

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Karim Madalena Hans

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO EMPRESARIAL:
O QUE PENSAM OS ADVOGADOS E QUAL É O SEU PAPEL NA DIFUSÃO DESSE
MECANISMO**

PORTO ALEGRE

2019

KARIM MADALENA HANS

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO EMPRESARIAL:
O QUE PENSAM OS ADVOGADOS E QUAL É O SEU PAPEL NA DIFUSÃO DESSE
MECANISMO.**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann.

PORTO ALEGRE

2019

KARIM MADALENA HANS

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CONTEXTO EMPRESARIAL: O QUE
PENSAM OS ADVOGADOS E QUAL É O SEU PAPEL NA DIFUSÃO DESSE
MECANISMO.**

Monografia apresentada ao Departamento de
Direito Privado e Processo Civil da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Doutora Simone
Tassinari Cardoso Fleischmann.

Aprovada em 11 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA:

Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso Fleischmann
Orientadora

Professora Doutora Tula Wesendonck

Mestre Rodrigo Ustárroz Cantalli

PORTO ALEGRE
2019

Ao Osvaldo, "In Memoriam", pelo amor.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos iniciais vão para os meus filhos Iago e Luiza, porque foi o amor de vocês que me fez seguir em frente nos momentos difíceis pelos quais passamos e que coincidiram com o início do meu curso de Direito. Cada passo que dou é pensando em vocês. Obrigada pela compreensão de terem uma mãe dividindo a atenção de vocês com leituras, provas e trabalhos ao longo de todos esses semestres.

Igualmente agradeço à Prof.^a Dr.^a Simone Tassinari pelo conhecimento compartilhado e o apoio oferecido. Obrigada por me auxiliar a estruturar o trabalho e a organizar as ideias, que inicialmente estavam bem confusas e que aos poucos foram tomando forma de Trabalho de Conclusão de Curso. Aproveito também para agradecer à mestranda Deborah Dallemole, que pacientemente leu o meu trabalho, contribuindo para a sua correção.

Agradecimento especial à Faculdade de Direito da UFRGS, por todas as oportunidades e pela singular experiência acadêmica oferecida.

É necessário agradecer também ao Dr. Roberto Bersch, que foi muito atencioso e abriu as portas da AEJE – Associação dos Escritórios de Direito Empresarial, para que eu pudesse aplicar a pesquisa de opinião com os advogados de direito empresarial. Na mesma linha agradeço o apoio da Sr.^a Janaína Silvestre, secretária da AEJE.

Ainda, agradeço aos amigos que não deixaram de me chamar para os churrascos, apesar de sempre chegar atrasada por cursar a Faculdade no período noturno e por não terem reclamado muito da escassez dos meus convites.

Por fim, agradeço aos colegas que tornaram as noites na UFRGS mais animadas e divertidas e que me fizeram companhia nos dias em que todos estavam se divertindo e eu estudando.

RESUMO

As discussões sobre métodos adequados de resolução de disputas entraram na pauta do Poder Judiciário Brasileiro pela necessidade de minimizar a sobrecarga dos Tribunais, causada pelo excesso de demanda processual e pela necessidade de se encontrar soluções efetivas e justas, que garantam a universalização dos direitos. Nesse cenário, o desenvolvimento de processos autocompositivos pode ser uma ótima opção para a resolução de disputas no meio empresarial, pois as negociações fazem parte da rotina das empresas e a preocupação com a preservação dos relacionamentos alcança elevada importância nesse universo. O estudo apresenta o papel dos advogados, que assessoram as empresas na mediação das suas disputas. Por meio de uma revisão bibliográfica, são analisadas as vantagens e limitações da mediação, bem como a função dos advogados no desenvolvimento e aplicação desse método autocompositivo. Através de uma pesquisa de opinião realizada nos meses de setembro e outubro de 2019, com advogados que possuem experiência na área de direito empresarial e que atuam em Porto Alegre, São Paulo e Rio de Janeiro, foram coletadas informações, a partir de determinados padrões de comportamento, que poderiam justificar a crença desses profissionais no uso da mediação. Mediante análise das informações bibliográficas e de campo foram elaboradas algumas reflexões sobre o futuro da mediação empresarial no Brasil, considerando possíveis estratégias e oportunidades para a sua proposição de forma contínua e efetiva. Conclui-se que o desafio dos advogados é transferir o protagonismo da disputa para os gestores das empresas, de modo a prepará-los para a negociação, identificando os riscos e as oportunidades oferecidas ao longo do processo de mediação. Em uma visão prospectiva, é possível se pensar que uma nova geração de advogados, formada em universidades que tenham disciplinas sobre mediação na sua grade curricular, promova o desenvolvimento desse método aqui no Brasil.

Palavras-chave: mediação empresarial; negociação colaborativa; papel dos advogados; futuro da mediação.

ABSTRACT

Discussions on appropriate dispute resolution methods have entered the agenda of the Brazilian Judiciary because of the need to minimize the burden on the Courts, caused by excessive procedural demands, and the need to find effective and fair solutions that guarantee the universalization of rights. In this scenario, the development of self-composing processes can be a great option for the resolution of disputes in the business environment, since negotiations are part of the companies routine and the concern with the preservation of relationships reaches high importance in this universe. The study presents the role of lawyers, who advise companies in mediating their disputes. Through a literature review, the advantages and limitations of mediation are analyzed, as well as the role of lawyers in the development and application of this self-composed method. Through an opinion poll conducted in September and October 2019 with lawyers who have experience in the area of business law and who work in Porto Alegre, São Paulo and Rio de Janeiro, information was collected from certain standards of behavior that could justify their belief in the use of mediation. Through analysis of bibliographic and field information, some reflections on the future of business mediation in Brazil are elaborated, considering possible strategies and opportunities for its proposition in a continuous and effective way. It is concluded that the challenge of lawyers is to transfer the protagonism of the dispute to the managers of the companies, in order to prepare them for negotiation, identifying the risks and opportunities offered throughout the mediation process. Looking ahead it is possible to think that a new generation of lawyers, graduated from universities that have disciplines on mediation in their curriculum, will promote the development of this method here in Brazil.

Keywords: business mediation; collaborative negotiation; role of lawyers; future of mediation.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Frequência adequada do uso da mediação	38
Gráfico 2 - Experiência com mediação.....	38
Gráfico 3 - Satisfação nas experiências com mediação	39
Gráfico 4 - Frequência de proposição do uso da mediação	39
Gráfico 5 – Frequência das experiências com mediação	40
Gráfico 6 - Satisfação com mediação vs. processos judiciais.....	40
Gráfico 7 - Impacto da mediação na remuneração	41
Gráfico 8 - Impacto da mediação na carreira.....	41
Gráfico 9 – Tempo adequado da mediação	42
Gráfico 10 – Custo adequado da mediação	42
Gráfico 11 – Mediação vs. Tribunais.....	43
Gráfico 12 – Mediação e as relações comerciais.....	43
Gráfico 13- Preferência de mecanismo para resolução da disputa	44
Gráfico 14 – Complexidade de conhecimento na mediação.....	44
Gráfico 15 – Percepção para propor a mediação	45
Gráfico 16 – Formação adequada para mediação.....	45
Gráfico 17 – Resistência a mudanças	46

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	MEDIAÇÃO EMPRESARIAL	12
2.1	A MEDIAÇÃO E A EMPRESA	12
2.2	POSSIBILIDADES DE USO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS.....	16
2.3	VANTAGENS E LIMITAÇÕES DO USO DA MEDIAÇÃO NAS DISPUTAS ENTRE EMPRESAS	19
2.4	O PAPEL DO ADVOGADO DE NEGÓCIOS	24
2.4.1	Advogado mediador vs. advogado da parte	27
2.4.2	O papel do advogado assessor da empresa	31
3	PESQUISA DE CAMPO SOBRE A CRENÇA DOS ADVOGADOS NA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL	35
3.1	METODOLOGIA.....	35
3.2	ANÁLISE GRÁFICA DOS DADOS	37
3.3	ANÁLISE GLOBAL	46
4	UMA VISÃO PROSPECTIVA DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL	49
4.1	PONTOS CRÍTICOS PARA DIFUSÃO DA MEDIAÇÃO ENTRE EMPRESAS.....	50
4.2	OPORTUNIDADES PARA OS ADVOGADOS DE NEGÓCIOS	53
5	CONCLUSÃO	59
	REFERÊNCIAS	63
	ANEXO A – QUESTIONÁRIO DA PESQUISA	67

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, as discussões sobre métodos adequados de resolução de disputas entraram na pauta do Judiciário Brasileiro e das instituições que o cercam, incluindo a Ordem dos Advogados do Brasil, as Universidades e também os Doutrinadores do Direito. Isso se justifica pelo elevado volume de processos que tramitam no sistema jurídico nacional, sobrecarregando, pelo excesso de demanda, a capacidade do Poder Judiciário de julgá-los. Há também a questão do acesso à Justiça, previsto constitucionalmente em termos da garantia do direito a decisões eficazes e justas. Porém, referido acesso por si só não garante tal direito, conforme nos mostra Sadek:

A legalidade, contudo, não assegura, por si só, a realização de direitos. Não é, também, garantia suficiente para a consolidação de instituições democráticas. Tornar os direitos reais, compartilhados por todos, e, assim, proporcionar ganhos na qualidade da democracia são desafios permanentes.¹

Nesse cenário da universalização de direitos e da busca por soluções eficazes e justas para as disputas, surge a mediação entre os métodos adequados não adversariais das políticas judiciais. O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, § 3º, determinou que a conciliação e a mediação fossem aplicadas por todos os patrocinadores da justiça:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do ministério público, inclusive no curso do processo judicial.²

A mediação emerge com a promessa de agregar várias vantagens em relação ao método tradicional de solução de litígios, principalmente, em relação a redução dos custos e prazos processuais. Essas vantagens, normalmente, já despertariam um forte interesse nas organizações empresariais e se associarmos outros fatores, como a preservação dos relacionamentos comerciais e possibilidades de novas oportunidades de negócios, poderemos estar diante de uma ferramenta de excepcional interesse para as empresas.

¹ SADEK, Maria Tereza Aina. Direitos e sua concretização: judicialização e meios extrajudiciais. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 40-49, abr./maio, 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em 8 ago. 2019, p. 41.

² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.

Em que pese a mediação ainda seja pouco conhecida e exercitada por gestores e advogados no âmbito empresarial, referido mecanismo parece ser muito adequado a esse universo, que está habituado às negociações que envolvem um amplo espectro de relações: comerciais, econômico-financeiras, sociais, trabalhistas, fiscais e ambientais. Dentre os citados vínculos, o trabalho irá tratar das possibilidades da mediação nas relações entre as empresas, envolvendo, principalmente, as disputas comerciais, pois nessa área percebe-se um grande interesse, benefício e oportunidades para as partes em disputa.

O cerne da mediação é a negociação baseada em princípios éticos, que será conduzida por um terceiro imparcial, facilitador do processo e da comunicação entre as partes. A atuação do mediador deverá facilitar a comunicação entre as empresas contratantes, a fim de que as mesmas atendam a seus próprios interesses. Ele poderá adequar-se a cada caso específico, variando de um enfoque passivo, limitando-se a condução do processo, a um modelo mais ativo, nos casos empresariais complexos, em que o conhecimento do negócio possa ser fundamental à solução da disputa.

Além do importante papel do mediador, o papel do advogado que irá assessorar as empresas na mediação merece especial destaque, sendo o objetivo principal desse estudo. O advogado sempre teve e continua tendo um papel muito importante junto à sociedade, cuidando dos direitos e interesses relativos à prestação jurisdicional. Nos processos não adversariais, como a mediação, espera-se a mesma notoriedade, pois ele já possui boa parte das competências e habilidades necessárias à função de assessoramento das partes. Todavia novas qualidades profissionais deverão ser somadas às tradicionais, como a negociação baseada em princípios, incluindo toda a fase preparatória anterior ao início do processo de negociação, voltada às discussões dos interesses, estratégias, riscos e oportunidades envolvidas na disputa.

Tendo em vista que a eficácia da solução consensual de conflitos, conforme nos mostra Watanabe, passa da cultura da sentença à cultura da pacificação³, visamos com esse projeto de pesquisa conhecer a visão dos advogados de direito empresarial sobre essa nova forma de solução de controvérsias. Será discutido o papel desses profissionais na difusão do método, os pontos críticos e as oportunidades advindas através da utilização da mediação nas disputas entre empresas.

³ WATANABE, Kazuo. Depoimento. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 22-29, abr./maio, 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf Acesso em 19 ago. 2019, p. 29.

Assim, optou-se por dividir o presente estudo em três capítulos. O primeiro foi dedicado a compreender a mediação empresarial e as possibilidades do seu uso nas relações comerciais. Pretende-se fazer uma reflexão sobre as vantagens e limitações da aplicação desse instituto nas disputas específicas entre empresas, através de uma abordagem bibliográfica que contemple o papel dos advogados de negócios.

No segundo capítulo foram analisados os dados da pesquisa de opinião, realizada nos meses de setembro e outubro de 2019, com trinta e dois advogados, selecionados pela experiência e atuação na área do direito empresarial. As cidades escolhidas foram Porto Alegre, São Paulo e Rio de Janeiro, por apresentarem significativa atividade empresarial, onde seria possível imaginar um maior desenvolvimento do uso da mediação. Foram coletadas informações a partir de determinados padrões de comportamento, que poderiam justificar a crença ou não desses profissionais no uso da mediação. Entre os fatores pesquisados, destacam-se: a satisfação com a mediação, as consequências pessoais esperadas, o tempo e despesas envolvendo a resolução de disputas e a preservação dos relacionamentos comerciais.

Já no terceiro e último capítulo, através da análise dos dados obtidos na pesquisa e das informações teóricas sobre os resultados observados, foram traçadas considerações sobre os pontos críticos e as oportunidades à efetiva utilização da mediação no meio empresarial, bem como o papel dos advogados assessores das empresas nesse contexto.

2 MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

Este capítulo destina-se à compreensão da mediação empresarial, especialmente da mediação envolvendo a tentativa de resolução de controvérsias nas disputas entre empresas.

A mediação no segmento empresarial, assim como nas demais áreas do direito, tem sido um dos métodos utilizados para dirimir disputas societárias, resolver controvérsias entre empresas, solucionar conflitos internos das organizações, sanar questões trabalhistas e também promover soluções negociadas com a comunidade e órgãos estatais para questões ambientais.⁴ Ou seja, estamos presenciando uma grande evolução dessa atividade, com amplo apoio do sistema judiciário, que recepcionou a ideia de que a mediação deve ser uma das primeiras portas para resolução dos conflitos e de que a porta do poder judiciário deve ser a última.⁵

2.1 A MEDIAÇÃO E A EMPRESA

Na visão de Suares, os conflitos são necessários, pois são “as interações antagônicas que mantêm a diferença entre os elementos: estes desapareceriam se essa diferença não se mantivesse”.⁶ Todavia, é preciso superar os desacordos, para que o antagonismo não leve ao colapso e à destruição das relações. O processo do conflito, segundo Fiorelli, evolui tornando as partes prisioneiras dele. Posicionamentos inflexíveis, condicionados e automáticos se estabelecem ao longo dos relacionamentos, agravando os conflitos.⁷

Nas organizações empresariais, os conflitos originam-se por vários fatores, que podem ser internos e externos. Internamente, a velocidade das decisões, a cobrança pelo cumprimento das metas, as disputas para ocupar os cargos de chefia, as competições entre equipes e departamentos, a comunicação eletrônica e o contato pessoal reduzido são algumas possibilidades de geração de conflitos. Externamente, podemos citar como exemplos de fatores que podem fomentar as disputas, a integração de empresas na globalização dos negócios, misturando interesses e tornando os contratos cada vez mais complexos, bem como o aumento

⁴BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 10 abr. 2019.

⁵ A Resolução 125/2010, a Lei 13.140/2015 e o CPC/2015 são os mais recentes dispositivos, que instauraram no sistema processual brasileiro o incentivo aos meios alternativos de soluções de conflitos.

⁶ SUARES, M. *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 2002, p. 72.

⁷ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JÚNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. *Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática*, 1. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 8.

das exigências de sustentabilidade econômica, social e ambiental, num mercado cada vez mais competitivo.⁸

Nesse contexto, surgem os métodos alternativos de resolução de conflitos, *ADR—Alternative Dispute Resolution*, destacando-se a arbitragem, a conciliação, a mediação e a negociação. O termo alternativo refere-se a busca de um método diferente daquele utilizado pelo Poder Judiciário.⁹ No Brasil, a expressão “meios alternativos de solução de conflitos” (MASC) corresponde a expressão homônima em língua inglesa “*alternative dispute resolution*” (ADR)¹⁰ e, atualmente, fala-se em “meios adequados de solução de conflitos” (MASC), por tratar-se de uma questão de adequação, sem suplantar a função jurisdicional estatal na solução de conflitos¹¹. A própria Justiça Brasileira vem utilizando a conciliação e a mediação através de mediadores credenciados ao sistema judiciário. Os juízes tem oportunizado a solução consensual entre as partes, encaminhando os processos a esses métodos adequados antes de realizarem o seu julgamento.

Os métodos adequados de gestão de conflitos podem ser classificados como adversariais ou heterocompositivos, onde a solução do conflito está nas mãos de um terceiro, que tem a responsabilidade de decidir o caso; e como cooperativos ou autocompositivos, nos quais as próprias partes buscam uma solução, sem determinação de um terceiro dizendo o que elas devem ou não fazer. Na classificação de MASC heterocompositivo temos a arbitragem, na qual o terceiro, escolhido pelas partes, denominado de árbitro, à semelhança do trabalho do juiz no Judiciário, define o que deverá ser cumprido.¹²

Já como MASC autocompositivo destacam-se a conciliação, a mediação e a negociação, sendo que a diferença entre as duas primeiras está no papel e no modo como o terceiro intervém no processo. Na conciliação o terceiro conciliador “envolve-se segundo sua visão do que é justo ou não; deve e pode interferir, questionando os litigantes”.¹³ Já na mediação, “o terceiro mediador, atua para promover a gestão do conflito por meio do realinhamento das divergências

⁸ LEITE, Gisele; PEREIRA, Edivaldo. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56353/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em 15 set. 2019.

⁹ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JÚNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 51.

