 7214(a)(8) do *“Internal Revenue Code”* a todos os funcionários do órgão fazendário, não é afastado quando estes atuem como mediadores (MAS, 2003, p. 614).

Se o documento eventualmente contém algum equívoco, o fato de trazê-lo ao escrutínio da(s) outra(s) parte(s) permitirá justamente o seu devido aprimoramento, bem assim o aproveitamento das informações e opiniões consistentes, não se justificando de forma alguma a manutenção do sigilo.

A manutenção da confidencialidade nos conflitos que envolvem interesses públicos é uma simples decorrência de uma transposição irrefletida de um modelo de solução de conflitos surgido e desenvolvido no âmbito dos conflitos privados (nos quais a proteção da intimidade e da vida privada faz todo sentido) para a esfera dos conflitos envolvendo o Poder Público (na qual a confidencialidade não faz nenhum sentido e, inclusive, afronta os princípios que regem a Administração Pública brasileira e o Estado Democrático de Direito).

Neste compasso, não fazia sentido a redação do PL 5139, de 2009 ⁸, que contemplava previsão de confidencialidade no artigo 58, § 4º., quando forem utilizados meios alternativos de resolução de conflitos nas ações coletivas (ou previamente a estas), sem fazer qualquer ressalva para os conflitos envolvendo o Poder Público. Ademais, essa confidencialidade não faz tampouco sentido mesmo em relação aos direitos individuais homogêneos nos quais inexistente ente público envolvido, pois, nestes conflitos, deve ser garantida ampla possibilidade de fiscalização aos interessados, reais titulares do direito, seja quanto às informações obtidas e debatidas na negociação, seja quanto aos critérios para formulação do acordo.

⁸. Este projeto de lei, que veio a ser rejeitado no Congresso Nacional, criava nova legislação da ação civil pública.



Já **no que diz respeito às sessões individuais**, que são meramente preparatórias do diálogo e da deliberação, **não parece fazer sentido, a princípio, pensar em quebra de confidencialidade**, sob pena de se limitar em demasia a possibilidade de interação entre mediador e partes e a relação de confiança daí decorrente, ressalvada a hipótese, por evidente, de o mediador ter conhecimento, durante as sessões privadas, de ato criminoso ou claramente contrário ao interesse público.

Porém, isso não impede que sejam realizados registros dos principais pontos levantados durante as sessões privadas, registros para os quais, naturalmente, deverá haver consentimento da(s) parte(s) que participe(m) da sessão. A eventual possibilidade de utilização de informações ali obtidas para fins de instrução, acaso não venha a ser obtido acordo, em nada prejudica a relação de confiança com o mediador se houve renúncia da(s) parte(s) presente(s) à confidencialidade. Ademais, possibilita a identificação de convergências e divergências e, muitas vezes, facilita a identificação de uma solução para o problema, ainda que esta solução tenha que ser identificada por um terceiro, o juiz.

Representa, assim, o aproveitamento pleno da utilidade da mediação, que, por vezes, não chega a resultar num acordo, mas possibilita esclarecer as nuances do conflito e as alternativas para sua solução – o que é uma expressão do princípio da eficiência em matéria de solução de litígios.

2.4. Os participantes da resolução consensual de conflitos coletivos

Em processos nos quais se discutem problemas relacionados ao conteúdo e/ou à execução de políticas públicas, é fundamental incluir na mediação, que tem por objetivo construir um acordo baseado na proteção de todos os interesses legítimos envolvidos, com respeito à ordem jurídica e cuja implementação seja viável, atores que apresentem uma de duas características:

- a) serem direta e significativamente afetados pelo conflito;
- b) serem titulares de competências (no sentido jurídico), conhecimentos técnicos e/ou recursos financeiros imprescindíveis para resolver o conflito.

Além disso, é fundamental, caso não tenham sido eles próprios aqueles que tomaram a iniciativa do processo, convidar os atores que tenham legitimidade jurídica para questionar o conteúdo do acordo em juízo (como o Ministério Público, a Defensoria Pública ou associações que atuem na defesa de interesses afetos ao conflito) ou, conforme o caso, até mesmo aqueles que atuem no controle externo (membros do Legislativo, órgãos do tribunal de contas).

Este rol de participantes, normalmente, deverá incluir, assim, os seguintes atores:

- a) o **Ministério Público**, como autêntico representante da coletividade;
- b) a **Defensoria Pública**, como representante das pessoas carentes, cujos interesses são prioritários em matéria de políticas públicas;



- c) todos os entes, na esfera do Poder Executivo, que detenham competência para atuar na matéria**, incluindo-se notadamente agentes públicos com competência técnica na matéria, além de advogados públicos de cada ente;
- d) representantes do Poder Legislativo**, tendo em vista possíveis repercussões orçamentárias e eventuais necessidades de alterações normativas, inclusive em razão de possíveis inconstitucionalidades por ação ou por omissão, além da legitimidade que possuem para a fiscalização da atuação do Poder Executivo;
- e) entidades representativas de setores afetados pelas políticas públicas;**
- f) representantes de titulares de direitos individuais homogêneos** envolvidos no conflito;
- g) entes privados** que tenham interesses e responsabilidades relacionadas ao conflito;
- h) instituições acadêmicas e de pesquisa** que detenham notórios conhecimentos sobre a matéria envolvida no litígio.

São pertinentes neste particular as observações de Alexandre Gavronski, em sua dissertação de Mestrado sobre as técnicas extraprocessuais de tutela coletiva:

A abertura à participação, por seu turno, tem-se mostrado mais que uma mera retórica constitucional e vem ganhando aceitação crescente na democracia brasileira, como visto, quando referidos os aspectos positivos da inserção do Brasil na modernidade. São, de fato, evidentes as vantagens da participação, especialmente quando se estende para além dos legitimados e inclui também os diretamente atingidos ou interessados na implementação dos direitos ou interesses, visto que nesses casos se permite uma ainda melhor adequação da política pública às reais necessidades daqueles a quem ela se destina. (2010, p. 256).



FIQUE DE OLHO

O PL 5139, de 2009, que pretendia criar a nova Lei da Ação Civil Pública, dispunha, em seu artigo 22 (substitutivo de 15.9.2009):

Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

2.4.1. Ministério Público

Em conflitos que envolvem políticas públicas, ninguém melhor para participar do debate e deliberar a respeito de uma solução do que o Ministério Público, em razão de sua missão institucional, atribuída pelos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, para representar e defender os interesses da coletividade.



Os processos judiciais que tenham por objeto tais matérias não podem levar em conta apenas os interesses das partes imediatamente envolvidas, mas sim os interesses de todos que estejam na posição de serem afetados pela política pública ausente ou questionada em juízo, justamente por conta do princípio da **isonomia**.

Ademais, tendo em vista que os acordos que venham eventualmente a ser celebrados deverão, como todo e qualquer acordo envolvendo ente público, respeitar os parâmetros e limites legais existentes acerca do tema, também neste sentido a atuação do Ministério Público se revela de grande valia, tal como já está previsto, ademais, tanto na legislação vigente (artigo 5º., § 1º., da Lei 7.347) quanto no PL 5139, de 2009 (artigo 6º., § 2º.), que veio a ser rejeitado em 2010, porém por outros fundamentos.



É necessário registrar, porém, que, não obstante a legitimidade do Ministério Público para participar, ele não é, a rigor, diretamente afetado pelo conflito, nem detentor de recursos técnicos, financeiros ou competências exclusivas para atuar na solução dos conflitos coletivos que envolvem políticas públicas.

Esta ponderação é muito relevante por conta da circunstância de que, não obstante o apoio institucional que o tema vem recebendo, membros individuais do Ministério Público, em diversas situações, se recusam a utilizar o caminho consensual para a resolução de um conflito coletivo, seja recusando-se a tomar a iniciativa de desencadear a negociação, seja negando-se a participar quando a iniciativa parte, por exemplo, do Poder Judiciário.

Em situações como esta, parece evidente que a instituição Ministério Público deverá, sempre e necessariamente, ser convidada a participar do processo. Sua omissão ou recusa, entretanto, não implicará em que o processo de resolução consensual do conflito não possa ser desenvolvido sem sua participação. Porém, é recomendável que a instituição seja ouvida ao final sobre os termos de eventual acordo, inclusive por conta de sua legitimidade, processual e extraprocessual, para questionar seu conteúdo.

Havendo algum questionamento de ordem jurídica ou técnica que seja considerado relevante, deverá a negociação ser retomada para enfrentá-lo, modificando-se ou emendando-se o acordo, em caso de necessidade.

2.4.2. Defensoria Pública

Não é necessária muita argumentação para se demonstrar que, sempre que se fala em conflito que envolve políticas públicas, seja na esfera ambiental, seja no que concerne à geração de emprego e renda, seja sobretudo no que tange à prestação de serviços públicos com qualidade satisfatória, a parcela da sociedade mais dependente da adequada implementação de tais políticas é justamente a dos hipossuficientes economicamente. Estes são os destinatários dos serviços da Defensoria Pública, tal como previsto no artigo 134 da Constituição Federal.



FIQUE DE OLHO

Não foi por outra razão que a Lei 11.448, de 2007, incluiu, finalmente, a Defensoria Pública entre os legitimados para ajuizar ação civil pública, acrescentando-a assim ao rol previsto no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

Ademais, a representação dos interesses da parcela mais carente da população deve ser tida por indispensável em processos que envolvam **políticas públicas** também por conta do **princípio da isonomia em sua feição material**, pois se trata de instrumento imprescindível para a realização da igualdade de oportunidades, a qual é buscada justamente por meio da **atuação do Estado, com vistas à redução das desigualdades sociais** (tal como preconiza o artigo 3º. da Constituição Federal).

Não por outro motivo, o PL 5139, de 2009, já referido, previa, em seu artigo 13, a obrigatoriedade de intimação pessoal da Defensoria Pública, “quando for o caso” – leia-se, quando estiverem envolvidos interesses de pessoas carentes.



FIQUE DE OLHO

Assim como com o Ministério Público, não há obrigatoriedade da participação da Defensoria Pública, não obstante a evidente legitimidade nas condições já mencionadas.



2.4.3. Advocacia Pública

Os órgãos da Advocacia Pública, como se sabe, além de exercerem a representação judicial de entes públicos, desempenham também a relevantíssima função de consultoria jurídica junto a esses entes, orientando suas ações para que os ditames estabelecidos pela ordem jurídica sejam respeitados, seja na prática de atos administrativos, seja na celebração de contratos administrativos, seja ainda na elaboração de regulamentos administrativos.

Tais órgãos de consultoria, portanto, acabam se especializando em grande medida na legislação pertinente à sua área de atuação, de maneira que sua atuação junto aos entes do Poder Executivo, quando se discutem em juízo políticas públicas da competência de tais entes, sem dúvida, pode contribuir sobremaneira para se identificarem os parâmetros e eventuais limitações legais que se aplicam à matéria.

Ressalte-se, uma vez mais, que, na maioria das vezes, tais ações envolvem questões de grande complexidade jurídica, nas quais se pode mesmo verificar conflito de interesses entre diferentes órgãos do Poder Executivo ou entre órgãos de diferentes esferas da Federação. O conhecimento que os advogados encarregados de prestar consultoria jurídica a estes entes detenham sobre a legislação específica pode ser, assim, de grande utilidade na resolução dos conflitos postos em juízo em matéria de políticas públicas.

2.4.4. Poder Executivo

Não obstante a relevância dos parâmetros legais que delimitam a matéria debatida num processo judicial que envolve políticas públicas, é certo que as normas jurídicas, por si só, não fornecem a solução imediata para o problema. A contribuição de conhecimentos técnicos provenientes de outras áreas científicas, a fim de identificar, com razoável grau de precisão, qual(is) o(s) instrumento(s) mais eficaz(es) para lidar com a necessidade que a política pública visa a atender é, certamente, indispensável.

Muitas vezes, a resolução do conflito começa justamente pela **identificação da solução técnica** aplicável e passa necessariamente pelo **diagnóstico da extensão do problema**.

Como exemplo, em tema de política pública que corriqueiramente tem chegado ao Judiciário, imagine-se que estivéssemos tratando de uma doença grave para a qual o autor pleiteia determinado medicamento. Em primeiro lugar, será preciso identificar, com grau de certeza razoável, qual o tratamento ou medicamento mais eficaz e econômico disponível para a busca da cura. Em segundo lugar, será preciso identificar qual o número de pessoas nesta situação, ou seja, que necessitam do tratamento ou do medicamento.

A partir daí, e sempre tendo em conta as peculiaridades do caso – no exemplo dado (doença grave), eventualmente pode ser cabível uma tutela de urgência –, se deverá partir para uma terceira fase, que é a **mensuração dos custos para a solução do problema**, para a qual a participação dos órgãos competentes para atuar na matéria também é imprescindível, já que contam com experiência no assunto.



Por fim, caberá identificar os **recursos financeiros disponíveis**, à luz da legislação orçamentária vigente, sendo possível e até provável, quanto maior o custo envolvido, que seja necessário remanejar verbas dentro do orçamento, à luz de uma ponderação quanto à fundamentalidade (do ponto de vista jurídico) de cada uma das despesas. Pode ser mesmo possível que se verifique que este remanejamento é impossível, pois, em razão da fundamentalidade de todas as demais despesas, não é possível transpor verbas em valores suficientes, razão pela qual seria necessário dispor de novos fundos.

Ninguém melhor que o Executivo, como gestor do orçamento, para fornecer essas informações ao juízo ou ao Ministério Público, quando for deste a iniciativa do processo de resolução consensual do conflito, a qual será compartilhada com todos os demais participantes.



FIQUE DE OLHO

Se o próprio Executivo tomar a iniciativa de utilização do caminho consensual na fase de elaboração ou implementação da política pública que venha a se tornar controvertida, naturalmente, ele deverá iniciar o processo justamente compartilhando as informações de que já dispõe, as quais ensejaram as decisões por ele tomadas até aquele momento.

2.4.5. Poder Legislativo

Da mesma maneira que, no curso de um processo administrativo ou judicial envolvendo a formulação ou execução de uma política pública, o aprofundamento da discussão de soluções para o problema pode levar à conclusão de que existe necessidade de criação de novas receitas orçamentárias para aplicar o instrumento técnico eficiente, é possível que seja identificado também algum outro obstáculo jurídico de nível legal (não apenas regulamentar), que somente poderia ser superado mediante alteração legislativa. Não se trata aqui de normas constitucionais ou normas que estipulam direitos e deveres para os cidadãos ou mesmo diretrizes políticas, mas sim de normas de cunho instrumental que estipulam procedimentos e competências no âmbito de órgãos públicos, e cuja existência só se justifica na medida em que funcionem para melhor aparelhar o Poder Público para atender aos interesses da coletividade.

Nas duas hipóteses, cuja probabilidade de ocorrência não é de modo algum remota quando se trata de políticas públicas envolvendo direitos prestacionais, por exemplo, revela-se imprescindível a participação do Poder Legislativo na implementação da solução para o problema.

Além disso, como se sabe, cabe ao Legislativo fiscalizar a atuação do Executivo sob o ponto de vista da legalidade e da economicidade de suas ações, entre outros aspectos. Daí ser necessário que, quando estiver sendo discutida, em juízo ou não, a formulação



ou implementação de uma política pública, seja garantida a participação de representantes do Legislativo na mediação.



FIQUE DE OLHO

Parece evidente que, via de regra, não é possível nem conveniente trazer ao processo todos os integrantes do corpo legislativo competente para legislar sobre a matéria. Parece perfeitamente adequado e viável, porém, trazer um representante da Mesa (que é o órgão encarregado de definir a pauta de votações) e um representante de cada Comissão por onde teria que passar um projeto de lei sobre a matéria. Tais representantes devem atuar como elo entre os participantes da mediação, o ente público que a patrocina ou conduz diretamente e os órgãos que eles integram.

Nem se alegue que existiria aí uma suposta violação à separação de poderes, pois o artigo 2º. da Constituição Federal preconiza uma atuação harmônica entre eles. Ademais, a ordem normativa constitucional consagra de forma muito clara a previsão de que o Judiciário exerça o controle de constitucionalidade da atuação do Poder Legislativo, seja por ação, seja por omissão.

Voltaremos ao tema das possíveis interações entre o conteúdo do acordo obtido em juízo (ou decisão, caso não se alcance o acordo) e as competências do Poder Legislativo no próximo capítulo.

2.4.6. Entidades representativas

Por fim, num paradigma democrático, ao lidar-se com questões de alta complexidade técnica, jurídica e política, parece fundamental possibilitar a participação, num processo de mediação, de entidades não-governamentais que atuem em matéria atinente ao conflito.

Dois diretrizes, porém, devem ser tidas em conta a respeito:

- a)** ao contrário de órgãos públicos, como os acima já delimitados, cuja participação é imprescindível no processo por deterem competência legal para regular ou atuar na matéria, a participação de entidades não-governamentais que não sejam partes no processo, a par de altamente salutar e desejável, não deve, evidentemente, ser obrigatória, devendo, porém, haver o convite específico, a fim de que tenham ciência da tramitação do processo e da oportunidade de participar e contribuir no alcance de uma solução;
- b)** caso exista um número significativo de entidades, o juízo (ou outro ente público que patrocina o processo de resolução consensual do conflito) pode solicitar

que estas escolham, com a ajuda do mediador, uma ou algumas para representar o conjunto, a fim de não elastecer em demasia o tamanho do grupo presente à mesa de negociação, o que poderia dificultar o progresso das discussões.

Tomadas essas cautelas, a participação de tais entidades, sem sombra de dúvida, pode contribuir em muito na construção da solução para o conflito, eis que elas podem dispor de: a) estudos técnicos relevantes para compartilhar com o grupo; b) especialistas no assunto cujas opiniões podem trazer luz à construção da solução; c) contatos com a sociedade civil que possibilitem um conhecimento mais direto do que pensam as pessoas interessadas a respeito; d) capacidade de contribuir com a implementação da solução que venha a ser consensualmente acordada, seja monitorando o cumprimento do acordo, seja fornecendo novas informações relevantes, seja envolvendo diretamente a população interessada.

2.4.7. Grupos não organizados de titulares de direitos individuais homogêneos

Além da participação de entidades da sociedade civil organizada, é bem possível que existam interesses de pessoas que não estão filiadas a nenhuma entidade e que serão afetadas pela decisão ou acordo a ser firmado no processo.

Nessa hipótese, cabe ao mediador diligenciar, com a colaboração das partes, para identificar tais pessoas e informar ao juízo ou outro ente público que instaurou a mediação, a fim de que sejam notificadas da existência do procedimento de mediação, de modo que estas possam, se assim entenderem conveniente, com auxílio do mediador, indicar um representante para participar do processo e defender seus interesses no diálogo coletivo, reportando a elas as propostas de solução, de forma a garantir sua concordância com a solução ao final obtida.

Esta participação, naturalmente, não deve retirar a possibilidade de que cada uma dessas pessoas, se entender ser do seu interesse, decida excluir-se do acordo firmado e pleitear o direito individualmente em juízo.

A exigência de notificação dos titulares de direitos individuais homogêneos, bem como a possibilidade de que estes venham a excluir-se dos efeitos do processo coletivo (porém apenas até a sentença) vinha prevista, aliás, no artigo 13 do PL 5139, ressaltando-se, todavia, que esta foi uma das razões que levou o relator a opinar pela sua rejeição.



2.4.8. Entes privados que tenham responsabilidade e/ou interesses envolvidos no conflito

Em determinadas situações, será possível verificar que determinados entes privados têm grande interesse ou responsabilidade na solução da controvérsia – notadamente prestadores de serviços públicos (como ocorre na área de saúde e educação, entre outras), ou ainda entes que, em sua atuação, vieram a causar um dano coletivo, de natureza ambiental, a consumidores ou de outra natureza, ou ainda proprietários de imóveis que venham a ser ocupados por pessoas sem moradia e/ou terra para trabalhar.

Normalmente, em se tratando de conflitos judicializados, tais entes já farão parte da relação processual. Porém, se ainda não forem partes no processo, nele deverão ser incluídos, dado que sua participação é indispensável na efetivação da solução do problema.



FIQUE DE OLHO

Em caso de conflitos que não sejam objeto de ação judicial, estes grupos deverão ser identificados na fase de diagnóstico, que se verá a seguir.

2.4.9. Instituições acadêmicas e de pesquisa

Cabe referir, ainda, já entrando na temática dos estudos técnicos durante o processo, que vai ser explorada mais adiante, a importância da participação de instituições acadêmicas ou apenas de pesquisa que atuem na matéria atinente à política pública debatida em juízo.

A complexidade técnica envolvida neste tipo de conflito, como se sabe, é uma constante, sendo que, lamentavelmente, nem sempre o Poder Executivo detém os mais atualizados conhecimentos especializados na área.

Além disso, e também lamentavelmente, é bem pouco comum, em nosso país, que ocorra uma interação constante entre a produção de conhecimento de ponta em universidades ou institutos de pesquisa e as necessidades de conhecimento especializado que se verificam no setor público.

Essa interação, todavia, pode e deve ser possibilitada em processos de mediação envolvendo políticas públicas (da mesma forma que o pode em outros fóruns, por evidente). As instituições que detenham especialistas com notório potencial de contribuir para a identificação da solução técnica do problema devem ser convidadas a participar do processo.



FIQUE DE OLHO

Todas as partes, juntamente com o mediador, podem trabalhar em conjunto para identificar quais são estas instituições e especialistas, cuja participação, evidentemente, há de ser **voluntária** (no sentido de serem incluídas no processo apenas se com isso concordarem), mas pode depender de remuneração, conforme o caso, se o volume de trabalho envolvido demandar uma dedicação especial das pessoas designadas para contribuir no processo – a menos que sua atuação se dê no seio de instituições públicas cuja missão institucional envolva a realização deste tipo de estudo.

Sua participação, portanto, não se dá na condição de partes presentes à mesa negociadora, cujo consentimento seja essencial para o acordo buscado, mas sim como auxiliares técnicos de **todas** as partes em conflito, cuja opinião há de ter um peso fundamental na decisão destas sobre a adequação técnica da solução para o problema.



FIQUE DE OLHO

Este papel, eventualmente, também pode ser desempenhado por órgãos públicos que detenham conhecimento altamente especializado sobre determinado assunto, desde que assim sejam reconhecidos e aceitos por todas as partes envolvidas no conflito.

2.4.10. A questão das divergências intragrupos

É importante discorrer ainda sobre como solucionar divergências que possam surgir dentro de cada grupo que esteja participando de uma mediação coletiva. A existência de divergências internas é sempre uma possibilidade no seio de grandes organizações, públicas ou não, bem como apresenta especial relevância no caso de grupos não organizados.

A divergência pode existir, inclusive, na própria seleção de quem representará o grupo. Christopher Moore aponta o caminho para resolver esta situação:

No momento em que um mediador é solicitado a atuar em determinado conflito, as partes normalmente já formaram suas próprias equipes de negociação. O mediador deve então trabalhar com as pessoas escolhidas pelas partes. Ocasionalmente, contudo, um mediador pode adentrar num conflito antes que tenha ocorrido a formação da equipe negociadora, tal como quando um procedimento para



resolver um conflito coletivo está sendo desenvolvido ou quando uma equipe para resolver um problema organizacional está sendo montada. Neste caso, o mediador pode ajudar de forma significativa as partes a formarem equipes de negociação efetivas.

Muito embora o mediador não possa e não deva escolher os membros das equipes de negociação, ele ou ela pode sugerir critérios para seleção. Um membro da equipe deve compreender as várias questões envolvidas na disputa, ser capaz de identificar e articular os seus próprios interesses com os de outros membros da equipe, e também representar adequadamente os interesses e preocupações do grupo representado, quando for o caso. [...] Habilidade de se relacionar, credibilidade e capacidade de lidar com pessoas que compõem a equipe adversa também são possíveis critérios. [...]

Mediadores podem sugerir o número apropriado de membros para participar do processo de resolução da controvérsia, o tipo de especialidade técnica que seria benéfico, e um processo decisório para escolher os membros da equipe. (2003, p. 428 – tradução desta autora).

Da mesma forma, ao analisar a relação dos negociadores com os grupos que eles representam, Moore demonstra como o mediador também pode ser útil neste relacionamento entre representante e representados, notadamente quando o representante nas negociações não possui poder para firmar o acordo em nome do grupo ou ente representado⁹. Para ele, a *“falta de um procedimento pré-definido para aprovação do acordo pelo grupo representado pode acabar em desastre.”* E prossegue: *“Este problema é frequente entre grupos de interesse público, quando eles não possuem meios institucionais para ratificar acordos negociados ou quando a ratificação não vincula todos os membros do grupo ao acordo.”* (2003, p. 439).

Moore identifica, assim, cinco formas pelas quais o(s) mediador(es) pode(m) contribuir para a solução deste tipo de problema (2003, p. 439-441):

Primeiro, mediadores podem ajudar as equipes de negociação a identificar e organizar os indivíduos ou entes representados. Eles podem ajudar as equipes a definir perante quem elas são responsáveis e quem deverá ser envolvido ao final no processo de ratificação do acordo.

[...]

Segundo, mediadores podem ajudar os negociadores a explicar uns aos outros quais são as restrições burocráticas ou horizontais impostas por seus respectivos entes ou indivíduos representados e os procedimentos de ratificação que serão utilizados para produzir um acordo válido.

9. Moore salienta inicialmente, porém, que este “argumento do negociador de que ele ou ela não possui poder para tomar a decisão final pode dar um fôlego adicional à sua equipe. [...] Não ter um negociador com poder de decisão presente à mesa pode também aliviar a pressão sobre o negociador para produzir uma decisão final durante a negociação; além disso, pode dificultar o desenvolvimento de confiança entre as equipes.” (2003, p. 438 – tradução desta autora).

[...]

Terceiro, mediadores podem trabalhar com os negociadores ou equipes de negociação para desenvolver procedimentos específicos para notificar ou informar os representados sobre o desenvolvimento das negociações. Os representados normalmente esperam que seus representantes na negociação tragam para sua aprovação um acordo muito similar ao seu pleito inicial. Esta normalmente é uma expectativa nada realista. Se os representados não forem mantidos informados sobre as mudanças e opções desenvolvidas durante as negociações, eles podem começar a ver seus representantes, que eram tidos como heróis no início das negociações, como traidores.

Os representados, tal como os negociadores, precisam ser educados sobre a composição de um acordo realista e provável. Isto precisa ocorrer durante todo o processo de negociação, de modo que o acordo ao final proposto para ratificação não seja uma surpresa, e de modo que os representados tenham oportunidades de contribuir com ideias e comentários durante a negociação.

[...]

Para evitar rejeição do acordo final, mediadores podem eventualmente auxiliar em conversas entre negociadores e seus representados antes ou depois do anúncio dos termos do acordo. Eles também podem tentar convencer os negociadores de que uma potencial opção de acordo é aceitável para os representados.

Quarto, o mediador pode ajudar o negociador ou a equipe de negociação a convencer o ente ou grupo representado que resiste à ratificação do acordo que o negociador ou a equipe fez o melhor que podia para promover seus interesses (Kerr, 1954). Isto pode incluir discutir o mérito das propostas e contrastá-las com a proposta original da parte adversa, demonstrando a efetividade das estratégias de negociação, assim como a integridade e o comprometimento dos negociadores em atender os interesses dos representados.

Finalmente, o mediador também pode atuar junto ao grupo representado para modificar a postura intransigente de um negociador ou uma equipe de negociação. O mediador pode, através de colocações em público ou em particular, indicar para os representados que um negociador está sendo demasiado obstinado e sugerir que estes encorajem o negociador a abandonar uma posição “linha-dura” (Shapiro, 1970). O mediador também pode apelar diretamente aos representados em busca de concessões que permitam o avanço das negociações (Douglas, 1962).

Verifica-se, assim, que o mediador, sempre que necessário e que contar com a confiança dos grupos em conflito, pode desempenhar também um papel chave no relacionamento entre os representantes presentes à mesa de negociação e cada um dos grupos ali representados.



2.4.11. A necessidade de assegurar a representatividade de todos os participantes do processo

Uma cautela fundamental a ser tomada pelo(s) mediador(es) durante todo o processo diz respeito a verificar se cada um dos participantes está mantendo devidamente informado o grupo, órgão ou ente que ele representa, bem assim trazendo eventuais ponderações pertinentes colocadas por eles com relação ao conteúdo dos debates, já que as soluções cogitadas durante o processo de mediação, normalmente, se inter-relacionam com outras políticas existentes no seio de cada organização e devem ser com estas compatibilizadas. Não se pode jamais deixar de ter em conta que a fase de implementação do acordo, normalmente, não contará apenas com a atuação daqueles que estão presentes “à mesa”, mas ocorrerá no seio dos órgãos públicos que têm competência para atuar na matéria ou das organizações privadas, com ou sem fins lucrativos, que assumam compromissos estipulados no acordo.

Cada um dos representantes de tais organizações ou grupos deve funcionar, portanto, como elo entre elas e os demais participantes do processo, assegurando-se de que o compromisso ao final firmado seja efetivamente um compromisso institucional ou do grupo representado ou, no caso de grupo que não assuma obrigações, assegurando-se que este entenda que seus interesses de fato foram contemplados satisfatoriamente no acordo.

2.5. As fases do processo de mediação de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas

A mediação de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, de acordo com a boa técnica, deve se desenvolver em seis etapas:

- a)** diagnóstico do conflito;
- b)** planejamento do processo;
- c)** sessões de mediação e realização de estudos técnicos;
- d)** redação do acordo;
- e)** ratificação e/ou homologação do acordo;
- f)** avaliação do processo.

2.6. A fase de diagnóstico: histórico do conflito e esclarecimento dos contornos fáticos e técnicos

Uma das etapas essenciais para se desenhar qualquer acordo referente à implementação de uma política pública ou reparação de um dano coletivo é o diagnóstico do problema que se busca resolver, tanto no que toca à sua natureza (causas, características, consequências, possíveis interações com outras políticas públicas), como no que tange à sua dimensão (universo de pessoas afetadas, tempo e recursos necessários para implementação de possíveis soluções, etc).

Antes de iniciar-se um processo de mediação, o(s) mediador(es) precisa(m) ter **conhecimento do histórico de relacionamento entre as partes** (se existente), em especial no que toca à matéria do conflito.

Também precisa(m) ter suficiente clareza de **quais grupos e entidades detêm expertise e/ou legitimidade política e/ou jurídica** (ou seja, competência legal ou representatividade técnica, política ou social na matéria) para contribuir na construção de uma solução consensual para o problema que seja socialmente desejável, juridicamente admissível e cuja implementação seja viável.

Essa identificação pode se dar mediante a **realização de entrevistas** com “pessoas-chave”, em “instituições-chave”, as quais indicarão outras “pessoas e instituições-chave” que já atuam na matéria ou podem vir a contribuir com a solução do problema.

Na entrevista, devem ser identificados, com o máximo detalhamento possível:

- quais os departamentos (de quais organizações) que podem vir a contribuir na construção da solução;
- as pessoas com experiência e formação adequadas para participar de um processo de mediação de forma proativa, atuando como elo entre o interesse do grupo todo de encontrar uma solução e os interesses específicos da organização a que pertence;
- a disponibilidade de tempo de tais pessoas para participarem de um processo de mediação no qual atue como mediador aquele que está fazendo esse levantamento preliminar (se possível);
- quais informações relevantes para a solução do problema são detidas por cada um dos entes ou grupos participantes ou são reputadas relevantes, mas ainda não estão disponíveis; e
- os principais pontos de convergência e de divergência entre as partes.



ATENÇÃO

Esse levantamento de pontos convergentes e divergentes, bem assim de informações relevantes, disponíveis ou não, deverá nortear a delimitação da controvérsia e sinalizar um caminho para sua solução.

Para avaliar qual o caminho a ser adotado para solucionar o conflito, faz-se necessário, assim, trazer ao processo de mediação todas as informações disponíveis, sejam elas elementos fáticos ou pareceres técnicos, inclusive para identificar eventual ausência ou insuficiência de informações relevantes para a elaboração do diagnóstico.

Cabe, assim, ao(s) mediador(es), nas etapas preliminares do processo, identificar quais as informações já disponíveis e onde elas estão localizadas, instando as partes que as detêm a trazê-las para a “mesa” ou obtê-las junto a terceiros, quando for o caso.



Na impossibilidade de reunião de tais informações mediante simples cooperação das partes, cabe ao mediador informar tal circunstância ao juízo, a fim de que seja determinada a sua disponibilização, sendo possível, ainda, que a requisição seja feita pelo Ministério Público, normalmente presente nas negociações desta natureza.



FIQUE DE OLHO

No caso de conflitos judicializados ou sob investigação do Ministério Público, se houver resistência ao fornecimento de informações relevantes, naturalmente, será possível a requisição de tais informações pelo juízo, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, sempre que elas estiverem em poder de órgãos públicos ou, ainda que estejam em poder de particulares, se for possível identificar a obrigação legal de fornecê-las.

Para garantir sua efetividade, tal requisição deve vir acompanhada da fixação de prazo para atendimento e de cominação de sanção para eventual descumprimento (possível apenas no caso do Judiciário), preferencialmente multa diária, em valor suficiente para tornar inviável para o ente o não atendimento à requisição. Este prazo deve ter em conta se as informações estão disponíveis de imediato ou dependerão de apuração por parte do ente requisitado. Deve ter em conta, também, a urgência requerida para a utilização de tais informações no processo de mediação. Ponderadas tais circunstâncias, o juiz deve estipular o prazo que constará no mandado de requisição ou o membro do *parquet* estipulará o prazo que constará da requisição que vier a expedir.

O produto da fase de diagnóstico deverá constar de um relatório escrito a ser entregue pelo(s) mediador(es) ao juízo ou outro órgão que patrocinar o processo de resolução consensual do conflito, contendo:

- a)** entes públicos, privados e entidades não-governamentais cuja participação no processo seja considerada relevante ou imprescindível, bem assim pessoas-chave em tais entes ou entidades que possam representá-los durante o processo de mediação;
- b)** informações relevantes sobre o assunto que já estejam em poder de algum(ns) desses entes;
- c)** informações relevantes que deverão ser apuradas durante o processo, com estimativa de tempo e recursos necessários para sua apuração (podem ser necessários estudos técnicos);
- d)** pontos convergentes e divergentes entre as partes identificadas acerca da solução do problema;
- e)** estimativa de tempo necessário para a realização dos trabalhos.

2.7. Planejamento do processo

O conteúdo do relatório referido, se aprovado pelo juízo ou outro órgão competente, ou a partir de eventuais modificações por este requeridas, deverá nortear uma proposta a ser apresentada pelo mediador ao grupo, na primeira sessão, na qual se explicitem os objetivos e os procedimentos da mediação, bem como se estabeleçam:

- a)** uma agenda de sessões (passível de modificações posteriores, caso se verifique a necessidade);
- b)** as “regras do jogo”, ou seja, estimativa de tempo a ser gasto em cada etapa, oportunidades de manifestação para cada participante, forma de alteração da agenda;
- c)** a necessidade de disponibilização de informações e estudos técnicos disponíveis ao grupo;
- d)** a necessidade de que cada um dos participantes se comprometa a participar de todas as sessões e, caso seja indispensável enviar um substituto, colocá-lo a par de tudo quanto já se discutiu durante o processo, bem como de que ambos disponham de poderes concedidos pela organização para representá-la durante o processo, inclusive firmando o acordo ao final obtido (ainda que existente a fase de ratificação);
- e)** a necessidade de cada um dos participantes reportar-se constantemente à sua organização no que diz respeito à viabilidade de cumprimento do acordo ao final firmado;
- f)** a possibilidade de realização de novos estudos técnicos (na forma definida pelo grupo), se se entender necessário;
- g)** o(s) local(is) de realização das sessões;
- h)** a forma pela qual se facultará a participação do público nas sessões ou se receberão manifestações por escrito relacionadas ao problema discutido no processo (conforme a amplitude da política pública debatida, pode ser apropriado receber manifestações *on-line* ou pelo correio, já que apenas uma minoria de pessoas, normalmente, tem condições de comparecer pessoalmente);
- i)** a forma pela qual o grupo divulgará informações relativas ao processo junto à imprensa.

Ao final desta fase, é altamente recomendável celebrar um **acordo preliminar ou protocolo de conduta** em que constem:

- a)** um diagnóstico inicial do conflito (que contemple as perspectivas de todas as partes envolvidas);
- b)** as “regras do jogo” durante a mediação (regras para realização de convites para reuniões, para contatos entre mediadores e as partes fora das reuniões, para realização de reuniões em separado, sobre o registro das reuniões e a divulgação de seu conteúdo, bem como de outras informações relevantes, para todos os participantes, local de realização das reuniões, forma de divulgação de informações para a imprensa etc.);
- c)** um cronograma que estime as etapas e a duração do procedimento de mediação; e, ainda,



- d)** o procedimento para ratificação de acordo(s) que venha(m) a ser celebrado(s) durante o procedimento, mencionando-se, inclusive, a possibilidade (ou não) de celebração de acordos parciais e, ainda, quando for o caso, identificando-se desde logo qual(is) o(s) juízo(s) competente(s) para homologar tal(is) acordo(s), de acordo com as regras processuais vigentes;
- e)** a forma pela qual se facultará a participação do público nas sessões ou se receberão manifestações por escrito relacionadas ao problema discutido no processo e a forma pela qual o grupo divulgará informações relativas ao processo junto à imprensa.

2.8. Questões processuais e medidas de urgência

A utilização de mediação ou outro caminho de resolução consensual de solução dos litígios coletivos deve implicar algumas adaptações no rito tradicional de tais ações, quando o conflito está judicializado.

Vejamos nos próximos tópicos um pouco mais sobre essas questões.

2.8.1. Das relações entre o pedido e a causa de pedir e o procedimento de mediação

O projeto de novo CPC prevê, mesmo para as ações individuais, a possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir antes da prolação da sentença.

Em matéria de ações coletivas, com muito maior razão, dada a complexidade dos fatos e das soluções técnicas envolvidas, deve-se admitir que, delimitada de forma razoável a “causa de pedir”, ou seja, o problema que levou ao ajuizamento da ação, não se deve exigir do autor, seja ele o Ministério Público, associação ou cidadão, que atribua a ela determinada consequência jurídica rígida, pois o processo pode e deve estimular a construção de uma solução consensual que tenha como únicos limites a observância das normas jurídicas vigentes.

Não faz sentido, assim, exigir-se pedido certo e determinado em ações coletivas, assim como se deve permitir, a qualquer tempo, a apresentação de novos elementos de prova.

Para demonstrar a necessidade de tal flexibilização, vamos utilizar os exemplos fornecidos por Leonel (2007, p. 152):

Exemplificando, é fato extremamente comum constatar, no curso da instrução probatória em ação coletiva, que os danos causados ao meio ambiente foram mais graves ou mais abrangentes, até mesmo territorialmente, que aqueles indicados na petição inicial, quando da descrição dos fatos constitutivos do pedido.

A aceitação do ingresso destes fatos constatados posteriormente, na demanda em fase de instrução, significaria, na prática, pensando no sistema tradicional da estabilização da demanda no Código de Processo Civil, a alteração da *causa petendi* e do *petitum*: novo motivo para pleito de reconstituição, ou mesmo reparatório, mais amplo que aquele deduzido inicialmente.

Pensando também em problemas inerentes a relações de consumo, é viável supor situações complexas em que as condutas abusivas praticadas contra o consumidor não se limitam àquelas que foram indicadas na petição inicial. No desenrolar da instrução, outras condutas lesivas, de idêntica gravidade, são descobertas. Sua introdução significaria, tudo leva a crer, ampliação da causa e do pedido, vedada pelo sistema tradicional.

Em razoável compasso com esta realidade, o projeto de nova Lei da Ação Civil Pública que tramitou no Congresso Nacional recentemente (PL 5139/2009 – substitutivo de 15.9.2009, rejeitado em 2010) previa, em seu artigo 16:

Nas ações coletivas, a requerimento do autor ou do Ministério Público, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser assegurado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultada prova complementar.

Num primeiro momento, cabe observar que a preocupação do legislador com o respeito ao contraditório merece aplauso. Não está claro pela redação se a possibilidade de apresentação de “prova complementar” abrange apenas a parte autora ou se vale apenas para o réu, o que não faria sentido.

De outra parte, a possibilidade de apresentação de novos elementos de prova não deve ser condicionada à alteração do pedido, em consonância ademais com o que dispõem tanto o artigo 34 do projeto quanto o artigo 16 da própria lei vigente, que permitem a propositura de nova ação com o mesmo objeto e baseada em novas provas em caso de julgamento de improcedência decorrente de insuficiência de provas.

Ademais, também se afigura indesejável a limitação da possibilidade de alteração do pedido ou da causa de pedir no momento da prolação da sentença.

Cabe referir que tais possibilidades representam mera decorrência do princípio da flexibilidade procedimental, que rege as ações coletivas e se encontra consagrado expressamente no artigo 3º., § 3º., do PL.



Tal princípio, como ressalta Leonel (2007, p. 148), se funda no dinamismo e na complexidade das relações de direito material que são características dos direitos coletivos¹⁰. Ademais, como bem ressalta o autor, a adoção de um sistema flexível em matéria de preclusões, embora possa postergar de alguma forma o julgamento, em muito contribui com a efetiva solução do conflito:

[...] um sistema rígido favorece a solução mais rápida da ação, mas não obrigatoriamente *do conflito* subjacente: remanesce sempre a possibilidade de desdobramentos da relação material controvertida, pela propositura de nova ação relativa a ela, fundada em nova causa de pedir e com novo pedido. A solução mais flexível, ao contrário, embora provoque eventual retardo no encerramento do feito, tende a equacionar definitivamente a controvérsia instaurada no âmbito do direito material. (grifos do autor)

Neste sentido é a tendência dos modernos ordenamentos processuais, numa busca por maior efetividade do processo, como se dá no exemplo português, por ele noticiado (2007, p. 150):

Peculiar é a solução do sistema lusitano atual.

Havendo consenso entre autor e réu, é possível alterar a causa de pedir e o pedido a todo tempo, inclusive em grau de recurso, desde que isso não gere prejuízo inaceitável para a instrução, discussão e julgamento da demanda.

Na hipótese de inexistência de consenso, são possíveis modificações para: (a) redução do pedido (equivale à desistência parcial); (b) alteração decorrente da resposta do réu, quando da réplica (*v.g.*, substituição do pedido inicial, formulação de subsidiários compatíveis com aquele); (c) 'desenvolvimento' do pedido inicial (*v.g.*, indenização, quando o pleito originário era de proteção da posse ou propriedade); (d) alteração simultânea da *causa petendi* e do *petitum*, desde que mantida a mesma relação de direito material controvertida (*v.g.*, do pedido de cumprimento de determinado contrato, mudança para o pedido de rescisão).

A finalidade do reformador português, ao que tudo indica, foi a obtenção do máximo resultado em cada processo, ou seja, a resolução, se possível, integral do litígio relativo a determinada relação de direito material. Representa a tentativa de aproximar a solução da controvérsia o máximo possível da situação de fato, tendo em conta seus reais contornos no momento em que será prolatada a sentença.

10. Prossegue ele, mais adiante (2007, p. 152-153): "Essa complexidade refere-se, naturalmente, a vários aspectos, como: (a) número de litisconsortes (são comuns as ações coletivas propostas em face de inúmeros responsáveis pelos danos aos interesses coletivos); (b) complexidade e custo da prova pericial produzida (alta complexidade pela dificuldade técnica das questões de fato a enfrentar e alto custo da perícia); (c) dificuldade, em muitos casos, em identificar, desde logo, a extensão dos atos lesivos e dos danos causados, etc.."

Da mesma forma, o autor demonstra (2007, p. 150) que tanto o Código-Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América quanto a Proposta de Código-Modelo de Processo Civil Transnacional, “elaborada por juristas de variadas origens, com a finalidade de sistematizar princípios gerais para o processo internacional”, são mais avançados que o PL brasileiro neste particular.

O primeiro dispõe a respeito o seguinte:

Artigo 10. Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

§ 1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

§ 2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo **a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição**, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado. (grifo nosso)

Já a proposta de Código-Modelo de Processo Civil Transnacional¹¹ estipula:

10.3. **A parte, demonstrando uma boa razão, tem o direito de emendar seus pedidos ou defesas, dentro de razoável limite temporal, dando notícia para as outras partes**, desde que assim agindo não retarde, de forma pouco razoável, o procedimento, ou de qualquer forma isso resulte em injustiça.

14.1. [...] Em particular, emendas podem ser justificadas para levar em conta eventos ocorridos depois daqueles alegados nos requerimentos iniciais, fatos recentemente descobertos ou evidências que não poderiam previamente ser obtidas através de razoável diligência, ou evidências obtidas por meio de trocas de provas. (grifo nosso)

Verifica-se, assim, que o princípio da flexibilidade procedimental pode e deve ser explorado em maior medida pelo legislador, **notadamente quando se adotar o procedimento de mediação**, já que um dos princípios desta é também a flexibilidade do procedimento, bem como a possibilidade de explorar todos os interesses legítimos envolvidos no conflito, não apenas aqueles juridicamente protegidos. Deve, pois, ser expressamente previsto que o **acordo obtido mediante mediação**, muito embora deva ter em conta os parâmetros do **direito material, não precisa se ater aos limites do pedido ou da causa de pedir, tal como efetivamente formulados na petição inicial ou alterados posteriormente**.

11. Informa Leonel (2007, p. 151) que “Trata-se de iniciativa do The American Law Institute (ALI), a partir do ano de 1997, sob a coordenação de Geoffrey Hazard e Michele Taruffo, à qual posteriormente, no ano 2000, associou-se o International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), sediado em Roma, na Itália.



2.8.2. Da tutela de urgência

É bastante comum, em conflitos envolvendo políticas públicas, seja na área de saúde ou de meio ambiente, para ficar apenas em dois exemplos mais comuns, que não seja possível aguardar o deslinde de um processo de mediação – ainda que este seja muitíssimo mais rápido que um processo judicial – para se adotarem medidas requeridas de imediato em razão da urgência do problema.



Ainda que não seja possível aguardar a conclusão de um processo de mediação, todavia, isso não implica dizer que não seja possível designar uma única sessão de mediação, no prazo de 72 horas após eventual decisão liminar, para que as partes em conflito (e isso deve incluir titulares individuais do direito reivindicado), em diálogo intermediado pelo mediador nomeado pelo juízo, possam trazer elementos aptos a construir uma solução provisória para o conflito. Como já escrevi em outra ocasião (2007, p. 159), o artigo 2º. da Lei 8.437/92 deixa claro o cabimento de concessão de liminares em mandados de segurança coletivos e nas medidas cautelares que antecedam o ajuizamento de ações civis públicas:

No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas.

Mesmo que não seja possível chegar a um consenso imediato, esta sessão pode contribuir para melhor delimitar o âmbito da controvérsia, bem como para trazer novos elementos de convicção ao juízo que levem, eventualmente, a uma modificação, ainda que parcial, da decisão liminarmente proferida.

Deve, portanto, o mediador relatar ao juízo o resultado e os elementos incontroversos e controvertidos que resultaram dessa primeira sessão.

