

Data de aprovação: ____/____/____

**O DILEMA DO NEGOCIADOR COMO BARREIRA AO ACESSO À JUSTIÇA NA
MEDIÇÃO COM A FUNDAÇÃO RENOVA: IMPLICAÇÕES AO MODELO DE
*CLAIMS RESOLUTION FACILITIES***

Ygor Bastos Mesquita Minora de Almeida¹

Humberto Lima de Lucena Filho²

RESUMO

O rompimento da barragem de Fundão representa uma das maiores calamidades socioambientais em nível nacional e mundial. Para maior celeridade ao processo de reparação e compensação, instituiu-se a Fundação Renova, entidade gestora do Programa de Indenização Mediada (PIM), destinado a determinar os valores a serem pagos. Defronte a conjuntura exposta, esta pesquisa analisa os óbices do dilema do negociador ao acesso à justiça, por meio da mediação, com base nas adversidades constatadas no PIM. A partir dos elementos reunidos, evidencia-se que, apesar de apresentar-se como uma abordagem ganha-ganha, o PIM, pelo efeito do dilema do negociador, enveredou em um desempenho de soma-zero, ao não incorporar a negociação por princípios, culminando em acordos desfavoráveis à Renova e aos impactados, questão que, senão for tratada, pode ser reproduzida em outras *claims resolution facilities*. Como mecanismo propício a reverter esse resultado, propõe-se a ampliação da mediação, tornando-a responsável pela coordenação de toda comunicação junto às partes e pela elegibilidade para o PIM, promovendo o desenvolvimento do relacionamento entre a Fundação e os afetados, ao mesmo tempo em que viabiliza as condições para um procedimento de ganhos mútuos.

Palavras-chave: Fundação Renova. Mediação. Dilema do negociador. *Claims resolution facility*.

¹ Acadêmico do curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte - UNI-RN (ygorminora@gmail.com).

² Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UnP). Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Professor de Direito do Trabalho. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região (humberto@unirn.edu.br).

**THE NEGOTIATOR'S DILEMMA AS A BARRIER TO ACSESS TO JUSTICE IN
THE MEDIATION WITH FUNDAÇÃO RENOVA: IMPLICATIONS TO CLAIMS
RESOLUTION FACILITIES MODEL**

ABSTRACT

The collapse of the Fundão dam represents one of the greatest national and global socio-environmental calamities. In order to speed up the repair and compensation process, the Fundação Renova was created, an entity responsible for the Mediated Indemnity Program (MIP), designed to determining the amounts to be paid. Faced with the exposed situation, this research analyzes the obstacles contained in the negotiator's dilemma to access to justice, through mediation, based on the adversities found in MIP. From the gathered elements, stands out that, despite presenting itself as a win-win approach, the MIP, due to the effects of the negotiator's dilemma, went into zero-sum performance, by not incorporating the pricipled negotiation, culminating in agreements unfavorable to Renova and those impacted, an issue that, if not addressed, can be reproduced in other claims resolution facilities. As a propitious mechanism to reverse this result, an mediation expansion is proposed, making it in charge of coordinating all communication with parties and eligibility to MIP, promoting the development of relationship between the Foundation and those affected, and, at the same time, promoting the conditions for a procedure of mutual gains.

Keywords: Fundação Renova. Mediation. Negotiator's dilemma. Claims resolution facility.

1 INTRODUÇÃO

Em 5 de novembro de 2015 ocorreu o maior desastre socioambiental da história do Brasil: o rompimento da barragem de Fundão. De propriedade da Samarco Mineração S/A, a estrutura de contenção ruída liberou 44 milhões de m³ de rejeito de mineiro de ferro, os quais iniciaram, entre os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, um trajeto de 682 km, até o Oceano Atlântico, causando o óbito de 19 pessoas, afetando 45 municípios, 4 áreas indígenas, vários hectares de terra, além da extrema

repercussão sobre os ecossistemas, ao abater animais e exterminar 11 toneladas de peixes (RAMBOLL, 2017).

Por efeito dos impactos sem precedentes e em atenção as dificuldades da via Judicial, em trazer uma resposta diligente para os conflitos imbuídos de elevada complexidade, buscou-se um mecanismo mais propício para promover a reparação dos danos, instituindo-se a Fundação Renova. A Renova consiste em uma *claims resolution facility*, uma entidade inquisitorial estabelecida para gerenciar um sistema de compensações, com a finalidade de dirimir, de forma ágil e participativa, a litigância em massa causada pelo desastre. Dentre os programas da Fundação, há o PG002, o Programa de Indenização Mediada (PIM), destinado a estabelecer as indenizações às pessoas atingidas, por meio da mediação.

Os desdobramentos desse mecanismo de restituição, entretanto, não ocorreram sem críticas dos órgãos fiscalizadores, especificadamente, dos Ministérios Públicos e das Defensorias Públicas, em razão da conduta adversarial empregada pela *facility*. Em consequência das autuações, após várias tentativas improfícuas de solucionar diversas dificuldades nas várias ações conduzidas pela Fundação Renova, em 2021, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ingressou com a Ação Civil Pública nº 5023635-78.2021.8.13.0024, a qual demandou a extinção da Renova, sustentando, dentre outros argumentos, a ineficácia dos programas (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2021).

Em contextos de disputa, especialmente naqueles em que se aplicam a autocomposição, a competição não desaparece. Pelo contrário, caso seja ignorada e não tratada, a rivalidade pode gerar diversas sequelas, tais como dificuldades de comunicação, a imposição de vontade e a produção de acordos desequilibrados.

Dentre os fatores responsáveis por sustentar a postura antagonista em negociações, o principal é o dilema do negociador. De forma sucinta, em um cenário de tomada conjunta de decisões assentadas em informações limitadas, o dilema contempla as condições motivadoras da transformação de pactuações com potencial de ocorrer na esfera colaborativa, em tratativas pautadas pela rivalidade.

Nesta pesquisa, devido à conduta competitiva identificada e do mecanismo autocompositivo empregado, investiga-se, nas circunstâncias de uma *facility*, as implicações do dilema do negociador sobre a mediação. Na conjuntura delimitada, a seguinte problemática ganha corpo: no âmbito da *claims resolution facility* Fundação

Renova, quais os óbices impostos pelo dilema do negociador ao acesso à justiça promovido por meio da mediação?

A perquirição apontada torna-se relevante, posto a grande ênfase que os métodos autocompositivos passaram a ter, sobretudo, em alternativa ao Poder Judiciário. Na mudança de modelo, o caso em exame defronta-se com a efetividade do principal mecanismo desenvolvido para compensação dos particulares afetados em uma catástrofe sem proporções no quadro nacional e mundial, na qual optou-se pelo tratamento no viés extrajudicial, em uma escala nunca antes realizada no Brasil.

Tencionando a consecução dos passos listados, forma a metodologia deste estudo o método de abordagem indutivo, porquanto, a partir do caso particular do desastre observado, extrai-se inferências gerais para a performance das *facilities*. Na composição, auxiliando as ponderações, também está presente o método de procedimento histórico, com o qual se vislumbra a evolução da mediação no episódio da tragédia em enfoque.

Nesse rumo, em um primeiro momento, investiga-se o desastre do caso Samarco, expondo a progressão e os resultados da destruição, adentrando o estabelecimento da Fundação Renova e do Programa de Indenização Mediada. Em sequência, trata-se acerca da mediação na qualidade de canal para o acesso à justiça, exibindo os atributos da técnica, enquanto forma de negociação integrativa, e a possibilidade de resolução de conflitos de interesses. Sucessivamente, as interferências do dilema do negociador, no tocante a operabilidade e resolutividade da mediação desempenhada pela *facility* Fundação Renova, são examinadas, evidenciando-se as repercussões a respeito do modo de condução das negociações e dos acordos gerados. Por fim, este trabalho assentou as conclusões alcançadas, indicando uma direção para amortizar as influências do dilema, potencializando a aplicação da mediação nas *claims resolution facilities*.

2 O CASO SAMARCO: DOS FATOS À MEDIAÇÃO

A Samarco Mineração S/A é uma empresa que realiza a extração e o beneficiamento de recursos minerais, produzindo pelotas e *pellet feed*, ampliando o teor de ferro no material bruto de 40% para 67% (SAMARCO, 2021). As principais operações envolvem o Complexo de Germano, localizado nos municípios de Mariana (MG) e Ouro Preto (MG), os minerodutos, entre Minas Gerais e o Espírito Santo,

assim como o Complexo de Ubu, em Achieta (ES) (SAMARCO, 2021). Diante de parque industrial tão vasto, os reflexos econômicos das atividades não são pequenos. Em 2015, as receitas da mineradora representaram, respectivamente, a importância de 1,5% e 6,4% do Produto Interno Bruto (PIB) dos Estados mineiro e capixada, contribuindo com a tributação de Mariana, Ouro Preto e Anchieta no percentual de 54%, 35% e 50% (SAMARCO, 2021). Em razão da ampla atuação, até o ano do desastre, formava a força de trabalho da organização o total de 2.994 funcionários contratados diretamente e 2.491 terceirizados (SAMARCO, 2017).

