

TEORIA GERAL DO CONFLITO

– visão do Direito

Antonio Rodrigues de Freitas Jr.

b.1.1 Anotações introdutórias

Ao longo da vida todos os seres humanos e da existência de qualquer ente social (associações, sociedades, instituições políticas, etc.), o conflito está presente como um fator relevante e não raro decisivo.

Sua ocorrência proporciona vitórias, impõe derrotas, organiza alianças, constitui adversários e acima de tudo: invariavelmente consome energia, não apenas dos sujeitos diretamente envolvidos no conflito como também dos que estão à sua volta e, em muitos casos, de toda a sociedade.

Já houve na filosofia e na teoria social quem considerasse o conflito, por seu potencial desagregador, uma patologia social ou mesmo uma deformidade na condução das relações intersubjetivas.

Nos dias de hoje essa percepção negativa do conflito cedeu lugar ao reconhecimento de sua ambiguidade, ou seja: tanto pode o conflito ser algo negativo como uma experiência positiva, ou até mesmo (o que parece frequente), uma ocorrência capaz a um só tempo de ocasionar perdas e de possibilitar ganhos. Assim, pode representar para os sujeitos nele envolvidos e para a sociedade uma ocorrência dolorosa e desagregadora ou virtuosa e transformadora; tudo a depender da aptidão para lidar com ele.

Hoje predomina o reconhecimento de que não é possível suprimir o conflito da vida em sociedade. As experiências políticas em que se tentou erradicar, proibir ou sancionar a exteriorização de conflitos, jamais tiveram êxito. Por sinal, muito do flagelo totalitário, na história recente da humanidade, deveu-se à ambição política de erradicar conflitos.

Por outro lado, a aceitação do conflito, como ingrediente natural da vida em sociedade, é característico das sociedades abertas e democráticas. Para essas, as diferenças na forma de ser, de crer, de pensar e de agir, são não apenas toleradas como enaltecidas.

Não quer isso dizer que nas sociedades democráticas, em que os conflitos são aceitos com naturalidade, as instituições políticas e o direito sejam-lhes indiferentes. Seu potencial desagregador impõe, em especial às sociedades democráticas, o ônus de conceber e de implementar ações destinadas a: 1) tratar os fatores que tendem a provocar conflitos, evitando assim que muitos deles sequer ocorram; e 2) oferecer mecanismos de administração dos conflitos, no caso de sua ocorrência, de modo a 2.1) permitir que sejam resolvidos da forma mais justa e menos onerosa e 2.2) reduzir as chances de que sejam capazes de colocar em risco a própria democracia.

Mas o que é mesmo conflito? O que o define? O que o distingue de figuras semelhantes que, todavia, guardam com ele diferenças qualitativas? Para responder a essas perguntas, antes de mais nada, é necessário destacar que a palavra conflito tem muitos significados. Ou seja: não existe “um” só fenômeno a que se pode, corretamente, denominar conflito.

Assim, por exemplo, podemos falar do conflito como o desconcerto entre nossos desejos íntimos e a aceitação da necessidade ou da possibilidade de sua realização; algo próximo do que convencionou designar conflito intrapsíquico.

Podemos chamar de conflito à colisão de dois corpos em movimento, como por exemplo a que ocorre num choque de asteroides. Também não seria impróprio empregar a palavra conflito para qualificar a disputa desportiva, a competição econômica ou os concursos em geral. Seguindo por aí, seria possível arrolar um feixe muito numeroso de exemplos.

Como o termo “conflito” presta-se a muitos empregos distintos e igualmente legítimos, é preciso individuar um pouco mais “esse” conflito que constitui objeto da mediação e da conciliação.

É “desse” conflito que nos interessa tratar aqui.

Para ficarmos nos exemplos citados, parece intuitivo reconhecer que a mediação e a conciliação, de que nos ocupamos aqui, não se destinam ao tratamento de conflitos intrapsíquicos, nem tampouco aos conflitos da física e do esporte.

Para evitar confusões propomos acrescentar a “esse conflito”, objeto da mediação e da conciliação, um “sobrenome” ou um complemento nominal que permita claramente indicar quando nos referirmos a ele. Chamemos a “esse conflito”, ao acaso e à falta de melhor “sobrenome”, de conflito intersubjetivo de pretensões de justiça ou simplesmente: conflito intersubjetivo de justiça.

