

Solução consensual de conflitos: panaceia para todos os males?

Alternative dispute resolution: panacea for all ills?

José Marinho Paulo Junior*

Sumário

1. Breve introdução. 2. Da ebulição da consensualidade. 3. A finitude ontológica dos métodos colaborativos. 4. Conclusões. Referências bibliográficas. Referências videofônicas.

Resumo

O artigo perquire, em revisão bibliográfica, quais os limites de aplicabilidade de métodos alternativos de resolução de conflitos, explorando falibilidades comuns a meios individuais e coletivos e investigando restrições específicas a cada um destes. Com referencial teórico na customização dialógica de Roshan Danesh, o recorte de pesquisa, à luz transdisciplinar da ciência da resolução de conflitos, não se dedica a estabelecer limites normativos ao conteúdo dos acordos. Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a real aplicabilidade da consensualidade no Direito brasileiro, reposicionando a adequação de cada método em um contexto instrumental dialógico multiportas. Conclui que, em face dos limites de cada método consensual, e consoante o perfil de cada conflito, há de se amoldar a técnica de engajamento e facilitação, em um sistema resolutivo também dotado de meios adversariais.

Abstract

This article aims to assess through bibliographic review the limits of applicability of the alternative conflict resolution methods, exploring the common fallibilities of the individual and collective processes, and investigating specific liabilities of each one. Roshan Danesh's dialogical customization as the theoretical reference, under the transdisciplinary light of the Science of the conflict resolution, the research is not bound to inquire about the legal boundaries of the content of the settlement itself. This study is justified by the urge of comprehending the real usage of alternative conflict resolution methods in the Brazilian

* Doutorando em Direito pela UNESA. Mestre em Direito Processual pela UERJ. Especialista em Mediação e Negociação pelo Justice Institute of British Columbia (Canadá). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

legal system, repositioning the adequacy of each process in a multidoor dialogical context. The article concludes that, on account of the limitations of each method and according to the conflict at hand, the facilitation method itself must be customized, within a resolution system that may rely upon adversarial tools as well.

Palavras-chave: Resolução de conflito. Aplicabilidade. Limites.

Keywords: Conflict resolution. Applicability. Limits.

1. Breve introdução

O presente artigo busca mapear, com metodologia de revisão bibliográfica e pesquisa qualitativo-exploratória, quais os limites de aplicabilidade de métodos alternativos de resolução de conflitos, explorando falibilidades comuns a meios individuais e coletivos e investigando restrições metodológicas específicas a cada um destes.

Com referencial teórico na customização dialógica de Roshan Danesh¹, a investigação científica desafia a noção de a consensualidade ser panaceia para todos os males. Explora-se a constatação inicialmente intuitiva de que qualquer destas alternativas, por mais promissora que seja, consagrar-se-á sempre e sempre a enfrentar apenas uma parte da plêiade conflitual, não havendo um método universalmente adequado - bem ao revés, todo método resolutivo parece mostrar-se invariavelmente impróprio para uma ampla gama de conflitos, ajustando-se cada qual a um determinado rol característico destes.

O recorte de pesquisa, à luz transdisciplinar² da ciência da resolução de conflitos, não se dedica, pois, a estabelecer limites normativos ao conteúdo dos acordos, mas à sua utilidade prática, especialmente aos operadores de Direito.

Justifica-se o estudo diante da necessidade de se compreender a real aplicabilidade da consensualidade no Direito brasileiro, reposicionando a adequação de cada método em um contexto instrumental dialógico multipostas.

¹ Fundador da “Unity-Based Mediation”, defende a cogência da customização do processo dialógico, sem inflexibilidades comuns a outros métodos. Doutor pela Harvard Law School, com produção acadêmica nas áreas de conflito e de direito constitucional, lecionou na *University of British Columbia*, no *Justice Institute of British Columbia* e na *University of Victoria* (todas no Canadá) na *European Peace University* (Áustria), e na *Landegg International University* (Suíça), onde presidiu o Departamento de Resolução de Conflito. Cocriador dos programas *Conflict-Free Conflict Resolution* (CFCR) e do *Youth Peacebuilders Network* (YPN) do Education for Peace.

² Ante a plurivocidade do vocábulo “transdisciplinariedade”, alinha-se aqui à semântica por Gustin e Dias (2006): exige linguagem científica dialógica, consistindo em estudo de um elemento através de diversas disciplinas, com sobreposição dos saberes (na multidisciplinariedade, ao contrário, quedam apenas justapostas), com conhecimento integrado e interativo entre as disciplinas, com relações, em etapa qualitativamente superior à interdisciplinaridade, postas em sistema total, sem fronteiras claras entre si.

2. Da ebulição da consensualidade

Inicia-se a investigação a partir de uma constatação: o espírito conciliatório a cada novo dia inspira mais e mais o mundo jurídico, seus métodos e modos, fazendo-o evoluir da “lógica do contraditório” com “argumento da autoridade” para a “lógica do consenso” com “autoridade do argumento”, nas argutas expressões cunhadas por Duarte e Iorio Filho (2015). A resolução alternativa de conflitos, um dos bastiões dos novos tempos, evolui de forma multifacetada e por inúmeros meios, nenhum deles impassível de falhas, desafios e erros; todos, sempre em evolução. Entre os extremos opostos da autotutela e da outorga judicial, buscam-se alternativas mais eficazes que, ao tempo em que reduzam o impacto de volumosas demandas desaguarem nas mesas já abarrotadas de nossos Tribunais, consubstanciem verdadeira e abreviada pacificação social.

Desde o visionário termo de compromisso pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 11 §5º da Lei nº 6.385/76)³, posteriormente remodelado pelo art.14 da Lei nº 13.506/2017, a consensualidade também foi ampliada, por exemplo, por meio do acordo de leniência (art.86 da Lei nº 12.529/2011; art.16 e 17 da Lei nº 12.846/2013), do compromisso de cessação (art.85 da Lei nº 12.529/2011), dos acordos administrativos em processo de supervisão conduzidos pelo Banco Central do Brasil (art. 30 da Lei nº 13.506/2017) e do compromisso do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inserido pela Lei nº 13.655/2018.

Em paralelo, diversos diplomas legais remeteram à arbitragem conflitos da Administração Pública. A título exemplificativo, afora evidentemente a Lei nº 9.307/96 (Lei Nacional de Arbitragem), tenham-se a Lei nº 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações), art. 93, XV; Lei nº 9.478/97 (Lei de Petróleo), art. 43, X; Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), art. 11, III; Lei nº 8.987/95 (Lei de Concessões), art. 23-A; Lei nº 10.848/04 (Lei sobre a Comercialização de Energia Elétrica), art. 4º, §§ 5º, 6º e 7º; Lei nº 4.418/02 (Estatuto do BNDES), art. 9º, I. Este movimento conciliatório foi acompanhado por diversas unidades da Federação. No Estado do Rio de Janeiro, destacam-se, por exemplo, o Decreto Estadual nº 42.625/2018 (de Arbitragem na Administração Pública) e a Lei Estadual nº 5427/2009 (sobre ajustes em procedimentos administrativos).

Ao longo das últimas décadas, expandiram-se significativamente possibilidades legislativas de disposição sobre os direitos coletivos, com crescente margem de negociação: termo de ajustamento de conduta (previsto no art. 5º §6º da Lei nº 7.347/1985⁴), no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211 da Lei nº 8.069/1990), no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e no Estatuto do Idoso (artigo 74, X, da Lei nº 10.741/2003), culminando com o acordo de não persecução cível da Lei nº 13.964/2019.

³ Poder-se-ia retroagir ainda mais no tempo. Bastaria lembrar do longo instituto da desapropriação amigável, previsto pelo Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, cujo artigo 10 já aduzia expressamente que aquela poderia efetivar-se mediante acordo.

⁴ Em verdade, o compromisso de ajustamento de conduta foi introduzido no direito brasileiro pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), por seu artigo 211. Somente depois, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), foi acrescido o § 6º ao art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

E assim não se deu apenas na *terrae brasiliis*. Diversos ordenamentos jurídicos alienígenas também migraram de adversariais a dialógicos.