As singularidades do caso Samarco destacam-se pelas dimensões da tragédia, violando gravemente os direitos humanos. O reflexo na questão humanitária não é sem fundamento, pois, dentre as calamidades envolvendo barragens, o evento em análise corresponde ao maior em escala global (FREITAS; SILVA; MENEZES, 2016, p. 25). A marca também é registrada no conjunto dos sinistros compreendidos na memória da atividade minerária (RAMBOLL, 2017).

Iniciando o estudo sobre o desastre, parte-se do município de Mariana, no Estado de Minas Gerais, onde se encontrava a barragem de Fundão, pertencente à Samarco, represando a lama formada pelo rejeito do processamento do minério de ferro. Quando do colapso da parede da represa, deu-se início a um trajeto de devastação pela Bacia do Rio Doce, ocasionado pela liberação abrupta do material.

A contar do momento da descarga, a massa de lama percorreu a calha que conectava a estrutura rompida a barragem de Santarém, localizada em cota topográfica inferior, sendo esta a primeira estrutura atingida pelos resíduos. Entretanto, não dispendo de capacidade para suportar o volume recebido, a barragem de Santarém transbordou, dando continuidade ao fluxo.

O movimento da massa extravasada, então, atingiu o distrito de Bento Rodrigues, arrasando-o por completo, matando pessoas, cobrindo casas, carreando veículos, inundando a escola local e desarranjando o tecido social que ali existia. Em seguida, conduzido pelo gradiente do terreno, o rejeito chegou ao rio Gualaxo do Norte, adentrou o percurso do rio do Carmo, até sair dos afluentes, ao alcançar o rio Doce, vertendo em níveis de destruição nunca antes constatados.

No aspecto humano, as reverberações do rompimento da barragem de Fundão foram amplas e densas. O total de pessoas afetadas constitui uma variável incerta. Porém, de acordo com os dados coletados no Relatório de Monitoramento Mensal dos Programas Socioeconômicos e Socioambientais para Reparação Integral

da Bacia do Rio Doce, a respeito do Programa de Levantamento e Cadastro de Impactados, até 1º de março de 2021, realizou-se o registro de 80.615 pessoas que se declararam como atingidos (RAMBOLL, 2021, p. 5). Nesse amálgama de realidades afligidas, as perdas integram o aspecto material e imaterial, ultrapassando o caráter individual e adentram a esfera da coletividade, defronte os danos sociais, econômicos, psicológicos e culturais, em função das violações perpetradas pela lama.

A própria Samarco experimentou as consequências nas operações empreendidas. A partir do rompimento do reservatório de rejeitos, as atividades produtivas da empresa foram suspensas, levando à redução, em 2016, de 38,88% dos contratados diretamente e de 62,95% das vagas de terceirização (SAMARCO, 2017, p. 51). Ademais, em 25 de outubro de 2016, a Secretaria Estadual de Meio Ambiente de Minas Gerais, suspendeu todas as autorizações e licenças ambientais relativas ao Complexo de Germano. Somando-se ao quadro, em abril de 2021, a mineradora entrou com pedido de recuperação judicial, motivado pelo retorno restrito da produção em 2020 (28% da capacidade), dificuldades financeiras por execuções judiciais de credores e obrigações devido a tragédia da barragem de Fundão (SAMARCO, 2021, p. 12-13). Com relação ao último ponto, até o final de 2020, as medidas implementadas atingiram a o valor de R\$ 11,33 bilhões (SAMARCO, 2021).

Regionalmente, as repercussões econômicas do desastre também foram reconhecidas. Em reflexo, graças a relevância na participação em diversos setores da economia dos Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo, assim como em várias cidades que atuavam na linha produtiva da Samarco, quando a mineradora paralisou os trabalhos, as riquezas produzidas decresceram³.

Perquirindo uma resposta mais célere do que a viabilizada pelo Poder Judiciário aos efeitos decorrentes do rompimento da barragem, a União, o Estado de Minas Gerais, o Estado do Espírito Santo, vários institutos e órgãos integrantes da administração indireta federal e dos consignados Estados, junto com a Samarco Mineração S/A e as controladoras VALE S/A e BHP BILLITON BRASIL LTDA., celebraram, em 2 de março de 2016, o Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC), na Ação Civil Pública nº 69758-61.2015.4.01.3400, de competência da 12ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais. A consequência do

³ No ano de 2016, por exemplo, o PIB de Minas Gerais e do Espírito Santo reduziu em 5,4%, e o do município de Anchieta diminuiu em 75,8% (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2020, p. 25).

compromisso foi a suspensão de vários dos pleitos judiciais, em favor da providência extrajudicial, com a criação da Fundação Renova.

Segundo o TTAC, a Fundação Renova, uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, seria mantida pela Samarco, VALE e BHP BILLITON BRASIL. Nesse enquadramento, a Renova foi destinada a desenvolver e efetivar 42 programas sociais, econômicos e ambientais para fazer frente as decorrências de Fundão.

No prisma dos mecanismos da resolução de conflitos, a Renova representa um instituto denominado de *claims resolution facilities*, largamente empregado nos Estados Unidos para lidar com demandas plúrimas. Em síntese, a *facility*, ou entidade de infraestrutura específica, pode ser definida como um organismo que opera um sistema de compensação, suportado por um fundo financeiro, considerando critérios de elegibilidade delimitadores do grupo de pessoas físicas ou jurídicas a serem ressarcidas em consideração aos danos sofridos (MCGOVERN, 2005, p. 1361-1362). Exemplificando a implementação do instituto, há o fundo pelas vítimas do 11 de setembro, o fundo aos afetados pelo DDT no Alabama e a Comissão de Compensação das Nações Unidas (MCGOVERN, 2005, p. 1363-1364).

Integrando o conjunto da plataforma de compensações, o TTAC autorizou o estabelecimento de um Programa de Negociação Coordenada (PNC), com duração máxima de 12 meses, para a indenização dos impactados pelo desastre, os quais deveriam ser auxiliados por assistência jurídica gratuita, caso não pudessem contratar serviço privado de advocacia. Nessa esteira, a Fundação seria responsável pela elegibilidade dos atingidos para o PNC e por conceber os parâmetros de reparação, com base nos princípios gerais do direito brasileiro, na jurisprudência nacional e considerando as condições dos afetados antes do desastre.

Com o fito de fiscalizar, monitorar e modificar, aprovando ou rejeitando os programas e as ações realizadas pela Renova, o TTAC também previu a constituição de um Comitê Interfederativo (CIF). Tal órgão colegiado seria composto por representantes do Ministério do Meio Ambiente, do Governo Federal, do Estado de Minas Gerais, do Estado do Espírito Santo, do CBH-Doce e dos municípios afetados.

Apesar do CIF, no desenho e na efetivação do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, pode-se observar, que não foi dada ênfase a ampla participação dos atingidos, a respeito da elaboração e da concordância com os mecanismos de reparação e compensação. Essa mitigação marca a ausência de pluralidade e de discussões com as comunidades, tornando a condição de

vulnerabilidade social gerada por Fundação algo mais grave, qual seja, a exclusão das visões e contribuições das vítimas, em preferência ao procedimento imposto.

A restrição aos impactados, quando da formulação do TTAC, também acarreta repercussões sobre a legitimidade do termo, no que se refere à percepção dos afetados. Por mais que o acordo entre os entes federativos e as empresas envolvidas esteja em conformidade com a ordem jurídica, o respeito a esse parâmetro, por si, não basta para trazer aceitabilidade, adequação e coerência ao acordo. Tanto quanto a harmonização com as normas brasileiras, importa correspondência das realidades sociais com as soluções propostas. Isso se verifica, já que o desacoplamento entre as determinações pactuadas e o tecido das comunidades, não resulta em efetividade, mas, tão somente, em postergação das moléstias da lama.