A literatura sobre mediação tem-se ocupado da definição de conflito¹. Nela aparecem definições bastante variadas, o que é revelador de

¹ Um clássico no assunto prefere afirmar que “existe conflito quando quer que ocorram atividades incompatíveis” (Deutsch, 1973, 10). Ao prometer uma definição para conflito, Mayer (2000, 4) resolve-se pelo seguinte atalho: “O que é conflito? Conflito pode ser visto como ocorrendo em dimensões cognitivas (percepção), emocionais (sentimentos), e comportamentais (ações)”. E fica por aí. Marinês Soares (1996, 78) vai mais além, e, ao tratar da distinção entre disputa e conflito, propõe: “No campo da mediação entendemos por conflito: - um processo interacional, que como tal nasce, cresce, desenvolve-se e pode às vezes se transformar, desaparecer e/ou se dissolver, e outras vezes permanecer relativamente estacionário; - que se dá entre duas ou mais partes (...); - em que predominam as interações antagonicas sobre as interações atraentes ou atrativas; - interações nas quais as pessoas que intervêm o fazem como seres rotais (...) – por vezes, porém não obrigatoriamente, agressivas; - que se caracteriza por ser um processo co-constituído pelas partes; - um processo complexo e como tal não pode ser abarcado totalmente por uma definição”. Maria Inês Targa (2004, 28) apóia-se no dicionário e chama de conflito o “embate dos que lutam. Discussão acompanhada de injúrias e ameaças; desavença. Guerra. Luta, combate. Colisão”. Num dos competentes trabalhos acadêmicos realizados no Brasil sobre o tema, Lília Sales reúne ao menos nove diferentes definições para mediação de conflito conquanto não deixe claro o que entende, ela própria, por conflito (2003, 23-27). Um enunciado próximo ao que é proposto neste capítulo encontra-se em Sampaio e Braga Neto (2007, 31) para os quais, enfatizando a finalidade didática da proposição, “pode-se definir (conflito) como um conjunto de propósitos, métodos ou condutas *divergentes*, que acabam por acarretar um choque de posições antagonicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas”.

que o fenômeno conflito, tão central para mediação e para a conciliação, ainda está a merecer um esforço de estudo e de mediação.

Sugerimos nesse ponto resgatar, para o campo da mediação, parte do que já se acumulou no terreno da ciência política para a compreensão do conflito. Mas isso não é suficiente; é preciso acrescentar, à contribuição da ciência política, um ingrediente relevantíssimo para a mediação e a conciliação: o problema moral em torno do que é justo. A ciência política atenta para todos os tipos de conflitos interpessoais; já à mediação e à conciliação, enquanto ferramentas de intervenção de políticas públicas de justiça (ainda que não necessariamente do Judiciário), interessam especialmente aqueles em que esteja presente um desconcerto no terreno moral.

Em outras palavras: sujeitos envolvidos nos conflitos submetidos à mediação não convergem quanto à forma moralmente mais justa para sua solução. Já nos demais conflitos essa grandeza, especificamente moral, não está necessariamente presente.

Disputas meramente comerciais, esportivas, certames públicos tais como concursos e licitações, etc., são exemplos de disputas – não raro acirradas – que entretanto não constituem (nem se resolvem como) problema moral ou de justiça; exceto se porventura os interessados puserem em questão a justiça das próprias regras concorrenciais, esportivas ou editalícias. Observe-se que mesmo nesse caso a controvérsia moral não incide diretamente sobre a disputa, mas sobre as regras que a antecedem e a devem presidir.

O ponto a reter é o seguinte: para as políticas públicas de justiça, que ambicionam oferecer meios pacíficos de administração de conflitos, realmente importam aqueles que se expressam por função da divergência em torno de valores morais. Por outro lado, de igual modo, a conciliação e a mediação não podem ser exercidas de modo indiferente à agenda moral; diversamente do que ocorre nos conflitos econômicos, por exemplo, que comportam soluções de mercado (em geral não muito justas, aliás).

Exemplificando:

Duas ou mais corporações podem enfrentar-se numa disputa em torno de uma agenda comercial qualquer. Como é próprio das relações interempresariais, a competição estará presente e certo equilíbrio, se e quando possível, será aquele alcançado por uma equação de poder, fortuna ou habilidade. Em outros termos, a disputa ou conflito econômico, nesse caso, revela apenas contraposição de interesse, sem que essa

contraposição seja orientada por valores de justiça distintos. É por isso que se afirma que decisões de mercado são equações de poder, não de justiça.