¹⁰ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados**, 2019. Disponível em: https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4394573/mod_resource/content/1/01-Paulo%20Eduardo%20Alves%20da%20Silva-2%C2%AA%20Ed.pdf. Acesso em 24 nov. 2019.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

¹² FIORELLI, *op. cit.*, p. 51.

¹³ *Ibidem*, p. 56.

entre as partes, os mediandos”¹⁴, não interferindo ou propondo sugestões às partes. No que se refere à negociação, as partes se preparam para resolver os seus conflitos sem a interferência de terceiros. Essa modalidade requer, acima de tudo, que as partes estejam muito bem preparadas e determinadas a obter uma convergência nas suas posições. Nesse ponto, merece especial destaque, o método desenvolvido pelo Projeto de Negociação da Universidade de Harvard, descrito mais adiante, pois ele poderá ser uma importante ferramenta a auxiliar os advogados de negócios no seu papel de apoio as partes na mediação.¹⁵

Esclarecidos os conceitos da resolução adequada de disputas, faz-se necessário entender o contexto social que influenciou o seu desenvolvimento e crescimento. Em termos mundiais, a partir da década de 70 ocorreu o movimento social chamado "transformacional", que procurou mudar os fundamentos da sociedade e do sistema legal: mudança criada por consenso (vs. imposta à sociedade); serviço baseado na individualidade (vs. aplicação institucional); busca de soluções ganha-ganha (vs. resultado ganha-perde); incorporação da intuição baseada em processos (vs. lógica ou razão baseada em processos) e descentralização do poder de tomada de decisão (vs. centralização).¹⁶ Referido movimento social, impulsionou a mediação e diferentes classificações e modelos foram desenvolvidos para melhor atender os interesses e necessidades das partes.

Assim, quanto ao enfoque do processo de mediação, temos a mediação transformativa, facilitativa e avaliativa. A primeira tem por objetivo enfrentar o conflito pela identificação do próprio interesse e do reconhecimento do interesse do outro, estabelecendo um diálogo entre ser atendido e atender, desde que possível para ambas as partes. A segunda prioriza a facilitação do diálogo entre as pessoas, sem interferência direta das ideias do mediador. Já a terceira oferece um olhar técnico sobre a questão, examinando-a para fornecer um parecer não vinculante ou recomendar um acordo, tendo aplicação especial para as questões corporativas.¹⁷ Assim, nesses enfoques, existem modelos mais direcionados à solução material do caso e outros mais focados na relação entre as partes, mas todos eles têm em comum a necessidade de se estabelecer uma negociação voltada a atender aos dois lados da disputa, merecendo destaque o método de

¹⁴ FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JÚNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 58.

¹⁵ *Ibidem*, p. 55.

¹⁶ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.12.

¹⁷ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**, 2008. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>. Acesso em 05 set. 2019.

Harvard, a mediação na modalidade transformativa, a mediação sob enfoque narrativo-circular, a mediação estratégica e a mediação narrativa.

O método de Harvard, também chamado de negociação colaborativa, que, segundo Laux¹⁸, apresenta-se como sendo a negociação baseada em princípios. Procura concentrar a sua atenção nas necessidades e interesses das partes, os quais, na maioria das vezes, são diferentes das posições assumidas por elas durante a negociação. Esses aspectos, de necessidade e interesse, são mais amplos do que as posições formalizadas no ambiente de competição da negociação tradicional e podem servir de ponte para a construção de uma solução mais adequada para todos. Muitas vezes, os interesses efetivos das partes não são necessariamente conflitantes, apesar do objeto da disputa ser aparentemente o mesmo. O método de Harvard, constrói uma variedade de soluções, baseadas nos interesses das partes, com adoção de padrões objetivos para obtenção do resultado negociado e ampliação do espectro de análise antes da tomada de decisões.

A mediação sob enfoque transformativo, na visão de Faleck e Tartuce, prioriza a relação entre as partes, se distanciando da visão individual por meio da comunicação, da apropriação e do conhecimento. Busca algo além da tradicional “solução de problemas” na mediação. Nesse modelo, as disputas não devem ser vistas como problemas, mas sim como oportunidades de integração voltadas ao crescimento e desenvolvimento conjunto.¹⁹

A mediação sob enfoque narrativo-circular, propõe um modelo que inclui as duas vertentes anteriores para cuidar da negociação do acordo e, ao mesmo tempo, da relação social entre as partes. A ideia é mudar o foco do problema, partindo da narrativa inicial das partes e por meio de perguntas circulares gerar uma nova visão. Oportuniza-se novas possibilidades de acordo entre os envolvidos, que surgem através desse diálogo conduzido pelo mediador.²⁰

Recentemente, fala-se em mediação estratégica, que propõe um modelo de trabalho e de ensino em mediação com viés interdisciplinar e pautado na desconstrução do conflito; e a mediação narrativa, pautada na linguagem e, em especial, nas versões dos fatos como construções particulares de cada sujeito.²¹

¹⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação empresarial, **Revista dos Tribunais**, ed. 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/150061681/v1>. Acesso em 12 ago. 2019. E-Book.

¹⁹ FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**, 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

²⁰ FALECK, *Ibidem*.

²¹ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**, 2008. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>. Acesso em 05 set. 2019.

Na mediação usual, esses diversos modelos teóricos são mesclados, adotando-se as técnicas e procedimentos mais adequados à situação, ao estilo do mediador e ao perfil das partes envolvidas, sem privilegiar um único modelo teórico em particular.

2.2 POSSIBILIDADES DE USO DA MEDIAÇÃO NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Na visão de Braga Neto, a mediação no contexto empresarial, contempla várias possibilidades. Pode-se falar em mediação intraorganizacional, entre empresas, ambiental e trabalhista. A primeira, decorre das interações pessoais e profissionais dos diversos agentes que atuam internamente na empresa. Já as questões, contratuais, comerciais, por exemplo, que envolvem as diversas relações entre empresas são denominadas de mediação empresarial entre empresas. Além disso, o autor, denomina de mediação ambiental, aquela que trata das questões ambientais decorrentes da inserção da empresa em uma determinada comunidade e da adequação do seu processo produtivo às exigências das legislações que visam a proteção do meio ambiente. Por fim, apresenta a chamada de mediação trabalhista, para as questões derivadas das relações de trabalho regidas pela legislação da CLT e outras.²²

A intervenção de um terceiro facilitador da comunicação entre as pessoas jurídicas se preocupa com a gestão da controvérsia por intermédio do diálogo, para evitar desgastes entre as partes e desperdício de tempo. Além disso, solucionar as inevitáveis disputas através da negociação e do consenso possibilita a continuidade das relações tanto internas quanto externas, o que, especialmente no mundo dos negócios, é fundamental para a própria existência da empresa. A mediação entre empresas é uma forma voluntária de resolução de disputas, na qual uma terceira pessoa imparcial, geralmente com treinamento especial e com conhecimento em múltiplas áreas, ajuda as partes em disputa a negociar um acordo mutuamente benéfico.

Segundo Ehrman, em muitas disputas comerciais, manter o controle sobre o resultado é um ponto bastante crítico e na mediação é possível evitar esse risco, porque as partes agem conforme a sua vontade. Elas decidem quais informações irão divulgar, os limites das suas propostas e posições, podendo inclusive definir o limite de poder que será delegado ao mediador e a forma, mais passiva ou ativa, com que ele deverá interferir no processo. Além disso, durante a mediação, a qualquer momento, as partes poderão exercer o seu direito de serem julgadas por

²² BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 10 abr. 2019.

um juiz ou árbitro.²³ Muitas vezes, os empresários não estão dispostos a delegar a resolução de problemas complexos e de valor elevado para pessoas externas à relação, que podem desconhecer as peculiaridades das questões envolvidas na disputa e a realidade da vida empresarial. Quanto mais os executivos de negócios preservarem o controle dos resultados das suas disputas, maior será a chance de terem seus interesses atendidos.

Normalmente, as disputas comerciais são resolvidas em litígios, que muitas vezes se desenvolvem a ritmo lento e resultam em danos aos interesses comerciais das empresas. Quando os advogados refletem sobre o litígio costumam pensar nos elevados custos transacionais. No entanto, a perda de oportunidades de negócios, frequentemente, é a principal preocupação dos executivos comerciais. Pela rapidez com que pode ser deflagrada, a mediação tende a ser extremamente atraente nas disputas de negócios.²⁴

Para Braga Neto as relações entre empresários e entre empresas decorrem de muitas interfaces, como transações comerciais, financeiras, imobiliárias, operações com seguros, questões societárias, contratos de fornecimento, de prestação de serviços, de empreitada, de franquia, abrangendo inclusive as relações informais sem a existência de um contrato formal. Na mediação, para todos esses casos são oferecidos às partes elementos de reflexão baseados no histórico dessas relações, nas necessidades do presente, almejando a construção de um futuro duradouro e pacífico, no qual nenhum dos lados se sinta lesado. Por isso, a intervenção do mediador nas relações empresariais é tão importante.²⁵

Lisnek destaca que muitas vezes os relacionamentos estão tão desgastados que as partes não conseguem se comunicar em termos amigáveis e o mediador pode procurar conduzir a mediação através do advogado da parte, que poderá ser mais capaz de não ser dominado pelas emoções que dificultam o processo de composição. Nesses casos, conseguir afastar-se das emoções para percorrer as controvérsias e conduzir a negociação de forma mais “profissional” poderá ser útil à solução do caso.²⁶

A maior disponibilidade de recursos financeiros e humanos no meio empresarial permite a atração de mediadores com excelente formação e experiência. Existem associações de

²³ EHRMAN, Kenneth A. Why Business Lawyers Should Use Mediation, **ABA Journal**, v. 75, p. 73-74, June 1989, p. 73.

²⁴ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.12.

²⁵ BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 10 abr. 2019.

²⁶ LISNEK, *op. cit.*

mediadores muito organizadas, capazes de desenvolverem serviços de mediação com um alto padrão de profissionalismo.²⁷ De fato, para que a mediação resulte em sucesso, é necessário o engajamento de todos os envolvidos no processo, sendo muito importante cercar-se dos melhores profissionais com o perfil adequado para o caso. Nesse aspecto, o campo para o desenvolvimento da mediação entre empresas pode se mostrar muito promissor, pois não deverá esbarrar na falta de recursos.

Em uma questão comercial, a mediação aumenta a possibilidade e probabilidade de acordo, mas não pode garantir isso, pois é preciso que as partes, e seus advogados, deixem de lado as vaidades e seus interesses exclusivos para encontrarem os pontos do acordo. Não há dúvida de que a mediação contempla a competição, representada pelas posições antagônicas das partes. Ao mesmo tempo, o processo depende da cooperação das partes para criar um acordo aceitável entre elas. Assim, a capacidade de oferecer concessões mudando de posição ao longo do processo será fundamental para o sucesso do acordo. A coexistência da necessidade de cooperação e da presença inerente da competição são a base da mediação. Esses componentes aparentemente contraditórios da mediação reforçam o papel do mediador, que precisa aliviar a tensão natural entre as partes durante a orientação inicial do processo. A mediação reconhece tanto cooperação quanto concorrência e o mediador precisa criar um equilíbrio ao longo do processo para que nenhuma das partes manipule a outra a fim de obter um acordo a seu favor.²⁸

Nos contratos empresariais, as empresas ou seus advogados podem deparar-se com várias dificuldades não previstas no início das negociações. “Em cenários de intenso desgaste no relacionamento, o diálogo direto soa inviável por conta da intolerância de um ou mais participantes”²⁹. Nesse contexto, a mediação pode se revelar um meio excelente para viabilizar um acordo exitoso, com a participação de um facilitador da comunicação.

Nas palavras de Tartuce:

Antes de cogitar a extinção do conflito como objetivo primordial, deve o mediador contribuir para que deficiências de comunicação entre os sujeitos não impeçam suas conversas. Afinal, a ideia é permitir que eles próprios possam superar o impasse, transformando o conflito em oportunidade de crescimento e viabilizando mudanças de atitude.³⁰

²⁷ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.12.

²⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁹ TARTUCE, Fernanda. Mediação em Conflitos Contratuais, **Migalhas Contratuais**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/MigalhasContratuais/136,MI309555,51045-Mediacao+em+conflitos+contratuais>. Acesso em 16 ago. 2019.

³⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 233

Em síntese, as empresas dependem dos relacionamentos comerciais para sobreviverem e estão acostumadas ao ambiente de negociação, pois seus contratos representam a possibilidade de permanência no negócio no futuro. Além disso, normalmente, a magnitude financeira dos negócios possibilita o acesso a excelentes instituições de mediação, com mediadores bem preparados, com capacidade de adequar o diálogo para atender as necessidades específicas de cada caso. Nesse sentido, os advogados também costumam possuir uma habilidade negocial apurada, criando todas as condições para que a mediação encontre um “terreno fértil” para se desenvolver e ser utilizada na resolução de disputas entre empresas.

2.3 VANTAGENS E LIMITAÇÕES DO USO DA MEDIAÇÃO NAS DISPUTAS ENTRE EMPRESAS

O uso da mediação como meio de estabelecer acordos nas disputas entre empresas tem sido objeto de discussão já faz algum tempo. Suas vantagens, especialmente quando comparadas aos litígios judiciais e à arbitragem, são enfatizados por vários autores, porém, mesmo assim, observa-se que esse mecanismo ainda não é muito utilizado no meio empresarial.

Algumas dessas vantagens são inerentes à natureza do processo não judicial e outras são meramente potenciais e podem depender das circunstâncias específicas de uma disputa. Petsche analisa as vantagens da mediação em comparação com a arbitragem, uma vez que, em regra geral, a arbitragem constitui um mecanismo bem aceito para resolver disputas de negócios internacionais e se assemelha com alguma vantagem sobre os processos judiciais envolvendo litígios entre empresas. Assim, segundo Petsche, ao submeter os conflitos ao processo colaborativo, as partes alcançam mais diligência, redução nos custos processuais, possibilidade de resultado “ganha / ganha” e redução nos impactos adversos nas relações comerciais.³¹

Usualmente, a mediação é considerada mais rápida e mais barata do que a arbitragem, porque acredita-se que isso esteja associado a própria natureza desses mecanismos. Disputas complexas, quase sempre envolvem uma burocracia documental e probatória, que impulsiona os custos transacionais às alturas. A arbitragem, embora envolva a observância de procedimentos formais e participação de advogados, é conduzida numa atmosfera menos formal e menos rigorosa do que nos processos judiciais. Já a mediação, por não precisar seguir regras específicas, nem necessariamente exigir o envolvimento da assessoria jurídica, permite total

³¹ PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 252 - 253.

liberdade e flexibilidade procedimental. Na arbitragem, assim como nos processos litigiosos, haverá o custo dos honorários advocatícios que cobrem os serviços de equipes de advogados, que podem durar anos em alguns casos difíceis. Há também o custo do árbitro ou equipe de árbitros, que, pela especialização exigida, é bem significativo e não conta com a participação do Governo, como ocorre nos julgamentos dos Tribunais. Por outro lado, as taxas do mediador são consideravelmente inferiores aos honorários dos árbitros e os custos dos advogados tendem a ser menores do que nos processos mais tradicionais em virtude da celeridade processual. Além disso, o uso da mediação também permite que as empresas minimizem seus custos "internos", ou seja, essencialmente o tempo gasto por seus executivos, funcionários, etc., para lidar com uma disputa específica.³²

A arbitragem é frequentemente reconhecida por levar a situações de "ganha / perde", todavia, a negociação de um acordo não pode ser encarada como uma barganha de posições, onde uma parte pretende levar vantagem sobre a outra.³³ Petsche sugere a imagem de uma torta para exemplificar essa situação. Em uma arbitragem, as partes estão dividindo uma torta e quanto maior a fatia obtida por uma parte, menor será a da outra. Alguns autores, vão mais além e veem o resultado do processo arbitral como "perde / perde", pois mesmo para a parte vencedora haverá perdas decorrentes dos custos processuais e do abalo no relacionamento comercial. Para que se possa visualizar o resultado "ganha / ganha", Petsche o ilustra com o caso da laranja. A disputa refere-se a uma laranja e ambas as partes alegam ter direito a toda a laranja. Na mediação, como o enfoque das negociações está no interesse das partes, e não nos direitos, as negociações podem revelar que uma das partes pretende usar a casca da laranja para fazer perfume, enquanto a outra pretende usar a polpa para fazer suco. Assim, a mediação pode permitir que as partes dividam a laranja de uma forma mutuamente benéfica.³⁴

Em relação a preservação dos relacionamentos, iniciar um processo de arbitragem pode ter um efeito negativo sobre a relação comercial entre as empresas, sem contar que é comum a disputa se estender após a sentença, pois a parte vencida geralmente batalha para se opor à execução. A arbitragem, em menor grau do que os litígios tradicionais, também é essencialmente um processo de confronto conduzido em um clima de hostilidade. Como resultado, os relacionamentos comerciais geralmente são suspensos ou encerrados após o

³² PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 252 - 253.

³³ *Ibidem*, p. 253.

³⁴ HILL, 1998, *apud* PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, no. 4, p. 252-266, 2013, p. 253.

processo e raramente são retomados após o Tribunal ter proferido sua sentença.³⁵ Já a mediação é prospectiva e, nesse sentido, não depende exclusivamente de demonstrar a culpabilidade e responsabilidade do outro para alcançar o sucesso. Preocupa-se diretamente com a continuação dos negócios entre as partes, que no final da disputa raramente colocam fim aos seus relacionamentos comerciais.³⁶

Outra vantagem importante se refere ao controle sobre o resultado substantivo do processo. Keating Jr. Aponta que as partes só fecham o acordo para solução da questão controversa se o resultado for mutuamente aceitável. Os disputantes não precisam renunciar ao controle do resultado para que um terceiro, que pode não entender a natureza e o contexto da disputa, diga o que deve ser executado.³⁷

Rennó e Gonçalves acrescentam à lista algumas vantagens comparadas aos processos judiciais como a privacidade, a autonomia da vontade, o acesso livre aos métodos contenciosos e alívio à sobrecarga do Poder Judiciário.