Examinadas as informações pelo juízo e proferida nova decisão mantendo ou modificando a liminar, pode ter início o processo de mediação propriamente dito, com as etapas que se descreverá a seguir.

O PL 5139, muito embora previsse expressamente a possibilidade de antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela, não exigia a tentativa de conciliação neste momento, muito embora possibilitasse a realização de “justificação prévia” (artigo 17, § 1º.), o que normalmente se realiza em audiência.

Um exemplo de acordo provisório celebrado na esfera administrativa se encontrava no procedimento de julgamento de atos de concentração perante o Conselho Admi-

nistrativo de Defesa Econômica (CADE). Os artigos 139 a 141 do Regimento Interno do CADE previam, com base no quadro estabelecido pelo artigo 54 da revogada Lei 8.884, de 1994, que as operações de fusão e incorporação podiam ser realizadas e somente comunicadas posteriormente ao CADE. Estava prevista a possibilidade de celebração de “acordo de preservação da reversibilidade da operação”, mediante o qual, por exemplo, poderiam ser autorizadas algumas medidas que justificaram determinada fusão ou incorporação (tal como a injeção de capital de uma empresa na outra que está em péssimas condições financeiras), mas proibir outras consequências de uma eventual aprovação da operação (como a extinção da marca dos produtos da empresa incorporada).

Assim, em qualquer conflito coletivo, ainda que não judicializado, devem as partes considerar, sempre que for o caso, a possibilidade de chegar a acordos provisórios sobre questões urgentes que não possam aguardar o acordo final que se espera obter.



PARA REFLETIR

Em que momento seria possível instaurar um processo de resolução consensual de um conflito coletivo envolvendo políticas públicas?

Quais fatores são necessários para viabilizar a utilização de processos de resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas em nosso país?



Referências bibliográficas

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 207-219.

BRENOWITZ, Stephanie. Deadly secrecy: the erosion of public information under private justice. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 19, n. 69, 2004.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GIRARD, Jennifer. *Dispute resolution in environmental conflicts: panacea or placebo?* Disponível em: <<http://cfcj-fcjc.org/clearinghouse/drpapers/girard.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2008.

INNES, Judith E.; BOOHER, David E. Reframing public participation: strategies for the 21st century. In: *Planning Theory & Practice*, vol. 5, n. 4, dez. 2004, pp. 419-436. Disponível em: <http://www.csus.edu/ccp/publications/reframing_public_participation_abstract.htm>. Acesso em: 20 jan. 2007.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINÔVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 144-155.

LIEPMANN, Karen L. Confidentiality in environmental mediation: should third parties have access to the process? *Boston College Environmental Affairs Law Review*, vol. 14, 1986-1984, p. 93-129.

MAS, Cristian Óliver Lucas. La mediación y otros mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito tributario estadounidense – especial referencia a las actuaciones del IRS (Internal Revenue Service). *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, n. 269, 2003.



MESTER, Jonathan. The Administrative Dispute Resolution Act of 1996: will the new era of ADR in federal administrative agencies occur at the expense of public accountability? *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, n. 167, 1997.

MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for resolving conflict*. 3. ed. San Francisco: Jossey Bass, 2003.

POLICY CONSENSUS INITIATIVE. *A practical guide to consensus*. Santa Fe/Bismarck: Policy Consensus Initiative, 1999.

_____. *A practical guide to collaborative governance*. Portland: Policy Consensus Initiative, 2007.

RESNIK, Judith. Uncovering, disclosing and discovering: how the public dimensions of court-based processes are at risk. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 81, n. 521, 2006.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Liminares contra o Poder Público: breve análise crítica das peculiaridades e subsídios para uma aplicação isonômica. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 153-171, out/dez 2007.

SOUZA, Luciane Moessa de. *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.

SUSSKIND, Lawrence; MCKEARNAN, Sarah; THOMAS-LARMER, Jennifer. *The consensus building handbook*. Thousand Oaks: SAGE, 1999.

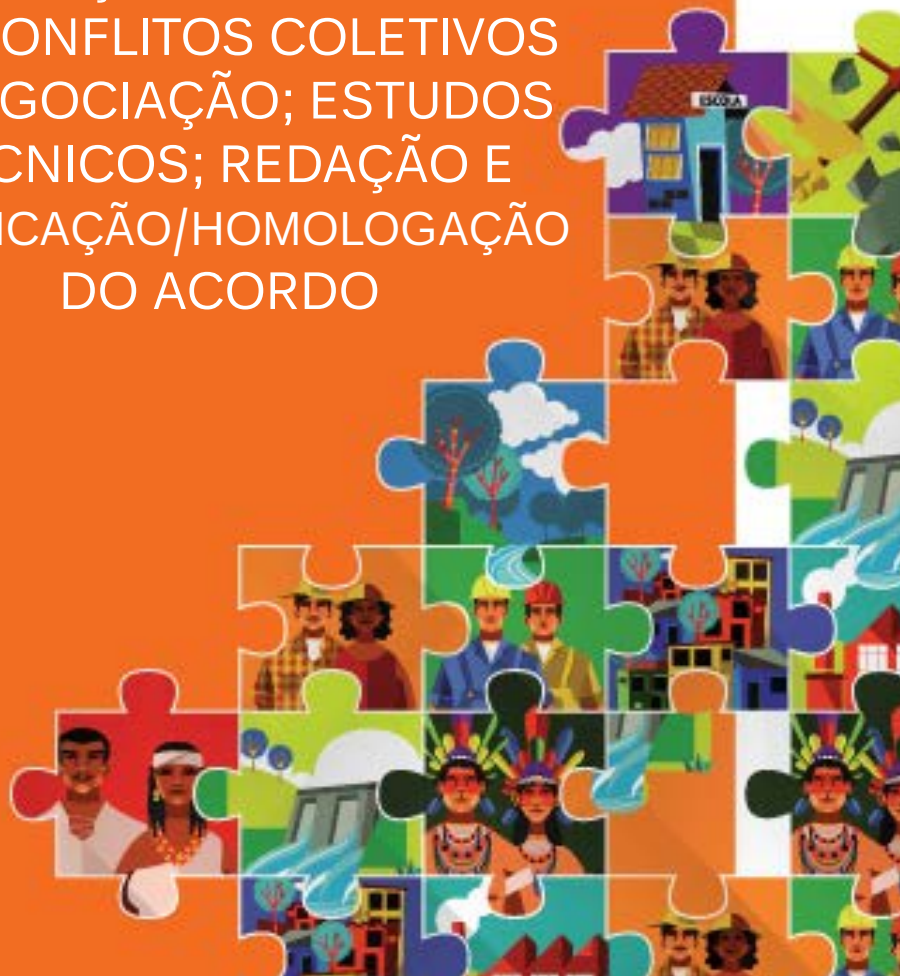
ZWETLKOFF, Catherine. *Mediation in environmental conflicts: the Belgian methodology*. Disponível em: <<http://www.piercelaw.edu/risk/vol9/fall/zwetkoff.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2008.





CAPÍTULO 3

ETAPAS DO PROCESSO DE
RESOLUÇÃO CONSENSUAL
DE CONFLITOS COLETIVOS
– NEGOCIAÇÃO; ESTUDOS
TÉCNICOS; REDAÇÃO E
RATIFICAÇÃO/HOMOLOGAÇÃO
DO ACORDO



Sobre o capítulo

No capítulo 3, aprenderemos um pouco mais sobre as etapas do processo de resolução consensual de conflitos coletivos referentes à negociação, estudos técnicos, redação e ratificação/homologação do acordo. Ao final deste capítulo, espera-se que você:

- conheça as técnicas de mediação a serem utilizadas num conflito coletivo;
- saiba descrever o procedimento para a realização de estudos técnicos;
- conheça as possibilidades de realização de audiências públicas ou outras formas de dar transparência e permitir a participação pública no processo;
- saiba descrever o conteúdo mínimo do acordo;
- compreenda a possibilidade de inclusão de soluções que apresentem impactos orçamentários ou outras que poderiam gerar controvérsia;
- saiba identificar as fases de ratificação e/ou homologação do acordo;
- saiba identificar as vantagens e os possíveis critérios para uma avaliação do processo de resolução consensual do conflito.

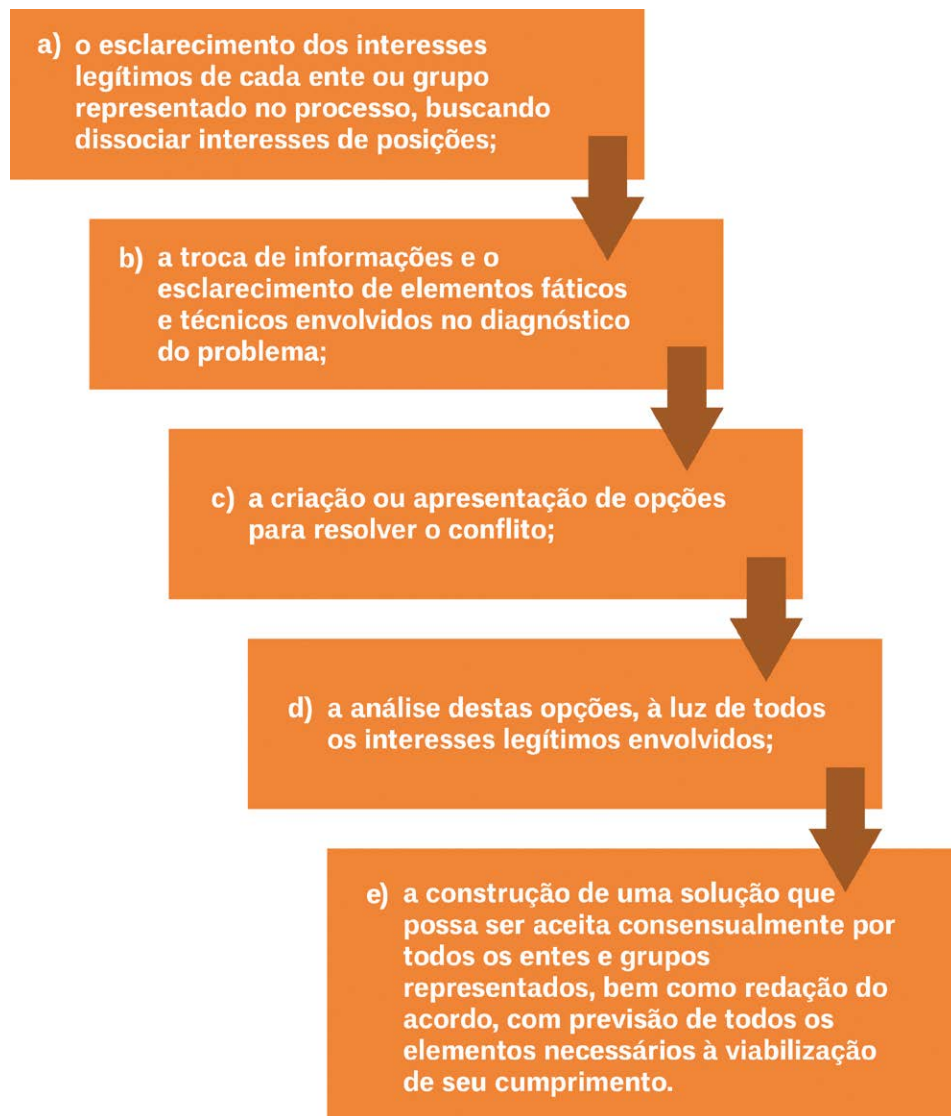


3.1. Sessões de mediação

Você se lembra quais são as primeiras etapas em um processo de mediação?

No capítulo anterior, vimos que a primeira etapa, em qualquer processo de mediação, é a explicitação dos objetivos e o planejamento do processo.

Comprometido o grupo com o planejamento realizado, as sessões de mediação propriamente ditas incluirão:



O primeiro momento compreende um processo autoeducativo para o grupo todo de quais são os reais interesses de cada um dos órgãos, entes ou grupos ali presentes – o que é importante para cada um deles e por quê.

Como aponta o trabalho da *Policy Consensus Initiative* (1999, p. 8-9),

A negociação baseada em interesses é uma das chaves para a obtenção de consenso. Quando as pessoas colaboram usando esta abordagem, elas identificam e enquadram as questões relevantes controversas, estudam cada uma delas, geram opções que possam atender a estas questões, e então selecionam algumas delas de uma maneira que possa levar em conta os interesses de todas as partes. Na negociação baseada em interesses, um negociador efetivo descobre *porque* uma pessoa ou grupo quer algo, mais do que o que eles querem. [...]

Porque os grupos interessados e os órgãos públicos são ambos partícipes na construção da decisão num processo que busca o consenso, os participantes precisam educar e persuadir uns aos outros sobre suas necessidades e interesses.¹

O segundo momento, que envolve o compartilhamento de informações e dados relevantes em poder das partes na mediação, serve justamente para dar sustentação ao primeiro, aprofundando a compreensão sobre o problema para todo o grupo e também gerando, eventualmente, a percepção de que existem “peças faltando no quebra-cabeça”, ou seja, elementos fáticos a serem ainda apurados, a fim de completar o **diagnóstico** do problema. É evidente que a própria exatidão ou veracidade dos dados também pode eventualmente ser objeto de questionamento, gerando assim também a necessidade de uma verificação supervisionada pelo grupo.

Pode servir também, conforme a natureza das informações, para ingressar no terceiro e quarto momentos, em que se começam a discutir **alternativas de solução** do problema e sua **adequação**, ou, ainda, para gerar a percepção da necessidade de pareceres técnicos que precisem ser obtidos para construir alternativas ou avaliar as que já tenham sido colocadas.

Nesta fase de desenvolvimento dos trabalhos, a depender do tamanho do grupo e da extensão da agenda, o mediador pode subdividir o grupo em oficinas temáticas para aprofundar em aspectos específicos e depois apresentar suas conclusões ao grupo todo.

Também é sempre possível que o mediador, em outro local e período, entre as sessões nas quais participa o grupo todo, ou no próprio local de realização das sessões, mas durante os intervalos para “descanso” ou café, tenha diálogos com um ou mais grupos envolvidos, a fim de ajudá-los a identificar de forma clara seus interesses ou a desenvolver propostas de opções de solução para o problema que atendam a seus interesses e simultaneamente aos interesses dos demais. Esta atuação, que pode ser oferecida ou solicitada, deve se dar conforme a necessidade de cada ente ou grupo, bem assim de acordo com a relação de confiança que se estabeleça entre eles e o mediador.

1. Tradução desta autora.



Caso se perceba, em qualquer das fases “b” a “d”, a necessidade de realizar estudos técnicos, deve-se passar à discussão do formato do estudo antes de se prosseguir a avaliação final das opções de solução do problema. Esta discussão deve ser empreendida de forma muito cuidadosa e detalhada, tal como se verá no item seguinte, a fim de potencializar a utilização dos resultados do estudo.



FIQUE DE OLHO

Por fim, é fundamental esclarecer que a sequência aqui descrita **não** significa que o processo de mediação de conflitos coletivos, com toda a complexidade objetiva e intersubjetiva que caracteriza este tipo de conflito, seja linear. Mais uma vez, vamos recorrer às pertinentes observações constantes da descrição “passo a passo” das etapas do processo realizada pela *Policy Consensus Initiative* (1999, p. 62):

Frequentemente, depois que as partes compartilham suas percepções sobre as questões controversas e têm acesso a novos fatos e informações, elas podem então conjuntamente reenquadrar a controvérsia. Essa redefinição pode levar a novas análises e à descoberta de novos elementos do problema, o que por sua vez estimula novo reenquadramento das questões controversas. Esse ciclo continua até que as partes estejam satisfeitas com a forma de enquadramento da controvérsia e estejam prontas para começar a procurar formas de solucioná-la. O facilitador deve reservar tempo suficiente para esta fase durante as discussões; é pouco provável que as pessoas concordem sobre as soluções antes de concordarem sobre qual é o problema!

Uma outra razão essencial pela qual a discussão não evolui de forma linear são os fatores emocionais inevitavelmente presentes em qualquer conflito, como também aponta de modo elucidativo a publicação referida (1999, p. 62):

Quando as partes estão em conflito, suas percepções são afetadas por seus sentimentos. Por exemplo, se duas pessoas discordam sobre fatos, mas são amigas há anos, elas terão diferentes percepções sobre o que está ocorrendo do que teriam se fossem tradicionalmente adversárias uma da outra. Se elas tiveram alguma dificuldade de relacionamento no passado, elas podem ter mais dificuldade de aceitar qualquer coisa que a outra pessoa diga. Se as pessoas estão iradas, receosas ou sentindo-se magoadas, suas emoções podem afetar sua capacidade de ouvir o que a outra pessoa está dizendo. Nestas situações, pode ser necessário dar a elas a chance de expressar seus sentimentos. Assim, as partes aprenderão mais sobre como suas ações e percepções estão afetando umas às outras e estas lições normalmente podem ajudar a aprimorar a qualidade e o desfecho das discussões.

Daí a importância de que, na fase preliminar, o mediador tenha um contato direto com cada uma das partes e tenha acesso a algumas informações essenciais sobre o histórico do relacionamento entre elas, quando existente.

3.1.1. Técnicas de mediação



Para explicitar melhor as técnicas utilizadas por mediadores, seja em conflitos individuais ou coletivos, passamos a detalhar possíveis ferramentas de inegável utilidade durante o processo de mediação.

Para tanto, agrupei as ferramentas da seguinte maneira:

- ferramentas utilizadas preferencialmente em sessões privadas;
- ferramentas utilizadas preferencialmente em sessões conjuntas; e
- ferramentas que podem ser utilizadas tanto em sessões individuais quanto conjuntas.

Note que este rol não pretende ser exaustivo nem compreende uma visão única a respeito do tema.



FIQUE DE OLHO

É interessante registrar, como observa Adolfo Braga Neto, que o emprego destas técnicas não está restrito a sessões de mediação devidamente estruturadas:

Por isso, nada obsta que agentes de segurança pública, educadores, profissionais de distintas áreas em uma instituição ou organização, seja pública ou privada, se apropriem das técnicas de mediação para melhor se relacionar com as pessoas, refletir sobre as suas ações, proporcionar ações mediadoras em seu cotidiano e, com isso, pacificar as relações. (2012, p. 121)



SAIBA MAIS

Para saber mais, recomendo a leitura da obra *Caixa de ferramentas em mediação – aspectos práticos e teóricos*, da experiente mediadora Tania Almeida. Note, porém, que, diferente da classificação formulada por Tania Almeida, aqui optei por uma classificação mais pragmática e de fácil visualização durante o processo.



3.1.1.1. Sessões privadas

As sessões privadas são aquelas em que o mediador dialoga em separado com uma das partes/atores envolvidos no conflito, ou mesmo com mais de uma delas, desde que estas diferentes partes tenham interesses alinhados em relação à solução do conflito ou parte importante dele (formando assim coalizões).

Como visto no capítulo anterior, as sessões privadas devem ocorrer também na fase de diagnóstico do conflito, que Tania Almeida chama de **mapeamento**, durante a qual, como ela sintetiza muito bem, são identificadas:

... pessoas – quem são os atores direta e indiretamente envolvidos; problema – qual é a questão da discordância do ponto de vista de cada um e como se constituiu como problema; processo – que tentativas de resolução já foram feitas. [...] Alguns incluem nesta análise a natureza da relação vigente entre as pessoas (2014, p. 59-60).

Finda a fase de diagnóstico e iniciada a negociação propriamente dita, porém, a realização de sessões privadas continua sendo um instrumento de grande utilidade, podendo ser propostas pelo mediador ou solicitadas pelas partes envolvidas no conflito, devendo ocorrer, como lembra Tania Almeida, com todos os mediandos, de forma equitativa em número e duração, devendo-se dar especial atenção ao dever de sigilo quanto a boa parte do que for discutido (2014, p. 58).

Sobre as razões e oportunidade para a realização de tais sessões, anota a mesma autora, com pertinência:

São motivos pertinentes à solicitação de uma reunião privada, dentre outros: i) a necessidade de ampliar os temas inicialmente trazidos; ii) a pertinência de se oferecer questionamentos que demandem especial exposição de quaisquer dos participantes; iii) a constatação de que a emoção se mostrou elemento obstaculizador da fluidez do diálogo; iv) a avaliação de que o andamento da mediação não está compatível com a qualidade do trabalho que está sendo desenvolvido; v) a dúvida sobre a existência de algum motivo não aparente (a ser investigado) que possa estar comprometendo a evolução do processo de diálogo (idem, ibidem).

Nestas sessões, deve-se fortalecer a confiança mútua e a grande vantagem delas é a possibilidade de as partes se colocarem de forma menos reativa em relação ao seu “adversário”, refletindo com o mediador sobre possíveis alternativas de solução.

Nesse momento, as partes podem também expor livremente ao mediador questões que elas não desejam que sejam de conhecimento das demais partes e podem ser debatidas questões de cunho subjetivo/relacional que impactam na solução do conflito.

Segue um rol de técnicas/ferramentas de especial utilidade nas sessões privadas.

a) Formulação de perguntas autoimplicativas

Perguntas autoimplicativas, como nos ensina Tania Almeida, são aquelas que o mediador formula em busca da “possibilidade de alguém identificar, no curso do processo de diálogo voltado à autocomposição, sua participação como corresponsável – pelo desentendimento e pelo entendimento, ou por qualquer outro evento correlato” (2014, p. 76).

Para chegar a esse momento, entretanto, é necessário dar primeiro lugar ao desabafo, como descreve a autora:

Em entrevista(s) privada(s), cabe ao mediador permitir ou criar oportunidade para que os medianos possam trazer suas queixas – falar de sua percepção sobre a inadequação do outro (discurso na 3ª. pessoa do singular) – antes de convidá-los a pensar sobre suas possíveis inadequações e/ou contribuições para as posturas entendidas como inadequadas no outro (discurso na 1ª. pessoa do singular), ou para a construção do conflito.

O lugar da queixa – 3ª. pessoa do singular – deve preceder o lugar da autoria autoimplicativa – 1ª. pessoa do singular. Esse balanço entre acusar e se autoimplicar deve ser cuidado pelo mediador, para que ambas as possibilidades se deem e sejam legitimadas.

[...]

Ao poder expor e se sentir ouvido a respeito das percepções e dos sentimentos negativos com relação ao outro – discurso na 3ª. pessoa -, cada um dos medianos tem a oportunidade de esvaziar o excesso de carga emocional que vinha acumulando ao longo do tempo. Somente após esse esvaziamento é possível olhar para si mesmo e para sua provável coautoria no desentendimento e para sua necessária coautoria na construção de soluções.

O discurso na 1ª. pessoa, provocado pelas perguntas autoimplicativas, viabiliza perceber a própria participação na construção dos desconfortos vividos e confere potência ao sujeito – porque há algo que lhe cabe fazer. Esvazia o lugar de exclusivo vilão naturalmente conferido ao outro e possibilita o aprendizado sobre si mesmo naquela interação. Perceber como o próprio comportamento, naquela interação, gera ruídos e desentendimentos, possibilita, ainda, atitudes cuidadosas e preventivas nas ações futuras.

Autoimplicar-se é o que possibilita comprometimento com alternativas e ações que tragam soluções. (2014, p. 76-77)

b) Identificação da pauta subjetiva

Uma outra ferramenta de especial utilidade nas mediações em geral é o mapeamento das dificuldades de relacionamento e de mútua compreensão entre os envolvidos no conflito que obstaculizam a construção de uma solução.



A prática revela que, em todo conflito, ao lado da pauta objetiva sobre a qual as partes estão debatendo, existem questões de interação entre as partes, baseadas em fatos já ocorridos, que podem estar embaraçando o entendimento. A simples alteração de algumas posturas que possam ser interpretadas, por exemplo, como agressivas ou desrespeitosas, por parte de um ou mais dos atores envolvidos no conflito, pode gerar, assim, maior abertura para a escuta e real consideração de seus interesses pelos demais. Sabe-se que um dos maiores benefícios de um processo de resolução consensual de conflito é justamente a construção de confiança mútua, sem a qual é impossível celebrar e cumprir acordos consistentes e de qualidade.

É importante, assim, identificar quais comportamentos são geradores desta rejeição e construir um compromisso mútuo de alterá-los, para que os envolvidos possam, no momento seguinte, efetivamente focar na resolução do problema, objetivamente considerado.

Esta é a lição de Tania Almeida:

A pauta subjetiva, construída ao longo dos relatos, também deve ser manejada de forma a propiciar benefício mútuo – reduzindo impasses à fluidez da negociação e possibilitando o restauro da relação social e do diálogo. Nesse sentido, deve ser trabalhada e negociada, sempre que possível, antes da pauta objetiva.

Em entrevistas privadas – quando são pautas muito sobrecarregadas – ou em entrevistas conjuntas, as questões relacionais devem, paradoxalmente, ser tratadas com a objetividade condizente com um processo negocial. Como a Mediação não faz restrição à profissão de origem do terceiro imparcial, é preciso ter cuidado para que profissionais de áreas afins à terapia não confirmem viés terapêutico a essa fase do trabalho e para que mediadores de outras áreas profissionais e funcionais não subestimem essa etapa da negociação. (2014, p. 112).

c) Visitação do lugar do outro

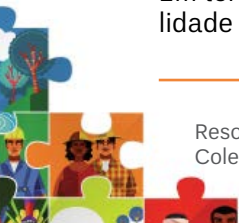
Também é função básica das sessões privadas trabalhar na construção de uma atitude inclusiva e respeitosa do espaço dos outros atores envolvidos no conflito.

Recorremos, mais uma vez, à preleção de Tania Almeida a respeito:

Visitar o lugar do outro significa entender o seu ponto de vista, incluindo, genuinamente, sua perspectiva em relação ao ocorrido e sua visão de mundo.

Quando essa possibilidade é alcançada, pode ocorrer o entendimento de uma linha de raciocínio, das motivações que determinaram uma atitude ou postura, de outros parâmetros norteadores de necessidades e interesses e até mesmo de valores que embasam uma certa demanda. (2014, p. 87)

Em termos de operacionalização desta técnica, sugere ela que, se não houver possibilidade de identificação com a situação do outro no momento atual, o mediador propo-



nha uma visualização de uma eventual inversão hipotética (ou futura, se for possível no caso concreto) de papéis (2014, p. 88).

O impacto esperado da ferramenta também é bem ilustrado pela autora em questão, ao descrever qual a mudança de atitude esperada das partes:

- ampliar o entendimento a respeito do que motiva o outro a agir, a se expressar ou reagir de uma determinada maneira;
- gerar receptividade à legitimação das preocupações, interesses, necessidades, valores e pontos de vista do outro;
- desconstruir interpretações negativas relativas ao outro, impeditivas de posturas de colaboração e de solidariedade;
- viabilizar a criação de soluções de benefício mútuo;
- vislumbrar cenários futuros passíveis de serem administrados por ambos, inclusive na vigência da inversão das posições/condições atuais. (idem, ibidem)

d) Redefinição de atitudes negativas com conotação positiva e valorização das mudanças positivas de atitude

Esta técnica está muito ligada à anterior e implica um exercício de releitura de atitudes tomadas por outras partes cuja interpretação inicial seria inevitavelmente negativa, mas que, muitas vezes, traduzem preocupações ou necessidades legítimas.

A necessidade de adoção dela se revela, como bem aponta Tania Almeida, “quando os mediados se expressam de maneira dura ou agressiva”. Ilustra ela:

Por exemplo, se alguém expressa com veemência sua raiva por não ser ouvido pelo outro ou por ter, na sua percepção, que acatar invariavelmente o que o outro diz ou decide, pode ouvir do mediador: “... Percebo que o fato de você querer participar das decisões e não identificar espaço para fazê-lo o(a) deixa descontente e o(a) faz manifestar com vigor essa necessidade.” (2014, p. 89)

Da mesma forma, atitudes construtivas e empáticas merecem ser valorizadas, em especial quando demarcam uma mudança na conduta até então adotada.



FIQUE DE OLHO

Nos dois casos, porém, deve ser evitado, com estas intervenções do mediador, dar margem a qualquer interpretação de parcialidade (ALMEIDA, 2014, p. 90).



e) Atenção à forma do discurso

Uma ferramenta básica e, via de regra, extremamente útil em reuniões privadas com as partes em conflito é a sugestão a elas de que prestem especial atenção à **forma** sob a qual suas manifestações são externadas perante as outras partes. Como bem aponta Tania Almeida, na interação humana, muitas vezes, “há nítido privilégio da forma sobre o conteúdo, pelo fato de o cuidado na expressão dizer respeito à relação. Por essa razão, o ser humano é capaz de recusar um conteúdo que considera pertinente quando a forma não lhe parece respeitosa” (2014, p. 82).

Sugere a autora, assim:

Em reuniões privadas, convidar os mediandos a perceberem a forma como estão apresentando suas percepções e suas opiniões, sinalizando que podem estar provocando comprometimento da escuta ou da compreensão por parte do outro.

Algumas pessoas não se dão conta de sua interdependência com relação ao outro em situações de negociação e trabalham contra si mesmas, descuidando da maneira de exposição de suas ideias e demandas e do tratamento dirigido ao outro.

As narrativas irritadas ou agressivas e aquelas que diferem em demasia da expectativa ou do estilo de expressão do outro, assim como do momento do processo – falas intermináveis com um interlocutor pragmático ou em um momento mais objetivo da mediação –, provocam pouca aceitação ou [geram] resistência e dificultam a escuta. Assinalar com muita habilidade sua ocorrência é essencial, notadamente quando essas narrativas se constituem impasse na negociação ou minam a receptividade do outro. (2014, p. 81)

f) Identificação das alternativas à solução negociada

A teoria de negociação de Harvard foi quem primeiro apresentou o conceito de “melhor alternativa ao acordo” (BATNA – *best alternative to a negotiated agreement*), ao qual subjaz a ideia de avaliar, em toda a negociação, quais são as alternativas à obtenção de consenso.

O raciocínio é muito simples: quem avaliar que não precisa do consentimento da outra parte para resolver seu problema não permanece na negociação. Ou seja, cada uma das partes deve, pragmaticamente, fazer um cálculo realista do que pode acontecer de pior e de melhor caso o acordo não seja alcançado. Aquilo que se encontrar entre os dois extremos define a chamada “zona de negociação”.

Se esta prognose levar à conclusão de que há riscos elevados de que o problema não seja de fato resolvido, ou de que se leve tempo demais para resolvê-lo caso o acordo não seja obtido, vale a pena negociar.



FIQUE DE OLHO

Isso é o que costuma ocorrer nos conflitos coletivos ou multipartes que envolvem políticas públicas: a construção de consenso é, de fato, o melhor caminho para uma solução viável, efetiva e menos arriscada.

E as sessões privadas são o melhor espaço para que o mediador ajude cada uma das partes a realizar uma avaliação realista, inclusive para que sejam formuladas propostas com reais chances de aceitação pelas outras partes, as quais também compararão tais propostas com os prováveis resultados de um processo adversarial tradicional em que a questão tivesse que ser decidida (ou qualquer outro caminho que seja possível à luz das condições existentes, como uma eventual alteração legislativa).

3.1.1.2. Sessões conjuntas

a) Definição da pauta de trabalho

Quando se pensa em sessões conjuntas de mediação, é necessário, naturalmente, que o mediador sempre tenha em mente uma proposta de pauta, a ser submetida à apreciação das partes em conflito. Vários critérios devem nortear a construção desta pauta, alguns de cunho procedimental, ou seja, para facilitar o avanço da negociação, outros de cunho material, ou seja, uma ordem lógica de abordagem dos assuntos, qual seja, a abordagem em primeiro lugar de assuntos mais urgentes ou que constituam antecedentes necessários de outros assuntos que serão abordados a seguir.

A definição de uma pauta também ajuda a organizar os debates e, caso surjam informações ou ideias relevantes que não estejam relacionadas à pauta específica da reunião, estas deverão ser anotadas para resgate quando chegar o momento apropriado.

Uma tática eficaz de natureza procedimental, a ser adotada de forma transparente, e que se relaciona à construção de confiança no processo, é iniciar a conversação pelos assuntos de interesse mútuo e que geram menos tensão, de modo que parece mais simples chegar a um consenso sobre eles ².



FIQUE DE OLHO

A efetivação de pequenos acordos parciais faz aumentar também a confiança mútua entre as partes e a crença de que é possível chegar a uma solução global.

2. Como assinala Tania Almeida (2014): “Essa escolha visa iniciar a negociação por assuntos que atendam a todos e que possibilitem bons resultados, com vistas a gerar ânimo e fortalecer a crença no processo e na capacidade negocial dos participantes” (p. 42).



b) Confirmação de interpretações

Uma técnica interessante e muito útil para fazer fluir a comunicação de forma produtiva e sem maiores percalços durante um processo de negociação reside em o mediador buscar sempre checar com as partes em conflito se a mensagem recebida a partir de sua fala corresponde efetivamente ao que se pretendeu comunicar. Assim, pode o mediador, ao final de uma manifestação de determinada parte, indagar, por exemplo: “Deixe-me ver se entendi corretamente...”, antes de colocar a sua interpretação do que foi dito.

O impacto esperado deste tipo de intervenção é bem descrito por Tania Almeida (2014):

Responsabilizar-se pelo que entendeu ou percebeu, oferecendo sua leitura como passível de correção pelos mediandos, pode constituir-se modelo comunicacional para os mesmos.

Simultaneamente, a intervenção precedida pela Mensagem Eu possibilita que os mediandos sintam-se à vontade para legitimar ou retificar a leitura oferecida – ajustando o entendimento do mediador, ampliando informações e esclarecendo pontos de vista para os outros integrantes do diálogo.

A validação ou o esclarecimento da compreensão do mediador sobre as narrativas verbais e não verbais dos mediandos, conferindo ao mediador a responsabilidade pela leitura e pela percepção feitas, possibilita que o autor da fala original reafirme seu texto, traduza suas expressões não verbais e seu entendimento sobre o ocorrido (p. 80).

c) Identificação da qualidade de escuta

É característica essencial de todo processo de negociação a apresentação de argumentos e pontos de vista, de um lado, e a escuta, de outro lado. Tanto um quanto outro processo, porém, podem ser realizados de diferentes maneiras. Sobre a qualidade das manifestações, tratarei na técnica “h” do item 3.1.1.3, mais adiante.

Sobre a qualidade da escuta, é preciso também realizar uma distinção, para ver em que padrão se enquadram as escutas de cada uma das partes em relação às demais.

Ensina Tania Almeida (2014):

As escutas podem ser de distintas qualidades: inclusivas, quando admitem o ponto de vista do outro como possibilidade, e excludentes, quando o ponto de vista do outro é rejeitado, mesmo sem prévia análise, provocando um diálogo pautado na argumentação e na contra-argumentação ou simplesmente na oposição.

[...] de forma resumida, observaríamos:

- escuta inclusiva: atenta, considera o que o outro diz como possibilidade de reflexão; provoca mudança na narrativa, na postura e nas ações de quem ouve;



- escuta excludente: atenta, considera o que o outro diz apenas com o propósito de compilar material para contra-argumentação; aquele que utiliza essa qualidade de escuta, por vezes, confere pouco tempo de fala ao outro e, enquanto ouve, produz internamente discursos que são imediatamente trazidos após a fala do interlocutor, ou no intervalo de sua respiração, sem reflexão, com a finalidade única de reafirmar o próprio ponto de vista, desqualificar o ponto de vista alheio, se contrapor ou contra-argumentar (p. 84-85).

Podemos, também, chamá-las de “escuta reativa” versus “escuta empática e propositiva”, muito embora a observação da qualidade da escuta, por parte do mediador, se dê na sessão conjunta, como bem coloca a autora em questão:

O cenário de intervenção na escuta excludente é a reunião privada. Por vezes, a contraposição e o distanciamento decorrentes de uma postura adversarial, o momento conturbado de vida de algum ou de ambos os participantes, ou um padrão interativo pouco voltado ao diálogo ou ao seu interlocutor provocam essa qualidade de escuta sem que o(s) mediando(s) se de(em) conta.

Além de o mediador apresentar sua percepção para o mediando imerso na escuta excludente, deve ajudá-lo, com perguntas, a identificar o que motiva essa natureza de escuta e quais são seus desdobramentos para o processo de diálogo e para o alcance de um resultado favorável. A intervenção deve ter caráter reflexivo e não crítico (2014, p. 84).

d) Identificação dos interesses comuns e complementares

Outra ferramenta essencial durante o processo de mediação é a visualização de interesses comuns às partes em conflito. É uma consequência natural da ampliação do foco inicial, na maioria dos conflitos coletivos, a elucidação paulatina de interesses em comum e também de interesse complementares, ou seja, que não concorrem entre si, mas, pelo contrário, se harmonizam.

Como ensina Tania Almeida, “[d]urante as narrativas, o mediador deve ter a atenção voltada para a identificação de coincidência e complementaridade de interesses, necessidades e valores dos mediandos, com vistas a explicitá-los e ressaltá-los” (2014, p. 109).

Essa identificação favorece o comprometimento mútuo com a solução do problema, além de criar a necessária empatia para manejar os interesses que sejam de fato divergentes e concorram entre si.

e) Enquadre

A técnica chamada de “enquadre” diz respeito à provável necessidade de lembrar ocasionalmente o teor do “protocolo de conduta” firmado entre as partes em conflito no início do processo, a fim de garantir que o processo se desenvolva de forma respeitosa e produtiva.



Como ressalta Tania Almeida), “[o] cuidado é elemento primordial no manejo desta ferramenta, pois que sua utilização deve provocar reflexão e evitar constrangimento” (2014, p. 61). Ainda, segundo ela,

são exemplos de posturas e princípios que podem ser lembrados por meio do enquadre: a não interrupção da fala do outro, a participação respeitosa, a postura colaborativa, a manutenção do sigilo na extensão combinada, dentre outros (idem, ibidem).

f) Resumos

Uma ferramenta importante para registrar os avanços já obtidos, assim como propiciar uma visão clara do que falta ser enfrentado, é a elaboração dos resumos.

Para Tania Almeida,

resumir consiste em sintetizar o que foi dito – ao final de cada fala ou após as falas de todos os presentes; de tempos em tempos em uma reunião ou ao seu término.

Os resumos costumam elencar os interesses (comuns e complementares), as necessidades, os sentimentos, as preocupações e os valores manifestados durante as narrativas e estabelecer conexões entre os relatos de todos os mediados (2014, p. 91).

Trata-se, como se vê, de instrumento útil para organizar a pauta objetiva que está em jogo numa negociação, e garantir que o diálogo siga avançando.

g) Paráfrase

Em vários momentos da negociação, pode ser útil ao mediador o manejo da técnica da paráfrase, a fim de articular de uma forma mais benéfica ou apropriada ideias que foram expressadas pelas partes em conflito. Como ensina Tania Almeida, consiste “na reafirmação do conteúdo de uma fala (informação objetiva ou subjetiva) ou expressão, por meio de sua repetição e do emprego, se necessário, de palavras de significado mais positivo que não alterem o sentido dado” (2014, p. 93).

O propósito da paráfrase é, de um lado, ressaltar conteúdos positivos, e, de outro, retirar a carga emocional negativa de algumas falas, “retirando os adjetivos”, como define a autora citada, possibilitando assim que as partes reflitam de maneira mais produtiva sobre o conteúdo do que foi dito (2014, p. 94).

h) Ampliação das alternativas de solução

Constitui um elemento essencial da mediação a possibilidade de serem aventadas e



viabilizadas alternativas de solução para o conflito que ultrapassem aquilo que cada uma das partes vislumbrava como desfecho possível. A ideia é a maximização da satisfação, no maior grau possível, dos diferentes interesses legítimos em jogo, de modo que uma diretriz a ser sempre mantida é o que se pode chamar de **persistência na busca da solução ideal factível**, ainda que esta não possa ser atingida de imediato, e sim mediante implementação gradual ³.

Uma técnica elementar utilizada com este propósito é o *brainstorming*, por meio da qual são elencadas todas as soluções que possam ser imaginadas para o problema, sem uma crítica inicial, inclusive criando diferentes cenários futuros possíveis. Num momento seguinte, estas diferentes alternativas deverão ser analisadas, utilizando-se as ferramentas constantes dos itens seguintes.

i) Criação de propostas inclusivas

Todo conflito se caracteriza inicialmente por um acentuado grau de polarização de posições que competem entre si. Faz parte do papel do mediador, entretanto, a condução das partes a uma postura mais inclusiva, transformando propostas concorrentes em propostas que não se excluem, ou seja, trocando “ou” por “e”.

Recorremos à lição, mais uma vez, de Tania Almeida:

O mediador não deve permitir que o “ou” seja referência para a escolha de alternativas e precisa trabalhar, o máximo possível, com a ideia de inclusão de propostas (“e”), tornando viável a criação de soluções híbridas – aquelas que somam ou articulam as ideias/alternativas concebidas pelos envolvidos (2014, p. 126).

O propósito desta ferramenta, naturalmente, é conferir às partes em conflito a realização de seus interesses sem que ocorra a submissão ou exclusão dos interesses alheios, e seu valor é por demais evidente em conflitos de dimensão coletiva.

Como explica Tania Almeida (2014),

a composição que inclui as diferenças tem por mérito mostrar aos mediandos que a possibilidade de harmonia na convivência e nas negociações futuras não está na unanimidade de pensamento, mas na habilidade para compor divergências. Esse é um dos grandes méritos da mediação como processo negocial (p. 127).

3. Vejam-se as lições de Tania Almeida (2014): “Quando o ânimo das negociações for comprometido pela constatação de que soluções factíveis, percebidas como ideais, não podem ser alcançadas, o mediador, como agente de realidade, pode ajudar os mediandos a identificarem se tais soluções seriam passíveis de realização mais adiante e a construírem um passo a passo para concretizá-las ao longo do tempo” (p. 121).



j) Construção de critérios objetivos aceitos por todos

É inevitável a coexistência de interesses que competem entre si nos conflitos de natureza coletiva, seja porque disputam recursos públicos escassos (sejam eles financeiros ou técnicos), seja porque disputam um determinado espaço geográfico. A necessidade de se criarem formas de manejar esses interesses divergentes é, portanto, evidente, e existem dois caminhos que sinalizam para a construção de soluções aceitáveis:

- a) a análise dos custos e benefícios de cada uma das alternativas de solução;
- b) a escolha de valores ou princípios que sejam aceitos como critérios para nortear a construção da solução.

Como ensina a escola de negociação de Harvard, cada uma das propostas identificadas com a técnica de “ampliação das alternativas”, vista acima, deverá ser analisada criticamente à luz destes critérios.

3.1.1.3. Técnicas comuns a sessões conjuntas e privadas

a) Acolhimento e validação

É pressuposto do bom desenvolvimento de qualquer processo de mediação a sensação de acolhimento que deve ser propiciada às partes envolvidas no conflito. Esta sensação de conforto deve provir do ambiente em que se desenvolve a mediação (deve haver silêncio, devem ser servidas bebidas como água, chá e café, a mesa deve ser preferencialmente redonda ou oval e propiciar o contato visual constante, deve haver papel e caneta disponíveis) e da atitude dos mediadores, que proporcione a confiança de que o processo se desenrolará de forma respeitosa e produtiva.

Estes deverão garantir que o processo seja organizado de maneira a que todos tenham sua oportunidade de se manifestar sem serem interrompidos e que todas as discordâncias sejam expressas de maneira respeitosa.

Como bem observa Tania Almeida (2014), a “postura de acolhimento do mediador pode, em paralelo, incentivar o desejo de participação no processo de diálogo” (p. 68).

Ainda quando as partes se afastem das posturas desejáveis, deve o mediador demonstrar compreensão e procurar afastar a carga negativa nelas implicada.

Como anota a mesma autora, “[d]eterminadas situações, como as interrupções e as falas agressivas e contra-argumentativas, são recorrentes em processos tensos de diálogo. Conotá-las de modo negativo, a cada vez, reforçaria a inadequação de alguns e o risco de os mediadores serem percebidos como distantes da imparcialidade” (2014, p. 69). Assim, sugere ela que sejam adotadas “intervenções que podem frear esses episódios de forma positiva, sem desmerecer o seu autor, conferindo à conduta do mediando legitimidade e chamando a atenção para alguns benefícios, caso o mediando opte por uma atitude mais neutra” (idem, ibidem). A autora elenca algumas possíveis falas do mediador:



- para não esquecer o que se tem a dizer, podem-se utilizar o papel e a caneta disponibilizados à frente de cada um... isso possibilitará que todos tenham oportunidade de concluir seu raciocínio...
- para que eu (mediador) consiga registrar e articular as contribuições de todos, é importante que cada um possa encadear seu pensamento sem ser interrompido...
- em situações de discordância, é natural interpretar de forma negativa aquilo que o outro diz/faz/propõe... talvez isso precise ocorrer algumas vezes até que a confiança seja restaurada... (2014, p. 70).

b) Separação da pauta objetiva e da pauta subjetiva

Esta ferramenta também é chamada, em teoria da negociação, de “separar o problema das pessoas”. A ideia é que a questão não seja tratada como pessoal e que as partes em conflito foquem na solução do problema – saindo da demonstração de força e partindo para a cooperação mútua.

Como lembra Tania Almeida, “[p]essoas em conflito não percebem o quanto sua emoção e autoestima são mobilizadas pela desavença e o quanto essa sobreposição as distancia, muitas das vezes, da razoabilidade no tratamento de questões e na geração de soluções para as discordâncias” (2014, p. 105). O mediador deve, com cuidado e sutileza, ajudar as partes neste processo de visualizarem como seu real interesse é resolver o problema e não atacar/defender-se dos demais envolvidos no conflito.

c) Escuta ativa

A técnica da escuta ativa envolve, a um só tempo, a concessão de oportunidade às partes de expressarem seus legítimos interesses e preocupações, e também a confiança de que estes interesses e preocupações serão devidamente considerados.

Como define Tania Almeida, “[o]s mediadores devem demonstrar uma escuta e uma coordenação do diálogo atentas e acolhedoras, seja através da linguagem verbal, seja por meio da linguagem não verbal” (2014, p. 66). E esta prática deve se dar de forma devidamente equilibrada:

O balancear da escuta ativa se dá quando os mediadores conferem possibilidade equânime de expressão aos mediados – tempos de fala, entrevistas privadas –, enquanto, simultaneamente, cuidam da qualidade de escuta destes (2014, p. 67).

A escuta ativa propicia o “sentimento de que é possível falar e ser ouvido, mesmo na vigência de discordância; por vezes, é na mediação que pela primeira vez tal fato se torna possível desde o início do desentendimento” (ALMEIDA, 2014, p. 67).

