



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

Nathália Maria de Araújo Silva

**O USO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS
EMPRESARIAIS: POSSIBILIDADES E DESAFIOS.**

Brasília – DF
2019



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

Nathália Maria de Araújo Silva

**O USO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS
EMPRESARIAIS: POSSIBILIDADES E DESAFIOS.**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à banca examinadora como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Ângelo Gamba

Brasília – DF
2019



**Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito**

Nathália Maria de Araújo Silva

**O USO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS
EMPRESARIAIS: POSSIBILIDADES E DESAFIOS.**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e aprovada pela banca examinadora composta por:

Angelo Gamba Prata de Carvalho
Professor Orientador

Daniela Marques de Moraes
Professora, doutora e membra da banca avaliadora

Tainá Aguiar Junquilha
Professora, mestre e membra da banca avaliadora

Brasília – DF, 26 de junho de 2019

Dedico este trabalho a todos aqueles que me antecederam na caminhada da resolução autocompositiva de conflitos e àqueles que seguem construindo os horizontes da mediação no Brasil.

AGRADECIMENTOS

“Eu só sou possível porque outros aceitaram ser comigo”.

Pe Fábio de Melo

Optei por iniciar os meus agradecimentos com essa frase marcante, pela certeza que tenho de que todos nós somos quem somos pela força de nossos referenciais.

Agradeço, primeiramente a Deus e à Mãe Maria, por abundarem a minha caminhada de amor, amparo e luz. Ao Cristo Jesus, por exemplificar com Sua própria vida a pacificação social. À Espiritualidade amiga, por sempre me sustentar nos momentos desafiadores da jornada.

Agradeço aos meus avós pela presença e influência significativa nos meus passos, mesmo com um convívio limitado pela distância entre dois Estados.

À minha avó paterna, Janice Azevedo, pelo seu exemplo de bondade e ternura diante das intempéries da vida. Com ela, aprendi que aquilo que fazemos com dedicação e amor não só gera frutos, mas nos conduz ao nosso lugar ao Sol.

Ao meu avô paterno, Manuel Araújo, por ser um dos maiores exemplos de jurista da minha história. Agradeço-o pela força de sua humanidade, que refletia, com transparência, o conceito de Pontes de Miranda: o Direito que servia à vida. Agradeço-o pela vida de milhares de crianças e jovens que ele transformou no Juizado de Menores. Com ele, aprendi o verdadeiro sentido de entrega à Justiça.

Aos meus avós maternos (*in memoriam*).

Aos meus pais, por tudo que são e representam para mim, não só enquanto filha, mas enquanto ser humano.

À minha mãe, Maria de Lourdes, por ser o maior exemplo de empatia que tenho em minha vida, por ser sempre pioneira na luta das causas tidas por tantos como perdidas e por ressignificar, diariamente, a vida de milhares de jovens autores de atos infracionais por meio da educação.

Ao meu pai, Alexandre, pelo maior exemplo de homem, ser humano e profissional da minha história. Meu principal apoiador e a minha principal referência dentro do Direito. Sua vida me ensinou a sempre lutar pelo que era justo, a olhar para as

peças com profundidade e respeito e a enxergar, dentre tantas opções fáceis e superficiais, a melhor alternativa hábil a transformar o conflito em uma oportunidade de crescimento para os envolvidos. Hoje, tenho o privilégio de vê-lo coordenar o Centro Judiciário de Solução de Conflitos do foro trabalhista de Taguatinga.

Ao meu irmão, Carlos Alberto, pela parceria e pela confiança inabalável no meu potencial.

À minha segunda mãe, Maria Helena de Souza, minha Leninha, por todo o apoio e cuidado ao longo de todos esses anos, por sempre acreditar em mim e torcer pela minha felicidade.

À minha querida Tia Fátima (*in memoriam*), que, com certeza, segue acompanhando cada uma das minhas vitórias.

À minha irmã, Ludmilla, pela nossa sinergia de alma e pelo referencial de grande mulher que sempre foi e sempre será para mim. Gratidão pelo constante apoio e por não só me ensinar tanto sobre persistência e autoconfiança, mas por exemplificar esses conselhos na sua própria jornada. Gratidão por me permitir crescer vendo o seu constante crescimento em busca do que você ama. Gratidão por ser a minha osteopata favorita.

Ao meu companheiro de vida, Victor, por todo amor, por toda luz e por tanta beleza que traz ao meu caminho. Por me ensinar que é sempre tempo para sonhar e lutar pelo nosso lugar no mundo. Gratidão por tudo que você é e significa pra mim.

A todos as pessoas queridas que iluminam e dividem comigo a minha caminhada, sendo partícipes do meu amadurecimento enquanto ser humano, em especial: Mariana Cota, Klesia Matias, Isis Bernardes, Michelle Souza, Vicente Carneiro, Ayra e Isis, Marcela Maia, Rafaella Spach, Julieta Bahia, Renata Costa, Maria Fernanda de Oliveira, Nathália Alves Martins, Zakia Ismail, Priscilla Almeida, Guilherme Costa, Mauro Gleisson. Aos grandes profissionais que impactaram, de maneira significativa, a minha caminhada no meio jurídico: Celestino Chupel e Antônio Carlos Cintra, Diego Fernandes, Jussara Oliveira, Thiago Dayrell e aos servidores do 8º Ofício Superior Cível da Defensoria Pública da União, Walter e Ismar.

Em especial, minhas deferências àqueles que me antecederam na caminhada da resolução alternativa de conflitos, a quem dedico toda a minha admiração por terem sido grande inspiração para a construção deste trabalho. Em especial: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, André Gomma, Tânia Almeida, Ana Luiza Isoldi, Diego Faleck,

Adolfo Braga, Henri Krause, Camile Souza Costa, Daniele Cardia, Vladimir da Matta, Juan Carlos Vezzulla, William Ury, Bruce Patton e Roger Fischer.

Agradeço pelo privilégio de ter conquistado o sonho de estudar na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Essa instituição me transformou dos pés à cabeça, ampliou as minhas visões de mundo e me colocou diante de realidades que eu desconhecia. Os contatos com a pesquisa e com a extensão, particularmente no Projeto Veredicto, não só me impulsionaram a impactar a realidade dos outros, mas impactaram profundamente a minha. A minha gratidão é imensa por me perceber um ser humano melhor após cinco anos de convivência com outros estudantes, terceirizados, servidores e professores.

Agradeço aos amigos que fiz nesses cinco anos de graduação, com quem compartilhei momentos inesquecíveis: Emilly Almeida, Lohanna Santiago, Mariana Gonçalves, Marcelo Lanna, Rodrigo Faria, George Margalho, Antônio Rafael, Cassiano Santana, Matheus Martins, Ana Lia Bandeira de Souza, Fernanda Martins, Ana Flávia Cardoso, Giovanna Praça, Ana Mattos, Marcella Guimarães, Mariana Dorta, Marina Faraco e Leiliane Motta.

Aos professores maravilhosos que encontrei nessa instituição e que tanto colaboraram na edificação da jurista que eu tanto almejei em ser: Gabriela Godinho, Ana Paula Villasboas, Mamede Said, Ricardo Fernandes, Amanda Athayde, Thiago Sombra, Alexandre Costa.

Ao meu querido orientador, Ângelo Gamba, por ter me acolhido tão bem quando eu mais precisei. Gratidão pela força do seu referencial, que ficou clara para mim após as inúmeras indicações que recebi para te contatar para me orientar na conclusão desse trabalho. Gratidão pelo empenho, por cada apontamento de melhoria feito, pelo tempo dedicado a mim nas reuniões e por não medir esforços para tentar me entender e me deixar conduzir a pesquisa com o meu olhar, ainda que sob sua supervisão. Gratidão, acima de tudo, por acreditar e por ter pontuado, na nossa primeira reunião, que esse trabalho traria contribuições importantes ao meio acadêmico.

Em especial, agradeço às professoras Daniela Moraes e Tainá Aguiar, pelo privilégio de tê-las na banca avaliadora deste trabalho de conclusão de curso, simbolizando a grandiosa força dos referenciais femininos que tanto me impactaram durante toda a minha graduação. Tenho certeza a troca de conhecimento com juristas

exemplares como vocês me engrandecerá muito em todos os aspectos. A vocês, toda a minha admiração!

*“Nada neste mundo é tão poderoso como
uma ideia cujo tempo chegou”.*
Victor Hugo.

RESUMO

O presente trabalho visa elucidar, em um primeiro momento, qual a aplicabilidade da mediação enquanto método autocompositivo de resolução de disputas no âmbito empresarial, valendo-se, para tanto, da compreensão de como se deu a introdução do sistema multiportas no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da ampliação do conceito de acesso à justiça e de como as peculiaridades das disputas empresariais conduziram à quebra do paradigma litigioso para a resolução de conflitos. A partir disso, busca-se analisar como a autocomposição se consolidou, nesse contexto, como uma opção para assegurar a eficiência da prestação jurisdicional às empresas, em uma perspectiva geral. Ademais, a tese detalha o que é o instituto da mediação, evidenciando suas características, seus princípios e seu procedimento, bem como a sua regulamentação no contexto brasileiro, a fim de analisar, por fim, quais as habilidades exigidas do mediador para a atuação na área, quais as vantagens do uso da mediação em conflitos empresariais e quais os desafios enfrentados pelo instituto para se viabilizar enquanto método de resolução de disputas autônomo no Brasil.

Palavras-chaves: mediação empresarial; direito comercial; autocomposição; sistema multiportas;

ABSTRACT

This paper aims to clarify, at first, the applicability of mediation as an autocompositive method of resolving disputes in business, using, therefore, the understanding of how the introduction of the multiport system in the Brazilian legal system was given, from the extension of the concept of access to justice and from the peculiarities of business disputes, led to the breakdown of the litigious paradigm for the resolution of conflicts and helped self-composition to grow, in this context, as an option to ensure the efficiency of the jurisdictional provision to the companies. In addition, the thesis details what the mediation institute is, showing its characteristics, its principles and its procedure, as well as its regulation in the Brazilian context, in order to analyze, finally, what the mediator's skills required to perform in the area, what are the advantages of the use of mediation in business conflicts, and what are the challenges faced by the institute to become feasible as an autonomous dispute resolution method in Brazil.

Keywords: business mediation; business law; multiport system;

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 01 – Distribuição das empresas de pequeno porte por participação de parentes na empresa – página 72.

Figura 02 – Número de parentes nas empresas de pequeno porte dos setores de indústria e de comércio – página 72.

Figura 03 - Número de parentes nas empresas de pequeno porte dos setores de serviços e de construção – página 73.

Figura 04 – Tipo jurídico das empresas de controle familiar entrevistadas pelo IBGC – página 73.