A mediação é um processo sigiloso e a sua divulgação é uma decisão que cabe as partes, ficando a seu critério decidir o que desejam divulgar. Em contrapartida, o processo judicial, em regra, é público e as partes perdem o controle sobre o sigilo das informações.³⁸

A escolha de quem irá conduzir o processo de mediação e como ele será realizado pertence as partes. Elas têm liberdade para optar por um mediador independente ou por uma câmara de mediação. Dessa forma, podem assegurar a qualidade do processo e a capacitação profissional dos mediadores, cuja experiência e conhecimento podem ser fundamentais nos casos de conflitos empresariais complexos. Ninguém irá forçar as partes a tomarem decisões indesejadas, não havendo nada a perder com a instauração do processo.³⁹

A escolha pela mediação não impede que se recorra posteriormente ou conjuntamente ao poder Judiciário ou a uma câmara arbitral.⁴⁰ Ademais, o papel do advogado na mediação não deve ser confundido com o do mediador. Aquele é muito importante pelo assessoramento dado as partes na busca por opções criativas e viáveis juridicamente, além da elaboração

³⁵ PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 253.

³⁶PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 253.

³⁷ KEATING Jr, J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate - A Guide for Advocates, **CPK Institute For Dispute Resolution**, v. 13, n. 1, p. 9-12, Jan 1995, p. 9.

³⁸ RENNÓ, Leandro. Empresas descobrem a mediação para trazer celeridade e menores custos na resolução de conflitos. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI252040,51045-Empresas+descobrem+a+mediacao+para+trazer+celeridade+e+menores+custos> Acesso: em 18 set. 2019.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

escrita do próprio acordo.⁴¹ O crescente número de demandas judiciais indica um quadro de enormes dificuldades para a prestação jurisdicional efetiva pelo Estado. Por essa razão, o sistema judiciário tem dado muito apoio à mediação, apontando-a como uma das primeiras portas de acesso a justiça.⁴²

Como foi enfatizado nos parágrafos anteriores, a mediação apresenta várias vantagens sobre os métodos adversariais de resolução de disputas. Todavia, existem algumas possibilidades de insucesso nas tentativas de mediação, que precisam ser apresentadas. Segundo Petsche, podemos citar como principais fatores limitantes da mediação a incerteza do sucesso, a inadequação para tipos específicos de disputas e a eficácia limitada do acordo de liquidação.

As partes costumam ter uma percepção ligeiramente distorcida, excessivamente otimista, do resultado processo adversarial. A probabilidade de um acordo por mediação é baixa, quando cada parte acredita que venceria a disputa em litígios ou arbitragens. Às vezes, os próprios advogados acabam reforçando essa visão otimista da sua situação na disputa. Além disso, muitas vezes as partes concordam em tentar a mediação sem estar realmente dispostas a fazer concessões, o que é um pré-requisito necessário para uma solução bem-sucedida.⁴³

No estágio atual, a mediação tem sido mais usada em assuntos pessoais, relacionados à família ou ao emprego, do que em disputas comerciais, mas isso não significa que ela não seja adequada também nesses casos. Ademais, alguns autores consideram que a mediação não é adequada quando as respectivas posições das partes são inconciliáveis ou onde o relacionamento entre as partes se deteriorou a tal ponto que impeça qualquer diálogo construtivo.⁴⁴

Em relação a eficácia do acordo de liquidação, pode-se dizer que as decisões de arbitragem são altamente eficazes, juridicamente vinculativas e exequíveis de maneira expedita. Inclusive no exterior isso é facilitado pela Convenção de Nova Iorque, de 1958.⁴⁵ Por outro lado, os acordos de liquidação concluídos através da mediação são muito menos eficazes,

⁴¹ RENNÓ, Leandro. Empresas descobrem a mediação para trazer celeridade e menores custos na resolução de conflitos. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI252040,51045-Empresas+descobrem+a+mediacao+para+trazer+celeridade+e+menores+custos> Acesso: em 18 set. 2019.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 255 - 256.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A Convenção de Nova Iorque de 1958 é o mais relevante diploma internacional multilateral atinente a arbitragem, ao garantir aos signatários a efetividade de decisões arbitrais por meio de procedimentos simples e conhecidos de reconhecimento e execução. Foi ratificada pelo Brasil em 2002 através do Decreto Legislativo n.º 52/2002 e pelo Decreto n.º 4.311 de 23 de julho de 2002.

porque possuem a força vinculativa de contratos. Ou seja, se o acordo não for cumprido por uma das partes, a outra terá que iniciar um processo judicial ou procedimentos de arbitragem para resolver a questão.⁴⁶

Outras desvantagens são destacadas por Cooley, entre as principais temos o fato de uma parte poder ser mais poderosa do que a outra e acabar influenciando o resultado do acordo a seu favor. A não existência das salvaguardas do devido processo legal e o fato do resultado não precisar ser baseado em princípios do Direito pode ensejar certa insegurança⁴⁷, principalmente se não houver equilíbrio de forças entre as partes.

Apesar da mediação apresentar as limitações citadas anteriormente, elas não são tão significativas quanto podem parecer à primeira vista.

Provavelmente, a incerteza do sucesso constitui a mais significativa desvantagem da mediação, mas levando em conta que o processo costuma ser mais célere e menos custoso, quando comparado com os demais mecanismos, passa a ser viável apostar na mediação num primeiro momento. Normalmente, o trabalho realizado durante o processo de mediação pode ser aproveitado, direta ou indiretamente, nos procedimentos de arbitragem subsequentes. Além disso, mediadores qualificados aplicam uma série de ferramentas e estratégias úteis, que permitem identificar possíveis soluções, mitigando os possíveis insucessos de acordo.⁴⁸

No que se refere a possibilidade de uma das partes descumprir o acordo, recomenda-se uma atenção especial na elaboração do documento do acordo, com a participação dos advogados, para evitar ou minimizar esse risco. Caso a relação entre as partes esteja muito deteriorada, a capacidade do mediador poderá ser utilizada para restaurar um clima em que as partes possam cooperar com vistas a alcançar um acordo amigável.⁴⁹

Enfim, parece não haver razões convincentes, pelas quais tipos específicos de disputas não possam ser resolvidos por mediação, ou seja, qualquer disputa, num primeiro momento, pode dispor da mediação. Além disso, no meio empresarial, existe a tendência de haver um certo equilíbrio de forças entre as partes, o que facilitaria uma solução autocompositiva para o conflito.

⁴⁶ PETSCHÉ, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, *International Business Law Journal*, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013, p. 255 - 256.

⁴⁷ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001, p. 30.

⁴⁸ PETSCHÉ, *op. cit.*

⁴⁹ PETSCHÉ, *op. cit.*

2.4 O PAPEL DO ADVOGADO DE NEGÓCIOS

A complexidade das relações humanas tem aumentado significativamente ao longo da nossa evolução. Com isso, o percentual de conflitos que acabam em litígio tem crescido demasiadamente. No Brasil, conforme relatório do Conselho Nacional de Justiça⁵⁰, o volume de litígios vem crescendo exponencialmente. Em 2018 foram registradas 28,6 milhões de novos casos, comparados com 350 mil em 1988.

Esses números demonstram a inegável sobrecarga do Poder Judiciário, cujos processos necessitam de um prazo cada vez maior para serem concluídos. O Ministro Gilmar Mendes no prefácio do Cadernos FGV Projetos de 2017 diz que nós precisamos pensar em alternativas para o modelo judicializante:

A atuação independente e eficaz do Poder Judiciário brasileiro tem sido constantemente desafiada por limitações inerentes à sua estrutura administrativa. O aumento do tempo médio de tramitação dos processos e o crescente número de demandas indicam um quadro de deficiências generalizadas que inviabilizam a promessa de prestação jurisdicional efetiva. Nesse cenário, o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de conflitos afigura-se basilar – senão imprescindível – para conter a litigiosidade social e desburocratizar o sistema.⁵¹

Nesse contexto, conforme Maia Neto, destaca-se o papel do advogado que deve se adaptar a esse novo cenário, promovendo um ambiente cooperativo, orientando o seu cliente com informações e soluções que previnam, sempre que possível, a instauração de litígios.⁵² Essa postura está prevista no Código de Ética da OAB, que dispõe no seu art 2º, VI que dentre os deveres do advogado está “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.⁵³

⁵⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 11 ago.2019.

⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, abr./maio 2017. Disponível em:

https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em 15 ago. 2019, p. 9.

⁵² MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na Mediação. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 243.

⁵³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB**. Resolução n. 02, de 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Resolucao-OAB-2-2015.htm>. Acesso em 15 set. 2019.

Ehrman aponta que muitos advogados não propõem a mediação por receio de serem mal interpretados pelos clientes, que poderiam entender uma proposta de mediação feita por seu advogado como um sinal de fraqueza ou de insegurança de entrar num litígio.⁵⁴ Ele revela que algumas vezes há preocupação dos advogados com a redução nos seus honorários e isso acaba dificultando a sua participação mais efetiva na difusão da mediação no meio empresarial. Porém, ele afirma que menos horas faturadas em um determinado caso solucionado por mediação se reverterão em um futuro mais lucrativo para os advogados com os clientes, que saberão reconhecer e compensar no longo prazo todos os benefícios que obtiveram através da solução consensual das disputas e que já foram citados em parágrafos anteriores. Entre esses benefícios, a capacidade de preservar os relacionamentos comerciais desperta muito interesse no meio empresarial e pode fazer parte de uma ampla gama de serviços, que nem todos os advogados mais tradicionais são capazes de oferecer.⁵⁵ Na verdade, sob o ponto de vista negocial nenhum dos lados tem nada a perder na mediação, pois as partes fazem suas próprias regras. Elas podem revelar o quanto quiserem de informações e as reuniões com o mediador são absolutamente confidenciais.

Segundo Mnookin, Pepet e Tulumelo, os benefícios da presença dos advogados nos processos autocompositivos de solução de conflitos provêm de quatro fontes: conhecimento, recursos, habilidades e considerações estratégicas.⁵⁶ Na realização de acordos, os advogados assessores da negociação contribuem com conhecimentos jurídicos gerais de diversas áreas ou específicos de determinado ramo empresarial envolvido no caso.⁵⁷

Ademais, os advogados investem em *networking* e possuem recursos de acesso, pois seguidamente conhecem as pessoas certas para resolver determinadas situações. Os advogados investem em relações cooperativas de longo prazo, que costumam ser úteis para seus clientes. Ter uma boa reputação pode ser um recurso importante para o advogado, pois a sua credibilidade poderá ser agregada a da empresa.⁵⁸

Frequentemente, as habilidades negociais dos advogados são um fator importante para o fechamento de bons acordos empresariais. A capacidade de saber expressar os interesses do

⁵⁴ EHRMAN, Kenneth A. Why Business Lawyers Should Use Mediation, **ABA Journal**, p. 73-75, June 1989, p. 73.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 74.

⁵⁶ MNOOKIN, Roberto. PEPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 132.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 133.

dos clientes e de manter o equilíbrio quando as discussões se acirram podem justificar a sua presença nos processos de mediação.⁵⁹

Em termos estratégicos “(...) um advogado negociador pode estruturar uma transação para localizar riscos e oportunidades de modo a criar valor.”⁶⁰ Fazer as partes compreenderem as oportunidades e riscos do litígio pode demonstrar que o melhor caminho a seguir é o do acordo. Essa talvez seja uma das principais contribuições dos advogados na difusão da mediação, pois no meio empresarial as partes costumam ser muito sensíveis aos incentivos que maximizem resultados e agreguem valor ao negócio.

Ao participar de um processo de mediação, o advogado precisa ter plena compreensão da natureza do processo de mediação e das diferenças entre as possíveis formas de resolução existentes. Essa diferenciação pode ser ilustrada pelo que Maia Neto denominou de Pirâmide da Solução de Conflitos, que decorre do fato de que todo conflito só se resolve definitivamente por um único mecanismo, mas nada impede que ao longo do caminho, até que se alcance a solução definitiva, se passe pelos diversos mecanismos existentes. A pirâmide escalona os mecanismos de resolução de controvérsias em função da intervenção e do poder de decisão conferido ao terceiro no processo. Assim, na base da pirâmide está a negociação, na qual não há necessidade da presença de terceiro. Depois aparece a mediação, que tem no mediador um terceiro imparcial que apenas auxilia as partes a chegarem a um acordo. Na sequência, está a conciliação, a arbitragem e por fim, no topo, está o Poder Judiciário, que tem no juiz um terceiro com o papel de decidir a lide independente da vontade das partes.⁶¹

No início do processo, é papel do advogado ajudar o seu cliente a decidir qual é o mecanismo de resolução que melhor se adapta à disputa. Nessa fase de avaliação dos métodos, devem ser discutidas quatro questões básicas e como elas afetam o procedimento da disputa. Devem ser realizadas comparações quanto aos atributos substanciais – que leis se aplicam ao caso, aos atributos processuais – que trâmites legais são aplicáveis, aos custos da transação e quais são as preferências de risco do cliente.⁶² Com base nessas questões, escolhe-se o mecanismo a ser utilizado para solução da disputa. Caso seja selecionada a mediação, será necessário convencer o advogado da outra parte que o processo escolhido é o mais adequado e também os advogados, em conjunto, precisam escolher o mediador que será contratado.

⁵⁹MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 134.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 135.

⁶¹ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na Mediação. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação. A Reforma da Legislação Brasileira**; São Paulo: Atlas, 2017, p. 244.

⁶² MNOOKIN, *op.cit.*, p. 142.

2.4.1 Advogado mediador vs. advogado da parte

No processo de mediação, há uma diferença clara entre os papéis dos mediadores e dos advogados das partes. Esses últimos se preparam para munir os seus clientes de uma série de informações, que abrangem as questões conjunturais da disputa, necessidades e interesses dos clientes, alegações jurídicas e também a estratégia de negociação a ser adotada para alcançar a solução desejada. Aqueles preparam-se adquirindo conhecimento sobre as partes e sobre as características da disputa, incluindo a capacidade de participação dos interessados no processo. Preocupam-se com o equilíbrio de poder dos lados da disputa, com as pressões motivadoras para o acordo, com os aspectos econômicos e políticos das empresas, entre outras particularidades.⁶³

Em relação a condução do processo de mediação, a seleção do mediador passará pela escolha do tipo de mediação que o caso requer, podendo ser uma mediação de facilitação, de avaliação ou uma combinação das duas espécies. O mediador que usa a técnica da facilitação não oferece recomendações para a solução do caso, pois seu papel restringe-se a auxiliar os seus clientes com informações e criatividade para que eles encontrem uma solução conjunta que viabilize um acordo. Por outro lado, na técnica da avaliação, é solicitado ao mediador que ele emita um parecer ou uma recomendação quanto ao valor do acordo ou proponha alguma outra solução. Nesse caso, exige-se que o mediador domine o assunto e tenha algum conhecimento a mais sobre a questão em disputa.⁶⁴

Mediadores qualificados intervirão somente o necessário para ajudar as partes a encontrarem a sua própria resolução. Todavia, segundo Lisnek, o papel do mediador pode variar entre uma condução forte, em que exerce controle sobre as interações das partes, para fraca e quase inexistente. De qualquer modo, mediadores não ditam ou impõem uma solução como faz um árbitro, mas um mediador forte e controlador pode sugerir soluções ou conduzir as partes em direção a uma resolução específica, considerada vantajosa para todos os lados. Independentemente do estilo particular do mediador, o fator comum em todas as mediações é que, com o exercício das habilidades da negociação, as partes devem alcançar suas próprias soluções; caso contrário, não haverá acordo.⁶⁵

⁶³ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001, p. 40.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 44.

⁶⁵ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.13.

Lisnek segue dizendo que o papel do mediador será ditado pelas necessidades das partes e da natureza da controvérsia. Em geral, a atuação do mediador pode variar de passiva para ativa, dependendo das necessidades do caso. O mediador passivo organiza reuniões, mantendo o debate ordenado e ficando neutro nas discussões. Já um mediador ativo, por exemplo, controla abertamente o processo e orienta o desenvolvimento do acordo. Os mediadores ativos são muitas vezes vistos como "negociadores" enquanto mediadores passivos são vistos como "condutores". De qualquer modo, seja qual for o papel que o mediador adotar, precisará estar de acordo com a escolha e vontade das partes, pois confiança e integridade são aspectos críticos na mediação.⁶⁶ Sobre esse aspecto, Cooley alerta que os mediadores que assumem um papel bastante agressivo, também chamados de "contundentes", podem acabar promovendo a polarização da disputa, afetando a convergência futura das partes para a negociação de um acordo.⁶⁷

O mediador usa um conjunto de habilidades de comunicação e procedimentos para atingir o objetivo da mediação, que é um acordo amigável. Decidir quando intervir é mais importante do que o modo como se intervém. O momento da intervenção é um fator crítico, pois o acirramento da disputa, passado o momento adequado da intervenção, pode arruinar a possibilidade de um acordo. Encontrar o momento certo para propor o uso da mediação em uma questão comercial particular é uma decisão fundamental e reconhecer o valor e a necessidade de um profissional mediador capacitado para isso é muito importante. Ter a faculdade de fazer com que as partes mudem as suas posições iniciais em uma disputa, sem que isso seja interpretado como incapacidade negocial, é uma habilidade notável, que passa pela comparação e análise das perspectivas das partes e de seus advogados em relação ao caso.⁶⁸

No passado, a experiência na área particular da legislação em que a mediação seria realizada era considerada a qualificação mais importante do mediador. Atualmente, os mediadores eficazes vêm de uma variedade de origens e formações. O treinamento de formação do mediador, deverá incluir o desenvolvimento de habilidades na análise de questões e problemas. Graus em comunicação, psicologia, sociologia, antropologia e demais ciências sociais fornecem tal capacitação. A capacidade de pensar criativamente também é importante.⁶⁹

⁶⁶ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.14.

⁶⁷ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001, p. 45.

⁶⁸ LISNEK, *op. cit.*

⁶⁹ LISNEK, *op. cit.*, p.13.

Para Cooley, a capacidade básica de um bom mediador é a sua neutralidade, atuando com o claro objetivo de atender os principais interesses das partes, sendo sensível às necessidades emocionais e não somente aos interesses materiais. A capacidade de ouvir de maneira eficaz pode ser a melhor ferramenta de um mediador para resolver disputas. Alcançar um entendimento claro dos interesses e dificuldades das partes e conseguir retransmitir de forma clara essas perspectivas é algo que, muitas vezes, as partes não conseguem fazer sozinhas.⁷⁰ A preparação do mediador para a sessão de mediação é muito importante e ela dependerá da complexidade da disputa. Ele demandará dados históricos das partes e da disputa, colocando essas informações em uma estrutura adequada para facilitar a comunicação durante o processo.⁷¹ Em síntese, a escolha do tipo certo de mediação ao caso em disputa e a escolha de um mediador qualificado e experiente para conduzir o processo podem fazer toda a diferença para se alcançar uma solução consensual satisfatória.