Este tipo de escuta, por parte do mediador, é uma ferramenta para inspirar as partes em conflito a adotarem entre si essa forma de comunicação. Normalmente, é acom-



panhado da formulação de perguntas, a fim de melhor esclarecer os pontos que vão sendo levantados. Leciona Tania Almeida:

As perguntas que geram e ampliam informação podem provocar: (i) sentimento de surpresa em face de novos dados; (ii) percepção de escolha acertada do instrumento de resolução, em função da pertinência do questionamento; (iii) entendimento mais alargado da situação e do ponto de vista do outro, por conta da ampliação de dados; (iv) necessidade de rever interpretações e posições, devido às novas informações geradas (2014, p. 67).

d) Identificação da natureza dos discursos

Cada uma das partes envolvidas em conflitos, notadamente os de dimensão coletiva, pode ter uma linha de raciocínio e uma forma de manifestação que lhe é peculiar – quase como se se tratasse de uma linguagem diferente. Este fenômeno, naturalmente, pode ocasionar dificuldades adicionais para a negociação, sendo que a aproximação das linguagens, com a ajuda do mediador, é também um fator que facilita a convergência das propostas de solução do problema.

O tema é bem ilustrado por Tania Almeida (2014):

Quando as pessoas utilizam narrativas de categorias significativamente distintas, podem provocar no outro impaciência, distanciamento e incompreensão. São exemplos de dissonância: uma fala emocional e outra contábil; uma narrativa pautada no agir e outra no sentir; um discurso por demais objetivo e outro especialmente subjetivo; uma linguagem eminentemente técnica e outra leiga.

A reação adversa ocorre em função do estranhamento com relação ao referencial utilizado para a construção de uma determinada narrativa, e demanda do mediador alguma estratégia que legitime ambas as falas e não permita a prevalência de um estilo sobre o outro. [...]

Explicitar essa ocorrência, com imparcialidade, cuidado e clareza, e convidar cada um dos participantes a acolher o idioma do outro como legítimo, levando seu conteúdo em consideração, é uma intervenção necessária sempre que essa dissonância representar obstáculo ao diálogo. Propor aos mediados esse tipo de reflexão pode se dar em entrevistas conjuntas ou privadas. A mediação deverá transcorrer de forma balanceada, incluindo as diferentes possibilidades de expressão. [...]

Quando a diversidade de narrativas for resultado de uma forma de manifestação pouco civilizada, as entrevistas privadas poderão ser o cenário para entender sua motivação e demonstrar o prejuízo da escuta por parte de outros, frente a essa modalidade de expressão (p. 82-83).

e) Atenção à linguagem não-verbal

Especialistas sobre o tema apontam que grande parte da comunicação entre as pessoas se origina da linguagem não-verbal. Esta, tal como a linguagem verbal, pode dar origem a interpretações equivocadas. Ademais, pode expressar pensamentos ou sentimentos cuja explicitação seja relevante ou necessária para avançar numa negociação. Deve, portanto, ser objeto de especial atenção de mediadores.

Tania Almeida exemplifica o bom manejo desta ferramenta:

Em reuniões conjuntas ou privadas, de acordo com a conveniência, mediadores podem auxiliar mediandos a traduzirem para linguagem verbal o significado de expressões não verbais, as quais são fonte frequente de desentendimento, em função de interpretações equivocadas relativas a sua intenção.

Essa sinalização deve se dar em forma de pergunta [...] de modo a demonstrar que a percepção é do mediador, mas que a tradução dessa percepção caberá ao(s) mediando(s) – “me parece que o tamborilar da sua caneta está expressando algum desconforto... você quer falar sobre isso?”; “sua fisionomia traduz algum desconforto de sua parte? ... alguma preocupação?”

É preciso sensibilidade por parte do mediador para identificar a adequação e os possíveis benefícios dessa natureza de intervenção. Ela deve ser revestida de acolhimento e deixar claro que tem a intenção de validar (e não recriminar) a mensagem de seu autor e de ajudá-lo a expressar seus sentimentos ou preocupações para que possam integrar o diálogo.

Fazer referência a sentimentos e preocupações frente a uma manifestação não verbal é uma maneira acolhedora de tentar decodificá-la. Redefinindo dessa forma, essas intervenções podem ser entendidas como atos de cuidado do mediador em sua tarefa de possibilitar a expressão, a escuta e o entendimento (2014, p. 78-79).

f) Consideração das diferenças culturais

Em todo processo de resolução consensual de conflitos coletivos haverá, inevitavelmente, diferenças culturais relevantes entre os atores que dificultam a comunicação e, portanto, a negociação. Como observa Tania Almeida, “[e]ssas diferenças podem ser evidentes – sujeitos de origem social e/ou econômico-cultural distintas –, ou sutis – o simples fato de serem dois indivíduos únicos, com histórias de vida e referenciais ímpares” (2014, p. 72).

Cabe ao mediador identificar essas diferenças e traçar uma estratégia para lidar com elas, seja em sessões conjuntas ou privadas. Pode ser interessante reservar um espaço justamente para conversar sobre estas diferenças.

Anota, ainda, a mesma autora, com pertinência:



As divergências relativas a alguns valores étnicos, morais e religiosos são entendidas como as de gestão mais complexa; por vezes, são temas inegociáveis em termos de flexibilização. Caberá ao mediador a destreza necessária para o manejo de qualquer diferença de natureza cultural que interfira no diálogo (2014, p. 73).

g) Preparação de manifestações propositivas e não meramente acusadoras/reativas

É muito comum, em contextos de conflito, que os participantes do processo, em vez de pautarem suas falas pela apresentação de seus interesses e preocupações legítimas, comecem a acusar-se e defender-se mutuamente, desviando o foco da solução buscada para o problema.

Seja nas sessões privadas ou nas sessões conjuntas, cabe ao mediador chamar a atenção das partes para a necessidade de uma postura mais cooperativa em suas manifestações.

Tania Almeida bem descreve a atitude a ser tomada no que concerne às posturas defensivas – mas o mesmo vale para as posturas puramente acusadoras:

Logo de início, ou após perceber que qualquer um dos participantes se mostra fortemente reativo às considerações do outro, o mediador pode esclarecer a todos que poderão eleger como querem usar seu tempo de fala: trazendo suas próprias concepções e percepções ou construindo contra-argumentações e contrapontos ao que foi dito pelo outro até então.

[...]

Essa intervenção facilita a reflexão sobre o que será dito e como será dito, possibilitando a eleição entre ser autor e expositor das próprias ideias ou um interlocutor reativo.

Evita que o processo de diálogo fique colonizado pelo tom e/ou pelo rumo da prosa inicial, provocando contestação, réplica, tréplica, comprometendo sua evolução, desvirtuando seu propósito, não permitindo que seja ventilado por diferentes narrativas e pontos de vista (2014, p. 86).

h) Elaboração de perguntas

Uma das ferramentas sempre úteis ao mediador é a elaboração de perguntas – o que pode ser manejado seja nas sessões privadas, seja nas sessões conjuntas. Trata-se de uma técnica que é verdadeira coringa, pois, como aponta Tania Almeida, tem “a intenção de gerar reflexão, informação e ideias – alicerces dessa natureza de processo” (2014, p. 75).

Prossegue com precisão a autora em questão:

O ato de perguntar faz parte da escuta ativa do mediador e demanda cuidado e experiência para sua eficácia. O mediador deve eleger com critério:

- (i) a natureza das perguntas a serem feitas, consciente de que não são intervenções ingênuas, uma vez que podem provocar da reflexão à culpabilização, da produção de ideias à sensação de sugestão/coerção;
- (ii) as palavras e o tom que utilizará em suas formulações, pois que a forma qualifica o conteúdo apresentado;
- (iii) o momento e o contexto em que serão oferecidos os questionamentos, porquanto podem ajudar a gerar movimento e compreensão ou, ao contrário, a provocar paralisia e rechaço.

Algumas perguntas têm seu potencial reflexivo e gerador de informação ampliado quando feitas em reuniões conjuntas, como as perguntas de esclarecimento; outras perdem potencial reflexivo nas reuniões conjuntas e ganham produtividade nas reuniões privadas, como as perguntas autoimplicativas (2014, p. 75).

Além disso, a elaboração de perguntas pode ser também uma técnica para colocação de ideias para discussão, a partir daquilo que foi ouvido nos relatos e ponderações feitas pelos próprios envolvidos no conflito ⁴.

i) Identificação dos interesses por trás das posições

Esta ferramenta é também um dos objetivos a serem alcançados com a elaboração de perguntas, vista no item anterior, a qual pode ser vista assim como uma técnica instrumental. Seja nas sessões privadas, seja nas sessões conjuntas, é característica básica de toda mediação a explicitação dos reais interesses (necessidades e preocupações legítimas) das partes em conflito, permitindo, desta maneira, a flexibilização das posições que estão competindo entre si, para que sejam encontrados caminhos que não sejam mutuamente excludentes e possam atender ao máximo tais necessidades e preocupações. Sobre ela já se tratou também no capítulo anterior.

3.2. Realização de estudos técnicos

Muitas vezes, durante o processo de mediação, se perceberá que a definição de uma solução para o problema que se pretende resolver com a política pública em questão depende de elementos de fato cuja apuração ainda não se realizou. É o que se verifica, por exemplo, num processo de reparação de danos causados por acidente ambiental, em que a extensão dos danos ambientais ainda não é conhecida.

Ainda, é possível que a solução técnica adequada não seja conhecida ou seja controversa, como no caso de um medicamento ou tratamento para uma doença grave que

4. Pondera Tania Almeida: “Quando mediadores têm sugestões ou ideias, surgidas a partir da escuta atenta das narrativas dos mediandos, que articulam os interesses das pessoas, podem transformá-las em perguntas, de forma a preservar a autoria das decisões com os envolvidos no desentendimento e a atender a recomendação ética de não opinar ou sugerir” (2014, p. 101).



ainda esteja em fase experimental ou nas situações em que mais de um caminho seja possível para resolver o problema, sendo que os custos e benefícios de cada um deles deve ser avaliado.

Em situações como essa, pode(m) e deve(m) ser realizado o(s) estudo(s) técnico(s) necessário(s) durante o processo, da forma que se passa a descrever.

Para garantir que os estudos técnicos a serem realizados durante o processo sejam produtivos, é preciso definir, **antes do início** da realização do(s) estudo(s):

- a)** quais são as matérias técnicas controvertidas – o enquadramento da controvérsia é de fundamental importância para delimitar o âmbito do estudo de forma clara; note-se que não cabe aqui requerer dos especialistas uma avaliação da oportunidade e conveniência da adoção de diferentes opções técnicas, mas sim uma descrição do potencial de cada uma delas para resolver o problema, bem como tempo e custos necessários para tal fim;
- b)** especialmente quando se tratar da apuração de dados, qual a metodologia a ser adotada na investigação;
- c)** quem preenche os requisitos de independência e qualificação técnica necessárias para realizar o estudo e para realizar eventuais esclarecimentos ao grupo, com a ajuda do mediador;
- d)** quais serão os critérios para utilizar as conclusões provenientes do estudo;
- e)** de onde virão os recursos para pagar o estudo.

A discussão e deliberação prévia e conjunta, intermediada pelo mediador, dos quatro primeiros itens previne quaisquer questionamentos posteriores quanto à capacitação técnica e imparcialidade das pessoas e instituições envolvidas na realização do estudo, bem como sobre a adequação da metodologia utilizada e a abrangência das questões formuladas para ser objeto do estudo. A decisão consensualmente tomada acerca de cada um desses pontos há de ser formalizada por escrito, sendo a redação revisada pelo grupo para se assegurar de que todos os pontos foram compreendidos.

É bem possível, ainda, que, para se proceder à efetiva definição conjunta do primeiro item, qual seja, o enquadramento da controvérsia técnica existente, seja necessário um trabalho prévio de educação dos participantes que não detenham conhecimentos básicos sobre o tema. Para esse fim, o mediador pode decidir com o grupo sobre a participação (proferindo palestras curtas, seguidas de questionamentos) de especialistas de órgãos técnicos do próprio Poder Público ou provenientes de instituições educacionais ou de pesquisa independentes.

Uma questão da maior importância na definição dos especialistas que realizarão o estudo é a frequente possibilidade de divergência técnica quanto à abordagem da controvérsia. Nem sempre pode ser fácil chegar a um consenso sobre qual o especialista a ser utilizado, já que esta escolha pode influenciar diretamente na metodologia empregada e, por consequência, nos resultados a serem obtidos. Uma alternativa possível é justamente compor um time de especialistas com diferentes abordagens, que aceitem trabalhar em equipe e elaborar um relatório final conjunto. Como aponta McCreary (1989, p. 379),



a elaboração de um texto único atende bem às recomendações de aprimoramento na forma pela qual informações científicas são utilizadas em processos decisórios. Um texto único pode ser um ponto focal para a coleta de informações úteis, e pode ser um documento que registra áreas de concordância entre os especialistas, bem como os fundamentos para discordâncias e incertezas.⁵

Já a prévia definição dos critérios para utilização das conclusões (que também deve ser feita por escrito) permite que seja construída uma **postura principiológica** dentro do grupo, pela qual não se pretenda definir como usar as conclusões apenas depois de conhecê-las, o que propiciaria posturas oportunistas e levaria certamente a um prolongamento indesejável das discussões, que possivelmente não seria baseado em princípios já debatidos e aceitos por todos.

3.3. A realização de audiências públicas e outras formas de dar transparência e permitir a participação pública no processo

Como visto no capítulo anterior, a necessidade de equilibrar confidencialidade (em algumas situações específicas) e transparência em processos de resolução consensual de conflitos com dimensão coletiva é um dos pontos críticos deste caminho.

Muito embora a necessidade de os diferentes interesses em jogo serem representados na mesa de negociação seja essencial para que o diálogo possa progredir, é também fundamental garantir que a atuação destes possa ser conhecida por seus representantes e que estes possam, inclusive, contribuir com informações, críticas e ideias durante o processo de construção de consenso.

Por isso, além de fornecer periodicamente relatos atualizados do que está sendo discutido à população interessada, é preciso criar diferentes alternativas de participação de terceiros em processos desta natureza, podendo ser, conforme as peculiaridades de cada caso:

- a)** permissão de que as pessoas assistam e, eventualmente, se manifestem em momento próprio (geralmente ao final) em sessões conjuntas de mediação;
- b)** permissão de que a imprensa eventualmente possa acompanhar, no todo ou em parte, determinadas sessões conjuntas de mediação;
- c)** realização de audiências públicas, com ampla divulgação, em que os mediadores e representantes na mesa de negociação apresentem suas ponderações, propostas de solução e colham de terceiros interessados contribuições (informações, críticas ou sugestões) para a resolução do conflito; é importante observar que audiências públicas devem ser realizadas em datas, locais e horários que facilitem a participação da comunidade interessada, devendo ser enviados convites aos principais grupos afetados pelo conflito;

5. Tradução desta autora.



d) criação de canais (correio, telefone, *e-mail*) para recebimento de contribuições de terceiros ao processo, de maneira mais flexível (sem horário, data e local predeterminados) que na audiência pública, ainda que estipulando um prazo final para tanto.

3.4. Redação do acordo – conteúdo mínimo, detalhamento das obrigações e relevância do quadro normativo

O conteúdo do acordo final, que deve ser redigido com a participação equânime de todos os órgãos públicos, entes privados e grupos sociais representados, deverá incluir, no mínimo:

- a)** descrição de todos os participantes no processo e sua participação (em termos de frequência) em cada uma das sessões de mediação;
- b)** descrição simplificada das pautas e resultados de cada uma das sessões de mediação;
- c)** todos os elementos de fato e de direito que foram levados em conta no seu conteúdo;
- d)** definição clara de ações a serem empreendidas, com os respectivos prazos e entes responsáveis;
- e)** definição dos responsáveis pelo monitoramento do cumprimento de cada uma das ações e da metodologia a ser adotada para tal fim;
- f)** definição de sanções específicas para eventual descumprimento de cada uma das ações;
- g)** previsão de recurso preferencial à mediação, caso se verifiquem elementos novos (fatos ou conhecimentos técnicos) que justifiquem a sua revisão e não seja alcançado um consenso sobre o conteúdo de tal revisão mediante negociação direta entre as partes.

No que diz respeito especificamente às obrigações previstas no acordo, é interessante observar que o grau de detalhamento há de ser o máximo permitido nas circunstâncias, dado que, **quanto maior o detalhamento, menor a possibilidade de conflitos futuros.**

Não se deve perder de vista, contudo, a necessidade de se manter algum grau de flexibilidade, tendo em vista que as circunstâncias fáticas podem vir a se alterar de forma significativa durante a execução do acordado. Pertinentes, aqui, as observações de Alexandre Gavronski (2010) sobre o detalhamento do acordo, que ele descreve na esfera extrajudicial, mas que valem sempre que for escolhida a construção da solução pela via consensual:

[...] as possibilidades de detalhamento da solução se ampliam se comparadas à decisão judicial, pois extraprocessualmente há maiores facilidades – devido à possibilidade de participação dialética e direta de técnicos, legitimados e interessados na construção da solução concretizadora do direito – e disponibilidade de tempo para se especificar pontos controversos e se estabelecer consensos também sobre a forma de implementação dos direitos e interesses coletivos envolvidos (p. 256).



No que concerne ao peso da legalidade, ou às limitações que o quadro normativo impõe ao conteúdo do acordo, é necessário fazer alguns esclarecimentos, já que, vez por outra, ocorrerão situações em que o quadro normativo se mostra insuficiente para a solução do problema objeto do conflito. São oportunas as considerações de Alexandre Gavronski a respeito:

[...] o caráter contingente dos direitos e interesses coletivos e a complexidade das soluções necessárias a garantir efetividade da tutela coletiva exigem, não raro, a criação de direito por meio do estabelecimento de obrigações não expressamente previstas em lei nem implícitas no ordenamento (ao menos em sua configuração objetiva). É de fato uma característica do direito pós-moderno ser crescentemente reflexivo, ou seja, surgir como reflexo de novos e complexos desafios e direcionado para essas determinadas situações concretas.

Embora não se possa (nem se pretenda) negar que diante da vagueza característica das normas na sociedade complexa e do dever do juiz de sempre decidir, mesmo diante da lacuna da lei, é amplo o poder criativo do juiz por meio da interpretação-concretização, é preciso, por outro lado, reconhecer que essa liberdade de criação judicial é inferior àquela que se reconhece às partes, por consenso, no que diz respeito à imposição de obrigações para aquele que atua em defesa própria (o apontado responsável pela lesão ou ameaça aos direitos e interesses coletivos) e em se tratando de direitos que, para ele, tenham natureza disponível. [...]

Na tutela extraprocessual coletiva, por sua vez, conquanto para os legitimados coletivos seja nula qualquer disponibilidade em relação ao conteúdo objetivo dos direitos e interesses coletivos especificamente previsto em lei, que serve de piso para as soluções extraprocessuais, o inverso não é verdadeiro, pois a lei não funciona como teto para as obrigações que podem assumir os apontados responsáveis pela lesão ou ameaça a esses direitos e interesses. Pelo contrário, por meio do consenso livre e versando sobre direito disponível, é ampla a liberdade de assunção de novas obrigações, à margem do direito, por aqueles que atuam em defesa de direito próprio (2010, p. 257-258).

Em outras palavras, o que o autor em questão propõe, e com o que manifesto integral concordância, é que, eventualmente, o particular pode concordar em assumir obrigações que vão além do que seria legalmente exigível (ou ao menos não estaria tão claro que o fosse), o que termina por ser compensado pelo ganho em flexibilidade quanto à forma de cumprimento das obrigações legais propriamente ditas, que lhe é propiciado quando dialoga de forma produtiva com o Poder Público.

Este pensamento revela que o quadro normativo é apenas uma referência inicial, mas que, em face de suas lacunas e eventuais contradições, tanto os entes públicos e particulares diretamente envolvidos quanto a coletividade têm muito a ganhar quando o diálogo vai além desta esfera (sem, de forma alguma, violar a proteção mínima por ela trazida) e busca tutelar, da forma mais harmônica e abrangente possível, os diferentes interesses afetados pelo conflito.



3.4.1. Da previsão de prazos, sanções e do monitoramento do cumprimento

Por fim, não posso deixar de mencionar que, por melhor que tenha sido o acordo desenhado pelas partes durante um processo de mediação, por mais evolução que se tenha verificado no seu relacionamento e por mais que se tenha construído confiança e capacidade de diálogo, é preciso lembrar que os dirigentes de órgãos públicos estão sujeitos a pressões de diversas naturezas, trocas de comando periódicas motivadas não apenas pela alternância no poder por conta das eleições, mas também por outras razões de natureza política (o que é particularmente acentuado pelo imenso número de cargos em comissão e funções de confiança na estrutura pública brasileira).

Assim, o acordo deve necessariamente incluir:

- a) previsão de etapas para implementação de cada uma das obrigações assumidas, com prazos respectivos;
- b) definição dos responsáveis pelo monitoramento da implementação de cada uma dessas etapas e da metodologia a ser empregada para este fim;
- c) sanções específicas para o descumprimento de cada uma das obrigações pactuadas, de preferência, atingindo pessoalmente as autoridades em posição de determinar e viabilizar o seu cumprimento, e não simplesmente penalizando o erário com a instituição de multas que serão suportadas, ao final, por toda a coletividade.

Sobre a implementação do monitoramento, é de todo adequado que esta conte com a participação de entidades sem fins lucrativos, externas à estrutura do Poder Público. Tal solução já foi adotada, por exemplo, pela Corte Constitucional sul-africana, em caso no qual esta determinou ao Poder Público a criação de uma política pública adequada para atender às pessoas desprovidas de moradia. Neste interessante caso, *Grootboom and others vs. Government of South Africa and others*, bastante mencionado na doutrina, Maurício Júnior chama atenção para a inteligente solução encontrada pela corte no que se refere ao monitoramento dos efeitos da decisão: “Para a fiscalização do cumprimento da decisão, a Corte nomeou um órgão independente, no caso a Comissão de Direitos Humanos” (2009, p. 257).



FIQUE DE OLHO

À entidade incumbida do monitoramento devem ser atribuídos poderes para requisitar informações de quem de direito, relacionadas ao cumprimento do acordado, sob pena de requisição judicial. Deve-se, ainda, definir uma obrigação de periodicamente informar ao juízo sobre as condições de cumprimento das obrigações estipuladas, bem como sobre eventual necessidade de revisão dos termos do acordo e, quando for o caso, submeter ao juízo proposta que tenha sido consensualmente elaborada pelas partes envolvidas no ajuste, para fins de homologação.

3.4.2. Conteúdo do acordo e sanções jurídicas para o descumprimento das obrigações

O conflito subjacente a uma ação coletiva envolvendo o Poder Público pode ter por objeto:

- a) a adequação, em termos qualitativos ou quantitativos, na execução de um serviço público** determinado (saúde, educação, transporte coletivo, assistência social, amparo a crianças e adolescentes, entre tantos outros), tendo em conta os ditames normativos aplicáveis;
- b) a correção de uma política pública inadequada** já por ocasião de sua formulação (por conter, por exemplo, critérios discriminatórios constitucionalmente vedados ou, no caso de lei orçamentária, por não respeitar os percentuais mínimos previstos na CF de gastos em saúde ou em educação), caso em que caberá a declaração de inconstitucionalidade de leis ou regulamentos administrativos;
- c) a necessidade de desenvolvimento (e posterior implementação, evidentemente) de uma política pública inexistente** (caso, por vezes, ocorrente em matéria de incentivo à cultura, de políticas habitacionais, de destinação de resíduos industriais etc.) **ou insuficiente** (desde a sua formulação, ela não contempla de forma satisfatória seja a implementação do direito fundamental, seja o universo de pessoas que dele são titulares) – caso em que existe omissão, total ou parcial, violadora da Constituição e, eventualmente, também de leis já existentes;
- d) a reparação de danos já consumados** a bens da coletividade, em razão de omissão ou atuação inadequada de entes públicos, conjugada ou não à atuação ilícita de particulares (como é comum na seara ambiental ou consumerista, por exemplo).

Em todas estas hipóteses, desde a simples correção da atuação administrativa até a elaboração de uma política pública que deveria existir, mas inexistente, ou, ainda, na reparação de danos já consumados, a **implementação de uma solução adequada**, capaz de dar a devida proteção ao direito fundamental ameaçado ou violado, envolve a movimentação de **consideráveis recursos técnicos e financeiros** e exige, necessariamente, três etapas:

- a) diagnóstico do problema**, em sua dimensão objetiva (qual a sua natureza e extensão, bem como sua correlação com outros problemas) e subjetiva (qual o universo de pessoas atingidas ou interessadas);
- b) identificação de possíveis soluções;**
- c) análise de tais soluções**, sob uma ótica que seja tanto valorativa quanto de mensuração de custos (ou esforços) exigidos e benefícios gerados para todos os envolvidos, a fim de subsidiar a tomada de decisão.

É interessante notar que essas três etapas coincidem com as etapas da negociação baseada em interesses, de Ury, Fisher e Patton (2005):

- a) identificação dos reais interesses** (em detrimento das posições);
- b) geração de alternativas de solução** para o problema;
- c) ponderação dos prós e contras** de cada uma das alternativas, à luz dos princí-



pios definidos pela partes como critérios para a realização da escolha.

A conclusão ideal, nos dois casos, é a obtenção de um consenso sobre a melhor solução para o problema.

Verifica-se, portanto, que, a par da imensa variedade de situações que podem dar ensejo a um conflito de dimensão coletiva, no qual, normalmente, haverá entes públicos envolvidos de uma ou outra maneira (no polo ativo ou passivo da ação), sempre com responsabilidade no alcance de uma solução, em qualquer dessas situações existirá necessidade de:

- a) tempo;
- b) recursos financeiros;
- c) conhecimentos técnicos.

Tudo isso com vistas à busca da solução mais adequada e, muito mais ainda, para a implementação da solução encontrada.

Tendo em vista algumas discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade de que tais decisões afetem a execução (ou mesmo o conteúdo) da legislação orçamentária, parece importante examinar em que medida isso pode ocorrer na hipótese de ser obtido o acordo entre as partes na mediação realizada em ação coletiva.

De outra parte, muito embora este tema seja pouco explorado, parece ainda mais importante avaliar em que medida o acordo pode contemplar a determinação de que sejam criadas novas fontes de custeio, bem como outras alterações de ordem legislativa ou, ainda, instrumentos de mensuração da eficácia e adequação das medidas que venham a ser adotadas pelo Poder Público no sentido de efetivamente tutelar os direitos fundamentais subjacentes ao conflito. O tema se relaciona ao monitoramento do cumprimento do acordo, que por certo deverá ocorrer, sob pena de se perder todo sentido o trabalho envolvido na construção coletiva da solução.

3.4.3. Da possibilidade de controle do contingenciamento, da realocação de recursos orçamentários e de determinação de inclusão de verbas no orçamento do exercício seguinte

Todas as situações que se explicitaram acima nos conflitos coletivos que envolvem o Poder Público, normalmente, haverá de ter repercussões orçamentárias, notadamente nos casos de atuação inexistente ou insuficiente. Como já defendi em outro trabalho⁶, e muitos outros autores já explicitaram, é perfeitamente cabível a sindicabilidade judicial da omissão administrativa ou legislativa do Poder Público no que concerne a políticas públicas que afetam direitos fundamentais.

Nesses casos, pode eventualmente ser necessária a alteração da legislação orçamentária respectiva, o que pode ser feito mediante ordem judicial ou em acordo em juízo ou

6. Para saber mais, veja a obra "Mediação de conflitos coletivos", publicada pela Editora Fórum em 2012.

na esfera administrativa. Como lembra Geisa Rodrigues, ao discorrer sobre o termo de ajustamento de conduta:

Quando se tratar do Poder Público, o compromisso pode ser firmado, inclusive, para estabelecer condições temporais e orçamentárias para a efetiva implementação de uma determinada política pública, cuja inexistência resulte em violação ou promoção inadequada de direitos transindividuais(2006, p. 176-177).

Também no sentido da plena possibilidade de que eventual decisão judicial venha a afetar a execução orçamentária, situa-se o posicionamento de Inês Soares (2005, p. 501):

[...] é cabível seja exigido o cumprimento da política proposta, mesmo que não tenha sido prevista no orçamento anual.

Outra situação possível é a ausência de previsão legal de plano ou programa nacional, regional ou setorial previsto na Carta Magna. Ausente norma que estabeleça a política pública social que quer se ver implementada, não há que se falar em previsão orçamentária.

Mas a exigência de proteção efetiva do direito pelo Estado ainda assim é possível.

Para essa autora, a decisão judicial, em tais ações, pode, conforme o caso:

- a)** obrigar à realização de despesas já previstas no orçamento, anulando os efeitos de eventual contingenciamento indevido ?;
- b)** determinar a realocação de despesas dentro da lei orçamentária vigente (2005, p. 504);
- c)** em situações excepcionais, determinar a inclusão de verba no orçamento do ano seguinte.

Já Alceu Maurício Júnior (2009, p. 252 e 265-273), embora admita essas mesmas possibilidades, faz referência expressa a que:

- a)** deve estar em jogo o mínimo existencial, ou seja, o direito fundamental invocado deve estar circunscrito à esfera mínima de dignidade dos seus titulares;
- b)** deve haver a análise do orçamento global do ente público, a fim de que não se

7. Afirma ela: "Admitir discricionariedade na execução orçamentária para a não-implementação da política social estabelecida é transferir ao executor do orçamento a fixação das diretrizes do país, que se realiza por meio de seus poderes estatais. [...] Cabe, assim, ação civil pública para obrigar a realização do crédito, com pedido de antecipação, já que a utilização dos recursos disponíveis para a execução do projeto está adstrita ao exercício financeiro atual" (SOARES, 2005, p. 505). De outra parte, cabe registrar que a posição, majoritária na doutrina, de que o orçamento tem caráter meramente autorizativo, não vinculando a Administração Pública à realização da despesa (ver, por exemplo: NASCIMENTO, 2002), tende a ser revista, havendo autores, como Mendonça (2010, p. 383), que afirmam: "A execução orçamentária deve ser vinculada em alguma medida, rejeitando-se a tese de que o orçamento seria uma mera autorização de despesas, sem qualquer pretensão impositiva".



inviabilize a proteção a outros direitos também circunscritos ao mínimo existencial; **c)** deve ser preservada a máxima liberdade do administrador quanto aos meios de dar cumprimento à decisão.

Para esse autor (2009, p. 258-259),

[...] a intervenção judicial sobre as decisões relativas à alocação de recursos – ou seja, sobre as escolhas orçamentárias – deve ser feita através do próprio orçamento. Em outras palavras, havendo razões para considerar que as alocações efetuadas pelo Legislativo e pelo Executivo não atendem razoavelmente às exigências constitucionais, o Judiciário deve, conforme o caso, determinar a realocação dos recursos previstos no orçamento ou a inclusão, na lei orçamentária do exercício seguinte, da previsão ou extensão do programa/projeto destinado à implementação do direito constitucionalmente protegido. [...]

A intervenção judicial nas políticas públicas através do orçamento leva em conta a reserva do possível, pois permite ao Judiciário ter uma visão mais precisa sobre a disponibilidade de recursos e a destinação existente, dando visibilidade sobre quais prestações estatais estão sendo atendidas. O orçamento funciona como excelente fonte de prova para as questões ligadas à reserva do possível, o que é uma decorrência direta da centralidade do orçamento na implementação de prestações estatais.

Para ele, “intervindo através do orçamento, os juízes não conduzirão as políticas públicas, mas apenas determinarão que se atenda a uma necessidade específica, deixando a cargo do legislador e do administrador a escolha dos meios necessários” (2009, p. 260). Sustenta, ainda, em prol da preservação da máxima flexibilidade para o administrador, que:

O Judiciário deve determinar a implantação do programa no orçamento, deixando a própria Administração decidir sobre a utilização da reserva de contingência de que trata o artigo 5º., III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou se aplica o contingenciamento sobre outras alocações, na forma do artigo 9º. da mesma lei.

No mesmo compasso, aduz:

Quando se tratar de benefício complexo, que envolva a análise de questões técnicas ou a adoção de um processo continuado [...], o Judiciário deve permitir, pelo menos preliminarmente, que a própria Administração especifique a implementação da prestação estatal, determinando a alocação razoável de recursos no orçamento (2009, p. 272-273).

Também Luiz Guilherme Marinoni já se pronunciou no sentido do pleno cabimento da determinação judicial de alocação de verbas orçamentárias:

Justamente porque não se pode isentar a Administração dos seus deveres em virtude da falta de disponibilidade orçamentária, nada impede que a tutela inibitória



ordene a realização da incumbência devida pela Administração e, alternativamente, a disponibilização, em orçamento, do valor necessário para a consecução de sua obrigação legal (2000, p. 119-120).

Uma outra possibilidade sempre presente de intervenção no orçamento vigente é a referida por Vanice Valle: “A intervenção judicial no orçamento público tem se verificado através da determinação de abertura de créditos suplementares no orçamento em curso” (2009, p. 109), mecanismo previsto expressamente na Constituição Federal, mas que depende de aprovação legislativa, assim como a inclusão de verbas no orçamento seguinte⁸.

Como bem pondera Vanice Valle, “a exploração dessa estratégia expressa claramente uma reação do próprio Poder Judiciário à reiterada apresentação do argumento da ausência de orçamento (num plano mais imediato) e da reserva do possível, como bloqueio absoluto a qualquer pretensão concretizadora de direitos fundamentais” (2009, p. 108).

Assentada, assim, a possibilidade de que a própria decisão judicial interfira na alocação de verbas orçamentárias, a conclusão evidente é de que o acordo firmado nesta seara também possa fazê-lo⁹.

Todavia, como passo a abordar no item seguinte, a complexidade das questões envolvidas em políticas públicas que afetam direitos fundamentais não se esgota na questão orçamentária.

3.4.4. Da possibilidade de definição de metas a serem atingidas em diferentes momentos e de previsão de avaliação periódica da eficiência administrativa

Se a possibilidade de ser afetada a execução orçamentária, bem como de ser efetuado o controle de constitucionalidade e de legalidade (respeito a previsões da Lei de Diretrizes Orçamentárias, da Lei do Plano Plurianual ou de outras leis que determinem inclusão de recursos no orçamento) da lei orçamentária, vem sendo admitida pela doutrina e pela jurisprudência¹⁰, é preciso atentar, contudo, para as ponderações de Vanice Valle (2009) quanto à insuficiência de tal mecanismo na solução do problema: “Se temos

8. Sobre essa última possibilidade, já se manifestou expressamente o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 493.811- SP, relatora a Ministra Eliana Calmon.

9. Nesse sentido já se manifestou Hamilton Alonso Júnior (2005): “Aquela conhecida argumentação de inexistência de recursos ou falta de previsão orçamentária deverá ser trazida aos autos documentalmente e confrontada na instrução com outras provas. Se verdadeira, o prazo para o cumprimento da obrigação deverá ser ampliado. Aliás, no curso da ação civil pública acordos poderão ser celebrados com cronograma a ser incluído nas futuras peças orçamentárias” (p. 217).

10. O STF reviu seu posicionamento anterior no julgamento da ADI 2925, em que o relator, Min. Marco Aurélio, assim se manifestou: “Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta”.



em conta que o cenário de desenvolvimento de uma política pública dificilmente se esgotará em um único exercício financeiro, tem-se já um indicativo da insuficiência do mecanismo para fins de efetivo controle” (p. 109).

Não faz sentido, aponta ela, definir uma interferência específica na gestão orçamentária sem que se saiba ainda a exata dimensão do problema que se pretende resolver com a política pública: “Tem-se o risco de empreender-se a uma perigosa inversão, fixando um patamar de gastos para uma atuação que não se tem ainda definida qual seja” (2009, p. 112).

Da mesma maneira, não

parece satisfatória uma solução que trabalhe com a lógica de determinar-se o provimento dos recursos em sede orçamentária, sem a indicação do montante. Nessa hipótese, o risco se situa no plano da efetividade; a ordem que determina alocar recursos (não se sabe quanto) para financiar uma política pública (não se sabe qual) admite como reação de parte da Administração **qualquer** atuação, sem que se disponha de parâmetros próprios ao exercício da crítica de sua adequação para com a decisão judicial anteriormente exarada (VALLE, 2009, p. 112).



Note-se que essas observações da autora se enquadram à perfeição nos casos de políticas públicas inexistentes ou insuficientes, bem como nas situações de reparação de danos já consumados, em que uma das principais preocupações, normalmente, é o volume de gastos envolvido na satisfação dos direitos fundamentais.

Elas são ainda mais pertinentes, contudo, nas inúmeras situações em que existem controvérsias de natureza técnica sobre qual o meio mais eficaz para dar conta da proteção ao direito fundamental.

Para Vanice Valle, a exigência de motivação que se aplica a todas as decisões judiciais faz nascer, nesta esfera, um novo desafio para o órgão decisor, qual seja, vincular sua decisão a determinados resultados que se pretende alcançar para dar efetividade ao direito. Para essa autora,

[...] uma decisão judicial substitutiva, que determina condutas ao administrador qualificadas pelo juízo como políticas próprias ao enfrentamento de um determinado tema não se terá por legítima se não acompanhada da indicação dos **resultados** pretendidos alcançar – que, por sua vez, hão de ser instrumentais à garantia dos direitos fundamentais cuja efetividade se tem discutida (2009, p. 115).

Ademais, defende ela,

a cogitação quanto ao resultado conferirá ao Judiciário um elemento importante para a aferição do próprio cumprimento da sentença. Afinal, é possível que a conduta determinada pela ordem se tenha concretizado sem que o resultado cogitado se tivesse materializado – e, nessa hipótese, o vício está não na conduta da Administração, mas no conteúdo da ordem, que não se revelou apto a gerar o resultado desejado (2009, p. 116).



FIQUE DE OLHO

Cabe acrescentar que a menção a resultados mantém a **liberdade de meios** que há de ser assegurada ao administrador, até por conta do que Valle chama de “déficits de expertise” do Judiciário neste aspecto.

A solução proposta por ela é a de que “esse novo Judiciário que cogita de controlar as políticas públicas deve desenvolver uma atividade dialógica com as instâncias técnicas que possam contribuir ao aprofundamento do problema” (2009, p. 116). No meu entendimento, porém, esse viés exclusivamente técnico não é capaz de superar o chamado “déficit democrático” do Judiciário. Este obstáculo, porém, pode perfeitamente ser superado pela **mediação participativa**, já que a todos os atores afetados se assegura a possibilidade de participar e contribuir no debate.

De outra parte, é perfeitamente possível, caso utilizada a via consensual, que o acordo, justamente para possibilitar a futura avaliação da eficácia de sua execução, inclua a **definição de metas a serem atingidas, com prazos diferenciados** para cada uma delas, bem assim a realização de uma futura reunião para avaliação de resultados, com ou sem a participação do mediador, a depender do grau de confiança entre as partes que se tenha desenvolvido durante o processo. A possibilidade de definição de metas para viabilizar o controle jurisdicional de políticas públicas que afetam direitos fundamentais, aliás, é também defendida por Ana Paula de Barcellos¹¹.

Cabe analisar, ainda, se é possível que um determinado acordo assim obtido contemple a previsão de mecanismos de **avaliação da eficiência administrativa** ou economicidade da política pública a ser formulada, complementada ou implementada ou do sistema de reparação de danos proposto no acordo.

¹¹ A autora em questão, ao procurar delinear os parâmetros para o controle de constitucionalidade da lei orçamentária, propõe um que diz respeito justamente ao “resultado final esperado da atuação estatal”. Para ela, trata-se de “extrair das disposições constitucionais efeitos específicos, que possam ser descritos como metas concretas a serem atingidas em caráter prioritário pela ação do Poder Público.” (2007, p. 20)



Entre os poucos autores que analisaram o tema, Alceu Maurício Júnior dedica item específico de seu trabalho à questão da economicidade da atuação administrativa. Para ele, “o artigo 70 da CF encerra indiretamente um mandado geral de economicidade na Administração pública” (2009, p. 128).

Todavia, aponta ele, com pertinência, duas cautelas a serem adotadas quando se pensa em análise de economicidade:

A análise custo/benefício não é um critério passível de utilização isolada. Ele em si não traz consigo um método para avaliar determinados custos sociais, nem para indicar quais são as variáveis relevantes em cada caso.

As escolhas públicas não podem ter a pretensão de esgotar a análise de todos os possíveis custos e benefícios capazes de influenciar na decisão, sob pena de o próprio processo de decisão não atender à exigência de economicidade.

Sobre o **primeiro aspecto**, os critérios hão de ser buscados, naturalmente, no direito material, que revela os direitos mercedores de proteção, assim como nos dados da realidade fática sobre o grau de efetivação ou não de tais direitos, e, ainda, em certa medida, nas expectativas legítimas dos grupos sociais afetados – o que encontra espaço adequado também na mediação participativa.

Sobre o **segundo aspecto**, cabe reforçar que a utilização de um método consensual de construção da solução tem sido reconhecida como o caminho mais eficaz tanto para levantar informações e argumentos relevantes como para realizar a devida ponderação entre eles.





FIQUE DE OLHO

Entendo, portanto, que a resposta é afirmativa. Há que se reconhecer que, muito embora durante as conversações seja possível identificar a solução mais adequada com o conhecimento disponível no momento, a realização de **avaliações da eficácia**, de modo a possibilitar **ajustes no momento da execução do acordo**, pode e deve ser acordada. Ademais, como se verá nos estudos de caso no próximo capítulo, um dos grandes benefícios da utilização da mediação é justamente que, com a construção de um canal de diálogo entre as partes, elas passam a ser capazes de voltar a dialogar no futuro, seja sobre o mesmo problema, seja sobre outros que venham a surgir com relação à temática de sua atuação.

3.4.5. Da possibilidade de determinação da busca de novas fontes de custeio e outras alterações legislativas

Existe uma última questão espinhosa a ser tratada no que diz respeito ao conteúdo do acordo. Trata-se da possibilidade, nada remota por sinal, de que fique constatada a impossibilidade de seu cumprimento no quadro orçamentário que tem se verificado ao longo do tempo naquela matéria. Vale dizer, à luz do volume de receitas e do percentual deste volume que já está vinculado a determinadas despesas por determinação constitucional ou legal (por exemplo, pagamento de pessoal, de inativos, gastos com saúde e educação, pagamento de precatórios; no caso da União e dos Estados, repasses constitucionalmente previstos a Municípios), pode ficar clara a insuficiência de recursos financeiros para concretizar uma política pública que seja de competência do ente público.

Para se entender a dimensão do problema, vale a pena transcrever as observações de Maurício Júnior acerca do percentual de vinculação das receitas em nosso país: “O nível de vinculações orçamentárias no Brasil está muito elevado. Conforme a Secretaria de Orçamento Federal, este patamar chegou a 80,6% das receitas do Tesouro em 2002” (2009, p. 115).

A questão que se coloca, nessa hipótese, é: pode o acordo prever que o(s) ente(s) federativo(s) envolvido(s) no conflito providencie novas fontes de receita, a fim de fazer face às suas competências constitucionais e legais? A possibilidade pode vir sob duas formas, como revela a jurisprudência estadunidense a respeito, em ações que versavam justamente sobre a proteção a direitos fundamentais:

- a) a criação de imposto por via judicial, que chegou a ser determinada por algumas decisões e restou afastada pela Suprema Corte daquele país;
- b) a determinação judicial da criação de um imposto pelo ente público, o que já foi admitido pela Corte Constitucional estadunidense (caso Griffin v. County SchoolBoard).



Na doutrina brasileira, identificamos apenas dois posicionamentos a respeito:

- a)** o primeiro, do Professor Ricardo Lobo Torres, admitindo a possibilidade de determinação judicial da criação de um imposto, mas não a criação direta deste pela própria decisão judicial;
- b)** o segundo, de Alceu Maurício Júnior, negando tal possibilidade, mesmo na modalidade em que a decisão judicial somente determine a criação de um imposto.

Sustenta este último que a segunda hipótese “não seria admissível no sistema constitucional tributário brasileiro, o qual se caracteriza pela rigidez e exaustividade, impondo expressamente a legalidade formal como regra, conceituando as espécies tributárias e discriminando exaustivamente as competências dos entes federados” (2009, p. 252).

Ora, o princípio da legalidade em matéria tributária em nada se distingue do princípio da legalidade orçamentária, o qual o mesmo autor afirma poder ser afastada “desde que ligada à oferta de prestações vinculadas pelo mínimo existencial e associada a uma comprovada urgência” (MAURÍCIO JÚNIOR, 2009, p. 252).

Da mesma forma, a alegação de que a Constituição discrimina de forma exaustiva os impostos que podem ser instituídos por cada ente federativo não é capaz de justificar inteiramente tal posição, pois somente vale para Estados e Municípios, já que a União detém a competência residual para a criação de novos impostos – sem contar que ela sequer esgotou ainda suas possibilidades de criação dos impostos já previstos, eis que é inconstitucionalmente omissa no que tange à instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas.

Mas o mais importante é assinalar que o problema está mal colocado quando se pensa apenas na “criação de novo imposto”. Não é disso que se trata. Trata-se da “criação de novas fontes de receita”. Um mínimo de conhecimento em Direito Tributário é suficiente para saber que tal possibilidade existe para todos os entes federativos, mediante uma de duas possibilidades:

- a)** criação de taxas e contribuições de melhoria, quando cabível;
- b)** aumento da alíquota ou ampliação da base de cálculo de impostos.

Se, quanto a esta última, não existe muita liberdade, dada a matriz constitucional da hipótese de incidência, quanto à primeira possibilidade (aumento da alíquota), a única limitação efetiva é a vedação do tributo com efeito de confisco.

Um pequeno grau de conhecimento da realidade brasileira revela que, por exemplo:

- a)** é pouquíssimo praticada em nosso país, por qualquer dos entes federativos, a instituição de contribuições de melhoria, permitindo-se, assim, a privatização dos benefícios financeiros (valorização de imóveis) decorrentes de obras públicas;
- b)** é bastante comum, para ficar apenas em três exemplos triviais, que a base de cálculo do IPTU, do ITBI e do ITR sejam subavaliadas pelos contribuintes sem contestação da Fazenda Pública, de modo que as receitas decorrentes destes impostos deveriam ser muito maiores, mesmo à luz da legislação já existente – o



que demonstra que mesmo a simples adequação de práticas administrativas pode gerar aumento de receitas.

Parece assistir razão, assim, ao posicionamento de Lobo Torres, para quem

A criação direta de imposto pelo Judiciário fere os princípios da separação de poderes, do federalismo e da intangibilidade dos direitos de terceiros, além de ser improdutiva, pela inexistência de vinculação entre imposto e despesa pública. Mas **a ordem para que o Legislativo edite a lei necessária à apropriação dos recursos para a garantia dos direitos humanos, com a subsequente reformulação do orçamento, passa a ser vista como compatível com a separação de poderes e o federalismo, inserindo-se no novo contexto das relações entre o público e o privado, em que se torna inevitável o prejuízo e a responsabilidade dos mais ricos pela segurança dos direitos constitucionais dos mais pobres** (1992, p. 104).

Se tal possibilidade existe, portanto, para a decisão judicial, com muito maior razão é plenamente possível que o ente público, que deverá, neste aspecto, estar representado na mediação pela Mesa da(s) Casa(s) Legislativa(s) e pela(s) Comissão(ões) encarregada(s) do exame da matéria, se comprometa a providenciar, pela via legislativa, o necessário aumento de arrecadação de receitas para fazer frente às suas competências.