Figura 05 – Empresas de controle familiar e sua atuação nos principais setores de atividades do mercado – página 74.

Figura 06 – Índices de crescimento do percentual de sentenças homologatórias de acordo proferidas em cada fase processual – página 84.

Figura 07 – Fluxograma das etapas do processo de mediação – página 94.

LISTA DE QUADROS

Quadro 01 – Quadro comparativo dos custos de litigância para as empresas em 2012 e em 2014 – páginas 82 e 83.

Quadro 02 – Custos das empresas para litigar judicialmente no ano de 2014 de acordo com o porte – páginas 83.

Quadro 03 – Descrição das etapas do processo de mediação e seus objetivos – páginas 94 a 96.

LISTA DE ABREVIATURAS

SIGLA	SIGNIFICADO
AAA	American Arbitration Association
ABF	Associação Brasileira de Franquias
ABPI	Associação Brasileira da Propriedade Intelectual
BNDES	Banco de Desenvolvimento Econômico e Social
BNDESPar	Banco de Desenvolvimento Econômico e Social Participações SA
BRF	Brasil Foods
CAM	Câmara de Arbitragem e Mediação
CCBC	Centro de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CDC	Companhia Brasileira de Distribuição
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CF	Constituição Federal Brasileira
CIESP	Centro das Indústrias do Estado de São Paulo
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
DSD	Design de Sistema de Disputas
FIESP	Federação das Indústrias do Estado de São Paulo
FONAME	Fórum Nacional de Mediação
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
INAMA	Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Intelectual
IM	Instituto de Mediação
IMAB	Instituto de Mediação e Arbitragem
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
MED-ARB	Mediação – Arbitragem
MRE	Ministério das Relações Exteriores
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas
OMPI	Organização Mundial de Propriedade Intelectual
ONGs	Organizações Não-Governamentais
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
PTB	Partido Trabalhista Brasileiro
PSDB	Partido da Social Democracia Brasileira
RE	Recurso Extraordinário
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
STF	Supremo Tribunal Federal
USP	Universidade de São Paulo

SUMÁRIO

1. Introdução.....	17
2. Acesso à justiça x acesso à jurisdição: uma análise dos escopos econômicos e sociais do litígio societário e da eficiência do Direito nos atuais métodos de resolução de disputas.....	20
2.1. Sistema multiportas e a ampliação do conceito de acesso à justiça sob o prisma do Código de Processo Civil de 2015.....	20
2.2. As peculiaridades das disputas empresariais e a quebra do paradigma litigioso: a importância dos métodos autocompositivos para assegurar a eficiência na prestação da tutela jurisdicional.....	26
3. A mediação enquanto método autocompositivo de resolução de disputas empresariais.....	46
3.1. Regulamentação legal e iniciativas de normatização do instituto no Brasil.....	46
3.2. Conceito, características e princípios da mediação.....	59
4. As vantagens e os desafios da aplicação da mediação na resolução de conflitos no âmbito empresarial.....	68
4.1. Considerações iniciais.....	68
4.2. Conflitos empresariais internos e conflitos interempresariais: a aplicabilidade do instituto da mediação no âmbito das disputas empresariais.....	70
4.2.1. Conflitos empresariais internos.....	70
4.2.2. Conflitos interempresariais.....	83

4.3. Procedimento da mediação empresarial.....	89
4.4. Mediador empresarial: funções, habilidades e o perfil exigido para a atuação no ramo.....	103
4.5. As vantagens do uso da mediação para a construção de uma técnica adequada de resolução dos conflitos empresariais.....	109
4.6. Os desafios para viabilizar a mediação enquanto técnica adequada de resolução de conflitos no âmbito empresarial.....	114
5. Conclusão.....	126
6. Referências bibliográficas.....	132

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como problema de pesquisa, questionamento que se desdobra em dois pontos principais: o primeiro deles é se é possível a aplicação da mediação enquanto método de resolução de disputas no âmbito empresarial. O segundo questiona quais as vantagens da utilização da mediação para os conflitos empresariais e quais os reais desafios enfrentados pelo instituto para se fortalecer enquanto método autônomo de resolução de disputas nessa mesma seara.

Em termos de metodologia, na pesquisa predominam os dados qualitativos, obtidos a partir do estudo de artigos científicos, teses e manuais sobre o tema, mas também se constata o uso de dados quantitativos, obtidos por meio de estudos estatísticos (Sebrae, IBGC, Justiça em Números, dentre outros) e análises de casos práticos relacionados à aplicabilidade da mediação na seara empresarial.

No que tange à estrutura, o trabalho foi organizado em três principais capítulos.

O primeiro capítulo se destinou a analisar como a autocomposição se fortaleceu dentro do ordenamento jurídico brasileiro ao longo dos últimos anos e, para fins didáticos, foi dividido em dois principais subtópicos: o primeiro, busca elucidar como se deu a introdução do sistema multiportas no ordenamento jurídico brasileiro e na codificação civil de 2015, sobretudo a partir da ampliação do conceito de acesso à justiça ao longo do tempo; o segundo, busca analisar como as peculiaridades das disputas empresariais conduziram à quebra do paradigma litigioso na área de resolução de conflitos e qual a importância da autocomposição, nesse contexto, para assegurar a eficiência da prestação jurisdicional às empresas.

Em uma perspectiva ampla, para a obtenção de uma solução autocompositiva, os mecanismos ordinariamente utilizados são a conciliação, a negociação e a mediação. O segundo capítulo busca afunilar o objeto de análise para este último, a fim de analisar como o instituto se consolidou no contexto brasileiro.

Seu primeiro subtópico faz uma retrospectiva histórica da regulamentação da mediação no Brasil, desde o primeiro projeto de lei proposto na Câmara dos Deputados, PL 4.827 de 1998, pela deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP), até o marco da Lei de

Mediação (lei nº 13.140 de 2015). O segundo subtópico explora o conceito, as características e os princípios que norteiam o procedimento de mediação, de forma geral.

O capítulo terceiro, voltado especificamente para a mediação no âmbito empresarial, em seu primeiro subtópico, mostra em que contexto se dá essa aplicabilidade, a partir de divisão didática dos conflitos empresariais em dois principais grupos: conflitos empresariais internos e conflitos interempresariais.

A partir das definições supracitadas, o subtópico também aborda a análise dos custos que envolvem cada tipo de conflito e elucida, por meio do estudo de casos práticos, a importância da mediação enquanto método autocompositivo de resolução de disputas para a gestão adequada e eficiente dos conflitos empresariais.

O segundo subtópico do capítulo detalha como se estrutura o procedimento de mediação: quais as suas fases que regem a mediação, quais os custos envolvidos no processo e quais as principais diferenças do procedimento da mediação extrajudicial para o da mediação judicial. O terceiro subtópico surge como um complemento do anterior, pois elucida quais as habilidades requeridas ao mediador e se existe um perfil para a atuação profissional no âmbito empresarial.

A partir do suporte teórico fornecido pelos tópicos anteriores, o quarto subtópico aborda, pormenorizadamente, quais as principais vantagens, em uma perspectiva geral, do uso da mediação para a construção de uma técnica adequada de resolução de conflitos no âmbito empresarial. E, por fim, o quinto subtópico relata quais os principais desafios enfrentados pelo instituto no contexto brasileiro para a sua viabilização enquanto técnica autônoma e adequada de resolução das disputas supracitadas.

O principal objetivo do trabalho foi elucidar o que é a mediação e trazer dados representativos das vantagens e benefícios de sua aplicabilidade, enquanto técnica, para não somente resolver conflitos, mas para assegurar a preservação da atividade empresarial e da função social da empresa, sem desconsiderar, contudo, os desafios enfrentados no contexto brasileiro para a sua viabilização, de forma consistente, no Direito Comercial.

2. ACESSO À JUSTIÇA X ACESSO À JURISDIÇÃO: UMA ANÁLISE DOS ESCOPOS ECONÔMICOS E SOCIAIS DO LITÍGIO EMPRESARIAL E DA EFICIÊNCIA DO DIREITO NOS ATUAIS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS.

2.1. SISTEMA MULTIPORTAS E A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA SOB O PRISMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

Para compreender o sistema jurídico moderno e a própria estruturação do processo civil ao longo do tempo, é essencial que também se compreenda o que é o movimento pelo acesso à justiça, que “não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”¹.

Encarar o processo civil pelo enfoque do acesso à justiça é compreender como a busca pela efetividade dentro do Poder Judiciário é uma demanda presente desde a época do Estado Liberal até os dias atuais. Seu crescimento se deu por meio de diversos posicionamentos, que foram enquadrados por Mauro Cappelletti e Bryan Garth em três principais ondas renovatórias:

Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é o que nos propomos a chamar simplesmente de enfoque de acesso à justiça porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo².

Ademais, também é importante elucidar os três grandes paradigmas presentes na história do constitucionalismo moderno, que, nos ensinamentos do professor Menelick de Carvalho Neto, são: Estado de Direito ou Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito³.

¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: [s.n.], 1988. P. 13.

² Idem. P. 31.

³ NETO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático

As visões de Estado, de Constituição e de sociedade presentes em cada um desses paradigmas influenciou decisivamente para a aquisição evolutiva dos direitos fundamentais por parte dos indivíduos, sobretudo o acesso à justiça.

O primeiro paradigma constitucional é o de “Estado de Direito” ou “Estado Liberal”, adotado a partir das Constituições americana e francesa do século XVIII. Marcado por uma sociedade fortemente individualista, o Estado Liberal tinha uma clara divisão entre as esferas do público e do privado⁴, de modo que a esfera pública englobava aspectos relacionados à representação política e aos assuntos de Estado, enquanto a esfera privada englobava aspectos relacionados à família e aos negócios.

A propriedade era plena e o seu titular tinha o direito de usá-la, gozá-la e dispô-la de acordo com os seus interesses e os contratos eram regidos pelo princípio do *pacta sunt servanda*, isto é, tudo aquilo pactuado entre as partes é válido e deve prevalecer. A atuação do Estado Liberal é mínima e restrita a assegurar a prevalência das liberdades individuais, como explicita Menelick de Carvalho Neto:

(...) o paradigma do Estado de Direito ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei discutida e aprovada pelos representantes da “melhor sociedade” autorize a atuação de um Estado mínimo, restrito ao policiamento para assegurar a manutenção do respeito àquelas fronteiras que asseguravam o mais pleno exercício às liberdades individuais anteriormente referidas e, assim, garantia-se o livre jogo da vontade dos atores sociais individualizados (...), configurando, aos olhos dos homens de então, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de primeira geração⁵.

De acordo com Cappelletti e Garth, o acesso à justiça no paradigma do Estado Liberal enfrentava quatro principais obstáculos⁶: o alto custo dos procedimentos judiciais, a ausência de um espaço adequado para apreciar as pequenas causas⁷, os efeitos da

de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 29.