No que se refere a participação dos advogados nos processos autocompositivos, serão necessárias características profissionais específicas, diversas das tradicionais, habitualmente exigidas nas suas atuações nos Tribunais. Segundo Masucci, os advogados devem estar bem conscientes das expectativas de seus clientes, ou seja, o que as partes desejam participando de um processo autocompositivo. Ela aponta três principais objetivos: a manutenção do controle sobre o resultado do acordo, a eficiência do processo e a redução dos custos e despesas. Os advogados possuem a responsabilidade de fazer com que as partes entendam os processos e as possíveis consequências da sua adoção. Isso significa que para aumentar o uso da mediação no futuro, os advogados devem estar capacitados a aconselhar seus clientes sobre esse método não adversarial. Nesse sentido, urge a necessidade de aumentar a padronização do processo de mediação, através do treinamento dos mediadores e dos advogados das partes.⁷²

Mnookin, Peppet e Tulumello, apontam que os advogados de negócios podem assumir um papel de “arquitetos” no processo de negociação que permeia a mediação. Trabalhariam para agregar valor à disputa com o menor custo possível, encorajando as partes a realizarem uma exploração estratégica dos seus negócios.⁷³ “As oportunidades estão ali, mas os advogados e clientes precisam saber como procurá-las.”⁷⁴ Existem oportunidades que não tem relação com

⁷⁰ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001., p. 71.

⁷¹ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.16.

⁷² MASUCCI, Deborah. Access to Justice - The Road Ahead: What Is the Role of the Lawyer/Advisor and Education, **Fordham International Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 973-980, April 2017, p. 976-977.

⁷³ MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 164.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 172.

as questões em disputa, mas que podem fazer parte da solução do conflito na busca por benefícios recíprocos. “A solução de uma disputa é usada como catalisadora da realização de novos negócios que vão além do litígio original.”⁷⁵

Na profissão jurídica, a cultura predominante é a da competitividade adversarial, todavia a professora Mary Ann Glendon argumenta que a mediação oferece um enorme potencial para os advogados mudarem a sua forma de atuação com um processo regido pelo respeito mútuo e a civilidade, que, muitas vezes, é substituída pelo individualismo característico da advocacia contraditória. A capacidade criativa dos advogados pode elevá-los a pacificadores do conflito ao invés de defensores das partes, com táticas agressivas de cultura adversária. Cooperação, cortesia, boa-fé, dignidade humana, respeito mútuo e discurso fundamentado são os princípios da tradição jurídica, que farão diferença na representação prática da mediação.⁷⁶

Com o crescimento das soluções negociadas entre as empresas, em especial da mediação, surge a necessidade de se repensar o comportamento dos advogados, pois é preciso distinguir o estilo de atuação autocompositivo do contraditório tradicional. Os advogados são os atores principais no sistema adversário, caracterizado por uma defesa zelosa dos clientes, com poucas responsabilidades em ajudá-los a atingirem seus reais interesses. Por não terem um entendimento claro das premissas e valores que impulsionam o processo da mediação e das soluções criativas possíveis, muitos advogados relutam em transferir o protagonismo do processo aos clientes e acabam atuando nesse novo cenário como se continuassem no sistema tradicional.⁷⁷

Ouvir os clientes é fundamental para o processo de mediação. É através da comunicação que advogados identificam os reais interesses envolvidos no processo e desenvolvem empatia para apoiar a solução do conflito.

⁷⁵ MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 166.

⁷⁶ GLENDON, 1994, *apud* NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1370.

⁷⁷ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1372-73.

2.4.2 O papel do advogado assessor da empresa

De um modo geral, é comum associarmos o papel dos advogados na mediação com a facilitação do processo, ou seja, com o papel do mediador. Todavia, advogados assessores representam as partes na mediação, assumindo funções de aconselhamento, negociação, avaliação e advocacia.⁷⁸

A função de aconselhamento dos advogados verifica se a mediação é a melhor maneira de atender as necessidades dos clientes. Contextualiza fatores estruturais e emocionais de cada cliente para traçar planos e decisões sobre a natureza dessa participação. O advogado deve incentivar a participação ativa do cliente e ao mesmo tempo orientá-lo para uma tomada de decisão responsável e sensata. O debate favorece o bom raciocínio de clientes e advogados. Através de argumentos, advogados e clientes entendem melhor os pontos de vista um do outro, facilitando a sua união durante todo o processo de mediação. O conteúdo da comunicação advogado-cliente leva em consideração a totalidade das circunstâncias dos clientes e pode incluir aspectos econômicos, sociais, psicológicos, consequências morais, políticas e religiosas das ações.⁷⁹

A participação de advogados em negociações de clientes não é novidade. No entanto, a função da negociação, que é a parte central do processo de mediação, ganha uma nova abordagem. Segundo esclarece Gouveia, a negociação pode seguir um modelo competitivo ou colaborativo, dependendo do resultado pretendido. No modelo competitivo o negociador quer ganhar a discussão e no cooperativo, que é mais afeito à mediação, resolver o problema.⁸⁰

Ao tratar da função negocial na mediação empresarial, Vasconcelos nos mostra que a negociação cooperativa desenvolvida pelo método de Harvard, anunciada nesse estudo anteriormente, pode ser dividida em passos: (i) separação de dois tipos de interesses, um, na relação entre as partes e, outro, no problema concreto (substancial); (ii) transferência de foco da negociação das posições para os interesses reais das partes naquela relação; (iii) mapeamento dos interesses, identificação de ganhos mútuos, por meio de *brainstorming*⁸¹ (tempestade de ideias) e construção de opções; (iv) utilização de critérios objetivos para limitação do que está

⁷⁸NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1375-76.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 1376.

⁸⁰ GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 37.

⁸¹ Método criado nos Estados Unidos, usado em várias empresas como uma técnica para resolver problemas específicos, para desenvolver novas ideias ou projetos, para juntar informação e para estimular o pensamento criativo.

sendo negociado, baseados em padrões norteados por princípios; (v) apresentação das propostas que cada parte concebe como a mais adequada para a solução da controvérsia, levando em consideração a aplicação dos padrões que a justifiquem e, (vi) conhecer as chances de retirada, quando não for mais possível negociar, ou seja, saber quais são as alternativas caso a negociação fracasse.⁸² O papel do advogado na construção de todas essas etapas traz a necessidade desse profissional investir em capacitação para essa nova perspectiva de atuação junto a seus clientes.

Na mesma linha, Cabral e Carneiro da Cunha dão ênfase ao método de negociação denominado de *Collaborative Law*, traduzido para “Resolução Colaborativa de Conflitos”. A novidade desse método está na forma de participação dos advogados na resolução da disputa, pois as partes comprometem-se, através do chamado *disqualification agreement*, a não contratar os mesmos advogados da fase autocompositiva, caso o conflito se torne litigioso e siga para os Tribunais. No procedimento ocorrem reuniões entre as partes e seus advogados, as chamadas *four-way conferences*. Nelas, todos os participantes se comprometem a negociar de boa-fé, de modo a encorajá-los a trabalhar de maneira colaborativa e participativa na resolução da disputa.⁸³

Em relação as funções de avaliação e de advocacia, os advogados devem oferecer aos clientes um conhecimento total sobre o Direito relacionado a seu caso, para que durante o debate possam avaliar caminhos alternativos de ação. Conhecer as questões legais e saber avaliá-las será importante para a realização de um acordo exequível. A avaliação é uma função crítica da advocacia, particularmente necessária, quando as partes não foram representadas por um advogado durante as fases iniciais do processo de mediação.⁸⁴

Segundo Maia Neto, para que a mediação empresarial seja um sucesso, é muito importante que as partes presentes nas reuniões tenham poderes para tomar decisões. Quando as empresas são partes, normalmente se fazem representar por prepostos, sendo aconselhável a apresentação de procuração com poderes específicos para tomada de decisão no processo negocial. Além disso, nas disputas que envolvam quantias monetárias, a preparação deverá investigar várias estratégias de propostas, contemplando desde o início, sem revelar a outra

⁸² LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação empresarial, **Revista dos Tribunais**, edição 2018. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/150061681/v1>. Acesso em 12 ago. 2019. E-Book.

⁸³ CABRAL, Antônio do Passo; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – ADR, **Revista de Processo**, v. 259, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF. Acesso em 13 set. 2019.

⁸⁴ LAUX, *op. cit.*

parte, os limites mínimos e máximos a serem considerados para fechamento do acordo. Por outro lado, quando a controvérsia não estiver associada a montantes em dinheiro, os envolvidos na mediação precisam se preparar para apresentarem estratégias criativas, observando os reais interesses das partes.⁸⁵

Segundo Mnookin, Peppet e Tulumello, o desafio estratégico do advogado na solução de disputas é se dedicar aos interesses do cliente, se preparar para negociar em um ambiente marcado pela incerteza e, simultaneamente, estabelecer uma relação de confiança com a outra parte para poder explorar as possíveis oportunidades que agreguem valor ao acordo.⁸⁶ Adotar como objetivo a obtenção de um acordo o mais cedo possível, pode ser um bom ponto de partida. Nesse caso, o advogado deve explorar de forma vigorosa com seu cliente várias possibilidades de solução, mesmo antes de iniciarem a negociação. Esse entendimento exigirá a comparação das vantagens e desvantagens do acordo e também dos riscos e oportunidades que estarão na mesa.⁸⁷

Nesse sentido, uma questão bem delicada, que exigirá um conjunto de habilidades do advogado, será estabelecer o nível de risco que o seu cliente pode e deve aceitar. No final, essas análises facilitarão a comunicação entre todos os participantes do processo de mediação, favorecendo um possível acordo.

No seu lado da mesa, os advogados enfrentam o desafio da comunicação com seus clientes, e no lado oposto, enfrentam o desafio estratégico de criar as condições de um acordo negociado. Nesse contexto, uma postura errada pode ser fatal ao sucesso da negociação. Os melhores construtores de consenso deixam de lado a esperteza e agressividade para agir com tolerância e criatividade, sem pressionar excessivamente ou explorar em demasia as fragilidades da outra parte. Deve-se evitar e, ao mesmo tempo, estar preparado quando o primeiro esboço do acordo for proposto em bases muito severas. Para contornar esse problema, recomenda-se que as partes trabalhem juntas para produzirem um projeto com as condições mais importantes, evitando o duelo de esboços e a excessiva troca de minutas de acordo no decorrer do processo.⁸⁸

⁸⁵ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na Mediação. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação. A Reforma da Legislação Brasileira**, São Paulo: Atlas, 2017, p. 249.

⁸⁶ MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 296.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 300-01.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 342-45.

Outra recomendação de Mnookin, Peppet e Tulumello para os advogados que trabalham em processos mediados é descobrirem como negócios semelhantes foram realizados anteriormente, pois é sempre melhor estar preparado para apresentar os motivos da sua proposta manifestada na mesa de negociações do que se concentrar em táticas de pressão para forçar a outra parte a fechar um acordo, sem que um consenso tenha sido efetivamente alcançado.⁸⁹

Finalmente, auferido o sucesso no processo de mediação, através do consenso das partes, será oficializado os termos do acordo. Nessa fase, a atuação técnica do advogado será muito importante para que o acordo seja redigido de forma clara e objetiva, respeitando tudo o que foi acordado entre as partes, evitando novos conflitos no futuro. Mesmo que não se tenha chegado à solução do conflito, elaborar um termo final para o processo poderá favorecer uma possível retomada das negociações no futuro. O acordo constitui título executivo extrajudicial e se for homologado judicialmente, passará a título executivo judicial. Assim, deverá conter o resumo do caso, a finalidade, direitos, condições e formas de cumprimento.⁹⁰

Nessa seção do trabalho, foram apresentadas algumas posturas e funções esperadas de advogados, que assessoram empresas em processos de mediação, mas não há como esgotar todas as condutas e estratégias que poderiam ser listadas para cada caso em disputa. Portanto, esperamos ter exposto uma noção geral do papel desse profissional, esclarecendo a sua importância e indicando algumas principais diferenças em relação ao papel dos mediadores e dos advogados nos tradicionais processos adversários.

⁸⁹ MNOOKIN, Roberto. PEPPET, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009, p. 351-53.

⁹⁰ MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na Mediação. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**, São Paulo: Atlas, 2017, p. 250-51.

3 PESQUISA DE CAMPO SOBRE A CRENÇA DOS ADVOGADOS NA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

Este capítulo destina-se a examinar os fatores que poderiam justificar a crença dos advogados na mediação empresarial, entendida aqui como a crença em uma técnica de resolução de disputas em comparação com o julgamento nos Tribunais. Todavia existe certa complexidade nas variáveis que afetam a mediação, que, provavelmente, nenhuma pesquisa empírica conseguirá esclarecer totalmente. Por isso, para tentar reunir informações que possam ajudar a compreender um pouco mais por que alguns advogados acreditam na mediação e outros não, esse trabalho procurou reunir aqueles que lidam com as disputas empresariais na prática, que possuem experiência para ir além das análises teóricas das vantagens e desvantagens desse mecanismo.

3.1 METODOLOGIA

A proposta dessa etapa do estudo é realizar uma pesquisa exploratória inicial, que visa uma abordagem da mediação empresarial, sob a perspectiva da opinião dos advogados que prestam assessoria jurídica às empresas e que não fazem parte do seu quadro funcional, ou seja, são externos às áreas jurídicas dessas empresas. Para isso, o procedimento escolhido foi a realização de pesquisa de opinião⁹¹, através da aplicação de um questionário padrão, focado na obtenção de dados quantitativos de um grupo de advogados com atuação na área empresarial, selecionados em função da sua comprovada experiência profissional, sem a preocupação de terem experiência específica com processos de mediação.

Assim, a pesquisa foi distribuída por e-mail na AEJE, Associação dos Escritórios de Direito Empresarial, localizada em Porto Alegre, para um grupo de quarenta e cinco advogados. Foi enviada também, através do LinkedIn⁹², para quarenta e cinco sócios de renomados escritórios, localizados em São Paulo e Rio de Janeiro, com atuação na área empresarial. A escolha das localidades baseou-se no fato dessas cidades serem centros com significativa

⁹¹ CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais.** Resolução n. 510, de 7 de abril de 2016. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2016/res0510_07_04_2016.html. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁹² LinkedIn é uma rede social de negócios fundada em 2002. É comparável a redes de relacionamentos, e é principalmente utilizada por profissionais com o intuito de apresentar suas aptidões, de uma forma que outros profissionais da mesma empresa possam endossar, dando credibilidade ao conteúdo.

atividade empresarial e, especialmente, Porto Alegre pela possibilidade de acesso a AEJE, que concentra vários profissionais com experiência comprovada em direito empresarial.

A taxa de adesão global foi de 36%. Os advogados dos escritórios foram especialmente cooperativos, pois 53% dos sócios convidados concordaram em participar da entrevista. Já os advogados da AEJE foram menos cooperativos, uma vez que apenas 18% responderam ao questionário.

A aplicação de questionário padrão⁹³ na pesquisa têm vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens, permite produzir dados que podem ser analisados estatisticamente, e é possível acessar um número maior de entrevistados, o que é importante nessa fase exploratória inicial da pesquisa. Por outro lado, apresenta desvantagens associadas a impossibilidade de capturar uma riqueza de opiniões dos entrevistados, incluindo suas próprias análises de como seus pontos de vista estão interrelacionados, além de, normalmente, alcançar um número menor de entrevistados, sendo difícil generalizar esses dados para a população geral de advogados de negócios.

A maioria das perguntas da pesquisa usaram a escala de frequência de 5 pontos⁹⁴, com respostas possíveis que variam de um a cinco, com uma categoria média no número três. Assim, na maioria das indagações, os inquiridos foram questionados com perguntas específicas, que solicitavam respostas em uma escala de um a cinco, onde um significava que a resposta era “nunca”, cinco “sempre” e, por consequência, dois era “poucas vezes”, três “as vezes” e quatro “muitas vezes”, indicando a frequência com que uma variável ocorre em uma escala de 5 pontos.

Apesar dos entrevistados, em sua grande maioria, serem bem experientes na área empresarial, existem diferenças no conhecimento sobre o processo de mediação, mas esse fato não é um problema sério para este estudo, já que ele não está testando conhecimento, mas sim está se concentrando nas opiniões sobre a adequação e a crença do uso da mediação em disputas entre empresas. Além disso, os entrevistados foram questionados sobre seu nível de conhecimento e experiência com a mediação, permitindo comparações de opiniões baseadas nesses níveis.

⁹³ CHAER, Galdino; DINIZ, Rafael Rosa Pereira; RIBEIRO, Elisa Antônia. **A técnica do questionário na pesquisa educacional**, 2011. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/maio2013/sociologia_artigos/pesquisa_social.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁹⁴ ECHEVESTE, Márcia. **Capacitação: Pesquisa Quantitativa**, 2017. Disponível em: http://www.ufrgs.br/sai/dados-resultados/SemanadeAvaliacao_PesquisaQuantitativa_Echeveste_2017_A.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

Para a formulação do questionário, foram levantadas oito hipóteses que deveriam ser sondadas através de perguntas objetivas, sem consumir muito tempo de resposta dos entrevistados, pois havia a preocupação com a adesão dos participantes à pesquisa. As hipóteses se concentraram: (1) na satisfação com a mediação; (2) nas consequências pessoais esperadas com o aumento das disputas manuseadas por mediação; (3) no tempo e despesas envolvendo a resolução de disputas; (4) na preservação de relacionamentos comerciais; (5) no nível de competência especializada e conhecimento envolvido na mediação; (6) na percepção da opinião dos líderes das empresas; (7) na percepção do papel dos advogados na difusão do uso da mediação no contexto empresarial e (8) na percepção de qual é a parte interessada mais resistente a mudança em relação ao método utilizado.