O mesmo raciocínio se aplica a quaisquer alterações legislativas em normas de conteúdo meramente procedimental que se percebam necessárias durante o processo, assim como às hipóteses em que ainda não exista, mas deva ser criada, legislação a respeito da política pública envolvida no conflito.

3.5. Ratificação do acordo

Trate-se ou não de conflito judicializado, em todo conflito coletivo, no qual é necessário que as partes – entes públicos ou privados, organizações do terceiro setor ou grupos sociais não formalmente organizados – sejam representadas na negociação por alguém que possa dialogar com os demais, fornecer informações e analisar propostas, culminando pela aceitação de um eventual acordo, é preciso que seja propiciado a todo grupo ou ente jurídico representado a prerrogativa de opinar de forma definitiva sobre o teor deste acordo.

É imprescindível, assim, a existência da fase de ratificação, durante a qual:

- a)** aqueles servidores que representaram entes públicos na negociação submeterão o acordo com o qual concordaram (com a prévia oitiva dos seus superiores) à ratificação formal, para que ele comprometa em definitivo os seus entes;
- b)** aqueles representantes do terceiro setor poderão realizar procedimento semelhante em suas entidades ou colegiado de entidades;
- c)** os representantes de empresas privadas submeterão também o acordo à ratificação dos órgãos diretivos ou gerenciais competentes;



d) os grupos sociais envolvidos no conflito submeterão o conteúdo do acordo a assembleias abertas a todos os diretamente afetados.

Como visto no capítulo passado, logo no início da negociação deverá ter sido esclarecido o procedimento interno a ser adotado em cada um dos entes/grupos envolvidos no conflito, assim como uma estimativa de tempo para que ele seja concluído.

Os mediadores poderão auxiliar nesta etapa, esclarecendo junto a cada grupo como se deu a negociação e porque aquele foi o melhor acordo que foi possível obter, de maneira a propiciar a aceitação do acordo e a conclusão do processo.

3.6. Homologação e eficácia jurídica do acordo

Em processo judicial em que se discutem compromissos, por parte de entes públicos e privados, concernentes à formulação e implementação de políticas públicas ou reparação de danos coletivos, é evidente que o acordo, ainda que parcial, resultante do processo de mediação, deverá ser devidamente homologado pelo juízo.

Se não se tratar de conflito judicializado, mas houver interesse das partes em conferir maior grau de estabilidade ao acordo, com o peso decorrente da coisa julgada, também é possível levar o conflito ao Judiciário apenas com o propósito de homologação.

Ao examinar o conteúdo do acordo com a finalidade de homologação, o juízo deverá verificar:

- a)** se o acordo está devidamente fundamentado sob os pontos de vista fático e jurídico;
- b)** se o princípio do contraditório foi observado no curso da mediação;
- c)** se os parâmetros legais foram respeitados;
- d)** se existe clareza na delimitação de obrigações, na previsão de responsabilidades, prazos e meios para monitoramento do cumprimento, bem como sanções claras e proporcionais para o descumprimento, total ou parcial.

Verificando que existe alguma inadequação do ponto de vista procedimental, quanto ao conteúdo jurídico ou omissão quanto aos termos que viabilizem o cumprimento do acordo, deve remeter as partes para a conclusão da mediação até que fiquem devidamente esclarecidas ações, pessoas responsáveis e prazos para sua execução, meios de monitoramento e sanções para descumprimento.

Tal cuidado se justifica porque o acordo homologado, que passará a contar com a eficácia de título judicial e que substitui, justamente, a sentença judicial que teria essa qualidade e que seria proferida caso o consenso não tivesse sido alcançado, deve ser claro o suficiente para viabilizar, seja o seu cumprimento espontâneo, como se espera que ocorra, seja sua execução forçada, na hipótese de descumprimento parcial ou total.





Muito embora fosse omissivo com relação ao conteúdo mínimo do acordo, bem como quanto aos critérios que deverão ser utilizados pelo juízo, o PL 5139, de 2009, mencionava que este, em qualquer das suas modalidades, deveria ser objeto de homologação judicial ¹².

Ao sequer fazer menção à previsão de sanções, a redação do PL (que, como dito, veio a ser rejeitado pela Câmara) operava, todavia, retrocesso em relação ao quadro normativo atual, pois o artigo 5º, § 6º., da Lei 7.347/85 é claro ao exigir que do compromisso de ajuste de conduta constem cominações para o caso de inexecução das obrigações nele contidas – medida que se revela eficaz tanto para estimular o cumprimento espontâneo do acordo como para facilitar sua execução forçada, caso necessária.

Sobre a previsão de prazos para o cumprimento das obrigações, a doutrina já era unânime em apontar sua necessidade, por decorrência direta da previsão de cominações, que demanda, logicamente, um termo inicial a partir do qual se torne exigível o cumprimento das obrigações ajustadas.

Por fim, cabe enfatizar que o juiz deve examinar, sobretudo, a **adequação do conteúdo do acordo, à luz da legislação aplicável**. Deve verificar se as obrigações previstas no acordo são suficientes e apropriadas para a efetividade dos direitos coletivos discutidos no processo.

Nesse sentido, os ensinamentos de Gidi, inspirados no controle judicial que se faz do conteúdo de acordos celebrados nas *class actions* no direito americano: “Para que um acordo coletivo seja válido e vincule o grupo e seus membros, ele precisa tutelar adequadamente os interesses do grupo” (2008, p. 269). Assim, para ele, deve-se

[...] estabelecer um sistema de controle judicial não somente da legalidade formal como da adequação substancial dos termos do acordo realizado entre o representante e o réu. [...] Mais que uma simples homologação, o juiz deverá aprovar os termos do acordo, dentro de um procedimento adequado, público e transparente, que permita aos interessados uma oportunidade adequada de participação (2008, p. 269).

12. Neste sentido o artigo 19, § 4º.: “Obtido o acordo, será este homologado por sentença, que constituirá título executivo judicial” e o artigo 61, que se refere ao “programa extrajudicial de prevenção ou reparação de danos”: “O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público”.





SAIBA MAIS

Os acordos celebrados no âmbito de *class actions*, como se sabe, referem-se a direitos os quais a ordem jurídica brasileira qualifica como individuais homogêneos ou coletivos em sentido estrito. Como, no Brasil, as ações coletivas podem ter por objeto também direitos difusos, pertencentes a uma coletividade indeterminada, o que pode eventualmente abranger a população de todo um Município ou região, ou mesmo do país, com maior razão se justifica o monitoramento estrito do conteúdo do acordo, sobretudo quando se lembram as inúmeras e acertadas advertências doutrinárias no que se refere à transação nesta matéria, no sentido de que não deve jamais ser afetado o conteúdo essencial do direito, mas sim, e tão somente, a forma de sua proteção no caso concreto. De nada servirão tais advertências se esses critérios não forem levados em conta pelo juízo ao examinar o conteúdo do acordo para eventual homologação.

Uma última observação importante precisa ser feita: em alguns conflitos coletivos (por exemplo, os ambientais), ocorrem sérias discussões processuais acerca da competência jurisdicional - se é da Justiça estadual ou da Justiça federal. Entendo que a melhor solução, neste caso, é submeter o acordo à dupla homologação (nos dois juízos), para abortar assim qualquer possibilidade de discussão futura quanto à validade da decisão. Nota-se que estamos tratando de competência absoluta (em razão da pessoa ou da matéria), de modo que a cautela é realmente necessária.

3.7. Avaliação do processo

A realização de uma avaliação do processo de mediação pelos participantes pode ser um excelente instrumento para o aprimoramento da utilização de um instrumento novo como esse em conflitos de dimensão coletiva.

Ela pode ser útil para, por exemplo:

- a)** fornecer subsídios para a seleção de mediadores em outros conflitos;
- b)** fornecer subsídios para a seleção de especialistas para a realização de estudos técnicos;
- c)** fornecer subsídios sobre o desenvolvimento adequado do processo, seja em termos de tempo utilizado para cada fase, seja em termos de etapas necessárias, seja ainda em termos de oportunidades de participação efetiva de cada um dos entes ou grupos na construção da solução;
- d)** propiciar uma avaliação dos benefícios identificados para o relacionamento entre os participantes;

e) propiciar uma avaliação da qualidade da solução obtida e sua relação com a utilização do processo de construção de consenso, ou seja, em que medida a solução é ou não melhor do que a que poderia ser obtida de qualquer outra forma, dentro ou fora do processo judicial.

O setor que atua especificamente com os conflitos que envolvem políticas públicas no MACRO, Departamento de Mediação existente junto ao Poder Judiciário, em Maryland, desenvolveu um questionário de avaliação que pode ser utilizado como referência neste sentido, cujo conteúdo é o que segue:

1. Nome (opcional)

2. Área de interesse representada: _____

3. Número de reuniões de que participou: _____

4. Antes deste projeto, indique seu nível de experiência utilizando os processos abaixo listados, numa escala de 0 (nenhuma experiência) a 10 (sou especialista no assunto):

- negociação; - conciliação em juízo; - audiências públicas; - processo judicial tradicional; - elaboração negociada de regulamentos administrativos; - mediação; - arbitragem; - facilitação de reuniões entre grupos interessados buscando a construção de consenso sobre um problema.

Para as questões 5 a 27, responda às assertivas usando uma pontuação de 0 (discordo totalmente) a 10 (concordo totalmente):

5. Antes de participar de qualquer das reuniões facilitadas, eu senti que havia uma chance razoável de chegar a um consenso sobre recomendações acerca do problema.

6. Os facilitadores explicaram claramente o processo.

7. Depois que o processo me foi explicado, eu achei que havia uma chance razoável de chegar a um consenso sobre as recomendações acerca do problema.

8. Nas reuniões de que participei, eu me senti à vontade para falar com sinceridade sobre os reais interesses do grupo que eu representava.

9. A quantidade de tempo exigida para participar desse processo excedeu minha disponibilidade.



- 10.** Os grupos necessários para chegar a um consenso nas recomendações sobre o problema estavam todos representados no processo.
- 11.** Meus relacionamentos de trabalho com os demais grupos participantes desse processo que têm interesses opostos ao meu grupo melhoraram desde o início do processo.
- 12.** Todos os grupos foram suficientemente flexíveis em todas as questões importantes.
- 13.** O facilitador entendeu as preocupações do grupo que eu represento.
- 14.** O facilitador nos ajudou a gerenciar bem o tempo e a agenda.
- 15.** Desde o início deste processo, minha visão sobre o problema não se alterou.
- 16.** Desde o início deste processo, eu tive acesso a novas informações sobre o problema.
- 17.** De um modo geral, o processo de facilitação foi justo.
- 18.** Em minha opinião, as opções de solução e as recomendações desenvolvidas pelos participantes durante o processo foram adequadas e apropriadas.
- 19.** Se tivessem sido utilizadas negociações diretas, sem a facilitação de um terceiro, provavelmente teria sido necessário muito mais tempo para chegar às mesmas conclusões.
- 20.** As recomendações que o grupo desenvolveu são viáveis.
- 21.** As várias conclusões e recomendações resolvem adequadamente o problema e as questões que buscamos enfrentar.
- 22.** No geral, eu creio que a logística das reuniões (local, disposição da sala de reuniões, refeições, horário e duração das reuniões, comunicações sobre as mesmas, etc) foi gerida de forma excelente.
- 23.** Em minha opinião, os resumos escritos e a documentação fornecida aos participantes foram excelentes.
- 24.** Fiquei satisfeito, de um modo geral, com os serviços prestados pelos facilitadores.
- 25.** De um modo geral, o processo de facilitação foi claro e seguiu um fluxo lógico.

26. Se eu vier a me envolver em um conflito similar, eu ficaria satisfeito em trabalhar com o mesmo facilitador.

27. Eu recomendaria este tipo de processo para outros grupos em situação similar.

28. Quais são suas mais importantes recordações deste processo e seus resultados?

29. Outros comentários? ¹³.

Uma das necessidades de adaptação evidentes é que, no processo para o qual o questionário foi formulado, buscava-se apenas elaborar “recomendações”, o que não há de ser normalmente o caso na mediação de conflitos coletivos.



PARA REFLETIR

Como se pode equilibrar as necessidades de transparência perante a sociedade, por um lado, e de um ambiente confortável e de confiança mútua, por outro, para conduzir a resolução consensual de um conflito coletivo?

Quais as peculiaridades dos conflitos coletivos envolvendo o Poder Público que se refletem no conteúdo de um acordo celebrado para solucionar envolvendo tais conflitos?

13. Original em inglês fornecido por Ramona Buck, Diretora do Programa de Gestão de Conflitos que envolvem Políticas Públicas do MACRO.



Referências bibliográficas

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação – aspectos práticos e teóricos*. São Paulo: Dash Editora, 2014.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (Coord.). *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 207-219.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n. 15, jan/mar 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Orgs.). *Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em Direito*. São Paulo: Método, 2014.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim – a negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luíza Borges. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBO TORRES, Ricardo. O mandado de injunção e a legalidade financeira. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Editora FGV, v. 187, p. 94-110, jan./mar. 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias – a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MCCREARY, Scott T. *Resolving Science-Intensive Public Policy Disputes*. PhD Dissertation (Tese de Doutorado). Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1989.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil: devido processo orçamentário e democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

POLICY CONSENSUS INITIATIVE. *A practical guide to consensus*. Santa Fe/Bismarck: Policy Consensus Initiative, 1999.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Ação civil pública como instrumento de controle da execução orçamentária. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Ação civil pública – 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 465-506.

SOUZA, Luciane Moessa de. *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.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.





CAPÍTULO 4

ESTUDOS DE CASO



Sobre o capítulo

No capítulo 4, veremos a descrição de estudos de casos em que foi buscada, de alguma maneira, a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas. Ao final deste capítulo, espera-se que você:

- conheça situações concretas em que ocorreu a aplicação da metodologia estudada nos capítulos 2 e 3 a conflitos concretos nos EUA, onde ela foi desenvolvida, inclusive possibilitando a verificação das consequências quando existe falha na implementação de alguma das etapas;
- conheça também estudos de caso em que houve, de algum modo, a aplicação de métodos que busquem a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas no Brasil, demonstrando que já existem experiências pioneiras a comprovarem a eficiência de tais métodos também em nosso país.



4. Introdução

Este capítulo traz a descrição de casos concretos em que foi buscada, de alguma maneira, a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, boa parte deles nos EUA e alguns deles no Brasil.

Os estudos de caso referentes aos EUA que serão apresentados foram identificados durante pesquisa realizada pela conteadista deste curso como pesquisadora visitante naquele país, em 2010, como parte de minha pesquisa de Doutorado, em que um dos objetivos era travar contato com experiências práticas de utilização da mediação em conflitos de dimensão coletiva envolvendo o Poder Público.



Não houve, porém, a possibilidade de acompanhar um processo do início ao fim, já que estes processos, normalmente, levam alguns meses, podendo mesmo ultrapassar um ano, nos casos mais complexos. Assim, os estudos de caso relatados foram identificados a partir da descrição do processo desenvolvida por outros pesquisadores. A minha contribuição principal reside na sua análise, encontrada ao final.

No centro onde se desenvolveu a maior parte desta pesquisa, o *Center for Public Policies Disputes Resolution*, situado na Faculdade de Direito da Universidade do Texas (campus de Austin, capital do Estado), havia diversos estudos de caso disponíveis, realizados inclusive por estudantes de Mestrado que ali desenvolveram suas pesquisas de campo, o que me possibilitou selecionar alguns deles para ilustrar a experiência de aplicação da mediação aos conflitos que envolvem políticas públicas nos EUA, seus desafios, suas dificuldades e seus benefícios visíveis.

Também considerei útil relatar alguns estudos de caso realizados em versão bem mais sintética por instituições sem fins lucrativos que se dedicam à mediação de conflitos coletivos, de modo a fornecer um quadro mais variado da sua aplicação naquele país, sem que os exemplos ficassem limitados a conflitos verificados em Austin, Texas.



FIQUE DE OLHO

Como se verá, a aplicação da mediação em tais conflitos é mais comum na esfera extrajudicial, envolvendo, muitas vezes, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, do que no âmbito de conflitos que já se encontram no âmbito judicial. Existem, porém, exemplos de utilização da mediação para esses tipos de conflitos também na esfera judicial.

Já quanto aos estudos de casos referentes a conflitos concretos no Brasil, utilizei as pesquisas de campo desenvolvidas por Tatiana Calandrino Maranhão, durante seu Mestrado na Universidade Federal Fluminense (UFF), e por Geisa Paganini de Mio, durante seu Doutorado na Universidade de São Paulo (USP), ambas versando sobre conflitos ambientais, que são muito ilustrativos do tipo de conflito coletivo em que se pode aplicar a metodologia de resolução consensual no Brasil.



4.1. Estudos de caso nos EUA

4.1.1. Casos em que atuou o Center for Public Policies Disputes Resolution da Universidade do Texas (CPPDR)

O Centro de Resolução de Conflitos envolvendo Políticas Públicas da Universidade do Texas, campus de Austin, foi o espaço onde se realizou a mais extensa pesquisa empírica dentre os diversos programas pesquisados. Foi possível, assim, identificar diversos estudos de casos e analisar de forma mais aprofundada o emprego da mediação em conflitos coletivos envolvendo entes públicos.

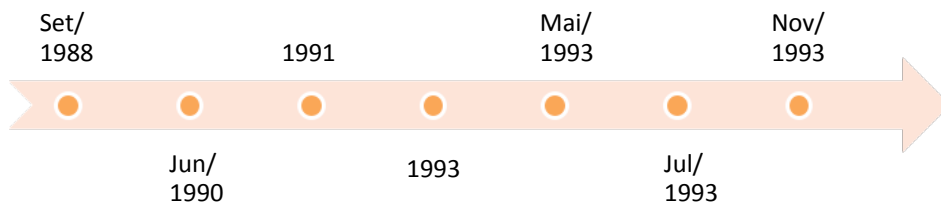
Os estudos de caso do CPPDR que vou apresentar são:

- desenvolvimento de empreendimentos imobiliários na região ambientalmente protegida de Barton Creek;
- melhorias no sistema de saneamento em Austin e região;
- revitalização da região leste de Austin;
- regras para credenciamento de leitos incluídos no sistema de saúde pública por instituições de saúde.

a) Desenvolvimento de empreendimentos imobiliários na região ambientalmente protegida de Barton Creek

O conflito em questão foi objeto de um estudo de caso que consistiu no tema da Dissertação de Mestrado de Heather Jane Cox, na Faculdade de *Public Affairs* da Universidade do Texas, concluído em 1994. O trabalho buscou confrontar a teoria existente acerca da mediação de conflitos que envolvem políticas públicas e sua aplicação prática neste que foi o primeiro conflito em que atuou o CPPDR, apenas um mês após sua criação – esta se deu em abril de 1993.

Histórico do conflito



A região do riacho Barton foi objeto de acirradas polêmicas na comunidade de Austin, por muitos anos. Trata-se de região de manancial de água e que constitui habitat de diversas espécies de animais em extinção, assim declarados oficialmente desde 1987.

Vários imóveis ali situados são utilizados para atividades recreativas, sendo muito cobizados também para residências, tendo em vista sua beleza natural e proximidade do centro de Austin.

Em setembro de 1988, uma empresa chamada FM Properties, pertencente a um conglomerado de expressão mundial que figura entre as maiores empresas estadunidenses, adquiriu mais de 4000 acres de terra na região, tendo em seguida explorado 600 acres, nos quais construiu um clube de campo, um centro de conferências, dois campos de golfe e algumas residências. Os planos futuros da empresa envolviam a construção de outro campo de golfe, residências e edifícios comerciais.

Ao mesmo tempo, a Prefeitura de Austin tinha planos de implantar infraestrutura na área e o Condado de Travis (onde se situa o Município de Austin) tinha planos de fazer melhorias na rodovia que cruza a região, porém sob a condição de que fosse solucionado um débito de 26 milhões de dólares contraído por um bairro de Austin justamente para construir uma rodovia na área.

Por outro lado, a condição de habitat de espécies ameaçadas de extinção faz com que qualquer obra ou empreendimento, público ou privado, na área dependa de licenciamento de uma agência federal, o Fish and Wildlife Bureau. Assim, os órgãos ambientais locais estavam buscando negociar junto a esta agência o licenciamento abrangente de um plano integrado de manejo da área, que eliminaria a necessidade de obtenção de licenças individuais por cada proprietário. O plano elaborado pelo Município previa a infraestrutura a ser instalada, as áreas de lazer e as áreas naturais a serem preservadas. Sua aprovação, além de viabilizar os planos do Município, daria segurança jurídica aos proprietários em relação às exatas restrições existentes à exploração de seus imóveis, além de colocar um ponto final aos inúmeros conflitos entre empreendedores e ambientalistas.

Em junho de 1990, a empresa FMP apresentou um Plano de Desenvolvimento Imobiliário referente aos seus imóveis na área para a Câmara Municipal de Austin, buscando garantir a instalação de infraestrutura e definir regras claras de uso do solo em sua propriedade. Em razão da polêmica que cercava a proposta, a Câmara realizou uma audiência pública a respeito, a qual acabou durando toda a noite, sendo que mais de 800 cidadãos se manifestaram contrariamente aos planos da FMP e convenceram a Câmara a rejeitá-los.

Em 1991, o Município aprovou novas regras de proteção ambiental em bacias hidrográficas, as quais, todavia, foram reputadas manifestamente insuficientes pelos ambientalistas. Na mesma época, a FMP apresentou novos planos de construção em parte de seus lotes. Os ambientalistas decidiram então criar a Coalizão SOS (*Save Our Springs* – Salve nossas fontes) e lançaram uma campanha pela aprovação de uma legislação com restrições mais adequadas, tendo elaborado eles mesmos uma proposta de conteúdo para tal lei. A campanha foi capaz de reunir 2 mil voluntários e obter 35 mil assinaturas, sendo que, apesar da forte campanha desenvolvida também pelos empreendedores da região, em agosto de 1992, a proposta da Coalizão SOS foi aprovada. Na sequência, em 1993, o grupo conseguiu também eleger dois vereadores (a Câmara



de Austin tem apenas sete ao todo), fazendo, assim, que os vereadores pró-proteção ambiental passassem a ser maioria na casa legislativa.

Também em 1993, a FMP propôs doar mil acres de terra ao Município em troca de um acordo quanto ao desenvolvimento de seus empreendimentos. A proposta gerou a percepção da necessidade de criar um grupo para discutir de forma aprofundada o tema. Assim, ocorreu a criação de uma Força-Tarefa, composta de seis ambientalistas, três representantes do governo local e quatro empresários, que foi incumbida de desenvolver um plano amplo de proteção da bacia do Riacho Barton. Após quatro meses, a Força-Tarefa apresentou uma lista de recomendações, incluindo a de que um eventual acordo com a FMP deveria ser negociado entre esta, o Município e a Coalizão SOS, cabendo a esta última o monitoramento de seu cumprimento.

Note-se que a FMP havia protocolado em 1991 novos planos de construção em seus terrenos, e a nova legislação proveniente da Coalizão SOS certamente não se aplicava aos seus empreendimentos de natureza residencial, sendo que o Município defendia que se aplicava, porém, aos de natureza comercial. Todavia, essa não era a interpretação que possivelmente prevaleceria numa disputa judicial.



Em maio de 1993, o Prefeito de Austin contatou o CPPDR para buscar auxílio na estruturação de um processo de mediação do conflito. Tanto os órgãos públicos quanto os ambientalistas estavam ansiosos por participar do processo e a FMP estava um pouco relutante, mas acabou concordando, com o propósito de demonstrar boa vontade para resolver o conflito perante o Fish and Wildlife Bureau. O Prefeito pediu ao CPPDR uma lista de potenciais mediadores que fossem de Austin, estivessem familiarizados com a disputa, pudessem começar a atuar de imediato e dedicar-se ao projeto por várias semanas.

Não havia em Austin mediadores com experiência em conflitos envolvendo políticas públicas. Assim, o CPPDR formou uma lista de seis nomes que se dispuseram a atuar. Estes nomes foram apresentados à Força-Tarefa, que apenas não objetou em relação a dois deles. Ambos eram advogados experientes e tinham tanto treinamento de boa qualidade quanto ampla experiência em mediação. O CPPDR forneceu a eles bibliografia e estudos de caso na mediação de conflitos envolvendo políticas públicas.

Não houve uma fase própria de diagnóstico do conflito e a definição do escopo da mediação baseou-se nas recomendações da Força-Tarefa. As sessões de mediação, que não foram abertas ao público e consistiram basicamente de sessões privadas entre os mediadores e os grupos em conflito, duraram apenas seis semanas e, no início de julho de 1993, foi elaborado um acordo sobre pontos de consenso entre as partes, o qual, porém, nunca chegou a ser ratificado por elas. O Prefeito havia estabelecido um prazo curto para conclusão dos trabalhos, em razão de haver uma data limite para viabilizar a compra de áreas que o Município pretendia destinar à preservação, de acordo com o plano apresentado ao Fish and Wildlife Bureau.

Durante o processo, duas atitudes da FMP geraram grande desconfiança por parte dos ambientalistas e dificultaram o prosseguimento do diálogo e a ratificação do acordo:

- a) a apresentação de um novo Plano de Desenvolvimento Imobiliário ao Município que previa uma densidade ainda maior nas construções a serem realizadas (o que não era objeto diretamente da legislação elaborada pela SOS, mas afetava os seus objetivos);
- b) a articulação paralela buscando a aprovação de legislação no âmbito estadual estipulando que a legislação elaborada pela SOS, de 1992, não se aplicava a empreendimentos cujos projetos tivessem sido apresentados antes dela, beneficiando assim a FMP.

Esta legislação acabou sendo vetada pela Governadora do Texas. Em novembro, quando o acordo não havia ainda sido ratificado, a FMP retirou-se formalmente da mediação.



FIQUE DE OLHO

A análise realizada no estudo aponta como **dificuldades no processo**, que inviabilizaram a ratificação do acordo:

- a) tempo insuficiente para construção de confiança entre as partes e amadurecimento das negociações, inclusive possibilitando a realização de estudos que resolvessem divergências técnicas;
- b) ausência da fase de diagnóstico ou avaliação de contexto (também por pressões temporais), fazendo com que alguns grupos interessados importantes estivessem ausentes das nego-



ciações (por exemplo, os financiadores da aquisição de terras que seriam reservadas à proteção ambiental pelo Município) e com que temas importantes relacionados ao conflito não fossem incluídos no escopo da discussão (como a questão da densidade nas construções da FMP e questões relacionadas à rodovia que cruzava a região, que foram levantadas somente no final do processo);

- c)** falta de sessões públicas, que ajudariam a construir confiança no processo;
- d)** falta de assiduidade e de uma representação clara entre os ambientalistas, que se ausentaram de algumas reuniões e, quando voltaram, discordaram do que tinha sido decidido;
- e)** dissenso de opiniões entre as diversas entidades que faziam parte da Coalizão SOS, o que levava à necessidade de uma mediação prévia dentro deste grupo;
- f)** atitudes paralelas da FMP que se desenvolveram sem qualquer conhecimento do grupo e que minaram a construção de confiança, consistentes na atuação paralela junto ao legislador estadual e na apresentação de novo plano ao Município com densidade ainda mais alta que o de 1990;
- g)** inexperiência dos mediadores.

Como **benefícios obtidos**, contudo, mesmo sem que o acordo tenha sido ratificado, destacam-se:

- a)** identificação de alguns pontos de consenso dentro do grupo;
- b)** esclarecimento das divergências existentes;
- c)** alguns pontos do acordo vieram a ser observados espontaneamente pela FMP, como a construção de uma lagoa de tratamento de efluentes;
- d)** apesar de tudo, pela simples aceitação de participar do processo, a FMP ganhou credibilidade junto à comunidade ambiental, o que levou à celebração posterior de um acordo entre ela e uma outra entidade (*The Nature Conservancy*), pelo qual se viabilizou a destinação de áreas em sua propriedade para preservação, tornando desnecessária a aquisição de terras pelo próprio Município;
- e)** a FMP decidiu pagar o débito do bairro de Austin relativo à construção da rodovia a fim de viabilizar a aprovação do Plano do Município perante a agência federal.

Ou seja, o conflito acabou sendo resolvido de forma que se viabilizou a proteção ambiental e também a realização dos empreendimentos da FMP, com menos custos para o Município de Austin, que teve que investir somente em infraestrutura, conforme já estava previsto.

b) Melhorias no sistema de saneamento em Austin e região

Segundo Tiffany Reyes, autora do estudo de caso em questão, este conflito envolveu os planos do Município de Austin de realização de obras no sistema de tratamento de esgoto, que se encontra situado numa região ambientalmente sensível (próxima a parques e a um manancial, o aquífero Edwards) e, por esta razão, gerou grande reação da comunidade ambientalista. Além das questões ambientais envolvidas, havia uma de-

manda por parte de dois Municípios menores situados a oeste de Austin (Rollingwood e West Lake Hills) de utilizar-se de sua rede de esgoto, tendo em vista a impossibilidade geográfica de que estes construíssem uma rede própria de tratamento em seus territórios, tanto por características geológicas quanto ambientais.



A controvérsia entre o Município de Austin e os ambientalistas se estendeu de 1992 a 1999, tendo começado quando, em novembro de 1992, a Prefeitura planejou construir uma linha de esgoto de pouco mais de um quilômetro de extensão passando por dentro do Parque Zilker e da região do riacho Barton. Na audiência pública convocada para discutir a proposta, dúzias de cidadãos compareceram para se opor ao projeto. Um dos jornais locais estampou a controvérsia em uma página inteira, com um artigo a favor e outro contrário ao projeto.

Os opositores viam o projeto como fonte de riscos e danos ambientais adicionais para os mananciais de água da região, pois incentivariam a realização de novos empreendimentos. Além disso, não aceitavam que a linha atendesse a áreas situadas fora dos limites de Austin utilizando recursos do erário do Município.

Os proponentes sustentavam, de sua parte, que a estrutura existente estava no limite e que havia o iminente risco de que o esgoto vazasse para os cursos d'água da região. Afirmavam também que as áreas onde se instalaria a infraestrutura já estavam urbanizadas e que nem toda a bacia do riacho Barton seria atendida.

A Câmara Municipal aprovou o projeto, em apertada votação (4X3), e os ambientalistas que se opunham, de imediato, ajuizaram uma ação contra o Município e reclamações administrativas junto aos órgãos estaduais de proteção das águas e dos sítios arqueológicos (o Parque Zilker contém sítios em seus limites). A ação judicial não teve sucesso, mas as reclamações administrativas foram capazes de paralisar a construção.

Com a mudança de legislatura (1993), novos Vereadores foram eleitos e a Câmara cancelou a decisão anterior de aprovar o projeto (para o qual havia destinado USD 2,65 milhões) e decidiu destinar USD 1,2 milhão para a realização de um estudo sobre alternativas de tratamento de esgoto na região.

O estudo contratado pela Prefeitura foi concluído, tendo realizado o monitoramento do real fluxo de esgoto na região (e não simples estimativas baseadas no número de unidades domiciliares). Descobriu-se que, embora a estrutura existente fosse antiga (40



anos) e necessitasse de manutenção, ela era suficiente para atender à demanda na época, de modo que não havia urgência na expansão da rede.



FIQUE DE OLHO

Ficou definido, a partir daí, que deveria haver participação pública desde o início da elaboração do projeto, pois não havia apenas questões técnicas envolvidas, mas também questões de planejamento do desenvolvimento territorial urbano e de proteção ambiental.

Assim, a Prefeitura decidiu contatar o CPPDR para facilitar este processo de construção de consenso na comunidade. O CPPDR destinou uma pessoa de sua equipe, Mina Brees, a trabalhar, em conjunto com o grupo de trabalho encarregado do projeto na Prefeitura, na elaboração de uma lista de potenciais participantes do processo de construção de consenso.

Durante dois meses, este grupo entrevistou estas pessoas, indagando:

- a) seus interesses;
- b) suas recomendações quanto à inclusão de outros participantes;
- c) sua disposição de participar do processo.

A conclusão foi a de que todos os principais grupos interessados manifestaram disposição de participar, expressando interesse em ouvir os demais, em resolver o problema e em dedicar seu tempo ao processo. Via de regra, cada grupo escolheu seu próprio representante. Alguns deles pediram para indicar mais de uma pessoa como representante, o que foi aceito, desde que, em caso de votação, o grupo tivesse somente um voto. Definiu-se que a Câmara Municipal de Austin, que teria poder de aprovar o acordo, não participaria do processo. Planejou-se um processo que duraria de dez a doze semanas e a Câmara destinou USD 10 mil para pagar pelos serviços do facilitador.



SAIBA MAIS

O grupo definido incluiu:

- três entidades ambientalistas, representadas por quatro pessoas;
- dois representantes do setor imobiliário;
- o Prefeito e mais um morador do Município de Rollingwood;

- o Prefeito e um vereador do Município de West Lake Hills;
- órgãos públicos de Austin com competência ou interesses na área, representados por seis pessoas.

Para a seleção do facilitador, o CPPDR indicou dez possíveis mediadores qualificados, aos quais foi fornecida uma lista de suas atribuições. Um grupo de participantes voluntários, então, entrevistou os dez candidatos durante dois dias e escolheu Robena Jackson como facilitadora. Mina Brees, do CPPDR, atuaria como co-facilitadora.

As reuniões se realizaram com periodicidade semanal, tendo iniciado no final de maio de 1997. No início de agosto, tendo se esgotado o cronograma previsto, o grupo solicitou à Câmara a destinação de mais recursos a fim de que pudesse continuar se reunindo, o que foi aprovado. O grupo continuou os trabalhos por mais dois meses (até o início de outubro).

O processo de mediação propriamente dito se desenrolou em quatro fases:



O escopo do processo foi definido como:

- 1)** estabelecer os critérios que deveriam nortear as decisões do Município quanto à elaboração de projetos e realização de gastos em seu sistema de tratamento de esgoto: que propriedades serão atendidas, em que condições, que melhorias precisam ser feitas e quem vai pagar por elas;
- 2)** superar as divergências e desconfiança geradas no âmbito desta controvérsia."

O resultado esperado era: "um conjunto de recomendações para a Câmara de Vereadores acerca de quais áreas seriam atendidas pelo sistema de esgoto situado na região dos riachos Barton e Eanes, e a natureza das instalações de longo prazo que fornecerão este serviço (que melhorias, se algumas, deveriam ser feitas)".

Iniciado o processo de mediação, o grupo aprovou, em sua primeira reunião, os seguintes protocolos de conduta, que partiram de uma proposta das facilitadoras:



- a) cada participante teria sua vez de se manifestar e não interromperia os demais quando estivessem se manifestando;
- b) seriam formuladas perguntas apenas para buscar esclarecimentos ou obter maiores informações, nunca para desafiar ou intimidar as outras partes;
- c) todos evitariam assumir posições irrevogáveis ou não-negociáveis; deveria buscar-se atender aos interesses de todo o grupo.

Outras regras aprovadas conjuntamente versavam sobre:

- horário e duração das reuniões (geralmente, início da noite, com três horas de duração);
- questões de frequência dos participantes;
- atas das reuniões;
- informações ao público sobre o processo.

Ficou definido que a realização das reuniões não seria amplamente divulgada, mas, se a imprensa ou observadores comparecessem, sua presença seria permitida e eles seriam apresentados ao grupo, desde que se comprometessem a respeitar as regras do processo e só se manifestassem se autorizados pelo grupo; em alguns momentos, eles também poderiam ser solicitados a se retirar.



SAIBA MAIS

Um dos jornais locais deu cobertura ao processo e as facilitadoras, em vários momentos, redigiram informativos para enviar a órgãos interessados, como Vereadores e a agência municipal de saneamento.

Na fase educativa, que durou várias sessões, vários funcionários da agência municipal de saneamento estiveram presentes. Na fase de apresentação para o grupo todo dos interesses defendidos por cada um dos envolvidos no conflito, todos eles tiveram prévias sessões privadas com as facilitadoras. Na fase dos debates propriamente ditos, o grupo decidiu focar, primeiro, na definição da amplitude dos serviços de esgoto a serem fornecidos pelo Município de Austin e somente depois passar a discutir as instalações apropriadas para tal fim.

O grupo definiu doze opções possíveis e acabou identificando que duas delas tinham mais apoio que as demais. Assim, pediu à agência municipal de saneamento que apresentasse planos (incluindo custos) para expansão ou melhoria das instalações que atendessem a estas duas opções. Uma divergência principal persistia, porém: **a discordância dos ambientalistas de que houvesse qualquer expansão dos serviços.**

Um dos representantes de Rollingwood, Município cujo território estava situado exatamente sobre o aquífero Edwards, um dos mananciais de água da região, sugeriu que fosse construída uma estação de reutilização de água no Parque Zilker, sendo que a

água tratada seria usada para irrigá-lo – o que foi prontamente aceito pelos ambientalistas. Note-se que um especialista no assunto que observava às reuniões já havia feito essa sugestão antes.

Como ainda havia, contudo, pequenas divergências entre os ambientalistas, as facilitadoras se reuniram com eles em separado. A proposta dali surgida foi que a estação de reutilização de água deveria ser localizada em Rollingwood, não no Parque Zilker. Esse grupo começou a trabalhar, então, no esboço de um projeto dessa estação. O problema que surgiu em seguida foi a falta de destinação para a água reciclada, pois não havia demanda suficiente para ela na área, de acordo com o tamanho da estação projetada. O representante da agência municipal, então, propôs um plano para uma estação menor, que poderia ser expandida no futuro, plano que apresentava ainda algumas dificuldades técnicas. Em seguida, o Município de West Lake Hills e um outro bairro de Austin aumentaram suas demandas de tratamento de esgoto.

Com o aumento das divergências, o grupo deixou de se reunir por um mês e, nesse meio tempo, as facilitadoras e a agência municipal trabalharam no esboço de um documento que contivesse os pontos onde já se alcançara consenso, confirmando cada um deles com os diferentes atores e constatando que havia muito mais pontos de convergência que de divergência. Este documento foi aprovado na reunião seguinte. Assim mesmo, o grupo já estava cansado, de modo que uma semana depois ocorreu a última reunião, onde foram listados os pontos sobre os quais não havia consenso.



Os pontos de consenso foram:

- a)** a demanda de cada um dos Municípios vizinhos;
- b)** a construção de uma estação que permitisse a reutilização da água proveniente do esgoto, cujos resíduos iriam para o sistema de esgoto de Austin;
- c)** a construção de um canal de esgoto ligando a rede existente em Austin a essa estação;
- d)** os custos de construir e operar essa nova estação seriam rateados de forma equitativa entre os Municípios de Austin, Rollingwood e West Lake Hills e estes últimos arcariam com os custos adicionais de coleta e estações de tratamento dentro de seu território.

Os ambientalistas, porém, pretendiam que a solução proposta fosse submetida à votação da população de Austin.

O relatório final foi, em seguida, apresentado aos diversos órgãos locais, estaduais e federais com competência na matéria e recebeu apoio de todos eles. Em dezembro, o grupo se reuniu mais uma vez para receber notícias acerca da revisão pública do rela-



tório. Em fevereiro de 1998, a Câmara de Austin aprovou o relatório por unanimidade e autorizou o Município a iniciar as negociações com os Municípios vizinhos para viabilizar sua implementação.

Nos seis meses seguintes, Austin discutiu a implementação das recomendações do relatório com os Municípios de Rollingwood e West Lake Hills. Um outro ente público entrou nas discussões a partir de então, a Lower Colorado River Authority (LCRA), que poderia vir a ser uma financiadora do projeto.

No meio tempo, os dois Municípios menores contrataram a mesma empresa de consultoria que havia feito o estudo técnico inicial para Austin e, junto com a LCRA, apresentaram três propostas quanto às instalações:

- a)** a construção de uma estação de tratamento e reutilização da água, que despejaria seus resíduos no sistema de esgoto de Austin (solução prevista no relatório);
- b)** construção de uma estação independente, de responsabilidade apenas dos Municípios de Rollingwood e West Lake Hills, que não despejaria os resíduos no sistema de esgoto de Austin, mas sim no lago Town, em Austin, se obtivesse a licença ambiental necessária para tal fim;
- c)** despejar todo o esgoto, sem tratamento, diretamente no sistema de esgoto de Austin.

Em Rollingwood, havia dificuldade em selecionar um local para a estação, pois o Município só conseguira identificar um lugar com metade da área necessária. A construção da estação acabou se revelando inviável também pela ausência de demanda para utilização da água tratada, de modo que os gestores de Austin começaram a aceitar a ideia de tratar o esgoto dos dois Municípios, desde que estes adotassem medidas claras para reduzir o fluxo de resíduos gerados, redução do consumo de água, monitoramento dos usuários e conservação dos cursos d'água.

O acordo de Austin com Rollingwood aconteceu em seguida, mas ainda demorou mais um ano para que Austin chegasse a um acordo com West Lake Hills (que tinha uma demanda três vezes maior), até que se encontrasse uma solução técnica aceitável. As entidades ambientalistas aprovaram o acordo celebrado com Rollingwood, até porque o solo rochoso do Município não se prestava sequer à construção de fossas sépticas.

No caso de West Lake Hills, Austin não queria que a concordância em atender à demanda atual levasse a um futuro aumento na demanda, já que este Município oferecia maior potencial para crescimento do que o outro – muito embora seu Prefeito afirmasse não haver nenhuma intenção de alterar as restrições presentes na legislação urbanística vigente. Por tal razão, Austin não queria fazer um acordo igual ao que foi feito com Rollingwood, que já tinha seu território todo construído. Entretanto, o sistema de fossas sépticas existente em West Lake Hills trazia sérios riscos de contaminação do lençol freático, prejudicando a todos os Municípios da região, de modo que uma solução tinha que ser encontrada.



Foi então que surgiu uma solução técnica adequada, identificada por dois assessores de dois Vereadores de Austin, finalmente tornando o acordo possível. Pelo acordo firmado, o Município de West Lake Hills disponibilizaria para Austin seus registros de informações sobre o serviço de esgoto e arcaria com os gastos de infraestrutura necessários para dispor do sistema de tratamento de esgoto de Austin.

Ambos os Municípios pagariam a Austin, respectivamente, USD 200 mil e USD 600 mil para investimentos nas melhorias de seu sistema de esgoto.



FIQUE DE OLHO

Note-se que, neste caso, embora tenha sido alcançado acordo durante a mediação, o cumprimento deste acabou se demonstrando parcialmente inviável (sob o ponto de vista técnico), mas o processo serviu para:

- a)** construir confiança e canais de comunicação entre as partes;
- b)** gerar conhecimento e compreensão sobre as questões controversas;
- c)** realizar o diagnóstico do problema, a partir da definição de um limite para a demanda dos outros dois Municípios;
- d)** definir as bases para o diálogo que levou ao acordo final.



ATENÇÃO

A análise do caso permite apontar nele as seguintes limitações:

- a)** informações técnicas relevantes (como as pertinentes ao tipo de solo de cada Município) não foram utilizadas desde o princípio;
- b)** estudo técnico realizado antes do processo foi incompleto, pois somente levantou a demanda e a capacidade da estrutura existente, mas não explorou as alternativas de solução de forma consistente, e não foi devidamente complementado durante a mediação;
- c)** alguns órgãos públicos que tinham competência para viabilizar a implementação do acordo (como a LCRA) somente foram incluídos no processo na fase de implementação, quando deveriam ter participado desde o início.



c) Revitalização da região leste de Austin

Este estudo de caso foi realizado por Writer Mott, como parte da pesquisa realizada para seu trabalho de conclusão de curso na graduação em Direito e no Mestrado em *Public Affairs*, ambos realizados na Universidade do Texas.

O processo de mediação se desenvolveu no ano de 1997, por solicitação do Prefeito recém-eleito de Austin, para viabilizar a implementação de um projeto de revitalização urbana, cultural e comercial na região leste do Município, que havia atravessado um longo período (desde o final da década de 70) de declínio econômico e negligência urbana. O Poder Legislativo municipal já havia aprovado a destinação de recursos provenientes de um empréstimo federal ao projeto (USD 9 milhões e 35 mil), mas diversos setores da comunidade e a Prefeitura não concordavam sobre o foco que deveria ser dado ao processo de revitalização. Vários investidores privados também já haviam se comprometido a destinar recursos ao projeto (o Frost Bank, por exemplo, pretendia emprestar USD 3 milhões para negócios e moradias na região), mas o conflito estava deixando o plano paralisado.

A região se caracterizava por:

- grande presença de população afro-americana, porém com alguns focos também de população de origem hispânica;
- alta criminalidade;
- pobreza;
- queda de investimentos e fechamento de negócios.

Os objetivos da revitalização, segundo o Município, eram:

- encorajar investimentos privados e crescimento econômico na área, mantendo e construindo moradias a preços acessíveis;
- restaurar a atmosfera cultural vibrante que existia na região antes do declínio.

O ponto nodal de conflito era **quem controlaria a gestão do projeto**, pois esta havia sido atribuída pelo Município a uma associação criada em 1995 por um Vereador para ajudar o Município a desenvolver e administrar o plano de revitalização. Tratava-se da ARA, Austin Revitalization Authority.

A **comunidade** apresentava sérias objeções à gestão do projeto da forma como ela estava posta, pois os membros da Diretoria da ARA e a equipe encarregada da elaboração do projeto eram pessoas externas à comunidade, algumas até de fora do Estado. A comunidade também temia que o foco na expansão de investimentos privados fosse solapar as intenções de manter e construir moradias a preços acessíveis na região. Havia, inclusive, rumores de que alguns membros da Diretoria da ARA estariam especulando com imóveis na área. Discordava, ainda, dos tipos e tamanhos dos novos edifícios previstos no projeto, bem como enfatizava a importância de se proteger prédios e locais de importância histórica e cultural.

A **ARA**, de seu turno, havia propiciado várias oportunidades para a comunidade se manifestar:

- audiências públicas;
- espaço para manifestação de líderes comunitários em reuniões da Diretoria;
- divulgação de informações e espaço para manifestações em seu *website*;
- divulgação de um informativo sobre o projeto;
- recebimento de manifestações por *e-mail* e telefone.

Estes esforços eram vistos pela comunidade como claramente insuficientes. O Vereador que criara a ARA e que resistia às propostas de alteração na Diretoria que propiciassem maior representação da comunidade não foi reeleito em 1997.

Embora o conflito se estendesse ao mérito do projeto, o novo Prefeito identificou que o principal ponto a ser resolvido era a questão da **representatividade da comunidade na gestão da ARA**. Ele procurou, então, o CPPDR e definiu como escopo de um processo de mediação, que se desenvolveria em apenas oito semanas (incluindo a fase de avaliação do conflito) e consistiria de apenas três sessões públicas de mediação, a definição dos membros da Diretoria da ARA e suas respectivas atribuições.

Os objetivos seriam:

- permitir a aplicação dos recursos destinados ao projeto;
- garantir maior representatividade da Diretoria;
- aproveitar as iniciativas já existentes na área;
- aprimorar mecanismos de participação da comunidade;
- definir vários usos para as propriedades na região, que atendessem a todas as demandas identificadas.

