

Revista Brasileira de

# ARBITRAGEM

Ano V — Nº 23 — JUL-AGO-SET 2009

## DIRETORES

Elton José Donato  
João Bosco Lee

## REDATOR-CHEFE

Adriana Noemi Pucci

## SECRETÁRIO-GERAL

Clávio Valença Filho

## ASSISTENTES DE REDAÇÃO

Ana Paula Montans  
Rafael Francisco Alves  
Sabrina Ribas Bolfer

## CONSELHO EDITORIAL

**Nacional:** Adriana Braghetta, Carlos Alberto Carmona, Carmem Tibúrcio, Eduardo Damião Gonçalves, Eduardo Grebler, José Emilio Nunes Pinto, José Maria Rossani Garcez, Luiz Olavo Baptista, Nádia de Araújo, Pedro Batista Martins, Selma Lemes, Welber Barral

**Estrangeiro:** Alejandro Garro, Charles Jarrosson, Edoardo Ricci, Eduardo Silva Romero, Fernando Mantilla-Serrano, Horacio Grigera Naón, Jürgen Samtleben, Thomas Clay

## COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Adriana Noemi Pucci, Alfredo De Jesús O., Antonio Henrique Monteiro, Carlos Eugenio Jorquiera M., Clávio de Melo Valença Filho, Diego Faleck, Emmanuel Jolivet, Fernando José Breda Pessôa, Gualtiero Martin Marchesini, Jan Kleinheisterkamp, Jean-Baptiste Racine, João Bosco Lee, José Miguel Júdice, Luciano Benetti Timm, Luiz Gustavo Meira Moser, Luíza Kharmandayan, Mauricio Gomm-Santos, Octávio Fragata M. de Barros, Oladiran Ajayi, Patrícia Rosário, Pierre Mayer, Quinn Smith, Thiago Marinho Nunes, Vera Fradera

© IOB

Uma publicação da IOB e do CBAr – Comitê Brasileiro de Arbitragem.

Publicação trimestral de doutrina, jurisprudência e outros assuntos sobre Arbitragem.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelos telefones (51) 2101-6270 e 2101-6272 e pelo *e-mail*: pesquisa@iob.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 1.000 exemplares

Produção Editorial: Marli Sjlender Monson

Diagramação: IOB

Capa: Luiz Gustavo Salatino

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço rba@iob.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Brasileira de Arbitragem – v. 1, n. 1 (jul./out. 2003)-

Porto Alegre : Síntese ; Curitiba : Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004-  
v. 6, n. 23; 15,5 x 22,5 cm

Trimestral

ISSN: 1806-809X

1. Arbitragem. 2. Direito internacional. 3. Direito empresarial. 4. Direito processual

CDU: 341.63

CDD: 341.4618

(Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka CRB 10/855)

Uma co-edição de:



IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca  
05036-060 – São Paulo – SP

Caixa Postal 60036 – 05033-970

**Telefones para Contatos**

**Cobrança:** São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247900

**SAC e Suporte Técnico:** São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7247900

**Renovação:** Grande São Paulo (11) 2188.7900

Demais Localidades 0800.7283888

[www.iob.com.br/juridico](http://www.iob.com.br/juridico)



**Comitê Brasileiro de Arbitragem**

**Diretoria 2007/2009**

**Presidente**

Eduardo Damião Gonçalves

**Vice-Presidente**

Adriana Braghetta

**Diretores**

Mauricio Almeida Prado

Eleonora Pitombo

Inez Balbino

Luciano Benetti Timm

[www.cbar.org.br](http://www.cbar.org.br)

**Doutrina****(A) NACIONAL**

1. Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054  
Diego Faleck ..... 7
2. A Convenção de Nova Iorque de 10 de Junho de 1958: Alguns Pontos Polêmicos  
Thiago Marinho Nunes ..... 33
3. Les Rapports entre le Droit Privé Européen et la Convention de Vienne de 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises  
Vera Fradera ..... 54

**(B) INTERNACIONAL**

1. Investments in Sub Saharan Africa: the Role of International Arbitration in Dispute Settlement  
Oladiran Ajayi e Patrícia Rosário ..... 70
2. Arbitrabilité et Lois de Police  
Jean-Baptiste Racine ..... 79
3. A Influência dos Princípios Unidroit em Matéria de Prática Contratual e Arbitral  
Emmanuel Jolivet ..... 90
4. El Recurso de Apelación contra el Laudo Arbitral  
Gualtiero Martin Marchesini ..... 110
5. La Contribución del Árbitro a la Autorregulación y Unificación del Derecho de los Contratos del Comercio Internacional  
Alfredo De Jesús O. .... 117

**Jurisprudência****(A) ESTATAL NACIONAL COMENTADA**

1. Agravo de Instrumento – Suspensão de Procedimento Arbitral – Necessidade de Compromisso – TJMG. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.07.790963-8/001. 12 de junho de 2008. Fernando Valle S/A Const. Incorporações Com. Imóveis e outro(a) v. Metro Inv. Imobiliários Ltda. Relator: Desembargador Wagner Wilson  
Octávio Fragata M. de Barros ..... 133
2. Arbitragem e os Mercados Derivativos: Análise do Caso Daiby S.A. v. Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. – TJRS. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo Interno nº 70027385269. Daiby S.A. v. Unibanco União de Bancos Brasileiros S.A. Relator: Desembargador Niwton Carpes da Silva  
Luciano Benetti Timm e Luiz Gustavo Meira Moser ..... 154

**(A) ESTATAL INTERNACIONAL COMENTADA**

1. Impactful Case Summaries: an Analysis of Developing Arbitral Jurisprudence in the United States  
Mauricio Gomm-Santos e Quinn Smith ..... 189

2. Tribunal de Apelação de Amsterdam, 23ª Secção Cível, 29 de Abril de 2009,  
Yukos Capital S.A.R.L. c. OAO Rosneft  
Clávio Valença Filho e Jan Kleinheisterkamp..... 222

### **Informações Gerais**

1. Opinião nº 5 do Conselho Consultivo da Convenção de Viena sobre  
Compra e Venda Internacional de Mercadorias  
O Direito do Comprador de Resolver o Contrato em Casos de  
Desconformidade de Mercadoria ou Documentação  
Relator: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer  
Tradução para o português: Gabriel Merlin Andrade, revisada por Elis  
Wendpap e coordenada por João Bosco Lee ..... 227
2. O Projecto de Nova Lei de Arbitragem Voluntária em Portugal  
José Miguel Júdice ..... 240
3. Arbitraje Comercial Internacional: Reflexiones sobre un Fructífero Dialogo  
Profesional y Académico entre Brasil y Chile – Seminários da CCBC  
Carlos Eugenio Jorquiera M. .... 247
4. II Encontro Nacional de Arbitragem e Mediação – VI Seamerco – Seminário  
de Arbitragem e Mediação do Mercosul  
Adriana Noemi Pucci ..... 249
5. Próximos Eventos  
Fernando José Breda Pessôa ..... 251

### **Clássicos da Arbitragem**

1. O Mito da Ordem Jurídica de Base (ou *Grundlegung*)  
Pierre Mayer, Clávio Valença Filho e Luíza Kharmandayan..... 253

### **Resenha**

1. Coleção Prática do Direito – Volume 16 – Arbitragem  
Autor: Fábio Pedro Alem  
Coordenação: Edilson Mougnot Bonfim  
Antonio Henrique Monteiro ..... 270
2. Droit du Commerce International  
Autores: Jean-Baptiste Racine e Fabrice Siiriainen  
João Bosco Lee ..... 272
3. Estudos de Arbitragem  
Autores: Clávio de Melo Valença Filho e João Bosco Lee  
Adriana Noemi Pucci ..... 274

### **Revista das Revistas**

1. Arbitration International ..... 276
2. Asa Bulletin ..... 276
3. Asian International Arbitration Journal..... 277
4. Journal of International Arbitration ..... 277
5. Revista de Arbitragem e Mediação ..... 278
6. Revue de L'arbitrage..... 278

**Índice Alfabético e Remissivo** ..... 280

**Linha Editorial** ..... 282

## Introdução ao *Design* de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054

**DIEGO FALECK**

Mestre em Direito (LL.M.) – Harvard Law School, Chefe de Gabinete da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, Presidente do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, Professor de Negociação e Mediação da Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo.

**RESUMO:** O objetivo do artigo é apresentar o “*Design* de Sistemas de Disputas” (DSD), um novo campo de estudos na seara dos métodos alternativos de resolução de disputas no Brasil. O campo investiga a construção de sistemas para resolução de disputas complexas ou recorrentes, customizados para as necessidades únicas de cada caso concreto, visando à eficiência e ao corte de custos de transação, permitindo que as partes interessadas e afetadas atinjam seus objetivos, com a maior participação possível e com a satisfação de critérios de justiça. Como pano de fundo, para demonstrar o passo a passo das vantagens e desafios desse enfoque, o artigo analisará a criação e o funcionamento da Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), que é o primeiro caso brasileiro de DSD de reconhecido êxito, concebido para implementar meio eficiente e justo de indenizar os beneficiários das vítimas do terrível acidente de 17 de julho de 2007, com o voo TAM 3054, em que 199 pessoas perderam as vidas. A atual “Crise da Justiça” demanda soluções que transcendam os mecanismos e modelos convencionais de ação e pensamento. Na seara de resolução de disputas, ao contrário das fórmulas jurídicas universais e soluções-padrão de todo tipo, *one size does not fit all*.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to present “Dispute Systems Design” (DSD) as a new field among other dispute resolution methods in Brazil. The focus is the design of dispute resolution systems, created for the unique needs of a concrete case, providing efficiency and cutting of the conflict’s transaction costs, while also allowing stakeholders to achieve their goals, with more participation and perception of justice. To demonstrate the advantages and challenges of the approach, the article will address the creation and work of the advantageous Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), the first Brazilian DSD case, designed to provide an efficient and just system to compensate the victims of the horrific plane accident which occurred on July, 17, 2007, TAM flight 3054, in which, tragically, 199 people lost their lives. The current “Justice Crisis”, in which the Brazilian Judiciary branch is sunk, demands creative solutions, beyond the conventional forms of action and legal thinking featured in the country. Standardized legal formulas and model solutions, most of the times, are not sufficient for dispute resolution. One size does not fit all when it comes to complex conflicts.