No enquadramento traçado, o papel do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho, da Defensoria Pública da União, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, bem como das Defensorias Públicas destes Estados, deu-se em dois eixos: a frente judicial e extrajudicial. Na primeira direção, denúncias foram oferecidas e buscou-se a preservação de provas, assegurar o fornecimento de água, o ressarcimento dos prejuízos, assim como a assistência judicial. Quanto a atuação extrajudicial, ela foi extensa, destacando-se o acompanhamento do TTAC, a composição de novos compromissos e a busca de condições para o cumprimento das cláusulas firmadas, por exemplo, com a procura da maior participação dos atingidos no TTAC.

Dentre as atividades continuamente monitorados por esses órgãos, há o Programa de Indenização Mediada (PIM) ou PG002, responsável por materializar o PNC. O PIM foi desenvolvido para, com maior presteza, viabilizar a indenização dos afetados, pessoas físicas e jurídicas (micro e pequenas empresas), pelo denominado “dano água”, ou seja, o desabastecimento de água, ou pelos “danos gerais”, isto é, a interrupção da atividade econômica, as avarias à propriedade, os danos morais, a violação à integridade física e os casos de óbito.

Para estruturar o PG002, adotou-se a mediação, considerando os estímulos da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2020⁴, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015⁵, e da Lei nº 13.140, de 26 de junho

⁴ Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

⁵ Dispõe sobre o Código de Processo Civil.

de 2015⁶ (FALECK, 2017, p. 14). Com os dispositivos da Resolução nº 125 do CNJ, instituiu-se, no Brasil, a Política Judiciária destinada a promover a racionalização da solução de conflitos, levando em conta as características apresentadas pelas disputas. Com essa direção, dentre os novos métodos integrados nos mecanismos voltados à promoção da pacificação social, estabeleceu-se a mediação. Posteriormente, o Código de Processo Civil de 2015 passou a incentivar, nas diversas esferas do Estado brasileiro, a condução do tratamento das desavenças, por meio da autocomposição, com a mediação como técnica viável, inclusive, informando-a com princípios e regras. Seguindo o movimento, entrou em vigor a Lei de Mediação, disciplinando a aplicação desta abordagem nos conflitos envolvendo particulares e naqueles em que administração pública também fosse parte.

Além da indução legislativa e da nova política do Poder Judiciário, na opção para compor o PIM, existiram outras características que favoreceram a mediação. Em que pese o TTAC ter suprimido a participação dos atingidos, o PG002 visava permitir o envolvimento das pessoas afetadas, mediante a transparência das informações, a existência de critérios objetivos para as compensações e a facilitação da comunicação entre as partes (FALECK, 2017, p. 13-14).

À vista do Programa de Indenização Mediada, o valor do ressarcimento estava condicionado a apresentação de documentos passíveis de comprovar os prejuízos sofridos e da previsão, na matriz de danos confeccionada pela Fundação Renova, dos males alegados (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2019, p. 41). Ante a programação estabelecida, para obter a indenização, os elementos de prova deveriam atender a lista de perdas contidas na referida matriz, caso contrário, mesmo derivando do desastre, a Renova não concederia o pagamento pela lesão sofrida. Não obstante os pressupostos do PIM, a implementação do PG002 asseverou o caráter passivo dos atingidos, acerca das disposições do TTAC

Por causa da participação minorada, os órgãos de fiscalização iniciaram uma série de estudos, com a finalidade de apurar as repercussões da conduta inerte estabelecida às pessoas atingidas. No que se refere ao PIM, em março de 2018, identificou-se a comunicação precária e o fornecimento de informações inverídicas por

⁶ Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

parte da Renova (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018, p. 17). Além do que, reconheceu-se o emprego de práticas de negociação distributiva (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2018, p. 103). Com base nesses elementos, evidencia-se que, embora o PIM pretendesse trazer uma maior abrangência do ponto de vista dos atingidos, por fazer parte do TTAC, os encadeamentos do PG002 não foram diferentes, pois as vítimas continuaram como meros receptores dos procedimentos da Fundação Renova.

Diante da complexidade das questões, objetivando, aumentar o gerenciamento pelas comunidades, para corrigir as omissões do TTAC, acordou-se o TAC Governança. Nesse sentido, pela modificação do modo de condução do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, os atingidos teriam maiores chances de influenciar nas ações da Renova, democratizando o processo de recuperação do meio ambiente e da estimativa das indenizações.

No entanto, no ano de 2019, em apuração dos programas da Fundação, notadamente, no que se refere ao PIM, constatou-se que, do total de núcleos familiares cadastrados, após mais de 3 anos do desastre, na categoria “danos gerais”, foram inelegíveis 15% das pessoas, e apenas 31% obtiveram compensações financeiras, enquanto que, na categoria “dano água”, 89% dos afetados obtiveram as reparações (RAMBOLL, 2019, p. 1).

Em levantamento conduzido no ano de 2020, as consultas feitas também não se mostraram favoráveis aos atingidos. Dentre as dificuldades reportadas, restou clara a grande quantidade de documentos requisitados para participar do PIM e a demora de 2 a 3 anos para receber as indenizações (RAMBOLL, 2020, p. 1-2).

A respeito da matriz de danos, comprovou-se uma mescla de limitações responsáveis por favorecer o desacordo para com as estimativas das reparações financeiras. Dentre as críticas feitas, constam a baixa integração entre a Renova e os impactados na formulação do inventário de sinistros (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2020, p. 8-9).

Com base nos dados reunidos, mesmo após a entrada em vigor do TAC Governança, várias das fragilidades do PIM continuaram a perdurar. Uma das maiores delas é a agregação dos atingidos, das comunidades e das adversidades por que passam, com as medidas para a indenização. Por esta razão, no próximo tópico, importa uma análise da técnica da mediação, para expor as premissas, as vantagens

e as limitações da abordagem, como meio de acesso à justiça, além da relação que possui com as vulnerabilidades contidas no Programa de Indenização Mediada.

3 O ACESSO À JUSTIÇA E A SOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS POR MEIO DA MEDIAÇÃO

A questão do acesso à justiça envolve, para além da mera proclamação de prerrogativas e obrigações, a existência de um conjunto de ferramentas, que possibilitem a reivindicação e efetivação dos direitos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12). No sentido do acesso, prepondera a dimensão pragmática, composta pela presença de métodos que, realmente, permitam condições para pleitear as garantias previstas, fazendo-se inócuo o enfoque puramente formal, atrelado, exclusivamente, a descrição da benesse, porém esvaziando-a da viabilidade de concretização, pela ausência de meio exequível e disponível a assegurar o bem do almejada.

No panorama onde incide a finalidade prática, o acesso à justiça não se faz de todo pronto, mas sim consiste em um aparato em contínua evolução e transformação. Nesse exercício de reflexão e reformulação dos instrumentos para o alcance da justiça, atravessou-se “três ondas”. A primeira perpassa pela assistência judiciária aos que não têm condições financeiras de custear os serviços de advocacia e as despesas processuais, representando a tentativa de superação da exclusão das reivindicações dos menos favorecidos do Poder Judiciário, seja pela gratuidade da justiça ou por instituições, como a Defensoria Pública. Na segunda linha, há à representação jurídica dos direitos difusos, propiciando a discussão judicial das questões coletivas, por meio de organizações não governamentais ou do Ministério Público. Na terceira perspectiva, encontra-se a representação satisfatória de interesses no meio judicial e extrajudicial.

Exemplificando as evoluções jurídicas contidas na terceira via, pode-se apontar o aprimoramento da tutela jurisdicional, trazendo a oportunidade de, no curso do processo, alcançar os pedidos na fase de conhecimento e a oportunidade de desenvolver cognição na fase executiva ou no processo autônomo de execução, bem como o benefício de ritos sumarizados e passíveis de modificação pelo acordo de vontade das partes, adaptando o procedimento as circunstâncias fáticas. É, igualmente, da “terceira onda” que se vislumbra o crescimento dos métodos adequados de solução de conflitos autocompositivos e heterocompositivos.

Na ordem jurídica nacional, as disputas de interesses podem ser pacificadas com suporte em duas perspectivas: pelas determinações de um terceiro imparcial na heterocomposição, seja pela atividade jurisdicional ou através da arbitragem, ou pela pactuação dos antagonistas na autocomposição, com a mediação e a conciliação. Importante destacar que as vertentes prescritiva e negocial são suscetíveis de serem avocadas na esfera de abrangência do Poder Judiciário ou para além dela, de forma que a ideia de acesso à justiça passa a ter o Judiciário, como um componente de uma miríade de opções, e não mais na condição de único caminho.