O CPPDR identificou dois mediadores que tinham experiência em questões urbanas e comunitárias, Robena Jackson e Tom Forbes. A primeira também era familiar com a região. Designou também três mediadores de sua equipe para trabalhar com os dois mediadores que poderiam ser contratados na fase de avaliação do conflito. Para tal fim, foram realizadas 54 entrevistas, num período de duas semanas, nas quais se explicava aos entrevistados a dinâmica do processo de facilitação e se buscava saber deles:

- os interesses e posições de cada um na controvérsia;
- a disposição de participar de um processo de mediação;
- sua avaliação da imparcialidade de Jackson e Forbes, possibilitando sua atuação como mediadores.

Os entrevistados avaliaram positivamente os mediadores e a utilização do processo. Foi definido um grupo de 28 participantes do processo de mediação, composto por:

- um representante da Câmara de Comércio local;
- um representante da Câmara de Comércio hispânica;
- três proprietários que também moravam na região;



- três comerciantes da região;
- três representantes da associação de moradores de Robinson Hill;
- um representante da associação de moradores de Suede Hill;
- um representante da associação de moradores de Kealing;
- um representante da associação de moradores de Chestnut Hill; - um representante da associação de moradores de Blackshear;
- quatro representantes de diferentes igrejas situadas no bairro;
- três representantes de uma corporação de desenvolvimento comunitário;
- três representantes de mais três entidades sem fins lucrativos;
- dois representantes da ARA.

Participaram como observadores funcionários do gabinete do Prefeito e assessores de dois Vereadores.

Em sua primeira reunião, o grupo definiu como seus objetivos:

- definir as “regras do jogo” a serem seguidas durante a mediação;
- desenvolver princípios que guiarão o processo de revitalização;
- a partir destes princípios, definir a entidade e o processo de condução da revitalização.

No que tange às regras do jogo, houve dois principais focos de atenção do grupo:

- a)** a definição de consenso;
- b)** a definição do formato e teor dos contatos com a imprensa.

A definição de consenso adotada foi a proposta pelo CPPDR:

[...] consenso é alcançado quando todos os participantes concordam que seus interesses foram levados em consideração e tratados de forma satisfatória e que, dada a combinação de ganhos e compensações, as circunstâncias vigentes e as alternativas disponíveis, o acordo resultante é o melhor que o grupo é capaz de conseguir.

Sobre os contatos com a imprensa, ficou definido que cada um dos participantes limitaria o teor de seus comentários a seus próprios pontos de vista, sem comentar afirmações feitas por outros membros do grupo durante as sessões.

O grupo realizou quatro sessões.

Na primeira sessão, cada participante também teve a oportunidade de expressar seus objetivos e preocupações subjacentes ao processo de revitalização. Os facilitadores listaram estes objetivos e preocupações e os leram para todo o grupo.

Entre as reuniões, os facilitadores tiveram sessões privadas com cada participante e também com alguns grupos de participantes, a fim de identificar pontos de potencial



concordância e questões que precisavam ser mais trabalhadas para se chegar a uma possível solução.

Na segunda sessão, foram discutidos os princípios que guiariam o processo de revitalização e o formato da entidade gestora.

Na terceira sessão, definiu-se por consenso que a ARA poderia conduzir o processo, desde que a composição de sua Diretoria fosse revista. Não se alcançou, porém, consenso quanto a esta composição, de modo que o grupo deliberou, após proposta dos facilitadores, que deveria haver uma quarta sessão.

Na quarta e última sessão, foram formuladas duas propostas, nenhuma das quais previa a remoção dos atuais membros da Diretoria da ARA:

- a proposta A, apresentada pela ARA, propunha acrescentar cinco novos membros à Diretoria (um representante das igrejas e quatro de associações comunitárias);
- a proposta B, apresentada pelos grupos comunitários, que pleiteava, além desses cinco membros, mais três membros de associações comunitárias e um de uma cooperativa de crédito.

Os facilitadores tiveram, então, uma sessão privada com os representantes da ARA para verificar se eles estariam dispostos a aceitar a proposta B.

Como não houve aceitação, os facilitadores concluíram o processo e agradeceram a participação de todos.

Na avaliação dos resultados obtidos, foi possível perceber:

- **membros da comunidade:** muitos ficaram decepcionados pelo fato de não se ter logrado obter consenso, já que eles esperavam que o processo fosse capaz de gerar a reestruturação da ARA;
- **ARA:** para a ARA, o processo representou uma oportunidade de demonstrar à comunidade que a Diretoria efetivamente representava seus interesses;
- **Prefeitura:** para a Prefeitura, o processo foi um sucesso, pois lhe forneceu uma compreensão mais clara dos objetivos do processo de revitalização e de quais os interesses em jogo.



ATENÇÃO

Como **dificuldades** identificadas no processo, o autor do estudo de caso aponta o tempo demasiado curto para concluir os trabalhos – o conflito já estava acirrado há alguns anos e o prazo fixado pelo Prefeito não permitiu extirpar diferenças e explorar alternativas, nem que os facilitadores tivessem muitas sessões privadas.

Como **pontos positivos**, os participantes relataram que a presença dos facilitadores foi bem aceita por todos os lados como forma de propiciar um ambiente inclusivo e equânime.



Também foi benéfico o fato de que se conseguiu reduzir a animosidade existente, esclarecer os interesses em jogo e estreitar os pontos de divergência e chegar a um consenso sobre que tipo de desenvolvimento se pretendia, bem como de que a composição da Diretoria da ARA precisava ser mais representativa.



Em fevereiro de 1998, poucos meses após o encerramento da mediação, a Câmara Municipal de Austin decidiu reestruturar a Diretoria da ARA para incluir mais representantes da comunidade. Deliberou-se incluir doze novos membros e remover um dos já existentes. Estes treze novos representantes seriam todos os nove constantes da proposta B, mais um representante das corporações de desenvolvimento comunitário (com viés de preservação histórica), um do setor imobiliário e mais duas igrejas.

A grande lição obtida no processo é que, **mesmo não alcançado consenso, as informações levantadas e pontos de convergência obtidos podem ser utilizados mais adiante no processo decisório e o diálogo pode prosseguir de maneira informal.**

d) Regras para credenciamento de leitos incluídos no sistema de saúde pública por instituições de saúde

Também este estudo de caso foi realizado por Writer Mott e incluído em sua Dissertação de Mestrado (2001).

O processo se realizou durante o segundo semestre de 1997 e envolveu a primeira elaboração negociada de regulamentos administrativos após a promulgação da lei que criou esta possibilidade no Estado do Texas.

O objeto da negociação era a elaboração de regras para credenciamento e realocação de leitos em instituições participantes do sistema público federal de saúde destinado a pessoas de baixa renda e deficientes (Medicaid).

A regra deveria ser elaborada pelo Department of Human Services (DHS) do Estado do Texas e este definiu que o processo de negociação duraria três meses, buscando alcançar consenso entre os grupos interessados no tema sobre o conteúdo da norma. Como se verá, o resultado pretendido foi integralmente alcançado.



FIQUE DE OLHO

O pano de fundo do conflito era o seguinte:

- A oferta de leitos destinados ao atendimento de pacientes do sistema Medicaid gera maiores chances de recebimento de recursos federais por parte das instituições de saúde que os oferecem, a partir de sua efetiva utilização.
- As instituições que não disponham desses leitos são obrigadas a recusar pacientes do sistema, enquanto as que estão com leitos vazios se recusam a abrir mão deles porque querem ter a chance de preenchê-los e sua disponibilidade facilita a obtenção de crédito.
- Ao mesmo tempo, a solicitação de novos leitos por parte das instituições que estivessem com demanda superior ao número de leitos disponíveis somente poderia ser atendida quando a taxa de ocupação fosse superior a 90% por seis meses.

Além disso, havia uma prática corrente entre as instituições de reservar leitos ociosos que pudessem ser utilizados por pacientes particulares que, a partir de certa altura, não dispunham mais de recursos para custear o tratamento e precisavam recorrer ao Medicaid. Esse sistema gerava leitos ociosos em algumas instituições, e sua ausência em outras mesmo quando havia necessidade.

Em 1997, uma nova legislação estadual determinou que o DHS criasse procedimentos para:

- a) controlar o número de leitos em cada instituição;
- b) descredenciar leitos não-utilizados;
- c) realocar os leitos descredenciados em outras instituições.

Para este fim, deveria ser levada em conta a taxa de efetiva utilização de tais leitos.

O DHS procurou o CPPDR, que havia coordenado a elaboração da lei sobre elaboração negociada de regulamentos administrativos, para ajudar a coordenar o processo. Na fase de avaliação do conflito, um funcionário da própria agência, que havia participado do processo de elaboração da lei referida, foi quem fez as entrevistas.

As partes interessadas em participar da criação do novo regulamento administrativo do DHS eram:



- instituições de saúde com fins lucrativos;
- instituições de saúde sem fins lucrativos;
- instituições de usuários;
- o DHS.

Foi formado, então, um grupo com dez pessoas, provenientes dessas categorias. O CPPDR forneceu uma lista de possíveis facilitadores para o DHS, dos quais foram escolhidos dois: Tom Reavley (advogado e mediador) e Andy Bowman, do próprio CPPDR.

O conflito se resumia a:

- a)** como resolver a demanda de “reserva de leitos” para pacientes que começavam o tratamento na condição de particulares e precisavam, a partir de certa altura, recorrer ao Medicaid;
- b)** quais os critérios para descredenciamento e realocação de leitos: qual a taxa de ocupação exigida e que outros critérios deveriam ser considerados (como a qualidade no atendimento).

Participaram do processo como “observadores” assessores de parlamentares e do Governador, os quais puderam, no entanto, ter contatos com os participantes e se manifestar durante o processo, assim como alguns credores das instituições de saúde e mais uma entidade representativa das instituições com fins lucrativos.

O início do processo foi noticiado na imprensa e as reuniões eram abertas ao público, tendo sido realizadas ao todo oito reuniões.

Na primeira sessão, realizou-se a aprovação dos facilitadores escolhidos, definiram-se objetivos e prazos para o desenvolvimento do processo e foram aprovadas as regras de conduta para o processo (a partir de proposta dos facilitadores):

- definição de consenso;
- se houvesse necessidade de alterações no conteúdo da regra após a fase de comentários do público, o grupo se reuniria novamente;
- se não fosse alcançado consenso, o DHS levaria em conta, de qualquer modo, as deliberações do grupo;
- deveria haver 100% de frequência dos representantes de cada grupo (não podendo haver substituição por outra pessoa);
- o público em geral somente podia assistir, mas não se manifestar;
- qualquer membro do grupo poderia se retirar do processo a qualquer tempo e o grupo decidiria o que fazer se isso ocorresse;
- nenhum dos participantes poderia comentar publicamente a posição de outro(s) participante(s).

Um dos representantes das entidades que representavam instituições de saúde levantou dois pontos:

- a)** ele não poderia comprometer outras entidades que não a sua própria;



b) ele não assumiria compromissos no que dissesse respeito à constitucionalidade da regra (questões de propriedade dos leitos, por exemplo).

O grupo aceitou as objeções.

Em seguida, passou-se à identificação dos interesses em jogo:

- 1. para os usuários:** assegurar o seu bem-estar e acesso adequado aos leitos;
- 2. para as instituições:** assumir o impacto financeiro de eventual descredenciamento (principalmente no que se referia a dívidas já assumidas);
- 3. para o DHS:** ser visto como imparcial e criar regras que fossem fáceis de administrar e evitar conflitos administrativos e judiciais.

O primeiro ponto de consenso foi alcançado já na primeira reunião: toda instituição deveria ter direito a leitos adicionais toda vez que um paciente particular precisasse se mudar para o Medicaid, o que eliminaria a necessidade prática de manter leitos ociosos reservados para esse tipo de situação.

Já para as demais regras, referentes ao descredenciamento e realocação dos leitos, o consenso foi bem mais custoso, mas foi alcançado ao final:

- a)** cada instituição poderia destinar até 10% de seu número total de leitos ao Medicaid;
- b)** para desfrutar do atendimento pelo sistema Medicaid, os pacientes precisavam ser residentes há pelo menos seis meses;
- c)** instituições que sofreram sanções relacionadas à qualidade dos serviços poderiam perder seus leitos;
- d)** se a taxa de ocupação fosse inferior a 70% durante um certo período de tempo, determinado número de leitos seria descredenciado;
- e)** para pedir novos leitos, a taxa de ocupação deveria ser de, no mínimo, 90% por um certo período de tempo e o aumento não poderia superar 10% do número já existente de leitos.



ATENÇÃO

Diante do consenso alcançado, nenhuma das regras jamais foi questionada, nem na esfera administrativa, nem na judicial – o que era uma raridade entre os regulamentos administrativos do DHS.



Entre as falhas e dificuldades do processo, o autor do estudo apontou:

- a) alguns grupos deveriam ter sido incluídos como participantes desde o início, não apenas como observadores ao final;
- b) houve uma participação inconstante de diferentes funcionários da DHS nas reuniões;
- c) houve necessidade de grande investimento de tempo no processo.

Como pontos positivos do processo, apontou-se:

- a) equilíbrio na composição do grupo;
- b) escopo bem definido;
- c) inclusão de observadores do processo que podiam se manifestar durante o seu curso, ainda que isto não estivesse claramente previsto nas regras de conduta inicialmente aprovadas.

4.1.2. Casos relatados pela Policy Consensus Initiative¹

A Policy Consensus Initiative é uma associação de centros estaduais que visam ao intercâmbio de experiências e ao compartilhamento de diretrizes na resolução de controvérsias envolvendo entes públicos, sendo a maioria deles baseados em Universidades, e abrangendo centros situados em mais de trinta Estados americanos. São justamente estes centros que fornecem os estudos de casos que são em seguida compartilhados com todos os demais integrantes da entidade.

Os estudos de caso da Policy Consensus Initiative que vou apresentar são:

- Moradias para crianças carentes no Estado de Washington
- Elaboração de uma nova Lei Orgânica para o Município de Chelsea, em Massachusetts
- Gestão de tratamento de esgoto e planejamento urbano em Utah
- Dragagem de resíduos no rio Columbia, nos Estados de Oregon e Washington

a) Moradias para crianças carentes no Estado de Washington

Contexto

Com o aumento do número de pessoas sem moradia no Estado de Washington, defensores de crianças desabrigadas começaram a pretender que o Estado assumisse o papel de fornecer moradia a estas crianças e suas famílias. Eles interpretavam uma lei dos anos 30 que determinava o fornecimento de moradia a crianças desabrigadas como significando que a agência de serviço social do Estado tinha o dever de atender essa necessidade. A agência entendia que a velha redação da lei se aplicava apenas

1. Fontes: publicações da PCI constantes das referências bibliográficas (1999 e 2007).

a crianças órfãs e argumentava que o Poder Legislativo não a proveu de recursos para fornecer moradia a crianças desabrigadas e suas famílias. O assunto foi levado ao Judiciário e o juízo de primeira instância decidiu em favor dos defensores das crianças, sendo que a decisão foi confirmada pela Suprema Corte do Estado por uma margem apertada de um voto.

Processo

A agência de serviços sociais e a agência que agora detinha competência acerca de moradia para famílias sem-teto começaram a trabalhar num plano para cumprir a decisão, mas uma série de dificuldades emergiram. A agência decidiu então pedir a um mediador que assistisse o grupo, que era formado pelas agências, defensores dos sem-teto, membros do gabinete do Governador e outros gestores locais. Antes mesmo de alcançar consenso completo quanto ao plano, as partes desenvolveram consenso suficiente para obter recursos e regras preliminares quanto à abrangência do programa por parte do Poder Legislativo. Eles então prosseguiram no detalhamento do plano, alcançaram consenso e relataram o cumprimento integral da decisão ao Poder Judiciário.

Considerações

Este caso ilustra como, muitas vezes, em um conflito que envolve uma política pública ausente ou insuficiente, o Judiciário pode decidir algumas questões de princípio, remetendo as partes à mediação, porém, para que estas cheguem a um consenso sobre a forma de implementação da decisão.

b) Elaboração de uma nova Lei Orgânica para o Município de Chelsea, em Massachussetts

Contexto

O Município de Chelsea, em Massachussetts, fica logo ao norte de Boston e tem uma população de cerca de 28 mil habitantes, provenientes de diversos grupos migratórios. No início da década de 1990, a cidade tinha um débito de USD 10 milhões e foi objeto de intervenção em razão de gestão financeira inadequada e corrupção entre gestores locais. Em 1994, foi definido que a cidade deveria elaborar uma nova Lei Orgânica. Depois de uma tentativa mal-sucedida de elaborá-la, devido à complexidade das questões a serem discutidas, número de partes interessadas e ao passado recente de Chelsea, o interventor e a Câmara Municipal decidiram buscar ajuda de um facilitador independente.

Processo

O interventor envolveu vários membros da Câmara Municipal no processo de escolha do facilitador. Depois que foi escolhida a facilitadora, ela foi indagada sobre se um processo de construção de consenso poderia ser utilizado para elaborar um projeto de Lei Orgânica que seria submetido à população para aprovação. Ela passou então a entrevistar as lideranças locais para descobrir como eles encaravam a situação do



Município. Quando as entrevistas para avaliação do conflito terminaram, foi elaborada uma lista com 70 participantes potenciais. Os patrocinadores do processo decidiram, então, em conjunto com a facilitadora, que esta lista deveria ser reduzida para 20 participantes. Três pessoas com a mais alta reputação na comunidade foram convidadas para ajudar na seleção dos participantes, formulando critérios para tal fim e procedendo à escolha, de maneira que fosse assegurada de alguma forma a participação dos políticos locais e dos diversos grupos étnicos que compunham a população. Quando eles completaram o trabalho, a lista foi publicada no jornal local e a população foi convidada a se manifestar caso entendesse que algum grupo ou interesse importante não estava adequadamente representado. Ninguém se manifestou.

Resultados

A Câmara Municipal deixou claro para o Comitê de vinte pessoas que, se eles alcançassem consenso sobre a redação da Lei Orgânica, a Câmara submeteria o projeto sem qualquer mudança à votação da população. O Comitê alcançou consenso, a Câmara submeteu o texto à população e esta o aprovou.

c) Gestão de tratamento de esgoto e planejamento urbano em Utah

Contexto

Em 2003, uma disputa entre o Município de Draper, em Utah, e o Distrito Metropolitano de Gestão da Água de Salt Lake City (capital do Estado) chegou até o Poder Legislativo daquele Estado. O Distrito havia adquirido um terreno para construir uma estação regional de tratamento de esgoto dentro do Município de Draper, mas, de acordo com o zoneamento municipal, aquela era uma zona de uso comercial, não sendo permitida a construção de tal estação. Tratava-se de uma área situada num entroncamento ao longo da rodovia mais movimentada de Utah e a propriedade era vista como tendo grande potencial para gerar expansão de atividades comerciais e, de consequência, aumento de receitas tributárias para o Município de Draper, de modo que este se recusava a alterar o zoneamento para viabilizar a construção da estação planejada.

O Distrito não dispunha de outro local alternativo para construir a estação, então recorreu ao Poder Legislativo para buscar se isentar das exigências da legislação local de zoneamento. A Casa Legislativa estadual tornou-se então um fórum de pressões de ambos os lados, realizando-se audiências públicas e debates em plenário. Os ânimos se acirraram e o Legislativo se viu numa situação sem uma saída clara, sendo que o projeto de lei apresentado para definir a questão se arrastava a passos lentos. Finalmente, os dois lados acabaram chegando a um acordo pelo qual o zoneamento seria alterado em troca do pagamento de uma vultosa soma ao Município para facilitar a implantação de infra-estrutura.

Conforme se aproximava o fim da legislatura, decidiu-se que o assunto do planejamento para a instalação de estações regionais de tratamento de esgoto merecia mais estudos durante o recesso, a fim de evitar que conflitos como esse reemergissem no futuro.



Processo

Assim, foi apresentado um projeto de lei sobre o assunto e formado um grupo de trabalho composto de representantes de Municípios, condados, agências estaduais, distritos especiais, empresas privadas de fornecimento de água e associações de órgãos públicos. Outras partes interessadas também eram bem-vindas.

O grupo se reuniu por quatro vezes nos meses seguintes, discutindo como dar uma solução permanente para conflitos entre governos locais e entidades estaduais no que se refere à instalação de estações regionais.

Resultados

A proposta elaborada consensualmente pelo grupo foi de que qualquer plano que prevesse a instalação de tais estações deveria ser previamente comunicado, logo em seu início, a todas as partes interessadas. A proposta foi convertida em lei.

d) Dragagem de resíduos no rio Columbia, nos Estados de Oregon e Washington

Contexto

Em 2002, os Governadores de Oregon e Washington pediram ao National Policy Consensus Center (NPCC), localizado na Portland State University, que lhes ajudasse a reunir um grupo de pessoas-chave no governo, no setor de pesca e entidades ambientalistas para lidar com questões polêmicas relacionadas à dragagem de resíduos no rio Columbia.

Um dos maiores desafios existentes era encontrar formas viáveis econômica e ambientalmente de destinar os resíduos provenientes do canal de navegação do rio Columbia. Todos os anos, o U.S. Army Corps of Engineers removia quase 10 milhões de metros cúbicos de resíduos dragados deste canal para manter sua profundidade de 30 metros. Muitos tinham preocupações sobre a manutenção desta dragagem, assim como sobre uma proposta de aprofundamento do canal.

Processo

Depois de realizar uma avaliação do conflito, o NPCC reuniu um grupo com representantes de governos locais dos dois Estados, bem como dos dois governos estaduais, do governo federal e de entidades não-governamentais para cuidar do assunto. Foi formada, então, uma entidade inter-governamental permanente, a Lower Columbia Solutions Group (LCSG), composta de representantes dos quatro portos da região, o Army Corps (agência federal que promovia a dragagem), representantes dos governos locais, dos governos estaduais, do setor de pesca e de grupos ambientalistas.

A LCSG foi encarregada de coordenar a política, projetos e pesquisa relacionados à disposição dos materiais oriundos da dragagem e demais sedimentos no rio Columbia. Não se trata do único ente com competência para gerir o assunto, mas de uma es-



trutura permanente na qual os diversos atores interessados se reúnem para discutir e encontrar soluções colaborativas para os problemas enfrentados. O NPCC assessorou na elaboração do regimento interno desta entidade, bem como na coordenação de suas primeiras reuniões. A entidade, desde a sua criação, já coordenou diversos projetos que definiram a gestão dos resíduos no rio Columbia.

Considerações

Este estudo de caso ilustra como, por vezes, é preciso construir um novo fórum de caráter permanente para gerir uma questão de interesse coletivo.

4.1.3. Casos relatados pelo Consensus Building Institute (CBI)²

O Consensus Building Institute (<http://cbuilding.org>) é uma entidade sem fins lucrativos situada em Cambridge, Massachussets, que foi criada pelos professores do Massachusetts Institute of Technology (MIT) que atuavam num centro especializado na resolução de conflitos coletivos por meios consensuais naquela universidade. Trata-se de uma instituição que é referência na matéria não apenas nos EUA, mas também em nível internacional.

Os estudos de caso da CBI que serão apresentadas são:

- Projeto de Gestão Integrada do Abastecimento nos EUA
- Aprimoramentos no processo de licenciamento de empreendimentos econômicos em Delaware
- Descontaminação de uma região com resíduos tóxicos no Município de Stratford, Connecticut

a) Projeto de Gestão Integrada do Abastecimento nos EUA

A Fundação Kellogg patrocinou, a partir de 2004, um projeto chamado “*Farm and Food Policy Project*”, que tinha como objetivos:

- promover novos mercados para agricultores e o empreendedorismo na agricultura;
- promover a viabilidade econômica de pequenas e médias propriedades rurais familiares;
- premiar iniciativas ambientalmente corretas;
- combater a fome mediante crescente acesso a comida saudável em sistemas comunitários de alimentação.

O projeto reuniu 32 organizações subcontratadas pela fundação, bem como centenas de organizações que trabalharam na construção de um sistema de abastecimento integrado no país durante quatro anos, o que acabou resultando em consenso quanto

2. Fonte: <<http://cbuilding.org>>

a 27 de 32 prioridades que foram convertidas em lei. O CBI assessorou lideranças do grupo, bem como facilitou diversas reuniões, além de coordenar o processo de avaliação do projeto, a fim de extrair lições para projetos de gestão colaborativa para políticas públicas.

b) Aprimoramentos no processo de licenciamento de empreendimentos econômicos em Delaware

Contexto

O tempo médio de tramitação da licença para um novo projeto de empreendimento no Condado de New Castle, em Delaware, era de 1000 dias. Entretanto, o condado tinha interesse em atrair novos negócios para o seu território, assim como havia diversos interessados em ali se instalarem, em razão da qualidade de vida na região. Assim, na primavera de 2009, os gestores do condado e diversos investidores privados decidiram contatar o CBI e o Delaware Public Policy Institute (DPPI) para desenvolver um processo de diálogo acerca do processo de licenciamento para uso do solo e instalação de novos empreendimentos no condado.

Processo

Na fase de avaliação do conflito, o CBI e o DPPI programaram uma série de grupos focais e entrevistas individuais com grupos interessados, a fim de identificar as questões e preocupações mais relevantes, bem como as ideias de cada grupo acerca do problema. Com base nestas conversações, foi possível concluir pela viabilidade de um processo colaborativo.

O diálogo colaborativo que se desenvolveu em seguida contou com a participação de agências do condado, agência estadual de transportes, agência ambiental estadual, gabinete do Governador e diversos empreendedores e organizações comunitárias.

O facilitador do CBI, Patrick Field, conduziu o grupo na elaboração de regras de conduta durante o processo, na identificação de interesses individuais e do grupo todo, na identificação e priorização de desafios e na proposta de possíveis soluções para estes desafios.

As dificuldades identificadas foram se tornando claras ao longo do processo:

- a)** os tempos de resposta da agência encarregada do licenciamento eram incertos e poderiam ser reduzidos em alguns casos;
- b)** a revisão dos processos por agências locais e estaduais poderia ser melhor coordenada;
- c)** havia a exigência de licenciamentos múltiplos no que diz respeito à destinação de alguns resíduos ambientais;
- d)** equipe de trabalho insuficiente, com sobrecarga geral de trabalho, e equipe técnica de engenharia de qualidade variável tornavam o processo mais lento.



Resultados

O grupo desenvolveu uma lista de soluções viáveis para enfrentar os desafios identificados. Os participantes conseguiram concordar com necessidades de aprimoramento no processo no tocante a, por exemplo:

- a) criação de uma ouvidoria cujo papel seria unicamente lidar com questões de licenciamento;
- b) solicitação de manifestações da população em geral e das agências estaduais que deveriam se pronunciar desde o início do processo, antes que o empreendedor estivesse muito adiantado no planejamento do projeto para alterar o seu curso;
- c) criação de reuniões trienais entre os diretores das agências locais e estaduais envolvidas no licenciamento para discutir problemas e gargalos no processo.

Após a conclusão do diálogo colaborativo, os gestores das agências locais e estaduais expressaram seu compromisso de implementar as recomendações do grupo e já começaram a definir uma série de medidas capazes de agilizar o andamento do processo de licenciamento, tal como sua gestão eletrônica, facilitando o acesso simultâneo de várias agências.

c) Descontaminação de uma região com resíduos tóxicos no Município de Stratford, Connecticut

Contexto

Desde o final de 1999, o CBI tem trabalhado com o Município de Stratford, a agência ambiental do Estado de Connecticut e a principal agência federal de proteção ambiental (EPA – *Environmental Protection Agency*) para identificar medidas que mitiguem os impactos de 50 anos da atuação de indústrias de freios para automóveis que utilizavam amianto na região. Em Stratford, funcionava a indústria Raymark, que deixou um rastro de contaminação de amianto e outros resíduos tóxicos dispersados no território do Município, afetando pequenos negócios, residências e terras inundáveis.

O projeto para descontaminação da região foi custeado pelo EPA e pelo U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution, que contataram o CBI e o mediador Greg Sobel, da Environmental Mediation Services, para realizar uma avaliação do conflito.

Os vizinhos do local que foi proposto como aterro industrial para consolidar os resíduos provenientes de outras partes da cidade, naturalmente, estavam bastante preocupados com os impactos do local em termos de trânsito, barulho e em especial na saúde dos moradores e se sentiam excluídos do processo decisório.

Processo e resultados

Após a conclusão da avaliação, no início de 2000, o EPA concordou em reconsiderar sua abordagem do problema e instaurar, juntamente com o Município, um processo colaborativo de gestão do assunto.

A partir de junho de 2000, o comitê instituído para formular recomendações acerca da recuperação do local onde estava instalada a indústria Raymark, composto por moradores e comerciantes da região afetada, bem como líderes comunitários, começou a se reunir mensalmente, tendo contado com a colaboração do Departamento Municipal de Saúde.

Nos primeiros seis meses, com a ajuda dos facilitadores do CBI, o comitê elaborou suas regras de conduta, definiu objetivos-chave, analisou o histórico da saúde pública e dos esforços já realizados para descontaminação do local e decidiu focar na investigação das condições do lençol freático. Nos seis meses seguintes, o comitê analisou diversas empresas de consultoria independentes e selecionou uma delas para realizar um estudo técnico independente acerca das alternativas para recuperação do local. A empresa escolhida passou a trabalhar diretamente com a agência estadual ambiental e o EPA para implementar a solução adequada, a um custo que fosse o menor possível, dada a limitação de recursos federais disponíveis. Devido ao fato de que a contaminação do local gerou despesas para diversos pequenos negócios instalados no local sem que estes tivessem qualquer responsabilidade pelo dano ambiental, o comitê e o EPA também se detiveram sobre questões de responsabilidade civil dos poluidores.

4.1.4. Casos relatados pelo Collaborative Decisions Resources (CDR)³

O Collaborative Decisions Resources é uma instituição sem fins lucrativos situada em Boulder, Colorado, especializada em fornecer treinamentos e prestar serviços de facilitação ou mediação de conflitos de dimensão coletiva. Trata-se de uma entidade cuja atuação também é referência no tema em nível nacional e internacional.

Os estudos de caso do CDR que serão apresentados são:

- Força-tarefa para desenvolver uma política de gestão de recursos hídricos em Nebraska
- Mina de ouro Minera Yanacocha no Peru

3. Fonte: <<http://www.mediate.org>>



a) Força-tarefa para desenvolver uma política de gestão de recursos hídricos em Nebraska

Contexto

Em 2002, em razão de conflitos crescentes envolvendo o uso da água no Estado de Nebraska, o Poder Legislativo estadual criou uma Força-Tarefa incumbida de formular recomendações para a política de gestão de recursos hídricos naquele Estado. Ela era composta de 49 membros, nomeados pelo Governador, representando vários interesses de diversas regiões do Estado.

Os grupos representados eram:

- órgãos ambientais estadual e locais;
- empresas de energia elétrica;
- Prefeituras;
- grupos de agricultores;
- setor de atividades recreativas;
- entidades ambientalistas;
- setor de irrigação e de fornecimento de água potável;
- Procuradoria-Geral do Estado;
- Comissão de Meio Ambiente do Poder Legislativo.

A missão da Força-Tarefa era revisar as leis existentes sobre gestão integrada de cursos d'água e lençol freático e identificar mudanças necessárias para facilitar a sua utilização de acordo com as demandas existentes.

Diversas tentativas anteriores de resolver os conflitos entre os usuários de cursos d'água e de água do lençol freático haviam terminado em impasse. Muitos membros da Força-Tarefa estavam bastante pessimistas sobre o potencial do grupo para alcançar resultados positivos. Neste contexto, a organização sem fins lucrativos CDR foi contratada pelo Poder Legislativo para facilitar as atividades da Força-Tarefa.

Processo

O primeiro passo dado pelo CDR foi entrevistar cada um dos membros da Força-Tarefa e identificar os pontos considerados relevantes na controvérsia. Em seguida, passou-se a trabalhar de forma bem próxima com o Department of Natural Resources (DNR) de Nebraska para reunir a Força-Tarefa e estabelecer uma agenda de discussões e identificar pontos de divergência. O DNR trabalhou com Subcomitês da Força-Tarefa a fim de gerar opções de solução para as divergências e redigir o primeiro esboço das recomendações de alterações legislativas. O CDR facilitou os debates para identificar os pontos da controvérsia, avaliar as opções de solução propostas por Subcomitês e buscar-se o desenvolvimento de recomendações para o Legislativo. A imprensa e a população em geral também puderam assistir às reuniões.

Resultados

Apesar de o cenário se caracterizar por opiniões fortes e posições de forte matiz emocional por parte dos membros da Força-Tarefa e dos grupos que eles representavam, os facilitadores conseguiram gerar um ambiente de respeito e cooperação entre os múltiplos e variados interesses e, após dezoito reuniões do grupo todo e numerosas reuniões dos Subcomitês, construir, assim, consenso quanto às recomendações.

Foi redigido um projeto de lei de 179 páginas que fornecia uma ampla moldura para a gestão integrada de cursos d'água e lençol freático, prevendo alterações de competências e novas espécies de transferência e alocação de recursos hídricos. O projeto foi apresentado ao Governador e ao Poder Legislativo e aprovado sem qualquer emenda em 2004. A Força-Tarefa continua a trabalhar de forma colaborativa na implementação da nova legislação e a servir como um fórum de discussão e avaliação da política de recursos hídricos no Estado de Nebraska.

b) Mina de ouro Minera Yanacocha no Peru

Contexto

Minera Yanacocha, situada em Cajamarca, no Peru, é a maior empresa de exploração de minas de ouro na América Latina. A população local, inicialmente, aceitou de bom-grado a instalação da mina. Contudo, ao longo do tempo, começaram a surgir preocupações de cunho ambiental, econômico e de gestão dos benefícios gerados pela mina, que não eram proporcionais aos riscos decorrentes do empreendimento. A empresa, por sua vez, sustentava que a mina era um benefício econômico para a região e sua operação estava de acordo com altos padrões de proteção ambiental.

Em junho de 2000, um caminhão contratado pela mina derramou mercúrio ao longo de uma estrada que cortava três vilarejos.

No início de 2001, um grupo de pessoas afetadas pelo derramamento apresentou uma reclamação junto à Ouvidoria da International Finance Corporation (IFC – entidade internacional pertencente ao grupo do Banco Mundial que financia empreendimentos que gerem desenvolvimento econômico e social em países subdesenvolvidos), a qual recebe reclamações acerca de impactos ambientais e sociais adversos de projetos financiados pela IFC. A reclamação alegava que a mina não estaria atendendo às recomendações decorrentes de uma investigação feita por uma comissão independente quanto ao acidente. Pouco depois, a Ouvidoria recebeu uma outra reclamação de que a atividade de mina estava causando impactos adversos na água, ar e modo de vida das comunidades adjacentes, bem assim que o desenvolvimento do empreendimento estava ocorrendo sem adequada consulta à comunidade.



Processo

A Ouvidoria da IFC contratou o CDR para liderar uma equipe internacional na condução de uma avaliação imparcial do conflito. Em um clima de crescente oposição da comunidade às operações da empresa, caracterizado por protestos, mobilizações e bloqueio de estradas, a equipe de facilitadores viajou ao Peru com o propósito de esclarecer os pontos relevantes da controvérsia, levantar informações e contribuir para a solução do problema.

A estratégia elaborada pela equipe foi:

- a)** mapeamento e avaliação dos grupos interessados ou afetados;
- b)** desenvolvimento de uma mesa de diálogo como peça central de um processo que levasse ao consenso acerca da solução do problema;
- c)** estruturação de um estudo técnico participativo sobre as condições da água na comunidade;
- d)** implementação de um programa de construção de capacidade com cada um dos grupos interessados ou afetados a fim de prepará-los para o diálogo coletivo.



FIQUE DE OLHO

Para atender a este último objetivo, a equipe forneceu treinamento para todos os membros da Mesa em técnicas de comunicação efetiva, solução de problemas de forma colaborativa, negociação baseada em interesses e mediação. Além disso, os consultores técnicos trataram de traduzir para todos os participantes os termos técnicos e questões complexas envolvidas no estudo técnico a ser realizado, de forma a permitir a compreensão do processo por todos.



SAIBA MAIS

Os grupos que participaram da Mesa de diálogo foram:

- a empresa Minera Yanacocha;
- a IFC e o Banco Mundial;
- representantes de agências governamentais federais e dos governos locais;
- organizações comunitárias;
- entidades ambientalistas locais, igrejas, instituições acadêmicas;
- Câmara de Comércio local.

Resultados

Após uma série de discussões, os participantes da Mesa selecionaram dois assuntos como prioridades:

- a) o impacto da mina na qualidade e quantidade da água;
- b) a saúde das vítimas do derramamento de mercúrio.

A equipe do CDR começou, então, a trabalhar com a Ouvidoria da IFC, os participantes da Mesa e um grupo de cientistas independentes na estruturação e implementação de um estudo técnico rigoroso, que duraria um ano, sobre a qualidade da água na região, o qual geraria um sistema de monitoramento a ser implantado em seguida.

O processo serviu para implantar uma “cultura de diálogo” entre a empresa mineradora e a comunidade, servindo para difundir as tensões e discutir os pontos de conflito de uma forma produtiva. O estudo técnico desenvolvido em conjunto serviu para construir confiança de que o problema seria tratado de forma adequada.

4.1.5. Análise dos casos concretos nos EUA

A descrição de algumas das inúmeras situações nas quais vêm sendo empregados os métodos de solução apropriada de conflitos na elaboração ou correção de rumos de políticas públicas nos EUA demonstra o enorme potencial destes métodos em todas as esferas de decisão:

- a) seja no Poder Executivo, na fase de planejamento ou de elaboração de regulamentos administrativos ou nos assuntos que necessitem de colaboração da comunidade até mesmo para a implementação da política pública;
- b) seja no Poder Legislativo, quando se trata de assunto que exige decisões na esfera normativa primária;
- c) seja no âmbito do Poder Judiciário, quando o conflito teve que ser levado a esta esfera em razão de uma incapacidade do Poder Público de dialogar de forma colaborativa com os grupos interessados ou afetados por uma política pública.



A atuação de facilitadores independentes tem sido capaz de gerar a construção de consenso, ao menos parcial, até mesmo em conflitos extremamente polarizados, que envolvem questões complexas que demandam soluções há anos.

O processo, porém, não se desenvolve sem dificuldades e tropeços. As principais de-



las, pelo que foi possível identificar na experiência que se pôde conhecer mais de perto, no Estado do Texas, são:

- a)** as pressões pela conclusão rápida do processo, impedindo a maturação do diálogo;
- b)** diretamente relacionada à pressa pela conclusão do processo, a não realização de estudos técnicos necessários, gerando muitas vezes a adoção precipitada de uma solução que depois se revela inviável;
- c)** a não inclusão de participantes ou questões que deveriam estar presentes na mesa e na agenda de negociações, devido a uma avaliação do conflito incompleta ou inexistente (o que também ocorre muitas vezes pela pressa na conclusão do processo).



FIQUE DE OLHO

Todas estas pressões temporais, no caso de uma ação judicial, hão de ser controladas pelo juiz e não por detentores de cargos políticos, como ocorreu nos estudos de caso relatados.

O juízo competente, normalmente, tem plenas condições de tomar uma decisão equilibrada a respeito, sem o açodamento muitas vezes presente nos Poderes eminentemente políticos, o que propicia um ambiente mais favorável para a resolução do problema.

Ademais, o fato de o conflito estar na esfera judicial fornece às partes uma motivação extra para negociar, pois sabem que já não é mais possível encontrar uma solução apenas no campo da discricionariedade administrativa, desde que o conflito foi submetido ao crivo jurisdicional.

Percebe-se também que, muitas vezes, as soluções encontradas para tais conflitos remetem à criação de uma instância permanente de diálogo entre diferentes órgãos públicos e destes com a comunidade, instância cujo funcionamento acaba sendo viabilizado pelo aprendizado propiciado às partes durante o processo de mediação do conflito.

Pode-se concluir, assim, que um processo bem conduzido de mediação de conflitos que envolvem políticas públicas, no qual se incluam todas as etapas necessárias, se utilizem mediadores qualificados e se reserve o tempo necessário para a sua maturação, revela-se como o caminho mais adequado não apenas para resolver o conflito judicializado, mas também para prevenir o surgimento de novos impasses no futuro. Isso porque o processo de mediação adequadamente conduzido fornece às partes os instrumentos que necessitam para adotar uma postura mais construtiva, que evite assim novas judicializações de conflitos sobre a mesma questão, trazendo a construção

do consenso para os espaços democráticos onde ela deve ser naturalmente desenvolvida, quais sejam, aqueles que existem (ou deveriam existir) no âmbito dos Poderes Executivo e Legislativo.

4.2. Estudos de caso no Brasil

4.2.1. Comunidade tradicional do Morro das Andorinhas, situado no interior do atual Parque Estadual da Serra da Tiririca (região oceânica de Niterói – RJ)

Contexto

O caso em tela foi um dos dois conflitos que foi objeto de estudo durante o Mestrado da advogada e pesquisadora Tatiana Calandrino Maranhão, na Universidade Federal Fluminense (UFF). O conflito envolvia a moradia de uma pequena comunidade tradicional no topo de um morro e a necessidade de preservação ambiental da área (região oceânica de Niterói). Foi desencadeado a partir do início de construções de um condomínio de luxo na mesma área (porém na base do morro), tendo sido tratado em duas ações civis públicas.

A **primeira** delas foi ajuizada no ano de 2000 pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em face do Município de Niterói, a partir de uma denúncia feita em 1992 de “construções irregulares de mansões em áreas de preservação permanente (APPs)”, requerendo “providências para assegurar a proteção ambiental do local, através da realocação dos moradores e da demolição de todas as construções irregulares”.

A partir da citação do Município, foi feito um levantamento técnico pela Secretaria Municipal de Meio Ambiente, que constatou a coexistência de uma “ocupação irregular, constituída por casas de alto padrão e barracos humildes”, sendo estes de “um pequeno grupo na parte superior do morro, onde residem pessoas de uma mesma família, há mais de meio século, caracterizando assim uma antiga posse.” A seguir, a Prefeitura de Niterói notificou todos os moradores, sem distinção, a desocuparem suas casas em 30 dias. Os membros da comunidade apresentaram sua defesa através do Núcleo de Terras da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Quatro diferentes Promotores de Justiça chegaram a atuar na ação em questão, sendo que o primeiro deles requereu e obteve uma liminar que determinou a demolição de uma casa centenária da comunidade. Mais adiante, porém, passou-se a trabalhar a ideia de construção de um acordo com a comunidade. Entretanto, em 2007 a ação foi extinta sem julgamento de mérito, em razão da anexação do Morro das Andorinhas ao Parque Estadual da Serra da Tiririca, retirando a área da jurisdição municipal.

A **segunda** ação civil pública foi ajuizada perante a Justiça Federal em 2001, questionando inicialmente apenas a situação irregular de um condomínio de luxo na área. Todavia, a perícia judicial realizada em 2009 apontou “um processo de favelização que



se iniciava no alto do Morro das Andorinhas e que poderia ser aumentado após a demolição das casas de alto padrão que ficavam na encosta do Morro, apontadas como irregulares na peça inicial”. O juiz, então, oficiou ao Município para que adotasse providências para a proteção ambiental da área.

O caso acabou chegando ao conhecimento de um grupo de pesquisa e extensão do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), o qual elaborou um relatório com estudos realizados no local, que descrevia a longeva forma de vida da comunidade tradicional.

A sentença foi proferida em 2010 e julgou parcialmente procedente o pedido, determinando medidas de proteção ambiental que incluíam a demolição das construções existentes em alguns lotes e ações de compensação ambiental, a cargo do proprietário, em local a ser indicado pelo Município.



A sentença continha ainda uma série de recomendações para as partes, sob a perspectiva de uma “judicialização cooperativa”:

- a)** ao INEA (órgão ambiental do Estado do Rio de Janeiro), para que revisse as licenças ambientais concedidas para as construções no condomínio e para que definisse por norma regulamentar o conceito de “costão rochoso”;
- b)** ao INEA e ao IBAMA, para que intensificassem a fiscalização no Morro das Andorinhas;
- c)** ao Ministério Público Federal, para que buscasse celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com os demais ocupantes do Morro das Andorinhas (no caso, os integrantes da comunidade tradicional);
- d)** ao Município de Niterói, para que condicionasse as licenças para construir na área aos critérios fixados na sentença, inclusive a prévia licença ambiental.

Audiência

O Ministério Público Federal, o condomínio e os condôminos afetados apelaram, mas o Município não, dando ensejo à execução provisória da sentença. Nesta fase, o juiz convocou uma “audiência especial”, com a participação do Ministério Público Federal, do Município, do INEA, do IBAMA e do condomínio.



O juiz também convidou o Ministério Público estadual, o Secretário Municipal de Meio Ambiente, o administrador do Parque Estadual da Serra da Tiririca, o Presidente da Associação da Comunidade Tradicional do Morro das Andorinhas e o Professor da UFF que havia prestado as informações à Secretaria de Urbanismo de Niterói, concedendo ainda prazo de 15 dias para que outros interessados em participar da audiência apresentassem requerimento fundamentado.

Durante a audiência, foi apresentada proposta de acordo elaborada em conjunto pelos pesquisadores da UFF e membros da comunidade, que consistia em regular a utilização do espaço territorial de forma a conciliar a permanência da comunidade com a proteção ambiental. Todos receberam cópias da proposta e dos estudos técnicos realizados na área e foi concedido prazo para se manifestarem.

Resultado

A iniciativa acabou redundando na celebração de “Termos de Compromisso Ambiental” entre o INEA e cada uma das quatorze famílias, com base no artigo 42 da Lei 9.985, de 2000 (Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação).

A principal restrição imposta à comunidade foi o compromisso de não realizar novas construções. Também foi exigida a adequação das instalações sanitárias, sendo que o Poder Público se comprometeu a propiciar a infraestrutura necessária para o escoamento dos efluentes domésticos, além da coleta de lixo e do fornecimento de luz elétrica, até então inexistentes. Os termos possuem vigência de 5 anos, tendo sido assinados em dezembro de 2011. Após o prazo, será avaliado o cumprimento das obrigações e poderá haver prorrogação da vigência. Foi previsto que o Plano de Manejo do Parque deveria regular a situação.

Houve uma cerimônia para assinatura dos termos, durante a comemoração dos 30 anos da proteção ambiental da área, sendo que o membro mais velho da comunidade foi escolhido para firmar o primeiro TAC.



4.2.2. Recuperação de vegetação e averbação reserva legal em propriedades rurais na Comarca de São Carlos – SP

Contexto

Este é um dos nove estudos de caso realizados pela engenheira civil e pesquisadora Geisa Paganini De Mio, durante seu Doutorado na Universidade de São Paulo (USP), campus de São Carlos. Ela desenvolveu uma farta pesquisa junto à Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos, analisando a atuação do Promotor de Justiça Edward Ferreira Filho, titular da unidade em questão, de 2001 a 2004.