Nos Estados Unidos, adveio o *Uniform Mediation Act*. No Canadá, foram editados extensos regulamentos acerca da matéria, como o *Investment Canada Act*⁵ e *Rules of Civil Procedure*⁶, inovando com o instituto do *Offer to Settle*. Na Província de British Columbia, vigoram o *Law and Equity Act - Notice to Mediate (Family) Regulation*⁷ e *Small Claims Rules*⁸.

Da Fonseca Pinto e Da Silva Junior (2020) relatam a vertiginosa evolução do movimento conciliatório na Europa, anotando que, a partir do Conselho Europeu realizado em Tampere, na Finlândia, em 1999⁹, onde se explicitava a necessidade de os Estados-membros implantarem mecanismos alternativos, extrajudiciais, de solução de controvérsias, sucederam a Convenção Europeia sobre o Exercício dos Direitos das Crianças, de 1996¹⁰, e a Recomendação (98) 1 do Conselho Europeu sobre Mediação Familiar, de 1998v, culminando na edição da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008¹¹.

Na Espanha, editou-se a Ley 5/2012, atualmente regulamentada pelo Real Decreto 980/2013. No Reino Unido, o *Code of Procedural Rules*, em 36.21 (1), criou incentivo similar ao *Offer to Settle*¹². Pinho e Paumgarten (2013) relembram ainda que, na França, foi editado o Decreto 66 de 2012¹³, ainda que em avanço tímido, com busca por uma solução amigável do conflito através da mediação, conciliação ou do processo participativo, sem imposição às partes em qualquer fase processual ou pré-processual. Já na Alemanha, a *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren de außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, em 25 de julho de 2012¹⁴, conquanto não tornasse a mediação claramente obrigatória, passava a exigir tentativa conciliatória

⁵ Disponível em: <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/ica-lic.nsf/eng/lk00064.html#MediationGuideline>>. Consulta em 15 abr 2020.

⁶ De acordo com seu *Rules of Civil Procedure*, autor ou réu estão autorizados a fazer propostas *without prejudice* (v.g., que não podem influenciar o julgamento pelo magistrado) que fixam em prol do ofertante o limite abaixo do qual se lhe isentam isentas custas e honorários. Noutras palavras, caso o resultado do processo não supere a proposta, o proponente ganha tais vantagens fiscais. Tenha-se, neste mesmo sentido, o *Offer to Settle* previsto na Rule 10.1 do *Small Claims Rules* de British Columbia.

⁷ Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁸ Disponível em: <<http://www.bclaws.ca>>. Consulta em: 30 abr. 2013.

⁹ Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Consulta em: 20 out. 2018

¹⁰ Disponível em <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/160.htm>>. Consulta: em 20 ago. 2020.

¹¹ Disponível em <<https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-40822/recomendacioneuropea.pdf>>. Consulta em: 20 ago. 2020.

¹² “Costs consequences following judgment. 36.21 (1) This rule applies where, on the determination by the court, the claimant obtains judgment against the defendant for an amount of damages that is – (a) less than or equal to the amount of the defendant’s RTA Protocol offer; (b) more than the defendant’s RTA Protocol offer but less than the claimant’s RTA Protocol offer; or (c) equal to or more than the claimant’s RTA Protocol offer. [...] For the purposes of rule 36.21(1)(a) the amount of the judgment is less than the RTA Protocol offer where the judgment is less than that offer once deductible amounts identified in the judgment are deducted.” (disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>>. Consulta em: 30 abr 2013.

¹³ Disponível em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>> Consulta em: 25 fev 2014.

¹⁴ *Bundesgesetzblatt Jahrgang 2012 Teil I Nr. 35, ausgegeben zu Bonn am 25. Juli 2012*. Disponível em: <<http://www.bundesgesetzblatt.de>>. Consulta em: 20 set. 2019.

prévia ao processo¹⁵. Por sua vez, o Parlamento Italiano editou a Lei nº 69 de 18 de junho de 2009, com a previsão, em seu artigo 60, sobre a mediação. Regulamentando a Lei, em 4 de março de 2010, adveio o Decreto Legislativo nº 28, disciplinando três tipos de mediação: *mediazione facoltativa*, *mediazione concordata* e *mediazione obbligatoria*. (PINHO e PAUMGARTTEN, 2012).

Viceja, pois, no mundo o movimento em prol de resoluções consensuais de conflito.

O incontido entusiasmo com a difusão de práticas (extrajudiciais ou, ainda quando judiciais) inconventionais de resolução de conflito não pode, todavia, fazer cerrarem-se os olhos aos limites destas inovadoras alternativas de resolução de conflito, reconhecendo-se que não necessariamente hão de conduzir a resultados superiores aos daqueles oriundos de meios tradicionais (ainda que em crise¹⁶⁻¹⁷).

Intuitivo que, ao contrário de ser uma panaceia para todos os males, qualquer destas alternativas, por mais promissora ou messiânica que seja, consagrar-se-á sempre e sempre a enfrentar apenas uma parte desta crônica realidade conflitual, jamais se pretendendo que combata cega e debilmente todo e qualquer problema confrontado. Bem ao revés, é forçoso reconhecer, de antemão, sua impropriedade para uma ampla diversidade de conflitos. Não se trata, no entanto, de abandonar uma alternativa que tem se mostrado concretamente viável em inúmeros casos. Trata-se sim de se manter à disposição um leque de opções de resolução de conflito, com plena consciência utilitária dos limites que cada uma destas enfrenta.

Sob tal enfoque, sem em uma linha sequer se perfilhar aos que decretaram, de afogadilho, a morte de neófitas técnicas consensuais, reconhece-se, em contrapasso, a utilidade de sua adoção (ou antes, de sua difusão), com criteriosa reflexão acerca dos limites que, enfim, qualquer método de pacificação há de aqui ou ali enfrentar.

3. A finitude ontológica dos métodos colaborativos

Uma das primeiras constatações acerca dos limites que reduzem o alcance de meios de facilitação atine ao fato de que estas também estão condicionadas pelo ambiente socioeconômico em que estão inseridas. Direito, Processo e meios alternativos, nenhum está isento ou acima dos efeitos nefastos de uma crise de uma sociedade cujos conflitos pretenda resolver e que nele será necessariamente replicada. Noutros termos, a crise social e a subseqüente carência de meios estruturais (tal como um corpo de peritos adequado ou grade curricular universitária inadequada) afetarão indistintamente meios tradicionais e alternativos de facilitação de conflito.

¹⁵ Os autores ainda assinalam que, na Bulgária e na Romênia, por meio, respectivamente, do *Bulgarian Mediation Act/2004* e do *Romanian Mediation Act. 192/2006*, adotaram-se medidas estimuladoras à mediação, inclusive com a concessão de incentivos financeiros.

¹⁶ Para maior aprofundamento sobre a crise do processo e do Direito, vide PAULO JUNIOR (2005).

¹⁷ Sintomática a publicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos de sua *Resolución* n.º 3/2020 sobre "*Acciones diferenciadas para atender el atraso procesal en procedimientos de Solución Amistosa*" (disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-3-20-es.pdf>>. Consultado em: 30 jul. 2020).

Não é por outra que a mediação colaborativa individual e os demais meios de resolução de conflito possuem natureza não apenas interdisciplinar, mas sim – e muito além – transdisciplinar¹⁸. Não é, pois, demasiado antecipar que a impropriedade curricular das faculdades de Direito e a carência de especialistas em apoio aos operadores de direito em demandas complexas não têm por única vítima o processo, mas também infligem indistintamente danos à eficiência dos meios de resolução de conflito.

Bem mais, fica tal debilidade aprofundada quando no campo da mediação, por somar-se à crítica intrínseca ao treinamento ambivalente de facilitadores quanto ao uso de manipulação ou coerção. Tomasic e Feeley (1982) já há muito criticavam a contradição entre os disputantes construírem a própria solução e a responsabilidade do facilitador de manobrar os assistidos rumo a um acordo.