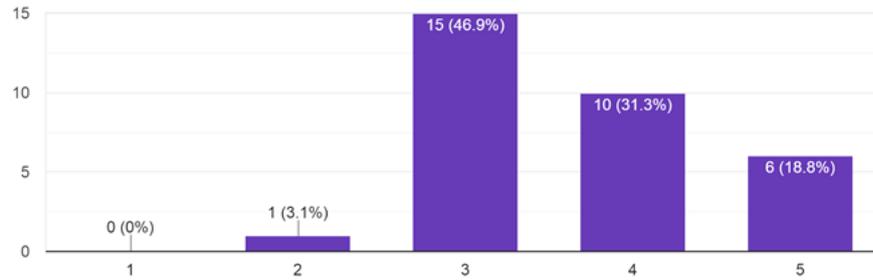
Referidas hipóteses se desdobraram em dezessete perguntas, que são analisadas a seguir.

3.2 ANÁLISE GRÁFICA DOS DADOS

A pesquisa foi iniciada com uma pergunta que permitiu que os entrevistados refletissem sobre a intensidade da sua crença na mediação. Não é incomum as pessoas dizerem que a mediação deve ser usada sempre ou apenas raramente ou somente em alguns casos. Essas respostas fornecem alguma indicação do que essas pessoas acreditam sobre mediação. Apesar da frequência numérica medir simplificarmente crenças complexas, ela pode ser um razoável indicador da disputa das ideologias das pessoas. A seguir analisaremos as dezessete perguntas realizadas na pesquisa, a partir das hipóteses formuladas.

Conforme mostra o gráfico 1, a maioria dos entrevistados (47 %) acredita que as vezes é apropriado usar a mediação em processos envolvendo negócios. Aproximadamente, um terço afirma que a mediação é adequada na maior parte dos casos, em torno de 19% acreditam que é sempre adequada e apenas 3% que é eventualmente adequada. Ninguém tem convicção de que nunca deva ser utilizada.

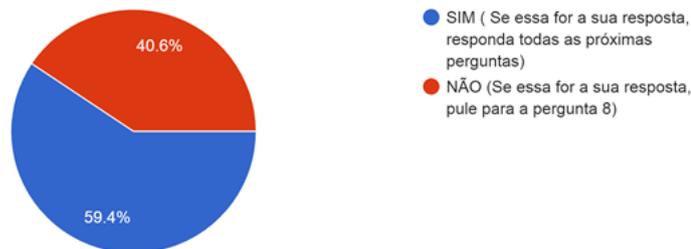
Gráfico 1- Frequência adequada do uso da mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (2) - Com que frequência você acredita ser apropriado usar a mediação nas disputas envolvendo empresas? Onde: 1 = nunca e 5 = sempre.

O gráfico 2 mostra que mais da metade dos advogados entrevistados (59%) têm experiência com mediação em disputas entre empresas. Isso se justifica, porque um dos critérios de seleção dos participantes foi o grau de experiência na advocacia empresarial, mesmo não sendo exigida a experiência em mediação propriamente dita.

Gráfico 2 - Experiência com mediação

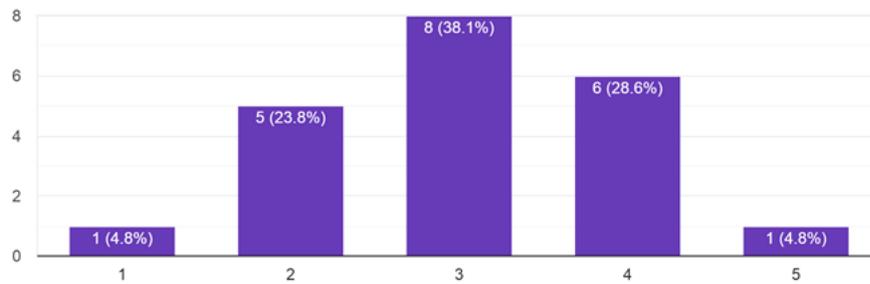


Fonte: conforme anexo A, pergunta (3) - Você já teve alguma experiência pessoal com mediação entre empresas?

As próximas quatro perguntas foram direcionadas somente àqueles que já tiveram alguma experiência com processos de mediação.

Em relação à satisfação com a mediação nas suas experiências pessoais, o gráfico 3 mostra que os advogados estão divididos, com uma leve vantagem para estarem mais satisfeitos. Aproximadamente, 38% ficaram satisfeitos “as vezes” nos casos em que a mediação foi utilizada, outros 24% ficaram satisfeitos “poucas vezes”, 29% disseram que “muitas vezes” ficaram satisfeitos, 5% nunca obtiveram satisfação nas suas experiências com mediação e outros 5% dos entrevistados sempre ficaram satisfeitos.

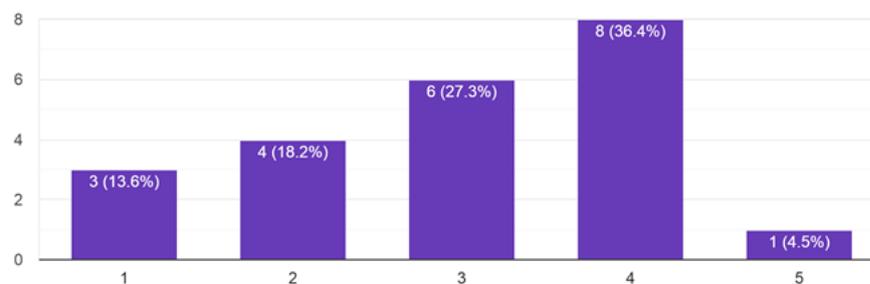
Gráfico 3 - Satisfação nas experiências com mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (4) - A sua experiência com mediação foi satisfatória? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

O gráfico 4 analisa o aumento das proposições de uso da mediação pelos entrevistados em função das suas experiências. A expectativa para essa pergunta é que houvesse aderência das respostas ao nível de satisfação mostrado no gráfico 3. De certa forma isso ocorreu, pois enquanto 33 % disseram estar “sempre” ou “muitas vezes” satisfeitos, 40% disseram ter proposto com mais frequência “sempre” ou “muitas vezes” o uso da mediação em seus casos. Dentre aqueles 38% que estavam “as vezes” satisfeitos com os seus casos de mediação, apenas 27% declararam “as vezes” ter proposto com mais frequência a mediação. Já entre os 29 % dos entrevistados que “poucas vezes” ou “nunca” ficaram satisfeitos em suas experiências, 32% disseram ter proposto com mais frequência o uso da mediação “poucas vezes” ou “nunca”. Assim, observa-se que alguns dos entrevistados que estavam “as vezes” satisfeitos, aumentaram as suas proposições para uso da mediação.

Gráfico 4 - Frequência de proposição do uso da mediação

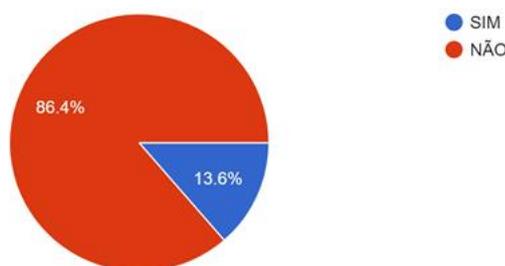


Fonte: conforme anexo A, pergunta (5) - Você tem proposto com mais frequência a utilização da mediação em seus casos ao longo do tempo? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

O gráfico 5, demonstra que apesar de 60 % dos entrevistados terem alguma experiência com mediação, a grande maioria deles (86%) não vivenciaram mais de 10 casos ao longo da

sua trajetória profissional. De fato, embora a crença na mediação pareça estar bastante presente entre advogados de negócios, é relativamente fácil para um entrevistado dizer a um pesquisador que a mediação deve ser usada com frequência, mas agir de acordo com essa crença diante de outras influências não parece ser tão simples assim. Isso envolve uma mudança cultural e uma nova postura dos profissionais do Direito.

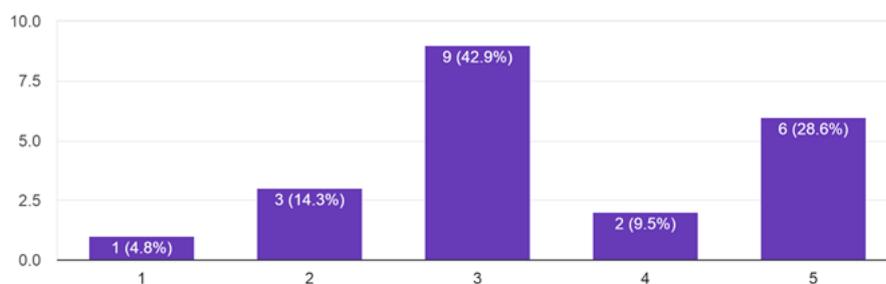
Gráfico 5 – Frequência das experiências com mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (6) - Você já teve mais de 10 experiências pessoais com mediação?

No gráfico 6, dentre os entrevistados que já tiveram experiência com processos de mediação, cerca de 43 % declararam estar “as vezes” mais satisfeitos com a mediação do que com processos judiciais. Curiosamente, cerca de 29 % disseram estar “sempre” mais satisfeitos com a mediação, em comparação com 5% que “nunca” estiveram satisfeitos. Os demais, estão divididos, 14% poucas vezes estão satisfeitos e 10 % demonstram estar satisfeitos muitas vezes. Em síntese, comparando os processos de mediação com os judiciais, pela distribuição das respostas, percebe-se que os entrevistados estão mais satisfeitos com a mediação, mas não há uma forte tendência nesse sentido.

Gráfico 6 - Satisfação com mediação vs. processos judiciais

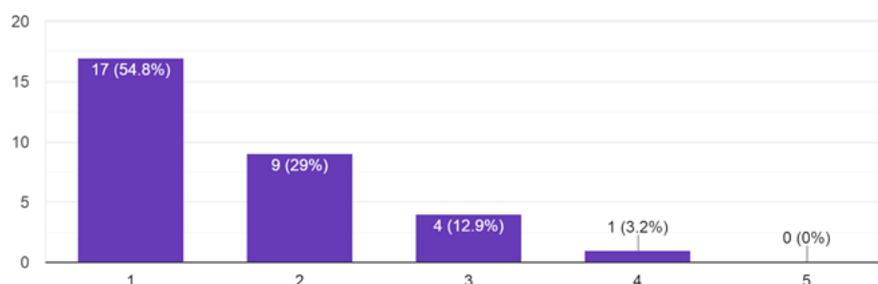


Fonte: conforme anexo A, pergunta (7) - Com que frequência a sua satisfação com os casos de mediação, dos quais participou, é maior do que com os processos judiciais? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

Através da análise do gráfico 7, de um modo geral, os advogados entrevistados acreditam que o aumento das disputas manuseadas através de procedimentos de mediação não

reduziria a sua própria remuneração individual. Cerca de 84% dos respondentes acreditam que “nunca” ou “poucas vezes” sua remuneração seria afetada. Por outro lado, nenhum dos advogados esperava que um aumento nos casos que usam mediação diminuiria sua remuneração.

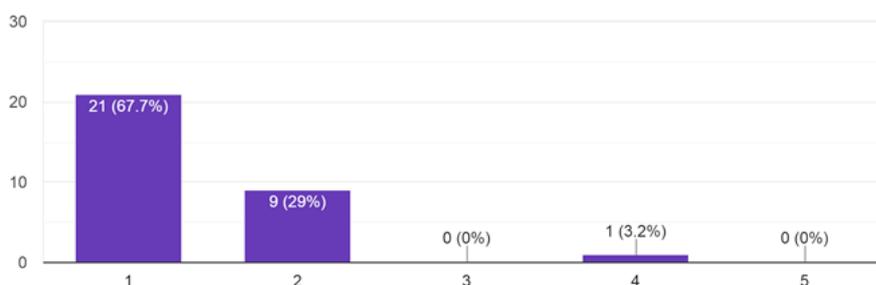
Gráfico 7 - Impacto da mediação na remuneração



Fonte: conforme anexo A, pergunta (8) - Você acredita que o aumento do uso da mediação afetaria negativamente a sua remuneração individual? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

Através da análise do gráfico 8, conclui-se que os efeitos do uso da mediação em relação ao progresso na carreira são um pouco semelhantes às expectativas sobre remuneração. Mais de 90% dos advogados entrevistados duvidam que haveria algum efeito no seu avanço profissional. No geral, os advogados acreditam que se os seus clientes aumentarem o uso da mediação eles não seriam pessoalmente afetados.

Gráfico 8 - Impacto da mediação na carreira

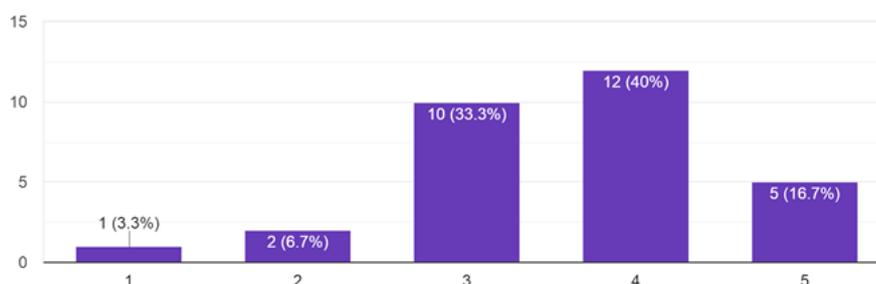


Fonte: conforme anexo A, pergunta (9) - Você acredita que o aumento do uso da mediação reduziria suas oportunidades de avanço profissional? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

As próximas duas perguntas do questionário serão tratadas em conjunto. Referem-se ao custo e ao tempo dos processos na comparação entre a mediação e o Judiciário.

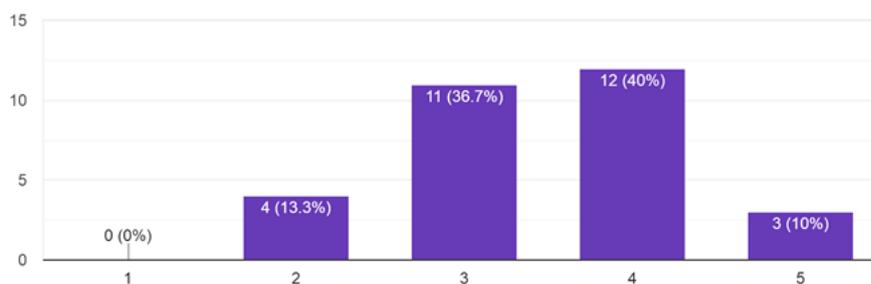
Em relação aos custos e tempos envolvidos nas disputas, a mediação é frequentemente anunciada com vantagens sobre litígios. Os entrevistados neste estudo foram questionados sobre isso e, conforme demonstrado nos gráficos 9 e 10, concordaram que os casos tratados na mediação são, frequentemente, resolvidos dentro de prazos e custos adequados. A maioria dos entrevistados, mais de 50 % confirmaram essa opinião.

Gráfico 9 – Tempo adequado da mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (10) - Considerando o tempo que as ações judiciais levam na prática, na sua opinião, com que frequência os processos, nos quais a mediação é usada, são resolvidos dentro de um tempo adequado? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

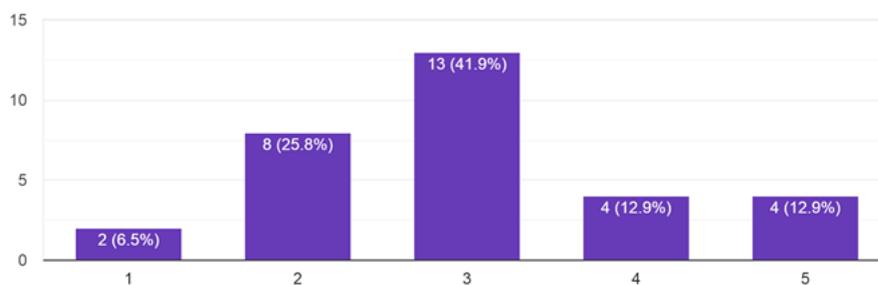
Gráfico 10 – Custo adequado da mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (11) - Considerando o tempo que as ações judiciais levam na prática, na sua opinião, com que frequência os processos, nos quais a mediação é usada, são resolvidos a um custo adequado? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

Através do gráfico 11, podemos observar que os advogados ficaram bem divididos na comparação entre processos mediados e judiciais, pois 42% acreditam que “as vezes” seria melhor o uso da mediação em comparação com os Tribunais, um terço (33%) acha que “poucas vezes” ou “nunca” seria melhor e cerca de 26 % acreditam que “muitas vezes” ou “sempre” seria melhor.

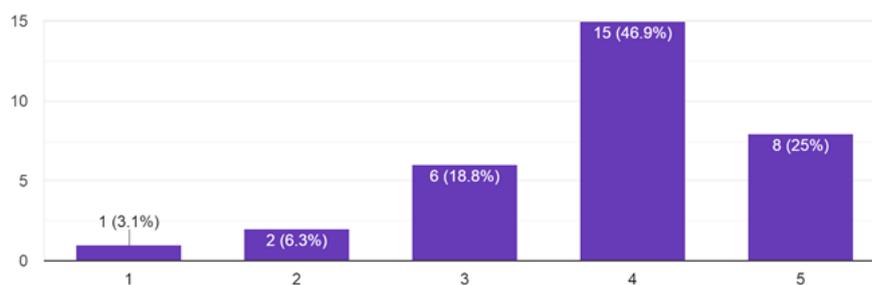
Gráfico 11 – Mediação vs. Tribunais



Fonte: conforme anexo A, pergunta (12) - Se os procedimentos da mediação levarem tanto tempo e dinheiro quanto os processos nos Tribunais, seria melhor as empresas usarem os Tribunais para resolver as suas disputas? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

A preservação e reabilitação de relacionamentos são frequentemente citadas como vantagens potenciais da mediação em comparação com outros métodos de disputa. Conforme gráfico 12, os entrevistados neste estudo, geralmente, acreditam que a mediação é sensível às necessidades dos negócios e ajuda a preservar as relações comerciais. Aproximadamente, 72% dos entrevistados afirmaram que a mediação ajuda a preservar as relações comerciais “sempre” ou “muitas vezes”.