Como se verá na descrição da atuação dele, o enfoque era todo dado à resolução extrajudicial e consensual dos conflitos ambientais decorrentes da existência de diversas propriedades rurais na região que, ou não tinham a cobertura vegetal mínima exigida pela legislação vigente à época (o Código Florestal revogado previa a preservação de 20% da área de vegetação nativa em toda propriedade rural situada nas regiões Sul e Sudeste, além das Áreas de Preservação Permanente – APPs, como matas ciliares, aquelas que estão às margens de cursos d'água), encostas de morros, etc, ou esta área protegida não estava devidamente averbada no registro imobiliário da propriedade. Relata a pesquisadora em questão:

De uma forma geral, conforme levantamento realizado nos Inquéritos Civis instaurados na Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos – SP, no período de 2001 a 2004, os desmatamentos maiores resultaram de um processo que vem ocorrendo ao longo do tempo, para utilização das terras para o cultivo, principalmente de cana-de-açúcar e laranja. Em propriedades menores, ocorrem danos em função de construção de barragens, de abertura de estradas e construção de edificações. Em outros casos, áreas já em fase de regeneração são utilizadas para pastagem, capinadas ou atingidas por incêndio. (2005, p. 99)

Estratégia

A Promotoria de Justiça em questão realizou um trabalho integrado com o órgão estadual ambiental competente (no caso do Estado de São Paulo, tratava-se do DEPRN – Departamento Estadual de Proteção dos Recursos Naturais), no qual se elaborou uma estratégia conjunta focada seja nos casos que eram prioritariamente eleitos pela Promotoria, que solicitava a fiscalização (normalmente envolvendo grandes propriedades), seja nos casos que chegavam ao conhecimento da Promotoria, do órgão ambiental ou da Polícia Ambiental por conta de denúncias anônimas (normalmente decorrentes de conflitos entre vizinhos e envolvendo pequenas propriedades). O trabalho, então, se desenvolvia na seguinte sequência (DE MIO, 2005):

1. fiscalização;
2. abertura de inquérito civil;
3. audiências com proprietários rurais para buscar o consenso no tocante à recu-



peração das matas e averbação das reservas florestais legais;

4. vistorias nas áreas para verificar a extensão dos danos e necessidade de recuperação; projetos de recuperação das áreas;

5. fiscalização e monitoramento após a assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta.

Os estudos técnicos eram realizados basicamente pela equipe (própria ou terceirizada) do DEPRN, inclusive porque este era “tecnicamente mais bem equipado, com todo o mapeamento da vegetação e das áreas averbadas” (2005, p. 101).

A integração entre o órgão ambiental estadual e a Promotoria, ao menos no período pesquisado pela autora, era tão intensa que, segundo ela, na Comarca de São Carlos,

praticamente todos os casos de propriedades vistoriadas são encaminhados à Promotoria de Justiça do Meio Ambiente. (...) Algumas exceções referem-se a proprietários rurais conhecidos pela equipe técnica do DEPRN e que negociam com maior facilidade (...) Se a negociação não resulta em acordo, o processo é encaminhado à Promotoria de Justiça (2005, p. 101 e 103).

A pesquisadora observou, ao longo da pesquisa, que o “trabalho de fiscalização e regularização iniciado nas propriedades maiores, pertencentes aos líderes rurais, impulsiona os proprietários de áreas menores a fazerem o mesmo” (2005, p. 103), ou seja, providenciarem a regeneração da área legalmente protegida e a respectiva averbação. Entretanto, o tamanho da propriedade não era o único critério adotado, pois se levava em conta também a importância da vegetação existente (2005, p. 104).

Com relação a estudos técnicos complementares, anota ela que a “verificação da necessidade ou não de reposição de vegetação florestal natural dependem de levantamento planialtimétrico realizado por profissional capacitado para tal, custeado pelo proprietário rural.” (2005, p. 104). Sobre o conteúdo dos acordos, observa que “os proprietários têm, em média, de acordo com o levantamento realizado, prazo de 6 meses para realizar a averbação no Cartório de Registro de Imóveis. A definição das áreas a serem averbadas é realizada em conjunto com o DEPRN, tendo como premissa o interesse público ambiental.” (idem, ibidem)

Naturalmente, era facultada ao proprietário, “quando não existe vegetação ou possibilidade de reposição de vegetação na própria área, por estar totalmente ocupada pela atividade econômica ou por inviabilidade de recuperação satisfatória” (2005, p. 105), a compensação com a aquisição de áreas em outras propriedades, desde que situadas na mesma microbacia hidrográfica, conforme previsto no art. 44 da Medida Provisória 1956-55/00.





Outro fenômeno que certamente é nacional e que ela identificou na sua pesquisa como principal fonte de resistência dos proprietários rurais durante a negociação “é o fato de serem responsabilizados por dano ambiental que não cometeram. Muitas vezes, as áreas de pastagem e plantações estão em locais que já eram desmatados quando os interessados atuais compraram a propriedade e, portanto, não foram os responsáveis pelo desmatamento.”

Entretanto, como este é o regime previsto na legislação brasileira, o Ministério Público sempre lograva demonstrar aos proprietários que não tinham outra alternativa senão assumir a responsabilidade pela recomposição da vegetação ou compensação em outra área.

Resultado

O resultado deste fantástico trabalho integrado entre Ministério Público e Poder Executivo, mas que ao mesmo tempo também era desenvolvido mediante negociação com os proprietários, não podia ser outro. Relata a pesquisadora: “verifica-se hoje, na Comarca de São Paulo – SP, que 19% do total de 20% da possível reserva legal total já encontram-se averbados ou em processo de averbação” (2005, p. 108).

4.2.3. Construção de trevo rodoviário e a consideração dos impactos ambientais em São Carlos – SP

Contexto

Durante o período em que a pesquisadora Geisa De Mio acompanhou a atuação da Promotoria de Meio Ambiente de São Carlos, esta última recebeu uma denúncia de uma organização não-governamental, denominada AcquaVit, acerca de um projeto de implantação de trevo rodoviário que estava na interseção entre uma das principais avenidas da cidade e duas rodovias estaduais. Muito embora o projeto fosse importante sob o ponto de vista do tráfego no local, a entidade demonstrou que as “alças do trevo foram projetadas respeitando exclusivamente critérios de engenharia viária, com previsão de expressiva supressão de vegetação nativa e exótica.” (2005, p. 160).

Estratégia

A Promotoria instaurou inquérito civil para investigar a denúncia e constatou que estava previsto desmatamento de margens do Córrego Monjolinho, portanto área de

preservação permanente, além de supressão de grande parte do “Bosque do Antigo Frigorífico São Carlos do Pinhal”. Foi instaurado um processo de negociação para a resolução do conflito, perante o Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente de São Carlos, o qual acabou culminando na celebração de um termo de ajuste de conduta com o conteúdo relatado pela pesquisadora em seu estudo de caso:

À Prefeitura Municipal, entre outros, coube o compromisso de preservação do Bosque, com a manutenção da integridade do maciço florestal em extensão anterior à implantação do empreendimento, assumindo ainda sua vontade e decisão em não implantar projetos que resultem na diminuição da área vegetada. Como medida compensatória, a Prefeitura tem que efetuar o reflorestamento de outras áreas públicas, tendo sido definido o reflorestamento das encostas junto à margem esquerda da pista de rolamento, marginal ao Córrego Monjolinho, no Jardim Santa Mônica, área que deveria ter sido respeitada, no passado, como APP. O projeto deve ter apenas espécies nativas e contar com a aprovação do DEPRN. A Prefeitura Municipal deve também acompanhar as obras de implementação do trevo e encaminhar ao DEPRN e ao Ministério Público informações sobre quaisquer irregularidades, podendo, inclusive, responder por omissão.

À concessionária coube implementar as obras estritamente dentro do proposto pelo TAC (...), providenciando ainda todas as licenças pertinentes ao empreendimento. (...)

O DEPRN deve atuar como fiscal do acordo previsto no TAC e expedir as licenças necessárias à implementação do novo projeto, já readequado. A Promotoria de Justiça do Meio Ambiente ficou responsável pelo acompanhamento e monitoramento das obrigações previstas no TAC. (2005, p. 161)

Considerações

Como bem ressalta a autora, a peculiaridade deste caso concreto foi a atuação do Ministério Público já na fase de prevenção do dano ambiental, atuação que foi provocada pelo terceiro setor e foi determinante na realização de um licenciamento adequado a minimizar os impactos de uma obra que era necessária, mas seria realizada sem qualquer cuidado com a proteção dos recursos ambientais da área.



4.2.4. Análise dos estudos de caso brasileiros

Diversas observações importantes podem ser realizadas a partir dos estudos de caso relatados.

- 1) Quando se tratar de conflito judicializado, o Poder Judiciário pode ser o grande catalisador da resolução consensual do conflito, desde que os atores certos sejam chamados ao processo (sejam aqueles da estrutura da Administração Pública, sejam os da sociedade civil) e os estudos técnicos necessários sejam realizados.
- 2) Quando se tratar de conflito não-judicializado, o Poder Executivo ou o Ministério Público podem conduzir diretamente a negociação, sendo necessária uma atuação integrada, quando for o caso, seja para maximizar os resultados dos estudos técnicos, seja para que exista uma atuação isonômica perante situações semelhantes, como se vê no estudo de caso relativo à Promotoria de Meio Ambiente de São Carlos.
- 3) Quando existem limitações atinentes à possibilidade de realização de estudos técnicos, notadamente quando houver comunidades carentes envolvidas no conflito, as universidades públicas podem desempenhar papel fundamental no assessoramento técnico às partes do conflito, como se verifica no caso do conflito envolvendo comunidade tradicional em área ambientalmente protegida em Niterói.
- 4) A participação do terceiro setor e dos conselhos paritários de políticas públicas também podem ser fatores fundamentais para a prevenção e resolução de conflitos coletivos, como se viu no caso do trevo rodoviário em São Carlos – SP.



PARA REFLETIR

Quais são as diferenças mais relevantes entre a resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas nos EUA e no Brasil?

O que poderíamos aprender com a experiência estadunidense para aprimorar a resolução consensual deste tipo de conflito no Brasil?

Referências bibliográficas

COX, Heather Jane. *Mediating the Barton Creek development dispute: a case study of the use of public policy mediation by the city of Austin*. Professional Report presented in the Master of Public Affairs. Austin: University of Texas, 1994.

DE MIO, Geisa Paganini. *O inquérito civil e o termo de ajustamento de conduta como instrumentos efetivos para resolução de conflitos ambientais: a experiência da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de São Carlos - SP*. Tese de Doutorado apresentada à Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. São Carlos: USP, 2005.

MARANHÃO, Tatiana Calandrino. *Significados da pactuação entre órgãos públicos ambientais e povos tradicionais*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói: UFF, 2012.

MOTT, Writer. *Assessing consensus: the use of alternative dispute resolution processes to resolve public disputes in Texas*. Professional Report presented to the Law School (J.D. degree) and to the Master of Public Affairs. Austin: University of Texas, 2001.

POLICY CONSENSUS INITIATIVE. *A practical guide to consensus*. Santa Fe/Bismarck: Policy Consensus Initiative, 1999.

_____. *A practical guide to collaborative governance*. Portland: Policy Consensus Initiative, 2007.

SOUZA, Luciane Moessa de. *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.





5

ASPECTOS ENVOLVIDOS
NA ADMINISTRAÇÃO DE
PROGRAMAS DE MEDIAÇÃO/
CONCILIAÇÃO; QUEM
PODE SER MEDIADOR/
FACILITADOR; EXPERIÊNCIAS
JÁ EXISTENTES



Sobre o capítulo

No capítulo 5, veremos quais os pontos-chave a serem pensados quando se decide estruturar um programa de resolução consensual de conflitos, em especial os conflitos coletivos que envolvem políticas públicas. Também apresentaremos algumas boas experiências já existentes no Brasil e nos EUA.

Ao final deste capítulo, espera-se que você:

- conheça os diferentes aspectos envolvidos na criação e gestão de programas de mediação/conciliação;
- saiba quais são os aspectos relevantes na escolha, credenciamento, capacitação e supervisão da atuação do mediador/facilitador;
- saiba identificar pessoas que possam desempenhar o papel de facilitador do diálogo (mediador profissional; magistrado ou servidor do Judiciário; membro ou servidor do Ministério Público; membro de instituição acadêmica; membro de instituição do terceiro setor, etc.);
- conheça programas desta natureza já existentes nos EUA e algumas experiências pioneiras no Brasil.



5. Introdução

Este capítulo, justamente por ser o último do curso, buscará trazer à baila as reflexões necessárias para a organização de programas que visem à resolução consensual dos conflitos coletivos (ou multipartes) que envolvem políticas públicas.

Um programa desta natureza pode ser organizado no seio de uma instituição pública que tenha competência (no sentido jurídico) para lidar com esse tipo de conflito, pode ser organizado por uma instituição acadêmica ou do terceiro setor que possa ser contratada pelo entes públicos competentes para atuar na resolução de tais conflitos, ou, ainda, pode ser organizado em caráter pluri-institucional. Seja qual for o ambiente em que tais programas sejam organizados, determinadas questões deverão de ser pensadas e decisões terão que ser tomadas quanto ao seu formato. Tratarei delas nos dois primeiros itens (aspectos institucionais e quem pode ser mediador) e, nos dois últimos itens, apresentarei a experiência de programas que trabalham com resolução consensual de conflitos que envolvem políticas públicas nos EUA e, a seguir, algumas experiências embrionárias no Brasil na esfera pública.



5.1. Aspectos envolvidos na criação e gestão de programas de mediação/conciliação

Quando se pensa na organização de um programa de resolução consensual de conflitos, sejam eles ou não multipartes, vários aspectos deverão de ser decididos:

- a) como serão escolhidos os mediadores/conciliadores em cada caso concreto; se haverá ou não a utilização de co-mediação;
- b) quais serão os critérios para o credenciamento de mediadores para atuar no programa;
- c) como se dará a supervisão da atuação de mediadores/conciliadores;
- d) como se dará a avaliação da atuação de mediadores/conciliadores;
- e) como se dará a mensuração de resultados do programa (percentual de acordos; tempo de duração dos processos; percentual de cumprimento dos acordos; mensuração de custos).

Enquanto o primeiro e o segundo pontos são obrigatórios, os demais podem ou não ocorrer, sendo que a sua existência impacta diretamente nos resultados do programa, se é que esses serão avaliados. Cabe enfatizar, porém, que a mensuração desses resultados, muitas vezes, é essencial justamente para a manutenção do programa, notadamente num país como o Brasil, em que as iniciativas envolvendo resolução consensual de conflitos ainda não chegaram a um grau adequado de institucionalização.

O método mais simples e, ao mesmo tempo, primitivo de escolha do mediador/conciliador é a distribuição pura e simples entre os mediadores previamente credenciados (mediante simples rodízio), que é o mecanismo padrão adotado nos entes públicos para outras tarefas, mas se revela inadequado para programa de mediação/conciliação, por não valorizar a autonomia da vontade das partes e não prestigiar a relação de confiança entre estas e o mediador/conciliador. Outro método possível, e por vezes adotado para conflitos individuais, é o do sorteio de mediadores previamente credenciados. Tanto um como outro método podem ser úteis em caso de desacordo entre as partes quanto à escolha do(s) mediador(es).

O ideal, porém, é que, antes de se recorrer a um destes dois métodos, se permita a todas as partes envolvidas no conflito opinarem sobre a escolha do mediador. Uma questão prévia a esta, todavia, diz respeito a quem poderá ser credenciado como mediador por um programa desta natureza, e como deverá ser realizada a capacitação de mediadores. Passo a tratar delas em tópicos específicos.

5.1.1. Quem pode desempenhar o papel de facilitador do diálogo

Entre os aspectos relevantes a serem considerados na escolha do mediador/facilitador, é possível elencar os seguintes:

- a) ausência de interesse no desfecho do conflito e impossibilidade de vir a prestar



- serviço às partes envolvidas em matéria correlata ao conflito e também em qualquer matéria por um prazo razoável – trata-se de exigências básicas de imparcialidade;
- b)** habilidades técnicas como mediador/facilitador de diálogos – o que exige pré-
via qualificação;
 - c)** alguma familiaridade com a matéria envolvida no conflito;
 - d)** confiança e credibilidade junto às partes envolvidas;
 - e)** formato mais adequado, notadamente no caso dos conflitos multipartes envol-
vendo políticas públicas: equipes multidisciplinares.

Considerados todos estes aspectos e obedecidas as exigências, é possível elencar uma série de profissionais que estão, no Brasil, **potencialmente** qualificados para esta função, desde que passem por uma capacitação. São eles:

- a)** mediadores autônomos;
- b)** magistrados ou servidores do Judiciário;
- c)** membros ou servidores do Ministério Público ou da Defensoria Pública;
- d)** membros de instituições acadêmicas que trabalhem com resolução consensual de conflitos desta natureza;
- e)** membros de instituições do terceiro setor que prestem serviços desta natureza;
- f)** membros da Advocacia Pública e do Poder Executivo que se dediquem com exclu-
sividade a esta função.

Cabe observar que, no que se refere ao Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública, a atividade de mediação, evidentemente, somente pode ser exercida quando presente a imparcialidade em relação a todos os envolvidos no conflito. Se não houver imparcialidade, estes atores participarão da resolução consensual como negociadores, não como terceiros facilitadores do diálogo. Alguns exemplos podem ilustrar a controvérsia. No caso do Ministério Público Federal, se há um conflito envolvendo uma comunidade indígena ou quilombola e a proteção de uma unidade de conservação federal, numa cidade em que exista apenas um Procurador da República encarregado de tutelar ambos os interesses, é perfeitamente viável que este possa mediar tal conflito, bastando haver a capacitação em mediação. Se o conflito, porém, envolve uma comunidade indígena e um grupo de fazendeiros, o Ministério Público, ao buscar resolver consensualmente o conflito, assumirá a posição de negociador em nome da comunidade indígena, cujos interesses lhe cabe proteger. No caso da Defensoria, da mesma forma, esta pode mediar o conflito entre duas comunidades carentes ou dois grupos distintos no seio de uma mesma comunidade carente. Se o conflito, porém, é entre a comunidade carente e o Poder Público ou um empreendedor, a sua posição será de negociadora em nome da comunidade. Ainda, no caso da Advocacia Pública, tomemos um exemplo da esfera federal: se há um conflito entre dois Ministérios, ou entre duas autarquias federais, este pode ser submetido à Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União. Se o conflito, porém, envolve de um lado um ente federal e, de outro, uma empresa ou um cidadão, esta não tem condições para mediar o conflito, mas advogados públicos federais certamente poderiam negociar representando o ente federal envolvido.

Passo a examinar, nos itens seguintes, como pode se dar o credenciamento e a supervisão da atuação de mediadores nos programas desta natureza que venham a ser criados, sejam eles no âmbito administrativo, no âmbito do Ministério Público ou na esfera do Poder Judiciário.



5.1.2. Cadastro, registro ou certificação de mediadores – conveniência ou não de sua existência e critérios apropriados

A existência ou não de mecanismos de cadastro, registro ou certificação de mediadores é um assunto altamente controverso tanto no Brasil, onde a atividade de mediação ainda não é regulamentada por lei, quanto nos EUA, onde a prática da mediação já está muito mais difundida, mas tampouco existe norma geral no âmbito federal ou estadual dispendo sobre credenciamento de mediadores.

É bom lembrar que, a exemplo do que ocorre em muito maior escala nos Estados Unidos, ou em países como a Argentina e a Colômbia, no Brasil, a atividade de mediação se desenvolve tanto no seio do Judiciário (prestada por mediadores contratados, voluntários ou mesmo provenientes do setor privado remunerado) como no âmbito de entidades privadas, com ou sem fins lucrativos, que se dedicam à atividade.

A regulamentação da atividade apresenta, assim, como aponta Craig McEwen (2005, p. 6), *“um enorme desafio de engajar ativamente milhares de mediadores – alguns em tempo parcial e outros em tempo integral, alguns voluntários e outros remunerados – que atuam em campos práticos bastante variados entre si”*¹.

São diversos os argumentos favoráveis e contrários à certificação, mas o fato é que, nos EUA, muito embora não se tenha logrado consenso no que concerne à necessidade ou conveniência da certificação, quando se trata de programas de mediação no âmbito do Poder Judiciário ou de órgãos públicos, cada esfera judicial ou administrativa tem tratado de estabelecer seus próprios critérios, mais ou menos restritivos, para admitir a participação de mediadores nos conflitos que se resolvem em seu âmbito.

Um dos primeiros argumentos favoráveis à certificação seria, assim, a **possibilidade de homogeneizar os critérios para atuação de mediadores**, se não por completo (pois cada programa pode e deve manter suas peculiaridades), ao menos em um determinado grau de consenso quanto a competências básicas a serem exigidas do mediador.

Um argumento que sempre se levanta em contrário à certificação, por outro lado, é o que diz respeito à possibilidade de que esta iniba a diversidade de abordagens e técnicas na mediação. Como já visto no Capítulo I, existe grande debate sobre se, por exemplo, a atuação do mediador deve ser mais avaliadora ou mais facilitadora, sendo que, para alguns², cada programa, ao estabelecer seus critérios de certificação de mediadores, deveria esclarecer qual a visão de mediação que lhe é subjacente. Parece evidente a honestidade e eticidade de tal pensamento, que busca desvendar o suporte teórico “implícito” em cada programa de mediação, porém não se deve descartar a possibili-

1. Tradução desta autora.

2. Ver, por exemplo, NOCE, Dorothy J. Della; BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Clarifying the theoretical underpinnings of mediation: implications for practice and policy. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, n. 03, p. 39-65, 2002-2003.



dade de que os programas de mediação acolham mediadores que se inclinam por diferentes técnicas ou correntes ou ainda que exijam dos mediadores que dele participam o domínio de todas as diversas técnicas ou abordagens, a fim de aplicar aquela que seja mais apropriada em cada tipo de conflito ou situação específica. Esta política de diversidade, assim como eventual política que acolha apenas uma espécie de técnica de mediação, deve, todavia, ser explícita, tal como propugnam Bush e outros (2002-2003).

No Brasil, o projeto do novo Código de Processo Civil (PLC 8046/2010) posiciona-se acerca da controvérsia dispondo que cada tribunal deverá manter um cadastro de conciliadores e mediadores, podendo realizar concurso público para a função, porém estabelecendo desde logo que os mediadores deverão ter passado por capacitação sobre o assunto. É o que se depreende dos dispositivos que tratam do tema:

Artigo 168. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º. Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2º. Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do fórum da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, para efeito de distribuição alternada e aleatória, observado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3º. Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

[...]

§ 6º. O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo. Artigo 174. Será excluído do registro de conciliadores e mediadores aquele que:

I – agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 167, §§ 1º e 2º.;

II – atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1º. Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2º. O juiz da causa ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou do conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamen-



tada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.³

Com relação à possibilidade de exclusão do cadastro de mediadores e conciliadores, prevista no texto, há que se ressaltar que este é certamente um mecanismo necessário inclusive para assegurar a observância de diretrizes éticas.

Uma outra decisão crucial necessária no que diz respeito à certificação geral⁴ para atuação de mediadores concerne ao caráter desta: deve ela ser voluntária ou compulsória? Num país onde impera o pensamento liberal, como os EUA, tem prevalecido o entendimento de que esta deve ser voluntária⁵ – o que torna a certificação bastante inócua, já que é bastante pequeno o percentual de mediadores que terminam por buscá-la.

Entre os critérios que têm sido adotados para credenciamento ou certificação de mediadores nos EUA (a qual se realiza, como exigência para atuação, apenas no âmbito de programas específicos de mediação), os mais comuns são: a) número de horas de treinamento; b) número de horas de atuação, demonstrando a experiência do mediador; c) grau de escolaridade; d) exames escritos.

A crítica mais comum que se faz a tais critérios é a de que eles tendem a excluir da prática da mediação aqueles menos favorecidos economicamente (devido aos custos do treinamento ou grau de escolaridade) e socialmente (devido à dificuldade de fazer contatos que levem à aquisição de experiência em grande número de casos). Sarah Rudolph Cole, uma das autoras que faz esta crítica, propõe, ao revés, que seja realizada uma “avaliação holística” do perfil de cada candidato a atuar como mediador, a fim de contrabalançar treinamento e experiência, de maneira a permitir uma seleção

3. A versão anterior do projeto (PLS 166/2010) trazia a exigência de que os mediadores fossem advogados. O tema envolve grande polêmica entre esses profissionais e os de outras categorias que já atuam com mediação em diversos programas existentes. Entendo assistir razão a Humberto Dalla Bernardina de Pinho quando este afirma que o debate não tem sido desinteressado e sim dominado por interesses corporativistas da classe advocatícia, bem como quando o autor defende que o mediador não precisa ser necessariamente um advogado, muito embora, em determinados conflitos, certamente seja importante a existência ao menos de um co-mediador advogado (2009, p. 289), tudo a depender do peso que a legalidade desempenhe na solução do conflito (o que, em qualquer caso, pode ser suprido também pela presença dos advogados das partes que participam da mediação). Esta é, aliás, a experiência dos Estados Unidos, bem assim de vários países onde a mediação já está bem mais desenvolvida que no Brasil – com exceção da Argentina, onde a reserva de mercado para os advogados acabou por prevalecer.

4. Quando utilizo o termo “certificação geral”, refiro-me à certificação para atuar como mediador em qualquer programa, em oposição à certificação que atende a critérios de programas específicos, que, quando existente, é sempre compulsória.

5. Um bom exemplo desse pensamento aplicado à mediação pode ser visto no artigo de Michael Moffitt “The four ways to assure mediator quality (and why none of them work)”, publicado no *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (v. 24, n. 191, 2009), em que ele, apesar de afirmar, logo no início do trabalho, que “Mediadores atuam hoje com poucas restrições de mercado, poucos controles de sua conduta e poucas consequências de conduta inadequada. Esta condição não vai persistir.”, acaba concluindo, ao final, que a “regulação diminuiria a inovação e diversidade nas abordagens de mediação”, de modo que ele aposta no mercado privado para assegurar maior controle da qualidade de tais serviços.



mais aberta à diversidade⁶. Embora a proposta pareça bastante interessante, o fato é que o simples fato de sopesar treinamento e experiência, embora amenize o problema, dificilmente garante de forma significativa maior acesso àqueles que são econômica e socialmente desfavorecidos, já que, como argumenta a própria autora, ambos (treinamento e experiência) são mais difíceis de adquirir por esse grupo. De outra parte, é preciso lembrar que, a par de garantir acessibilidade à certificação de mediadores, não se pode jamais perder de vista a **necessidade de garantir a qualidade da atuação, a fim de proteger os interesses daqueles que dela se utilizam.**

Ainda entre os argumentos favoráveis à certificação, ao lado da uniformidade e da garantia da qualidade dos serviços aos usuários, coloca-se a possibilidade de supervisão da atuação dos mediadores e aplicação de penalidades quando for o caso. Desta se tratará no item seguinte, mas é evidente que **a supervisão pressupõe o cadastro ou certificação de mediadores**, já que as principais consequências que podem advir de mau comportamento são justamente o registro de tal informação no cadastro de mediadores ou, em última instância, a exclusão do mediador de tal cadastro.

Como salienta Carole Silver (1996), se, em alguns cenários, parece ser possível confiar no mercado e sua capacidade de autorregulação para assegurar a qualidade dos serviços, em muitas outras, em que, pela sua dimensão, não existem suficientes informações para usuários e monitoramento da atuação daqueles que prestam tais serviços, parece bastante arriscado não realizar uma regulação da atividade.

De outra parte, um dos argumentos sempre aventados em desfavor da certificação diz respeito aos custos dela advindos, não apenas para administrar o processo seletivo e a supervisão, encarecendo de consequência a utilização da mediação, mas também com a potencial exclusão de mediadores voluntários que não estariam dispostos a suportar os custos da certificação⁷.



ATENÇÃO

Parece evidente ser necessário, sim, **evitar que os processos de certificação e supervisão de mediadores venham a gerar custos que inviabilizem o processo**, de modo que um dos critérios na escolha dos métodos pode e deve ser o custo de sua implementação. Para Michelle Robinson, os benefícios podem compensar os custos de tal sistema desde que estes últimos sejam mantidos num patamar mínimo⁸. Vale mencionar que, a par de mensurar tais custos, deve-se decidir por quem estes serão pagos, se com fundos públicos ou pelos próprios mediadores – ou ambos.

6. Mediator certification – the time has come? *The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts*. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol3iss1/lead.html>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

7. ROBINSON, Michelle. Mediator certification: realizing its potentials and coping with its limitations. *The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts*. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol4iss3/student.html>>. Acesso em 10 fev. 2010. Tradução desta autora.

8. Idem, ibidem.

Além dos métodos já acima descritos para o credenciamento, há que se mencionar os métodos pelos quais se garante que um mediador continue atuando, quais sejam: a) atualização nos treinamentos; b) avaliação de desempenho.

Michelle Robinson, ao realizar uma análise dos diferentes métodos para certificar mediadores e seus respectivos custos, acaba por concluir que os que apresentam menos custos são também os menos precisos: “*Enquanto os sistemas de reconhecimento de horas (de treinamento ou experiência) e de exames escritos têm as vantagens de serem objetivos e de baixo custo, avaliações de desempenho e avaliações holísticas são mais acuradas.*” Assim, para ela, “*Para manter flexibilidade e diversidade, alguma dose de avaliação de desempenho e de avaliação holística são essenciais*”⁹.

A avaliação de desempenho, sobre a qual discorrerei mais no item seguinte, parece ser, indubitavelmente, o método que, ao mesmo tempo, apresenta mais custos e maior precisão¹⁰.

Uma das discussões que surge no que diz respeito à atuação de mediadores envolve a questão de **se ela deve ser reservada a alguma categoria profissional já existente** – o que, muitas vezes, é um pleito da classe dos advogados, dada sua vocação para atuar em conflitos de natureza jurídica. Este pleito, contudo, não tem encontrado eco nas legislações no mundo todo, dado o simples fato de que, como visto, a mediação não busca resolver conflitos com base apenas em critérios jurídicos, mas sim com base em todos os interesses relevantes para as partes. No âmbito de alguns programas, contudo, a mediação é reservada à classe advocatícia.

A legislação federal argentina prevê que o mediador, no âmbito de conflitos cíveis ou de família, deve ser advogado com pelo menos três anos de experiência profissional¹¹, mas as legislações das províncias, em geral, não contêm esta restrição. O mediador pode ser escolhido diretamente pelas partes ou mediante sorteio dentre os mediadores cadastrados. No âmbito federal, o Registro de Mediadores é de responsabilidade do Ministério da Justiça. Além disso, funciona uma Comissão de Seleção e Fiscalização dos Mediadores, constituída por representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Na Colômbia, a conciliação pode ser levada a cabo por determinadas classes de funcionários públicos ou por conciliadores de centros de conciliação privados (estas duas categorias devem ser devidamente treinadas), por notários (titulares de cartórios extrajudiciais) e, ainda, por advogados. Em nenhum caso, porém, exige-se um tempo mínimo de experiência profissional. Somente os advogados podem conciliar baseados no direito, ao passo que todos os demais podem conciliar com base na equidade.

9. Idem, ibidem.

10. Um estudo a respeito realizado pela *Society of Professionals in Dispute Resolution* (SPIDR), finalizado em 1989, concluiu que os melhores critérios para qualificação de mediadores são os baseados no desempenho, muito mais que em critérios de credenciamento. Cf. FEERICK et alii. Standards of professional conduct in Alternative Dispute Resolution. *Journal of Dispute Resolution*, n. 95, 1995.

11. Ley 24.573, de 4.10.1995, *Ley de Mediación y Conciliación*, Buenos Aires, artigo 16. Esta lei, prevista para vigorar por 5 anos, teve sua vigência prorrogada sucessivamente pelas Leys 25.287, de 11.8.2000, 26.094, de 5.5.2006 e 26.368, de 23.4.2008. O tempo de prática, inicialmente, era de 2 anos (artigo 21 do Decreto 1021/95), mas passou a ser de 3 anos com o Decreto 91/98 (artigo 16).



No Brasil, o principal projeto de lei sobre mediação em trâmite no Congresso Nacional prevê que a mediação seja feita, na esfera extrajudicial, por “qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho ou associação ou nele inscrever-se” (art. 9º.). Já os mediadores judiciais devem ser devidamente cadastrados junto aos tribunais, podendo cadastrar-se “pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior” e que “tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores” (art. 11) judicial. Já o projeto de novo Código de Processo Civil (PLC 8046/2010) prevê que os mediadores que atuarem em processos judiciais sejam devidamente capacitados e inscritos em cadastro mantido por cada Tribunal de Justiça (artigo 168 do projeto). Registre-se, também, que o projeto deixa claro que suas disposições “não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes” (artigo 176).

5.1.3. A capacitação de mediadores

Como lembra com pertinência McEwen (2005, p. 7), “qualquer movimento no sentido de certificar mediadores precisa ser acompanhado de um sistema para certificar programas de treinamento de mediadores”¹².

Nos EUA, costuma-se exigir, no âmbito dos diferentes programas de mediação judicial ou em órgãos públicos, que os mediadores tenham sido capacitados em cursos de mediação com carga horária mínima de 40 horas¹³. Na opinião, contudo, de alguns estudiosos, como Kimberlee Kovach (1995), o treinamento em mediação deveria durar ao menos um ano, sendo que a maior parte do curso deveria contemplar atuação prática (que ela chama de “desenvolvimento de habilidades”), ao lado de teoria da mediação e temas de Direito relevantes para o procedimento de mediação, tais como confidencialidade do procedimento e responsabilidade civil do mediador. O conhecimento da parte teórica, para ela, pode ser aferido por testes escritos, ao passo que a atuação prática deve contemplar a observação da atuação do estudante pelo instrutor, a filmagem de sessões reais ou simuladas, bem como uma técnica criada por ela, um exame em que é exibido um vídeo de uma sessão de mediação e, em determinados momentos, a fita para e uma pergunta aparece para o estudante responder qual o passo a ser dado pelo mediador. Além disso, ela entende que, para ser admitido em tais cursos, o candidato a mediador deveria ter um curso superior ou ao menos alguns anos de experiência profissional em determinadas áreas.

12. Tradução desta autora.

13. Esta é a descrição, por exemplo, que faz Kimberlee Kovach, no painel de que participou no Simpósio “Standards of professional conduct in Alternative Dispute Resolution”, publicado no *Journal of Dispute Resolution*, n. 95, 1995.



Sob o ponto de vista da metodologia de ensino, como asseveram Lieberman e outros (2005), “*existe consenso no que diz respeito à necessidade de incorporar a prática de mediação em casos reais como um componente integral do programa de treinamento*”¹⁴, normalmente supervisionada por um mediador experiente.

Antes de se pensar em conteúdo e metodologia, porém, parece evidente a necessidade de serem bem definidos os objetivos do treinamento. Para Roselle Wissler (2005), estes objetivos recaem em três categorias: dimensões cognitivas, aquisição de habilidades e resultados “afetivos”.

As dimensões cognitivas, diz ela no mesmo trabalho, “*podem ser avaliadas ao se aplicar aos participantes do treinamento um exame escrito ou pedir a eles que descrevam como é que eles reagiriam em determinadas situações hipotéticas*”¹⁵, nas quais, naturalmente, fosse exigida a aplicação dos conhecimentos adquiridos.

Já a avaliação da aquisição de habilidades precisa verificar

[...] se estas se tornaram relativamente automáticas e se os participantes do treinamento são capazes de aplicar as habilidades e adaptá-las a situações distintas. Estas habilidades, tipicamente, são avaliadas através da observação do desempenho, seja em situações simuladas de complexidade variada ou em ação durante o trabalho real propriamente dito.¹⁶

Por fim, os resultados “afetivos” envolvem determinar “*se os participantes do treinamento desenvolveram capacidade de autoavaliação, autoconfiança e motivação para aprimorar suas habilidades*”¹⁷. Essa avaliação normalmente se realiza por meio de questionários respondidos após o treinamento.

Não se deve ignorar, ainda, segundo ressalta Wissler, que o ambiente de trabalho no qual se inserem os participantes do treinamento é crucial para sua capacidade de aplicar e aprimorar as habilidades adquiridas, dada a grande relevância de obter apoio, supervisão e avaliação constantes de sua atuação por pares e supervisores.

Em realidade, alguns programas, como o desenvolvido no âmbito do Ministério da Justiça em Israel, descrito por Lieberman e outros (2005), também se utilizam destes mecanismos de autoavaliação e avaliação do desempenho em casos reais por pares e instrutores durante o próprio treinamento.

14. Tradução desta autora.

15. Tradução desta autora.

16. Tradução desta autora.

17. Tradução desta autora.





SAIBA MAIS

Outra técnica, bastante empregada em treinamentos de mediação nos EUA, é a utilização de vídeos mostrando exemplos de casos e atuação de mediadores, bem como a filmagem da atuação de participantes em treinamentos em casos reais ou simulados, a fim de propiciar uma posterior revisão e comentários por parte de instrutores, bem assim auto-observação e avaliação pelos treinandos. Conforme sugere Golann (2007), a utilização de vídeos pode mesmo servir para introduzir um caso simulado, em que os estudantes assumem, a partir de uma certa altura, o papel das partes e mediador(es) no vídeo apresentado¹⁸.

Uma técnica inovadora, descrita em trabalho singular neste sentido, é a utilização de videogames para o ensino de técnicas de resolução de disputas. Goodrich e Schneider escreveram um interessante artigo sobre o potencial pedagógico do *videogame* Peacemaker, que coloca os jogadores na posição de líderes israelense e palestino, no ensino de tais técnicas. Elas dão notícia de que a utilização de simulações propiciadas por jogos eletrônicos por professores, políticos, economistas e militares em técnicas de treinamento ou previsão de cenários não é nova, sendo o jogo em questão uma interessante ferramenta não apenas pela grande familiaridade com o cenário que há de ser comum entre jovens estudantes, mas também porque ele *“propicia uma oportunidade de experimentar uma série de diferentes técnicas de uma forma que as simulações de casos baseadas em desempenho de papéis por estudantes não são capazes de fornecer”* (2010)¹⁹. Apresentando uma situação com alto grau de complexidade, tendo em vista os diferentes interesses internos de cada grupo e internacionais (e a correlação entre eles) e uma série de episódios concretos em que o jogador deve tomar a decisão mais adequada à construção da paz, além de exigir uma postura proativa neste sentido, o jogo busca *“desafiar indivíduos a desenvolver estratégias cooperativas e avaliar os resultados através de tentativa e erro à medida que trabalham para a paz.”* (2010)²⁰.

Sob o prisma do conteúdo, Cheryl Picard lembra que a **capacidade de formular perguntas** é uma das ferramentas essenciais a ser ensinada ao mediador:

As ferramentas mais poderosas do mediador no processo de facilitação são perguntas, que levem a investigar, refletir, perguntar-se, resolver problemas, fazer conexões, desfazer conexões, reenquadrar, empoderar. Perguntas chamam a atenção das partes para aspectos relevantes que podem ter passado despercebidos.

18. Este autor explora de forma abrangente as potencialidades da utilização de vídeos no ensino de mediação e negociação, não só apontando as finalidades pedagógicas, mas também ensinando até mesmo como evitar problemas técnicos e produzir seus próprios vídeos (Using videos to teach negotiation and mediation. *Dispute Resolution Magazine*, v. 13, n. 2, p. 8-14).

19. Tradução desta autora.

20. Tradução desta autora.

Pelo fato de o mediador oferecer possibilidades às partes, mais do que afirmações, o poder sobre o processo permanece nas mãos das partes. São elas que deverão ter *insights* e aprender a partir deles. (2003)²¹.

É importante mencionar, por fim, que algumas das mais **recentes tendências exploratórias no ensino da mediação** atentam, de um lado, para os aspectos emocionais do aprendizado e, de outro, para a importância de um determinado grau de maturidade emocional no desempenho das atividades do mediador, o qual, se não preexistir ao treinamento, pode e deve ser ensinado.

Quanto ao primeiro aspecto, vale dizer, a conexão entre as emoções do participante do treinamento e seu rendimento, Stains Jr. (2003, p. 475) cita estudos que demonstraram que a “emoção está, portanto, imbricada com os processos racionais de aprendizado, intencionalmente ou não.”²². Assim, para ele, “nós precisamos desempenhar um trabalho melhor ao preparar mediadores para reconhecerem e desenvolverem seus recursos cognitivos, comportamentais, emocionais e espirituais”, o que ele sugere seja feito criando “canais de motivação” ou de “propósito”, mediante “conversas durante as aulas e exercícios escritos, reflexão individual, parcerias de aprendizado, diários de aprendizado” (2003, p. 476)²³, entre outras.

Já Leonard Riskin (2004) aponta o fato de que,

[...] para uma pessoa implementar, de forma apropriada, as estratégias associadas com as novas técnicas de mediação, negociação e advocacia, ela precisa ter um conjunto de habilidades de fundo, como consciência, maturidade emocional e compreensão. Mas os cursos de capacitação em negociação e mediação – em especial aqueles voltados para advogados e estudantes de Direito – não propiciam este treinamento. Professores e instrutores tendem a assumir, ao revés, que advogados e estudantes de Direito já possuem capacidades de atenção e consciência suficientes para habilitá-los não apenas a compreender as novas abordagens, mas também a implementá-las²⁴.

Para desenvolver tais habilidades, que a prática demonstra não serem possuídas por todos os que se dispõem a atuar em mediação, ele propõe uma possível solução: “*mindfulness meditation*”, uma técnica de meditação budista que desenvolve a auto-consciência, concentração no presente, senso de equilíbrio, capacidades de empatia e compaixão – todas características desejáveis num mediador, sem falar nos benefícios adicionais para o crescimento pessoal²⁵. Ele relata vários programas

21. Tradução desta autora.

22. Tradução desta autora.

23. Tradução desta autora.

24. Tradução desta autora.

25. Para Riskin, “Mindfulness allows mediators to make better judgments about how the mediation process should work because it enables them to keep a focus on goals and to maintain a moment-to-moment awareness (to be ‘present’ with themselves and others). In addition, a mediator’s presence, especially her degree of calm, can dramatically affect the participant’s moods and conduct.” (Mindfulness: foundational training for dispute resolution. *Journal of Legal Education*, v. 54, n. 79, March 2004).



bastante reconhecidos, no âmbito de Faculdades de Direito (inclusive o Programa de Negociação de Harvard), que já estão oferecendo tais cursos, mas deixa claro que muitas questões devem ser respondidas ao pensar no ensino destas técnicas, tais como: qual a metodologia adequada (simples ensino teórico ou exercícios práticos?); se este conteúdo deve ser obrigatório nos cursos de mediação; se práticas provenientes de outras tradições espirituais ou filosóficas podem substituí-la ou devem ser ensinadas em conjunto; entre outras.

A visão de Riskin é compartilhada por Bowling e Hoffman (2003), que afirmam: “*Existem currículos bem desenvolvidos com foco nos dois primeiros estágios do desenvolvimento do mediador – habilidades e teoria –, mas não conhecemos qualquer treinamento em mediação que esteja focado no desenvolvimento pessoal.*” Para estes autores, “*da mesma forma que há diversas abordagens para o treinamento nas áreas de técnicas e teorias sobre mediação, podemos imaginar muitas abordagens possíveis para um treinamento focado no terceiro estágio de desenvolvimento do mediador*” (2003, p. 38)²⁶. Eles parecem, contudo, acenar de forma contrária à inclusão de tais conteúdos de forma padronizada ou obrigatória nos treinamentos sobre mediação:

As qualidades pessoais que auxiliam a nos tornarmos mediadores melhores não são as mesmas para cada um de nós, nem nossos caminhos para alcançar tais qualidades são os mesmos. [...] Desenvolver estas qualidades é um processo que envolve tempo, propósito e disciplina, e que vem, em nossa visão, não da investigação intelectual ou estudos, mas da experiência. (2003, p. 44)²⁷.



Não obstante o valor inegável da experiência em qualquer modalidade de atuação profissional, cabe observar, contudo, que: a) nem todos os profissionais acompanham sua própria experiência de uma reflexão crítica, que potencializaria em grande parte o aprendizado, mas muitas vezes terminam por atuar de forma automática e pouco criativa; b) é sem dúvida verdadeira a afirmação de que há diferentes caminhos para o desenvolvimento pessoal, mas estes podem passar, sobretudo num estágio inicial, pelo conhecimento teórico e treinamentos, para em seguida se refletirem na prática, quando a pessoa se deparar com problemas e necessidades reais. Daí não parecerem desarrazoadas propostas como a de Riskin (desde que isto não ocorra de forma fechada), nem de outros teóricos que vêm atentando para as dimensões espirituais da mediação de conflitos, já que conflitos, para muitos, são nada mais que oportunidades de crescimento pessoal – e isso pode e deve envolver partes e mediadores.

26. Tradução desta autora.

27. Tradução desta autora.

Um dos pontos sobre os quais existe certo consenso nos EUA diz respeito à **não exigência de treinamento formal para mediadores com grande experiência serem credenciados no âmbito de programas de mediação**. A mesma linha de pensamento parece se aplicar ao caso dos “notáveis”, isto é, pessoas que gozam de grande prestígio junto às partes e à comunidade e que são escolhidas tanto por sua credibilidade ética quanto por sua autoridade no assunto do conflito. Como aponta Carole Silver (1996, p. 49):

O risco de um notável atuar como terceiro imparcial numa situação em que ele carece da experiência ou do conhecimento necessário para guiar sua conduta, contudo, é relativamente pequeno. A conduta do notável, em resolução alternativa de disputas como em geral, é guiada pelo seu intento de preservar e engrandecer sua reputação, tanto no que concerne ao seu papel na resolução de disputas quanto em geral. Esse interesse fará com que o notável se autorregule e restrinja sua participação a situações em que ele possa se assegurar de que seus serviços sejam apropriados. Em decorrência disso, requerer treinamento específico dos notáveis que atuam como terceiros imparciais em resolução de disputas pode ser desnecessário, já que podemos confiar em que eles vão obter o treinamento necessário para preservar sua reputação nesta área.²⁸

Quero concluir transcrevendo as pertinentes observações de Humberto Dalla Bernardini de Pinho acerca do peso que a capacitação tem na atuação do mediador:

Obviamente chegar a um acordo por meio do processo de mediação não é tarefa fácil. Exige tempo, dedicação e preparação adequada do mediador.

Seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho.

A mediação é um trabalho artesanal.

Cada caso é único. Demanda tempo, estudo, análise aprofundada das questões sob os mais diversos ângulos. O mediador deve se inserir no contexto emocional-psicológico do conflito. Deve buscar os interesses por trás das posições externas assumidas, para que possa indicar às partes o possível caminho que elas tanto procuravam. (2009, p. 247-248).

Falar-se em mediação, portanto, pressupõe habilidade e domínio de suas técnicas, o que se obtém, via de regra, mediante capacitação adequada.

No Brasil, a Resolução nº. 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), previu a criação, no âmbito de todos os tribunais brasileiros, de “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos”, entre cujas atribuições se incluem, consoante o art. 7º.:

28. Tradução desta autora.



[...] V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

[...]

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;

IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Mais adiante, o art. 12 da mesma Resolução estabeleceu:

Nos Centros, bem como em todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

§ 1º. Os Tribunais que já realizaram a capacitação referida no *caput* poderão dispensar os atuais mediadores e conciliadores da exigência do certificado de conclusão do curso de capacitação, mas deverão disponibilizar cursos de treinamento e aperfeiçoamento, na forma do Anexo I, como condição prévia de atuação nos Centros.