O treinamento prático ofertado pelas principais instituições acadêmicas nesta área oscila entre identificar a facilitação como uma técnica ou uma arte, mas admite sempre que a intuição deve fazer parte do acervo de instrumentos do facilitador – onde reside ácida crítica por Frederick (2005), em sua pesquisa pela Universidade de Yale, ali demonstrada a falibilidade da intuição de forma consistente¹⁹.

Nesta baila, ao passo que o facilitador é encorajado a confiar em sua intuição, sólidos estudos de economia do comportamento recomendam o inverso: é preciso, sem cinismos, desconfiar daquilo que vem como intuitivo (ARIELY, 2012b)²⁰.

Tampouco restam ileso às críticas dos autores acima nominados os facilitadores e seus limites socioculturais, não se podendo cientificamente atestar que sejam mais apropriados que os juízes que presidem as ações afins. Tomasic e Feeley (1982) qualificam mediadores como “estranhos”, cujos valores e experiência de vida são desconhecidos – o que indicaria o uso institucionalizado da mediação como excepcional.

A latere, críticas ácidas se tecem quanto ao paradoxal fato de inúmeras iniciativas de desjudicialização de conflitos se darem a partir das Cortes, constituindo, em reflexo,

¹⁸ H. Danesh e R. Danesh (2012) assim escreveram: “Clearly, it (the field of conflict resolution) is an interdisciplinary field, but it is also more than that [...] Because conflict not only has a unique presence and is distinct in a number of fields of knowledge – such as physics, biology, psychology, sociology, law, political science – but also has common elements in all its formulations, it might be better to think of conflict resolution as a transdisciplinary field. It denies the borders that modernity has imposed on knowledge, but not simply by being between (interdisciplinary) existing borders. It also transcends those borders, drawing upon and integrating knowledge and practices from across borders, and thus in important ways calls for a redrawing of the knowledge map.”

¹⁹ Frederick (2005) oferta alguns exemplos de testes contraintuitivos: “A bat and a ball cost \$1.10 in total. The bat costs \$1.00 more than the ball. How much does the ball cost? / If it takes 5 machines 5 minutes to make 5 widgets, how long would it take 100 machines to make 100 widgets? / In a lake, there is a patch of lily pads. Every day, the patch doubles in size. If it takes 48 days for the patch to cover the entire lake, how long would it take for the patch to cover half of the lake?” Se a resposta foi dada intuitivamente, sugere o autor que se refaçam calmamente seus cálculos: a resposta da primeira é \$0,05 (e não \$0,10!); a segunda, 5 minutos (e não 100!); a última, 47 dias (e não 24!). Consistentemente falha a resposta intuitiva.

²⁰ Neste mesmo sentido: “We realize that our recommendations run counter to the implicit trust and confidence that many of us have in our intuition. However, the data is clear: with the use of intuition comes the potential for significant psychological biases that lead to irrationality. By accepting this gift, you can learn to overcome bias and think more rationally during your most important negotiations” (PROGRAM ON NEGOTIATION OF HARVARD LAW SCHOOL, 2013).

muitas vezes uma singela “roupagem nova” de meios não mais alternativos em sua essência (TOMASIC e FEELEY, 1982). Continente novo com conteúdo antigo.

Bem pior, em muitos países onde se abraçou a resolução consensual de conflitos, verifica-se uma gradual captação deste movimento – por advogados, pelo Poder Judiciário ou outros grupos organizados. Danesh *et al* (2012) entreveem nisto a distorção de um movimento inspirado no desejo substantivo e comunitário de criar justiça social, equidade e paz, impondo preocupações rituais e de eficiência, próprias da subcultura jurídica²¹.

Adrede, em estudo acerca do motivo pelo qual a mediação era preferida à Corte, revelou-se que a impropriedade desta e não a propriedade daquela era o que influenciara os envolvidos (TOMASIC e FEELEY, 1982). Noutras palavras, não os méritos da facilitação, mas os deméritos do rito judicialiforme afastavam os jurisdicionados dos Tribunais, a trazer a lume os limites da mediação. E tal constatação descortina um notável problema que qualquer cientista do Direito há de enfrentar: entre o vale das imperfeições e o cume das conquistas, não é simplório avaliar qual dos caminhos – clássico ou alternativo – trilhar.

Problema tangencial aos demais é a precariedade da empíria no Direito. Ariely (2012a) indica como erro capital em qualquer análise de comportamento a teorização anterior à aquisição de dados²².

Há quem advogue que há sim dados estatísticos categóricos da superioridade qualitativa dos meios alternativos, relembrando o hercúleo esforço envidado pelo *International Institute For Restorative Practices* (I.I.R.P.) para coletar dados concretos sobre os benefícios da adoção da Justiça Restaurativa (HEIERBACHER, 2012²³).

²¹ Aliás, exigências de celeridade da Justiça provocam, por certo, impactos negativos na mediação. Vale a advertência: “A time-limited mediation suggests a more directive style may be necessary on the part of the mediator. This means the mediator takes a more active role in guiding and moving the process and the communication, but still leaving control over the substance and outcome to the parties” (JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA, 2007).

²² Tomasic e Feeley (1982) assim escreveram: “The lack of adequate cost data is particularly unfortunate with respect to essentially comparable processes, such as litigation and arbitration. Assuming for the moment that arbitration would produce results as acceptable as litigation – a premise that is even more difficult to verify – would cost considerations justify the transfer (at least in the first instance) of some entire categories of civil litigation to arbitration, as has been done in some jurisdictions for cases involving less than a set amount of money? [...] The deficiency of sophisticated data concerning the costs of different dispute resolution processes also extends to the factor of speed.”

²³ “It is true that quantitative measurement hasn’t been a strong suit of the field. It is also true that some of the most significant impacts, such as policy changes, are inherently difficult to quantify. But at this point, enough scholarly research and evaluative work has been done that is possible to pull together a concise statistical glimpse of the kinds of things these projects accomplish. Matt Leighninger, executive director of the Deliberative Democracy Consortium (an NCDD organizational member) has done just that! The DDC fact sheet “Deliberation by the Numbers” is available on the DDC website. On this 3-page document, Matt lists quantifiable results from reports of deliberation projects and surveys, with the sources to the right. A few notable examples: 94% either strongly agreed or agreed that the process would result in better decisions about the city’s budget and goals (Community Forum on Budget Priorities in Bell, CA, Amsler 2012); External political efficacy (the extent to which people feel that government is responsive to their interests) increased by 31% (“United Agenda for Children,” Charlotte, NC, Nabatchi 2007); 75% of the communities report that since the project, decisions about what happens in the community involve more people; 77% report that there are now more partnerships among local community organizations (“Horizons” seven-state project in the Northwest, Morehouse 2009).”

A despeito desta valorosa iniciativa, fato é que substancialmente ainda se restringe a campos tais como o do “*SaferSaner Schools*” em poucos países (Estados Unidos, Canadá e Inglaterra), sendo temeroso, sem cautelas e ajustes, extrapolar conclusões daí extraídas para outras áreas sequer tangentes e de natureza dispar.

Ante a ausência de dados empíricos seguros, questiona-se se o elevado “nível de satisfação” dos mediandos entrevistados, superior ao anotado por partes de processos judiciais, atém-se única e simplesmente ao grau de envolvimento emocional e psicológico dos envolvidos nesta alternativa²⁴.