**SUMÁRIO:** I – Introdução ao DSD; II – As etapas do DSD; II.1 Análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; II.1.1 Diagnóstico do conflito com o voo 3054: o sistema brasileiro para indenização em acidentes coletivos; II.2 Objetivos e prioridades do sistema; II.2.1 Palavras-chave do sistema: confiança e valores dignos; II.2.1.1 Confiança; II.2.1.1.1 Transparência; II.2.1.1.2 Isonomia; II.2.1.1.3 Critérios objetivos; II.2.1.1.4 Eficiência; II.2.1.1.5 Tratamento digno da partes; II.2.1.1.6 Participação governamental; II.2.1.2 Valores dignos; II.3 Construção de consenso e desenvolvimento

do sistema; II.3.1 Construção de consenso; II.3.2 Desenvolvimento do sistema; II.3.2.1 O foco da atenção na resolução de disputa; II.3.2.1.1 Interesses x posição; II.3.2.1.2 Foco em reconciliar interesses; II.3.2.1.3 Foco em determinar quem tem razão; II.3.2.1.4 Foco em poder; II.3.2.1.5 Deixar de lado, desistir, retirada; II.3.2.1.6 Convivência dos aspectos e deslocamento do foco da atenção; II.3.2.1.7 Qual enfoque é mais conveniente?; II.3.2.1.8 Os limites do enfoque nos interesses; II.3.2.1.9 Diferentes meios de se focar em direitos e poder; II.3.2.1.10 Variedade de sistemas híbridos de resolução de disputas; II.3.2.1.11 O desafio do *designer*; II.3.2.2 Princípios institucionais e variáveis do sistema; II.3.2.3 Regimento Interno da CI 3054; II.3.2.4 Procedimento da CI 3054; II.3.2.4.1 Questões gerais sobre o procedimento; II.3.2.4.2 Fases do procedimento; II.3.2.4.3 Divisão de Assistência (DA); II.3.2.4.4 Fase pré-ingresso: papéis da DA; II.3.2.4.4.1 Disseminação do programa; II.3.2.4.4.2 Preparação prévia dos requerimentos; II.3.2.4.4.3 Avaliação neutra e prévia; II.3.2.4.5 Ingresso dos requerimentos, realização de reuniões; II.3.2.4.6 Papel da DA após o ingresso; II.3.2.4.6.1 Mediação; II.3.2.4.6.2 Observação do cumprimento do regimento interno; II.3.2.4.7 Conselho Arbitral Consultivo (CAC); II.4 Implementação do sistema, disseminação e treinamento; II.4.1 Panorama do conflito na abertura da CI 3054; II.4.2 Implementação e disseminação; II.5 Avaliação do sistema; II.5.1 Conselho Diretor; II.5.2 Resultados da CI 3054; III – Futuro do DSD no Brasil.

Justiça tardia não é Justiça, mas injustiça manifesta. (Ruy Barbosa de Oliveira – 1849-1923)

## I – INTRODUÇÃO AO DSD

O objetivo do artigo é a apresentação de um novo campo de estudos na seara dos métodos alternativos de resolução de disputas (ADR) no Brasil, seguindo o relativamente novo exemplo norte-americano<sup>1</sup>, denominado “*Design de Sistemas de Disputas*” (DSD). A investigação visa à construção de sistemas de resolução de disputas, que envolvem um conjunto de procedimentos criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes<sup>2</sup>. A customização do sistema permite que as necessidades únicas de cada caso concreto sejam atendidas com eficiência e evita gastos de recursos, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Ao mesmo tempo, permite a maior participação das partes interessadas e afetadas para o alcance de seus objetivos, o que gera satisfação com os resultados.

O *design* de um sistema almeja, ao máximo, o controle do processo de resolução de disputas pelas partes, por meio de procedimentos mais facilitadores, com o intuito de garantir maior autonomia possível para os envolvidos. Mecanismos de mediação com maior grau de avaliação são utilizados nos casos de desavenças a respeito de alternativas ou acerca de questões técnicas, ao passo que mecanismos adjudicantes, em que decisões são deixadas a cargo de terceiros, são utilizados ape-

---

1 O conceito foi apresentado pela primeira vez na década de 80 por William Ury, Jeanne Brett e Steven Goldberg, na obra: URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. *Getting disputes resolved: designing systems to cut the costs of conflict*. Cambridge: PON Books, 1993.

2 Por “sistema” pode-se entender um conjunto coordenado de procedimentos ou mecanismos que interagem uns com os outros para prevenir, gerenciar ou resolver disputas. Por *design*, temos a deliberada e intencional organização de recursos, processos e capacidades, para atingir um conjunto de objetivos específicos (BORDONE, Robert C. HNLR 2008. *Symposium*, Harvard Law School, mar. 2008).

nas quando necessário, pois implicam a perda do controle da decisão pelas partes, em favor dos árbitros ou juízes, gerando maior custo e risco de insatisfação<sup>3</sup>.

Existem diversos exemplos internacionais<sup>4</sup> de DSD, entre os quais o emblemático “September 11th Compensation Fund of 2001”, que distribuiu aproximadamente 9 bilhões de dólares a mais de 7.000 vítimas e beneficiários de vítimas do evento terrorista<sup>5</sup>. A prática do DSD engloba uma miríade de cenários, que variam desde o *design* para lidar com disputas recorrentes entre duas corporações<sup>6</sup>, à criação de sistemas integrados de gerenciamento de conflitos internos a instituições<sup>7</sup>, até a criação de sistemas de distribuição equilibrados e eficientes por órgãos governamentais<sup>8</sup>. A teoria e a prática do DSD, sem sombra de dúvida, representam tecnologia de ponta no campo de ADR, na medida em que combinam o esforço analítico, criativo e interdisciplinar com os mais avançados e sofisticados mecanismos disponíveis no mundo para a resolução de disputas por meios alternativos.

O Brasil, surpreendentemente, antecipando-se à maioria das nações desenvolvidas, apesar do relativamente tímido desenvolvimento no campo de ADR, teve um *leading-case* de DSD, com o exemplo recente da criação da Câmara de Indenização 3054 (CI 3054), concebida para implementar meio eficiente e justo de indenizar os beneficiários das vítimas do terrível acidente de 17 de julho de 2007, com o voo TAM 3054, em que 199 pessoas perderam as vidas.

Naquele instante, sob a perspectiva da responsabilidade civil, centenas de potenciais ações judiciais se criaram, como um meio para os familiares e os beneficiários das vítimas exercerem o direito de indenização pelos danos materiais e morais que surgiram. A tragédia, ocorrida no coração da cidade de São Paulo, foi o maior acidente aéreo da história da América Latina até aquele momento e também

- 
- 3 CONSTANTINO, Cathy A.; SICKLES-MERCHANT, Christina. *Designing conflict management systems: a guide to creating productive and healthy organizations*, 1995, p. 121. As autoras demonstraram em 1996 o entendimento, hoje pacífico, de que o controle dos participantes sobre o processo de resolução da disputa está altamente relacionado com a satisfação com o resultado eventualmente atingido.
  - 4 Exemplos: (i) “Vaccine Injury Compensation Program” (VICP), estabelecido em 1988 para compensar vítimas de danos em virtude de problemas com vacinação nos Estados Unidos; (ii) “MDL 926 Silicon Gel Breast Implant Settlement”, programa de indenização criado para disputas em casos de implante de silicone nos Estados Unidos (<http://www.implantclaims.com/plandocs/ANNEX%20B%20to%20SFA.pdf>); (iii) “United Nations Compensation Commission”, estabelecida em 1990, após a invasão do Kuwait pelo Iraque, que envolveu a indenização de requerentes de mais de 100 países diferentes, com base em critérios estabelecidos pelo Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas; e (iv) Asbestos Personal Injury Settlement Trust Distribution Procedures, supervisionado por um magistrado e criado para indenização de vítimas de contaminação por amianto ([http://www.wastrust.org/pdf/trust\\_distribution\\_procedures.pdf](http://www.wastrust.org/pdf/trust_distribution_procedures.pdf)).
  - 5 ACKERMAN, Robert M. The september 11th victim compensation fund: an effective administrative response to a national tragedy. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 10, p. 135, spring 2005; e ALEXANDER, Janet Cooper. Procedural design and terror victim compensation. *DePaul Law Review*, v. 53, p. 627, winter 2003.
  - 6 MNOOKIN, Robert H.; J. Greenberg. Lessons of the IBM-Fujitsu Arbitration: how disputants can work together to solve deeper conflicts. *Dispute Resolution Magazine*, p. 4, spring 1998.
  - 7 BORDONE, Robert C.; MOFFIT, Michael L. *The handbook of dispute resolution*. Jossey-Bass Press, Cap. 23, 2005. p. 371, de autoria de Howard Gadlin, intitulado “Bargaining in the shadow of management: integrated conflict management systems”.
  - 8 Um exemplo é o programa de indenização para vítimas de hostilidades terroristas criado pelo governo de Israel. Disponível em: <<http://www.btl.gov.il/English%20Homepage/Benefits/Benefits%20for%20Victims%20of%20Hostilities/Pages/default.aspx>>. Acesso em: 3 ago. 2009.

a gota d'água para desvelar o caos aéreo em que o País estava afundado. O País inteiro sangrou com o acidente. As emoções das famílias das vítimas eram extremas, a perplexidade das partes interessadas e afetadas era evidente, a atenção nacional era intensa e os desafios jurídicos para compensar os beneficiários apontavam para uma insuportável *via crucis* judicial. O caso, sem sombra de dúvida, é um exemplo extremo de conflito coletivo, considerado por muitos, à época, um problema intratável pela via amigável.

Sob a perspectiva do DSD, todavia, o caso merecia melhor reflexão e poderia ser resolvido por meio do esforço analítico e criativo para a construção de um sistema extrajudicial capaz de lidar com os desafios específicos da disputa coletiva e proporcionar a satisfação dos interesses das partes com rapidez e eficiência. Teoria e prática, então, se fundiram no projeto sem precedentes no País, que cumpriu objetivo esperado: a CI 3054.

Assim é que, para introduzir o promissor campo do DSD, o presente artigo analisará, passo a passo, a criação e o funcionamento da CI 3054, caso de êxito de sistema de indenização coletiva<sup>9</sup>, trazendo luz ao enfoque inovador, disponível a organizações, instituições, nações ou quaisquer grupos de indivíduos para gerenciarem com mais proficiência os conflitos complexos ou recorrentes em que estejam envolvidos.

## II – AS ETAPAS DO DSD

O processo de *design* de um sistema de disputas pode ser dividido em cinco etapas principais: (i) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades do sistema; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento; e (v) avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência<sup>10</sup>.

### II.1 ANÁLISE DO CONFLITO E DAS PARTES INTERESSADAS E AFETADAS

O primeiro passo para a construção de um novo modelo se dá com o diagnóstico completo da disputa e da avaliação do sistema existente para lidar com o problema. Assim, três pontos merecem destaque nessa análise: (i) quem são as partes interessadas e afetadas (*stakeholders*); (ii) quais são os temas sobre os quais versam as disputas; e (iii) como as disputas são resolvidas e por quê (sistema existente).

Para o sucesso do sistema, é necessário identificar quais são as partes interessadas e afetadas e entender os interesses de cada uma delas, voltando-se para as suas preocupações, medos, vontades e desejos, assim como suas alternativas,

---

9 Como exemplificado, existem diversas modalidades de sistemas de resolução de disputas. Para melhor compreensão do leitor da exata dimensão do tema, é necessário esclarecer que, ainda que o artigo traga os princípios e regras gerais de DSD, a utilização do exemplo da CI 3054 como pano de fundo faz com que a demonstração concreta seja sensivelmente direcionada à modalidade *claims resolution facility*, ou câmara de indenização.

10 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. Op. cit., p. 20.

recursos e capacidades, para determinar quais os incentivos que elas teriam para participar de um programa.

A condição *sine qua non* de um projeto como a CI 3054 virar realidade é a existência de zona de acordo possível<sup>11</sup> entre as pretensões de todas as partes interessadas e afetadas, seguida da construção de um verdadeiro sistema ganha/ganha sobre esse terreno. Os problemas encontrados serão enfrentados não apenas sob o enfoque jurídico, mas também sob o enfoque psicológico e econômico e com a utilização de métodos analíticos tais como análise de decisão, teoria dos jogos<sup>12</sup>, finanças, contabilidade, entre outros.

Outro passo importante nesta etapa é o mapeamento dos temas sobre as quais as disputas versarão e suas consequências, tanto substanciais (mérito das matérias) quanto procedimentais (questões processuais), para o desfecho destas, principalmente no que concerne a custos e riscos.