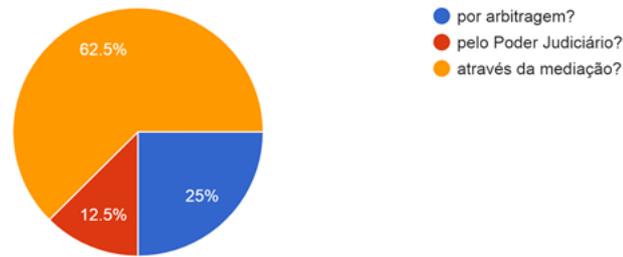
Gráfico 12 – Mediação e as relações comerciais



Fonte: conforme anexo A, pergunta (13) - A adoção da mediação na resolução de conflitos ajuda a preservar as relações comerciais das empresas? Onde: 1 = Nunca e 5 = Sempre

O gráfico 13 indica que a maioria dos advogados (63%), acredita que os executivos de negócios ficam mais satisfeitos com os resultados dos processos em que a mediação é usada. Em segundo lugar, com 25 % das respostas, aparece a arbitragem. Essa opinião pode estar associada a pergunta anterior, ou seja, a ideia de que a mediação ajuda a preservar os relacionamentos comerciais.

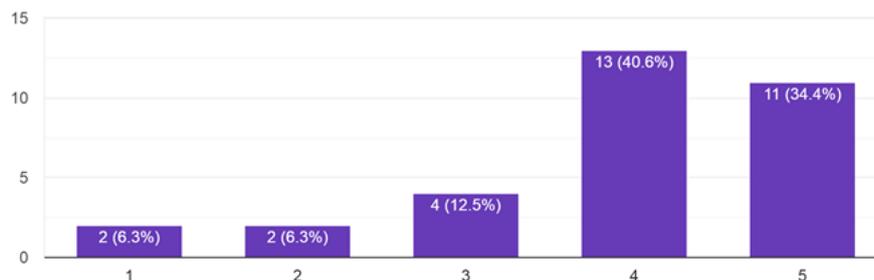
Gráfico 13- Preferência de mecanismo para resolução da disputa



Fonte: conforme anexo A, pergunta (14) - Você acredita que os executivos de negócios ficam mais satisfeitos com os resultados dos processos em que o conflito é resolvido:

Conforme gráfico 14, três quartos dos entrevistados (75%) pensam que a mediação exige treinamento especializado por requerer um conhecimento complexo. De fato, na mediação, o conhecimento na área do direito é apenas uma das habilidades necessárias, pois a atuação do advogado deverá ir além, abrangendo as modernas técnicas de negociação e especialização na área das relações humanas.

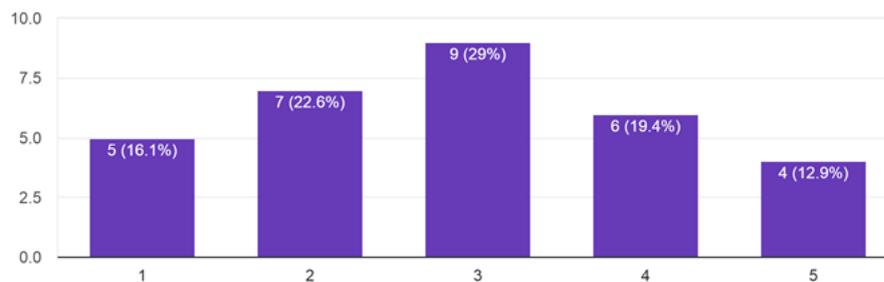
Gráfico 14 – Complexidade de conhecimento na mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (15) - Conhecimento sobre procedimentos de mediação é mais uma questão de bom senso ou é uma habilidade especializada, que necessita de conhecimento complexo e treinamento?
Onde: 1 = Bom senso e 5 = Conhecimento

Pela análise do gráfico 15, os advogados tiveram opiniões variadas, quanto a sua capacidade e “insight” para encontrar o momento adequado de propor o uso da mediação. Cerca de 32% dos advogados acreditam que “sempre” ou “muitas vezes” sabem quando propor a mediação, 29% acreditam que as vezes sabem o momento certo de propor e 39% acham que “poucas vezes” ou “nunca” possuem essa percepção.

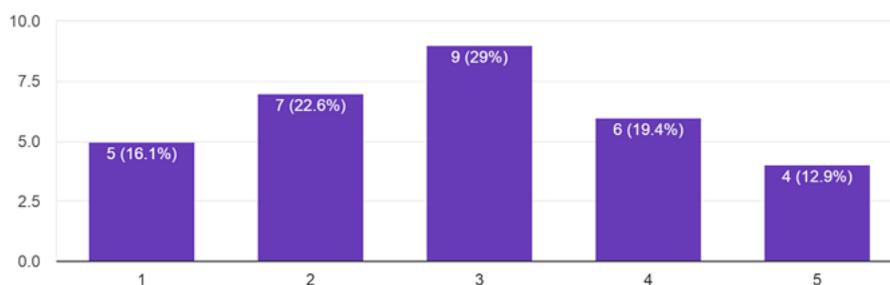
Gráfico 15 – Percepção para propor a mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (16) - Você acredita que os advogados de negócios possam ter percepção e "insight" para encontrar o momento adequado para propor o uso da mediação nas disputas empresariais? Onde: 1 = Pouco e 5 = Muito

O gráfico 16 analisa a crença dos advogados na adequação da sua formação profissional e negocial à prática da mediação. Nesse aspecto, os entrevistados também estão bastante divididos, pois 39 % acreditam que sua formação é “insuficiente” ou próxima a isso e 32 % acreditam que possuem formação “suficiente” ou próxima a isso. Outros 29% acreditam que a sua formação está entre esses dois extremos. Chama a atenção que ao mesmo tempo em que a maioria dos advogados acredita que a mediação exige conhecimento complexo, quase um terço deles acredita que a sua formação atinge esse patamar de complexidade.

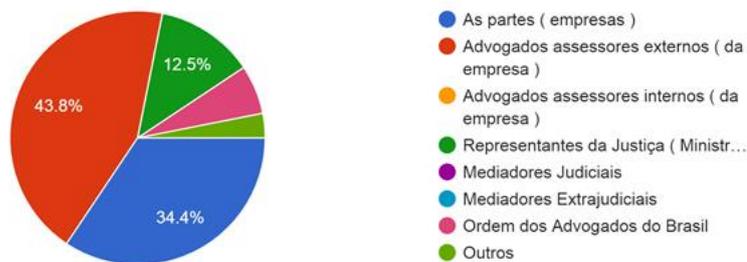
Gráfico 16 – Formação adequada para mediação



Fonte: conforme anexo A, pergunta (17) - Você acredita que os advogados de negócios possuam suficiente formação e habilidades negociais úteis à prática da mediação empresarial? Onde: 1 = insuficiente e 5 = Suficiente

A figura 17 ilustra que os entrevistados acreditam que eles próprios (44%) e seus clientes (35%) são os principais obstáculos às mudanças nas práticas comerciais de resolução de disputas. Os advogados demonstraram autoconsciência para também se identificarem como o grupo mais resistente às mudanças.

Gráfico 17 – Resistência a mudanças



Fonte: conforme anexo A, pergunta (18) - Na sua opinião, entre os "stakeholders" abaixo, quais são, provavelmente, os mais resistentes a mudanças nas práticas empresariais de resolução de disputas?

3.3 ANÁLISE GLOBAL

A partir da análise dos dados da pesquisa podemos discutir várias questões relacionadas aos advogados e ao uso da mediação nas disputas entre empresas. Entre elas, iniciaremos pela última pergunta da pesquisa, avaliando quais os principais motivos que poderiam levar os advogados a resistirem às mudanças nas práticas comerciais de resolução de disputas. O potencial de honorários a receber poderia ser um dos fatores, pois o protagonismo do advogado nos processos judiciais provavelmente é maior do que nas rodadas de negociação que envolvem a celebração de um acordo por mediação. Mas os dados da votação sugeriram que esse não foi um fator importante e, portanto, pode-se pensar em outros fatores que justifiquem referida resistência, como a pouca experiência dos advogados com processos autocompositivos de resolução de disputas. Menos de 10 % da totalidade dos entrevistados tiveram mais de dez experiências com mediação.

A familiaridade com o processo judicial também poderia explicar em parte a preferência de metade dos advogados por processos nos Tribunais se eles demorassem o mesmo tempo e custassem o mesmo valor do que os processos mediados. Nestas condições, o esperado seria que houvesse uma preferência pela mediação, tendo em vista que a pesquisa indicou que a maioria dos advogados acreditam que esse mecanismo pode preservar relacionamentos comerciais e que os executivos também preferem a mediação em comparação com processos litigiosos. Nesse sentido, Walde destaca que poucos relacionamentos comerciais podem sobreviver a um litígio completo, arbitral ou judicial.⁹⁵ Talvez, a cultura adversarial e a

⁹⁵ WALDE, Thomas W. Proactive Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management. **Business Law International**, v.5, n. 1, p. 99-10, Jan. 2004, p. 100.

expectativa de sagrar-se vencedor da disputa, que caracterizam a formação tradicional dos advogados, possam estar se sobrepondo a essas questões subjacentes reconhecidas como importantes pelos entrevistados.

Quatro quintos dos advogados não têm a crença de que a mediação é sempre apropriada em disputas comerciais, indicando que não se trata de uma questão de “fé” na mediação, mas sim de uma adequação ao caso que está sendo disputado. De fato, a intensidade da crença concentrou-se na resposta 3, indicando que as vezes a mediação é indicada e as vezes não é. É interessante notar que a mediação tem se tornado mais popular e que algumas pessoas a veem favoravelmente e outras de forma contrária, ficando a pergunta: até que ponto isso seria uma posição superficial, na qual as pessoas podem ser a favor ou contra sem saber muito sobre o assunto.

Nas questões que levaram em conta a experiência dos advogados entrevistados, parece que ao mesmo tempo em que eles aprendem a usar a mediação em suas disputas privadas, também ficam menos crentes nesse mecanismo. Essa análise parece ser bastante complexa, mas podemos imaginar situações práticas desfavoráveis ao sucesso de um processo mediado, como a inadequação do perfil do mediador, o vínculo à “cultura da sentença”, a perda do protagonismo do advogado, a elevada confiança na experiência e capacidade de decisão dos Tribunais, a efetividade e vinculação das partes na fase de liquidação do processo judicial, entre outras. Algumas pessoas certamente passaram por más experiências com mediação, onde o caso não se resolveu. Todavia, não se pode desprezar o benefício colateral da mediação, que é conhecer melhor o caso. Isso poderá ser útil se ele seguir futuramente para os Tribunais.

A opinião geral dos entrevistados é de que os executivos (clientes) ficam mais satisfeitos com a mediação do que com os litígios. Ao mesmo tempo, os entrevistados apontam que boa parte dos seus clientes são os principais responsáveis pela resistência à mudança no processo de resolução de conflitos. Essa opinião, aparentemente antagônica, poderia ser explicada mais por um desgosto dos executivos com os litígios que tramitam no judiciário do que a sua real satisfação com a mediação. Também poderia indicar uma falta de incentivo e proposições de uso da mediação para que seja possível auferir os benefícios subjacentes identificados na pesquisa a favor da mediação, como a preservação dos relacionamentos e a sua maior eficiência quanto a custos e tempos processuais. Todavia, na linha de justificar a resistência à mudança, não se pode desconsiderar que os referidos benefícios subjacentes podem ser relativizados pelo fato de que o acordo obtido na mediação não é vinculativo, como ocorre nos Tribunais, aumentando os riscos à execução do acordo pactuado.

Pode-se esperar que a crença na mediação esteja especialmente relacionada a percepções sobre como o aumento do uso da mediação afetaria os interesses pessoais dos entrevistados. Nesse aspecto, geralmente, os advogados são percebidos como auto interessados e orientados para resultados, mas a pesquisa demonstrou que eles acreditam que não seriam afetados substancialmente em suas remunerações e oportunidades de crescimento profissional. De qualquer modo, é sempre difícil imaginar que os advogados façam algum movimento que possa trazer algum risco de perda de alguma vantagem. Todavia, é importante distinguir consequências de curto e longo prazo com o uso da mediação, pois talvez no curto prazo haja alguma possibilidade de redução do ganho econômico para o advogado, mas no longo prazo sempre haverá a possibilidade de um acréscimo de benefícios devido a melhoria da sua reputação e credibilidade perante o cliente. De fato, ter a reputação de ser capaz de resolver os problemas dos clientes é a melhor reputação a se ter frente ao mercado profissional.

Outro aspecto a ser analisado é quanto a qualificação exigida para os serviços prestados pelos advogados na mediação, pois as partes investem seu tempo e dinheiro nesses serviços, que são fundamentais para o sucesso do processo autocompositivo. Geralmente, habilidade especializada e conhecimento são fatores-chave para a maioria dos serviços profissionais, mas isso pode ser menos perceptível para a mediação, porque envolve muita negociação. Considerando que todas as pessoas negociam regularmente, até as crianças, muitas pessoas podem associar uma abordagem de conhecimento mais simples à mediação, como o “bom senso”. A pesquisa testou isso e constatou que a maioria dos entrevistados percebem que a mediação exige conhecimentos especializados e complexos, não restando dúvida da necessidade de estudos e treinamento para que os participantes da negociação possam desempenhar bem o seu papel.

Para finalizar essa análise, entre os resultados correlacionados à crença na mediação, podemos citar, de um lado, a percepção de que os executivos da empresa preferem a mediação e, de outro, a percepção de que a empresa é uma parte interessada que, juntamente com os advogados assessores, resiste à mudança na forma de conduzir a resolução das suas disputas. Provavelmente, utilizar a mediação envolve um processo de conformidade com os pontos de vista da autoridade ou da parte interessada com maior poder de decisão, indicando que o futuro da mediação está associado diretamente ao convencimento do cliente, que percebe seus benefícios, mas precisa ser convencido da eficácia do processo, e isso certamente passará pelo papel do advogado.

4 UMA VISÃO PROSPECTIVA DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL NO BRASIL

Este capítulo destina-se a compreensão dos pontos críticos à difusão da mediação empresarial e o que pode ser feito para superá-los a fim de haver um futuro promissor para esse mecanismo de resolução de conflitos no Brasil.

Atualmente, a maioria dos casos são resolvidos através de processos contraditórios com base em reivindicações de direitos legais, mas isso pode não atender as expectativas das empresas por uma resolução rápida e consensual. Analisar os interesses e riscos mais amplos envolvidos na disputa através da participação cooperativa, da boa-fé e do trabalho conjunto, certamente, levará a soluções e resultados mais eficientes.⁹⁶

Acreditar na mediação não é suficiente para aumentar o seu uso, pois as decisões de usar a mediação exigem a concordância de várias pessoas. Especialmente na mediação contratual, as dificuldades tendem a aumentar, porque as empresas que tomarão as decisões podem estar desapontadas umas com as outras ou podem ter interesses conflitantes sobre o uso da mediação. Independentemente, por ser um processo regido pelo respeito mútuo, a mediação oferece um enorme potencial para os advogados reconhecerem, na sua atuação prática, a dimensão da dignidade humana que faltava nas versões tradicionais da advocacia contraditória, que por vezes se caracteriza pelo individualismo e aspereza na comunicação dos advogados.⁹⁷

Assim, esse estudo sugere que advogados capacitados e bem preparados, com experiência em mediação, possam ser eficazes na promoção do seu uso, ao menos antes de ir ao Judiciário reivindicar os direitos de seus clientes. Também indica que os advogados são, geralmente, muito sensíveis às percepções e desejos de seus clientes, podendo ser esse um ponto crítico e uma oportunidade na promoção da mediação.

⁹⁶ CABRAL, Antônio do Passo; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos – ADR, **Revista de Processo**, v. 259, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF. Acesso em 13 set. 2019

⁹⁷ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1370-71.

4.1 PONTOS CRÍTICOS PARA DIFUSÃO DA MEDIAÇÃO ENTRE EMPRESAS

Iniciaremos esse tópico trazendo algumas informações dos relatórios da Série GPC 2016-2017⁹⁸, promovidos pelo *International Mediation Institute-IMI*⁹⁹, que analisou a opinião das várias partes interessadas na resolução comercial de disputas. O objetivo dos relatórios é detectar as lacunas existentes entre o que se deseja na mediação e o que está disponível, para conformar o futuro da resolução de disputas comerciais.

Assim, uma mensagem importante revelada através dos dados do GPC 2016/2017 refere-se ao agente resistente a mudança na implementação de processos de mediação. Nessas pesquisas, todos os grupos de partes interessadas identificaram nos advogados assessores externos das empresas o principal obstáculo a mudanças nas práticas comerciais de resolução de disputas, atingindo 70 % das indicações.¹⁰⁰

Intencionalmente, questionamento semelhante foi realizado na pesquisa de opinião efetuada no estudo, conforme gráfico 17 ou pergunta dezoito do formulário do anexo A. Na resposta, os advogados entrevistados disseram que tanto as empresas quanto os seus advogados são apontados como os principais agentes resistentes a mudanças, com leve favoritismo para os advogados, com 44 % das indicações contra 34 % das empresas.

Ambas as pesquisas convergiram para identificar nos advogados o agente mais resistente à mudança na forma de resolver os conflitos, ou seja, resistentes ao uso da mediação.

Nesse sentido, analistas da Série GPC 2016/2017 avaliam que uma provável explicação para a resistência dos advogados apontada na pesquisa internacional poderia estar relacionada ao tipo de resultado esperado pelo cliente e a familiaridade dos advogados com os processos de resolução de disputas, envolvendo a mediação.¹⁰¹

Masucci corrobora com essa avaliação da Série GPC 2016/2017, quando diz que o mercado está carente de um treinamento forte e completo para que os advogados realmente conheçam em detalhes todos os mecanismos disponíveis e possam aconselhar os seus clientes sobre a melhor forma de resolver uma determinada disputa. Apesar do crescimento de

⁹⁸ GLOBAL POUND CONFERENCE - GPC. **Tendências Globais de Dados e Diferenças Regionais**. Moldando o futuro da resolução de disputas e melhorando o acesso à justiça. GPC 2016-2017. Disponível em: <https://www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/>. Acesso em 22 ago. 2019.

⁹⁹ INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE – IME. Iniciativa sem fins lucrativos de interesse público comprometida em conduzir altos padrões de competência para a prática global da mediação. Disponível em: www.imimmediation.org. Acesso 22 ago. 2019.