E não pode ser menosprezada a influência das expectativas sobre tal campo. Ariely (2012b) rememora ramificações curiosas deste mecanismo psicológico que tanto afeta nossas decisões. Em um experimento em que um novo sabor de cerveja era oferecido e avaliado por clientes escolhidos ao acaso em bares, avaliações foram amplamente favoráveis quando antecedidas por sugestivas (e irreais) descrições do produto e, ao revés, duramente pejorativas quando esclarecido que o novo ingrediente era uma generosa dose de vinagre. A experiência foi reproduzida em restaurantes onde pratos continham ingredientes exóticos com resultados semelhantes. Noutro experimento, mediou-se o grau de satisfação de transeuntes ao ouvirem um músico de rua e os de ouvintes de um espetáculo de gala com um célebre violinista, obtendo o último avaliação imensamente mais favorável do que o primeiro, a despeito de, pasme-se, o músico ser o mesmo nas duas situações. Noutro experimento em que se buscava entender o motivo pelo qual medicamentos genéricos produzem efeitos inferiores aos de marcas tradicionais, divulgou-se o mesmo medicamento a preços ora irrisórios, ora absurdamente elevados, obtendo, como era de se esperar, avaliações melhores pelos que inadvertidamente pagaram mais pelo mesmo²⁵.

Em todos os casos, com consistência perturbadora, a expectativa prévia influenciava a avaliação final. E assim também há de ser com aquelas pesquisas qualitativas, cuja credibilidade, portanto, deve ser contextualizada.

Fato é que o efeito placebo, estudado há décadas por profissionais da área biomédica, deturpa avaliações de acordo com expectativas, impactando não apenas o etéreo mundo dos pensamentos, mas também o corpo físico, o metabolismo, a saúde, em uma clara demonstração da importância das expectativas em e para nossas vidas.

²⁴ “Our first reaction to mediation is that mediation’s capacity to produce positive results is more a function of the level of emotional investment than of the subject of a dispute (...) it does seem to us that mediation is more successful in family than neighbourhood disputes, in landlord-tenant than consumer disputes, in dog bite than assault cases. The difference, rather, is between those cases where problems lie close to the surface, on the one hand, and, on the other, disputes that reflect personal scripts, psychic pre-dispositions or social conditions that have become part of an ingrained response to the dispute or the other disputant.” (TOMASIC e FEELEY, 1982, p. 242-246).

²⁵ “[...] not only that beliefs and expectations affect how we perceive and interpret sights, tastes, and other sensory phenomena, but also that our expectations can affect us by altering our subjective and even objective experiences – sometimes profoundly so. [...] 2 mechanisms: beliefs and conditioning (the body builds up expectancy after repeated experiences and releases various chemicals to prepare us for the future) [...] Almost all our participants experienced pain relief from the pill. But when the price was dropped to 10 cents, only half of them did. [...] Most commonly, the patient expects to walk out with a prescription. It is right for the physician to fill this psychic need?” (ARIELY, 2012b).

Não se trata apenas de se entrever a finitude ontológica dos instrumentos consensuais em si. O amplo território em que a medição reina soberana encontra fronteiras inerentes à sua própria topografia. Mapeiam-se, em cada método de facilitação, obstáculos que lhe são naturais, alguns intransponíveis.

Voltando-se os olhos à mediação (colaborativa)²⁶⁻²⁷, várias pedras já foram contra estas jogadas. Já houve, como dito, quem decretasse a morte da neófitia técnica²⁸, enxergando novas linhas de facilitação que haveriam de sucedê-la, superando seus tantos limites. Tomasic e Feeley (1982) elencam “mitos” sobre a mediação: 1- é capaz de lidar com as raízes dos problemas; 2- melhora a capacidade comunicativa dos litigantes; 3- mediadores não são estranhos aos disputantes; 4- mediação não usa coerção; 5- os mediadores resolvem os problemas por si mesmos; 6 – acesso facilitado ao sistema legal; 7- mediadores preferem mediação às cortes; 8- reforça-se o senso de comunidade; 9- mediadores, ao contrário de juízes, pertencem à comunidade e compartilham seus valores; 10- mediação reduz tensão na comunidade; 11- a formação de mediadores não exige longo treinamento; 12- mediação não é burocratizada; 13- adequada a um grande leque de conflitos; 14- mais rápida que a adjudicação; 15- custa menos; 16- mais justa; 17- reduz volume de demandas judicializadas; 18- mais efetiva na redução de reincidência conflitual.²⁹

Se, por um lado, a tese basilar colaborativa de que há sempre um interesse maior a fundamentar posições menores, com a visibilidade destas contrapondo a sutil presença daquele, mostra-se frágil, ante a constatação de que, ainda quando o interesse venha a ser desvendado e até atingido, o conflito muitas vezes possui desdobramentos demasiadamente complexos para uma simplória sessão de mediação descortinar verdadeiramente o que move uma pessoa em conflito³⁰.

²⁶ Assim entendido o método delineado por URY e FISHER (1992), em que, em síntese bastante simplificada, buscam-se construir soluções a partir de interesses e não posições, separando os problemas das pessoas, com valorização da relação entre estas e busca de critérios objetivos para construção conjunta de soluções, tendo por baliza negocial o B.A.T.N.A. (“best alternative to a negotiated agreement”).

²⁷ Conquanto a palavra “mediação” possa remeter ao método colaborativo individual, adota-se aqui acepção mais ampla, isto é, de negociação assistida por terceiro – o que suplanta um ou outro método. Neste sentido, no ordenamento norte-americano, o “Uniform Mediation Act”, item (1): “Mediation means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute”. Assim, mediações colaborativa, transformativa, narrativa, circular, constelar, por artes expressivas, unitária, entre outras, são aqui tidas como espécies do gênero “mediação”, cada qual com características próprias e distintas entre si.

²⁸ “The End is Coming! Brothers and sisters, mediators and facilitators, consensus-builders and collaboration gurus: let us gather down by the river. We have much to discuss, not the least of which is that the end of mediation is upon us. In the words of William Butler Yeats, ‘Things fall apart; the centre cannot hold.’” (ADLER, 2009).

²⁹ Contraponha-se isto ao entusiasmo de Skinner (2010), que lista as vantagens: 1- mediação mantém o controle junto aos disputantes; 2- discricão; 3- custa menos; 4- pacifica realmente a lide; 5- salva relações; 6- acompanha o ritmo das partes; 7- permeável à criatividade; 8- permite transparência posicional; 9- lida com as raízes do problema; 10- é de baixo risco.

³⁰ “Naive understanding of conflict – if special consideration is given to these causes, the conflict can be resolved by an agreement; if the agreement is followed, the social relations will function well and without conflict (...) We do not mean to imply that the universe of interpersonal disputes is split into practical and deep problems and that any fool can easily tell the difference. On the contrary, practical problems may have complicated strands, deep problems can sometimes be helped with surface adjustments, and at the margins one type of problem shades gradually into the other.” (TOMASIC e FEELY, 1982).

Acresça-se a impropriedade de se buscar mediar colaborativamente conflitos monocêntricos, isto é, aqueles em que um bem escasso constitui, de fato, o objeto da disputa, inadmitindo solução outra em que não haja um vencedor e um perdedor (por exemplo, uma disputa eleitoral para uma única cadeira no Legislativo).

Tudo se torna ainda mais complicado pela constatação de que policentrismos e monocentrismos não são cirurgicamente identificáveis. Não é possível, sempre com alto grau de precisão, separar uns dos outros. Mais do que preto ou branco, há incontáveis tons de cinza. Embora, por vezes, ao disputarem uma laranja, uma parte queira a casca para o bolo e a outra, o sumo para o suco, tantas e tantas vezes as partes desejaram somente e tão somente a mesmíssima coisa, tal como a última boia lançada ao mar para salvar a vida de apenas um dos náufragos.

Some-se a isto tudo a dificuldade de se divisarem entre si interesses e justificadores, que se confundem (e levam à confusão) em profusão, não havendo linha nítida que os divida, a desafiar a percepção arguta dos mediadores e negociadores colaborativos. Neste sentido, justificadores, embora originados de interesses, desvirtuam-se para entrincheirar posições³¹.

Noutro bordo, quando nos extremos de uma situação de conflito, entre o insignificante atrito rotineiro facilmente contornável ou o embate violento ou criminoso, a mediação mostra-se imprópria. Estudos estatísticos demonstram a ineficácia da mediação em face de causas gravíssimas, com acordos usualmente violados³²⁻³³.