Por fim, cumpre a análise dos meios ou sistemas em uso para se resolver a disputa, além dos problemas e benefícios que estes implicam, assim como dos motivos pelos quais estes têm aceitação. Toda organização, de alguma maneira, possui um método ou um sistema para lidar com os seus conflitos. A questão que se põe é a avaliação do grau de sofisticação, eficácia e eficiência do método existente e a conveniência de mantê-lo ou refiná-lo. Nessa etapa, é importante mapear os procedimentos *disponíveis* para se resolver o conflito e contrastá-los com os procedimentos que estão *em uso* para tanto. Com isso, o objetivo é comparar as possibilidades para determinar a real necessidade e viabilidade de inovação, identificar as deficiências do sistema em uso, antecipar resistências a mudanças, além de manter no novo sistema os pontos que funcionam.

A inovação sempre pressupõe riscos e resistências. Assim como Sun Tzu recomenda que se faça na empresa da guerra, é importante que a empresa oposta, de construção de harmonia, seja profundamente ponderada e analisada<sup>13</sup>.

### **II.1.1 Diagnóstico do conflito com o voo 3054: o sistema brasileiro para indenização em acidentes coletivos**

Até o advento da CI 3054, praticava-se no País uma única forma padrão para lidar com disputas coletivas em casos de acidente: a negociação individual seguida de ação judicial. Nessa abordagem, a resolução da disputa se inicia pela negociação individual com cada potencial beneficiário e, nos casos em que isso falhe, as partes avançam para uma ação judicial. Em regra, como é de conhecimento comum dos profissionais que atuam nessa área, cerca de 60% desses casos deságuam no Judiciário.

---

11 Sobre a definição de ZOPA (Zona de Acordo Possível) e demais conceitos-chave para a preparação à negociação, vide: MNOOKIN, Robert H.; PEPPE, Scott R.; TULUMELLO, Andrew S. *Beyond winning: negotiating to create value in deals and disputes*. Harvard University Press, 2000. p. 19.

12 Sobre teoria dos jogos e análise de decisão para resolução de disputas, vide KAPLOW, Louis; SHAVELL, Seteven. *Decision analysis, game theory and information*. New York: Foundation Press, 2004.

13 TZU, Sun. *A arte da guerra*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50.

No caso TAM, o diagnóstico aponta alguns problemas principais que motivam o risco alto de judicialização: (i) a presença de emoções extremas por parte dos familiares e dependentes das vítimas, das quais merecem destaque a raiva, a culpa e a desconfiança; (ii) as altas expectativas e aspirações das partes, normalmente acaloradas por pessoas próximas e por advogados, o que prejudica a delimitação de uma zona realista de acordo e impede o entendimento das partes; e (iii) medo de oportunismo estratégico por parte da empresa e seguradoras.

Indenizar não é tão fácil quanto se imagina. Existe uma séria desconfiança de que as empresas responsáveis pela indenização, normalmente muito bem assessoradas e com vantagem de informação e poder em relação aos indivíduos hipossuficientes, tenham comportamento oportunista. Por outro lado, as expectativas dos beneficiários são normalmente exageradas e, em regra, não há, diríamos, incentivos à razoabilidade por parte de beneficiários em acidentes como o que aqui tratamos. Mesmo que as empresas ofereçam o pagamento de um valor “justo” ou até mais do que isso, a tendência do beneficiário da vítima é desconfiar de tal valor e, mesmo assim, exigir mais, normalmente cifras irrealistas quando comparadas ao que poderia ser obtido por meio de uma condenação judicial em uma ação totalmente exitosa. Nesses casos, o indenizador, analisando os riscos particulares do litígio e a decisão de fazer ou não o acordo, tem na via judicial uma opção mais vantajosa do que a concessão extrema a uma parte inflexível.

Em outras palavras, pelo sistema existente, a cruzada judicial parecia ser inescapável para a maioria dos casos, apesar de todo o discurso sobre a ineficiência e a lentidão do Poder Judiciário, que já cansou os ouvidos dos brasileiros, que compreendem muito bem os gastos excessivos, à espera de uma década ou mais por um desfecho e o alto grau de incerteza quanto ao resultado que esta via implica.

O problema em casos de responsabilidade civil em acidentes aéreos nacionais<sup>14</sup> não está na discussão de mérito, já superado pelo consolidado entendimento pátrio pela responsabilidade objetiva do transportador. As lides decenais, entretanto, não deixaram de existir por esse motivo e persistem em torno da apuração do *quantum debeatur* e da legitimidade, versando sobre os mais variados temas que envolvem a liquidação dos danos, como comprovação de renda, grau de dependência econômica, vínculo afetivo, limites para pagamento de danos morais em casos de famílias muito numerosas, dedutibilidade e correção monetária do seguro obrigatório Reta, entre outros.

Nessa linha, com o intuito de avaliar com mais cautela as vantagens e as desvantagens do Judiciário para as partes interessadas e afetadas resolverem a disputa e identificar os pontos críticos que um novo sistema não adversarial poderia refinar, foram utilizados três critérios: (i) os custos de transação (ii) a satisfação das partes com o resultado e (iii) a reputação dos envolvidos<sup>15</sup>.

---

14 Para casos de acidentes aéreos internacionais, há que se inferir a incidência da Convenção de Montreal de 1999, ratificada pelo Brasil em 2006, que, em seu art. 21, dispõe sobre teto para indenização sem que haja a necessidade de discussão de responsabilidade do transportador aéreo.

15 Existem diferentes molduras e critérios para avaliação de como uma disputa é resolvida. Ury, Brett e Goldberg (1993) propõem (i) custos de transação, (ii) satisfação com resultados, (iii) efeitos no relacionamento e (iv) reincidência da disputa. Constantino e Sickles-Merchant (1996) propõem (i) eficiência (custo e tempo),

Os custos de transação são todos os custos da disputa, incluindo os gastos de dinheiro, tempo, energia emocional e perda de oportunidade. Não é exagerado dizer que a via judicial aumenta, em regra, cerca de 30% o custo da indenização do que a via amigável, em gastos, por exemplo, com custas judiciais, honorários de advogados, sucumbência, perícias judiciais, lucros cessantes advindos do contingenciamento dos valores relativos ao sinistro perante a Superintendência de Seguros Privados (Susep), prejuízos advindos da manutenção de tal passivo no balanço das empresas, perda de oportunidade, entre outros.

Com relação ao tempo, sabe-se que hoje uma ação judicial pode demorar 10 anos ou mais. Pode ser que as partes se cansem do litígio e alcancem um acordo em algum momento da ação judicial, o que acontece em muitos casos, mas, mesmo assim, muito dos custos acima mencionados já terão sido feitos. A via judicial tende a um maior desgaste emocional e, por ser extremamente trabalhosa e consumidora de tempo, tende a maior possibilidade de perda de oportunidades do que um acordo.

A satisfação com os resultados, por seu turno, depende, em grande medida, no quanto a resolução preenche os interesses que levaram a parte a iniciar a disputa e levá-la adiante. A satisfação também depende de quanto a parte percebe que a resolução foi justa. Em muitos casos, a resolução em si não preenche completamente os interesses da parte, mas o senso de justiça pode lhe proporcionar satisfação.

A satisfação, entretanto, não depende apenas da percepção de justiça da *resolução*, como também, e em grande medida, da percepção de justiça do *procedimento da resolução* da disputa<sup>16</sup>. Existem elementos objetivos que influem na percepção de justiça do procedimento, entre os quais: (i) a existência de oportunidade para a parte se expressar; (ii) se a parte teve algum tipo de controle em aceitar ou rejeitar o acordo; (iii) quanto ela foi capaz de participar na formatação do acordo; e, (iv) nos casos em que foi necessário recorrer-se a um terceiro, a percepção da parte de que este agiu equilibradamente e com justiça<sup>17</sup>.

---

(ii) efetividade (no resultado, durabilidade da resolução e impacto no ambiente) e (iii) satisfação (com processo, relacionamento e resultado). Susskind (1993) sugere (i) justiça (percepção de legitimidade em substância e processo), (ii) eficiência (com relação ao processo, em termos de custo e tempo; com relação à substância, com relação à integração e captura de todo o valor possível pelas partes), (iii) estabilidade, (iv) sabedoria (no sentido de que se a decisão foi sábia levando-se em conta o grau de informação que se tinha à época da resolução da disputa). Como exposto, pela peculiaridade das disputas envolvendo indenizações por acidentes fatais, para o caso TAM, subdividimos a avaliação em três grandes critérios, quais sejam, custos de transação, satisfação das partes e reputação, com desdobramentos que incluem aspectos das demais molduras.

16 CONSTANTINO, Cathy A.; SICKLES-MERCHANT, Christina. Op. cit., p. 121.

17 A respeito, vide: MCGOVERN, Francis. *The what and why of claims resolution facilities*. Stanford Law Review, 2005, p. 1372. Um exemplo disso é o caso da criação um programa de distribuição de indenização, supervisionado por um juiz, em que o Special Master Francis McGovern foi nomeado para *design* e implementação. No caso, o valor da indenização foi relativamente baixo, em virtude da divisão entre os interessados e afetados de um valor fixo (fundo com teto), em virtude de decisão judicial de condenação da entidade poluidora. O sistema criado permitiu que os próprios beneficiários categorizassem as situações (levando em conta a diferença de idade dos contaminados, a destinação residencial ou comercial do imóvel afetado, entre outros aspectos) e pontuavam a sua gravidade, criando indicadores para o cálculo e divisão do montante que caberia a cada beneficiário. Os indicadores e fórmulas de cálculo foram criados e aprovados pelas próprias partes previamente à determinação dos valores finais e individuais. No final das contas, os valores foram relativamente baixos, mas a satisfação geral dos beneficiários foi alta, na medida em que estes participaram da con-

A satisfação das partes com decisões judiciais nem sempre é garantida na medida em que a parte, quando não tem controle sobre a decisão e vê suas expectativas frustradas, tem a tendência a se tornar irredimível. O enfoque adversarial, em ganhar ou perder, geralmente causa ressentimento na parte perdedora, que normalmente não desiste, apelando a instâncias superiores o tanto quanto possível. Quando vencida, ainda que parcialmente, a parte tem a tendência de considerar que o juiz não examinou o caso com o devido zelo, que a decisão não foi justa, que a lei é falha e assim por diante. As partes, apesar de ouvidas em juízo, em algumas hipóteses, o fazem para esclarecer fatos de maneira distante e impessoal e jamais para expressar suas visões e preocupações.

A questão reputacional é também um fator importante em casos de acidente. É de inegável interesse das empresas, e também de suas seguradoras, demonstrar à sociedade sua sensibilidade à indesejada situação ocorrida e seus ilimitados esforços para proporcionar o maior alívio possível aos beneficiários das vítimas no momento crítico que estes estão atravessando. A atenção da mídia e da opinião pública é intensa em casos de acidentes coletivos. Ainda que os danos à imagem advindos do próprio evento sejam inexoráveis, o meio pelo qual as empresas lidam com o conflito podem atenuar ou mesmo evitar a extensão de tais danos.

A conclusão, então, é inexorável: o sistema em uso, negociação individual seguida de litígio, é altamente custoso e, na maioria dos casos, incapaz de gerar um grau aceitável de satisfação para as partes envolvidas. Não esqueçamos do alto custo de transação para o Estado ao absorver o impacto de mais centenas de ações indenizatórias, com as quais o já abarrotado sistema judicial teria que lidar<sup>18</sup>.

Ficou claro que o problema poderia ser tratado com mais sofisticação do que a prática vigente impunha, já que a teoria e a prática internacional do DSD nos fornecia elementos reais e possíveis para tanto.

## II.2 OBJETIVOS E PRIORIDADES DO SISTEMA

O objetivo da CI 3054 foi a criação de um método sustentável e realista para indenizar os beneficiários e familiares das vítimas do acidente, facilitando a passagem por este período crítico de suas vidas por meio da administração de um sistema que possibilitasse que os recursos chegassem ao destino da maneira mais rápida possível, a um custo inferior para todos os envolvidos, quando comparado a outras alternativas, principalmente ao caminho judicial.