⁴ Idem. p. 30 a 31.

⁵ NETO, Menelick de Carvalho. *Op. cit.* P. 34

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Op. cit.* p. 15 a 25.

⁷ Nas palavras de Cappelletti e Garth: “causas que envolvem somas relativamente pequenas são as mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar-se a demanda uma futilidade”. [CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Op. cit.* p.19].

morosidade do processo judicial e a marcante discrepância de possibilidades de acesso existentes entre os indivíduos.

Os indivíduos que possuíam maiores recursos financeiros obtinham vantagens estratégicas na prestação jurisdicional, porque podiam pagar para litigar e podiam suportar as delongas do litígio. Ademais, indivíduos de uma classe social mais abastada tinham maior compreensão acerca de seus direitos e um conhecimento jurídico básico para celebrar contratos e assegurar o cumprimento de suas garantias⁸.

Usualmente, diante de condições financeiras favoráveis, esses litigantes recorriam de modo habitual ao sistema judicial, o que lhes assegurava maior experiência com Direito e melhor planejamento do litígio, com o desenvolvimento de estratégias aptas a assegurar a realização de suas expectativas; uma economia de escala, diluindo os riscos da demanda pelo número de casos; e relações informais com os membros da instância decisória⁹.

Portanto, o paradigma do Estado Liberal é marcado por um ordenamento jurídico pautado por normas gerais e abstratas, cujo caráter se limitava a esfera formal, isto é, a realidade fática atestava que os indivíduos não eram livres, tampouco iguais perante a lei.

Direcionando o escopo da análise ao contexto do ordenamento brasileiro, as diretrizes do paradigma constitucional do Estado Liberal foram fortemente evidenciadas no Código de Processo Civil de 1973.

Como esclarece Daniela Marques de Moraes, a primeira codificação processual civil unificada brasileira surgiu em 1939, contudo, não alcançou nem trinta e quatro anos de vigência, sob fortes críticas de ser anacrônica e assistemática¹⁰.

Em 1964, o jurista Alfredo Buzaid apresentou um novo projeto de Código de Processo Civil contendo as reformas necessárias à legislação processual anterior, objetivando delimitar, com maior clareza, o papel de cada processo e procedimento

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Op cit. p.21 a 23.

⁹ Idem. p. 25 a 26.

¹⁰ MORAES, Daniela Marques. A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira. Dissertação de doutorado (Dissertação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2014. p. 80 a 86.

processual, que também resultou em delimitações acerca da atividade do poder jurisdicional¹¹.

Contudo, apesar de sua elaborada técnica, os primeiros anos da vigência do Código de Processo Civil de 1973 apontaram sua intensa correlação com o regime político vigente, em face da priorização apontada pelo texto da forma e do controle do fluxo processual, em detrimento dos sujeitos de direito e de seus interesses. Nas palavras de Alysson Leandro Mascaro:

Em épocas de ditadura, o processo civil tinha a lógica da segurança. Quanto mais tempo demorasse o feito, quanto mais controle do fluxo do processo, assim mais condições de controle social havia para o direito. Por conta disso, o Código de 1973, feito pelo ministro dos militares, Prof. Alfredo Buzaid, não via dificuldades na demora do processo nem no acúmulo de oportunidades recursais para a apreciação dos vários graus do Poder Judiciário, porque isto, no fundo, representava um controle contínuo das meras decisões. A grande preocupação do Código de 73, bem como dos anteriores, nunca foi com a justiça processual, mas sim com a segurança¹².

A década de 1980 trouxe uma forte dissonância entre as previsões legais da codificação processual civil e a realidade da sociedade. Após décadas de um governo militar autoritário e ditatorial, o período de redemocratização foi marcado por intensos protestos por parte de grupos e segmentos sociais diante da ausência de respostas efetivas às demandas apresentadas na época.

As principais críticas que envolviam a referida legislação apontavam um excessivo formalismo e imensa morosidade na prestação da tutela jurisdicional para a maioria dos indivíduos, no procedimento ordinário, conquanto que, para outros, restava o acesso eficiente e ágil dos procedimentos especiais, como explica o processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

(...) as contendas mais sensíveis, que ponham em jogo os valores de maior interesse para as classes dominantes, essas escapam ao rito demorado e ineficiente, prolongado e desastroso. Para esses litígios criaram-se simplesmente, procedimentos especialíssimos, geralmente com total desconhecimento do tão decantado princípio da igualdade das partes no processo, gerando-se, com isso, dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento¹³.

¹¹ Idem. p.87

¹² MASCARO, Alysson Leandro. Filosofia do direito e filosofia política: a justiça é possível. 2. ed., São Paulo: Atlas 2008, p.62 apud MORAES, 2014, p.91.

¹³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual. AJURIS. ano XII, n. 33, Porto Alegre: Ajuris, mar. 1995. p.81 apud MORAES. 2014. p.88.

Nas palavras de Daniela Moraes, “o legislador permitiu, em ações elencadas nos procedimentos especiais, que as pessoas e os seus respectivos bens recebessem tutela jurisdicional diferenciada”¹⁴.

Contudo, a explícita desigualdade gerada pela legislação continuaria a perpetuar seus nocivos efeitos na sociedade, pois não poderia ser retificada pelo juiz, cujo único poder era a mera aplicação do direito legislado, como esclarece o processualista Ovídio Batista¹⁵. Portanto, a assimetria de oportunidades de acesso à justiça pelas partes a partir dos procedimentos define, com maestria, a limitada compreensão de jurisdição adotada na época.

A contradição entre o ideal teórico do acesso efetivo à justiça e os sistemas totalmente inadequados de assistência judiciária tornou-se cada vez mais intolerável, em face da demanda popular pela concretização dos direitos legalmente estabelecidos na realidade fática, de maneira que o pleito pela construção de uma política de assistência judiciária cresceu consideravelmente na maioria dos países do Ocidente¹⁶.

A crescente complexificação da estrutura da sociedade e os constantes pleitos pela materialização das garantias sociais marca o segundo paradigma constitucional moderno, conhecido como Estado de Bem-Estar Social, que, nas palavras de Menelick Carvalho Neto:

(...) não somente o Estado tem a sua seara de atuação extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais que, agora, lhe são atribuídas, como o próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade. (...) A hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados (...) capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do Direito (...), mergulhada na dinâmica das necessidades dos programas e tarefas sociais¹⁷.

Nesse contexto, fortalece-se a primeira onda renovatória do processo civil e de fortalecimento do movimento de acesso à justiça, cujo principal objetivo era desobstruir

¹⁴ MORAES, Daniela Marques. *Op cit.* P. 93.

¹⁵ Acerca do tema, o processualista descreve que: “os ideais liberais, no campo do direito processual, refletiam-se na exigência de que a jurisdição fosse confiada a juízes desprovidos de qualquer poder de império, passivos e inertes, cuja única missão deveria ser a de aplicação do direito legislado”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento. v. 1, 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 113).

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: [s.n.], 1988. p.30

¹⁷ NETO, Menelick de Carvalho. *Op. cit.* P..36

as vias de acesso ao processo e assegurar a prestação jurisdicional a todos, sem distinção entre os indivíduos.

No Brasil, a concretização do acesso à justiça para a população mais pobre ganhou maior consistência jurídica com a entrada em vigor da Lei 1.060/50, que estabeleceu normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

A Constituição de 1988, repleta de direitos fundamentais, concede ao acesso à justiça o status de garantia fundamental: a inafastabilidade da jurisdição assume o status de princípio constitucional¹⁸ e ao Estado é obrigatório assegurar a assistência judiciária¹⁹ integral e gratuita para todos os cidadãos com insuficiência de recursos.

A partir da Lei Complementar nº 80/94, cria-se a Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal: uma instituição de caráter permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, cuja função é assegurar a proteção aos direitos de todos os indivíduos necessitados de forma integral e gratuita.

Frise-se, também, como importante mecanismo de acesso à jurisdição, a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, institucionalizados a partir da Lei nº 9.099/95, cuja competência se destinava à análise das causas cíveis de menor complexidade e das infrações penais de menor potencial ofensivo. O principal objetivo dos Juizados era ofertar novos horizontes às hipóteses de marginalização de lides à condição de meras contrariedades da vida social.

O acesso à justiça não se restringiu à busca de um processo efetivo e acessível a todos, não somente como uma mera figuração para a parte mais favorecida. A segunda onda renovatória do processo civil trazia o pleito de exigência popular de tutela dos direitos difusos e coletivos por parte do Judiciário, pois os conflitos em massa da sociedade contemporânea, pautada por relações cada vez mais complexas²⁰, dão ensejo à

¹⁸ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁹ Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIV: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

²⁰ Acerca do tema, Cappelletti esclarece que “cada vez mais frequentemente, por causa dos fenômenos de massificação, as ações e relações humanas assumem caráter coletivo, mais do que individual: elas se referem preferentemente a grupos, categorias e classes de pessoas, do que apenas a um ou poucos indivíduos(...). E na verdade, cada vez mais frequentemente, a complexidade das sociedades modernas gera situações nas quais um único ato do homem pode beneficiar ou prejudicar grande número de pessoas (...)”. [CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Porto Alegre: [s.n], 1993. P.57]

direitos transindividuais, que exigiam mecanismos hábeis para tutelá-los em caso de lesão ou dano, como esclarece Mauro Cappelletti:

A verdade é que, confrontado com os fenômenos de massificação acima mencionados, o indivíduo mostra-se simplesmente incapaz de se proteger por si mesmo de forma adequada. Nas sociedades contemporâneas, o indivíduo isolado é desarmado. As regras tradicionais sobre a legitimação de agir, em particular, requereriam que, nos casos de danos causados por um produto a centenas, milhares ou milhões de consumidores, cada um deles agisse em juízo para ser ressarcido do dano sofrido individualmente. Isso é simplesmente irrealístico. (...) Daí decorre que a possibilidade realística de tutela em ditas situações de conflito fica condicionada ao abandono de concepções e estruturas puramente individualistas do processo jurisdicional (...) ²¹.

A Constituição de 1988 não se limitou somente ao reconhecimento dos direitos difusos e coletivos, mas criou um sistema de garantia desses direitos ao estabelecer, como instrumentos de proteção e promulgação destes, os remédios constitucionais de natureza coletiva, como a Ação Popular (CF, artigo 5º, inciso LXXIII e lei nº 4.717/65), Ação Civil Pública (CF, artigo 129, inciso II e lei nº 7.347/85), o Mandado de Segurança Coletivo (CF, artigo 5º, inciso LXX) e o Mandado de Injunção Coletivo (CF, artigo 5º, inciso LXXI e Lei nº 13.300/16) no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, a Carta Constitucional empoderou a instituição do Ministério Público e amplia suas funções institucionais, concedendo-lhe titularidade ampla para zelar pelos direitos difusos e coletivos²². Em relação ao cidadão, concedeu uma titularidade restrita, nomeando-o enquanto parte legítima para propor ação popular nas hipóteses de dano ou ato lesivo ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural²³.