Expressando a “terceira onda”, ainda na seara judicial, a grande gama de alternativas para a pacificação das disputas convergiu na composição da denominada teoria do Tribunal Multiportas, causando a perda da centralidade da resposta do Poder Judiciário, em razão do maior protagonismo que as partes passaram a congregarem. Consoante a tese formulada no Tribunal Multiportas, reconhece-se a incapacidade das cortes de lidarem com todas as matérias unicamente através o rito processual, devendo-se, de forma mais apropriada, identificar os atributos que conformam os conflitos e, lastreando-se por estes elementos, indicar o método mais propício para a condução da disputa (SANDER, 1976, p. 21).

Na realidade jurídica brasileira, a instauração do Tribunal Multiportas e a consequente superação do rótulo de métodos alternativos, para o ingresso no modelo do apropriado tratamento de conflitos, foi estabelecida com a Resolução nº 125, de 19 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. O art. 1º desse ato administrativo não deixa dúvida, quanto a importância de lidar com as desavenças, orientando-se de acordo com as características nelas inscritas.

Por sua vez, no domínio extrajudicial, a expressão da diversidade de recursos para abordar as contendas pode ser observada na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 e na Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Por meio dessas normatizações, o acesso à justiça no Brasil transcendeu a envergadura do Judiciário, para se centrar na faculdade do sujeito em optar pelo tratamento que entender mais apropriada à divergência vivenciada.

Consolidando a relevância dos métodos adequados de solução de conflitos, as opções autocompositivas não detêm por finalidade, a simples redução do quantitativo de processos, porquanto visam a apropriada condução dos conflitos, já que os meios consensuais, não focam na formação do acordo em si, mas sim na criação de condições para a pactuação, mediante a atenção aos interesses, às

necessidades, às emoções e à comunicação entre as partes. Em concordância ao disposto, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis e a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal afirmam que a efetividade da mediação e da conciliação não resulta do número de negócios estabelecidos (COSTA; MUNIZ, 2020, p. 47).

Dentro da esfera do acesso à justiça, na instância da “terceira onda”, a Fundação Renova encaminhou-se, por meio do PIM, para aplicação da mediação, visando indenizar os afetados por Fundão. Em consequência, o mediador passa a exibir significativa importância na resolução dos conflitos resultantes do desastre.

Em carácter conceitual, a mediação corresponde a um procedimento de pacificação de disputas, desenvolvida através de uma negociação controlada pelas partes e facilitada por um terceiro imparcial (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2019, p. 90). Dos critérios referenciados, pode-se perceber que, para o desenvolvimento satisfatório da técnica, faz-se primordial a participação dos mediados, trocando informações e dirigindo a atividade em que estão inseridos.

A comunicação e o carreamento do procedimento, inclusive, podem variar defronte a maturidade das partes para a atuação na mediação. Dada a abrangência de comportamentos verificáveis dos diferentes lados, a atitude do terceiro imparcial também pode ser diversificada, em um intervalo, partindo da atuação mais facilitadora, onde há maior auxílio do mediador, até a mais avaliadora, quando as partes já são capazes de atuar mais colaborativamente (AZEVEDO, 2002, v. 1, p. 29-30).

Diante desse quadro, seja com o mediador agindo mais energicamente ou de forma menos incisiva, verifica-se um esforço com a finalidade de lograr uma postura proativa das partes, em detrimento de um desempenho reativo, à medida que elas interagem e intentam solucionar o embate. O proceder resolutivo e cooperativo decorre da perspectiva da negociação, porquanto ao negociar depreende-se ser mais vantajoso a satisfação dos interesses pelo acordo, do que por outro processo onde a participação já esteja amparada na postura fortemente adversarial.

Do vínculo exposto entre negociação e mediação, importa a análise de como esta é influenciada pelos delineamentos constantes naquela. Quando se investiga as maneiras de realizar uma negociação, torna-se evidente a preponderância de dois polos: a negociação distributiva e a negociação integrativa.

Na negociação distributiva, também chamada de soma-zero, ou ganha-perde, as partes dispensam atribuir destaque ao relacionamento, competindo por um valor

fixo, elas ocasionam o binário conquista-perda, pois cada vitória de um lado representa, necessariamente, um insucesso do outro (WATKINS, 2019, p. 15-16). Nessa dinâmica, as partes operam alicerçadas em posições, com base no que visam alcançar, relativizando-as gradativamente, por meio de concessões (FISHER; URY; PATTON, 2018, p. 23). Dessa forma, os objetivos tentam ser conquistados pela falta de transparência, retendo informações e liberando-as, exclusivamente, na medida da conveniência (LEWICKI; SAUNDERS, BARRY, 2014, p. 65).

Como corolário, a negociação distributiva tem o potencial de acentuar o conflito latente ou já instalado e expressado. As posições, por estarem amparadas em uma conduta dominada pela sobreposição de vontades, irrelevância dos interesses da parte contrária e procura pela vantagem, levam a resultados contraproducentes, porque favorecem os embates de ânimos e as concessões, prejudicando o trato entre as negociadores, consumindo tempo e ocasionando a impossibilidade do acordo, ou somente gerando-o, assente ao que remanesceu da barganha, levando a uma solução de soma-zero que, muitas vezes, não atende as necessidades de nenhum dos lados. Do exposto, negociar orientado por posições é prejudicial, considerando a ótica relacional, procedimental e dos objetivos almejados.

Da inércia das posições, ou não se atinge um acordo, ou a pactuação obtida não representa uma real possibilidade de solução para o confronto, mas, tão somente, dados os efeitos da imposição de anseios, uma resposta transitória, que desembocará na retomada do conflito, devido ao não tratamento das questões nele contidas. Com fulcro no exposto, é patente a menor eficácia da negociação distributiva, não podendo ser considerada o meio mais propício de acesso à justiça, sob a perspectiva da “terceira onda”, posto que o forte elemento adversarial fomenta o inadequado tratamento da desavença, propiciando a amplificação e a repetição dela.

Em alternativa, existe a negociação integrativa ou ganha-ganha. Nessa vertente, as partes trabalham com uma base binária diferente: elas cooperam para produzir valor e competem para reparti-lo, de maneira que cada uma tenha os interesses satisfeitos, pois o ganho de uma não mais representa a privação da outra (WATKINS, 2019, p. 17). Tal aparato torna-se possível, porquanto, primeiro as partes concentram-se nos interesses, isto é, nos motivos representados por sentimentos, carências ou aspirações, e não mais nas posições (FISHER; URY; PATTON, 2018, p. 64). Posteriormente, somando-se a oportunidade de realmente perceber o que os

sujeitos aspiram, ocorre a ampliação do valor disponível para todos, repartindo-o, de forma a viabilizar a satisfação adequada dos objetivos (MAYER, 2000. p. 146).

Da análise do mecanismo da negociação ganha-ganha, depreende-se a imprescindibilidade da troca de informações, sem a qual a percepção dos interesses dos envolvidos, o foco nos pontos comuns e a elaboração de soluções satisfatórias para ambos restariam improváveis de serem percebidos, elaborados e alcançados. Perante o exposto, a comunicação é extremamente importante para o sucesso da negociação integrativa, porque sem a interlocução dos envolvidos, prejudica-se a transmissão e a coleta dos interesses existentes na disputa a ser pacificada.

Nessa toada, torna-se claro que o panorama trazido pela negociação integrativa está alinhado aos atributos indicados na mediação e no movimento de acesso à justiça. Diferente da direção seguida pela perspectiva distributiva, centrada em vencedor e perdedor, o rumo integrativo volta-se a solução do conflito, apoiada na cooperação, sucedida por adequada divisão do valor criado.

No curso da reverberação da negociação sobre a mediação, é possível apreender que nesta estão contempladas as propriedades da negociação por princípios. A negociação apoiada em princípios consiste em marco no campo da resolução de conflitos, ao superar o paradigma da negociação de soma-zero, em favor do advento da vertente que enseja um ambiente de pactuações, onde as metas e o relacionamentos não são matérias diametralmente opostas e excludentes, mas sim coexistem nos acordos. Com a intenção de assegurar o respeito a esses elementos, encontram-se incorporados no sistema principiológico quatro componentes indispensáveis: a separação das pessoas do problema, a atenção aos interesses em vez das posições, a elaboração de possibilidades de ganhos mútuos e a aplicação de critérios objetivos (FISHER; URY; PATTON, 2018, p. 31).

Como princípio inicial, separar as pessoas do problema preconiza proporcionar a consideração pelos entendimentos e pela participação do outro, na qualidade de sujeito necessário e essencial para a resolução da desavença. Tal preceito justifica-se, ao subsistir para as partes a incumbência de lidarem com um problema e não de integrarem um confronto recíproco. Nesse sentido, o princípio favorece a eliminação da confusão advinda da mescla entre o relacionamento e a demanda, refreia o agravamento da conduta adversarial, proveniente da restrição aos próprios interesses, e evita a rejeição dos acordos, devido à falta de confiança, tendo em vista a integração da participação e das intenções dos demais pactuantes.