---

fecção do acordo e do enfrentamento dos desafios em torno da satisfação dos seus interesses. Vide a esse respeito: Asbestos Personal Injury Settlement Trust Distribution Procedures. Disponível em: <[http://www.wastrust.org/pdf/trust\\_distribution\\_procedures.pdf](http://www.wastrust.org/pdf/trust_distribution_procedures.pdf)>.

18 As ações, em tese, também podem ser ajuizadas no exterior, se houver algum elemento de conexão que o permita (como, por exemplo, a responsabilidade concorrente de empresa sediada no exterior). Normalmente tais ações são tentadas nos Estados Unidos da América, cujos tribunais costumam determinar indenizações em virtude dos chamados “danos punitivos”, mais favoráveis aos demandantes. Ocorre, todavia, como verificado no acidente da Gol de 2006, que os juízos norte-americanos estão cada vez menos coniventes com essa estratégia. O juízo da United States District Court, Eastern District of New York (7 MD 1844 BMC JO) concedeu a moção de foro não conveniente aos litigantes internacionais, após cerca de 2 anos de trâmite da ação. Como consequência, as ações foram ajuizadas novamente na jurisdição brasileira, o que não evitou o custo dobrado aos demandantes nem os custos para o Poder Judiciário brasileiro.

Em termos simples, o objetivo foi a criação de um procedimento claro e compreensível, para (i) identificar os legitimados a receber indenização; (ii) atendê-los e ouvi-los; (iii) verificar seus documentos e informações; (iv) calcular o valor da indenização; e (v) efetuar o pagamento.

O programa foi concebido como uma opção para os beneficiários das vítimas, como uma alternativa não vinculante, não obrigatória e não excludente das outras vias, como, por exemplo, a via judicial, no Brasil ou no exterior. A intenção foi a criação de um ambiente *não adversarial*, em que as partes pudessem compor os próprios acordos, com controle de suas decisões, do desfecho da negociação e total autonomia. Ou seja, beneficiários e empresas fariam suas reuniões diretamente, dentro do sistema e com as garantias que o sistema proporciona. O sistema seguiu a via *inquisitória*, com vistas à coleta de informações e busca pela verdade, para que as indenizações pudessem ser calculadas e pagas com a maior eficiência possível.

### II.2.1 Palavras-chave do sistema: confiança e valores dignos

O programa extrajudicial trazia uma *opção* para os beneficiários, já que o Judiciário, seja nacional ou estrangeiro, jamais poderia ser afastado. Assim, para que o programa tivesse aceitação pelos beneficiários das vítimas, era necessário criar-se uma *boa opção*, com boas indenizações, por meio de um procedimento em que estes pudessem *confiar*, dadas as altas expectativas das partes e suas emoções extremas. O desafio era trazer as aspirações indenizatórias das partes para níveis realistas, para que a zona de acordo possível pudesse ser encontrada em cada caso específico. Dois conceitos-chave conduziram a empreitada ao êxito: *confiança* e *valores dignos*.

#### II.2.1.1 Confiança

Existem seis fatores-chave que podem colaborar para que potenciais beneficiários possam confiar em um programa de indenização: (i) transparência, (ii) isonomia, (iii) apoio em critérios objetivos, (iv) eficiência, (v) tratamento digno das partes e (vi) participação governamental.

##### II.2.1.1.1 Transparência

A transparência é senão o mais importante fator para a criação de confiança, no sentido de permitir às partes conhecer previamente o sistema em que irão ingressar e saber exatamente o que podem esperar dele. O esforço, então, deveria ser empenhado em manter constantemente as partes informadas sobre os critérios, parâmetros e procedimentos do sistema de indenização, permitindo-lhes avaliar previamente a conveniência de participação<sup>19</sup>.

---

19 O único limite à transparência nasce quando o princípio entra em choque com o princípio da confidencialidade. Com efeito, a divulgação dos resultados do programa é certamente um elemento que colabora para a sua maior aceitação e pode resultar na participação de maior número de beneficiários. É certo que a privacidade dos beneficiários é o bem mais valioso nesta equação, mas exemplos internacionais trazem alternativas para a questão. O Special Master Kenneth Feinberg, nomeado pelo governo norte-americano para o *design* do "September 11th Compensation Fund of 2001", decidiu, em nome do sucesso do sistema, flexibilizar a questão da confidencialidade, divulgando os valores e as fórmulas de cálculo das indenizações pagas,

### II.2.1.1.2 Isonomia

A isonomia é outro fator que traz confiança ao sistema. A negociação individual traz a impressão de que “quem chora mais ganha mais”, ou de que “quem pode mais ganha mais”, ou seja, de que negociadores mais assertivos e capacitados podem ter resultados melhores e que os beneficiários capazes de suportar o custo de advogados mais sofisticados teriam maior probabilidade de ter indenizações melhores. A isonomia de tratamento e procedimento garantida indistintamente a todos os legitimados e a certeza de que casos semelhantes serão tratados da mesma forma atribui credibilidade ao sistema.

### II.2.1.1.3 Critérios objetivos

A utilização de critérios objetivos é capaz de evitar desgaste e de superar satisfatoriamente muitos pontos de conflito em uma negociação<sup>20</sup>. O critério objetivo deve ser independente da vontade das partes e pode ser focado tanto na substância quanto no processo. Critérios objetivos ajudam a perceber o nível aspiracional e permitem transparência na estratégia de negociação. Trata-se de uma tática de comprometimento extremamente legítima, que ajuda na assertividade, apela para a imagem das pessoas e leva a um resultado concreto.

No caso da CI 3054, os critérios objetivos foram baseados nos precedentes judiciais do Superior Tribunal de Justiça (STJ), tanto para a definição dos parâmetros referenciais para indenização quanto para a resolução de diversas questões e temas de direito que surgiram ao longo das negociações.

A utilização de decisões do STJ com relação aos temas frequentes, precedentes de indenização e divisão de valores, teve um importante papel para dar credibilidade ao sistema e orientar os beneficiários quanto aos seus direitos e possibilidades. Além do atendimento pessoal, diversas decisões do STJ sobre temas-chave foram incluídas no sítio eletrônico da CI 3054, para referência dos beneficiários.

### II.2.1.1.4 Eficiência

Não é qualquer sistema procedimental que é capaz de reduzir custos e cumprir a missão de atender coletivamente os beneficiários, apurar as informações apresentadas e calcular as indenizações em um curto espaço de tempo. A questão chave neste ponto reside no tratamento da informação para o cálculo dos valores. Os valores de indenização em casos de responsabilidade civil são possíveis de ser conhecidos, já que as informações estão acessíveis e os dados podem ser coletados das decisões dos tribunais pátrios e aplicados por meio de uma fórmula para o cálculo. A CI 3054 procurou a padronização de indenizações e formas de comprovação para evitar perícias, gasto de tempo e audiência. O programa foi permeado pela constante busca por eficiência, como veremos a seguir, no tópico referente ao procedimento da CI 3054.

---

sem, entretanto, divulgar o nome dos beneficiários. Na CI 3054, ao contrário, a opção foi pela maior preservação da privacidade dos beneficiários. A decisão foi influenciada pelo problema da segurança pública no País, tendo havido, inclusive, registro de ameaça de sequestro a beneficiários de vítimas, previamente sequer ao pleito de recebimento da indenização. A divulgação de informações, mesmo sem a identificação de nomes, poderia, ainda que com alguma dificuldade, levar à identificação dos beneficiários.

20 FISHER, Roger; URY, Willian. *Como chegar ao sim*. Capítulo 5. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

### II.2.1.1.5 Tratamento digno da partes

A dignidade no tratamento das partes no procedimento é elemento fundamental para o sucesso do sistema. Pleitos similares devem ser tratados com igualdade. As partes devem ser ouvidas presencialmente, e suas preocupações e visões devem ser validadas. É necessário também os integrantes do sistema desenvolvam habilidades para lidar com as emoções dos beneficiários, sempre presentes. Os sobreviventes das vítimas têm a natural necessidade de ventilar suas emoções. Expressá-las e validá-las reduz consideravelmente a hostilidade<sup>21</sup>. Por isso, a motivação e a habilidade interpessoal dos funcionários do sistema são fatores que determinam o sucesso do procedimento. A equipe da Divisão de Assistência da CI 3054 foi submetida a intenso processo de capacitação, com constante aprimoramento durante o procedimento, assim como os próprios representantes dos indenizadores.

### II.2.1.1.6 Participação governamental

Uma importante técnica para atingir legitimidade é procurar meios para atingir consenso pela aprovação geral<sup>22</sup>. A legitimidade pode derivar de paradigmas de medição geralmente aceitos pela sociedade, como, por exemplo, o sucesso de programas de resolução de disputas anteriores, participação do governo, condução do programa por *experts* e programas que tenham a participação de profissionais de alta respeitabilidade em seus meios de atuação<sup>23</sup>.

A participação de órgãos do governo é um elemento chave para proporcionar legitimidade ao sistema. Em regra, quanto maior a participação governamental, mais legítimo é o sistema. É inegável que a participação de órgãos de proteção de consumidores e a consequente chancela de parâmetros e procedimentos proporciona aos beneficiários maior conforto, liberando-os para focar mais na resolução da questão em si do que em preocupações com a adequação e conformidade das propostas e do tratamento que lhes será dado.

Todavia, dependendo da espécie de conflito de que se trata, a participação governamental pode ser dispensável, como demonstra o Parker Settlement de 2009<sup>24</sup>, em que a empresa ITR-Pirelli criou um programa totalmente privado para indenizar as vítimas do cartel de mangueiras marítimas, da qual foi partícipe. Nesse programa, a empresa depositará anualmente parte de seu faturamento em um fundo específico, para distribuição entre as vítimas que se habilitarem.

### II.2.1.2 Valores dignos

O cálculo das indenizações na CI 3054 teve por base os parâmetros referenciais estabelecidos pelas partes, ou seja, autoridades, empresas e familiares, com base na lei e em decisões do STJ<sup>25</sup>. A situação de cada beneficiário foi avaliada

- 
- 21 Sobre lidar com emoções, recomendamos a leitura de FISHER, Roger; SHAPIRO, Daniel. *Beyond Reason*. New York: Viking, 2005; e STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila. *Conversas difíceis*. Campus, 2006.
  - 22 MCGOVERN, Francis. Op. cit., p. 1377.
  - 23 A "United Nations Compensation Commission", nota supra 3, por exemplo, contou com a participação, na qualidade de membros da comissão, de juristas, árbitros e autoridades governamentais de alta respeitabilidade.
  - 24 Disponível em: [www.marinehoseclaims.com](http://www.marinehoseclaims.com).
  - 25 O desafio de estabelecer parâmetros de referência certamente foi incrementado pelo fato de que o enfoque coletivo e isonômico implica o enfrentamento de questões jamais tratadas de forma clara ou sistemática tanto

individualmente, de acordo com as circunstâncias de cada caso. As empresas comprometeram-se, no âmbito da CI 3054, ao pagamento de indenizações equilibradas e à observância de patamares referenciais fixados em grau adequado e satisfatório.

Para que o programa fosse atraente financeiramente, as indenizações precisavam ser dignas. Nos casos mais complicados, discussões sobre detalhes e análise minuciosa das informações para comprovação de renda e dependência econômica foram, em regra, minimizadas, para evitar maior desgaste, levando-se em conta também o estado exaltado dos ânimos. Mas isso não implicou, de forma alguma, que a empresa aérea, ou no caso suas seguradoras e resseguradoras, precisassem desembolsar mais. Pelo sistema, tornou-se possível que os beneficiários recebessem a indenização em valor presente líquido semelhante e, em algumas hipóteses, superior ao sucesso total em uma ação judicial, mas sem os custos e riscos incorridos e muito menos a demora. A sabedoria do sistema é que ele, ao evitar o litígio, permite que o custo de transação, que seria desperdiçado, seja revertido às próprias partes, possibilitando indenizações mais generosas e menor desembolso por parte dos indenizadores.