Peguemos outro cenário. As mesmas corporações podem disputar quanto à participação de cada qual na reparação e mitigação de danos ambientais, ocasionados pelo consórcio, formado por ambas, para a construção de uma plataforma de extração de petróleo. Nesse caso claramente estará em questão não apenas o que cada uma pretende ganhar e aceita conceder, mas a justa medida pela qual cada uma deve ser responsabilizada pelo sinistro. E assim por função, seja da culpabilidade, seja da participação relativa de cada qual. Eis o fator específico que nos permite afirmar estarmos, nesse caso, diante de uma disputa em que se projeta um verdadeiro conflito de justiça.

Com o que foi dito até aqui, podemos então afirmar que a noção de conflito intersubjetivo de justiça não deve ser confundida com a de controversia ou disputa, característica do que exemplificamos acima com a disputa ou conflito econômico. Passemos ao detalhamento de seus pontos de coincidência e de contraste.

Nos conflitos de justiça, assim como nas disputas, estão presentes: 1) dois ou mais sujeitos, 2) duas ou mais possibilidades de decisão alocativa; 3) comportamentos praticados em sentido contraposto. Diversamente, porém, do que ocorre nas disputas, nos conflitos de justiça necessariamente estão presentes duas ou mais apropriações morais sob a mais justa decisão alocativa.

Desse modo, se todo conflito de justiça tende a se expressar sob a forma de disputa, nem toda disputa é conflito de justiça.

A distinção é relevante e está longe de exibir interesse apenas teórico. Num típico conflito de justiça, é papel dos poderes públicos prover os meios para sua pacífica administração. Nesse caso, o acesso a tais mecanismos é direito subjetivo público dos cidadãos. Já no caso de uma simples disputa econômico-comercial ou desportiva, por exemplo, cabe ao mercado e interessa sobretudo aos atores envolvidos a busca de mecanismos que facilitem sua equação.

Com isso já estamos em condições de apresentar os ingredientes conceituais para a noção de conflito intersubjetivo de justiça.

h.1.2 Os sujeitos

Em primeiro lugar cabe realçar que nos ocupamos aqui de conflitos intersubjetivos; vale dizer: conflitos que envolvem dois ou mais atores revestidos de subjetividade.

A afirmação é aparentemente pueril e parece até certo ponto redundante. Se se cuida de conflito “intersubjetivo”, é intuitivo que envolvem mais que um sujeito.

O ponto relevante para o qual se quer chamar a atenção consiste exatamente em saber o que se entende por sujeito de conflito?

Certa tradição da literatura de mediação, orientada estritamente para conflitos de família e vizinhança, tende a reconhecer como sujeito de conflito apenas pessoas; ou seja, seres humanos.

É fora de dúvida que seres humanos podem desempenhar o papel de sujeitos de conflito de justiça. Há, porém, outros sujeitos de conflitos de justiça que não são nem seres humanos, nem sequer necessariamente compareçam revestidos de personalidade jurídica (vale dizer, tampouco exibem a qualidade de pessoa por ficção jurídica).

É o caso dos atores institucionais, empresariais, associativos, sindicais, partidários, religiosos, etc. Esses entes podem ser – e de fato são – relevantes sujeitos de conflitos de justiça, conquanto não sejam pessoas humanas, nem são sequer formalmente constituídos como pessoas jurídicas na forma da lei. Um grande grupo econômico, embora seja apenas um sujeito para fim de mediação e de conciliação, constitui-se, por definição, de duas ou mais pessoas jurídicas.

A redução do sujeito de conflito de justiça ao qualificativo de pessoa é, como se vê, imprecisa e tende a ignorar ou subestimar o importantíssimo papel desempenhado pelos atores institucionais coletivos na massificação dos conflitos contemporâneos. Conflitos que não apenas comportam mediação ou conciliação, como para eles seu emprego poderá ser de grande proveito.

b.1.3 O objeto

Nas disputas em geral, e nos conflitos de justiça em especial, os sujeitos encontram-se diante do que se convencionou chamar de problema alocativo.

O que vem a ser um problema alocativo?

Problema alocativo é o que emerge do ônus decidir a quem destinar: um bem, material ou imaterial, que se supõe escasso, ou um encargo, material ou imaterial, que se reputa inevitável (Freitas, 1994; 2009, 517-534).

Aproximemo-nos um pouco mais da ideia de problema alocativo.