Excluir um dos negociadores, seja pela incapacidade de distinguir a pessoa do problema, ou por entender que já possui a solução, representa um forte ingrediente na direção da impossibilidade da transação. Se a negociação advém de um ajuste entre as partes, caso alguma não seja incluída no desenvolvimento das balizas definidoras da solução indicada, ela não confiará e não creditará legitimidade na viabilidade da proposta concebida de modo fragmentado.

A comunicação constitui outro fator abrangido pelo princípio da desvinculação das pessoas dos problemas. O diálogo é indispensável para a captação e fornecimento apropriado dos interesses indispensáveis à geração de valor. Buscando a troca de percepções, deve-se considerar o exercício da escuta ativa, focada na assimilação de traços expressados que auxiliem na identificação das motivações, tais como os pontos de vista e as emoções sobre a divergência.

No tocante ao aspecto emocional, destaca-se que ele é igualmente abordado na separação das pessoas dos problemas, uma vez que as emoções não podem ser negligenciadas, porquanto também compõem os interesses. Expressar e reconhecer as emoções representa uma maneira de indicar compromisso com a negociação em pauta, facilitando o estabelecimento de um ambiente mais fecundo a formação dos ajustes (FISHER; URY; PATTON, 2018, p. 54).

O próximo princípio consiste no foco nos interesses e não nas posições. Com fundamento nos elementos explorados na negociação integrativa, torna-se evidente a importância dos interesses, para a identificação de metas comuns e complementares, primordiais à viabilização da formação de valor.

O terceiro princípio, a criação de opções, refere-se ao fomento do valor contido na negociação, a fim de viabilizar ganhos mútuos para os disputantes. Na geração de alternativas, intenta-se superar a desconsideração pela diversidade de soluções e pelas noções alheias, em prol de benefícios comuns. Nesse cenário, as possibilidades só surgem com o desapego das posições e por intermédio da adoção do diálogo, originando o conhecimento dos variados interesses envolvidos.

Como última etapa, em consequência dos três princípios anteriores e considerando o valor criado, havendo a presença de soluções viáveis, que permitam a satisfação dos objetivos pretendidos, deve-se empregar critérios objetivos para o fracionamento do aproveitamento gerado. A adoção de parâmetros claros é importante, pois previne a imposição de vontade, otimiza o tempo das discussões, evita ataques pessoais e estimula o equacionamento dos problemas.

Levando em conta os atributos reunidos, há vários exemplos onde a mediação é aplicada como forma de acesso à justiça. No Canadá, conflitos trabalhistas relativos a negociações coletivas podem ser sanados pelo *Federal Mediation and Conciliation Service* (GOVERNMENT OF CANADA, 2021). Nos Estados Unidos, o Departamento de Justiça possui o programa *Community Relations Service*, o qual utiliza a mediação para a solução de conflitos envolvendo questões raciais (DEPARTMENT OF JUSTICE, 2021). Em 2008, o Parlamento Europeu aprovou a *Directive 2008/52/EC*, responsável por determinar que os países membros do bloco implementassem a mediação, como de método de resolução de conflitos (EUROPEAN UNION, 2008).

Apesar existirem notáveis vantagens na utilização da mediação, também estão presentes várias limitações. No papel de restrições há, principalmente, o uso de táticas distributivas, onde se busca ludibriar, dificultar o acesso à informação, impor posições, retardar o avanço de medidas e mitigar a participação do outro, com o propósito de obter vantagem (MAYER 2004, p. 98-99).

A partir dos elementos demonstrados, retomando a análise das dificuldades encontradas na PIM, verifica-se que elas possuem forte correspondência com os entraves à mediação. À vista disso, o paralelo estabelecido possibilita reconhecer que a Renova, sob o pretexto integrativo, operacionalizou um procedimento contendo vários instrumentos distributivos. A opção pela alternativa negocial competitiva, em situações que deveriam ser imbuídas pela solução conjunta, simboliza o dilema do negociador, um dos mais relevantes obstáculos à negociação. Com essa motivação e diante do PIM, a seguir, o dilema será examinado.

4 O DILEMA DO NEGOCIADOR: EFEITOS SOBRE O PROGRAMA DE INDENIZAÇÃO MEDIADA

De acordo com os elementos reunidos a respeito da negociação, tanto na vertente distributiva, quanto na integrativa, a competição é uma variável constante. No caso da tratativa por posições, a catalisação e o acirramento do conflito constituem desfechos bastante prováveis, ao afastar as condições para uma convenção capaz de atender os interesses e ao acesso à justiça. A incongruência na relação de soma-zero mostra-se nas concessões e no resultado que, quando possível, invariavelmente, estabelece um vencedor e um derrotado, perdendo-se a conformidade com a natureza contributiva das partes e dos motivos implicados na busca de um acordo.

Por outro lado, há a negociação pautada pela cooperação, criando valor, acompanhada da competição, para a aquisição de proveitos, representando melhor meio de acesso à justiça. Para atingir o resultado colaborativo, porém, a competitividade requer intervenção, do contrário, o mecanismo mormente ganha-ganha pode convergir para um procedimento ganha-perde. Na volubilidade desse ponto de inflexão, repousa um dos maiores desafios do campo da negociação e da resolução de conflitos: o dilema do negociador.

A origem do dilema do negociar advém de um outro problema bastante célebre no campo da tomada de decisões, o dilema do prisioneiro. Em síntese, o dilema do prisioneiro representa um gênero de modelagens, fundamentado em uma coleção de premissas, onde as pessoas envolvidas na representação detêm todos os dados umas sobre as outras, não trocam informações, não estabelecem escolhas em conjunto e julgam racionalmente as possibilidades de ações, de maneira que, a cada rodada de interação, enfrenta-se a dúvida relativa a ganhar mais conjuntamente cooperando ou auferir maior aproveitamento individualmente competindo.

A contribuição do dilema do negociador manifesta-se pela flexibilização de alguns desses requisitos, quais sejam, a possibilidade de diálogo entre os sujeitos, a formação de opções de maneira coparticipativa, concomitantemente a ausência da cognição absoluta, mantendo-se o modo racional acerca da eleição das alternativas (LAX; SEBENIUS, 1986, p. 38-39). Modificando a modelagem, permite-se que as análises referentes às consequências da negociação tornem-se mais conectadas com o real comportamento dos negociadores, ao produzir compreensões mais verossimilhantes com resultados das transações.

No campo das relações internacionais, em que as regras e os compromissos são extremamente dependentes da negociação, o dilema do negociador encontra ambiente demasiado conveniente para sobressair-se. Por exemplo, nas discussões envolvendo Brasil, União Europeia e Estados Unidos, no tocante a questões relativas ao agronegócio, o dilema deteriora a qualidade das convenções realizáveis, dificultando ou impedindo à formação de tratados competentes o suficiente para abranger os vários interessantes levantados por esses países (LEMPEREUR; SEBENIUS; DUZERT, 2011, p. 95).

Com base na relevância revelada, faz-se necessário um entendimento nítido, em relação a como o dilema do negociador opera sobre uma composição. Com esse objetivo, impõe-se o exame da Figura 1 a seguir:

Figura 1 - Esquemática demonstrando as possibilidades de escolha dos negociadores A e B, representadas pelas alternativas criar e demandar, contendo os respectivos ganhos, os quais consistem em muito bom, bom, péssimo e medíocre, resultantes da relação de pactuação, influenciada pelas decorrências do dilema do negociador.

		Escolhas do negociador B	
		Criar	Demandar
Escolhas do negociador A	Criar	bom / bom	Muito bom / Péssimo
	Demandar	Muito bom / Péssimo	Medíocre / Medíocre

Fonte: Adaptado de Lax e Sebenius (1986, p. 39).

Com suporte na Figura 1, verifica-se que tanto o negociador A pode atuar criando ou demandando valor, assim como o negociador B. Dessa forma, se ambos os pactuantes operarem formando valor, os dois atingirão um resultado bom. Entretanto, a situação em questão é dotada de instabilidade, pois a parte que primeiro proceder para reclamar benefícios, vai obter um retorno muito bom, enquanto a outra suportará uma retribuição péssima. Identificada a hipótese de impermanência e a oportunidade de não restar na qualidade de lesado, mas sim de vencedor, cada negociador tende a reivindicar valor, acarretando o pior desenlace realizável, equivalendo a uma negociação medíocre para os envolvidos.