Ainda nesse sentido, a CI 3054 procurou consolidar, antecipar e até mesmo influenciar tendências jurisprudenciais mais favoráveis aos beneficiários, ao estabelecer, nos parâmetros de referência, por exemplo, a extensão da expectativa da vida produtiva da vítima de 65 para 70 anos para efeitos de cálculo de indenização, e o tratamento indistinto das relações homoafetivas, para efeitos de comprovação de vínculo afetivo, dependência econômica e recebimento da respectiva indenização.

Todos os custos da CI 3054, entre os quais o custo de manutenção das sedes, material impresso, *site*, salários (inclusive das observadoras, assistentes e secretárias) e passagens de familiares, foram arcados exclusivamente pelas empresas.

## II.3 CONSTRUÇÃO DE CONSENSO E DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA

### II.3.1 Construção de consenso

O processo de *design* de sistemas de disputas é tanto político quanto técnico. Para que o sistema seja bem-sucedido, ele deve ser aprovado por todas as partes

---

pela doutrina como pelos tribunais pátrios. Um exemplo disso se refere à questão do limite para danos morais em virtude de alto número de beneficiários de vítimas. De fato, as decisões do Superior Tribunal de Justiça raramente ultrapassam o limite de 500 salários-mínimos para dano moral e determinam a divisão deste valor único entre todos os beneficiários. Ocorre, todavia, que diversos beneficiários de uma mesma vítima podem ajuizar diferentes ações, o que pode redundar em diversas condenações de 500 salários-mínimos em virtude de uma mesma vítima (e.g., se os filhos ajuízam uma ação em conjunto, e a companheira atual ajuíza outra ação independente, a empresa potencialmente pagará duas vezes o limite do STJ). Os parâmetros de referência foram calculados com base em amostragem coletada em pesquisa com os familiares e permitiram um ponto médio razoável entre a ausência total de limites e o rígido limite de 500 salários-mínimos para ser dividido entre todos os beneficiários de uma mesma vítima. Esse foi o ponto mais crítico de toda a negociação para a implementação do sistema. Não apenas para resolver um segundo problema, a CI 3054 dividiu os legitimados para dano moral em duas categorias distintas: aqueles pertencentes ao (i) núcleo central (cônjuge, ascendentes e descendentes) e ao (ii) núcleo colateral (irmãos, outras pessoas com vínculo afetivo). Uma peculiaridade do caso TAM era o alto número de irmãos que compunham o grupo de beneficiários de vítimas. Isso poderia reduzir substancialmente os valores cabíveis a eventuais filhos, pais e esposas, que necessitavam ser repartidos. Por isso, duas categorias de referência distintas e incomunicáveis foram criadas para os beneficiários de danos morais de uma mesma vítima, seguindo um padrão do Superior Tribunal de Justiça de estabelecer a razão de 3 para 1 na mensuração do dano moral entre pessoas pertencentes ao núcleo central e ao núcleo colateral de uma mesma vítima.

interessadas e afetadas. A aprovação está intimamente ligada com a participação. As partes interessadas e afetadas que participarem, influenciarem, opinarem e que, na medida do possível, sejam trazidas para o processo de criação, poderão expor seus pontos sensíveis e sentir-se cocriadores do projeto. Tal fato facilita em muito a aprovação do projeto e o aprimora por meio de um processo democrático que leva em consideração a perspectiva de todas as partes envolvidas e aumenta substancialmente as chances de sucesso. A aceitação depende de um processo baseado em valores como participação, dignidade, igualdade, autonomia, eficiência e satisfação. Se o processo de criação é justo, o resultado deve ser justo.

No caso em tela, além dos beneficiários, da empresa aérea, da seguradora e resseguradores, diversas autoridades de proteção de consumidores empenharam-se para dar solução ao caso. A Defensoria Pública, o Ministério Público e o Procon, todos do Estado de São Paulo, logo após o acidente, já abriram negociação com a empresa aérea e suas seguradoras para a celebração de um “termo de compromisso”, que estabeleceu a prestação de diversos deveres de assistência, entre os quais citamos a assistência psicológica, o reembolso de despesas de sepultamento e de passagens e a estadia para as reuniões mensais realizadas. A questão da indenização parecia-lhes intratável, até que a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça uniu-se ao grupo, em agosto de 2007, introduzindo os conceitos de DSD ao caso.

O grupo de autoridades funcionou ao mesmo tempo como parte no processo de desenvolvimento do sistema e como mediador, com a tarefa de harmonizar as pretensões dos familiares e empresas no que diz respeito às condições legais e parâmetros acordados como bases do sistema. Diversas reuniões foram realizadas pelas partes interessadas e afetadas, inclusive reuniões mensais com o plenário dos familiares das vítimas, para consulta e informação, ainda na fase de *design* do sistema.

### **II.3.2 Desenvolvimento do sistema**

#### **II.3.2.1 O foco da atenção na resolução de disputas**

O *design* de um sistema requer a prévia compreensão das diferentes esferas de uma disputa e as vantagens e desvantagens de se focar atenção em uma ou em outra. O conceito de demanda/disputa é bem conhecido pelos brasileiros. Trata-se da pretensão resistida, que advém normalmente de um dano, necessidade ou aspiração. Ury, um dos pais do DSD nos Estados Unidos<sup>26</sup>, enumera três elementos básicos, que estão presentes em todas as disputas: (i) os interesses em jogo, (ii) os padrões relevantes ou regras de direito que servem como guia e (iii) a relação de poder entre as partes.

Com isso em mente, a importante lição que o autor traz diz respeito ao foco da atenção das partes na resolução do conflito. As partes podem escolher focar sua atenção em uma das três seguintes esferas: (i) reconciliar os interesses que permeiam a situação, (ii) determinar quem está certo, ou (iii) determinar quem tem mais poder.

---

26 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. Op. cit., p. 3.

### II.3.2.1.1 Interesses x posição

Os interesses são as necessidades, os desejos e os medos que compõem a preocupação ou a vontade de alguém. Permeiam a “posição”, que compreende os itens tangíveis que alguém diz que quer. Na famosa obra conjunta com Roger Fisher, Ury<sup>27</sup> mostra que o problema básico em uma negociação não reside em posições conflitantes, mas no conflito entre as necessidades, desejos, preocupações e medos das partes. Focar em interesses, segundo os autores, funciona por duas razões: (i) para cada interesse, existem diversas posições possíveis que podem muito bem satisfazê-los; e (ii) muito frequentemente, as pessoas adotam as posições mais óbvias possíveis. Por isso, quando se atravessa a barreira da posição inicial rumo aos interesses que motivam as partes, normalmente é possível encontrar uma alternativa de posição, que vai ao encontro dos interesses de ambas as partes.

### II.3.2.1.2 Foco em reconciliar interesses

Reconciliar interesses, todavia, não é tarefa fácil e envolve o aprofundamento em preocupações enrijecidas, a busca por soluções criativas, assim como trocas e concessões quando os interesses são opostos. Envolve também lidar com as emoções, sempre presentes em disputas, com papel crucial.

A melhor forma para reconciliar interesses é a negociação, o ato de comunicar avançando e retrocedendo, com a intenção de alcançar um acordo, por meio de processos consubstanciados em padrões de comportamento interativos, direcionados a resolver uma disputa<sup>28</sup>. Na mediação, um terceiro assiste as partes para que se chegue a um acordo.

Nem todas as negociações se focam em reconciliar interesses. Muitas vezes, as negociações se focam em determinar quem está certo, como, por exemplo, nos corriqueiros casos em que advogados discutem sobre qual dos lados do caso tem maior mérito. Outras negociações se focam em poder, como, por exemplo, quando as partes trocam ameaças. Negociações que se focam em reconciliar interesses são as que nos referimos como negociação baseada em interesses (*interest-based negotiation*) ou negociação solução de problemas (*problem-solving negotiation*). O enfoque reside no tratamento da controvérsia pelas partes como um problema mútuo.

### II.3.2.1.3 Foco em determinar quem tem razão

Quando o foco da atenção se volta para determinar quem tem razão, entram em cena os padrões de legitimidade ou justiça, como a lei e o contrato, e também os padrões de comportamento socialmente aceitos, como a equidade, a reciprocidade, o precedente e a senioridade. O problema que se coloca com esse enfoque é simples e conhecido: direitos raramente são claros. Padrões e regras contraditórios e diferentes podem ser aplicados ao mesmo caso. Juristas, linguistas, cientistas políticos e filósofos do direito, entre outros, vêm gastando rios de tinta com esse problema há séculos. A considerável dificuldade faz com que se tenha que recorrer a um terceiro, normalmente um juiz em um Tribunal estatal, ou à arbitragem.

27 FISHER, Roger; URY, William. Op. cit.

28 URY, William L.; BRETT, Jeanne M.; GOLDBERG, Stephen B. Op. cit., p. 6.

#### **II.3.2.1.4 Foco em poder**

O terceiro enfoque é determinar quem tem mais poder. Ury fornece uma definição restrita e apurada de poder, como a habilidade de forçar alguém a fazer algo que, do contrário, não seria feito<sup>29</sup>. Os meios de exercer o poder são os mais diversos e variam desde a ameaça até a efetiva imposição de custos à outra parte, aos atos de agressão, que incluem a sabotagem, o ataque físico e a retenção de benefícios. O poder está intimamente relacionado com a alternativa. A relação de dependência varia conforme a existência de alternativas que satisfaçam os interesses da parte. Quanto melhor a alternativa, menor a dependência que a parte tem e, assim, menor o poder que a outra parte tem sobre ela.

O óbvio problema que a batalha de poder traz é a destruição de valor. A troca de hostilidade é normalmente mútua e franca e as partes sempre gastam e destroem recursos com isso. Outro problema é determinar quem ganhou. Salvo nos casos de destruição total e em alguns que comportem critérios estritamente objetivos, como, por exemplo, critérios financeiros, o poder é normalmente uma questão de percepção. Cada parte tem a sua autopercepção da situação, que normalmente não coincide.

#### **II.3.2.1.5 Deixar de lado, desistir, retirada**

É importante lembrar, também, que muitas disputas terminam sem resolução porque uma das partes a evita ou, por sua escolha, a deixa de lado. Normalmente isso acontece quando não há interesse na disputa ou quando não há poder para se resolver de forma satisfatória. Em muitos casos, batalhas de poder terminam com a desistência ou com a retirada.

#### **II.3.2.1.6 Convivência dos aspectos e deslocamento do foco da atenção**

Na verdade, os três aspectos – interesses, direitos e poder – convivem e estão a um só tempo presentes em todas as disputas. Focar a atenção em um deles não elimina a existência do outro. Na resolução de uma disputa, o enfoque pode se deslocar de um aspecto para o outro e, normalmente, é isso que acontece.

#### **II.3.2.1.7 Qual enfoque é mais conveniente?**

O enfoque nos interesses é capaz de resolver os problemas que estão por trás da disputa e pode ajudar as partes a identificar quais pontos são de maior preocupação para uma parte e para outra. Ao trocar concessões em pontos de menor por de maior preocupação, as partes podem criar ganhos na resolução da disputa. Focar em direito ou poder, por seu turno, inevitavelmente faz com que uma das partes saia da disputa percebida como vencida. Em muitos casos de litígio, normalmente a parte vencida percebe a decisão como injusta, o juiz como alguém inábil para entender o seu caso e assim por diante. Reconciliar interesses tende, em geral, a um maior nível de satisfação mútua com os resultados do que determinar quem está certo ou quem tem mais poder. Se as partes estão mais satisfeitas, o relacionamento é beneficiado e a chance de que a disputa volte a ocorrer é menor.