§ 2º. Todos os conciliadores, mediadores e outros especialistas em métodos consensuais de solução de conflitos deverão submeter-se a reciclagem permanente e à avaliação do usuário.

§ 3º. Os cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento de mediadores e conciliadores deverão observar o conteúdo programático e carga horária mínimos estabelecidos pelo CNJ (Anexo 1) e deverão ser seguidos necessariamente de estágio supervisionado.

O referido Anexo I da Resolução em questão, inicialmente, previa um capítulo I de 12 aulas teóricas (Introdução aos Meios Alternativos de Solução de Conflitos), um capítulo II, de 16 aulas teóricas, intitulado “Conciliação e suas técnicas”, um capítulo III, também com 16 aulas teóricas, intitulado “Mediação e suas técnicas”. O capítulo II deveria ser seguido de um estágio supervisionado de 12 horas e o capítulo III deveria ser seguido por estágio de 24 horas, nos termos da Justificativa que antecede o referido anexo. Existia também um capítulo dirigido a magistrados, com carga horária de 8 horas, e outro dirigido a servidores, com carga horária de 4 horas teóricas. Para todos estes capítulos, havia previsão de disciplinas e respectiva carga horária, sem contemplar, contudo, os conflitos coletivos que envolvem políticas públicas.

Essas regras, entretanto, foram revogadas e a nova redação do referido Anexo prevê o seguinte:

[...] mostrou-se necessário alterar o conteúdo programático para recomendar-se a adoção de cursos nos moldes dos conteúdos programáticos aprovados pelo Comitê Gestor do Movimento pela Conciliação. Destarte, os treinamentos referentes a



Políticas Públicas de Resolução de Disputas (ou introdução aos meios adequados de solução de conflitos), Conciliação e Mediação devem seguir as diretrizes indicadas no Portal da Conciliação, com sugestões de *slides* e exemplos de exercícios simulados a serem utilizados nas capacitações, devidamente aprovados pelo Comitê Gestor da Conciliação.

Os referidos treinamentos somente poderão ser conduzidos por instrutores certificados e autorizados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

5.1.4. Supervisão da qualidade e aplicação de penalidades por desvio ético

Examinados os aspectos relativos ao credenciamento e à capacitação de mediadores, cabe ainda abordar como deve se desenvolver a supervisão de suas atividades.

A supervisão dos serviços de mediação envolve dois aspectos distintos:

- a)** monitoramento da **qualidade dos serviços prestados**, mediante alguma espécie de avaliação e/ou exigência de treinamento continuado;
- b)** monitoramento do **cumprimento dos códigos de conduta de mediadores** e subsequente aplicação de penalidades quando houver descumprimento.

A par disso, é preciso criar também um sistema de divulgação das informações obtidas mediante os dois sistemas de controle.

Nos EUA, segundo a maioria dos autores que se debruçaram sobre o tema,

[...] há poucas reclamações sobre os serviços de mediação, mas isso pode não indicar a alta qualidade de tais serviços, mas apenas o fato de que as partes frequentemente não estão conscientes de seus direitos ou não são capazes de avaliar a qualidade da atuação de um mediador devido a uma ausência de conhecimento técnico²⁹.

No que tange à aplicação de penalidades por desvio ético na conduta dos mediadores, como lembra McEwen, os sistemas de supervisão administrados por entidades de filiação voluntária são claramente insuficientes, já que *“as reclamações tendem a ser pouco frequentes, além de não alcançarem mediadores que não são membros da organização.”*³⁰

Quanto ao primeiro aspecto (monitoramento da qualidade), existe uma certa clareza quanto à necessidade de avaliar periodicamente o desempenho dos mediadores a fim

29. *Idem, ibidem.*

30. Tradução desta autora.



de assegurar a qualidade dos procedimentos. Entre os métodos de avaliação da competência de mediadores, como aponta a pesquisadora estadunidense Roselle Wissler,

Há um consenso geral de que avaliações baseadas no desempenho fornecem melhores informações sobre a competência dos mediadores do que outros métodos, como credenciamento, exames escritos, reclamações de usuários e taxas de obtenção de acordos. Há menos consenso, porém, no que diz respeito a como e se as habilidades dos mediadores podem ser medidas de forma confiável. (2004, p. 33) ³¹.

No que diz respeito ao formato dessa avaliação de desempenho, existem basicamente dois métodos que vêm sendo utilizados: a) preenchimento de questionários pelos próprios usuários da mediação e seus advogados; b) supervisão da atuação dos mediadores iniciantes em casos reais por mediadores mais experientes, que atuam como capacitadores.



SAIBA MAIS

Para Wissler, “usar questionários dos participantes para avaliar o desempenho dos mediadores pode fornecer mais retorno, com maior diversidade e em menos tempo do que ter mediadores experientes observando sessões reais ou simuladas.” (2004, p. 33) . Porém, é preciso indagar, diz ela, se “participantes que não são eles próprios mediadores têm condições de discernir e avaliar de forma significativa as habilidades dos mediadores e se eles podem fazer isso sem serem influenciados pelo desfecho da mediação”. Ela afirma que seu recente estudo empírico sugere que os participantes apresentam, sim, estas condições (2004)³².

O estudo referido pela autora foi feito num tribunal de segunda instância em uma das jurisdições da Justiça Federal estadunidense (6º. Circuito). O departamento encarregado de administrar a mediação enviou um questionário a todos os advogados que haviam participado de mediações entre setembro de 2000 e fevereiro de 2001, sendo que 405 advogados (61% do total) lhes responderam. Nesse período, os cinco mediadores contratados pelo tribunal haviam sido sorteados para atuar nos diferentes casos. Da mesma forma, foi feita uma avaliação do desempenho dos cinco mediadores pela administração do programa e cada um deles também fez uma autoavaliação, sempre quanto a sete diferentes aspectos. A pesquisadora relata que “as notas atribuídas pelos advogados e pelos administradores do programa revelaram um padrão bastante similar quanto à habilidade dos mediadores. Em contraste, a autoavaliação dos mediadores produziu um padrão bem diferente”, demonstrando “as limitações de se confiar na autoavaliação dos mediadores.” (2004, p. 34) ³³.

31. Tradução desta autora.

32. Tradução desta autora.

33. Tradução desta autora.

Não obstante este estudo específico realizado pela autora demonstre um índice bastante alto de participação dos advogados na avaliação, é preciso ressaltar que, na grande maioria dos programas, conforme apurou nossa pesquisa de campo descrita nos apêndices, tanto no Brasil como no exterior, sendo a avaliação da mediação voluntária, é bastante pequeno o percentual de respostas pelos usuários.

Assim, a fim de se confiar nesse tipo de mecanismo, seria necessário estabelecer algum tipo de **incentivo para os participantes realizarem a avaliação, ou talvez a obrigatoriedade da avaliação como parte do procedimento**. O risco da obrigatoriedade é o preenchimento sabotador por usuários insatisfeitos com a compulsoriedade da avaliação. Para garantir que a avaliação dos usuários seja expressiva em termos de quantidade e séria em termos de qualidade, parece fundamental um trabalho educativo e conscientizador por parte da equipe administradora de cada programa de mediação.

No caso da avaliação da mediação de conflitos que envolvem políticas públicas, o programa do Estado de Maryland, nos EUA, desenvolveu um questionário específico que é exemplar no que diz respeito a esta modalidade de conflito, como visto no capítulo 3.

Cabe referir, ainda, um exemplo de outro sistema de avaliação, qual seja, o proposto por Dorothy Della Noce, Robert Baruch Bush e outros autores (2008), baseado na **avaliação ao vivo da atuação de mediadores iniciantes por mediadores mais experientes encarregados da sua capacitação e monitoramento**. Os pesquisadores americanos em questão são partidários da mediação dita transformativa e defendem que a avaliação ao vivo é mais econômica para os programas e menos invasiva para as partes do que aquela que se baseia na filmagem das sessões, sendo também mais eficiente que a mediação de casos simulados.

Para viabilizar sua proposta, os autores defendem, em primeiro lugar, a necessidade de esclarecer o pressuposto teórico que guiará a avaliação, já que aquilo que é considerado “boa prática” em um determinado modelo não o será em outro (2008, p. 200) ³⁴. Feito isso, é possível identificar, segundo eles, cinco momentos num procedimento de mediação nos quais *“a escolha pelo mediador de seu próximo movimento indica se ele está orientado para os princípios e objetivos da mediação transformativa ou de alguma outra abordagem de mediação.”* (2008, p. 202)³⁵. Para melhor avaliar cada um destes movimentos, é fundamental, segundo eles, considerar o contexto, já que:

- Nenhum movimento do mediador é competente ou incompetente em si mesmo.
- A competência de qualquer movimento do mediador depende de:
 - definição de sucesso do mediador;
 - propósito da intervenção;

34. “In fact, there is empirical evidence that the very actions that are defined as ‘good practice’ for mediators oriented to one framework are considered ‘bad practice’ for mediators oriented to a different framework.” (2008, p. 200).

35. Tradução desta autora.



- contexto das interações anteriores durante a sessão;
- impacto nas interações seguintes. (2008, p. 205)³⁶.

O modelo funciona, então, da seguinte forma:

Na parte 1, o avaliador observa o desempenho do mediador em sessão e analisa suas escolhas em momentos cruciais do procedimento. Na parte 2, o avaliador analisa a compreensão do mediador do quadro teórico em que ele está atuando e sua habilidade para aplicá-lo mediante análise das próprias descrições e explicações do mediador sobre sua prática. Aqui, a voz do próprio mediador é introduzida no processo de avaliação através de uma entrevista entre o avaliador e o mediador. (2008, p. 206)³⁷.

Antes dessa entrevista, porém, “o processo requer um período de reflexão tanto para o avaliador quanto para o mediador imediatamente após a conclusão da sessão de mediação.” (2008, p. 207)³⁸. Espera-se do avaliador que ele aponte tendências globais para dar um retorno ao mediador, de modo que pontos de menor importância podem e devem ser ignorados. Ao final da entrevista, o avaliador deve fornecer ao mediador indicações de três áreas específicas para maior aprimoramento.

Os pesquisadores que formularam esta proposta aplicaram a avaliação em questão e compararam seus resultados com outro mecanismo de avaliação com objetivos similares, qual seja, o da filmagem e posterior discussão da sessão de mediação, acompanhado de ensaios autorreflexivos escritos pelo mediador e entrevista entre este e o avaliador. Segundo eles,

[...] revisores independentes que acompanharam o processo alcançaram conclusões similares (confiabilidade) e os desfechos da avaliação se aproximaram bastante daqueles alcançados mediante o outro processo de avaliação da competência de um mediador transformativo (validação) (2008, p. 209)³⁹.

A validade e precisão da proposta parece evidenciada, sendo de se lembrar, porém, que seus custos não podem ser ignorados, de maneira que uma solução razoável seria utilizar esta forma de avaliação ou supervisão apenas para mediadores iniciantes.

Não é possível deixar de lembrar, contudo, que, tão importante quanto a existência de um sistema confiável de ava-

36. Tradução desta autora.

37. Tradução desta autora.

38. Tradução desta autora.

39. Tradução desta autora.





liação de desempenho de mediadores é a disponibilização desta informação (assim como de informação referente a reclamações por faltas éticas ou disciplinares contra mediadores) para os usuários dos serviços de mediação, combinada ao fato de estes poderem selecionar os mediadores em seus conflitos.

Como pontua Carole Silver,

[...] informações sobre a atuação anterior em outros conflitos precisa estar disponível de forma a criar um mercado de informações sobre mediadores e este mercado de informações precisa estar conectado ao processo de seleção de mediadores. A informação disponível precisa indicar o grau de satisfação das partes e seus advogados com os serviços de mediação [...], incluindo-se a identidade das partes e seus advogados, a natureza do conflito e seu desfecho e o papel do mediador. (1996, p. 73)⁴⁰.

Assim, todas as partes envolvidas na seleção de um mediador teriam acesso ao conteúdo das avaliações anteriores de cada um dos mediadores que pode ser por elas escolhido. Além disso, sugere ela,

[...] estas informações também poderiam ser disponibilizadas para uma agência independente [...], organizada para receber e filtrar as informações e participar na seleção e certificação de mediadores em cada tipo de conflito. A agência poderia desenvolver uma série de funções ao receber tais informações, incluindo-se programas de treinamento para mediadores, monitoramento de sua atuação, revisão de procedimentos para apurar conflitos de interesse e recebimento de reclamações sobre atuação de mediadores. (1996, p. 73)⁴¹.

Já no que concerne ao segundo aspecto do controle da atuação de mediadores, qual seja, a supervisão do cumprimento das normas éticas, cabe inteira razão a McEwen (2005, p. 8) quando este sustenta não ser possível contar apenas com as reclamações iniciadas por usuários, que muitas vezes, inclusive, desconhecem quais são as normas de conduta de mediadores. Para ele, é necessário um

[...] forte sistema informal de controle e intervenção pelos próprios pares. [...] Organizações locais, regionais e nacionais precisam assumir a tarefa de estruturar e apoiar a intervenção informal pelos pares a fim de conversar e trabalhar com os colegas cuja conduta possa gerar questionamentos⁴².

Cabe referir, contudo, que, se a proposta de intervenção informal feita por McEwen

40. Tradução desta autora.

41. Tradução desta autora.

42. Tradução desta autora.



parece bastante adequada para os casos de mediadores iniciantes e/ou de violações de pequena gravidade, não se deve descartar, de forma alguma, a instauração de procedimentos disciplinares de ofício quando houver indício de apuração de falta grave ou reiteração de conduta inadequada por parte de algum mediador. Toda forma de intervenção, todavia, depende, por óbvio, de que exista um efetivo monitoramento do que se passa durante as sessões de mediação – tarefa árdua quando presente a confidencialidade e que, sem dúvida, precisa contar com a colaboração das partes. Para isso, portanto, **é preciso um sério trabalho educativo a fim de que os usuários da mediação conheçam as regras éticas de conduta de mediadores**, mediante cartilhas ou vídeos explicativos, a fim de que possam identificar, em seu caso concreto, quando houve eventual conduta inadequada por parte do mediador. No caso dos conflitos envolvendo o Poder Público, em que a confidencialidade é a exceção, e não a regra, essa fiscalização fica sobremaneira facilitada.

De acordo com o projeto de lei brasileiro sobre mediação apresentado e aprovado no Senado e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (PL n. 7.169/2014), parece possível concluir que caberá aos Tribunais de Justiça exercer a fiscalização da conduta dos “mediadores judiciais” (aqueles que atuam na mediação de conflitos judicializados), ao passo que não haverá qualquer fiscalização da atuação dos “mediadores extrajudiciais” (demais profissionais capacitados em mediação, que atuam na esfera extrajudicial)⁴³. Não se prevê no texto do projeto, tampouco, nenhum mecanismo de avaliação de desempenho dos mediadores, nem quais seriam as penalidades aplicáveis em caso de descumprimento das normas éticas e o procedimento para apuração de sua violação, muito menos de que forma seriam divulgadas as informações decorrentes de eventuais sistemas de controle de qualidade e disciplinar.

O texto do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro (PLC n. 8.046/2010) foi mais adiante neste aspecto, pois, além de prever, como já fazia o PL anterior, o registro de dados relevantes sobre a atuação de mediadores e conciliadores, explicita, ainda que de forma não exaustiva, que informações são reputadas relevantes, bem como estabelece forma de publicidade para tais dados, como se vê em seu artigo 168:

§ 3º. Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de causas de que participou, o sucesso ou o insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4º. Os dados colhidos na forma do § 3º. serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e fins estatísticos, e para o fim de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

A norma, que depende, por evidente, de uma série de medidas administrativas e opções técnicas para sua adequada concretização, adota dois critérios essenciais, que são a realização de avaliações da efetividade dos processos consensuais e da atuação de seus condutores, e a disponibilização de tais dados para os usuários de tais serviços.

43. Conforme artigos 12 e 9º. do substitutivo.

Cabe registrar que a Resolução nº. 125 do CNJ previu, em seu artigo 12, parágrafo 2º., que os mediadores e conciliadores que atuam em programas judiciais deverão submeter-se à “avaliação do usuário”. Não cuidou, ainda, de estabelecer, contudo, quais os critérios que constarão de tal avaliação nem de que forma ela será aplicada e utilizada. Os organizadores de cada programa, ao estruturá-lo, haverão de refletir como se dará a mensuração de resultados do programa, à luz dos objetivos pretendidos com a sua

5.1.5. A mensuração de resultados de programas de resolução consensual de conflitos envolvendo políticas públicas

criação, normalmente relacionados tanto à redução do tempo para chegar a um desfecho/solução, quanto à redução de custos e, ainda, ao aprimoramento, em termos qualitativos, dos resultados alcançados com a resolução do conflito.

Os critérios que costumam ser mensurados, como se verá na pesquisa de campo que descreverei a seguir, são:

- a) percentual de acordos obtidos, dentre os conflitos que passam por um processo de resolução consensual;
- b) tempo de duração dos processos;
- c) percentual de cumprimento dos acordos;
- d) mensuração de custos, em comparação com o processo tradicional;
- e) impactos no relacionamento entre as partes;
- f) efetividade/durabilidade/sustentabilidade da solução pactuada.

Passo a descrever agora a pesquisa empírica realizada nos EUA ao longo do primeiro semestre de 2010, pela qual procurei apreender as características, benefícios, dificul-

5.2. Programas de mediação e conciliação de conflitos coletivos envolvendo o Poder Público nos Estados Unidos da América

dades e dilemas dos programas que empregam a mediação ou a conciliação na resolução de controvérsias que envolvem políticas públicas naquele país. Após a descrição dos dados obtidos na pesquisa, efetua-se, ao final, uma análise de pontos fortes e fracos, mediante a qual se pretende extrair lições que venham a moldar a experiência brasileira, tanto no sentido de adaptar à nossa realidade medidas que apresentem significativa efetividade, quanto no sentido de evitar posturas que demonstraram não contribuir ou mesmo prejudicar o alcance dos propósitos da utilização de meios consensuais em conflitos que envolvem políticas públicas. O questionário utilizado para as entrevistas está incluído ao final.



A pesquisa que se descreverá a seguir foi focada em programas que trabalham com resolução de conflitos envolvendo políticas públicas. Cabe registrar, todavia, que, ao

5.2.1. Contextualização

contrário do que ocorre no Brasil hoje, os EUA passaram por esse momento de judicialização de políticas públicas há algumas décadas, sendo que, desde a década de 70, começou-se a utilizar a mediação para resolver este tipo de conflito. Atualmente, os centros especializados em resolução de disputas que envolvem políticas públicas comumente não atuam na esfera judicial, mas sim desenvolvem processos de “construção de consenso” ou de “governança colaborativa” na esfera dos poderes Executivo e Legislativo, justamente com o objetivo de evitar futuras discussões no âmbito do Judiciário, ou seja, buscando evitar que tais conflitos sejam levados ao Judiciário, bem assim por haver uma percepção (que não se pode dizer ainda ser generalizada) de que o planejamento e implementação de políticas públicas se dá de forma mais eficiente quando envolvidos todos os interessados desde o momento de sua concepção. Assim, muito além da realização de meras audiências públicas em situações exigidas pela legislação ambiental, por exemplo (como também ocorre no Brasil), começam a ser cada vez mais comuns situações em que, além de envolver no processo de planejamento e implementação de políticas públicas aqueles que podem influenciar diretamente no resultado do processo, seja em face de poder político, poderio econômico ou legitimidade para propor ações judiciais questionando o procedimento (caso de entidades não-governamentais), percebe-se a necessidade e utilidade do envolvimento da população em geral, utilizando-se processos que a doutrina estadunidense costuma chamar de “democracia deliberativa”, mas que no Brasil são mais conhecidos como “democracia participativa”. Estes dois tipos de abordagem vêm sendo desenvolvidos tanto no seio de entes públicos quanto mediante parcerias com organizações não-governamentais.

Isto não significa que não existam conflitos envolvendo políticas públicas que cheguem à esfera judicial – apenas tal fenômeno é muito menos comum do que no Brasil atualmente. E no caso destes conflitos, como de quaisquer outros conflitos na esfera cível nos EUA, pode ser e efetivamente é utilizada a mediação.

Um outro cenário em que se utiliza a mediação nos conflitos que envolvem o Poder Público nos EUA, sem que, tampouco, isto se dê de forma generalizada, mas, segundo as entrevistas realizadas e relatórios analisados, deve ficar em torno de 10 a 40 por cento do total, são os órgãos públicos integrantes do Poder Executivo, que nos EUA são denominados “agências públicas”. Os programas de mediação de conflitos no âmbito de agências públicas, em nível federal, são coordenados por um grupo de trabalho ligado ao Federal Attorney General's Office (equivalente, no Brasil, ao Ministério Público Federal e Advocacia-Geral da União juntos) e, em cerca de metade dos Estados, por centros encarregados de, em síntese, coordenar, fornecer treinamento, realizar pesquisa e fomentar a utilização de meios apropriados de resolução de disputas pelas agências estaduais, bem assim atuar nos processos de construção de consenso já mencionados.

No âmbito estadual, a maioria dos centros estão situados em universidades estaduais e alguns deles incluem em seu âmbito de atuação também a coordenação e/ou o fornecimento de infraestrutura aos programas de mediação que se desenvolvem no âmbito do Judiciário (caso do MACRO, em Maryland, e da Ohio Commission on Dispute Resolution). Em alguns Estados (caso de Oregon), a coordenação de programas de mediação no âmbito das agências públicas e do Judiciário é feita no âmbito do “Attorney General’s Office” (instituição que reúne as competências do Ministério Público e da Advocacia Pública em nível estadual, muito embora, em alguns Estados, algumas agências possuam também Deptos. Jurídicos internos para exercer a consultoria jurídica), que passarei a chamar de “Procuradoria-Geral do Estado”. Outras vezes, essas Procuradorias possuem programas de mediação, conciliação ou arbitragem de conflitos administrados por elas próprias, tais como direito do consumidor (caso da Florida, que possui um programa que trabalha com conflitos na aquisição de veículos).

Tendo em vista esse quadro, e com os objetivos de: a) conhecer a diversidade de formatos que os programas de mediação de conflitos envolvendo políticas públicas podem assumir; b) identificar práticas consideradas exemplares por aqueles que atuam na área, a pesquisa de campo incluiu:

I – nove centros estaduais baseados no Poder Executivo (Ohio), no Poder Judiciário (Maryland) ou em Universidades (Texas, Flórida, os dois da Califórnia, Oregon, Washington, Virginia, New Jersey e Massachussets) encarregados de coordenar a utilização de meios apropriados de resolução de conflitos no âmbito de seus Estados (sempre incluídos os Poderes Executivo e Legislativo, mas, algumas vezes, também o Judiciário);

II – agências federais que possuem programas de mediação e construção de consenso (Environmental Protection Agency, U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution, Federal Energy Regulatory Commission e um mediador do quadro do Federal Mediation and Conciliation Service, mais antiga instituição pública que mantém programa de mediação nos EUA);

III – três ONGs que trabalham com processos decisórios colaborativos ou participativos (Consensus-Building Institute, em Massachussets, Institute for Local Government e Community Focus, ambas na Califórnia);

IV – dois centros baseados em universidades independentes que trabalham com conflitos envolvendo políticas públicas.

Foram entrevistadas mais de 30 pessoas (algumas vezes, como no centro estadual de Oregon, no centro estadual do Estado de Washington, e no centro estadual do Estado de New Jersey, duas pessoas foram entrevistadas ao mesmo tempo, ao passo que, muitas vezes, nos programas baseados em Universidades, entrevistei separadamente diferentes pessoas que atuavam em áreas específicas do programa – como ocorreu no Texas, Flórida, Califórnia e Oregon), utilizando-se sempre o questionário específico que foi elaborado para cada categoria de programa. Em muitas entrevistas, foram também coletadas informações sobre outros órgãos públicos no mesmo Estado, inclusive a fim de melhor delimitar o universo da pesquisa, isto é, quais órgãos seriam contatados com



o propósito de realizar uma entrevista. Da mesma forma, diversos entrevistados forneceram relatórios onde constam valiosas informações adicionais sobre seus programas, as quais também foram coletadas nos sítios das respectivas instituições na *world wide web*. Esse universo de informações compõe os resultados que passam a ser descritos e analisados a seguir.

A maioria dos Estados americanos possui algum centro de resolução especializado em conflitos que envolvem órgãos públicos, localizado no Poder Executivo, no Poder Judici-

5.2.2. Centros de mediação de conflitos envolvendo entes públicos de abrangência estadual

ário ou em universidades. Neste item, descrevo sete programas baseados em universidades, um no Poder Executivo e outro no Poder Judiciário.

Em Columbus, capital de Ohio, entrevistei Maggie Lewis, Vice-Diretora da Comissão acima referida, que coordena o programa no que diz respeito à utilização de meios

5.2.2.1. Ohio Commission on Dispute Resolution

apropriados de solução de conflitos em agências públicas no Estado.

A Comissão, que se situa no âmbito do Poder Executivo, foi criada em 1989 e seu escopo, em realidade, inclui: a) mediação e instrumentos afins em agências estaduais; b) mediação e instrumentos afins em agências locais; c) mediação comunitária; d) mediação no ambiente escolar. A mediação judicial é coordenada por um departamento subordinado à Suprema Corte do Estado.

No que diz respeito às duas primeiras, que interessam à presente pesquisa, a maioria das agências não possui seus próprios programas de mediação, mas envia, caso a caso, conflitos para serem mediados à Comissão. Alguns desses conflitos são mediados sem custos e, em outros, os serviços de mediação são cobrados, em especial quando os facilitadores não são membros da equipe, mas sim mediadores privados por ela certificados.

A Comissão também realiza a mediação de eventuais conflitos entre agências públicas, bem como está começando a desenvolver um programa de mediação para o Departamento de Processos Administrativos (“Office of Administrative Hearings”).

Quanto aos treinamentos, estes são ministrados pela própria equipe da Comissão para agências estaduais e locais, versando sobre processos decisórios colaborativos, elaboração negociada de regulamentos administrativos, etc.

No que diz respeito, propriamente, à facilitação de processos decisórios colaborativos,



a identificação dos grupos participantes leva em conta quem quer que possa ser afetado pelo processo. Normalmente, eles já estão organizados, mas, se não estiverem, o facilitador pode ajudá-los neste sentido ou identificar alguém que possa fazê-lo. No que concerne à publicidade das reuniões, estas são abertas.

As atividades da Comissão são, em sua quase totalidade, custeadas com recursos orçamentários, mas a equipe já foi reduzida à metade desde a sua criação e encontra-se ameaçada de fechamento em razão da crise orçamentária atravessada pelo Estado (o déficit orçamentário foi relatado pela quase totalidade dos Estados onde se desenvolveu a pesquisa). Uma alternativa que está sendo estudada é que a Comissão passe a cobrar pelos serviços prestados a outras agências.

Em Maryland, o centro de resolução de conflitos, embora situado no âmbito do Poder Judiciário, possui uma divisão encarregada de encorajar e propiciar infraestrutura para

5.2.2.2. Maryland Conflict Resolution Office (MACRO)

as agências públicas em métodos apropriados de resolução de controvérsias. Essa divisão ajuda (inclusive financeiramente) as agências públicas que queiram (a iniciativa é sempre voluntária) implantar seus próprios programas de mediação, assim como ajudou a criar e expandir programas de mediação envolvendo crimes de menor potencial ofensivo no âmbito das diferentes unidades da Procuradoria-Geral do Estado. Essas unidades criaram seus próprios programas de mediação ou referem casos para os centros de mediação comunitária, em especial quando originados entre pessoas que possuem um relacionamento.

No que tange propriamente à facilitação de conflitos que envolvem políticas públicas, segundo a Diretora Ramona Buck, o programa promove treinamentos tanto para gestores públicos sobre quando é apropriado utilizar e como funcionam esses processos, quanto para mediadores que desejem atuar como facilitadores nesse tipo de processos. Na maior parte dos casos, o programa não presta serviços diretamente nesses processos, mas sim atua como autêntico patrocinador, inclusive contratando facilitadores que tenham as qualificações adequadas ou fornecendo recursos às agências que deles necessitem para contratar facilitadores. Cabe ao facilitador contratado identificar quais os grupos afetados ou interessados que devem participar do processo, bem como ajudar os grupos não organizados a selecionar um representante que defenda seus interesses na mesa de negociações. Para atenuar desigualdades significativas de poder entre as partes, cabe ao mediador assegurar que todas elas tenham oportunidades de expressar seus interesses. Quanto à publicidade das reuniões, nenhuma delas é totalmente confidencial, sendo algumas vezes possibilitada, inclusive, a participação da mídia. Cabe ao facilitador discutir com os participantes no debate quem atuará como porta-voz do grupo e que informações serão repassadas à imprensa. Ao final de cada processo, o programa aplica um questionário de avaliação a todos os participantes, onde se indaga dos participantes sua opinião sobre vários aspectos-chave do processo (desde a identificação de quem deveria participar até a organização da agenda e dos trabalhos como um todo), bem como sobre os seus resultados. Quase sempre o



processo resulta em acordos quanto aos pontos principais relativos à política pública, sendo que não costumam ser previstas penalidades, mas sim, em caso de descumprimento, entende-se ser o caso de retomar o processo colaborativo.

Não obstante existam Estados em que foi adotado outro modelo, situando esses centros dentro do Poder Executivo ou do próprio Judiciário, quase todos os centros estadu-

5.2.2.3. Centros de resolução de conflitos envolvendo políticas públicas baseados em Universidades

ais cuja missão é difundir a utilização de meios apropriados de resolução ou prevenção de controvérsias envolvendo o Poder Público em nível estadual e local são situados em Universidades estaduais (às vezes, mais de uma). Uma observação importante a ser feita é que, nos EUA, os serviços de ensino oferecidos por universidades públicas são pagos, salvo quando há concessão de bolsas, sendo que os serviços de extensão podem ou não ser cobrados. A característica comum a esses programas é o fato de terem iniciado seus trabalhos voltados para os métodos de resolução de conflitos, notadamente a mediação, e, com o passar do tempo, terem passado a atuar mais na esfera preventiva, facilitando processos decisórios colaborativos. O enfoque dos programas, seja na área de treinamento, de pesquisa ou de serviços (extensão), reflete esta mudança. Também ficou clara uma predominância da atividade de prestação de serviços (facilitação de processos decisórios colaborativos no âmbito de políticas públicas), seguida de treinamentos e, por último, em circunstâncias específicas, porém não de forma sistemática, a pesquisa.

Por essa razão, nosso questionário buscou, após identificar desde quando cada programa está em funcionamento, suas áreas de atuação, sua fonte de receitas e os tipos de atividades desenvolvidas, pesquisar algumas questões identificadas como de especial relevância no que tange aos processos decisórios colaborativos, quais sejam: a) como se dá a identificação dos grupos que devem participar do processo; b) como se procede quando estes grupos não estão suficientemente organizados; c) o grau de publicidade das sessões onde ocorrem os debates e deliberações; d) como se procede para equilibrar diferentes habilidades de negociação; e) quem são os facilitadores utilizados nestes processos e como eles são escolhidos; g) se os processos costumam efetivamente resultar em consenso e em que medida. Também busquei perquirir se algum desses centros possui um sistema de avaliação da eficiência destes processos colaborativos, o que está sendo desenvolvido no Oregon Consensus (como se relatará mais adiante), ou se atua em mediação desse tipo de conflito (os que envolvem políticas públicas) quando já existe um processo judicial em trâmite, caso em que a resposta foi quase sempre negativa, com exceção do primeiro centro, no qual passei a maior parte do tempo desenvolvendo a pesquisa.

O centro baseado na Faculdade de Direito da Universidade do Texas, na capital do Estado, foi fundado em 1993 e possui uma trajetória típica de vários outros centros, como



5.2.2.3.1. Center for Public Policy Dispute Resolution (University of Texas – campus Austin)

se descreverá ao longo desta exposição. Inicialmente, atuava mais com resolução de conflitos, tendo, por exemplo, contribuído para a implantação do programa de mediação de várias agências, entre as quais destaca-se o Departamento de Processos Administrativos do Estado do Texas (State Office of Administrative Hearings), para a criação de um programa de mediação de conflitos no local de trabalho a ser utilizado pelas agências públicas estaduais, e para a redação da legislação que autorizou e incentivou a utilização de meios apropriados de resolução de controvérsias pelas agências públicas no Texas, bem como da legislação que disciplinou a elaboração negociada ou participativa de regulamentos administrativos (*negotiated rule-making*), entre vários outros projetos de lei para o qual o centro contribuiu.

Além disso, conforme relatou a Diretora Executiva do centro entre 1993 e fevereiro de 2010, Jan Summer, o centro produziu, em 1999, um estudo abrangente descrevendo o grau de utilização de meios apropriados de resolução de conflitos pelas agências estaduais. Com o passar do tempo, passou a atuar mais com facilitação de diálogos entre entes públicos e grupos interessados ou afetados por políticas públicas, hoje principal foco de sua atuação, conforme a Diretora de programas na área ambiental, Suzanne Schultz.

Por estar intimamente ligado ao Poder Legislativo do Texas, que inclusive lhe destina recursos orçamentários suficientes para cobrir 60% das suas despesas, uma das atividades permanentes do centro, desde a sua criação, foi a produção de um relatório anual onde se descrevem todos os projetos apresentados e leis aprovadas onde se prescreve a utilização da mediação ou arbitragem. Uma outra atividade permanente é a realização de cursos de curta duração destinados a pessoas-chave no setor público e privado a fim de que essas venham a compreender melhor os meios apropriados de resolução de controvérsias, bem como os processos decisórios colaborativos.

De acordo com a analista administrativa do centro, Vicki Read, além dos recursos orçamentários, o centro também possui receitas decorrentes de treinamentos (quase sempre voltados para agências públicas ou para o Poder Legislativo) e outros eventos realizados (inclusive um curso de especialização em métodos alternativos de resolução de controvérsias), bem como dos serviços prestados na área de facilitação de processos decisórios colaborativos. A Universidade fornece o espaço, mobiliário e material de expediente necessários e o centro, por seu turno, oferece disciplinas para os alunos da Universidade relacionadas à sua área de atuação (por exemplo, negociação em conflitos públicos e ambientais).

Segundo a Diretora de Treinamento, Betty Gilmore, o centro também oferece um treinamento em mediação básica (40 horas) uma vez por ano, no qual 40% das aulas consiste em atividades práticas em casos simulados nos quais os alunos atuam como mediadores. Estas atividades são gravadas, com o intuito de serem avaliadas pelos próprios alunos em conjunto com os professores. O público que frequenta esse treinamento costuma ser, principalmente, de advogados, seguido de funcionários públicos



e também de profissionais na área de saúde. A característica dos advogados que fica evidenciada nas atividades simuladas, segundo ela, é o fato de ficarem muito focados no passado, bem como de serem demasiado diretivos na mediação, ao invés de serem simplesmente facilitadores. Ainda segundo ela, nem todos os profissionais que trabalham com mediação no mercado já passaram por esse treinamento básico.

No que toca às atividades de pesquisa, o centro já realizou diversos estudos de caso, no passado, graças à participação de estagiários do curso de Direito e de Administração Pública (Public Affairs). Deixou de realizá-los há algum tempo, em face de outras prioridades na sua atuação. Como visto no Capítulo IV, os estudos de caso realizados no âmbito deste centro representaram uma de minhas principais fontes para melhor compreensão da utilização prática dos processos decisórios colaborativos.

Por fim, no que diz respeito em geral à facilitação de processos decisórios colaborativos, foi possível apurar, a partir da leitura dos estudos de caso e de entrevistas com as duas Diretoras já mencionadas e também com a então Vice-Diretora e atual Diretora-Geral do Centro Susan Schultz, que: a) quanto à identificação de grupos interessados ou afetados, esta se faz na fase de avaliação do contexto, utilizando-se de entrevistas com aqueles primariamente identificados; b) quanto à publicidade das reuniões, algumas vezes são abertas ao público e outras vezes são fechadas, de acordo com decisão da agência que está patrocinando o processo; c) se os grupos não estiverem suficientemente organizados, o processo fica bastante prejudicado; d) não há técnicas destinadas a lidar especificamente com desequilíbrios de poder significativos.

O centro baseado em duas universidades estaduais da Florida, sendo uma com sede na capital do Estado (Tallahassee, no norte da Florida) e outra em Orlando, foi criado

5.2.2.3.2. Florida Conflict Resolution Consortium (Florida State University e University of Central Florida)

em 1987, sendo que a inserção da universidade sediada em Orlando se deu cerca de três anos mais tarde. Foram entrevistados o seu Diretor-Geral, Robert M. Jones, o Gerente de Projetos Hal Beardall e o Vice-Diretor Thomas Taylor, assim como, por telefone, o Vice-Diretor do programa na universidade em Orlando, Rafael Montalvo.

O programa atua realizando treinamentos, prestação de serviços e pesquisa aplicada, notadamente na esfera pública. Os treinamentos, ministrados pela própria equipe do programa, em geral, são customizados para agências públicas, envolvendo temas relacionados à “governança colaborativa”, construção de lideranças, programas de Ouvidoria, condução de reuniões e audiências públicas produtivas, etc. Embora no passado o programa já tenha fornecido treinamentos voltados especificamente à resolução de conflitos, atualmente tanto os treinamentos quanto sua atuação prática são predominantemente voltados à prevenção, facilitando diálogos entre diversos entes governamentais (cujas competências se sobrepõem parcialmente ou se complementam) em projetos de colaboração conjunta ou entre entes governamentais e grupos interessados ou afetados pelas políticas públicas sob sua responsabilidade. Sob o ponto de vista temático, sua



atuação comumente se dá em planejamento de uso do solo, transportes e meio ambiente, com atuação em bem menor escala em setores como educação e saúde.

Outra atividade que o grupo já desenvolveu muito no passado, mas não tem sido solicitado a desempenhar nos últimos anos, é a assistência para a estruturação de sistemas de gestão de meios apropriados de resolução de conflitos em agências públicas.

A respeito do funcionamento e utilização de mediação nesses órgãos, prevista inclusive em legislação estadual específica a respeito, os entrevistados relataram que a “Division of Administrative Hearings” (DOAH – categoria de órgão que traduzi como “Departamento de Processos Administrativos”) possui regras sobre a possibilidade de utilização de mediação, mas não encoraja efetivamente esse uso, nem oferece os serviços de mediação internamente.

De um modo geral, conforme se pôde apurar junto aos três Diretores do programa entrevistados, a utilização de mediação em processos administrativos que tramitam nas demais agências (as que não enviam processos para a DOAH) também não é muito significativa, sendo de se registrar duas observações, conforme se verifica no relatório preparado pelo programa para o governador do Estado em 2000⁴⁴ e que descreve realidade que pouco se alterou: a) há diversos programas em funcionamento que foram criados com base em legislação específica para determinada agência, destinados a uma certa categoria de conflitos, e que costumam apresentar bons resultados; b) não obstante a pequena institucionalização e efetiva utilização de mediação, a grande maioria das agências relata utilizar-se de negociações diretas e informais com as partes envolvidas nos processos administrativos sob sua responsabilidade.

Acerca da sua atuação nos processos de “governança colaborativa”, o Gerente Hal Beardall relata que é muito comum a realização de sessões individuais com as partes, durante intervalos nas reuniões coletivas, e que é papel do mediador fazer com que as partes tenham uma participação equilibrada e efetiva no processo. O processo deve ser, contudo, o mais transparente possível, sobretudo em decorrência de previsões legais quanto à publicidade de reuniões que decidam questões de interesse público. Quando o grupo é muito grande, é comum a divisão dos trabalhos em grupos menores para incentivar a participação equilibrada. Quando se percebe que um dos representantes dos grupos afetados está tendo dificuldades de comunicar-se com o seu grupo, o mediador pode ajudar nesta tarefa.

Sobre as atividades de pesquisa, os entrevistados relataram que, quando um ou mais membros da equipe lecionavam em cursos do Depto. de Planejamento Urbano e Regional na Universidade de Tallahassee, muitos estudantes utilizavam os arquivos relativos aos processos de atuação do centro para realizar “estudos de caso”, mas esta prática não tem sido adotada recentemente. Também já se produziu muita pesquisa instrumental para a realização de algum projeto de facilitação, bem assim seus Diretores, por vezes, publicam artigos em revistas especializadas.

44. *State Agency Administrative Dispute Resolution Pilot Project – Report to the Governor – July 2000.* Exemplar fornecido a esta pesquisadora pelos entrevistados.



Por fim, quanto à origem do financiamento de suas atividades, o centro é custeado em parte pela Universidade e em parte pelo pagamento feito pelas agências às quais prestam serviços.

O centro em questão, situado em Sacramento, capital da Califórnia, foi criado no início da década de 1990, tendo sua atuação, que inicialmente era mais voltada para a difu-

5.2.2.3.3. Center for Collaborative Policy (California State University – campus Sacramento)

são de meios apropriados de resolução de conflitos entre órgãos públicos, progressivamente evoluído para a atuação em processos de “governança colaborativa”.

No que se refere a treinamentos, o centro já ofereceu vários no passado, quando contava com o patrocínio da Fundação Hewlett para um projeto neste sentido.

Sobre a pesquisa, muitos estudantes de pós-graduação utilizam o centro para realizar estudos de casos, sob orientação do Diretor de Pesquisa, William Leach, que foi o entrevistado. Além disso, ele próprio e outros membros da equipe produzem artigos relacionados à área de atuação do centro.

O centro não recebe recursos orçamentários públicos para seu funcionamento, mas sim patrocínio de fundações e receitas decorrentes dos serviços prestados, sendo estes últimos pagos pelas agências públicas que promovem os processos colaborativos. Em alguns projetos, contudo, o centro cobra menos do que o valor normal ou mesmo atua *pro bono*.

Os facilitadores em processos de “governança colaborativa”, quase sempre, são membros da própria equipe (o centro conta com uma equipe substancial de dez mediadores) e, quando necessário, são utilizados membros de um rol de mediadores certificados.

A definição dos grupos afetados ou interessados que participarão do processo, normalmente, é feita pela agência que o patrocina. Em casos de desequilíbrio de poder significativo entre os grupos, o facilitador se reúne em particular com aqueles que estejam demonstrando dificuldades de identificar seus interesses e alternativas na negociação. Se for o caso, pode ocorrer a substituição do representante do grupo.

Normalmente, os processos, que nem sempre se realizam em reuniões abertas, resultam em acordo ao menos em parte das questões controvertidas. Para garantir a efetividade de cumprimento desse acordo, procura-se prever uma sequência de etapas necessárias para se chegar ao resultado acordado.

Não existem processos formais de avaliação da efetividade dos processos e acordos firmados, apenas o contato informal com os próprios interessados.



O centro que funciona em cidade contígua a Sacramento também foi criado em 1990 e, segundo sua Diretora, Carolyn Penny, atua tanto em processos de mediação pro-

5.2.2.3.4. Common Ground (University of California – campus Davis)

priamente dita (a exemplo do “agricultural mediation program”, gerido pelo Depto. de Agricultura em nível federal e que possui unidades em todos os Estados) quanto na facilitação de processos decisórios colaborativos.

No que diz respeito a treinamentos, o centro desenvolve tanto cursos de extensão quanto cursos customizados para agências públicas em resolução de conflitos, facilitação de conflitos complexos, gerenciamento de conflitos no local de trabalho, envolvimento da comunidade em processos decisórios.

Quando necessário, o centro atua em colaboração com outros Departamentos da Universidade que detenham conhecimento técnico sobre a matéria envolvida na controvérsia.

A atividade de pesquisa, minoritária, foi desenvolvida, por exemplo, num projeto de avaliação do programa de gerenciamento de conflitos no meio rural, supra mencionado.

Uma das razões para a dificuldade de desenvolver mais atividades de pesquisa, segundo a entrevistada, é o fato de que o centro não recebe recursos orçamentários, mas se sustenta com suas próprias receitas, decorrentes de treinamentos e serviços prestados. O programa “Oregon Consensus”, em seu formato atual (desde 2005), é um dos desmembramentos da antiga “Oregon Dispute Resolution Commission”, agência criada em

5.2.2.3.5. Oregon Consensus (Portland State University)

1989 – o outro é o programa de mediação comunitária, que funciona na “University of Oregon”, em Eugene.

Embora disposições legais o incumbam também de atuar em matéria de resolução de conflitos, atualmente, o programa é predominantemente focado em processos de “governança colaborativa”, notadamente nas áreas de proteção ambiental, uso do solo, transportes e desenvolvimento comunitário (muito embora também tenha atuação em alguns projetos nos setores de educação e saúde), processos nos quais entes governamentais com competência na área dialogam com entidades não-governamentais ou grupos de interessados no setor privado ou na comunidade, a fim de definir objetivos a atingir em determinado setor (como ocorre, por exemplo, na elaboração negociada ou participativa de regulamentos administrativos).



Segundo o Vice-Diretor Steve Greenwood, um dos entrevistados, o programa compartilha parte da equipe e do espaço com o programa “Oregon Solutions” (criado em 2001), o qual atua numa fase posterior, em projetos que já têm objetivos e diretrizes definidas, conduzindo os entes e as pessoas em condições de “fazê-lo acontecer” (garantir a sua implementação) a um consenso sobre a forma e recursos a serem utilizados para atingir tais objetivos – um processo que envolve monitoramento, avaliação e revisão constantes. O “fellow” (parceiro que pode atuar como facilitador) do programa Lang Marsh explicou-me que este processo conclui-se com uma “declaração de cooperação” na qual se preveem de forma detalhada as atribuições (inclusive com estimativa do número de horas de trabalho) e recursos financeiros a serem investidos por cada um dos responsáveis pelo atingimento dos objetivos de interesse geral.

No que diz respeito aos treinamentos oferecidos, segundo a Diretora de Treinamento, Laurel Singer, o programa desenvolve cursos de curta duração para servidores em geral, mas em especial para gerentes e supervisores no setor público (predominantemente) e terceiro setor, bem como cursos de extensão na própria Universidade sobre processos decisórios e de gestão colaborativa, liderança, técnicas de comunicação. Pretende-se também desenvolver uma disciplina sobre processos decisórios colaborativos para estudantes de graduação.

Na área de pesquisa, o programa está atualmente desenvolvendo, em conjunto com o U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution, um mecanismo para avaliação qualitativa dos resultados obtidos em processos decisórios colaborativos. Também existe um projeto para utilizar esses dados obtidos em avaliações dentro do próprio programa.

Os facilitadores em seus projetos são tanto membros da equipe quanto integrantes de seu rol de facilitadores/mediadores externos, os quais são remunerados por hora, em cada projeto, por meio de um fundo de recursos do qual participam os interessados no processo que tenham condições de contribuir, na medida de suas possibilidades.

O programa se sustenta em parte com essas receitas decorrentes de serviços e em parte com fundos orçamentários (37% da receita, no caso do Oregon Consensus, e 60%, no caso do Oregon Solutions).