Da dinâmica relatada, retira-se a constatação de que o dilema do negociador, embora presente a oportunidade de colaborar, continuamente induz as partes a adotarem uma postura aguerrida. Tal conduta adversarial encontra, enquanto força motriz, a frágil propensão a gerar valor proveniente da própria estrutura da negociação. Justamente, devido à impossibilidade da supressão da competição, esta passa a coexistir com a cooperação, formando uma tensão referente a dualidade

composta pela geração e pela reivindicação de proveitos, de forma que, o fracionamento do ganho, depende, precisamente, de como a criação de valor foi disposta (LAX; SEBENIUS, 1986, p. 44).

Transladando as observações realizadas para a negociação distributiva e integrativa, nota-se que o primeiro caso corresponde à categoria dotada de maior antagonismo e pior conclusão, ao passo que o segundo é o sinalizado pela volatilidade, podendo iniciar pela colaboração e evoluir para uma finalização boa, atendendo as metas dos negociadores; ou para um encerramento muito bom-péssimo, onde uma das partes competiu e a outra cooperou; ou ainda, para um arremate medíocre-medíocre, regido pela concorrência. Das perspectivas mencionadas, só o panorama integrativo, caso identificada e trabalhada a suscetibilidade ao dilema do negociador, proporciona maiores oportunidades de levar à pacificação social e ao acesso à justiça.

Caracterizados os efeitos do dilema do negociador, também é possível obter inferências, quanto às consequências desse obstáculo sobre a mediação. Como a mediação consiste em uma transação facilitada, resta o corolário de que o mediar é similarmente afetado pelo dilema, podendo vir a ser prejudicado, se, apesar do terceiro imparcial, o procedimento ganha-ganha não for estabelecido. Dessa dedução, caso a tensão entre criar e demandar valor não seja reduzida, assim como ocorre na negociação, há a atenuação das circunstâncias para um acordo de benefício mútuos. Com a abrandamento do meio para o entendimento, igualmente se perde o acesso à justiça, na concepção da “terceira onda”, ou seja, de um meio autocompositivo propício a promover condições de pleitear o bem da vida pretendido.

Investigando-se a fragilidade da negociação integrativa e da mediação, observa-se a inexistência de viabilidade, acerca da criação de valor desvinculada da captação de interesses, somente propensos à percepção, quando comunicados. A indispensável troca de dados transparece uma das principais propriedades da disputa, qual seja, a assimetria das informações entre os conflitantes, consistindo a diferença de conhecimento, no tocante as condições e propensões da contenda, a geratriz das ocasiões de aproveitamento, porquanto um interesse revelado está suscetível de ser utilizado como uma vantagem, em vez de ser empregado na criação de valor (LAX; SEBENIUS, 1986, p. 39). Nessa lógica, caso as partes não estejam aptas a manejar a negociação, ou ela se converterá em um impasse, não se revelando informações, ou em um resultado distributivo mutuamente indesejado.

Por conseguinte, na negociação, um elemento extremamente importante é a administração das informações. Em um procedimento regulado pela constituição de um fluxo de fatos e de noções permutadas, comutando os objetivos visados, expor todos os dados precipitadamente, tem grande chance de estimular a busca por vantagens, ocasionando a hipótese medíocre ou muito boa-péssima do dilema.

Por causa da dificuldade reconhecida, as metas visadas devem ser trazidas à tona de forma controlada e racional, buscando-se assegurar a cooperação, enquanto tenta-se evitar os efeitos negativos da competição. O esclarecimento, relativo aos interesses, é um processo estratégico, desvinculado da irreflexão, ao apresentar as informações com o propósito de estimular a colaboração da outra parte e fomentar as condições da negociação integrativa. A fim de viabilizar o emprego da troca de ideias, a divulgação das predileções deve manifestar-se gradualmente, iniciando dos pontos mais gerais e, gradualmente, seguir para os mais específicos.

Sob outra perspectiva, o compartilhamento paulatino de informações também serve para auferir a incidência das repercussões infrutíferas do dilema do negociador na pactuação. À medida que as inclinações são comunicadas, pode-se verificar se outro almeja aproveitar-se e apenas reivindicar valor ou se está disposto a promovê-lo, respeitando a reciprocidade da repartição de interesses e a valorização do relacionamento já formado ou em construção.

Importante destacar que o dilema do negociador não gera efeitos desfavoráveis tão somente ao derrotado na negociação. Como o negociador vencedor provavelmente participará de rodadas de pactuação com outros sujeitos, a repercussão social referente à atuação dele será difundida, resultando na vinculação a uma imagem oportunista, inibidora do ânimo de dividir informações e de transacionar colaborativamente, por receio de ser explorado (KOROBKIN, 2009, p. 198).

Com intuito de favorecer a negociação integrativa e o acesso à justiça por ela proporcionado, considerando os fundamentos colecionados, extrai-se que, a tensão característica do dilema do negociador, deve ser gerida. Perante o demonstrado, o modo mais propício de minimizar os efeitos do dilema ocorre pela cooperação, com comunicação, compartilhamento apropriado de informações e respeito à relação.

Em que pese a possibilidade da aplicação da direção integrativa na negociação desassistida, ela depende exclusivamente da interação promovida pelas partes, o que pode levar a uma situação contenciosa, devido às dissonâncias. Em contrapartida, a mediação, pela atividade do terceiro imparcial facilitando o diálogo,

encontra-se mais favorável a atenuar as sequelas do dilema do negociador (ARROW et al., 1995, p. 22). Complementando essa qualidade, a negociação por princípios, contida igualmente na mediação, também é entendida, como ferramenta mitigadora das flutuações envoltas na criação e demanda de valor (SEBENIUS, 1992, p. 30).

A despeito das vantagens descritas, mesmo com o desenvolvimento do Programa de Indenização Mediada, o caso da Fundação Renova foi fortemente acometido pelas marcas negativas do dilema do negociador, posto se tratar de uma abordagem ganha-ganha que avançou para uma prática de soma-zero. Em relação aos componentes distributivos do PIM, evidencia-se a dificuldade de comunicação com a Renova, o fornecimento de informes de difícil compreensão ou incorretas e o emprego de técnicas de negociação baseadas em posições, enquanto dos vitimados eram exigidos dados transparentes. A partir dos traços indicados, verifica-se que, dos afetados pelo desastre, esperava-se a cooperação, a conduta integrativa, ao passo que a Renova atuava competitivamente, levando a mediação, em um primeiro momento, para resultados muito bom-péssimos e, com a propagação do renome da Fundação, logrou-se desenlaces medíocres.

Expandindo essa ótica, evoca-se o atributo de *claims resolution facility* conferido à Fundação Renova. Na qualidade de entidade de infraestrutura específica, a legitimidade e viabilidade das respostas da Renova não decorrem apenas do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta, mas, principalmente, deveriam originar-se da ampla participação dos atingidos pelo desastre da barragem de Fundão (MCGOVERN, 2005, p. 1376-1377). A negligência atinente ao parâmetro do envolvimento colaborativo se perpetuou ao longo dos anos, sedimentando uma reputação de unilateralidade, ao desconsiderar reiteradamente pleitos, dúvidas e necessidades específicas produzidas pelos danos experimentados por cada membro das diversas comunidades. Sem a integração dos vitimados, as medidas implementadas pela Fundação, compelidas pelo dilema do negociador, iniciaram uma sequência de desvirtuamentos nos termos da negociação por princípios, propagando repercussões que refletiram na mediação, ao transigir aspectos essenciais à garantia da concomitância do respeito ao relacionamento das partes e às metas aspiradas.

Violando a separação das pessoas do conflito, a não incorporação dos afetados por Fundão, impede que os indivíduos se reconheçam nos artifícios impostos e os vejam como uma solução apropriada, diante dos dramas particulares e coletivos vivenciados (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2020, p. 8-9). Por não atuarem

ativamente, ao invés de receberem como bem-intencionadas as propostas da Renova, estas são, na verdade, enxergadas pelo ângulo da desconfiança, permeada pela desvalorização da condição de sujeito atingido e pelo receio da revitimização, em face de um acordo possivelmente desbalanceado, não projetado para atender as necessidades, mas sim, elaborado mediante a abertura dos vitimados em prestar informações, suscitando a formação do binômio ganhador-perdedor e da consequência muito boa-péssima, em andamento típico do dilema do negociador.