---

29 Idem, p. 7.

Assim é que, em linhas gerais, é difícil discordar que o foco nos interesses gera maior satisfação mútua das partes, trabalha melhor o relacionamento e tem maior probabilidade de evitar disputas futuras. Além disso, é uma maneira que, em regra, requer menor custo de transação.

Na comparação entre determinar quem está certo ou quem tem mais poder, é certo que deferir para um padrão de justiça requer menos do que ceder para uma ameaça. Determinar direitos e poder normalmente se torna uma competição, uma batalha, para ver quem será o vencedor e prevalecerá. As partes podem competir por meio de suas estratégias de comunicação e/ou de condução do processo judicial para convencer um terceiro, em caso de adjudicação, ou por meio de demonstrações de poder como, por exemplo, a greve. A maior diferença entre os dois está nos custos de transação. Disputas de poder geralmente custam mais caro, não apenas pelos esforços investidos na briga, mas pelos recursos que são destruídos e a perda de oportunidade. Além disso, criam novos danos e ofensas, gerando, assim, novas disputas, além de desconfiança, raiva e desejo de vingança, causando mais prejuízos do que disputas de direito.

Isso nos leva à importante conclusão de Ury: “Em geral, reconciliar interesses custa menos do que determinar quem está certo, o que custa menos que determinar quem tem mais poder”<sup>30</sup>. Isso não significa que focar em interesses é sempre e invariavelmente melhor do que focar em direitos e poder, mas simplesmente que, com esse enfoque, os critérios custo de transação, satisfação das partes, efeitos na reputação, relacionamento e reincidência são mais bem trabalhados.

#### **II.3.2.1.8 Os limites do enfoque nos interesses**

Todavia, seria muita ingenuidade pensar que é possível, e até desejável, resolver toda a sorte de disputas focando apenas em interesses. A utilização de poder e direitos é normalmente necessária para trazer uma parte recalcitrante para a mesa de negociações, para que então possa ser estabelecida uma negociação baseada em interesses. O enfoque inicial na propositura de uma série de ações judiciais baseada na responsabilidade objetiva, como no caso do acidente aéreo que abordamos ou na necessidade de satisfação pública para a preservação da imagem da empresa, pode ser previamente necessário para trazer os responsáveis para a mesa, para que, então, focando nos interesses, resultados que atendam os objetivos de todas as partes possam ser encontrados.

Existem casos, também, em que a percepção das partes de quem está certo e de quem tem mais poder é tão divergente, que não há espaço para a negociação. Assim, um procedimento focado em direitos pode ser necessário para clarificar pontos e estabelecer as fronteiras legais em que o acordo pode ser trabalhado<sup>31</sup>.

---

30 Idem, p. 15.

31 Outras espécies de conflitos comportam interesses tão opostos, que o entendimento é impossível. Um exemplo seriam os interesses de uma empresa que manufatura casacos de pele e uma organização não governamental de proteção de animais, radicalmente contrária a tal comércio. Questões de importância pública por vezes requerem maior poder autoritário e podem ser melhor decididas, sob o prisma social, por decisões judiciais, como, por exemplo, questões envolvendo preconceitos raciais e discriminação. Pode parecer intuitivo, outrossim, que não é conveniente focar em interesses quando se tem muito mais poder do que a

### II.3.2.1.9 Diferentes meios de se focar em direitos e poder

Focar em direitos e poder é também parte vital no ofício de resolução de disputas. Existem, todavia, meios menos custosos de se determinar direitos e poder. As partes podem negociar direitos e poderes, tentando convencer umas as outras de quem está certo ou mesmo apenas trocando ameaças, sem qualquer ação efetiva para demonstrar poder. Procedimentos de se determinar poder e direitos também podem variar segundo o critério de custo, com a utilização das diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de disputas disponíveis<sup>32</sup>.

### II.3.2.1.10 Variedade de sistemas híbridos de resolução de disputas

No Brasil, os métodos alternativos de resolução de disputas adotam invariavelmente uma das duas formas conhecidas: arbitragem ou mediação. Todavia, o enfoque mais moderno encompassa uma miríade de sistemas híbridos, que combinam elementos da arbitragem e de mediação. Entre as diversas modalidades existentes, citamos os seguintes exemplos<sup>33</sup>:

(i) *Arb/Med*: modalidade híbrida em que o árbitro, antes de emitir o laudo, funciona como um mediador. Para garantir a integridade da arbitragem e, da mesma forma, permitir a exploração total das possibilidades da mediação, a prática se dá ao final da audiência na arbitragem, quando o laudo já foi minutado, mas antes de sua emissão. Isso garante que o resultado do laudo não possa ter sido influenciado pelas informações obtidas no processo de mediação;

(ii) Arbitragem de Chegada (*Final Offer Arbitration*): nessa modalidade, cada parte submete sua proposta final, monetária, ao árbitro, que deverá apenas escolher uma das propostas, sem modificá-la. O raciocínio por trás de tal procedimento é o incentivo criado para que as partes sejam mais razoáveis em suas propostas, na espera de que ela seja escolhida;

(iii) Arbitragem Não Vinculante: modalidade em que o laudo oferecido não vincula as partes, mas apenas oferece esclarecimentos objetivos sobre as questões técnicas e alternativas, para que as partes compreendam melhor a dimensão e os limites de sua demanda;

(iv) Avaliação Neutra e Prévia (*Early Neutral Evaluation*): avaliação profissional e franca da demanda por um observador neutro e objetivo, usada em casos de expectativas discrepantes e avaliações relativas distantes, que podem impedir ou travar uma negociação, já firmada em posições;

---

outra parte. Todavia, há que se considerar que, mesmo que haja desequilíbrio de poder, a imposição da vontade também incorre em custos, na medida em que ameaças requerem ação de quando em quando, no eterno teste de limites das relações humanas. A parte fraca pode não cumprir o que foi imposto, fazendo com que mais custos sejam despendidos para garantir a “fiscalização” do cumprimento, ou remediar o descumprimento. A parte mais fraca normalmente pode cometer pequenos atos de vingança e retaliação, o que pode ser incômodo. E, como a vida dá voltas, o equilíbrio de poder pode mudar, ou a cooperação pode ser necessária em outra esfera. Por esses motivos, não é tão óbvio que o mero exercício de poder, quando a parte dele dispõe, é melhor alternativa do que focar em interesses. A diferença de poder pode, de alguma forma, também delinear o campo possível de debate de interesses.

32 SANDER, Frank E. A. *Varieties of dispute processing*, 70 F.R.D. 111, 130-31, 1976.

33 GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank et al. *Dispute resolution: negotiation, mediation, and other processes*. Capítulo 5: Combining and Applying the Basic Processes. 2. ed. Nova Iorque: Aspen Law & Business, 1992. p. 301.

(v) Minitrial: procedimento híbrido pelo qual as partes apresentam seu caso a um painel de representantes selecionados pelas partes, ou para um neutro ou ambos. As apresentações são limitadas e, ao final, os representantes e/ou neutros se reúnem para conferência. O procedimento serve para a avaliação da qualidade do caso em relação aos obstáculos que podem ser trazidos pela parte adversa, com o enfoque para que a resolução se dê pelo viés comercial, e não jurídico.

(vi) Oitiva Confidencial: procedimento em que uma parte neutra colhe informações confidenciais das duas partes e avalia se há zona de acordo possível na negociação.

Estes são apenas exemplos de mecanismos que podem ampliar o espectro de alternativas e possibilitar às partes lidar com uma disputa aparentemente intratável. Tais mecanismos podem ser utilizados para a construção sob medida de sistemas capazes de lidar com as características únicas de um determinado conflito.

#### II.3.2.1.11 O desafio do *designer*

A conclusão é inexorável: um sistema de resolução de disputas é mais produtivo se seu enfoque primário for em interesses. Quando o enfoque nos interesses não for suficiente para resolver a disputa e, como vimos, em muitos casos não é, o sistema deve prever procedimentos para se determinar direitos e poder, que devem ser criativamente organizados, priorizando opções menos custosas e as organizando em sequência.

Em outras palavras, o grande desafio do *designer* de sistemas é inverter a lógica intuitiva de se partir para determinar poder e direitos primeiro e organizar um sistema em sequência que priorize interesses e prenda a atenção das partes na negociação com base em interesses, colocando em segundo lugar direitos e em terceiro poder, com procedimentos organizados da forma menos para a mais custosa.

Não apenas o *designer* deve ter em mente que, quanto mais opções de métodos alternativos complementares estiverem disponíveis, maior a tendência das partes de recorrer a elas, mesmo que não seja necessário e que isso possa aumentar os custos da disputa. A análise do *designer*, então, deve determinar, com um grão de sal, de acordo com a rigidez das barreiras em termos de discordâncias em relação a alternativas ou questões técnicas, a medida exata de procedimentos que se adequem à disputa que se procura resolver.

#### II.3.2.2 Princípios institucionais e variáveis do sistema

Um sistema de indenização deve se basear em alguns importantes princípios institucionais e estar pronto para lidar com diversas variáveis para a resolução de disputas. Com efeito, a doutrina existente propõe diversas molduras diferentes de princípios institucionais para a organização de um sistema<sup>34</sup>. A CI 3054 procurou

---

34 Existem diferentes molduras para identificação de princípios institucionais para o *design* de um sistema. Ury, Brett e Goldberg (1993) propõem: (i) coloque o foco nos interesses; (ii) construa *loop-backs* para a negociação; (iii) proporcione mecanismos de custo baixo para determinar direitos e poder; (iv) permita a consulta anterior e o *feedback* posterior; (v) organize os procedimentos em sequência de menor para maior custo; (vi) proporcione a motivação, habilidades e recursos. Constantino e Sickles-Merchant (1996) propõem: (i)

acolher praticamente todas as principais molduras existentes, com a eventual inclusão de outros princípios relevantes que o caso requeria. Entre os principais princípios institucionais norteadores da CI 3054, citamos:

(i) Inclusão, com o empenho de esforços máximos para que o sistema cobrisse o maior número de situações possíveis e que a vasta maioria, senão a totalidade, dos beneficiários pudessem ter seus interesses atendidos pelo programa;

(ii) Cobertura ampla, no sentido de cobrir todos os danos devidos, independe da natureza, para evitar litígio em questões residuais, e assim efetivamente diminuir custos de transação;

(iii) Utilização de fontes centrais de reunião e disseminação de informações, por meio das sedes da CI 3054 em São Paulo e Porto Alegre, central de atendimento telefônico, do sítio eletrônico disponível e da participação em reuniões mensais com os plenários dos familiares, para possibilitar aos beneficiários a facilidade de acesso à informação, a compreensão do sistema e a transparência necessárias ao êxito do programa;

(iv) Revisão regular do sistema, para possibilitar a incorporação do aprendizado com a experiência, por meio de realização de reuniões mensais entre os órgãos de proteção de consumidores envolvidos e representantes das empresas;

(v) Utilização de terminologia adequada, para evitar falhas de comunicação que resultem na compreensão equivocada do sistema e impliquem a falta de aceitação pelas partes<sup>35</sup>;

(vi) Equidade horizontal, no sentido de tratar com igualdade pleitos similares;

(vii) Implementação de sistema que proporcione a volta para a mesa (*loop-backs to negotiation*), no sentido de manter as partes sempre com o enfoque

---

crie diretrizes para averiguar se métodos alternativos de resolução de disputas (ADR) são cabíveis; (ii) customize os processos de ADR para o problema particular; (iii) construa métodos preventivos de ADR; (iv) garanta que as partes tenham habilidade e conhecimento para escolher e usar ADR; (v) crie mecanismos simples de ADR, que resolvam o problema em estágios iniciais, com menor burocracia; e (vi) permita que as partes tenham o máximo controle sobre a utilização de ADR e a escolha de terceiros neutro. Shariff (2003) propõe: (i) busque inclusão; (ii) inclua cobertura ampla; (iii) busque profundidade de jurisdição em assuntos individuais; (iv) construa fontes de informação; (v) descentralize e prolifere as discussões entre membros institucionais em fóruns múltiplos; (vi) deixe as decisões com aqueles mais interessados e afetados por elas; e (vii) permita a oportunidade de revisão regular, permitindo o aprendizado com a experiência.