²¹ Idem. p.59

²² Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas [BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em 12/06/19].

²³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação

Contudo, a sociedade civil da época não se contentou apenas com a desobstrução dos canais de acesso à jurisdição por meio do processo. O descompasso entre o arcabouço de direitos e de garantias constitucionais e as previsões do Código de Processo Civil de 1973 gerou grande insatisfação e a continuidade do pleito social por efetividade, como explicita Mauro Cappelletti:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares²⁴.

Os jurisdicionados permaneceram clamando por reformas processuais civis, fator que ocasionou, em um primeiro momento, a propagação das tutelas cautelares no procedimento comum ordinário em prol de uma prestação jurisdicional mais célere.

A fim de contornar a morosidade e o formalismo procedimental próprios ao procedimento ordinário, bem como assegurar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva às pretensões dos jurisdicionados como ocorria no procedimento especial, o procedimento cautelar surgiu como um instrumento processual de segurança do direito ou de uma situação jurídica tutelável²⁵.

Assim, nos moldes do artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973, diante de fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação, ao juiz era facultado determinar as medidas provisórias que julgasse adequadas para a proteção do direito tutelado.

A estratégia, apesar de agilizar a resposta do processo perante aqueles que dependiam da prestação jurisdicional para a resolução de seus conflitos, a longo prazo, criou uma imensa distorção no plano fático, pois na tentativa de driblar a morosidade

popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência – g.n. [BRASIL. Constituição Federal de 1998. *Op cit.* Acesso em 12/06/19]

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre: [s.n.], 1988. p.30

²⁵ MORAES, Daniela Marques. A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira. Dissertação de doutorado (Dissertação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2014. p. 94

natural ao processo, as ações cautelares inominadas começaram a ser aplicadas inadequadamente.

Nesse sentido, em muitas ocasiões, o juiz, ao realizar o juízo de adequação do caso, concedia a tutela cautelar satisfativa ao demandante diante do atendimento dos pressupostos elencados pelo artigo 798 do Código de Processo Civil. Contudo, ao final do procedimento ordinário comum, ainda que fosse constada a inexistência do direito concedido cautelarmente, a única sentença possível seria a de extinção do processo, em face da perda do objeto.

As crescentes insatisfações demonstravam que a sociedade civil não estava satisfeita somente com a mera possibilidade de acesso à jurisdição, razão pela qual as reformas processuais não tardaram a chegar.

Trazendo uma visão exógena do processo, isto é, a visão que contempla o processo a partir daqueles que dele usufruem, as propostas reformistas buscavam a concretização de um processo desprendido de formalismos e uma prestação jurisdicional justa e acessível para todos, com baixo dispêndio de tempo e recursos. Nas palavras de Cândido Dinamarco:

(...) as novas normas contidas nas leis reformistas foram endereçadas a quatro finalidades específicas, a saber: a) simplificar e agilizar o procedimento; b) evitar ou pelo menos minimizar os males do decurso do tempo de espera pela tutela jurisdicional; c) aprimorar a qualidade dos julgamentos; e d) dar efetividade à tutela jurisdicional²⁶.

Nesse contexto, a lei nº 8.952/94 trouxe importantes modificações à codificação civil de 1973, sobretudo com pela previsão da figura tutela antecipada, pela redação do artigo 273, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Nasce um novo processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Reforma do código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 7. apud MORAES, 2014, p. 99.

§ 3º A execução da tutela antecipada observará, no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

Nas palavras de Daniela Moraes:

Mediante a aplicação da técnica antecipatória, admitiu-se que o autor pudesse obter satisfação de seu direito material no curso do próprio processo ordinário comum, viabilizando o alcance antecipado de tutela que apenas seria concedida ao seu final, após o exaurimento cognitivo²⁷.

Portanto, pelos dispositivos legais elencados, nota-se que a concessão da antecipação de tutela era diferente da concessão das antigas medidas cautelares inominadas, tendo em vista que, além da mera probabilidade do direito, o artigo 273 elencava como principal pressuposto para a concessão antecipada da tutela jurisdicional a verossimilhança das alegações do demandante, ora diante de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ora diante de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

As reformas processuais foram além das fragilidades apresentadas pelo procedimento ordinário comum, buscando, de igual modo, alcançar os resultados do exercício jurisdicional, ou seja, as sentenças, para assegurar maior efetividade.

O artigo 461 da lei nº 8.952/94 contribuiu para tal modificação ao trazer a previsão das tutelas específicas. Por meio delas, buscou-se assegurar uma máxima verossimilhança entre a tutela jurisdicional a ser prestada pelo juízo e o direito originário da parte.

Nesse sentido, mediante as tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer, o réu, mediante ilegal violação de direito do autor, deverá proporcionar-lhe exatamente o que ele possuía antes de sua atuação como devedor, de modo que o Judiciário entregaria ao demandante o seu primitivo direito e não outro substituto, como a indenização por perdas e danos²⁸.

Com a previsão das tutelas específicas, a reforma processual civil ampliou o rol de sentenças da classificação trinária para a quinária, classificando-as em: declaratória,

²⁷ MORAES, Daniela Marques. *Op.cit.* p.101

²⁸ *Idem.* P. 107

constitutiva, condenatória, mandamental – cujo objetivo imediato é a imposição de uma ordem de conduta – e executiva *lato sensu* – que se caracteriza pela possibilidade de sobrepor medidas executivas necessárias à prestação jurisdicional no próprio processo de conhecimento, sem a necessidade de uma ação autônoma de execução.

As mudanças trazidas pelas tutelas específicas juntamente à expansão das possibilidades de sentença proferidas pelos magistrados não tiveram cunho meramente legal, pois, a sua concretização na codificação processual civil modificou profundamente o conceito de jurisdição adotado até então, empoderando a figura do magistrado, como esclarece o professor Ovídio Batista:

(...) Mas as verdadeiras vantagens dessa vitória inicial haverão de refletir-se no novo conceito de jurisdição, agora imperativa e não mais meramente arbitral e privada como a temos concebido e praticado sob o domínio secular do Processo de Conhecimento; (...) acima de tudo, criando-se juízes democraticamente responsáveis – não, como agora, burocraticamente responsáveis perante seus superiores hierárquicos –, capazes de exercerem, em sua verdadeira transparência, uma jurisdição criadora do direito, como ela necessariamente deverá sê-lo, de modo que o Poder Judiciário possa tornar-se o agente intermediário entre a lei e seus consumidores, como preconiza Capelletti²⁹.

As posteriores reformas revelavam que o papel concedido ao magistrado de condutor do processo era essencial para a construção de uma ordem jurídica não somente justa, mas efetiva³⁰.

Tais compreensões não se restringiram somente à figura do magistrado, alcançando o Poder Judiciário como um todo, pois a demanda social por efetividade evidenciava que a concessão de ferramentas para agilizar os procedimentos já existentes não era suficiente, como esclarecem José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler:

²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed., rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 215. In: MORAES, Daniela Marques. *A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira*. Dissertação de doutorado (Dissertação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília, 2014. p. 105

³⁰ Acerca do tema, discorre Menelick de Carvalho Neto que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, nota-se “uma grande e significativa transformação na visão dessa atividade, bem como um incremento correspondente de exigências quanto à postura do Juiz não somente em face dos textos jurídicos dos quais este hauriria a norma, mas inclusive diante do caso concreto, dos elementos fáticos que são igualmente interpretados e que, na realidade, integram necessariamente o processo de densificação normativa ou de aplicação do Direito” [NETO, Menelick de Carvalho. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 37 e 38].

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou – seja em nível interno, seja internacional e supranacional – a necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos, mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados³¹.

A visão de um Judiciário restrito em si mesmo deu espaço à idealização de um Judiciário como o espaço adequado para se assegurar o exercício verdadeiro da cidadania, como dito pelo Ministro Nelson Jobim em seu discurso de posse à presidência do Supremo Tribunal Federal:

(...) Não mais se trata do espaço de cada um nesse Poder da República. O tema chegou à rua. A cidadania quer resultados. Quer um sistema judiciário sem donos e feitores. Quer um sistema que sirva à nação e não a seus membros. A nação quer e precisa de um sistema judiciário que responda a três exigências: acessibilidade a todos; previsibilidade de suas decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável. (...) Esse dimensionamento, absolutamente necessário, reclama uma análise estratégica do Poder Judiciário, na sua integralidade. Análise essa que induza os 27 Tribunais de Justiça Estaduais, os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, os 5 Tribunais Regionais Federais, com todas as suas estruturas de primeiro grau, juntamente com os 4 Tribunais Superiores e com o Supremo Tribunal Federal a começarem a agir em comum e de forma sistêmica³².

Essas concepções se traduziam em total consonância com a essência do terceiro paradigma do constitucionalismo moderno, o Estado Democrático de Direito, como elucidada Menelick de Carvalho Neto:

Os denominados direitos de primeira e segunda geração ganham novo significado. (...). Esses direitos fundamentais adquirem uma conotação de forte cunho procedimental que cobra de imediato a cidadania, o direito de participação, ainda que institucionalmente mediatizada, no debate público constitutivo e conformador da soberania democrática do novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e de seu Direito participativo, pluralista e aberto³³.

É nesse contexto que surge a Emenda nº 45/2004, responsável pela reforma mais densa realizada no âmbito do Poder Judiciário, pois trouxe mecanismos que almejavam garantir o acesso à justiça, mediante instrumentos de democratização e de controle do Poder Judiciário, bem como conferir celeridade à prestação da tutela jurisdicional, com o

³¹ MORAIS, José Luis Bolzan. SPENGLER, Fabiana Marlon. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição! 3ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019. p.37

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Discurso do Ministro Nelson Jobim proferido durante a cerimônia de sua posse à Presidência do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/discursos.asp>. Acesso em: 15 jun. 2004.

³³ NETO, Menelick de Carvalho. *Op cit.* p.37

intuito de resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa de uma justiça efetiva e célere³⁴.

Poucos anos após a reforma, os prejuízos da centralização da resolução de disputas de uma sociedade moderna e complexa nas mãos do Judiciário já se faziam visíveis.