Ademais, conflitos em que uma ou ambas as partes estejam intoxicadas ou incapacitadas (por psicopatias graves, por exemplo) são absolutamente incompatíveis com tais meios alternativos, tal como advertem Felstiner e Williams (1978).

Outra ácida crítica que se tece contra a mediação é a de que esta seria imprópria para conflitos em que as partes não apõem qualquer valor ao elo que as une. Assim, ao passo que a mediação serve para melhorar relações, tal ganho, se desprezado pelos envolvidos, não traduzirá qualquer vantagem ou incentivo para que tal meio alternativo seja adotado. Ury e Fischer (1992) afirmam que, quando o custo de explorar interesses é alto demais e cada lado já está protegido por oportunidades competitivas, simplesmente negociar com base em posições pode funcionar satisfatoriamente.

De igual modo, situações em que se anotam abusos relacionais são inadequadas aos meios alternativos. É mesmo essencial que, em protocolo de triagem à mediação, se verifique se hostilidades ou agressões pretéritas permitem a facilitação, inclusive sob o ponto de vista de integridade física dos envolvidos. Girdner (1990) adita que, por conta de medo ou negação, uma sessão de mediação conjunta entre ofendido e ofensor pode ser trágica, ainda que se alcance um acordo. Com uso de atos tão sutis de revitimização que passem eventualmente despercebidos pelo mediador, a aparência

³¹ Justice Institute of British Columbia, 2012.

³² Tomasic e Feeley, 1982.

³³ Notável exceção à regra parecem ser as *Gacaca Courts*, frutos de experiência única de Rwanda, onde se deu aplicação exitosa de processo circular restaurativo a incidentes com violências humanitárias gravíssimas (HASKELL, 2011).

de consensualidade entre os envolvidos pode simplesmente travestir um acordo abjeto fundado, na verdade, em coerção e submissão, em subversão metodológica.

A dinâmica própria da mediação colaborativa individual também possui um flanco aberto ao fenômeno psicológico conhecido como “*groupthink*”³⁴ (quando, em um grupo de pessoas, o desejo por vezes inconsciente de harmonia torna turva a análise realista de alternativas, levando à desastrosa escolha coletiva, com custos negativos primários de perda de criatividade individual, originalidade e independência de raciocínio).

Sobre esta fenomenologia, Page (2007) anota que o compartilhamento de perspectivas em um grupo pode ser tão útil quanto desastroso: embora seja contraintuitivo, a adoção por todos os integrantes de um grupo das “melhores ideias” de apenas alguns (por reconhecimento de sua superior qualidade, ou, pior, por rasa imitação – “*mimicking*” –, insegurança, necessidade de pertencimento ou qualquer outro subgatilho da complexa psique humana) pode ceifar a filtragem crítica do produto final idealizado coletivamente, com sacrifício de criatividade e diversidade de pensamento.

McCormack (1989), entusiasta do modelo adversarial, já há muito alertava que “[*something*] happens to people’s skepticism when they’re gathered in a room with the stated goal of achieving consensus”, como se uma espécie de euforia coletiva fizesse ressonar a opinião cunhada coletivamente, insustentável diante da realidade, em suspensão de julgamento crítico mais rasteiro.

Outra força oculta age em desfavor das partes que usam a mediação: a aversão humana a perdas. Em uma simplória definição, um recorrente estado psicológico pelo qual o ser humano, ao ter como seu algo tangível (como um carro) ou intangível (como o sucesso de uma mediação), buscaria inconscientemente evitar sua dolorosa perda. Ariely (2012a), lembrando que a descoberta de tal fenômeno rendera a Danny Kahneman nada menos que o prêmio Nobel de Economia de 2002, assinala que a aversão a perdas traduz a ideia contraintuitiva de que a miséria de uma perda é maior que a alegria de um ganho idêntico.

Lherrer (2012) e Kahneman (2011) fazem referência a testes aplicados a médicos nos Estados Unidos, da renomada *Harvard Medical School*, em que o mesmo quadro clínico de um paciente era descortinado ora sob aspectos de perda (morte), ora sob aspecto de ganhos (sobrevivência), em alternativas de tratamento que se mostravam diametralmente opostas. E, de forma algo previsível, os profissionais majoritariamente optavam por alternativas diametralmente opostas de acordo com o risco de perda ou a chance de sobrevivência, embora, matematicamente, estas se equivalessem e pudessem ser calculadas em um breve segundo³⁵. É o chamado “*emotional framing*” (em interpretação livre, “*emolduramento emocional*”).

³⁴ “*Groupthink is a psychological phenomenon that occurs within groups of people, in which the desire for harmony in a decision-making group overrides a realistic appraisal of alternatives. [...] The majority of the initial research on groupthink was performed by Irving Janis, a research psychologist from Yale University. In an influential 1972 book, his original definition of the term was ‘A mode of thinking that people engage in when they are deeply involved in a cohesive in-group, when the members’ strivings for unanimity override their motivation to realistically appraise alternative courses of action.’* (JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA, 2007).

³⁵ Kahneman (2011) assim detalhou: “*Physician participants were given statistics about the outcomes of two treatments for lung cancer: surgery and radiation. The five-year survival rates clearly favor surgery, but in the*

E não se trata, nem de longe, de uma força isolada. De fato, há muitas outras que moldam, em complexa interação, nossas decisões. Peters e Waterman (1982), em pesquisa das práticas em excelência das melhores empresas americanas, pontuam que a organização racional empresarial conflita com o fato de as pessoas não serem racionais, sujeitas ao que se denomina de “erro de atribuição” (em uma equivocada autoavaliação de habilidades, o sucesso decorre de atos próprios e o fracasso, apesar deles). Em termos corporativos, empresas bem sucedidas são assim percebidas por sua gestão atual e não por fatores pretéritos (quiça já inexistentes) ou por atos alheios, em uma miríade de causas insondáveis e aleatórias.

Tantas outras forças psicológicas ocultas poderiam ser e usualmente são elencadas como obstáculos a qualquer modelo de deliberação, afetando o modo pelo qual nós, seres humanos, decidimos. Calamandrei (2000) como sempre antecipava:

Na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo severo, consegue escapar?

Se tudo antes não bastasse, a mediação colaborativa (aí incluída a construção colaborativa de consenso) sofre críticas também por implicitamente adotar, sem ressalvas, a ideia de que qualquer decisão tomada por mais de uma pessoa seria superior à tomada isoladamente por esta³⁶.

A falibilidade desta ideia ficou evidenciada em “Garry Kasparov contra o Mundo”, jogo de xadrez realizado em 1999, através da rede mundial de computadores, em que Kasparov, com as peças brancas, enfrentou cerca de 50.000 internautas, de mais de 75 países, que decidiam o movimento das peças pretas pela maioria de votos. Após 62 jogadas, o mestre enxadrista venceu (NALIMOV, WIRTH e HAWORTH, 1999).

Mina (2012) resiste à ideia de que a maioria estaria sempre certa, pedra angular da democracia baseada em números (de votos para alcançar a maioria). Sua proposta de uma revolução democrática lastreada em conhecimento pressupõe a inoportunidade de acordos pré-votação pela e para a maioria, compartilhando conhecimento com

short term surgery is riskier than radiation. Half of the participants read statistics about survival rates, the others receive the same information in terms of mortality rates. The two descriptions of the short-term outcomes of surgery were: 'The one-month survival rate is 90%; There is 10% mortality in the first month'. You already know the results: surgery was much more popular in the former frame (84% of physicians chose it) than in the latter (where 50% favored radiation)''.

³⁶ Page (2007) desafia tal noção, sustentando, ao revés, ser sim cientificamente comprovável que decisões tomadas por grupos superam em qualidade de indivíduos ou grupos com menor diversidade, ainda que com maior quociente de inteligência (Q.I.). Em igual sentido, Corcoran (2011), para quem a riqueza de diversidade do grupo lhe permite decisões e comportamentos qualitativamente superiores.

e da minoria, permitindo-se, pois, a todos a construção coletiva de uma solução qualitativamente superior.