No modelo das *claims resolution facilities*, o resultado negativo do dilema é reforçado, pois a mesma instituição que detém a incumbência de controlar as verbas relativas as compensações, decide, em um procedimento inquisitorial, com relação aos aptos e aos inaptos a ingressar no programa de reparação. A falta de paridade configura uma relação pautada pela desigualdade de possibilidades, já que de um lado tem-se uma potencial vítima, em estado de vulnerabilidade, muitas vezes, sem a apropriada assistência jurídica, devido às limitações da Defensoria Pública e dos serviços privados de advocacia contratados pela Renova, e do outro, há um organismo hierarquicamente superior, concentrando atribuições, recursos e poderes (MINISTÉRIO PÚBLICO et al., 2018, p. 13). Pelas diferenças, a característica coparticipativa da mediação míngua, de forma que a disparidade favorece a vantagem ao demandar, incentivando o crescimento da tensão no dilema do negociador.

Ainda sobre o primeiro preceito da negociação por princípios, contata-se que a dificuldade de comunicação com a Fundação Renova, denota a perda de mais um elemento significativo da dimensão ganha-ganha: a troca de informações. As implicações tornam-se claras, quando se entende que a Renova é a responsável por repassar aos atingidos esclarecimentos, quanto aos direitos que possuem, aos impactados do desastre, ao modo de proceder a compensação. Por ser realizada diretamente pela Fundação, sujeito parcial, as exposições tornam-se danosas, inclusive, à própria mediação, posto que, em vez de o mediador assumir a totalidade da intermediação dos discursos, ele está restrito as sessões de indenização, restando estas prejudicadas, pelos demais diálogos sem o terceiro imparcial, porquanto se revigora a assimilação das partes e dos problemas como uma única questão.

Sem a interlocução clara e acessível a todos os interessados, a reciprocidade não se aperfeiçoa, ao fazer com que os canais responsáveis pelo fluxo de conteúdos interrompam-se ou remanesçam desgastados, inviabilizando o intercâmbio de objetivos e emoções. Desprovida da devida consideração, a questão emocional

perpetua sentimentos contraproducentes às condições necessárias à produção de um acordo profícuo, corroborando com o ciclo de discussões improdutivas, desperdício de tempo e a sensação de que não há resultados de ganhos mútuos possíveis.

Persistindo a confusão entre personagens e adversidades, conquanto a Fundação Renova não seja a responsável pela tragédia, ela passa a ser compreendida como segmento e representante da Samarco, reanimando o receio das vítimas de serem afetadas negativamente pela empresa (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2018, p. 71). A sensação de insegurança incentiva, na mediação, o comportamento não contributivo dos impactados, terminando por desencadear a demanda por valor e consumir a escalada de tensão no dilema do negociador, produzindo acordos medíocres.

A exploração da informação também merece atenção ao tratar dos aspectos relativos aos critérios de elegibilidade para participação no PIM. A problemática que se apresenta, surge vinculada ao procedimento de transferência de intuítos e sentidos, porquanto as vítimas, de modo nítido, devem apresentar vários esclarecimentos a respeito de aspectos pessoais e dos danos que entendem terem sofrido, contrastando com a prestação de dados pela Renova, que acontece de forma dificultosa e dotada de referências inverídicas (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2018, p. 20-21). Pela falta de paridade na troca de conhecimentos, prejudicam-se os princípios do foco nos interesses e da formulação de opções, pois desconhecendo-se as metas e as necessidades. Mesmo na mediação, o pleito torna-se incapacitado de superar a negociação por posições, abrandando-se a perspectiva da criação de valor e da formação de soluções mutuamente benéficas.

Pela perda dos princípios, ainda há a distorção da estipulação de critérios objetivos, os quais passam a ser utilizados para validar concessões e a sobreposição de vontades. Defronte essas circunstâncias, a formação dos papéis desempenhados colaborativa e competitivamente acaba por, irremediavelmente, conduzir ao corolário muito bom-péssimo ou medíocre do dilema do negociador.

Por efeito da desnaturação da negociação por princípios, indica-se que, no Programa de Indenização Mediada, vigora uma negociação investida por posições contrárias, onde, de um lado, a Fundação Renova tem a missão de reparar e neutralizar a devastação provocada pela barragem de Fundão e, do outro, os acometidos pela calamidade buscam a maior contrapartida possível. Assente à mecânica do ressarcimento, caso a tensão entre criação de valor e a requisição de

ganhos não seja arrefecida, o resultado será desfavorável para a Fundação, por exemplo, com o pedido de extinção ou ajuizamento de cumprimento de compromisso de conduta, e para as vítimas, com as indenizações ineficazes.

Na tentativa de reverter o quadro factual, melhorando a participação dos atingidos e o acesso à informação, os órgãos de fiscalização cobraram da Renova a mudança de postura. Para tanto, a Fundação deveria trazer dados verdadeiros e acessíveis, bem como viabilizar as assessorias técnicas previstas no Aditivo ao Termo de Ajustamento de Conduta Preliminar, permitindo que os vitimados tivessem um melhor entendimento sobre as condições que apresentavam e os danos sofridos.

Apesar dos benefícios dos informes claros e da assessoria técnica, continuou havendo, na interlocução entre a Renova e os atingidos, a possibilidade de exploração, por meio da permuta inadvertida de dados, da falta de confiança, do foco nas posições, da desconsideração das questões emocionais, da ausência da construção consensual de formas de solução. Nesse quadro, constata-se que o dilema do negociador, ao motivar a postura ganha-perde, prejudica o acesso à justiça, na perspectiva da “terceira onda”, porquanto a mediação tem as condições de possibilidade para os acordos reciprocamente salutares mitigadas.

Na direção em favor do aprimoramento da relação formada pela Fundação e pelos atingidos, visando o acesso à justiça, a adequada compensação e a funcionalidade das *claims resolution facilities* semelhantes à Renova, a mediação, através de uma ampliação, continua detendo potencial para ser aplicada com efetividade. Dessa forma, pelo redimensionamento, estimulam-se as circunstâncias integrativas favorecedoras do contexto para elaboração de acordos reciprocamente profícuos, em desfavor dos desfechos lesivos causados pela preponderante competitividade trazida pelo dilema do negociador.

5 CONCLUSÃO

A análise dos conteúdos coadunados nesta pesquisa permite perceber que buscou-se conhecer as implicações do dilema do negociador, na qualidade de obstáculo ao acesso à justiça, em razão da mediação desenvolvida pela Fundação Renova, no Programa de Indenização Mediada (PIM). Outrossim, pelo caso aventado, também se explorou os efeitos do aludido dilema para as *claims resolution facilities*.

Em um primeiro momento, observou-se o desastre da barragem de Fundão, englobando-se as consequências ambientais, sociais, econômicas, ao apresentar uma calamidade única na realidade brasileira e internacional. Pela excepcionalidade dos impactos, uma via de reparação mais diligente do que o Poder Judiciário, foi concebida, pelo Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta (TTAC): a *facility* Fundação Renova, encarregada de gerenciar os programas de reparação e compensação, dentre os quais, o PIM, designado a, através da mediação, determinar as indenizações aos particulares.

A atividade de compensação realizada no PIM, contudo, deu-se pautada por desaprovações identificadas pelos órgãos de fiscalização. Questões como comunicação inapropriada, restrição dos atingidos na elaboração dos dispositivos compensatórios, aplicação de negociação de soma-zero, presentes na vigência do TTAC, continuaram a existir no TAC Governança, promovendo a perda da pluralidade e das contribuições dos diversos sujeitos e coletividades afetadas.

Em razão do PIM ser pautado na mediação, prosseguiu-se a investigação desta técnica no âmbito do acesso à justiça. Da verificação, restou que a mediação integra um mecanismo adequado de pacificação social, devendo, para tanto, ser conduzida pelas partes, com o auxílio de um terceiro imparcial, viabilizando a comunicação e a negociação por princípios, ao propiciar as condições de uma tratativa integrativa, mais apta ao entendimento e ao acesso à justiça, ao oportunizar o respeito ao relacionamento e aos objetivos das partes, em despreço da transação distributiva.

Através dessas reflexões, percebeu-se que a dinâmica do PIM, detentora da premissa de ser ganha-ganha, na verdade enveredou por um dispositivo ganha-perde. A mudança percebida, corresponde a um dos principais problemas no campo das negociações: o do dilema do negociador.

No dilema, em que pese a possibilidade de ambos os negociadores colaborarem e alcançarem resultados positivos, estes, pelo risco de serem reciprocamente explorados, ingressam na reivindicação de ganhos, levando a resultados muito bom-péssimo ou medíocres. Nesse quadro, caso a tensão entre a criação e a demanda por valor não seja administrada, frustra-se a negociação.