Em razão do novo cenário, que abandona o ideal de um mundo normativo geral e abstrato por outro “feito sobre medida”, o ativismo judicial ganha cada vez mais espaço na sociedade civil³⁵, de modo que ao legislador cabe delegar às mãos do juiz, conselheiro prudente e ministro da equidade, o cuidado de dar conteúdo, caso a caso, às noções essenciais³⁶.

Os juízes, assoberbados de responsabilidades e de demandas, permaneceram sofrendo pressões por parte de uma sociedade que internalizou, enquanto valor, a terceirização dos conflitos para as mãos de um Judiciário confiável e responsável por assegurar-lhe suas principais garantias.

O uso da toga passou a representar o domínio da norma e do processo e um distanciamento das partes e de suas demandas ocultas³⁷, a fim de assegurar a prestação de uma tutela célere e efetiva, como explicita Fabiana Marion Spengler:

O principal problema da magistratura é que ela decide litígios que lhe são alheios, sem sentir os outros do conflito, encaixando-o num modelo normativo, sem ouvir/sentir as partes. (...). Decidem conflitos sem relacionar-se com os outros. As decisões dos juízes são sem rosto³⁸.

³⁴ MORAES, Daniela Marques. A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira. Dissertação de doutorado (Dissertação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2014. P.154.

³⁵ Acerca do tema, interessante colocar a colocação feita por Cappelletti de que “quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes”. [CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: [s.n.], 1993. P.42]

³⁶ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. O novo no direito de Luis Alberto Warat: mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018. P.37.

³⁷ Sobre o tema, uma frase marcante de Antoine Garapon, na obra Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário (1997, p.310): “Julgar é reproduzir infinitamente esse trabalho de distanciamento iniciado pelo ritual, é desprender-se de um julgamento espontâneo para se tornar a si mesmo um terceiro”. [GARAPON, Antoine. Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997]

³⁸ MORAIS, José Luiz Bolzan. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019. P.76.

Evidente que, em um cenário de massificação das relações sociais e, conseqüentemente, de seus conflitos, não poderia ser diferente. Afinal, para cumprir com o seu dever perante as expectativas dos jurisdicionados, a justiça julga com as informações de que dispõe, não podendo o juiz exercer o seu poder senão em circunstâncias bem definidas na sala de audiência³⁹, o que retrata que o seu contato com a realidade das partes não pode ser dar de forma profunda, mas sim a partir do Direito e do processo.

Nas palavras de Charlise Gimenez, a nova concepção de jurisdição criada pela sociedade civil trouxe sérias distorções à própria justiça, em face do condicionamento do Judiciário ao papel de “último disciplinador de uma sociedade em vias de desintegração”, como bem detalha a autora:

Assim, pede-se à justiça para autorizar a vida democrática, para provê-la de autoridade, cabendo ao juiz a função de legitimar a ação política, estruturar o sujeito, organizar os laços sociais, dispor as construções simbólicas e certificar a verdade⁴⁰.

Com o passar do tempo, a busca pelo empoderamento do Judiciário deu lugar à busca de alternativas para desafogá-lo.

Uma das alternativas utilizadas foi a ampliação da competência dos Juizados Especiais na lei 9.099/95 como forma de driblar a morosidade do processo ordinário comum e permanecer zelando pelo acesso à justiça e pela concessão de uma resposta judicial rápida e efetiva.

Com a expansão de competência promovida pela lei 12.153/09, aos juizados especiais cíveis foi estipulada a apreciação de causas de até sessenta salários mínimos⁴¹ e

³⁹ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. O Novo no direito de Luis Alberto Warat: Mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018. P. 38

⁴⁰ Idem. P.39

⁴¹ Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos. [BRASIL. Lei 12.153 de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/L12153.htm>. Acesso em: 17/06/19].

de questões relativas a servidores e à própria administração pública⁴², que não se incluíam na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública⁴³.

A medida sofreu severas críticas, sob o argumento de que o aumento excessivo das demandas em um contexto de ausência de uma estrutura definida e de recursos para a manutenção e modernização dos serviços oferecidos poderia conduzir ao colapso os Juizados Especiais, cuja função nunca foi solucionar as crises da Justiça brasileira, como esclarece Rêmolio Letteriello:

Enganam-se aqueles que acreditam que os Juizados foram instituídos para resolverem os problemas, os males e as crises da Justiça brasileira. Têm inteira procedência as considerações do mestre Kazuo Watanabe quando, externando a sua preocupação quanto ao futuro dos Juizados, escreveu que “os antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas foram concebidos para propiciar um acesso mais facilitado à Justiça para o cidadão comum, principalmente para a camada mais humilde da população. O objetivo jamais foi o de resolver a crise da justiça, sua morosidade e ineficiência na solução de conflitos, crise essa que tem causas inúmeras e não apenas aquelas enfrentadas na concepção dos Juizados Especiais de Pequenas Causas”⁴⁴.

Nessa esteira, como tão bem coloca Gimenez, “a garantia de coesão social exigia uma nova justiça, pautada na descentralização, com novas funções para o juiz, reavaliando-se, portanto, sua posição social”⁴⁵.

A permanência do pleito social por uma tutela jurisdicional efetiva atesta que o contexto de crise vivenciado pelo Poder Judiciário é complexo e não se circunda somente às características do processo judicial, mas também na concepção reducionista de que o acesso à ordem jurídica justa é sinônimo de acesso à jurisdição, como esclarecem Ana Tereza Basílio e Joaquim de Paiva Muniz:

(...) são inegáveis os esforços da doutrina e do legislador no sentido de buscar a maior efetividade e simplicidade do processo judicial, dentre os quais se

⁴² Ampliar a competência do Juizado Especial Cível para a apreciação de questões relativas a servidores e à própria administração pública é uma medida incompatível com a simplicidade e informalidade de tais instituições, tendo em vista que, como é uma matéria de repercussão geral, as normas municipais, estaduais e federais invariavelmente dependem das interpretações concedidas pelos tribunais superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

⁴³ Art. 2º (...) § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública: I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos; II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas; III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares. [BRASIL. Lei 12.153 de 2009. *Op cit.* Acesso em: 17/06/19].

⁴⁴ LETTERIELLO, Rêmolio. Juizados não foram criados para desafogar a Justiça. *Conjur*, 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-nov-17/juizados_nao_foram_criados_desafogar_justica>. Acesso em 07/06/19.

⁴⁵ GIMENEZ, Charlise Paula Colet. *Op cit.* p. 41.

destaca a edição da EC 45/2004 e de diversas leis ordinárias, o que ficou conhecido como Reforma Judiciária. Mas, em um país de dimensões continentais, grande população e quantidade imensa de ações, não basta agilizar o processo judicial, pois se estaria tentando esvaziar o mar com um balde. Há que se implementar medidas mais profundas de redução da quantidade de causas. Por isso, tem-se buscado, outrossim, popularizar meios alternativos de solução de conflitos, inspirados muitas vezes em experiências bem-sucedidas no exterior, visando desafogar o Poder Judiciário⁴⁶.

Nesse contexto, nasce no Brasil, a partir do século XX, o movimento pelo Tratamento Adequado de Conflitos a partir de um sistema multiportas, que coloca o litígio judicial como uma opção dentre várias outras possibilidades para a resolução de um conflito, como esclarece Fernando Laux:

Basicamente, a ideia de um sistema multiportas parte do princípio de que nem sempre a adjudicação judicial será o método adequado para a resolução de determinado conflito. (...). A apresentação do Professor Sander teve como objetivo, nesse contexto, esclarecer as seguintes questões: (i) quais são as características mais significativas dos variados mecanismos de resolução de conflitos (tais como a adjudicação judicial, a arbitragem, a mediação e a negociação, dentre outros); e (ii) como tais características podem ser utilizadas de modo a estabelecerem critérios racionais para alocação de determinada espécie de disputa na porta adequada, enquanto técnica voltada à resolução do conflito? A consequência primordial, no entender do Professor de Harvard, é a de que a comunidade jurídica teria como estabelecer melhores noções a respeito de quais casos deveriam, de fato, ser levados até uma Corte Judicial, e quais deveriam ser processados de maneira mais adequada⁴⁷.

Ainda, o autor descreve o sistema multiportas como uma nova onda renovatória do processo em prol do acesso à justiça, a partir da superação da ideia que resume a tutela jurisdicional à existência de uma decisão final-impositiva:

Quando se fala, por sua vez, em ondas renovatórias do acesso à justiça, ordinariamente se tem também em mente a abertura do Judiciário – a aqui se inclui, das demais “portas” representativas de possibilidades para a solução do conflito – e a superação de eventuais obstáculos mediante a efetivação de uma técnica processual adequada à proteção do direito material⁴⁸.

Semelhante é a compreensão manifestada no texto do Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo, ao ampliar o conceito de ampliação jurisdicional aos demais métodos de resolução de disputas e impor a sua difusão como papel de magistrados (as), advogados (as), defensores (as) públicos (as) e membros do Ministério Público:

⁴⁶ BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 13, p. 38 e ss., abr. 2007.

⁴⁷LAUX, Fernando de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 68.

⁴⁸ Idem. p.80

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 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 judicial⁴⁹.

O sistema do direito processual civil brasileiro, consubstanciado na nova codificação de 2015, foi estruturado para estimular a autocomposição em suas diversas formas, não só por dedicar uma seção inteira para regular seus procedimentos (Capítulo III, Seção V, artigos 165 a 174)⁵⁰, mas também por incorporá-los ao próprio rito dos procedimentos civis, abrindo caminhos para a posterior regulamentação da mediação por meio da lei nº 13.140/15.

Assim, o Código de Processo Civil: (I) coloca a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu no procedimento comum (artigos 334 e 695), mas possibilita a sua ocorrência a qualquer tempo, sendo, inclusive, essa promoção dever do magistrado (artigo 139, V); (II) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (artigo 515, inciso III; artigo 725, VIII), bem como (III) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (artigo 515, §2º); e, por fim, permite acordos processuais atípicos quando os mesmos envolvem o processo, não sobre o objeto do litígio (artigo 190)⁵¹.

A partir de uma compreensão geral de como a autocomposição se fortalece no ordenamento jurídico em uma perspectiva geral, pode-se partir para o próximo passo, que é analisar a pertinência de sua aplicação aos conflitos de natureza empresarial.

2.2. AS PECULIARIDADES DAS DISPUTAS EMPRESARIAIS E A QUEBRA DO PARADIGMA LITIGIOSO: A IMPORTÂNCIA DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS PARA ASSEGURAR A EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL.

⁴⁹Brasil. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 07/06/19.

⁵⁰ Para fins didáticos, os artigos supracitados serão devidamente explorados no capítulo seguinte deste trabalho.

⁵¹ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2016. P. 167

Ab initio, é necessário refletir acerca de como se estruturou e como atualmente se estrutura a resolução de conflitos no âmbito empresarial.