A identificação dos grupos interessados ou afetados se dá na fase de avaliação do contexto. Se algum(uns) do(s) grupo(s) não estiver(em) organizado(s) para escolher um representante que participe do processo e preste contas ao grupo, o facilitador poderá contribuir na identificação e capacitação de um líder dentro de cada grupo.

Os processos de facilitação geridos pelo programa resultam em acordo (ainda que parcial) e em uma melhoria no relacionamento dos envolvidos na quase totalidade dos casos, mas para isso é necessário, segundo os entrevistados, que os participantes realmente entendam que é do seu interesse chegar a um consenso.

As reuniões costumam ser abertas, mas não são maciçamente divulgadas. Não é comum o comparecimento de pessoas estranhas ao grupo de representantes dos interesses identificados.



Segundo o Diretor Greg Wolff, uma das características dos projetos desenvolvidos no âmbito deste programa é o fato de estarem voltados para uma comunidade específica, com espaço delimitado, o que ajuda a ter foco e objetivos específicos e viáveis. O centro do Estado de Washington, tal como o da Flórida, também envolve duas universidades, uma sediada em Seattle, maior cidade do Estado, e outra em Olympia, que é a capital.

5.2.2.3.6. The William D. Ruckelshaus Center (Washington State University e University of Washington)

Segundo Rob McDaniel, Vice-Diretor do programa, que nele atua desde o início, o centro foi criado em 2004 e atua principalmente em conflitos de natureza ambiental, econômica e de turismo, com alguma atuação em “serviços humanos” (nos EUA, os serviços na área de educação e saúde são denominados “human services”).

Sobre os treinamentos, eles são basicamente de três tipos: a) cursos abertos ao público em geral sobre facilitação de diálogos em processos colaborativos e temas afins; b) cursos customizados para agências públicas que desejem formar facilitadores; c) cursos customizados para agências públicas que desejem aprender como utilizar processos colaborativos em suas atividades. Embora já tenha oferecido treinamentos em resolução de conflitos no passado, atualmente o programa não tem sentido essa necessidade, pois o mercado privado tem ampla oferta de cursos nesta área.

Quanto às atividades de pesquisa, o novo Diretor do centro, Michael Kern, informou que o programa desenvolve alguns estudos de casos (não apenas em processos em que o próprio programa atuou, mas outras experiências consideradas relevantes), mas predomina claramente a pesquisa aplicada, notadamente quando se faz necessário esclarecer algum aspecto técnico para se chegar à solução de uma controvérsia nos processos decisórios colaborativos. Neste caso, o centro interage com outros departamentos de ambas as universidades que detenham conhecimento especializado necessário para trabalhar com o problema em questão. Segundo os Diretores entrevistados, os membros do Conselho que formula diretrizes e recomendações para o programa são pessoas com caráter mais pragmático do que acadêmico, daí nem sempre priorizarem pesquisa teórica.

As receitas do centro provêm de doações recebidas de fundações, recursos orçamentários e receitas decorrentes de serviços prestados (por projeto) e dos treinamentos realizados. A equipe do centro em si é bastante reduzida, pois este utiliza docentes das duas universidades tanto nos treinamentos quanto nos serviços de facilitação de processos colaborativos – embora, se necessário, também ocorra a contratação de mediadores externos. Cada projeto tem um gerente e uma equipe específica.



Por fim, no que diz respeito à facilitação de processos decisórios colaborativos, sobre a identificação dos grupos interessados ou afetados pelo processo, isto ocorre por meio das entrevistas na fase de avaliação do contexto. Se algum dos grupos não estiver suficientemente organizado, algum membro da equipe do projeto vai até eles para ajudá-los neste processo. Se, contudo, houver uma divergência significativa dentro do grupo que os impeça de ter uma posição unificada, pode ser necessário desenvolver um processo de construção de consenso dentro do grupo primeiro. Deve-se, porém, ter cuidado, relatou um dos Diretores, para verificar se a aparente falta de organização interna não é uma estratégia para desacelerar ou inviabilizar o processo como um todo.

Quando existem situações de significativa desigualdade de poder entre as partes, a estratégia dos facilitadores é assegurar que sejam dadas oportunidades idênticas a cada um dos grupos; ainda que alguns deles se antecipem e outros sejam mais passivos, estes últimos também terão a oportunidade e tempo necessários para poderem analisar dados, exporem seus interesses e formularem propostas.

Sobre a questão da publicidade *versus* confidencialidade, os Diretores relataram as seguintes características: a) as reuniões preparatórias para as sessões são confidenciais (privadas); b) contatos com a imprensa são evitados no curso do processo; c) respeitadas as provisões legais quanto à publicidade de reuniões na esfera pública, essas costumam ser abertas, mas podem ser fechadas em caso de necessidade, já que, “sob os holofotes, as pessoas tendem a ser mais inflexíveis e defensivas”, deixando poucas possibilidades para se trabalhar a necessidade de compatibilizar os interesses de seus próprios grupos com os demais.

Por fim, quanto aos resultados obtidos, os entrevistados relataram que acordos substanciais são alcançados na maioria dos casos.

O centro do Estado de Massachussetts, situado em sua capital, Boston, começou como um projeto especial do gabinete do Governador em 1987 e alcançou *status* de agência independente três anos depois. Em 2005, foi transferido para a Universidade

5.2.2.3.7. Massachussetts Office of Dispute Resolution and Public Collaboration (University of Massachussetts)

de Massachussetts.

Tal como outros centros pesquisados, inicialmente a atuação desse centro esteve mais voltada para o treinamento e a estruturação de sistemas de resolução apropriada de conflitos, tanto em agências públicas (estaduais e locais), quanto no próprio Poder Judiciário. Atualmente, segundo sua Diretora Executiva, Susan Jeghelian, o centro atua predominantemente em processos de governança colaborativa, bem como em processos nos quais se busca o amplo envolvimento da população afetada por uma política pública. Além de prestar serviços, também ministram-se treinamentos nessa área, notadamente para agências públicas. Quanto à pesquisa, o centro acaba de contratar

um Diretor de Avaliação, encarregado principalmente de desenvolver estratégias para avaliar os processos em que o centro atua, mas isso não foi feito anteriormente.

Os facilitadores em tais processos tanto podem ser um dos cinco integrantes da equipe (que também desempenham funções administrativas) quanto integrantes do rol de 45 mediadores certificados e que possuem contrato com o centro para prestar serviços a agências públicas. Cada projeto tem um gerente responsável, ainda que o facilitador não pertença à equipe.

As receitas do centro vêm de recursos orçamentários (cerca de 25%), patrocínios de fundações e serviços prestados (estes dois últimos totalizando aproximadamente 75%).

No que diz respeito aos processos de facilitação propriamente ditos, a entrevistada nos esclareceu que: a) a identificação dos grupos interessados ou afetados é feita na fase de análise do contexto, sendo que, se os grupos não estiverem suficientemente organizados, a equipe do projeto atuará para ajudá-los a se organizarem; b) em caso de significativa desigualdade de poder entre os grupos, cabe ao facilitador atuar para garantir um equilíbrio; c) em todos os casos, tem sido possível alcançar um acordo substancial ou fazer algum progresso no curso dos trabalhos; d) no que diz respeito à transparência do processo (notadamente a publicidade das reuniões), o centro busca sempre convencer cada agência pública que patrocina um processo como esse da necessidade de construir confiança no processo, o que implica a garantia de transparência e inclusão de todos. A equipe do centro deixa claro para os “patrocinadores” do processo que haverá críticas de qualquer forma, mas que é importante minimizar as críticas ao processo em si. Nesse sentido, a equipe enfatiza também o quanto é importante manter as regras do processo tal qual acordadas desde o início, pois muitas agências agem de forma reativa e tentam mudar as regras do processo durante o seu curso.

Por fim, quando há necessidade de estudos que elucidem questões técnicas, a Diretora sustenta que é fundamental que o enquadramento dos pontos a serem elucidados e a escolha das pessoas que farão o estudo sejam feitos de forma participativa envolvendo todo o grupo.

Em alguns Estados, muito embora não exista um centro designado oficialmente como órgão encarregado da difusão ou da prestação de serviços de mediação de conflitos que envolvam entes públicos, alguns programas criados em Universidades acabaram

5.2.2.4. Outros centros situados em Universidades

desempenhando historicamente este papel.

É o caso dos centros situados nas universidades estaduais de Virgínia e de New Jersey, que passo a descrever com base nas informações obtidas em entrevistas com seus Diretores, todos eles atuando em tais centros desde a sua fundação.



O centro criado na Universidade de Virginia em 1980 foi o primeiro centro estadual de mediação surgido nos EUA (WHITE, 2009, p. 25).

5.2.2.4.1. Institute for Environmental Negotiation (University of Virginia)

Ele não atua em resolução de disputas envolvendo políticas públicas, mas sim em processos de governança colaborativa, não apenas na área ambiental, como sugere o nome, mas também em outras de interesse social ou econômico.

Segundo seu Diretor, Franklin Dukes, que foi o entrevistado, no que diz respeito a treinamentos, o centro somente realiza oficinas anuais para membros de agências públicas e entidades parceiras e, quanto à pesquisa, essa é desenvolvida eventualmente no seio de alguns projetos específicos, resultando em publicações dos estudos realizados.

O centro não recebe recursos orçamentários públicos, mas é mantido integralmente com doações (em especial de fundações) e receitas decorrentes dos serviços prestados.

No que concerne à facilitação de processos de governança colaborativa, os facilitadores podem tanto ser membros da equipe quanto mediadores externos parceiros do programa. A identificação dos grupos que devem participar de cada processo é feita na fase inicial de estudo e análise do contexto. Caso se identifique um considerável desequilíbrio no poder entre as partes, o mediador pode e deve ajudar qualquer grupo que necessite ou sugerir que ele busque ajuda de um facilitador externo. Quanto à publicidade das reuniões nesses processos, elas nem sempre são abertas nos processos em que o centro atua, mas a opinião do entrevistado é que elas deveriam sê-lo sempre, para evitar discussões sobre transparência do processo (muitos questionamentos se baseiam unicamente neste aspecto).

O centro em questão foi criado no início da década de 1980 e sua atuação envolve treinamentos, pesquisa e prestação de serviços em meios apropriados de resolução de disputas em geral, não apenas na esfera pública.

5.2.2.4.2. Center for Negotiation and Conflict Resolution (Rutgers, the State University of New Jersey – campus New Brunswick)

No âmbito do ensino, o centro coordena um programa de especialização e ministra diversos treinamentos para agências públicas e entidades não-governamentais (que atuam com mediação comunitária, por exemplo).



No que diz respeito à pesquisa, produz artigos sobre temas pouco explorados, dirigidos mais à comunidade profissional que acadêmica.

No que tange à prestação de serviços, o centro, além de utilizar seus dois Diretores que atuam como mediadores, conta também com a colaboração de especialistas de outros Departamentos da Universidade para realizar estudos técnicos, bem como com um rol de mediadores especializados em diferentes áreas. É comum que o centro seja contratado para casos de grande complexidade, inclusive conflitos que envolvem políticas públicas, o que já ocorreu inclusive em processos judiciais (num conflito ambiental em Porto Rico), como relatou a Diretora Linda Stamato.

Sobre a mediação de conflitos envolvendo o Poder Público, para o Diretor Sanford Jaffe, existe muito menos resistência dos advogados nesta área; as maiores resistências provêm, em realidade, das agências públicas.

Suas receitas advêm de recursos orçamentários, patrocínio de fundações e receitas decorrentes dos serviços e treinamentos realizados.

Diversos órgãos públicos nos EUA, seja na esfera federal, estadual ou local, possuem programas que utilizam a mediação de conflitos no âmbito do processo administrativo. A pesquisa logrou incluir alguns órgãos federais e estaduais que possuem programas desta natureza.

5.2.3. Órgãos públicos federais que mantêm programas de mediação na esfera administrativa

Em nível federal, ocorreu um esforço coordenado pelo Departamento de Justiça de difusão da utilização de meios apropriados de resolução de disputas pelas agências federais.

Entrevistei pessoas em posições-chave em duas agências públicas que atuam com conflitos ambientais, sendo uma delas a principal agência reguladora com competência na matéria, o Environmental Protection Agency, e outra uma agência pública criada especificamente com o propósito de fornecer capacitação e promover a utilização de mediação e outros processos colaborativos na resolução de conflitos ambientais, o U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution.

Entrevistei Deborah Dalton, integrante da equipe do Conflict Prevention and Resolution Center do EPA, que me descreveu as diferentes esferas em que a agência utiliza a mediação e outros processos colaborativos de resolução de conflitos.



5.2.3.1. Environmental Protection Agency (EPA)

A elaboração negociada de regulamentos administrativos é utilizada desde 1984, mas atualmente é pouco comum que o procedimento formal seja usado. É muito comum, todavia, que sejam utilizados processos de troca de informações ou processos colaborativos que resultam na elaboração de uma recomendação quanto ao conteúdo do ato normativo para a agência.

A mediação nos conflitos decorrentes de aplicação de penalidades administrativas é utilizada desde 1986. Sua utilização é sempre voluntária, mas o índice de acordos é bastante alto. Os mediadores utilizados são os próprios juizes administrativos que atuam nesses processos (mas nunca o mesmo que decide), porém, se o cidadão ou ente privado preferir, pode ser utilizado um mediador externo. A escolha do mediador que vai atuar em cada caso é feita por sorteio, da mesma forma que a escolha dos juizes administrativos que irão decidir o caso.

Durante o processo de licenciamento, o uso de mediadores não ocorre com muita frequência, mas, quando ocorre, normalmente são utilizados mediadores externos. Está sendo desenvolvido um projeto-piloto de utilização de mediação na instância recursal desses processos.

Por fim, um outro tipo de situação em que a mediação é muito utilizada diz respeito à gestão de processos de recuperação de áreas degradadas, que envolvem inúmeras questões controversas relativas à extensão da responsabilidade do poluidor, tais como: a) redução do valor das propriedades vizinhas das áreas afetadas; b) avaliação do nível de risco de permanência de moradias, a fim de verificar eventual necessidade de realocação; c) monitoramento dos processos de recuperação da área. A utilização da mediação nesses processos, embora possa durar vários anos, tem se demonstrado apta a viabilizar a celebração de acordos viáveis e que alcançam bons resultados.

O Conflict Prevention and Resolution Center foi criado em 2000 e atua principalmente na coordenação de processos de elaboração negociada de regulamentos administrativos e processos de governança colaborativa em geral. O centro em questão ajuda os Departamentos interessados a identificar a modalidade de processo colaborativo mais adequado (desde audiências para consulta pública ou troca de informações até processos em que se vai tomar uma decisão sobre política pública ambiental), identificar as entidades e grupos que serão convidados a participar (as ONGs escolhidas precisam ter tempo, conhecimento técnico e recursos que viabilizem a sua participação no processo), identificar mediadores ou facilitadores apropriados (quando for o caso, pois, quando se trata de mero intercâmbio de informações, por exemplo, funcionários do EPA treinados podem ser utilizados), bem como especialistas aptos a realizar estudos técnicos durante o processo. O uso de facilitadores externos, segundo ela, ajuda a incrementar a capacidade de escuta da EPA, pois os funcionários da EPA não estão preocupados em estruturar o processo e sim com o conteúdo que está sendo discutido.

A maioria das reuniões realizadas nesses processos são públicas e esses processos

colaborativos também são utilizados em situações em que outras agências públicas também têm competência para atuar na matéria.

Além disso, o centro também reúne uma série de informações sobre os procedimentos e desfechos desses processos colaborativos, a fim de divulgar boas experiências para outros departamentos da agência, além de oferecer uma série de treinamentos versando sobre a utilização desse tipo de processo. Os treinamentos são voltados para diferentes públicos: a) novos empregados; b) gestores; c) departamentos que possuem maior demanda. Eles podem tanto ser realizados sob forma de cursos de curta duração, mediante demanda da área interessada, como mediante a inserção de conteúdos em outros treinamentos que vão ser oferecidos a uma determinada área. As principais barreiras à utilização de processos colaborativos pelos empregados da EPA, segundo a entrevistada, dizem respeito ao receio de perder controle sobre o processo e à crença na autossuficiência, de que a negociação não precisa ser intermediada por terceiro.

Por fim, a entrevistada relatou que a EPA está desenvolvendo mecanismos de avaliação da utilização de mediação e outros processos colaborativos pela agência, de forma a se permitir mensurar não apenas a economia de tempo e recursos, mas também a melhoria nos relacionamentos e da qualidade da proteção ambiental alcançada. Esta agência federal, como dito, tem como missão oferecer recursos para utilização da mediação e outros processos colaborativos de solução de conflitos ambientais. Para esse fim, ela oferece treinamentos, realiza conferências, produz estudos de caso e outras publicações de interesse da área, bem como administra um rol de 300 mediadores

5.2.3.2. U.S. Institute for Environmental Conflict Resolution

certificados, em todo o país, para atuar em conflitos ambientais.

A entrevistada, Suzanne Orenstein, é a Diretora do escritório da agência em Washington, D.C. e a entrevista versou sobre as principais questões controversas na utilização de processos colaborativos para resolver conflitos ambientais.

No que diz respeito à atuação do mediador em situações de acentuado desequilíbrio de poder entre as partes, entende ela que, em situações extremas, fica inviabilizada a utilização da mediação. Porém, num quadro de desigualdade que seja administrável, cabe ao mediador, notadamente nas sessões privadas que realizar com cada uma das partes, ajudá-las na avaliação de uma solução que melhor atenda a seus interesses, caso elas estejam com dificuldades em visualizar se uma determinada proposta se adequa aos interesses por ela expressados durante o processo.

No que concerne à identificação de grupos que participarão do processo, ela menciona três diretrizes: a) agências que tenham competência para atuar na matéria; b) grupos afetados pela decisão a ser tomada; c) pessoas ou grupos que possuam recursos ou informações para contribuir na implementação de uma solução. Na fase



de análise do contexto, é preciso delimitar quem está envolvido no tema controverso e quem poderia se opor a uma solução negociada sem a sua participação. Na escolha de entidades não-governamentais, é imprescindível identificar ONGs que detenham credibilidade e representatividade junto à comunidade de entidades por elas representadas.

No que tange à escolha do facilitador ou mediador, aponta ela que as agências públicas definitivamente preferem pessoas que tenham familiaridade com a matéria, além de experiência na facilitação de diálogos colaborativos.

Por fim, quanto à abertura das reuniões, ela entende que a definição da pauta, regras do processo e a tomada de decisões relevantes sempre devem ocorrer em sessões públicas. Entretanto, a realização de sessões privadas entre o facilitador e cada uma das partes, ou mesmo de teleconferências, de forma a gerar ideias e permitir que soluções criativas ocorram às partes, pode e deve ocorrer.

O terceiro setor nos EUA, tal como em outros temas, teve e ainda tem um papel fundamental no desenvolvimento dos meios consensuais de solução de controvérsias.

Além das entidades não-governamentais cujo foco é utilizar a mediação para resolver

5.2.4. Organizações não-governamentais que atuam em processos decisórios colaborativos e/ou de democracia participativa

conflitos envolvendo pessoas carentes ou conflitos individuais que afetam entes públicos, existem aquelas que se especializaram em desenvolver e aplicar os meios consensuais na solução e prevenção de conflitos de dimensão coletiva, algumas vezes em processos que implicam nada mais que o emprego eficaz de mecanismos viabilizadores da democracia participativa. Passo a descrever as três entidades que foram incluídas na pesquisa realizada.

Este instituto constitui o sucessor de um programa de gestão de conflitos públicos que funcionava junto ao Massachusetts Institute of Technology (MIT), renomada universidade pública situada em Cambridge (região metropolitana de Boston). A iniciativa de sua criação foi motivada pela necessidade de dar mais flexibilidade ao programa, que

5.2.4.1. Consensus-Building Institute – Massachusetts

hoje, segundo o entrevistado, o mediador e facilitador David Kovick, possui uma atuação bastante desenvolvida em nível internacional.



No que diz respeito ao processo de identificação dos grupos interessados ou afetados num processo decisório colaborativo, o entrevistado afirmou que, quando a equipe de cada projeto encontra resistência por parte do patrocinador do processo em incluir algum grupo afetado ou interessado, o conselho dado pela equipe é de sempre procurar incluí-los, ainda que isso torne o processo mais lento, para construir um processo consistente e assim evitar problemas e questionamentos futuros. A argumentação é mais simples quando o grupo que se pretende excluir tem a possibilidade de eventualmente atuar como obstáculo para alcançar os objetivos que venham a ser estabelecidos pelo grupo como um todo. No caso de grupos que não têm esse poder, mas podem ser afetados, a importância de incluí-los, conforme argumenta a equipe, pode residir em pressões provenientes da mídia, por exemplo. Algumas vezes, inclusive, o ideal seria incluir grupos que são indiretamente afetados na mesa, mas, se isso não for feito, é preciso estruturar o processo de forma a não descuidar dos seus interesses. Por último, uma observação espontânea feita pelo entrevistado diz respeito à necessidade de delimitar bem cada grupo de interesses, não tentando tratar como grupo homogêneo uma coletividade que, muitas vezes, abriga subgrupos com interesses bastante distintos.

Um outro ponto fundamental em que algumas vezes é necessário negociar com o patrocinador do processo diz respeito a pressões excessivas quanto ao tempo de duração dos trabalhos. Ele aponta três possíveis alternativas, nesta hipótese: a) explicar ao cliente as razões pelas quais mais tempo será necessário para desenvolver um processo consistente; b) buscar reduzir o escopo dos trabalhos, de maneira que fique viável no prazo proposto; c) caso não se chegue a um acordo, recusar o trabalho em razão de sua inviabilidade. O ideal, aliás, como o entrevistado observou espontaneamente, é somente definir o prazo de duração do processo colaborativo ao final da fase inicial de análise do contexto, após consideradas as necessidades de todos os grupos envolvidos. Levar em conta apenas as necessidades temporais do patrocinador pode inclusive comprometer a credibilidade do mediador junto aos diferentes grupos.

Se os grupos não estão organizados, segundo ele, é do interesse do patrocinador do processo providenciar para que se organizem, seja utilizando alguém da própria equipe de facilitadores (quando existe confiança suficiente pra isso), seja algum facilitador externo. É fundamental não apenas ajudar os grupos a se organizar para escolherem um representante capacitado e para identificarem seus próprios interesses e prioridades, mas também assegurar que esse representante se comunique efetivamente com o grupo representado durante o processo. Normalmente, o patrocinador costuma entender essa necessidade e arcar com os custos daí decorrentes, a fim de viabilizar o processo.

No que diz respeito a estudos técnicos relevantes durante o processo, um cuidado fundamental, segundo ele, é separar efetivamente o que é questão técnica do que é análise valorativa. Não se pode pedir aos especialistas que tomem decisões baseadas em valores que devem ser discutidas pelo grupo todo. Muitas vezes, tudo que se deve pedir aos especialistas é o esclarecimento de aspectos fáticos, depois de se perceber que boa parte dos desentendimentos entre as partes se devia a que cada um dos lados atuava com base num quadro fático bem distinto – para ao final se concluir, algumas vezes, que todos estavam errados e que o simples esclarecimento dos fatos já viabiliza o acordo.



Sobre a necessidade de monitoramento e estabelecimento de penalidades para o caso de descumprimento do acordo, o entrevistado esclareceu que, em qualquer processo bem estruturado, já deve estar prevista a fase final de discussão sobre os mecanismos de garantia de cumprimento do pactuado. A necessidade de tais mecanismos, sustenta ele, é tanto maior quanto menor a confiança entre as partes. Muito embora a confiança possa ter aumentado durante o processo, nem sempre as partes já saem dele preparadas para desenvolver diálogos produtivos visando resolver quaisquer pendências futuras. A ONG em questão, criada em 1990, atua especificamente em processos de democracia participativa, onde se busca o envolvimento de cidadãos em processos decisórios e de implementação de políticas públicas.

5.2.4.2. Community Focus – Califórnia

Entrevistei Malka Koppell, uma das fundadoras da entidade, que descreveu, graças a sua vasta experiência na área, as vantagens e os riscos das ferramentas com esta finalidade que já utilizou.

Um primeiro instrumento necessário nestes processos, segundo ela, são campanhas na mídia, destinadas a informar a população das oportunidades de participação existentes. Quando a população interessada estiver bem delimitada, órgãos governamentais com acesso aos endereços das pessoas podem ter papel fundamental enviando correspondências.

Muitas informações relevantes também podem ser veiculadas em sítios eletrônicos, bem como por meio da participação em reuniões de entes públicos ou entidades sem fins lucrativos.

Com estas últimas, segundo ela, é preciso ter alguma cautela, pois nem sempre elas são muito representativas, podendo inclusive funcionar como barreira para alcançar as pessoas representadas, em algumas situações.

Um dos grandes desafios, na opinião dela, é motivar as pessoas a participar nesses processos. Neste aspecto, é fundamental dar aos participantes informações sobre os resultados positivos do processo, pois, se isso não for feito, as pessoas tendem a ficar céticas ao longo do tempo.

Outro aspecto fundamental para fazer com que os processos funcionem é ter uma agenda clara, esclarecendo as pessoas desde o início que pontos serão tratados e o que será feito com as conclusões. Alguns processos, por exemplo, são desenhados apenas para levantar informações das pessoas interessadas, ou sugestões de solução para algum problema, ou ainda tomar efetivamente decisões. O uso de facilitadores pode contribuir muito nesses processos, quando realizado em reuniões públicas ou oficinas.



Outra ferramenta muito utilizada são as pesquisas ou levantamentos de informações ou opiniões, seja pela internet, seja pessoalmente ou por correspondência. Nesse tipo de processo, contudo, o planejamento precisa ser muito bem feito, pois: a) pode ocorrer que as perguntas corretas, sobre questões mais relevantes na solução de um problema, não tenham sido feitas; b) em caso de questões de múltipla escolha, talvez as melhores alternativas não tenham sido incluídas; c) talvez as pessoas precisassem de mais informações ou esclarecimentos antes de responder.

Por fim, a lição mais importante que ela disse extrair de sua experiência é que muitas políticas públicas demandam envolvimento das pessoas não apenas na fase de planejar ou decidir as diretrizes fundamentais. Muitas requerem o envolvimento direto da comunidade na sua implementação, distribuindo-se tarefas efetivamente, para atingir os objetivos previamente definidos. Dois exemplos claros são os assuntos relacionados à educação ambiental ou à prevenção de problemas de saúde. Sem a colaboração e o envolvimento direto da comunidade, nenhum projeto público nesta área consegue atingir seus objetivos.

Esta entidade é uma associação de todos os condados e Municípios da Califórnia, cuja missão é por ela definida como “promover uma gestão local na Califórnia que seja bem-informada, ética, inclusiva, eficiente e responsável mediante a utilização de recursos,

5.2.4.3. Institute for Local Government – Califórnia

ferramentas e programas inovadores”. Com este objetivo, a entidade assessora os governos locais em processos participativos de deliberação na esfera pública, bem assim contribui com as agências públicas locais interessadas em utilizar meios apropriados de resolução de controvérsias.

Para Terry Amsler, Diretor da entidade, existem três principais razões para utilizar processos participativos na esfera pública: 1) ganhar legitimidade para as decisões; 2) aumentar a eficiência das decisões; 3) desenvolver a confiança da população nos órgãos públicos.

O instituto em questão, segundo o entrevistado, desenvolve um trabalho predominantemente educativo entre os órgãos locais, mediante realização de conferências, oficinas de trabalho e publicações atinentes às suas áreas de atuação. A fim de avaliar o atingimento dos objetivos, nas oficinas pede-se uma avaliação dos participantes, o mesmo ocorrendo informalmente para as publicações.

Uma pesquisa realizada entre gestores públicos revelou, segundo ele, que o maior desafio nesses processos é evitar que eles se resumam a trazer sempre o mesmo grupo reduzido de pessoas (geralmente constituído de senhores idosos brancos e aposentados) – o que não é bem o objetivo de um processo democrático destinado a incluir o público em geral.



A resposta para isso, na opinião do entrevistado, é utilizar diferentes técnicas visando motivar diferentes pessoas a participar. O instituto desenvolveu um estudo, por exemplo, visando envolver comunidades de imigrantes nesses processos, tendo identificado as seguintes ferramentas para tal fim: 1) identificar os líderes em cada comunidade e dialogar com eles; 2) traduzir documentos relevantes para a língua nativa do grupo; 3) realizar reuniões na própria comunidade.

Também já desenvolveu uma proposta de mediação de conflitos entre entidades governamentais (estudo que resultou numa de suas publicações), bem assim um estudo sobre como equilibrar as exigências de publicidade envolvendo deliberações de órgãos públicos e as sessões privadas que eventualmente se realizam em processos de mediação envolvendo entes públicos. Ambos os temas foram tratados em capítulos anteriores. A conclusão desta pesquisa de campo não poderia deixar de contemplar a identificação das principais características, pontos fortes e limitações percebidas nos programas pesquisados, bem como as lições que se pode extrair de seu funcionamento para apli-

5.2.5. Análise geral sobre traços comuns, oportunidades de aprimoramento e comparação com a situação brasileira

cação à realidade brasileira.

Da mesma forma que ocorre com relação à utilização da mediação em processos administrativos, no que tange aos processos colaborativos em que são reunidos os grupos interessados e afetados para decidir ou recomendar às agências públicas uma solução adequada para uma determinada política pública controversa, predomina a voluntariedade, seja no que diz respeito à existência de uma política institucional que encoraje esse tipo de mecanismo, seja no que concerne à sua utilização em dado caso específico.

Ao contrário do que se passa no que se refere à utilização da mediação “tradicional”, por assim dizer (em conflitos de dimensão individual), quando se trata de mediação de diálogos em processos colaborativos, existe uma certa divergência, inclusive em âmbito normativo, no que diz respeito à confidencialidade ou publicidade das reuniões. Conforme foi possível depreender das entrevistas, existe uma tendência comum (mas não generalizada) entre as agências públicas de pretender restringir o acesso a essas reuniões, com objetivo de tornar o diálogo mais rápido ou mais produtivo, ao passo que existe uma tendência entre os facilitadores, notadamente aqueles que fazem parte dos centros estaduais e federais que coordenam esse tipo de processo, de buscar que as agências públicas compreendam que é de seu interesse tornar o processo o mais transparente possível – sendo que essa argumentação nem sempre é acolhida pelas agências. Mesmo entre os facilitadores entrevistados, contudo, é unânime o reconhecimento da possibilidade de realização de sessões privadas entre mediadores e os grupos, oportunidade que pode, inclusive, contribuir para que o mediador procure equilibrar eventuais desigualdades demasiado significativas de poder entre as partes.



Uma outra característica, sem dúvida digna de nota, é que nem sempre a intenção de utilizar processos colaborativos por parte das agências se faz acompanhar da percepção da necessidade ou utilidade de utilização de mediadores ou facilitadores, o que faz, inclusive, que alguns processos sejam conduzidos de forma inadequada.

Por fim, outras limitações evidentes nesta seara complexa de utilização da mediação são: a pequena utilização de sistemas de avaliação dos processos e seus resultados; a não previsão de mecanismos adequados para o monitoramento do cumprimento dos acordos; e a pequena utilização da previsão de penalidades nos acordos, de modo a assegurar o seu cumprimento.

1) *When did this program/organization start to operate?* – Quando este programa começou a funcionar?

5.2.6. Questionário aplicado aos programas de mediação de conflitos envolvendo políticas públicas *(Questionnaire for organizations which work with collaborative governance / dispute resolution)*

2) *Do you work with dispute resolution? In which cases?* – Vocês trabalham com resolução de conflitos? Em que situações?

3) *In which issues do you usually work?* – Com que assuntos vocês trabalham usualmente?

4) *Do you provide any kind of training in this area? Who are the trainers and the trainees?* – Vocês fornecem treinamento nesta área? Quem são os instrutores e os participantes de tais treinamentos?

5) *Do you develop any sort of research evaluating the effectiveness of mediation/facilitation processes?* – Vocês desenvolvem algum tipo de pesquisa avaliação da efetividade de processos de mediação ou facilitação?

6) *Do you make case studies?* – Vocês fazem estudos de caso?

7) *Who is part of the staff?* – Quem compõe a equipe?

8) *Where does your funding come from? Which are your basic expenses?* – De onde provêm seus recursos financeiros? Quais são suas despesas básicas?

9) *Which kind of interaction do you have with public agencies? Are there any situations in which public agencies are mandated to use your services?* – Como vocês se relacionam com entes públicos? Existe algum caso em que entes públicos são obrigados a utilizar seus serviços?



10) *Do you have any information about how often public agencies in this State or city use mediation, facilitated/collaborative planning or negotiated rulemaking?* – Vocês sabem com que frequência os órgãos públicos neste Estado ou Município usam mediação de conflitos, planejamento participativo ou elaboração negociada de regulamentos administrativos?

11) *Who are the facilitators in the cases that you work with?* – Quem são os mediadores ou facilitadores nos casos em que vocês atuam?

12) *How do you work to identify the stakeholders? What happens if some groups are not yet organized?* – Como vocês identificam os interessados na solução do conflito? E se algum dos grupos não estiver ainda organizado?

13) *How do you normally relate to stakeholders in facilitation processes, specially when there is not a balance of power?* – Como vocês costumam se relacionar com os grupos interessados em processos de facilitação, especialmente quando existe um desequilíbrio de poder?

14) *What is the percentage of cases in which a substantial settlement is reached?* – Qual é a porcentagem de casos em que um acordo significativo é alcançado?

15) *Are the facilitation sessions confidential or open to the general public and media?* – As sessões de mediação são confidenciais ou abertas ao público e à imprensa?

16) *Who pays the costs in the facilitation/mediation processes?* – Quem custeia os processos de mediação ou facilitação?

17) *Which penalties are commonly established in case of unaccomplishment of facilitated/mediated settlements?* – Que penalidades são comumente estabelecidas para o caso de descumprimento dos acordos?

18) *In the cases involving the government, do the settlements involve creation or reallocation of budget appropriations, evaluation of the efficiency of public services?* – Nos casos envolvendo entes públicos, os acordos costumam envolver a criação ou realocação de verbas orçamentárias ou a avaliação de eficiência de serviços públicos?

19) *Do you have any study about the degree of satisfaction of the parties with mediation/facilitation processes?* – Vocês têm algum estudo sobre o grau de satisfação das partes com os processos de mediação ou facilitação de conflitos?

20) *Did you ever work in a mediation in a class action (or other collective lawsuit) involving the government?* – Vocês já atuaram em alguma mediação em ação coletiva envolvendo órgãos públicos?

Em nosso país, muito embora não exista ainda, nem na esfera administrativa, nem na esfera judicial, um programa voltado especificamente à resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas, existem já muitas iniciativas dignas de



5.3. Experiências pioneiras no Brasil

registro, como a Ouvidoria Agrária Nacional, a Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União, o Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais do Ministério Público de Minas Gerais, além das inúmeras iniciativas em casos concretos tomadas por magistrados, por membros do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo Poder Executivo no sentido de buscar uma solução consensual para conflitos que se inserem nas suas competências.

A Ouvidoria Agrária Nacional é um órgão que integra a estrutura do Ministério do Desenvolvimento Agrário e que tem como função, resumidamente, ao lado da Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo, diagnosticar e buscar soluções pacíficas para conflitos agrários, atuando junto aos entes públicos e aos atores privados envolvidos. Como exemplo eloquente de sua atuação, tem-se as situações em que são requeridas ordens de reintegração de posse de imóveis rurais, ocasiões em que a Ouvidoria busca evitar desocupações violentas, além de subsidiar o Poder Judiciário com informações relevantes para a tomada de decisão (por exemplo, esclarecendo se o requerente da ordem é, de fato, proprietário e qual a avaliação da produtividade do imóvel e o potencial de eventual desapropriação para fins de reforma agrária). Como consequência de um trabalho consistente e continuado que vem sendo realizado pela Ouvidoria em questão, criada em 2004, o número de mortes decorrentes de conflitos agrários no Brasil tem caído drasticamente.

A Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União (AGU) é um órgão que integra a Consultoria-Geral da União, órgão de cúpula da AGU, e que busca soluções acordadas para conflitos que se verificam dentro da Administração Pública, desde que exista ao menos um ente público federal envolvido. Criada em 2007, inicialmente atuava apenas com conflitos envolvendo entes federais, e sobretudo de natureza individual (por exemplo, conflitos envolvendo a Receita Federal ou o INSS e outros órgãos federais). A partir de 2008, conflitos envolvendo entes estaduais também puderam ser a ela encaminhados e, a partir de 2009, também conflitos envolvendo entes municipais. Ao mesmo tempo, conflitos de natureza coletiva também começaram a ser encaminhados, destacando-se os conflitos de natureza socioambiental, tais como aqueles que envolvem comunidades indígenas ou quilombolas que vivem nos limites de unidades de conservação federais. Com esta nova característica, o Ministério Público Federal também começou a tomar parte de alguns procedimentos de conciliação, exigindo inclusive que seja ouvida a comunidade afetada, tal como determina a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (que trata da proteção de Comunidades Tradicionais). Entretanto, desconsiderando que tais conflitos extrapolam em muito a esfera da Administração Pública, o órgão em questão ainda não adaptou seus procedimentos, instituindo uma metodologia própria para conflitos coletivos, de forma a viabilizar de forma clara a participação dos atores sociais e econômicos afetados pelos conflitos, bem como de todos os entes públicos competentes. Assim, lamentavelmente, algumas vezes, tais conflitos acabam sendo encaminhados sem a transparência necessária, gerando acordos que não chegam a ser cumpridos. Entretanto, há também alguns bons resultados já registrados, sendo que inclusive alguns Ministros do Supremo Tribunal



Federal têm consultado as partes em ações de sua competência originária sobre o interesse em submetê-los à Câmara de Conciliação e os entes públicos têm aceitado levar tais conflitos para o procedimento conciliatório.

Ainda, pode ser registrada a experiência do Fórum de Regularização Fundiária do Distrito Federal, criado em 2012, o qual é uma iniciativa conjunta do Poder Judiciário (nomeadamente da Vara de Conflitos Ambientais e Fundiários) e do Poder Executivo do Distrito Federal, envolvendo os cartórios de Registro de Imóveis e os titulares de direitos reais sobre imóveis com titularidade irregular, em áreas que abundam no Distrito Federal, e que já conseguiu regularizar, de forma consensual, a situação de uma grande área situada na cidade-satélite de Santa Maria, correspondente ao condomínio Porto Rico, onde viviam centenas de famílias de baixa renda. Também foi firmado recentemente, com a intermediação do Fórum, um termo de ajuste de conduta entre o empreendedor do condomínio de classe média Fazenda Paranoazinho e a Secretaria do Governo do Distrito Federal encarregada de administrar os condomínios. Ainda, graças aos trabalhos do fórum em questão, avançou-se na demarcação de áreas em condomínio de alto padrão situado na cidade-satélite de Vicente Pires, em que existe área de propriedade da União Federal. Diversas outras áreas estão em processo de regularização graças às iniciativas deste fórum.

O Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais do Ministério Público de Minas Gerais foi criado em 2012 e, em 2013, recebeu o Prêmio Nacional do Conselho Nacional do Ministério Público. Trata-se de uma iniciativa que busca a solução consensual e extrajudicial dos conflitos de natureza ambiental que são de competência daquele Ministério Público, realizando os estudos técnicos necessários e dialogando com os entes públicos, atores sociais e econômicos envolvidos. Trata-se de iniciativa também pioneira, pelo seu caráter institucional e não de iniciativa isolada de um ou alguns membros do Ministério Público, e que pode ser multiplicada tanto para Promotorias que atuam em outros temas de natureza coletiva como para outros Estados da Federação ou para os Ministérios Públicos Federal e do Trabalho. O Conselho Nacional do Ministério Público tem incentivado esse tipo de iniciativa.



PARA REFLETIR

Que formatos você pensa que seriam mais produtivos para programas de resolução consensual de conflitos coletivos que envolvem políticas públicas no Brasil?

Como você pensa que podem ser credenciados mediadores em tais programas?

Que critérios você considera adequados para a mensuração de resultados obtidos por tais programas?

Referências bibliográficas

BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David. Bringing peace into the room: the personal qualities of the mediator and their impact on the mediation. In: BOWLING, Daniel; HOFFMAN, David (Orgs.). *Bringing peace into the room: how the personal qualities of the mediator impact the process of conflict resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2003. p. 13-48.

COLE, Sarah Rudolph. Mediator certification – the time has come? *The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts*. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol3iss1/lead.html>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

FEERICK, John; IZUMI, Carol; KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela; MOBERLY, Robert; RISKIN, Leonard; SHERMAN, Edward. Standards of professional conduct in alternative dispute resolution. *Journal of Dispute Resolution*. Symposium, 1995.

GOLANN, Dwight. Using videos to teach negotiation and mediation. *Dispute Resolution Magazine*, v. 13, n. 2, p. 8-14, 2006-2007.

GOODRICH, Kathleen; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. The classroom can be all fun and games. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 25, n. 87, 2010.

LIEBERMAN, Ety; FOUX-LEVY, Yael; SEGAL, Peretz. Beyond basic training: a model for developing mediator competence. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 23, n. 2, p. 237-257, Winter 2005.

MCEWEN, Craig. Giving meaning to mediator professionalism. *Dispute Resolution Magazine*, v. 11, n. 3, Spring 2005.

MOFFITT, Michael. The four ways to assure mediator quality (and why none of them work). *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 24, n. 191, 2009.

NOCE, Dorothy J. Della; ANTES, James R.; BUSH, Robert A. Baruch; SAUL, Judith A. Signposts and crossroads: a model for live action mediator assessment. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 23, 2008, p. 197-217.

_____; BUSH, Robert Baruch; FOLGER, Joseph P. Clarifying the theoretical underpinnings of mediation: implications for practice and policy. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, n. 03, p. 39-65, 2002-2003.

PICARD, Cheryl A.; MELCHIN, Kenneth R. Insight mediation: a learning-centered mediation model. Disponível em: <http://www2.carleton.ca/shared/shared_lawconflict/docs/nej0_126.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2008.



_____. Learning about learning: the value of “insight”. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 4, p. 477-483, Summer 2003.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Coord.). *Teoria Geral da Mediação – à luz do projeto de lei e do direito comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RISKIN, Leonard. Mindfulness: foundational training for dispute resolution. *Journal of Legal Education*, v. 54, n. 79, March 2004.

ROBINSON, Michelle. Mediator certification: realizing its potentials and coping with its limitations. *The Mayhew-Hite Report on Dispute Resolution and the courts*. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/jdr/mayhew-hite/vol4iss3/student.html>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

SILVER, Carole. Models of quality for third parties in alternative dispute resolution. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, n. 12, p. 37-80, 1996.

STAINS JR., Robert. Training on purpose. *Conflict Resolution Quarterly*, v. 20, n. 4, p. 473-476, Summer 2003.

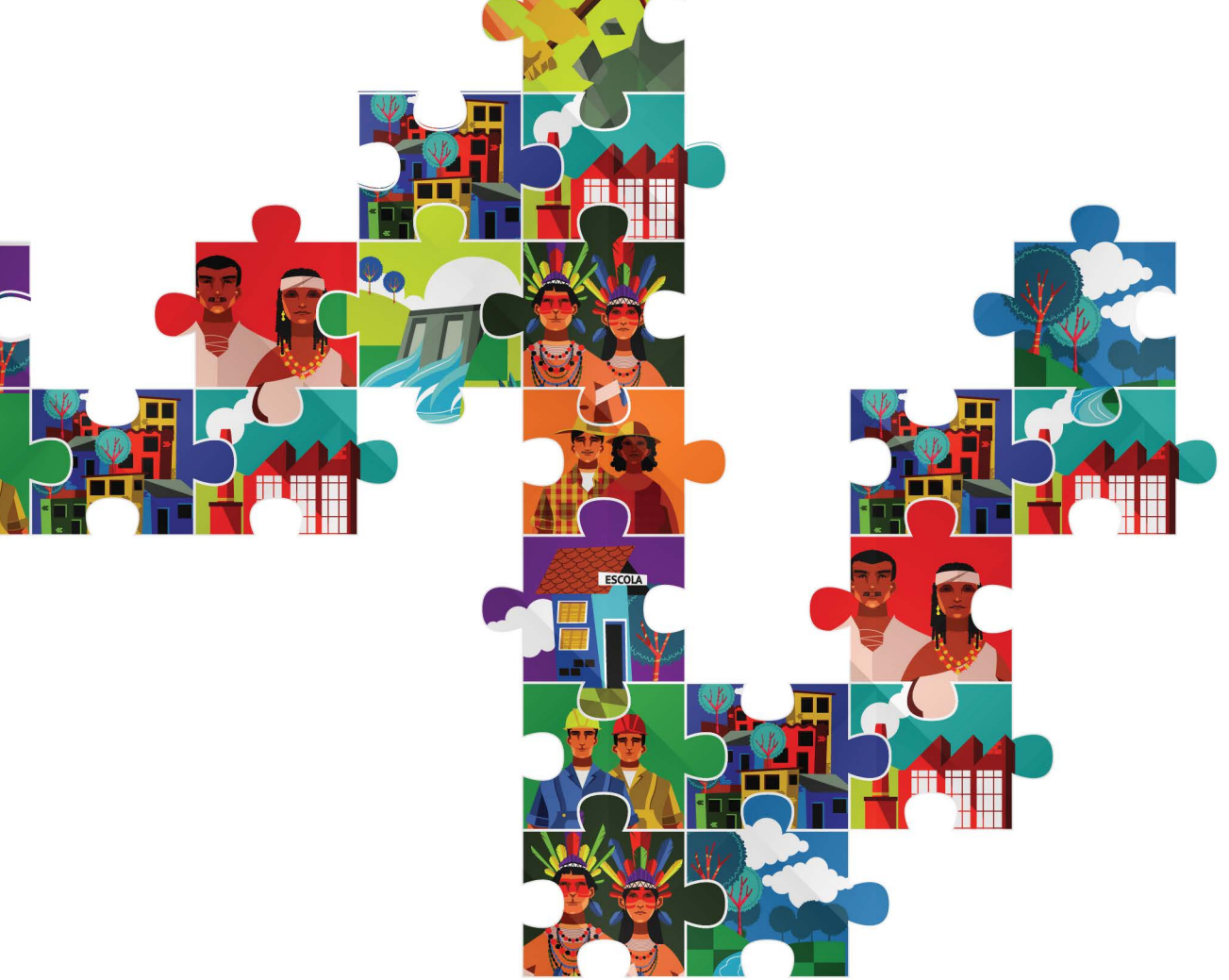
WISSLER, Roselle; HINSHAW, Art. How do we know that mediation training works? *Dispute Resolution Magazine*, v. 12, p. 21-23, 2005-2006.

_____. Using participants questionnaires to assess mediator performance. *Dispute Resolution Magazine*, v. 11, n. 1, Fall 2004.

SOUZA, Luciane Moessa de. *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.

_____. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: mediação, negociação e conciliação na esfera administrativa e judicial*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.







ENAM

Escola Nacional de Mediação e Conciliação



Realização:

Secretaria de
Reforma do Judiciário

Ministério da
Justiça