¹⁰⁰ GPC, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰¹ GPC, *op. cit.*

treinamentos em mediação, continua a haver muitas lacunas na padronização de critérios de qualificação, tanto para advogados quanto para os mediadores.¹⁰²

Com o mesmo intuito de revelar aspectos críticos, Nolan-Haley afirma que a negociação na advocacia tradicional subvalorizou a presença do cliente e a sua participação no processo. Assim, a literatura sobre negociação jurídica focou-se na dinâmica entre os advogados adversários e não no cliente como participante principal. Como resultado, a mediação controlada por advogados acaba replicando uma variação de disputas tradicionais, onde os advogados dominam e os clientes talvez não alcancem a satisfação dos seus reais interesses.¹⁰³

Arnold também contribui com alguns aspectos críticos, que considera significativos para a mediação nos negócios empresariais, citando: o poder de decisão do representante da empresa; a mudança no perfil do advogado; declarações iniciais nas aberturas das sessões; capacidade de buscar oportunidades “ganha / ganha”; adequação do perfil do mediador ao caso; garantia de confidencialidade das informações e adequação dos casos à mediação.

Assim, Arnold inicia explicando que, na sala de mediação, o representante da empresa que tiver preocupação com a revisão ou as críticas internas de seus superiores ou pares, os quais não participaram do processo, e muitas vezes não o compreendem, não é o melhor representante da parte para resolver a disputa. Uma mistura de traços de personalidade é requerida de um bom representante, como complacência com os outros e consigo, atitude conciliatória, criatividade, flexibilidade e, principalmente, autoridade sem medo de críticas.¹⁰⁴

Arnold segue apontando que o perfil profissional e a motivação exigidos para vencer as disputas nos Tribunais, muitas vezes, torna os advogados insensíveis à importância de preservar relacionamentos ou a custos exorbitantes e desgastes emocionais dos litígios. Para assessorá-las, as empresas devem procurar advogados bem preparados para processos de mediação, com personalidade sensível, flexível e compreensiva, que irão fazer a lição e acrescentar novos componentes à disputa.¹⁰⁵

Na abertura da sessão de mediação, as declarações iniciais de alguns advogados podem ser totalmente contraproducentes. Endereçadas, normalmente, mais ao mediador do que a outra parte, esses advogados pintam uma imagem unilateral do caso, empregando um linguajar

¹⁰² MASUCCI, Deborah. Access to Justice - The Road Ahead: What Is the Role of the Lawyer/Advisor and Education, **Fordham International Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 973-980, April 2017, p. 976-77.

¹⁰³ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1380-81.

¹⁰⁴ ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. **Practical Litigator**, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997, p. 80.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

técnico, com a zelosa oposição de um advogado que procura defender o seu cliente em relação ao adversário. Todavia, o que se quer realmente na mediação é convencer a outra parte a ser solidária com a causa em disputa. Então, é muito importante ter uma postura cordial, especialmente no início do processo.¹⁰⁶

Certos advogados assessores pautam a sua atuação na pressão para que as partes aceitem um acordo baseado na sua visão do caso, sem explorar possíveis alternativas de ganha-ganha. Os ultimatoss podem destruir a credibilidade das partes e, frequentemente, são muito contraproducentes.¹⁰⁷

Conforme abordamos anteriormente no item 1.4.1 - Advogado mediador vs. advogado da parte, Lisnek pontua que os estilos de mediação variam do mediador passivo, que facilita as reuniões, mantendo-se imparcial nas discussões, ao mediador ativo, que controla abertamente o processo e orienta o desenvolvimento do acordo. Os melhores mediadores se movimentam entre esses estilos ao longo do processo para ajustar a mediação ao caso e às partes.¹⁰⁸ Em muitos conflitos, as partes sentem necessidade de orientação de um especialista e querem um mediador ativo, com experiência no assunto da disputa ou na legislação em questão. É difícil conhecer e avaliar um mediador para ajustar o seu estilo ao caso e as necessidades da mediação, mas é muito importante que isso seja feito, porque é provável que o mediador errado não consiga conduzir a mediação ao sucesso.¹⁰⁹

Arnold coloca que sempre há algum risco das partes, sem pensar ou de forma irresponsável, divulgarem alguma informação colhida durante o processo de mediação. Assim, quando a informação for altamente sensível, revelada em uma mediação que não resultou em acordo, é preciso considerar a utilização de uma ordem liminar em relação a ela, antes do início de um processo judicial.¹¹⁰

Quase todo tipo de caso pode ser resolvido por mediação, pois é um processo seguro, rápido e relativamente barato. Todavia, alguns casos não se encaixam na mediação, não pelo assunto jurídico que eles envolvem, mas pela diferença entre os objetivos que as duas partes almejam atingir através do procedimento da mediação. Arnold cita como exemplo, o caso em

¹⁰⁶ ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. **Practical Litigator**, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997, p. 84.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 88.

¹⁰⁸ LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993, p.14.

¹⁰⁹ ARNOLD, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁰ ARNOLD, *op. cit.*, p. 91.

que uma das partes está mais interessada em gerar um precedente com o acordo, do que com a resolução da disputa em si.¹¹¹

Para finalizar, Nolah-Haley enfatiza que os advogados podem prejudicar o processo de mediação por pressuporem conhecer os objetivos dos seus clientes. Com essa postura não ouvem seus clientes e acabam ditando o que deve ocorrer na mediação, o que não funciona para esse tipo de mecanismo.¹¹²

Agregando as informações dos autores citados e das pesquisas de opinião podemos dizer que a resolução de conflitos empresariais pelo meio consensual exige uma mudança no modo de atuação de todos os envolvidos no processo, principalmente das empresas e de seus advogados. É preciso entender profundamente essa alteração, pois o foco da disputa deixou de ser vencê-la, ampliando o seu escopo para a preservação dos relacionamentos e a busca de novas oportunidades.

Dessa forma, a nova preocupação do advogado passou a ser o empoderamento do seu cliente, preparando-o para a negociação de forma intensa, antecipada e focada na outra parte e não no mediador. O equívoco no entendimento das opções dos envolvidos poderá inviabilizar soluções ou produzir acordos ruins.

4.2 OPORTUNIDADES PARA OS ADVOGADOS DE NEGÓCIOS

Nos últimos tempos, a promoção de mecanismos autocompositivos para solução de disputas se intensificou muito no âmbito privado. O Estado, como principal gestor da justiça, passou a estimular as vias extrajudiciais, uma vez que o aparato judicial estatal não atende com satisfação os interesses das partes, além de não estar dando conta da quantidade de litígios existentes e tem dificuldades de se adequar às complexidades de alguns conflitos emergentes. Trata-se do sistema multiportas de solução de controvérsias, no qual a jurisdição estatal é apenas mais uma opção das partes para colocarem fim ao litígio. Apesar de representarem um alívio às pressões da ineficiência do sistema judiciário, essas iniciativas, “primeiras portas”, não devem ser encaradas como remédios ou paliativos, pois a sua contribuição vai muito além disso, fazendo parte de um sistema mais abrangente e mais eficiente.¹¹³

¹¹¹ ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. **Practical Litigator**, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997, p. 81.

¹¹² NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1381.

¹¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 50.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também tem apoiado o sistema multiportas ao estabelecer comissões de desenvolvimento no setor de mediação e arbitragem, que estimulam os advogados a perceberem um novo mercado de atuação profissional. Nesse sentido, as câmaras de arbitragem veem a mediação de forma positiva, como destaca o vice-presidente de Mediação da CAMARB¹¹⁴, Leandro Rennó:

A arbitragem, dispositivo disponível para solução de litígios relativos a direitos patrimoniais, sempre foi vista como sendo a melhor opção para este setor. Todavia, as câmaras estão atentas às demandas do meio empresarial e nos casos em que as partes envolvidas estão de boa fé e efetivamente decididas a resolver as suas controvérsias em um curto espaço de tempo e com baixo custo, a mediação passa a ser muito positiva.¹¹⁵

A flexibilidade processual da mediação permite que as partes estruturem um processo que responda diretamente às suas necessidades e preocupações. As empresas podem optar pelo modelo de processo que varie entre o modo facilitativo e avaliativo, ditando as características e experiência do mediador, bem como a delimitação do problema e a duração do processo de mediação.

A mediação elimina o ritual das etapas tradicionais dos processos contraditórios, dando oportunidades para que os advogados moldem procedimentos criativos e eficazes de resolução de disputas de acordo com a vontade de seus clientes.

Para Watanabe, na esfera extrajudicial, ainda há muito o que fazer em termos de organização e oferecimento de serviços de solução adequada, mas as partes e seus advogados agora têm uma variedade crescente de recursos e um número crescente de organizações e entidades independentes especializadas em oferecer serviços de terceiros em uma ampla gama de modalidades de mediação.¹¹⁶

Nesse ambiente favorável, podemos identificar uma série de possibilidades e oportunidades para advogados interessados em se especializar na mediação de disputas empresariais.

¹¹⁴ CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil. Disponível em: www.camarb.com.br. Acesso em 10 out. 2019.

¹¹⁵ RENNÓ, Leandro. Empresas descobrem a mediação para trazer celeridade e menores custos na resolução de conflitos. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17.MI252040.51045-Empresas+descobrem+a+mediacao+para+trazer+celeridade+e+menores+custos>. Acesso em 18 set. 2019.

¹¹⁶ WATANABE, Kazuo. Depoimento. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 22-29, abr./maio, 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf Acesso em 19 ago. 2019, p. 27.

Em primeiro lugar, é preciso ter a consciência de que a confiança é parte essencial de todos os relacionamentos humanos e é a estrutura fundamental para a relação entre advogados e seus clientes, não só na mediação, como também no trabalho daqueles que defendem mais confiança e cooperação na prática do Direito em geral. Todavia, levando em consideração a opinião pública negativa da profissão do advogado, é muito importante que se conquiste a confiança do cliente, especialmente em procedimentos de mediação. A confiança pressupõe autonomia e implica numa reciprocidade de obrigações e de comportamentos éticos, que garantem que as vulnerabilidades não serão exploradas. Nesse sentido, os advogados têm uma excelente oportunidade para agirem com solidariedade social na conquista da confiança necessária ao sucesso da mediação.¹¹⁷

Outra oportunidade para o advogado é investir em material de apoio disponível para preparar os clientes ao processo da mediação. Há uma variedade de publicações e vídeos de excelente qualidade sobre mediação, como por exemplo, “Resolução através da mediação: resolvendo um problema de negócio internacional complexo”¹¹⁸, que ensaia as razões para se envolver na mediação, fazendo uma demonstração de todo o processo. Cada vez mais a literatura sobre resolução de disputas envolvendo empresas relata regularmente casos difíceis e complexos resolvidos com sucesso através da mediação.

A inserção de cláusula escalonada nos contratos é uma ótima oportunidade para que as partes se comprometam, no início do relacionamento, a esgotarem as chances de resolver extrajudicialmente futuras disputas. Também chamada de cláusula med-arb ou sequencial, prevê que, havendo conflito contratual, as partes irão tentar primeiro a negociação direta. Não havendo acordo, na sequência, será utilizada a mediação. Por fim, não tendo sido alcançada a solução, a disputa será encaminhada à arbitragem. Dessa forma, o conflito tende a ser resolvido da melhor forma possível, em termos de custos, prazos e relacionamentos, pois pressupõe o cumprimento da etapa prévia consensual antes de seguir para a etapa arbitral.¹¹⁹ Pachikoski ressalta, todavia, que se deve tomar as devidas precauções para que a cláusula seja eficiente, sendo necessário definir com cuidado e de forma minuciosa todos os passos dos

¹¹⁷ NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. *Notre Dame Law Review*, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998, p. 1383-84.

¹¹⁸ RESOLUTION THROUGH MEDIATION: solving a complex international business problem. 2006. 1 vídeo (40:26 min). Publicado por International Trademark Association (INTA) and the International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xTbj-eHwX-w&t=5s>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹¹⁹ PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A Cláusula Escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). *Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 291.

procedimentos para não gerar dúvidas e permitir tentativas protelatórias de uma parte resistente ou de má-fé.¹²⁰

Ademais, a experiência de Bennett, citada a seguir, mostra que a cláusula escalonada pode gerar disputas sobre quando uma etapa específica foi concluída, atrasando o processo. Então, Bennett sugere a inserção de uma cláusula de sujeição à mediação nos contratos, sem a exigência de se seguir as etapas da cláusula escalonada. Sugere que referida cláusula de sujeição seja incorporada em várias formas de contratos comerciais, incluindo definições que podem ser úteis às empresas. Apresenta o seguinte exemplo de redação: “Todas as controvérsias ou desacordos que possam surgir entre as partes, decorrentes ou relacionadas a esse contrato, ou qualquer suposta violação do mesmo, se não forem resolvidas pela negociação, estarão sujeitas à mediação (...).”¹²¹ A título de ilustração, no exemplo citado, ficou estabelecido sete dias de prazo para solicitar nomeação do mediador do acordo com as regras da *American Arbitration Association (AAA)*¹²² e quarenta e cinco dias para que ocorra todo o procedimento de mediação.

Bennett esclarece ainda que, sob os termos da cláusula de mediação, não há uma obrigação das partes participarem da mediação, a menos que uma delas solicite. Também não é imperativo o uso do processo de mediação como indicado na cláusula ou como definido nas regras de alguma empresa contratada para conduzir a mediação. Essa flexibilidade é uma importante oportunidade para sensibilizar as partes de que o uso da mediação não trará riscos e consequências que elas não estejam realmente dispostas a correr.¹²³

A possibilidade de compartilhamento de taxas e custos representa um reforço à participação das partes de boa fé na mediação. Em disputas comerciais, a capacidade de compartilhar as taxas e os custos da mediação raramente é um problema significativo, mas pode ser utilizada como argumento para aumentar o interesse pelo uso desse mecanismo.¹²⁴

¹²⁰ PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A Cláusula Escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 292.

¹²¹ Tradução livre: “All disputes, controversies or disagreements that may arise between the parties, arising out of or related to this agreement, or any alleged breach thereof, if not resolved by negotiation, shall be subject to mediation (...).” Extraído de: BENNETT, Steven C..Constructing a Mediation System for Business Dispute Resolution (with Sample Provision), **The Practical Lawyer**, v. 63, p. 45-48, June 2017, p. 45.

¹²² AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION – AAA: é um dos maiores serviços de mediação estabelecidos nos EUA, com uma extensa lista de mediadores para escolher. Porém, existem muitas outras organizações patrocinadoras de ADR.

¹²³ BENNETT, Steven C..Constructing a Mediation System for Business Dispute Resolution (with Sample Provision), **The Practical Lawyer**, v. 63, p. 45-48, June 2017, p. 47.

¹²⁴ *Ibidem*.

A confidencialidade exigida no processo de mediação é uma oportunidade a ser explorada no sentido de eliminar o medo das partes de que suas declarações possam ser usadas contra elas, não havendo a conclusão do acordo. Assim, as partes podem se sentir à vontade para expressar suas opiniões, cientes de que as discussões sobre o acordo não poderão ser usadas em procedimentos subsequentes.¹²⁵

Acrescenta-se mais algumas possibilidades para os advogados melhorarem a sua atuação nos processos de mediação relacionadas a preparação dos materiais, a conquista da confiança, ponderação entre as posições das partes, participação e autonomia das partes, formalização do acordo e planejamento da etapa processual.

A preparação cuidadosa dos materiais para apresentar à outra parte, incluindo vídeos com depoimentos de testemunhas, pode ser um importante fator de convencimento e sensibilização dos envolvidos na disputa. Aqui a ideia é não economizar em boas ferramentas de convencimento e negociação.¹²⁶

As partes adversas frequentemente chegam a uma mediação com muita desconfiança do advogado oponente, portanto, ao longo das sessões o advogado e o cliente devem mostrar respeito, empatia, desculpas, tolerância e simpatia, evitando assuntos que inflamem as discussões antes do ambiente negocial estar preparado para discutir os assuntos mais polêmicos. Então, os advogados e seus clientes precisam estar preparados para conquistar a confiança da outra parte e o advogado deve orientar e preparar o seu cliente para que ele seja o protagonista das sessões.¹²⁷

Os advogados e as partes devem manter a ponderação entre as posições de ambos os lados no decorrer de todo o processo. A narração de cada fato deve contemplar esse objetivo. Todavia, após algumas horas de mediação, assim que todos entenderem todas as questões, é importante abrir um espaço para que os prepostos das empresas sozinhos negociem por conta própria, sem conselhos de qualquer pessoa. A porcentagem de acordos orais é bem elevada, mesmo que depois haja necessidade de retomar alguns detalhes que foram ignorados, mas geralmente esses retoques não derrubam o acordo oral.¹²⁸

Não perder a oportunidade de assinar o acordo antes de encerrar a mediação é outra dica importante apontada por Arnold. A menos que as partes tenham fortes razões para fazer mais

¹²⁵ BENNETT, Steven C. Constructing a Mediation System for Business Dispute Resolution (with Sample Provision), *The Practical Lawyer*, v. 63, p. 45-48, June 2017, p. 47.

¹²⁶ COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001, p. 159.

¹²⁷ ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. *Practical Litigator*, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997, p. 84.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 90.

uma avaliação do negócio, ter um documento escrito, assinado e aplicável ao contrato evita que novas ideias possam surgir para impedir a finalização do acordo como discutido antes das partes voltarem para as suas “casas”.¹²⁹

É dito que o processo de negociação na mediação leva menos tempo do que as disputas nos Tribunais, mas é preciso considerar que ele também leva tempo, pois só o tempo faz com que as pessoas possam mudar de ideia para chegar a um outro entendimento e posicionamento. As qualidades de uma boa participação na mediação são a paciência e a perseverança.¹³⁰

Muitos advogados estão acostumados a ter sempre uma “carta na manga” para fazer uma surpresa no julgamento dos Tribunais. Todavia, na mediação, quase sempre, tal sigilo é equivocado e é um obstáculo à resolução da disputa. Planejar o momento adequado de utilizar a “carta na manga” poderá ser fundamental para cobrir uma lacuna e obter a composição da solução almejada.¹³¹

Para concluir essa seção, ressalta-se que a mediação permite que o advogado funcione ao mesmo tempo como consultor jurídico e como assessor negocial do processo de resolução da disputa. O advogado não atua apenas no interesse material do cliente, mas também orientado para outras questões subjacentes importantes para o fechamento do acordo negociado. Nesse aspecto, será de fundamental importância que ele busque uma capacitação com os modernos métodos de negociação desenvolvidos para processos colaborativos, que podem ser exemplificados pelo Método Cooperativo de Harvard e o *Collaborative Law*, descritos anteriormente no tópico 2.4.2 – O papel do advogado assessor da empresa.