E a distorção matemática usualmente vitimiza votações. Pela combinação matemática de inúmeros votos em cenários diversos, nem sempre a maioria obtém o que a maioria deseja. Por meio de votação estratégica, pode ser subvertida a vontade majoritária. Esta conclusão contraintuitiva, que se chamou de “teorema da impossibilidade”, levou à láurea do prêmio Nobel, segundo o paradoxo de Arrow (1951), quando eleitores possuem três ou mais distintas alternativas, uma votação sem graduação de preferência pode converter subpreferências individuais em preferências primárias coletivas, sem que, de fato, o sejam.

Em um exemplo simplório, se perguntarmos a um grupo de dez pessoas o sabor preferido de sorvete, dando-lhes a oportunidade de votarem em três sem explicitarem grau de preferência, a votação poderá ser subvertida. Por exemplo, mesmo chocolate sendo o sabor por qual nove sejam loucamente apaixonados (com a exceção de um votante que o excluiu de suas opções), morango pode ser a escolha majoritária, se posto como (distante) terceiro por todos, ainda quando somente lá estivesse pela indiferença para com os demais sabores ou quaisquer outros (simplesmente para não deixarem uma opção em branco). E o mesmo pode ocorrer, por evidente, em eleições plurinominais para Procurador-Geral de Justiça³⁷.

A suposta vantagem de tais meios alternativos trazerem à mesa opções para além daquelas que individualmente elucubrassem as partes tem sido alvo de questionamentos à luz do “paradoxo da escolha”. As pessoas são oprimidas por escassez de escolhas, mas também por sua superabundância (FROMM, 1941). Schwartz (2004) aduz que o excesso de escolhas não traz psicologicamente maior liberdade de fazê-las, na medida em que a riqueza de informações gera pobreza de atenção. Lherrer (2012) reverbera tal tese contraintuitiva de que mais informação não é necessariamente melhor, mesmo diante de nossa limitação cerebral cognitiva³⁸.

Por fim, a mediação individual ontologicamente se mostra insuficiente para tratar de temas coletivos. Tofler (1980), já há décadas, afirmava categoricamente que o método individual de mediação era concebido na escala errada, incapaz de lidar adequadamente com problemas transnacionais, inepto para cuidar de problemas inter-relacionados, inútil para dar conta de altos níveis de diversidade, sendo obsoleto diante da tecnologia.

Inobstante tudo isto, a mediação colaborativa em larga escala também padece de limites que lhe são intrínsecos e que não são poucos.

³⁷ Paulo Junior (2015).

³⁸ *“When making decisions, people almost always assume that more information is better [...] but it’s important to know the limitations of this approach, which are rooted in the limitations of the brain. The prefrontal cortex can handle only so much information at any one time, so when a person gives too many facts and then asks it to make a decision based on the facts that seem important, that person is asking for trouble. (...) this is the danger of too much information: it can actually interfere with understanding. When the prefrontal cortex is overwhelmed, a person can no longer make sense of the situation. [...] sometimes, more information and analysis can actually constrict thinking, making people understand less about what’s really going on.”*

Susskind e Cruikshank (2006), criadores do método de construção colaborativa de consenso ("*Consensus Building Approach*"), reconhecem que há temas que simplesmente não permitem a construção de consenso. Afora obstructionistas poderem concretamente impedir o sucesso da empreitada, anotam-se obstáculos estruturais e externos ao modelo: alguns temas estão ligados a crenças fundamentais dos envolvidos, não sendo adequada a mediação coletiva; outros, envolvem discussões tão acaloradas que se inviabiliza a discussão coletiva até que os ânimos se aplacem; alguns simplesmente não justificam o custo do esforço coletivo, seja pelo tempo, recursos ou a incerteza de sua eficácia pontual. Tudo sem mencionar a tendência da mídia em abordar negativamente o método de diálogo em massa e a preocupação de um resultado não ser admissível diante da lei.

Também há quem enxergue enormes dificuldades práticas de evitar que um grupo com centenas de pessoas alcance o estágio de *performing*, permanecendo, no mais das vezes, em interminável e cíclico *storming*, com saída e entrada constante de novos atores, a impedir a melhor performance metodológica³⁹.

Há quem não poupe mesmo a inflexibilidade ideológica dos que sustentam ser sempre a mediação ou a construção de consenso a primeira alternativa a se pensar, devendo ser descartada somente quando inepta – adjetivam a participação obrigatória como uma tirania travestida (COOKE e KOTHARI, 2001). "Participação" passa a ter conotações políticas das mais variadas, impondo-se mediante força tecnocrata – pelo que deveria sofrer resistência e não receber invariavelmente acéfalos adesões.

Inúmeros autores ponderam a respeito da perda inútil de tempo, recursos humanos e financeiros para se apor o epíteto "participativo" a conflitos cujo objeto se atém a demandas repetitivas a que são aplicados princípios universalmente adotados em um número considerável de casos idênticos.

Crítica angular é ainda tecida quanto à suposta racionalidade do processo decisório em que se fundam os métodos consensuais. Isto porque a irracionalidade humana é previsível. Ariely (2012b) põe em dúvida o modelo econômico racional, na medida em que comportamentos irracionais não são aleatórios, mas sim sistemáticos e esperados, deflagrados por gatilhos cerebrais e psicológicos que deixam pouco espaço para além das falíveis ferramentas naturais de nossas mentes. Emoções irracionais moldam nossas decisões.

Segundo o S.M.O.R.C. ("*Simple Model of Rational Crime*"), crimes, decisões e desvios de conduta ocorreriam de acordo com uma análise racional de custo e benefício. Em termos psicológicos corriqueiros, o custo (punição) haveria de ser menor que o ganho a nosso próprio favor. Ocorre que, em pesquisas recentes conduzidas para justamente desafiar tal festejado modelo, tem comprovado sua falibilidade.

³⁹ Segundo Tuckman (1965), a dinâmica de grupo se fragmenta em etapas de *forming*, *storming*, *norming* e *performing* (e ainda, *adjourning*). As duas primeiras etapas apresentam baixa produtividade, na medida em que o grupo se amolda e apara arestas, normalizando as interações interpessoais na terceira etapa e apenas atuando em seu estado ótimo na quarta etapa. É dizer: quanto mais rapidamente a coletividade evolui para a última etapa, melhor é seu desempenho.

Ariely (2012c), em sua pesquisa comportamental sobre a desonestidade, desafia aquele modelo: *“Moreover, the results showing that the level of dishonesty is unaltered in the probability of being caught makes it even less likely that the dishonesty is rooted in a cost-benefit analysis.”* O fato de que as pessoas tendem a trapacear quando lhes é dada a oportunidade sugere que as forças que governam nosso processo decisório (e nossa honestidade) são muito mais complexas do que aquele simplório modelo racional.

Susskind e Cruikshank (1987), compreendendo o papel fundamental e o impacto irracional de emoções de partes em conflito, sugerem que os participantes precisam reconhecer que suas emoções podem quebrar a lógica decisória, como na armadilha do *one-dollar-auction*⁴⁰.

Lherrer (2012), embora conferindo imensa racionalidade a emoções, atesta a sua influência involuntária e muitas vezes inconsciente em atos diários, simples ou complexos. Todavia, conclui, com lastro no famoso caso clínico do paciente Elliott⁴¹, que emoções são parte essencial de nossas decisões.

Por sua vez, Leighninger (2006) acrescenta que a maioria dos esforços cívicos para construção de diálogo e consenso usualmente falham em atrair participantes, por terem agendas predefinidas e baseadas em estereótipos cívicos. Quase todas as iniciativas enfrentam carência de recrutamento de pessoal e diversidade socioétnica, sobrecarregando e ciclicamente perdendo seu próprio grupo de colaboradores mais próximos.