Explicita Fábio Ulhoa Coelho que, em termos gerais e ao longo de sua evolução, o direito tem sido entendido como uma ordem, como um meio de regulação ou molde de padronização das relações sociais⁵². Contudo, o autor discorda do conceito apresentado, definindo o direito como um sistema adotado pela sociedade humana para cuidar dos conflitos de interesses que nela surgem⁵³, como se depreende de sua fala:

Conceituando o direito como um sistema de tratamento de conflitos de interesses, a norma positivada (Constituição, lei etc.) deixa de ser uma decisão de certa autoridade (Poder Legislativo) que cumpre a outra autoridade aplicar (Poder Judiciário), como descrita nos manuais acadêmicos e geralmente entendido pelos profissionais do direito. É, isso sim, uma orientação geral de como devem ser superados os conflitos de interesses nela referenciados. É mera orientação, no sentido de servir de parâmetro, baliza, mas não necessariamente circunscrever, de modo rígido, a solução a ser dada nos casos alcançados pelo comando normativo. O juiz não é, na verdade, o aplicador da Constituição e da lei, mas sim um solucionador de conflitos de interesses. E os soluciona a partir de variados critérios, mais ou menos explicitados, entre os quais os da norma jurídica⁵⁴.

Nesse sentido, denota-se que o Poder Judiciário fora utilizado como um dos principais meios para a gestão dos conflitos no meio empresarial, utilizando-se, para tanto, de normas de direito positivo como os principais critérios para tal tratamento.

Assim, quais os fatores que conduziram à mudança de gestão dos conflitos empresariais exercida pelo Poder Judiciário para aquela realizada por outros métodos de resolução de disputas?

O primeiro deles é a mudança na forma de enxergar o conflito. Dulce Nascimento nos esclarece que, na década de 1930, o conflito era visto sob uma perspectiva disfuncional, isto é, algo negativo e que deveria ser evitado a todo custo, de modo que a inexistência dele era sinônimo de excelência e competência por parte do gestor⁵⁵.

⁵² COELHO, Fábio Ulhoa. O conceito de direito e o direito comercial. In: Revista dos Tribunais – RT 1000, Ano 108. p. 127-128. São Paulo. v.1000. Fevereiro, 2019.

⁵³ Idem. P. 129.

⁵⁴ Ibidem. P.131.

⁵⁵ NASCIMENTO, Dulce Maria. Mediação Empresarial. In: PERRUCCI, Felipe Falcone. MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. LEROY, Guilherme Costa. Os impactos do Novo CPC no Direito Empresarial. 1ª ed. Belo Horizonte. D'Plácido, 2017. p. 388.

Contudo, a partir da década de 1940 até a década de 1970, o conflito passa a ser visto sob uma perspectiva pluralista, ou seja, como algo inerente às relações humanas. Diante da consciência da inevitabilidade do conflito, grandes autores da época, a exemplo de Mary Parket Folley (1868-1963), iniciaram o trabalho de construir a ideia do conflito como uma oportunidade de aprendizado e crescimento, não somente para os indivíduos, mas também para as organizações⁵⁶.

A partir da década de 1970 até os dias atuais, a teoria do conflito permanece sofrendo modificações dentro de uma abordagem interacionista de caráter construtivista. Nessa perspectiva, o conflito não só é inevitável, mas como necessário para a evolução nas interações humanas⁵⁷. Essa visão é a visão adotada pela Escola de Harvard desde 1983, como se percebe pelas palavras de Bruce Patton, Roger Fisher e William Ury:

O objetivo não pode e nem deve ser eliminar o conflito. Ele é uma parte inevitável – e útil – da vida, que costuma levar a mudanças e gerar descobertas. Poucas injustiças são resolvidas sem conflitos intensos. Na forma de concorrência entre empresas, o conflito ajuda a criar prosperidade. Ele está no cerne do processo democrático, em que as melhores decisões não resultam de um consenso superficial, mas da exploração de diferentes pontos de vista e da busca por soluções criativas⁵⁸.

Nesse sentido, os autores supracitados defendem que o desafio é transformar a forma de lidar com as divergências “de uma luta destrutiva e antagônica para uma resolução de problemas prática e harmônica”⁵⁹.

Outro fator importante é a mudança do conceito de empresa e da visão de suas atividades perante o mercado, que culminou diretamente na evolução das perspectivas apresentadas pelo direito empresarial.

A nível de doutrina, existem diversas definições para o que se entende por direito empresarial. Os autores nem sempre convergiam em suas conceituações, em face da amplitude das matérias reguladas pela seara supracitada⁶⁰.

Contudo, um ponto em comum em grande parte delas é a definição da empresa como o cerne das atividades mercantis e o principal objeto de análise do direito

⁵⁶ Idem. p.389

⁵⁷ Ibidem. P.388

⁵⁸ FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões. Ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. p. 11.

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ MARTINS, Frans. Curso de Direito Comercial. 39ª Edição. Rio de Janeiro – Editora Forense, 2016. p. 16 e 17.

empresarial, tendo, inclusive, tal perspectiva sido consolidada pelo Código Civil de 2002⁶¹.

Entretanto, uma das características marcantes do direito empresarial é a sua constante mutabilidade, principalmente diante da modificação das estruturas políticas, sociais e econômicas. Nesse diapasão, desde o início do século XXI, a compreensão desse ramo do direito perpassa por uma crescente evolução, fortemente marcada por uma nova visão da empresa e de suas atividades, como explicita Paula Forgioni:

Temos um novo período de evolução do direito comercial, em que se supera a visão estática de empresa para encará-la, também, em sua dinâmica. De um direito medieval de classe, ligado à pessoa do mercador, passamos ao critério objetivo e liberal dos atos de comércio e, finalmente, à atividade da empresa. Urge estudá-la a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica, razão de ser, no mercado⁶².

Desse modo, a autora ilustra que, no prisma da economia contemporânea, a partir da evolução das relações de mercado e da atividade econômica, a empresa não mais é concebida de forma estática e isolada, mas vista a partir de suas transações:

A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua” no mercado, e o faz principalmente por meio dos contratos. Não vive ensimesmada, metida com seus ajustes internos; ela revela-se nas transações. Sua abertura para o ambiente em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que “os modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixes de relações contratuais”. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a empresa é agente econômico⁶³.

A empresa é, portanto, um sistema dinâmico e que evolui no tempo, cujas relações internas e externas são pautadas por uma notável complexidade⁶⁴, que resulta de diversos fatores, como ensina Osmar Ponchirolli:

A complexidade no comportamento de uma organização pode resultar de si própria, pela sua dimensão ou pela forma como os seus subsistemas interagem

⁶¹ Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “o direito comercial brasileiro filia-se, desde o último quarto do século XX, à teoria da empresa” [COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial: direito da empresa. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p. 26]. Consoante é a compreensão de Paula Forgioni que dispõe que “descoberta a empresa, estancou-se a teoria geral. Seguimos atribuindo à sua disciplina jurídica ares de novidades, enquanto calamos diante das mudanças socioeconômicas que se seguiram a 1942” [FORGIONI, Paula Andrea. A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado. 2ª Edição. São Paulo – Revista dos Tribunais, 2012.P.86].

⁶² FORGIONI, Paula Andrea. *Op cit.* p. 82.

⁶³ *Idem.* P. 86.

⁶⁴ Ponchirolli esclarece que, naturalmente, algumas organizações não apresentarão esse comportamento complexo devido a sua dimensão reduzida e uma rara estabilidade do contexto onde se inserem, mas esclarece que esses exemplos estão cada vez em menor número. [PONCHIROLLI, Osmar. A teoria da complexidade e as organizações. Diálogo Educacional, Curitiba, v.7, n.22, p.81-100, set. /dez, 2007. P.88]

em feedback, mas pode também ser resultante da turbulência do ambiente de mercado onde está se insere e dos mecanismos que lhe estão subjacentes⁶⁵.

Tal complexidade também reverberou nos contratos empresariais, que, anteriormente, tinham como objetivos essenciais a segurança jurídica e a previsibilidade⁶⁶, mas, a partir do século XX, foram se sofisticando e se distinguindo ainda mais do molde tradicional, organizando-se em arranjos contratuais híbridos que se posicionam entre a empresa e o mercado, como descreve Angelo Gamba:

É nesse sentido que, além da hierarquia e do mercado, a atividade econômica se organiza por uma terceira via: a das formas híbridas, que se localizam entre esses polos, unindo fatores de um e de outro para endereçar mais adequadamente formas peculiares de contratação, como contratos a longo prazo e que envolvam intercâmbio recíproco de informações e bens, congregando aspectos de cooperação e competição, como é o caso da franquia e da transferência de tecnologia. Os híbridos, assim, fornecem estrutura de combinação das formas polares, servindo de “guarda-chuva conceitual” para uma multiplicidade de arranjos verificáveis na prática mercantil, desde contratos de longo prazo singulares até complexas redes de contratos⁶⁷.

O dinamismo dessas novas formas econômicas desafia as concepções clássico-jurídicas, que seguem concedendo aos contratos um tratamento obsoleto⁶⁸. A judicialização de demandas se tornou um caminho cada vez mais inadequado às necessidades que as controvérsias empresariais exigem, como leciona Laux:

(...) deixar a disputa societária a cargo de uma decisão final, tornada indiscutível e imutável pela coisa julgada, parece uma solução totalmente desgarrada da velocidade com a qual as relações empresarial e societária são caracterizadas nos dias atuais⁶⁹.

Diante de formas econômicas cada vez mais complexas e de um mercado em profunda transformação, é de suma importância a adequação dos parâmetros jurídicos aos aspectos dessas novas formas organizacionais, a fim de concedê-las tratamento específico

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Sobre o tema, assinala Ana Frazão: “ocorre que muitas dessas variáveis, que deram ensejo ao que ora se chama de teoria clássica do contrato, foram sofrendo intensas modificações, especialmente a partir do século XX, momento a partir do qual cada vez mais surgem distintos contratos, dentre os quais se destacam aqueles em que os interesses entre as partes não são antagônicos, mas, pelo contrário, total ou parcialmente convergente” [FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais: em busca de uma nova teoria contratual baseada em soluções organizacionais. Publicado no portal JOTA em 04 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-04102017>>. Acesso em 31/05/2019].

⁶⁷ CARVALHO, Angelo Prata Gamba. Os contratos híbridos como categoria dogmática: características gerais de um conceito em construção. Revista Semestral de Direito Empresarial, n. 19, pp. 181-229, jul./set. 2016.P.9

⁶⁸ FRAZÃO, Ana. *Op cit.*

⁶⁹ LAUX, Fernando de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 39 – 40.

capaz de proteger a função econômica de seus contratos, inclusive sob o ponto de vista da tutela dos direitos⁷⁰.