35 A utilização de terminologia adequada é de suma importância para o sucesso de um sistema. Um grande exemplo disso na CI 3054 é o meio pelo qual as partes se referiam aos parâmetros de indenização. Alguns familiares a ele se referiam como parâmetros limites, ou “teto”, enquanto outros a ele se referiam como parâmetros iniciais, ou “pisso”. Ambas as formas de denominação geravam impressões equivocadas, que poderiam minar o êxito do sistema: se considerados parâmetros “teto”, muitos beneficiários e advogados evitariam a utilização do sistema, por se considerarem capazes de negociar melhores condições fora do âmbito da CI 3054. Se considerados piso, muitas negociações poderiam se frustrar, pois as ofertas iniciais dos beneficiários seriam ancoradas bem acima dos ditos parâmetros, com a expectativa natural de maximização de resultados dos beneficiários na dinâmica da negociação. O problema é que os parâmetros já estavam estabelecidos nos níveis de decisões ótimas do Superior Tribunal de Justiça para casos semelhantes, e a discrepância de expectativas, que, por parte dos beneficiários, extrapolaria a zona de acordo possível, culminaria na frustração de negociações. Ao não ceder, as empresas passariam a impressão de falta de razoabilidade. Por esse motivo, foi muito importante que o termo “parâmetros de referência” fosse consolidado, possibilitando, assim, a compreensão de que os parâmetros não eram nem teto nem piso, mas sim uma referência do que seria uma indenização justa e em conformidade com o sistema jurídico nacional. Se a proposta das empresas estava nos patamares dos parâmetros de referência, eram ofertas justas e adequadas.

na negociação baseada em interesses, priorizando, quando da superveniência de controvérsias, a utilização de métodos híbridos de resolução de disputas que direcionem as partes sempre de volta para a mesa de negociações, para a continuidade da resolução da controvérsia com base na discussão de interesses;

(viii) Organização dos procedimentos em sequência de custos, ou seja, a organização dos aludidos métodos híbridos de resolução de disputas priorizando os de custo baixo, seguindo-se a utilização de meios mais custosos na estrita necessidade e adequação de utilização destes para lidar com as barreiras encontradas.

### **II.3.2.3 Regimento Interno da CI 3054**

O conjunto de princípios e regras acordados pelas partes envolvidas para o funcionamento do sistema foi positivado no Regimento Interno da CI 3054, aprovado por meio de ata de que foram signatárias as autoridades e as empresas referidas. As empresas vincularam-se à estrita observância dos termos e das condições do regimento.

### **II.3.2.4 Procedimento da CI 3054**

#### **II.3.2.4.1 Questões gerais sobre o procedimento**

A CI 3054 estabeleceu procedimento simples e de fácil compreensão, com a constante preocupação com a eficiência no processamento dos requerimentos. A CI 3054 utilizou formulários específicos para o ingresso, com a indicação de documentos típicos para a comprovação de renda das vítimas, dependência econômica e vínculo afetivo. As partes normalmente eram representadas por advogados, e normalmente um entre os beneficiários de uma mesma vítima, devidamente autorizado, concentrava os contatos com a CI 3054. A CI 3054 também procurava, sempre que possível, consolidar requerimentos de diferentes beneficiários de uma mesma vítima para o cálculo conjunto, alertando-os da obrigação de informar a existência de outros potenciais beneficiários com as quais, nos termos da lei, a indenização deveria ser repartida, sob pena de que estes reembolsassem, por sua conta e risco, beneficiários negligenciados.

A preocupação com a confidencialidade permeou os trabalhos da CI 3054. Os parâmetros de referência eram disponibilizados para as partes apenas por meio de reuniões presenciais e retirados mediante registro. Informações sobre os requerimentos em andamento eram fornecidas apenas a pessoas expressamente autorizadas pelos beneficiários, que também autorizavam, sempre que fosse o caso, o contato de membros da Divisão da Assistência e das empresas indenizadoras com terceiros para busca de informações (e.g., ex-empregadores).

Um dos maiores problemas enfrentados na operação de sistemas de indenização é a falta de informação e de elementos de comprovação das pretensões dos beneficiários. Muitas vezes, os dependentes não têm familiaridade com as atividades profissionais e comerciais da vítima e enfrentam dificuldade em acessar documentos e informações pertinentes. A CI 3054 desenvolveu soluções criativas para lidar com os problemas, como, por exemplo, no caso de dificuldade de recomposição de renda, opções que vão desde a utilização de tabela simplificada do IBGE

até fórmulas de recomposição de renda pela comprovação de despesas mensais das vítimas por meio de extratos bancários ou outros documentos<sup>36</sup>.

Outro problema que era de se esperar, em vista dos exemplos internacionais<sup>37</sup>, era o relacionado aos falsos positivos, ou seja, pessoas que não têm legitimidade para receber indenização, mas que, de qualquer forma, tentam participar do programa. Uma enxurrada de falsos positivos poderia requerer medidas para que a eficiência do sistema não fosse comprometida. A CI 3054 teve apenas um caso de falso positivo.

O sistema também deve ser rigoroso com relação à prestação de informações pelos beneficiários. Em muitos casos, problemas na entrega de informações e documentos por parte dos próprios beneficiários pode atrasar ou até inviabilizar o cálculo da indenização. A CI 3054 previu mecanismos que vão desde a fixação de prazo peremptório para sanar as faltas até a caracterização de abandono por decurso de tempo razoável sem que haja contato ou falta de comunicação de mudança de endereço. Não foram registrados casos de abandono na CI 3054.

#### II.3.2.4.2 Fases do procedimento

O procedimento da CI 3054 pode ser dividido em duas fases, (i) a preparatória ao ingresso do requerimento e (ii) o procedimento em si, consubstanciado nas reuniões propriamente ditas para coleta de informações e na apresentação da proposta de indenização. Na fase pré-ingresso, as partes tinham à sua disposição a "Divisão de Assistência" (DA), em que os beneficiários eram atendidos pessoalmente para a preparação prévia de seus requerimentos, antes mesmo do ingresso formal no programa. Após o ingresso, as partes mantinham reuniões diretamente com as empresas área e seguradora, com a presença de observadoras, e tinham à disposição o Conselho de Órgãos de Proteção de Consumidor para consultas.

#### II.3.2.4.3 Divisão de Assistência (DA)

A Divisão de Assistência (DA) teve um importante papel na estrutura da CI 3054. A DA é composta por observadoras, que são terceiras neutras, com formação jurídica, nomeadas e capacitadas pelas autoridades envolvidas. Assistentes também foram nomeados para auxiliar os trabalhos da observadora.

---

36 Uma das maiores inovações vistas nos Estados Unidos no processamento de requerimentos de indenização é a abertura de possibilidade dos demandantes para a escolha de diferentes opções de processo. No Dalkon Shields Claimant Trust, criado em 1989 em Virgínia, com duração até 2001 e que realizou cerca de 200.000 acordos em virtude de ações de indenização pelos danos causados pelo dispositivo contraceptivo intrauterino, os demandantes poderiam escolher entre: (i) opção 1: pagamento direto, em valor menor, mas com menor requerimento de prova; (ii) opção 2: espécie de compensação trabalhista, que requeria maior prova, em que o demandante receberia mais dinheiro com base em um grade de fatores limitados; (iii) opção 3: revisão individual que requereu evidências similares a judiciais (*tort evidence*), com pagamento calculado com base em algoritmos que se assemelhavam a modelos judiciais de cálculo de indenização; (iv) opção 4: total réplica do sistema judicial, com o uso de métodos alternativos ou julgamento, defesas e metodologia de contencioso. O próprio Fundo de 11 de Setembro também previa a utilização de duas opções, os *tracks A e B*, que variavam conforme a complexidade do procedimento para se determinar a indenização.

37 MCGOVERN, Francis. Op. cit., p. 1371. A análise da informação tem um peso importante para se determinar que tem ou não legitimidade para o programa e eliminar falsos positivos. Esse fator pode ser levado em conta em programas de indenização, com a criação de opções com menor valor, mas com pagamento mediante menor necessidade de apresentação de documentos de prova.

#### **II.3.2.4.4 Fase pré-ingresso: papéis da DA**

##### **II.3.2.4.4.1 Disseminação do programa**

As observadoras tiveram o papel de organizar o envio de informações aos familiares sobre a existência e funcionamento do sistema e reunir-se com os beneficiários das vítimas individualmente para explicar-lhes o programa de indenização. As observadoras também mantinham plantão para dúvidas nas reuniões com o plenário dos familiares que a Associação dos Familiares e Amigos das Vítimas do Voo TAM 3054 (Afavitam) realizava mensalmente.

##### **II.3.2.4.4.2 Preparação prévia dos requerimentos**

As observadoras atendiam individualmente os familiares para assisti-los previamente na preparação de seus requerimentos, especificamente para o preenchimento dos formulários de ingresso – que estavam disponíveis *on-line*, foram distribuídos nas reuniões mensais da Afavitam e foram enviados por correio – para dirimir dúvidas e assisti-los na reunião de documentos e elementos de prova para a comprovação de renda da vítima, dependência econômica e vínculo afetivo. Tal mecanismo proporcionou grande economia de tempo, na medida em que antecipou problemas e organizou com eficiência o material previamente à apresentação às empresas indenizadoras.

##### **II.3.2.4.4.3 Avaliação neutra e prévia**

A avaliação neutra e prévia é o primeiro mecanismo alternativo híbrido de resolução de disputas incorporado à CI 3054 e consiste na análise franca e profissional por parte das observadoras, na qualidade de neutras e com enfoque objetivo, dos casos específicos dos beneficiários, para a avaliação das alternativas e circunstâncias, assim como da conveniência e eventual vantagem em ingressar na CI 3054. A Avaliação Neutra e Prévia teve papel fundamental para trazer as expectativas das partes para níveis aspiracionais mais realistas, possibilitar a oportunidade das partes se expressarem e ventilarem suas emoções e assim reduzir a desconfiança e o medo de oportunismo estratégico.

##### **II.3.2.4.5 Ingresso dos requerimentos, realização de reuniões**

Após o preenchimento dos formulários e a juntada dos documentos pertinentes, com ou sem a assistência da DA, os requerimentos de indenização eram protocolados nas sedes da CI 3054 e remetidos aos cuidados das empresas indenizadoras.

Após a devida análise de legitimidade, as empresas marcavam reunião preliminar com os beneficiários das vítimas para ouvi-los, solicitar maiores esclarecimentos e apresentação de informações e documentos que tornassem possível o cálculo da indenização. Se o caso fosse simples (e.g., um irmão que apenas faz jus a dano moral), a reunião preliminar já poderia antecipar os trabalhos e servir para o oferecimento de proposta de indenização.