Na conjuntura do dilema do negociador, reconheceu-se a vertente integrativa como a mais propícia a lidar com a tensão. Porém, para efetiva condução da técnica, faz-se pertinente o controle das informações permutadas pelas partes, porquanto a desigualdade entre as noções é o que fomenta a exploração e a indução distributiva.

A despeito da mediação ser uma ferramenta apta a lidar com o dilema, através da ação do terceiro imparcial e da possibilidade de aplicação da negociação por princípios, não foram estas as constatações alcançadas do PIM. Pelas dificuldades na comunicação, pela estrutura inquisitorial, por transmitir os direitos dos atingidos e os esclarecimentos sobre o desastre, condensando a mediação apenas às interlocuções relativas aos valores, desrespeitou-se a negociação por princípios, estimulando as implicações negativas do dilema do negociador.

Nesse sentido, as providências dos órgãos de fiscalização, seja pela obrigatoriedade da Renova de prestar informações desveladas e corretas, ou pela assistência técnica, não foram capazes de mitigar a tensão do dilema. A inépcia subsiste, já que permanece a não implementação da negociação por princípios e a comunicação direta da Fundação Renova com os atingidos.

Em resposta ao cenário desfavorável, a mediação deve ser repensada, visando-se propiciar a efetividade da *claims resolution facility* Renova. O novo desenho deve ampliar a mediação, ao incorporar o papel de formar uma ponte entre as vítimas e a Fundação, de modo que, as pessoas passem a ter acesso às informações decorrentes da *facility*, bem como, pela organização mediadora, deem-se as apurações dos elegíveis ao PIM. Por essa prática, os dados confusos ou improcedentes da Renova seriam filtrados, tratados e disponibilizados, tendo os efeitos deletérios amortizados. Em paralelo, os afetados por Fundão encontrariam um serviço capaz de acolher as emoções e os interesses, dirimindo a conotação negativa da Fundação, ao mesmo tempo em que esta deixaria de angariar vantagens acerca do caráter inquisitorial e dos dados pessoais obtidos.

Alargando a mediação, há maior chance da participação consensual e da implementação da negociação por princípios, reduzindo a tensão no dilema do negociador, ou, ao menos, evitando-se táticas e acordos distributivos, capazes de prejudicar as partes e o acesso à justiça. Diante do exposto, o caso particular do desastre da barragem de Fundão e do Programa de Indenização Mediada gerenciado pela Fundação Renova ganham significativa relevância, ao permitir compilar o senso de que, caso outra *claims resolution facility* restrinja a mediação, o envolvimento dos que tiveram os direitos violados e deixe-se conduzir pela aparente vantagem alavancada no dilema, ela promoverá e enfrentará barreiras similares ao adequado tratamento do conflito e ao acesso à justiça, comprometendo o funcionamento do sistema de reparação e compensação.

REFERÊNCIAS

ARROW, Kenneth et al (org.). **Barriers to conflict resolution**. New York: W. W. Norton & Company, 1995. 358 p.

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 72 p.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168 p.

COSTA, Patricia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. **Lei de Arbitragem e Lei de Mediação Anotadas**. Londrina: Toth, 2020. 67 p.

DEPARTMENT OF JUSTICE. **Organization, mission and functions manual: community relations service**. Community Relations Service. 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/jmd/organization-mission-and-functions-manual-community-relations-service>. Acesso em: 18 set. 2021.

EUROPEAN UNION. Directive nº 2008/52/EC, de 21 de maio de 2008. On certain aspects of mediation in civil and commercial matters. Strasbourg, Disponível em: http://publications.europa.eu/resource/ellar/765b7161-8950-44ca-9b48-03ef5954ce8a.0006.03/DOC_1. Acesso em: 18 set. 2021.

FALECK, Diego. Desenho de sistemas de disputas e os rompimentos das barragens de Fundão e Santarém: programa de indenização mediada (PIM). **Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 13-15, nov. 2017.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordo sem fazer concessões**. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. 224 p.

FREITAS, Carlos Machado de; SILVA, Mariano Andrade da; MENEZES, Fernanda Carvalho de. O desastre na barragem de mineração da Samarco: fratura exposta dos limites do Brasil na redução de risco de desastres. **Ciência e Cultura**, v.68, n.3, p. 25-30. set. 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Avaliação dos Impactos e Valoração dos Danos Socioeconômicos Causados para as Comunidades Atingidas pelo Rompimento da Barragem de Fundão: análise das matrizes de danos no contexto da reparação do desastre do rio Doce**. São Paulo: FGV, 2019. 64 p.

_____. **Impactos do Rompimento da Barragem de Fundão Sobre a Renda Agregada nos Estados e sub-regiões de Minas Gerais e Espírito Santo**. São Paulo: FGV, 2020. 82 p.

_____. **Reparação Individual nos Territórios de Rio Doce, Santa Cruz do Escalvado e Chopotó: uma análise do desenho, procedimentos e da cobertura do**

cadastro, do programa de indenização mediada e do auxílio financeiro emergencial da fundação renova. São Paulo: FGV, 2020. 284 p.

GOVERNMENT OF CANADA. **Labour Relations**: Federal Mediation and Conciliation Service. 2021. Disponível em: <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/services/labour-relations.html>. Acesso em: 18 set. 2021.

KOROBKIN, Russell. **Negotiation**: theory and strategy. 2. ed. Toronto: Wolters Kluwer, 2009. 454 p.

LAX, David A.; SEBENIUS, James K. **The Manager as Negotiator**: bargaining for cooperation and competitive gain. New York: The Free Press, 1986. 395 p.

LEMPEREUR, Alain Pekar; SEBENIUS, James; DUZERT, Yann (org.). **Manual de Negociações Complexas**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2011. 172 p.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. **Fundamentos de Negociação**. 5. ed. Porto Alegre: AMGH, 2014. 315 p.

MAYER, Bernard S. **The Dynamics of Conflict Resolution**: a practitioner's guide. San Francisco: Jossey-Bass, 2000. 263 p.

_____. **Beyond Neutrality: confronting the crisis in conflict resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2004. 312 p.

MCGOVERN, Francis E. The what and why of claims resolution facilities. **Stanford Law Review**, [s.l.], v. 57, p. 1361-1389, abr. 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Ação Civil Pública nº 5023635-78.2021.8.13.0024**. Belo Horizonte: MPMG, 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL; MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Parecer Nº 279/2018/SPPEA**. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/parecer-no-279-2018>. Acesso em: 31 ago. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL et al. **Recomendação Conjunta Nº 10 de 26 de março de 2018**. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-conjunta-mpf-fundacao-renova>. Acesso em: 15 jun. 2021.

RAMBOLL. **Auditoria Rio Doce**. 2017. Disponível em: <https://auditoria-riodoce.ramboll.com/>. Acesso em: 14 jun. 2021.

_____. **Monitoramento do Programa 02**: indenização mediada (PIM). Indenização mediada (PIM). 2019. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/relatorios-ramboll/pg02_folder_nov2019-1.pdf. Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. **Indenização Mediada (PIM):** monitoramento do programa 02. 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/relatorios-ramboll/folders-2020/pg002_v10_20-10-2020_aprovado.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

_____. **Relatório de monitoramento mensal dos programas socioeconômicos e socioambientais para reparação integral da bacia do Rio Doce:** mês 052. 2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/documentos/relatorios-ramboll/pr-mg-00023462_2021.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

SAMARCO. **Relatório bienal:** 2015-2016. 2015-2016. 2017. Disponível em: https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2020/12/Samarco_Relatorio-Bienal-2015_16-08092017.pdf. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. **Reparação.** 2021. Disponível em: <https://www.samarco.com/reparacao/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. **Da mina ao porto.** 2021. Disponível em: <https://www.samarco.com/da-mina-ao-porto/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

_____. **Plano de Recuperação Judicial:** Samarco Mineração S.A. - em recuperação judicial. Samarco Mineração S.A. - Em recuperação judicial. 2021. Disponível em: https://www.samarco.com/recuperacaojudicial/wp-content/uploads/2021/06/1Plano_Recuperacao_Judicial.docx.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

_____. **Relações sociais.** 2021. Disponível em: <https://www.samarco.com/relacoes-sociais/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. **Addresses Delivered At The National Conference On The Causes Of Popular Dissatisfaction With The Administration Of Justice**, 70 F.D.R 79, 1976, Saint Paul. ANAIS. Toronto: Thomas Reuters, 2017, p. 18-32.

SEBENIUS, J.K. Negotiation Analysis: A Characterization and Review. **Management Science**, Linthicum, v. 38, n. 1, p. 18-38, jan. 1992.

WATKINS, Michael (org.). **Negociação.** 12. ed. Rio de Janeiro: Record, 2019. 206 p.