Como dito, duas são as circunstâncias em que emerge o que chamamos aqui de problema alocativo: 1) na hipótese de suposta escassez de bens de qualquer natureza (materiais ou imateriais), ou 2) na de suposta inevitabilidade da imposição de um encargo (ônus, perda, exclusão), também aqui de qualquer natureza (material ou imaterial).

b.1.4 Escassez real ou presumida

A escassez de bens pode ocorrer numa circunstância real de bens necessários a todos os integrantes de um dado grupo ou comunidade, como por exemplo, uma situação de desabastecimento alimentar decorrente de um evento natural e incontornável de graves proporções; do que resulta uma situação inevitável de fome a ser suportada por seus membros. Nesse caso, de escassez real ou objetiva, o problema alocativo reside na dificuldade (e daí o substantivo problema) de se estabelecerem critérios universalmente aceitos por seus destinatários(em situações ordinárias ninguém preferirá a fome ao alimento). Nesse cenário, a escolha que a situação objetiva impõe implica eleger não somente aqueles a quem os alimentos serão destinados, mas sobretudo aqueles a quem não serão destinados. No limite, escolhas revestidas por esse grau de tragicidade poderão implicar decisões entre a vida e a morte.

Ainda nas circunstâncias de escassez absoluta, para a construção de parâmetros destinados à solução dos conflitos, é analítica e moralmente relevante ter presente a medida em que a escassez foi deliberada ou conscientemente produzida, ou mesmo deliberadamente não evitada.

(Calabresi e Bobitt, 1978: 17-28). Daí a importância de distinguir os dilemas que subjazem a deliberações de primeira ordem (que dizem respeito ao quanto e ao quê produzir, dentro de um quadro previsível de limitações naturais), daqueles presentes na decisões de segunda ordem (referentes ao quanto e a quem será destinado o que foi produzido).

Mais freqüentes parecem ser os problemas alocativos decorrentes da escassez presumida de bens, vale dizer, os casos em que escassez é construída pela percepção subjetiva dos atores, antes que um dado de realidade.

A distinção assim parece despojada de consequências práticas.

E assim porque os sujeitos comportam-se conforme cálculos, cenários, prospecções, e receios balizados pela “escassez” medida segundo suas respectivas percepções; pouco importando, nesse particular, a veracidade das medidas. Desse modo, retornando ao exemplo do desabastecimento de alimentos: nada está a indicar que as dificuldades alocativas do problema seriam substancialmente diversas se a escassez fosse apenas fruto de uma percepção equivocada dos sujeitos, e não um dado de realidade.

O quadro de realidade em que se situam e se movem os sujeitos é aquele que percebem como sendo o verdadeiro.

Essa distinção, conquanto aparentemente sem importância prática, revela sua utilidade quando, na prática da mediação, forem pensados cenários alternativos sob o ângulo de sua plausibilidade concreta.

b.1.5 Bens ou encargos

Sob o ângulo lógico, a alocação positiva de um bem escasso é o equivalente matemático da alocação negativa de um encargo. Exemplifica-se: o problema alocativo consistente na identificação de critérios de justiça para selecionar um receptor de órgão ou um calouro no ensino universitário, é logicamente equivalente àquele presente na distribuição de nova carga tributária ou de dispensa no emprego.

Acada destinação positiva de um bem escasso corresponderá uma privação, assim como a cada encargo imposto corresponderá um efeito exoneratório.

b.1.6 A conduta

Um problema alocativo hipotético somente exibirá grandeza de conflito se, e na medida em que, os sujeitos nele envolvidos reproduzirem comportamento de antagonismo.

Fora desse cenário, estaremos tão somente diante de uma situação de contradição abstrata e não propriamente de relação de conflito.

Importa notar que a maior ou menor consciência e intencionalidade, por parte dos sujeitos, acerca da contraposição vetorial de seus comportamentos, não é essencial para a caracterização do conflito, (embora seja de grande importância como fator a ser considerado na intervenção mediadora).

Para a materialidade do conflito é necessária a ação vetorialmente contraposta dos sujeitos. Não a consciência nem a intencionalidade da contraposição.

A situação reversa, entretanto, não será verdadeira: ainda que um sujeito aja, consciente e intencionalmente, visando a colidir com sua contraparte, a ação somente proporcionará materialidade ao conflito se for recebida nessa qualidade. Esse caso bem se ajusta ao célebre provérbio: “quando um não quer dois não brigam”.

b.1.7 O valor

Já nos deitamos acima na importância do fator moral para a caracterização das disputas como conflitos de justiça.

A essa altura cabe apenas acrescentar mais algumas afirmações relevantes.