Após a reunião preliminar, quando necessário, novas reuniões eram realizadas, até que fosse possível a realização de reunião final, com a apresentação

da proposta de indenização. Nessa reunião, a oportunidade para esclarecimentos sobre circunstâncias extraordinárias que eventualmente não foram consideradas era aberta, assim como a oportunidade para correção de erros materiais ou de cálculo eventualmente presentes. Em seguida, o prazo de 30 dias para aceitação da proposta se inicia, com o pagamento imediato mediante aceitação, pendente apenas de homologação judicial nos casos em que havia menores.

#### **II.3.2.4.6 Papel da DA após o ingresso**

##### **II.3.2.4.6.1 Mediação**

Após o ingresso dos requerimentos, nas mencionadas reuniões entre os beneficiários das vítimas e as empresas indenizadoras, as observadoras estavam sempre presentes<sup>38</sup> e funcionaram como mediadoras, assistindo as partes nas negociações. Mediadores não têm o poder de impor um resultado ou uma decisão às partes na resolução de disputas, mas, apesar da “falta de dentes”, a intervenção pode alterar a dinâmica da negociação.

As observadoras, nesse papel, tinham, por exemplo, a função de encorajar a troca de informações entre as partes, providenciar novas informações, ajudar as partes a entenderem as visões umas das outras, ajudá-las a perceber que suas preocupações foram entendidas, promover um nível produtivo de expressão emocional, lidar com as diferentes percepções e incentivos de clientes e advogados, ajudar as partes a avaliar realisticamente suas alternativas em termos de acordo, encorajar flexibilidade, mover o foco das conversas do passado para o futuro, estimular as partes à sugestão de soluções criativas para os impasses, entender separadamente os interesses que as partes relutam em revelar umas para as outras e inventar soluções que satisfaçam os interesses principais de todas as partes<sup>39</sup>.

##### **II.3.2.4.6.2 Observação do cumprimento do regimento interno**

As observadoras também tinham o papel de observar o cumprimento do regimento pelas empresas indenizadoras e reportar, por meio de relatório circunstanciado, os casos de dúvida ou descumprimento pontual por parte destas, o que era subsequentemente submetido à discussão na reunião mensal entre autoridades e empresas.

#### **II.3.2.4.7 Conselho Arbitral Consultivo (CAC)**

Quando surgissem controvérsias nas negociações, as partes poderiam submeter consultas ao Conselho Arbitral Consultivo (CAC), composto pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor participantes da CI 3054. O CAC emitia pareceres não vinculantes para a resolução das controvérsias e teve um importante papel para ajudar as partes a avaliarem melhor as circunstâncias de seus casos, eliminar expectativas não realistas e a clarificar os limites legais que permeavam as negociações. Esse procedimento permitia que as partes retornassem à mesa de negociações com

---

38 A presença das observadoras nas reuniões poderia ser dispensada se o beneficiário assim desejasse, desde que tal fato fosse comunicado por escrito à CI 3054.

39 GOLDBERG, Stephen; SANDER, Frank et al. Op. cit., p. 107.

informações mais claras sobre suas alternativas e interesses, para a continuidade das tratativas. Tanto as consultas quanto os pareceres emitidos primaram pela concisão e simplicidade, para que o procedimento fosse célere. As observadoras normalmente assistiam aos beneficiários na formulação das consultas.

## **II.4 IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA, DISSEMINAÇÃO E TREINAMENTO**

### **II.4.1 Panorama do conflito na abertura da CI 3054**

A CI 3054 foi inaugurada em 24 de abril de 2008. A demora de nove meses a contar da data do acidente se deu em virtude das naturais resistências encontradas para o convencimento das partes, principalmente das empresas, sobre a eficácia e a eficiência do sistema. O prolongamento se deu, também, por conta da resolução de questões difíceis que surgiram ao longo da negociação, dada a ausência de critérios claros dos tribunais pátrios para tratamento coletivo e isonômico em questões indenizatórias. Com efeito, tratava-se de um projeto pioneiro e de considerável magnitude, e não era de se esperar que as muralhas da resistência ao novo tombassem com um sopro.

A essa altura, todavia, muitos familiares já haviam se decidido pela via judicial, no Brasil e no exterior, e cerca de 80 ações já haviam sido ajuizadas. Muitos familiares se cansaram do prolongamento das negociações, que comportou diversos momentos de retrocesso e avanço. Diversos acordos também haviam sido realizados, predominantemente por aqueles familiares com necessidades financeiras iminentes. O estado das artes era um cenário extremante conflituoso, com ânimos acirrados, alto grau de litígio e prevalência da desconfiança.

A CI 3054 veio tarde – nove meses é um período demasiadamente longo para se iniciar um programa de indenização em casos de acidentes fatais<sup>40</sup>. Todavia, não havia como ser diferente, em vista dos naturais desafios que a quebra de paradigma implica. O grupo de familiares que ainda não havia decidido o caminho que adotaria com relação à indenização era reduzido, e o quadro a ser revertido pela CI 3054 era extremamente desfavorável.

### **II.4.2 Implementação e disseminação**

A CI 3054 teve duas Centrais de Atendimento, uma em São Paulo/SP e outra em Porto Alegre/RS, em que funcionava a DA e em que as reuniões eram realizadas. A DA, nesta etapa, iniciou a atividade de disseminação, com o início simultâneo da operação do sistema na forma do procedimento acima descrito. Tanto os componentes da DA como os funcionários das empresas responsáveis pelo atendimento dos beneficiários foram submetidos a constante treinamento, desenvolvimento de habilidades e motivação, sempre com a incorporação do aprendizado com a experiência.

---

40 Com efeito, consideramos que a inauguração de um programa de indenização em casos de acidentes coletivos e fatais deve, a um tempo, esperar e respeitar o luto dos familiares, que, em natural estado de perplexidade, não tem condições emocionais de tomar decisões nessa esfera. Todavia, o programa deve estar pronto para ser implementado em tempo suficiente para impedir a agonia financeira de famílias que perderam seu arrimo de família e proporcionar alívio para os que têm necessidades financeiras iminentes. A demora excessiva pode implicar a adoção de medidas judiciais pelos beneficiários e nos custos decorrentes.

## **II.5 AVALIAÇÃO DO SISTEMA**

Para o arquiteto de sistemas de disputa, o *design* é só o começo. A implementação do sistema requer um constante processo de persuasão e educação. Além disso, a avaliação contínua do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência, é vital para o cumprimento dos objetivos a que este se propõe. O sistema deve ser construído com a devida flexibilidade e possibilidade de adaptação para lidar, virtualmente, com todas as necessidades e situações inesperadas que possam surgir.

### **II.5.1 Conselho Diretor**

Para a avaliação e constante aprimoramento do sistema, a CI 3054 previu a constituição de um “Conselho Diretor”, composto por representantes dos referidos órgãos de proteção e defesa do consumidor, das empresas aérea, seguradoras e resseguradoras. O Conselho reunia-se mensal, ou, no mínimo, bimestralmente, para a discussão dos desafios, casos omissos e oportunidades de aperfeiçoamento do sistema. Tal mecanismo criou o foro de discussão para permitir diversas adaptações ao sistema, sem as quais os resultados obtidos jamais poderiam ter sido alcançados.

### **II.5.2 Resultados da CI 3054**

A CI 3054 foi inaugurada em 24 de abril de 2008 e esteve disponível para o ingresso de requerimentos até o dia 19 de dezembro de 2008. Em cumprimento à previsão regimental, a CI 3054 funcionou até a avaliação e trâmite final para acordo do último requerimento e teve suas atividades encerradas em junho de 2009. A cerimônia oficial de encerramento se deu no dia 13 de agosto de 2009.

Em 14 meses, o programa processou 59 requerimentos e indenizou 207 familiares, referentes a 45 vítimas, com parâmetros semelhantes às mais favoráveis decisões dos tribunais pátrios. Cerca de 10 requerimentos corresponderam aos de familiares que desistiram de ações judiciais, principalmente no exterior. Além disso, a DA atendeu cerca de 200 familiares que não ingressaram formalmente na CI 3054 e já haviam adotado medidas judiciais no Brasil e no exterior, para informá-los e auxiliá-los sobre as circunstâncias de seus casos particulares. Como consequência, a DA ofereceu informações e critérios que tiveram impacto na celebração de acordos na quase totalidade das mencionadas ações judiciais. Por esse motivo, ficou claro que a CI 3054 teve um impacto maior no conflito globalmente considerado do que apenas o de processar os requerimentos que nela ingressaram.

A CI 3054 teve apenas um caso de falso positivo e não foi registrado nenhum caso de abandono no programa. Foram formuladas 23 consultas ao Conselho Arbitral Consultivo para pareceres no bojo dos 58 requerimentos processados na CI 3054. Houve três desistências e apenas um caso em que o requerimento foi processado até a etapa final, havendo a rejeição da proposta de acordo.

Relatos de familiares e das empresas envolvidas dão conta de que a satisfação das partes com os resultados foi patente. Familiares declararam que o sistema lhes permitiu maior conforto e tranquilidade para a resolução da questão, e as em-

presas reconheceram que o sistema lhes permitiu a resolução do conflito com celeridade sem precedentes no País, evitando também maiores custos de transação, o que certamente implicaria o desembolso maior do que o realizado para a resolução das disputas.

### III – FUTURO DO DSD NO BRASIL

Disputas sempre existiram, existirão por muito tempo e são um aspecto normal de todo relacionamento, organização e sociedade. Implícita ou explicitamente, toda instituição ou organização possui um método para lidar com disputas, que podem variar conforme o nível de formalidade e sofisticação. Hoje em dia, indivíduos, instituições, organizações e nações têm a crescente percepção dos custos crescentes para a resolução de disputas, de ordem econômica, humana e relacional. Muitos já estão à procura de métodos mais eficientes e eficazes de prevenir, gerenciar e resolver os seus conflitos.

O problema ainda é agravado no Brasil, que enfrenta a atual “Crise da Justiça”, com o abarrotamento do Poder Judiciário e a demora de mais de uma década, em média, para o julgamento de uma ação. Tal situação, sem qualquer dúvida, demanda soluções que transcendam aos mecanismos e modelos convencionais de ação e pensamento normalmente praticados no País.

Nesse contexto, a CI 3054 aparece no cenário brasileiro como um indisputável marco para o desenvolvimento do DSD, da negociação e dos métodos alternativos de resolução de disputas no País. O caso oferece um exemplo real e concreto de como é possível resolver disputas complexas por meio da mudança do enfoque pelo qual se pensa e pratica o Direito.

Sob outro prisma, a iniciativa é um exemplo de cidadania, responsabilidade social e honestidade empresarial. É inegável, outrossim, que o projeto traz em si um salto para o Brasil na área de resolução de disputas por meios alternativos, de um desenvolvimento relativamente tímido nessa seara, para igualar o País com as pouquíssimas nações que empreenderam projetos semelhantes.

A teoria e a prática do DSD propõem um novo enfoque, eficiente e customizado, para que advogados e operadores do direito possam funcionar como verdadeiros arquitetos institucionais, para o desenho de processos criativos e funcionais, capazes de evitar custos de transação e trazer maior satisfação e participação para as partes envolvidas.

É de se esperar que o caso inspire novas iniciativas e sirva para avançar a utilização dos métodos alternativos de resolução de disputas no País, para proporcionar maior eficácia e eficiência ao crescente segmento de disputas legais, comerciais, ambientais, públicas e privadas, além de garantir que a Justiça no País não seja a injustiça manifesta a que se refere nosso saudoso jurista. Na seara de resolução de disputas, ao contrário das fórmulas jurídicas universais e soluções-padrão de todo tipo, *one size does not fit all*.