Para a análise deste cenário, é imprescindível que, em primeiro lugar, se realize uma análise econômica do direito, a fim de não restringir a análise somente aos fatores do processo e sua influência na prestação jurisdicional concedida às pessoas, abordando também como o comportamento das pessoas influencia no próprio transcorrer do processo judicial. Nesse aspecto, salienta Flávio Galdino:

Com efeito, no processo judicial, respeitados limites éticos e procedimentais, as pessoas atuam como maximizadoras dos seus interesses pessoais. A premissa, então, é a de que as pessoas efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão em face de decisões que lhes sejam desfavoráveis etc.⁷¹.

Os cálculos de custo e benefício supracitados levam em consideração a noção de custos de transação, capitaneada pelos estudos de Ronald Coase, que pressupõem não só os benefícios econômicos advindos da atividade econômica, mas os custos relacionados a adimplência das obrigações titularizadas por cada parte contratante, como elucida Laux:

Os custos de transação devem compreender, do mesmo modo que as despesas acima mencionadas [custos de produção e faturamento do produto, obtenção de informações concernentes ao parceiro de relação comercial, confirmação e cobrança de pagamentos, despesas fiscais e contábeis, dentre outros] um prognóstico de cumprimento das obrigações contraídas, e mais do que isso, a perspectiva de efetivação de direitos em caso de resistência de uma das partes contratantes com fundamento nos instrumentos legais à disposição da parte contrária para inibição do inadimplemento. E é aí que passa a ser pertinente a análise da relação entre os custos de transação e o ônus financeiro do processo⁷².

Importante salientar que o presente trabalho se alinha com a noção de eficiência adotada por Francisco de Mesquita Laux, quando o autor a define como o uso adequado de recursos por parte do Poder Judiciário, de modo a maximizar, sempre que possível, os benefícios da tutela jurisdicional aos jurisdicionados⁷³.

Sob esse aspecto, o processo, para ser considerado efetivo, deve proporcionar “um julgamento satisfatoriamente fundamentado, dentro de um prazo razoável e com um

⁷⁰ CARVALHO, Angelo Prata Gamba. *Op cit.* P.2

⁷¹ GALDINO, Flávio. Introdução econômica à análise do processo civil: os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, nº 1. p. 170.

⁷² LAUX. Fernando de Mesquita. *Op cit.* p. 130

⁷³ *Idem.* p.83.

investimento proporcional de recursos por parte dos litigantes, bem como do poder público” (LAUX, 2018, p. 82).

Portanto, quando o Poder Judiciário não é capaz de fornecer condições de tempo e de modo condizentes com a celeridade exigida pela controvérsia empresarial, o processo se transforma em um ambiente de imprevisibilidade e de ineficiência na efetivação de direitos, impactando, de maneira altamente negativa, nos custos de transação. Esse impacto gera à atividade econômica o que se conhece como danos marginais do processo.

Um dos exemplos de dano marginal ocasionado pelo processo à relação empresarial está relacionado ao intercâmbio de informações necessário às partes para a resolução do litígio, que, em um processo judicial de formalismo rígido, pode custar demasiadamente caro, como explicita Flávio Galdino:

A mais importante troca de informações entre os litigantes consiste na cientificação dos adversários acerca da existência do litígio processualizado e das suas respectivas pretensões. Se as partes e o Juízo se encontram no mesmo bairro, o custo da comunicação processual (da troca dessa informação) será reduzido. Por outro lado, se uma das partes se encontra fora do país, esse custo será elevado sobremaneira, exigindo a Lei processual diversas formalidades essenciais à validade e eficácia do ato processual de comunicação (por exemplo, a expedição de cartas rogatória e precatória). Em relação às provas se dá de modo semelhante. Se a discussão acerca de um fato controverso depende do depoimento de uma das partes, que reside no bairro vizinho, o custo de obtenção dessa informação normalmente será baixo. Já se a discussão acerca do fato controverso depende de um sofisticado exame técnico, a obtenção da informação será deveras custosa (dependendo da prova pericial a ser empregada)⁷⁴.

Outro exemplo também palpável na prática é como a demora excessiva na efetivação de direitos pode conceder vantagens econômicas à parte inadimplente, como pontuado por João Paulo Hecker da Silva:

Essa demora excessiva passa então a ser objeto de vantagens econômicas já que contribui para impedir o rápido adimplemento das obrigações. Favorece do mesmo modo aquele que, pressupondo a lentidão, p. ex., passa a ver mais vantagens econômicas no inadimplemento de contratos do que em seu cumprimento espontâneo. Dessa forma, se no plano dos fatos é inegável a influência nefasta que o dano marginal do processo pode causar no contexto da vida das sociedades e dos negócios sociais, dirá então sob o plano da eficiência e da maximização da riqueza ao crescer elemento altamente danoso ao custo de transação⁷⁵.

⁷⁴ GALDINO, Flávio. *Op cit.* P.179.

⁷⁵ SILVA, João Paulo Hecker da. Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 60.

É diante desse cenário que a construção de uma técnica processual adequada à resolução dos conflitos, incluindo os empresariais, começa a ser discutida pela doutrina. Isso porque entendeu-se que a concessão de um acesso à uma ordem jurídica justa não seria possível sem uma celeridade hábil a permitir que o provimento jurisdicional concretizasse, no plano fático, a tutela do direito material⁷⁶.

No intuito de contornar o tempo extenso do procedimento ordinário, o Poder Judiciário trouxe como alternativa a adoção de procedimentos mais céleres, a fim de garantir a eficácia da prestação jurisdicional e a segurança do processo de conhecimento ou de execução, como esclarece João Paulo Hecker da Silva:

Nesse contexto, a base para os provimentos jurisdicionais foi transferida, paulatinamente, da certeza obtida por meio de um procedimento ordinário e de cognição exauriente, para um de verossimilhança, com base em uma investigação perfunctória dos fatos. A demora como meio para se obter resultados justos deu lugar à aceitação de uma medida urgente e de eficácia imediata. O conceito de segurança jurídica baseado na coisa julgada deslocou-se para efetividade, fincada na resposta provisória do Poder Judiciário, contudo rápida⁷⁷.

Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015 unificou os procedimentos e requisitos das tutelas antecipadas e cautelares e os disciplinou sob um regime único denominado tutelas de urgência.

Conceitualmente, as tutelas de urgência se caracterizam como procedimentos provisórios fundados em cognição sumária, que podem prestar tutela satisfativa ou tutela cautelar aos direitos na presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (artigo 300, *caput*, CPC)⁷⁸.

Frise-se que o requerimento das medidas urgentes pode ser feito antes ou no curso do procedimento, sem pagamento de custas extras em relação à demanda principal (artigo 295, CPC), sendo assegurada prioridade de tramitação às demandas em que medidas de urgência tenham sido deferidas.

Em um primeiro momento, a atuação das medidas de urgência enquanto provimentos jurisdicionais para o alcance dos resultados esperados de modo célere e justo

⁷⁶ Idem. p. 14 e 15.

⁷⁷ Ibidem. P. 13

⁷⁸ MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sergio Luiz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. Revista dos Tribunais: São Paulo, v.2, 2015. P. 197.

foi vista como determinante para assegurar eficiência à resolução judicial dos litígios societários, não em face do dinamismo e da celeridade que marcam o desenvolvimento das relações empresariais, mas, sobretudo, pelas repercussões de tais conflitos em relação a terceiros, que se dão em maior escala comparados aos demais litígios de natureza privada⁷⁹.

Contudo, as modificações da lei civil não foram pensadas considerando, de forma particular, a realidade de alguns litígios societários. A relevância social de determinadas matérias societárias exige uma disciplina diferenciada, que, em relação ao Código de Processo Civil, se traduziria em uma previsão legal que possibilitasse a antecipação dos efeitos da tutela, em sede de cognição sumária, sem a possibilidade de perigo de dano irreparável ou difícil reparação⁸⁰.

Diante da ausência de previsão legislativa em relação aos casos supracitados, ao magistrado cabe a tarefa, consoante seu livre convencimento, de assegurar a concessão das medidas somente se presentes os requisitos de urgência, considerando, ainda, os possíveis riscos que o provimento jurisdicional antecipado pode ocasionar à realidade do caso, por decisão amplamente fundamentada (arts. 11 e 489, § 1º, inciso II do CPC).

Apesar de hábeis a contornar a morosidade do procedimento comum ordinário, as tutelas de urgência não necessariamente se consubstanciam em uma tutela jurisdicional eficaz aos litígios empresariais, como argumenta Francisco de Mesquita Laux:

(...) a solução adotada para questões de direito societário no âmbito do processo judicial, caracterizada pela expedição provimentos judiciais de urgência, não pode ser tida como inteiramente eficaz. Isso porque tais decisões são proferidas em sede de cognição sumária e, por isso, possuem caráter provisório, podendo ser questionadas e revertidas futuramente em benefício de outros interessados no processo. Tal constatação sugere que essas decisões, de ordinário, não têm o condão de restabelecer um ambiente de estabilidade e segurança jurídica adequado ao prosseguimento das atividades da sociedade⁸¹.

A exploração do presente contexto conduz a um questionamento: é possível assegurar a resolução do conflito societário, de forma célere, efetiva e exauriente, preservando as relações entre os envolvidos e assegurando a tão almejada segurança

⁷⁹ Idem. p. 24.

⁸⁰ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais - efetividade privada versus judicialização. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Editora RT, v. 46, ano 12, jul./set. 2015, p. 162

⁸¹ LAUX, Francisco de Mesquita. Op. cit. p. 126.

jurídica aos contratos empresariais, por outros meios senão o processo judicial de cognição exauriente ou a concessão de medidas de urgência?

A autocomposição tem se mostrado promissora para que a resposta seja afirmativa, pois se fortaleceu, ao longo dos anos, como um método hábil a produzir resultados qualitativamente melhores do que os apresentados pelo processo judicial, sobretudo no que tange à preservação de relações complexas e permanentes⁸², como as empresariais.

Ademais, a possibilidade de uma solução definitiva ao litígio e construída consensualmente pelos envolvidos, preservando a autonomia de suas vontades, torna o resultado obtido ainda mais efetivo aos olhos das partes, por estarem alinhados aos seus interesses pessoais e aos interesses relacionados à empresa e à preservação do negócio.