Quando se afirma a não coincidência, entre os sujeitos, acerca da solução mais justa para um problema alocativo, procura-se realçar que por traz da pretensão e da ação residem aspectos morais que estão a merecer tratamento.

E por aspectos morais designam-se não apenas aqueles que sejam reconhecidos e validados pelo sistema jurídico, como igualmente aqueles que porventura o transgridam.

Moralidade, nesse sentido, não é sinônimo de juridicidade nem de legalidade.

Essa distinção é particularmente relevante para a mediação porque a solução por ela alcançada não passa pelo balizamento nem pelo aconselhamento de terceiro. Nem, tampouco, pela tentativa de produzir uma decisão que melhor se acomode ao repertório de justiça validado pelo sistema jurídico.

É bem verdade que de mediações não poderão resultar decisões ilícitas; ainda que conformes com o repertório da moralidade de seus protagonistas. O controle da legalidade — melhor seja talvez afirmar, o controle sobre eventuais ilegalidades — será realizado após o término do processo, como condição necessária à validação da solução alcançada pelos sujeitos. Não, porém, como pauta de valores a serem perseguidos durante o curso do processo. Nisso reside, com certeza, uma das mais relevantes diferenças entre a mediação e a jurisdição.

b.1.8 Uma definição

Levando em conta os parâmetros acima, podemos agora concluir sugerindo uma definição para o conceito de conflito intersubjetivo de justiça.

Denominam-se conflitos intersubjetivos de justiça situações em que estejam presentes, simultaneamente, 1. no plano objetivo, um problema alocativo, incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos por inevitáveis, sejam tais bens e encargos de natureza material ou imaterial; 2. no plano comportamental, consciente ou inconsciente, intencional ou não, a contraposição no vetor de conduta entre dois ou mais sujeitos e; 3. no plano moral: percepções não convergentes, sobre como tratar o problema alocativo, sob o ângulo dos valores de justiça.

Referências

- Galabresi, Gido. Bobbitt, Philip. (1978). *Tragic Choices: the conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York — London: W.W.Norton & Company.
- Deutsch, Morton. (1973). *The Resolution of Conflict*. Constructive and Destructive Processes. New Haven — London: Yale University Press.

Freitas Jr., Antônio Rodrigues de. (1994). “Legal Norms, Local Norms and Bargaining Procedures in Layoff: the case of Brazil”. Elster, Jon. Engestrød, Fredrik (org) *et alii. Layoffs and local Justice*. Oslo: Institutt for samfunnsforskning.; 160-173.

(2009). “Conflitos de Justiça e limites da Mediação para a difusão da Cultura da Paz”. Salles, Carlos Alberto de. Coordenador. VV.AA. *As Grandes Transformações do Processo Civil Brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin; pp. 509-534.

Mayer, Bernard. (2000). *The dynamics of conflict resolution: a practitioner’s Guide*. San Francisco, Jossey-Bass.

Sales, Lília Maia de Morais. (2003). *Justiça e Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey.

Sampaio, Lia Regina Castaldi. Braga Neto, Adolfo. (2002). *O que é mediação de conflitos?* São Paulo: Brasiliense.

Suares, Marinés. (1997). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires, Paidós.

Targa, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. (2002). *Mediação em Juízo*. São Paulo: LTr.

NEGOCIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS

Eduardo Tabacow Hidal
Lia Regina Castaldi Sampaio

Negociação é “uma forma de tomada de decisão na qual duas ou mais partes conversam entre si visando solucionar seus interesses opostos”. A negociação é fundamentalmente uma habilidade interpessoal

Dito de outra forma, as partes envolvidas em uma controvérsia tentam criar um acordo que resolva o conflito estabelecido entre elas, de forma diferente de recorrer à força ou à decisão de um terceiro. Dado que conflitos podem surgir em todos os aspectos da vida, a negociação pode ser uma técnica importante e viável para a resolução de conflitos.

A forma mais tradicional de negociação é chamada de *negociação distributiva*. Mais comumente chamada de barganha, esta abordagem presume que os recursos a serem negociados são fixos, tal que o ganho de um negociador resulta em uma perda para o outro.

Para a resolução de conflitos, no entanto, é necessário adotar outra abordagem chamada de *negociação integrativa*, na qual os negociadores procuram resolver uma disputa de maneira que maximize os seus interesses respectivos (ao contrário de ter um ganhador e um perdedor, ou de dividir a diferença). A maximização de ganhos mútuos é possível na medida em que as partes se concentrem em criar valor em vez de dividi-lo; que os objetivos das partes não sejam mutuamente excludentes, embora