¹²⁹ ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. **Practical Litigator**, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997, p. 91.

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ *Ibidem*.

5 CONCLUSÃO

De um modo geral, a mediação tem evoluído no Brasil com apoio do sistema judiciário e demais instituições a ele correlacionadas, como as Universidades e a Ordem dos Advogados do Brasil.

A mediação empresarial mostra-se muito atraente aos olhos de empresários e executivos de negócios, pois as vantagens em relação aos litígios tradicionais parecem superar às limitações. Todavia, para ser implementada exigirá autodeterminação das empresas, que poderão ser auxiliadas por seus advogados para quebrar uma possível resistência inicial, natural frente ao novo, que precisará ser conhecido e conquistado.

As empresas dependem da preservação dos relacionamentos comerciais para sobreviverem e alguns autores pontuam que a mediação se mostra vantajosa nesse sentido em relações aos métodos mais tradicionais. Nesse universo empresarial, a magnitude financeira dos negócios possibilita o acesso a excelentes instituições de mediação, com mediadores bem preparados para atender as necessidades específicas de cada caso. Além disso, os advogados também costumam possuir uma habilidade negocial apurada, criando todas as condições para que a mediação se desenvolva e seja mais um caminho possível para se alcançar a solução adequada ou um caminho adequado para se alcançar a solução possível.¹³²

Quanto ao enfoque do processo de mediação, temos a mediação transformativa, facilitativa e avaliativa. A primeira tem por objetivo identificar o próprio interesse e reconhecer o interesse do outro, a segunda prioriza a facilitação do diálogo entre ser atendido e atender e a terceira oferece um olhar técnico sobre a questão, tendo aplicação especial para as questões contratuais. Assim, nesses enfoques, existem modelos mais direcionados à solução material do caso e outros mais focados na relação entre as partes, mas todos eles têm em comum a necessidade de se estabelecer uma negociação voltada a atender aos dois lados da disputa.

Em relação a posição dos advogados, a partir da análise dos dados da pesquisa de opinião, realizada nos meses de setembro e outubro de 2019, com advogados que atuam no direito empresarial em Porto Alegre, São Paulo e Rio de Janeiro, podemos discutir várias questões relacionadas a participação desses profissionais no uso da mediação nas disputas entre empresas. De um modo geral, a maioria dos entrevistados já teve alguma experiência com o

¹³² ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados**, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4394573/mod_resource/content/1/01-Paulo%20Eduardo%20Alves%20da%20Silva-2%C2%AA%20Ed.pdf. Acesso em 24 nov. 2019.

uso a mediação, mas não com muita frequência, e acredita ser apropriado usá-la em disputas envolvendo negócios entre empresas. Em relação a satisfação com os processos mediados há uma divisão de opiniões entre os advogados, pois uma parte tendeu à satisfação e outra à insatisfação. Em comparação com os processos judiciais, a grande maioria dos entrevistados acredita que não seria afetada pela mediação na sua remuneração e progressão de carreira e que esse método reduziria o tempo e os custos dos processos. Todavia, nas mesmas condições de tempo e custos processuais, os advogados estão divididos em suas preferências, com uma parte preferindo os Tribunais e a outra parte a autocomposição. No que se refere à preservação dos relacionamentos comerciais e à percepção da preferência dos executivos das empresas, a maioria acredita que a mediação leva vantagem na comparação com o judiciário. Os advogados acreditam que a mediação exige conhecimento especializado e complexo e estão divididos em relação a possuírem as habilidades e a formação necessária para atuarem com a mediação e para propô-la no momento adequado. Por fim, na busca pelo processo adequado de solução de disputas, os entrevistados reconhecem que juntamente com as empresas são as partes interessadas mais resistentes a mudanças.

O estudo sugere que a experiência contínua das partes e de seus advogados com mediação, pode ser uma estratégia bem-sucedida na promoção do seu uso. O moderno advogado de resolução de disputas precisa ampliar a sua atuação para além da representação tradicional, entregando estratégias de negociação associadas a comportamentos colaborativos, agregando conhecimentos em outras áreas das ciências econômicas e sociais. O desafio do advogado é transferir o protagonismo da disputa para o seu cliente, de modo a prepará-lo para a negociação, identificando os pontos fortes e fracos, bem como as ameaças e as oportunidades oferecidas pela disputa.

Além disso, os indivíduos podem ser ambivalentes, acreditando na mediação em teoria, mas sendo relutantes no seu uso na prática, porque é inegável que a possibilidade de se sair vencedor de uma disputa é muito atraente, mesmo correndo-se o risco de “perder” por abrir mão do controle do resultado. Por isso, quanto mais experiências práticas de mediação com resultados positivos houverem, maior será a difusão desse mecanismo no meio empresarial.

Certamente, apenas acreditar na mediação não é suficiente para aumentar o seu uso. Na mediação contratual, entre aqueles que decidem o que fazer, pode haver muitas dúvidas, desde a desconfiança quanto a sua efetividade, passando pelos interesses conflitantes, que podem despertar a raiva em relação a outra parte, além da possível preocupação de alguns advogados com as suas remunerações e progresso nas carreiras. Esses fatores precisam ser enfrentados e

superados para a implementação de um processo de mediação. Nesse sentido, contar com apoio de profissionais qualificados, tanto de mediadores quanto de advogados assessores, pode fazer toda a diferença para que o sucesso de um acordo seja alcançado.

Acreditando que a mediação chegou para ficar e que a colaboração traz resultados positivos, as empresas e seus consultores jurídicos têm uma excelente oportunidade para aproveitar as habilidades que já possuem e agregar novas perspectivas para projetar soluções inovadoras. A forma de como promover a resolução de disputas comerciais merece um esforço significativo de todos os envolvidos, pois é possível construir um processo customizado, que melhor atenda às necessidades dos negócios de cada empresa.

Tradicionalmente, as empresas procuram advogados porque precisam, pois o acesso ao sistema jurídico não está disponível de outra forma. Assim, a mediação poderia ser um fator de preocupação para a carreira jurídica, porque através dela os clientes podem agir por conta própria. Por outro lado, para que os interesses das partes sejam atendidos no processo de mediação é necessário que haja uma preparação intensa, que é muito compatível com o papel do advogado descrito nesse estudo, englobando, além do conhecimento jurídico do caso, o desafio estratégico de criar as condições de um acordo negociado. Assim, o investimento na qualificação acertada e oportuna dos advogados pode mitigar e até eliminar a referida preocupação.

Não resta dúvida, o sucesso do aconselhamento sobre mediação depende da qualificação do advogado, da sua capacidade de ajudar os clientes a alcançarem a autodeterminação. Porém, cabe a ressalva de que de nada adianta autodeterminação se as escolhas forem erradas, ou seja, continuarem preservando a cultura beligerante. Assim, no “dar” e “receber” da negociação, há necessidade de orientação dos advogados para que as escolhas sejam adequadas às soluções possíveis, que devem levar em conta os interesses de todos os envolvidos, incluindo os da outra parte.

Nesse sentido, as Universidades Brasileiras têm muito a contribuir, acrescentando ao currículo da Faculdade de Direito disciplinas que tratem das soluções autocompositivas de disputas. Isso pode ser um primeiro passo para mudar gradativamente a cultura adversarial predominante até agora no exercício da advocacia. Assim, finaliza-se o trabalho com a frase de John Fischer, que ilustra bem o que se pode esperar para o futuro da mediação: “Nossa expectativa é que uma nova geração de advogados, que tenham crescido em uma cultura de

compartilhamento de informações abrace tal abordagem e que a resolução de disputas se torne mais eficaz, flexível, rápida e justa.”¹³³

¹³³ Tradução livre: “Our expectation is that a new generation of lawyers who have grown up in an information sharing culture will embrace such an approach and that dispute resolution will become more cost effective, flexible, faster and fairer.” Extraída dos relatórios da Série GPC 2016-2017, promovidos pelo IMI - International Mediation Institute, p. 18. Disponível em: <https://www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/>. Acesso em 22 ago. 2019.

REFERÊNCIAS

ACLAND, Andrew Floyer. **Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones**. Barcelona: Paidós Iberica Ediciones SA, 1993.

ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**, 2008. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>. Acesso em 05 set. 2019.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. **Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados**, 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4394573/mod_resource/content/1/01-Paulo%20Eduardo%20Alves%20da%20Silva-2%C2%AA%20Ed.pdf. Acesso em 24 nov. 2019.

ARNOLD, Tom. Twenty-One Common Mediation Errors, and How to Avoid Them. **Practical Litigator**, v. 8, n. 4, p. 79-93, July 1997.

BENNETT, Steven C..Constructing a Mediation System for Business Dispute Resolution (with Sample Provision), **The Practical Lawyer**, v. 63, p. 45-48, June 2017.

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 10 abr.2019.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 dez. 2019.

CABRAL, Antonio do Passo; DA CUNHA, Leonardo C.. Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, **Revista de Processo**, v. 259, set. 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.259.18.PDF> Acesso em 13 set. 2019.

CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil. Disponível em: www.camarb.com.br. Acesso em 10 out. 2019.

CHAER, Galdino; DINIZ, Rafael Rosa Pereira; RIBEIRO, Elisa Antônia. **A técnica do questionário na pesquisa educacional**, 2011. Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/maio2013/sociologia_artigos/pesquisa_social.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 11 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE. **Normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais**. Resolução n. 510, de 7 de abril de 2016. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2016/res0510_07_04_2016.html. Acesso em: 12 ago. 2019.

CUSTIN, Richard E. The Importance of Mediation and Peacemaking in Law and Business, **Law Teacher**, vol. 22, no. 1, Fall 2015, p. 2-6.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação**. Tradução René Loncan. Brasília: UnB, 2001.

ECHEVESTE, Márcia. **Capacitação: Pesquisa Quantitativa**, 2017. Disponível em: http://www.ufrgs.br/sai/dados-resultados/SemanadeAvaliacao_PesquisaQuantitativa_Echeveste_2017_A.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

EHRMAN, Kenneth A. Why Business Lawyers Should Use Mediation, **ABA Journal**, v. 75, p. 73-74, June 1989.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**, 2016. Disponível em: <http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>. Acesso em 10 set. 2019.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; JÚNIOR, Marcos Julio Olivé Malhadas. **Mediação e Solução de Conflitos: Teoria e Prática**, 1. ed., São Paulo: Atlas, 2008.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de resolução alternativa de litígios**. Coimbra: Almedina, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). **Mediação e gerenciamento do processo – revolução na prestação jurisdicional**, São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil, 2015. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>. Acesso em: 24 nov. 2019.

INTERNATIONAL MEDIATION INSTITUTE – IME. Iniciativa sem fins lucrativos, de interesse público, criada para a prática global da mediação. Disponível em: www.imimmediation.org. Acesso em 22 ago. 2019.

KEATING Jr, J. Michael. Getting Reluctant Parties to Mediate - A Guide for Advocates, **CPK Institute For Dispute Resolution**, v. 13, n. 1, p. 9-12, Jan 1995.

LANDE, John. Getting the Faith: Why Business Lawyers and Executives Believe in Mediation, **Harvard Negotiation Law Review**, v. 5, p. 137-232, 2000.

LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação empresarial, **Revista dos Tribunais**, ed. 2018. Disponível em:

<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/150061681/v1>. Acesso em 12 ago. 2019. E-Book.

LEITE, Gisele; PEREIRA, Edivaldo. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56353/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em 15 set. 2019.

LISNEK, Paul M. Mediation: Untangling Business Disputes through ADR, **Commercial Law Bulletin**, v. 8, n. 4, p. 12-19, July/Aug. 1993.

MAIA NETO, Francisco. O papel do advogado na Mediação. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. São Paulo: Atlas, 2017.

MARKUS, Richard M. Fundamental Misconceptions about Mediation Advocacy. **Cleveland State Law Review**, v. 47, n. 1, p. 1-10, 1999.

MASUCCI, Deborah. Access to Justice - The Road Ahead: What Is the Role of the Lawyer/Advisor and Education, **Fordham International Law Journal**, v. 40, n. 3, p. 973-980, April 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Prefácio. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, abr./maio 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf. Acesso em 15 ago. 2019.

MNOOKIN, Roberto. PEPPE, Scott R. TULUMELLO, Andrew. **Mais que vencer: negociando para criar valor em negócios e disputas**. Trad.: Mauro Gama. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Lawyers, Clients, and Mediation. **Notre Dame Law Review**, v. 73, n. 5, p. 1369-1390, 1998.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB**. Resolução n. 02, de 19 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Resolucao-OAB-2-2015.htm>. Acesso em 15 set. 2019.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A Cláusula Escalonada. *In*: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luís Felipe (coordenadores). **Arbitragem e Mediação: A Reforma da Legislação Brasileira**. São Paulo: Atlas, 2017.

PETSCHKE, Markus. Mediation as the Preferred Method to Solve International Business Disputes: A Look into the Future, **International Business Law Journal**, v. 2013, n. 4, p. 252-266, 2013.

RENNÓ, Leandro. Empresas descobrem a mediação para trazer celeridade e menores custos na resolução de conflitos. **Migalhas**, 2017. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI252040,51045-Empresas+descobrem+a+mediacao+para+trazer+celeridade+e+menores+custos> Acesso em 18 set. 2019.

RESOLUTION THROUGH MEDIATION: solving a complex international business problem. 2006. 1 vídeo (40:26 min). Publicado por International Trademark Association (INTA) and the International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xTbj-eHwX-w&t=5s>. Acesso em: 10 ago. 2019.

RISKIN, Leonard L. "Mediation and Lawyers." **Ohio State Law Journal**, v. 43, n. 1, p. 29-60, 1982.

SADEK, Maria Tereza Aina. Direitos e sua concretização: judicialização e meios extrajudiciais. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 40-49, abr./maio, 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf Acesso em 8 ago. 2019.

SALES, Lilia Maria de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3.ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: GZ, 2010.

SUARES, M. **Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev. atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Mediação em Conflitos Contratuais, **Migalhas Contratuais**, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/MigalhasContratuais/136,MI309555,51045-Mediacao+em+conflitos+contratuais>. Acesso em 16 ago. 2019.

TARTUCE, Fernanda; MARCATO, Ana Cândida. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários, **Revista de Processo**, v. 279, p. 513-527, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WALDE, Thomas W. Proactive Mediation of International Business and Investment Disputes Involving Long-Term Contracts: From Zero-Sum Litigation to Efficient Dispute Management. **Business Law International**, v.5, n. 1, p. 99-109, Jan 2004.

WATANABE, Kazuo. Depoimento. **Caderno FGV Projetos**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 30, p. 22-29, abr./maio, 2017. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflictos_0.pdf. Acesso em 19 ago. 2019.

ANEXO A – QUESTIONÁRIO DA PESQUISA

PESQUISA SOBRE MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

UFRGS - Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito

AUTORIZAÇÃO

Autorizo o uso dos dados e informações fornecidos por mim a essa pesquisa de Karim Madalena Hans, vinculada ao Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da professora Simone Tassinari Cardoso.

Declaro estar ciente que tais informações poderão ser utilizadas no referido trabalho, que faz parte do grupo de pesquisa em Família, Sucessões e Mediação da UFRGS, credenciado junto ao CNPq, assim como em artigos e quaisquer outras publicações de autoria dessa pesquisadora.

CONCORDO

CONCEITUAÇÃO

MEDIAÇÃO: método autocompositivo e voluntário das partes, que são auxiliadas por um terceiro mediador, geralmente com treinamento especial, neutro, facilitador da comunicação, que não julga, mas utiliza técnicas para que as partes sejam estimuladas a trazer soluções criativas para negociar um acordo mutuamente benéfico.

ARBITRAGEM: método adversarial de resolução de conflito, alternativo ao judiciário, onde há delegação de jurisdição, pois as partes com base em sua vontade transferem a jurisdição à terceiros, árbitros imparciais e independentes, nos termos da Lei 9307/96, que irão julgar e decidir a questão.

OBJETIVO DA PESQUISA

Avaliar a opinião dos advogados de direito empresarial sobre o uso da mediação para resolução de disputas entre empresas.

1. Nome (Opcional):

2. Com que frequência você acredita ser apropriado usar a mediação nas disputas envolvendo empresas?

1 2 3 4 5
 Nunca Sempre

3. Você já teve alguma experiência pessoal com mediação entre empresas?

- NÃO (Se essa for a sua resposta, pule para a pergunta 8)
 SIM (Se essa for a sua resposta, responda todas as próximas perguntas)

4. A sua experiência com mediação foi satisfatória?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

5. Você tem proposto com mais frequência a utilização da mediação em seus casos ao longo do tempo?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

6. Você já teve mais de 10 experiências pessoais com mediação?

SIM

NÃO

7. Com que frequência a sua satisfação com os casos de mediação, dos quais participou, é maior do que com os processos judiciais?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

8. Você acredita que o aumento do uso da mediação afetaria negativamente a sua remuneração individual?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

9. Você acredita que o aumento do uso da mediação reduziria as suas oportunidades de avanço profissional?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

10. Considerando o tempo que as ações judiciais levam na prática, na sua opinião, com que frequência os processos, nos quais a mediação é usada, são resolvidos dentro de um tempo adequado?

	1	2	3	4	5	
Nunca	<input type="radio"/>	Sempre				

17. Você acredita que os advogados de negócios possuam suficiente formação e habilidades negociais úteis à prática da mediação empresarial?

	1	2	3	4	5	
Insuficiente	<input type="radio"/>	Suficiente				

18. Na sua opinião, entre os "stakeholders" abaixo, quais são, provavelmente, os mais resistentes a mudanças nas práticas empresariais de resolução de disputas?

- As partes (empresas)
- Advogados assessores externos (da empresa)
- Advogados assessores internos (da empresa)
- Representantes da Justiça (Ministros e Juizes)
- Mediadores Judiciais
- Mediadores Extrajudiciais
- Ordem dos Advogados do Brasil
- Outros

Muito Obrigada!