Tudo sem falar em falta de estrutura física ou financeira para longos termos, com desengajamento crônico e crescente ao longo da construção consensual⁴². Não se pode ficar alheio ao fenômeno do *“socialnomics”*, com a rotina de salas quase vazias de audiências públicas em contrapasso a vídeos virais como o do *“Where the Hell is Matt?”* cujo conteúdo se reduz a uma desengonçada dança executada por

⁴⁰ *“In this experiment, the researcher announces to the test group that he intends to auction off a dollar bill to the highest bidder. He also establishes 4 seemingly innocuous ground rules. First, bidding must be proceed in ten-second increments. Second, the highest bidder will win the dollar, but the second-highest bidder must pay the auctioneer the amount of his or her losing bid. Third, bidders are not allowed to communicate with each other during the course of the auction. Fourth, the auction is over when a minute passes without a new bid being made. [...] now, there are bidders not only with an investment in winning, but also with a stake in not losing. [...] how is this relevant to public dispute resolution? The participants in the auction were ‘trapped by choice.’”*

⁴¹ *“Patient ELLIOT- neurologist Antonio Damasio - a few months earlier, a small tumor had been cut out of Elliot’s cortex, near the frontal lobe of his brain. [...] Elliot felt nothing. How grotesque or aggressive the picture, his palms never got sweaty. He had the emotional life of a mannequin. This was a completely unexpected discovery. At the time, neuroscience assumed the human emotions were irrational. A person without any emotions – in other words, someone like Elliot – should therefore make better emotions. His cognition should be uncorrupted. [...] What, then, had happened to Elliot? Why couldn’t he lead a normal life? To Damasio, Elliot’s pathology suggested that emotions are a crucial part of the decision-making process. When we are cut off from our feelings, the most banal decisions became impossible. A brain that can’t feel can’t make up its mind. [...] From the perspective of the human brain, Homo sapiens is the most emotional animal of all. [...] The process of thinking requires feeling, for feelings are what let us understand all the information that we can’t directly comprehend.”*

⁴² Meslin (2010), após discorrer sobre os obstáculos práticos e conjunturais para que a colaboração se concretize, oferece seu “antídoto para a apatia” para um efetivo engajamento, entretendo como caminho possível ao maior entusiasmo cívico o empoderamento individual, com iniciativa independente de chamado alheio e simplificação de representatividade.

Matthew Harding, com mais de 60 milhões de espectadores, por todos os cantos do mundo (HARDING, 2008).

E também há finitudes dos novos meios tecnológicos para engajamento virtual em massa. Nem mesmo a mais inovadora tecnologia criada na mídia social está livre de limites ou problemas. Anonimato, baixa densidade comunicativa, assimetria espacial, assincronia, falta de estrutura dialógica (seja da plataforma, seja de quem abre o diálogo e não dispõe de pessoal ou recursos suficientes) são apenas alguns dos muitos percalços enfrentados com deliberações *online* (BLACK, 2011).

A complexidade desta nova realidade se descortina para todos, inclusive os operadores do Direito, sendo emblemático o vídeo "*Social Media Video 2013*" (QUALMAN, 2013), cuja visualização faz enxergar a revolução nada silenciosa que toma de assalto diariamente todos os cantos da vida e do planeta. Esta revolução é ali retratada, de forma sintética e arguta, traçando um panorama desconfortante para os que ainda não se deram conta que é hora de largar a caneta tinteiro e abraçar, não sem atraso, os novos instrumentos disponíveis de interação dialógica.

Bittle *et al* (2009) vislumbram também aqui fenômenos psicológicos que alteram substancialmente o conteúdo da discussão virtual. Quando se admite que usuários submetam suas ideias ao crivo coletivo e simultaneamente votem em soluções, o julgamento decisório já começaria comprometido. Estatisticamente, ideias submetidas nos primeiros dias de votações virtuais tendem a ser mais visíveis e obter mais votos, permanecendo no topo, ainda quando não sejam qualitativamente superiores ou mesmo verdadeiramente apreciadas pela maioria. Ainda, ideias similares, mas que sejam votadas em separado, podem dividir entre si o quantitativo de votos recebidos, sofrendo a aparência de menor receptividade do que realmente teriam em conjunto ou se uma delas excluídas da votação.

Comum a todos, aliás, está o fato de que a dinâmica de poder em que estão inseridas e que deve ser enfrentada é tudo menos pueril ou simplória. De acordo com Balmer (2012), "[a]ltering power imbalance and addressing power dynamics in a mediation process require that the mediator be able to detect and understand how power manifests itself". Fiss (1984) já há muito lançara objeções contra o uso de *alternative dispute resolution*, sob o argumento central da (ausência de) qualidade do consentimento para a celebração de um acordo pautado especialmente num desequilíbrio de forças (econômica, habilidade negocial) entre os participantes do processo, como produto de coação.

4. Conclusões

Conclui-se que os métodos consensuais de resolução de conflito não guardam consigo solução única infalível para todo e qualquer conflito. Há sim limites aos meios alternativos de resolução de conflito, que, longe de simplórios, são profundamente complexos, sujeitas até mesmo suas bases ontológicas a críticas ácidas e incisivas. A percepção de que a *adequate dispute resolution* seria, sob quaisquer destes aspectos, inexpugnável é de todo irreal, como demonstrado na revisão bibliográfica levada aqui a cabo.

Nada disto, porém, afasta a constatação igualmente importante de que meios consensuais não podem ser descartados enquanto parte integrante e complementar de um todo, de um sistema de resolução de conflito⁴³. A simplória exclusão de meios alternativos por conta de sua falibilidade deveria levar também e por igual motivos à ceifa dos meios judiciais clássicos.

Perfeição não há em nenhum destes. Ao revés, a “polifonia de abordagens”, em mais uma feliz expressão por Duarte e Iorio Filho (2017), é que torna mais rico o sistema resolutivo, que deve comportar, de acordo com o conflito em foco, um meio adversarial ou consensual que lhe seja mais adequado.

Não deve ser a mediação a única via ou sequer obrigatória (WALKER e BELL, 2000). Não se amolda o problema ao método, mas o método ao problema (DANESH *et al*, 2012). Segundo Gewurz (2012), a variedade de meios de processamento de conflito, ainda quando nenhum destes seja infalível, reduz o grau de falibilidade do sistema de resolução de conflito. Noutras palavras, a soma das falibilidades das partes isoladamente consideradas é menor que o produto desta mesma soma, quando em conjunto.

Métodos consensuais de resolução de conflitos são imperfeitos. Inobstante, o sistema de resolução como um todo se torna menos falível, por contar com cada uma de suas variadas partes.

Referências bibliográficas

ADLER, Peter. The end of mediation: An unhurried ramble on why the field will fail and mediators will thrive over the next two decades! *Mediate*, abr. 2009. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm>>. Consulta em: 14 abr. 2020.

ARIELY, Dan. *The Upside Of Irrationality: The Unexpected Benefits of Defying Logic*. New York: Harper Perennial, 2012a.

_____. *Predictably Irrational – The Hidden Forces that Shape our Decisions*. New York: Harper Perennial, 2012b.

_____. *The Honest Truth About Dishonesty: How we lie to everyone – especially ourselves*. New York: Harper Collins Publishers, 2012c.

ARROW, Kenneth Joseph. *Social Choice and Individual Values*. New York: John Wiley & Sons, 1951, p. 111. Disponível em: <<https://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/mon/m12-all.pdf>>. Consulta em: 20 abr. 2020.

BALMER, Joan. *Dynamics Of Power*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2012.

BITTLE, Scott; HALLER, Chris; KADLEC, Alison. *Promising Practices in Online Engagement*. Center for Advances in Public Engagement. New York: Public Agenda, 2009. Disponível

⁴³ Neste mesmo sentido, *MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL* (2003).

em: <https://publicpolicy.pepperdine.edu/davenport-institute/content/pa_cape_paper3_promising_mech2.pdf>. Consulta em: 19 abr. 2020.

BLACK, LAURA. *The Promise And Problems Of Online Deliberation*. Ohio: Kettering Foundation, 2011.

CALAMANDREI, Piero. (tradução de Eduardo Brandão) *Eles, Os Juizes, Vistos Por Um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 397.

COOKE, Bill; KOTHARI, Uma. *Participation: The New Tyranny*. New York, US: Palgrave Macmillan Press, 2001.

CORCORAN, Rob. *Trustbuilding - An Honest Conversation On Race, Conciliation And Responsibility*. Virginia, US: University of Virginia Press, 2011.

DA FONSECA PINTO, Adriano Moura; DA SILVA JUNIOR, Sidney Rosa. Políticas públicas de mediação de conflitos em perspectiva comparada a Brasil e Espanha. *Revista Interdisciplinar de Direito*, [S.l.], v. 17, n. 2, p. 37-58, abr. 2020. ISSN 2447-4290. Disponível em: <<http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/815>>. Acesso em: 08 ago. 2020.

DANESH, Hossain B.; DANESH, Roshan. *Has conflict resolution grown up? Toward a developmental model of decision making and conflict resolution*. The International Journal of Peace Studies. Volume 7. 2012.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. In: CONPEDI/UFFS; Gustavo Silveira Siqueira; Antonio Carlos Wolkmer; Zélia Luiza Pierdoná. (Org.). *História do direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 1-23.

_____. Introdução - a mediação de conflitos como objeto E as suas várias vozes. In: *Mediações: práticas, discursos e reflexões* / [livro eletrônico]; Fernanda Duarte, Rafael Mario Iorio Filho, Ana Paula Faria Felipe. Delton Meirelles (Org.) — Niterói: PPGSD — Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2017. p. 174.

EUROPEAN PARLAMENT. Tampere European Council 15 and 16 october 1999. Presidency Conclusions. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020

FELSTINER, W. L. F.; WILLIAMS, L. A. (1978). *Mediation as an alternative to criminal prosecution: Ideology and limitations*. Law and Human Behavior, 2(3), 223–244. Reprint. Disponível em: <<https://doi.org/10.1007/BF01039081>>. Consulta em: 08 ago. 2020.

FISS, Owen. Against Settlement, 93 *Yale Law Journal* 1073-90, may 1984.

FREDERICK, Shane. *Cognitive Reflection And Decision Making*. Journal of Economic Perspectives, 2005, 19(4), 25-42.

FROMM, ERICH. *Escape From Freedom*. United Kingdom: Farrar and Rinehart, 1941.

GEWURZ, Ilan. *Re-Designing Mediation To Address The Nuances Of Power Imbalance*. Michigan, US: Ross School of Business, 2012.

GIRDNER, Linda K. *Mediation Triage: Screening For Spouse Abuse In Mediation Mediator. Mediation Quaterly*, vol. 7, nº 04, 1990. San Francisco, Jossey-Bass Inc.

HARVARD LAW SCHOOL. *Strategies for Negotiating More Rationally*. Negotiation Skills, Program on Negotiation, Harvard Law School. Disponível em: <http://www.pon.harvard.edu/?p=34724/?mqsc=E3503954&utm_source=WhatCountsEmail&utm_medium=PON%20Harvard+Negotiation%20Insider%20Tuesday&utm_campaign=Negotiation_Insider_04152013>. Consulta em: 29 abr. 2013.

HASKELL, Leslie. *The Legacy of Rwanda's Community-Based Gacaca Courts*. Human Rights Watch (30 maio 2011). Disponível em: <<https://www.hrw.org/report/2011/05/31/justice-compromised/legacy-rwandas-community-based-gacaca-courts>>. Consulta em: 22 abr. 2020.

HEIERBACHER, Sandy. *Deliberation by the Numbers: A DDC Fact Sheet*. Disponível em: <www.deliberative-democracy.net/index.php?option=com_docman&Itemid=92>. Consulta em: 27 ago. 2012.

JUSTICE INSTITUTE OF BRITISH COLUMBIA. *Handling Conflict In Virtual Environments*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2012. 1 ed.

_____. *Resolving Conflict In Group: Effective Team Dynamics*. New Westminster, BC: Justice Institute of British Columbia, Centre for Conflict Resolution, 2007. 2ª ed.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. Canada: Doubleday Canada, 2011.

LEIGHNINGER, Matthew. *The Next Form of Democracy*. Nashville, TN: Vanderbilt University Press, 2006.

LHERRER, John. *How We Decide*. Boston: Mariner Books, 2012.

MCCORMACK, Mark. *What They Still Don't Teach You At Harvard Business School – More Notes From A Street-Smart Executive*. Toronto, Canadá: Bantam Book, 1989.

MINA, Eli. *Is The Majority Always Right? Elimina*, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.elimina.com/insights/shared-jun12.html>>. Consulta em: 21 fev. 2013.

MINISTRY OF ATTORNEY GENERAL. *Reaching Resolution: A Guide to Designing Public Sector Dispute Resolution Systems*. British Columbia, Canada: Ministry of Attorney General, 2003.

NALIMOV, E. V.; WIRTH, C.; HAWORTH, G. McC. (1999). KQKQKQ and the Kasparov–World Game. *ICCA Journal*, Vol. 22, nº. 4, p. 195–212.

PAGE, Scott E. *The Difference: How The Power Of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, And Societies*. Princeton University Press, 2007.

PAULO JUNIOR, José Marinho. *O Poder Jurisdicional de Administrar*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005.

_____. A Escolha do Pior Candidato: Rasgando Seu Voto em Três Pedacos e a Constatação Matemática do Fracasso do Voto Plurinominal para Procurador-Geral de Justiça. *Revista do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro*, RJ (56), 2015.

PETERS, Tom; WATERMAN JR., Robert H. *In Search Of Excellence – Lessons From America's Best-Run Companies*. New York: Warner Books, 1982.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. Os Efeitos Colaterais da Crescente Tendência à Judicialização da Mediação. *Revista Eletrônica De Direito Processual*. Vol. XI. Ano 2013. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/599>>. Consulta em: 11 ago. 2020.

_____. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi del monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais FDV*, nº 11, ago. 2012, p. 171-201.

QUALMAN, Erik. *Socialnomics - How Social Media transforms the way we live and do business*. New Jersey, USA: John Wiley & Sons, 2013.

SCHWARTZ, Barry. *The Paradox of Choice - Why More Is Less*. Harper Perennial, 2004.

SKINNER, Alexandria. *Nine Reasons to Mediate Your Conflict*. Disponível em: <<http://02e1cd2.netsolhost.com/wordpressDE/2010/07/25/nine-reasons-to-mediate-your-conflict/>>. Consulta em: 25 jul. 2010.

SUSSKIND, Lawrence E.; CRUIKSHANK, Jeffrey L. *Breaking Robert's Rules – The New Way To Run Your Meetings, Build Consensus, And Get Results*. New York: Oxford University Press, 2006.

_____. *Breaking The Impasse – Consensual Approaches To Resolving Public Disputes*. Basic Books, 1987.

TOFFLER, Alvin. *Future Shock - The Third Wave*. New York: Bantam Books, 1980.

TOMASIC, Roman; FEELEY, Malcolm M. *Neighborhood Justice – Assessment of an Emerging Idea*. New York: Longman Inc., 1982.

URY, William; FISHER, Roger. *Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving*. In: 2ª ed. Penguin Books, 1992.

WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. *Justice according to compulsory mediation*. Bar News – The journal of NSW Bar Association. Spring. 2000, p. 7-8.

Referências videofônicas

HARDING, Matthew. *Where the Hell is Matt?* 2008 (4:28). Youtube. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=zlfKdbWwruY>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

MESLIN, Dave. *O Antídoto para a Apatia*. 2010 (7:05). TED Talks. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/dave_meslin_the_antidote_to_apathy/transcript>.email>. Acesso em 08 ago. 2020.

QUALMAN, Erik. *Social Media Video 2013*. 2013 (3:51). Youtube. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=x0EnhXn5boM>>. Acesso em: 19 abr. 2020.