Consoante é o posicionamento de Laux:

De mais a mais, verificou-se que, muito embora passíveis de críticas, não há um argumento objetivo que demonstre um déficit de qualidade entre os métodos voltados à autocomposição, em comparação à solução adjudicada para o conflito. Pelo contrário, no âmbito das disputas societárias, as peculiaridades do conflito parecem demonstrar que a utilização de um método voltado à autocomposição pode trazer melhores resultados para as partes do que uma solução imposta. A possibilidade de utilização de métodos autocompositivos, tanto em sede judicial como em sede extrajudicial, surge, nesse contexto, como uma alternativa célere que, na hipótese de obtenção do resultado pretendido – o consenso e o encerramento da disputa – pode trazer de volta à sociedade a tão almejada segurança na realização de negócios jurídicos subsequentes àquele anteriormente questionado⁸³.

Por todo o exposto, conclui-se o quão importante é pensar acerca de uma gestão adequada de conflitos no âmbito empresarial, não somente em prol dos indivíduos que compõem a estrutura da empresa⁸⁴, mas também em prol da própria organização em seus contratos e transações econômicas⁸⁵, cujo sucesso ou fracasso está intimamente relacionado a forma de relacionar-se com o conflito.

⁸² CAPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. Revista de processo. São Paulo: v.74, abr-jun. 1994. P. 87-88.

⁸³ LAUX, Francisco de Mesquita. *Op cit.* p.136

⁸⁴ Como bem esclarece Dulce Nascimento “apesar da aludida função econômica na sociedade, as empresas são criadas e geridas por pessoas, com inúmeros interesses e necessidades, pessoais e profissionais, que nem sempre são possíveis de prever em disposição legal” [NASCIMENTO, Dulce Maria. Mediação Empresarial. In: PERRUCCI, Felipe Falconi. MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. LEROY, Guilherme Costa. Os impactos do Novo CPC no Direito Empresarial. 1ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 394].

⁸⁵ É importante frisar que os benefícios da gestão adequada de conflitos empresariais não refletem, do ponto de vista externo, somente nos contratos celebrados com outras empresas, mas também no próprio mercado econômico e financeiro, tendo em vista que empresas que realizam gestão estratégica de conflitos, utilizando, para tanto, métodos de resoluções de disputas como a mediação, a arbitragem e afins,

Pormenorizada a importância da autocomposição como garantidora de uma prestação jurisdicional célere, justa e eficiente às particularidades das disputas empresariais, o presente trabalho prossegue explicitando a regulamentação de um dos métodos autocompositivos que tem se destacado no Brasil nos últimos anos: a mediação.

3. A MEDIAÇÃO ENQUANTO MÉTODO AUTOCOMPOSITIVO DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS EMPRESARIAIS.

3.1. REGULAMENTAÇÃO LEGAL E INICIATIVAS DE NORMATIZAÇÃO DO INSTITUTO NO BRASIL

A compreensão da mediação enquanto instituto é inalcançável sem a devida compreensão do contexto em que ela foi estruturada.

Assim, preliminarmente às considerações acerca da mediação, é imperioso realizar uma digressão histórica a respeito das primeiras iniciativas de normatização até a real regulamentação legal do instituto no Brasil, abordando as peculiaridades e as circunstâncias legais e sociais enfrentadas no país.

Como anteriormente mencionado no primeiro capítulo deste trabalho, na ótica tradicional do ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do acesso à justiça era limitado à prestação da tutela jurisdicional por parte do Poder Judiciário, cujo dever era o de satisfazer os anseios de efetividade dos interesses dos cidadãos.

Não obstante, a compreensão reducionista do acesso à justiça como o acesso à jurisdição abarrotou o Judiciário brasileiro de processos e demandas litigiosas, conduzindo o Judiciário a uma verdadeira reforma de sua estrutura, como assinala Mauro Cappelletti:

Poder-se-ia dizer que a enorme demanda latente por métodos que tornem os novos direitos efetivos forçou uma nova meditação sobre o sistema de suprimento - o sistema judiciário. (...). Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais, ou a criação de novos tribunais, (...), modificações no direito substantivo

potencializam a confiança de seus investidores financeiros [NASCIMENTO, Dulce, *op cit*, p. 306].

destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios⁸⁶.

O interesse pelo tema da mediação surge não só diante da necessidade de descongestionar os tribunais brasileiros, mas também a partir da necessidade de novos modelos que permitam que as possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais e identificar interesses subjacentes⁸⁷.

Tal interesse inaugurou uma era em que a produção normativa se voltou ao estímulo do diálogo entre os conflitantes, com vistas a diminuir a ingerência do Estado nos conflitos⁸⁸.

Vale ressaltar a importância da influência de especialistas e/ou entidades estrangeiras especializadas no tema nesse contexto, que, por meio de palestras ou cursos de capacitação em diversas regiões do país, não só mobilizaram a sociedade civil à compreensão da mediação enquanto instituto hábil de resolução de conflitos, mas ofereceram suporte técnico e orientação para a adoção do método em empresas e instituições⁸⁹.

Fundado em 1979 por um grupo de estudantes e profissionais do Direito, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) foi a instituição brasileira pioneira na utilização dos métodos de tratamento adequado das disputas na esfera comercial.

⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Sergio Fabris Editor: Porto Alegre, 1988. p. 70 e 71.

⁸⁷ AZEVEDO, André Gomma. Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2010. P.30

⁸⁸ Em relação ao tema, o autor (NETO, 2017) tece uma série de considerações acerca das leis que foram aprovadas no Congresso Nacional neste período, destacando, entre elas, o Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/90), Lei de Defesa da Concorrência (lei nº 8.884/94), Lei de Arbitragem (lei nº 9.037/96), dentre outras. A lei nº 9.870/99, que dispõe sobre os valores de anuidades escolares, previa, em seu artigo 4º, o uso da mediação como ferramenta para dirimir conflitos oriundos do reajuste das mensalidades escolares entre pais ou associação de pais e escolas. Ressalte-se, igualmente, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (lei nº 9.099/95), exemplificada pelo autor como um importante marco legislativo de mudanças processuais substanciais, já que, a partir dela, o Estado passaria a oferecer um espaço e um momento prévio para a promoção do diálogo entre os conflitantes em relação aos conflitos de pouca expressão econômica e social, como uma resposta à “litigiosidade contida” existente na sociedade brasileira, como bem descreve Kazuo Watanabe.

⁸⁹ NETO, Adolfo Braga. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017. P.14.

Outro exemplo é o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem (INAMA), criado em 1991 e gerenciado pelo consultor e negociador sindical Edmir de Freitas Garcez. A entidade era ligada ao setor automobilístico e também atuou na aplicação da mediação nas áreas cível e empresarial, com o apoio técnico da American Arbitration Association (AAA) e do Federal Mediation e Conciliation Service dos Estados Unidos.

Alguns anos depois, surge a Câmara de Mediação e Arbitragem do Centro e Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp/Fiesp), criada em 1995 pela professora Selma Maria Ferreira Lemes, que atuava no Departamento Jurídico da federação.

Em Curitiba, o Instituto de Mediação (IM) foi fundado em 1994 sob a liderança do mediador argentino Juan Carlos Vezzulla, em parceria com o titular do Cartório de Notas da capital paraense, Angelo Volpi Neto. Em 1997, o instituto teve seu nome alterado e passou a ser conhecido como Instituto de Mediação e Arbitragem (IMAB), cujo maior objetivo era promover a pesquisa, a divulgação e o desenvolvimento técnico e científico dos métodos extrajudiciais de resolução de disputas⁹⁰.

Em 1997, diversos profissionais do ramo jurídico se reuniram para realizar um trabalho conjunto, sob a coordenação de Petrônio Muniz, com vistas a elaborar não só regulamentos modelo para as sessões de arbitragem e de mediação, mas também códigos de ética cujos princípios balizariam a atuação de novos árbitros e mediadores.

A realização deste trabalho levou ao interesse comum de criar um órgão permanente para coordenar a disseminação e a estruturação da mediação e da arbitragem na resolução de conflitos, denominado Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA).

Nota-se, portanto, que as iniciativas de normatização da mediação pelo Poder Público no contexto brasileiro foram bem tardias se comparadas à manifestação do interesse da sociedade civil em relação ao tema. Contudo, ainda que as discussões acerca do tema sejam de longa data no Brasil, a inclusão da mediação nas pautas de produção normativa é recente, como elucidam Ana Cândida Menezes Marcato e Fernanda Tartuce:

A análise da mediação como meio adequado de solução de controvérsias vem evoluindo há tempos no Brasil, de forma associada a iniciativas de

⁹⁰ NETO, Adolfo Braga. *Op cit.* p.15.

normatização do tema. Em germe desde 1998 (por força do Projeto de Lei 4.827/98, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra), a produção normativa teve seu primeiro momento forte em 2010 (com a edição da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça⁹¹) e culminou com a inclusão de um capítulo destinado aos meios consensuais no Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) e com o advento do Marco Legal da Mediação (Lei 13.140/2015)⁹¹.

O primeiro projeto de lei que abordou a mediação enquanto instituto hábil à resolução de conflitos foi apresentado na Câmara dos Deputados em 1998 pela deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP) e continha sete artigos, que, de forma sintética, abordavam o conceito de mediação, os profissionais aptos a realizá-la, os princípios que norteavam a prática e as etapas de seu procedimento.

Em 2002, o PL 4.827 de 1998 foi remetido ao Senado Federal para análise e aprovação. Quatro anos depois, em julho de 2006, o senador Pedro Simon, na época relator da Comissão de Constituição e Justiça, apresentou um substitutivo ao projeto, com substanciais modificações e ampliações à redação originalmente dada pela deputada Zulaiê.

Na ótica de Adolfo Braga Neto, a ampliação do número de artigos – de sete para quarenta e sete – foi “uma tentativa de regulamentar toda a atividade, tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, a fim de incorporar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro”⁹².

Frise-se que, à época do projeto, a mediação era tratada como paraprocessual nos conflitos de natureza civil, ou seja, obrigatória para o desenrolar de qualquer processo nesta seara, dividindo-se em prévia ou incidental quanto ao momento de sua instauração e judicial ou extrajudicial conforme à qualidade dos mediadores⁹³.

O substitutivo do projeto foi novamente remetido à Câmara para apreciação das alterações feitas pelo Senado⁹⁴. A proposição ainda se encontra em tramitação desde 2011,

⁹¹MARCATO, Ana Cândida Menezes. TARTUCE, Fernanda. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 279/2018, maio/2018. p. 514

⁹² NETO, Adolfo Braga. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017. p.37.

⁹³ Quanto à qualidade dos mediadores, segundo os artigos 10º e seguintes do PL 4.827/98, estaria apto ao papel de mediador qualquer pessoa capaz, de conduta ilibada e com formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito, desde que devidamente selecionados e inscritos no Registro de Mediadores. No caso da mediação judicial, além do registro, os mediadores deveriam ser advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividade jurídica.

⁹⁴ Em julho de 2011, a discussão foi retomada e a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania opinou

razão pela qual foi arquivada, em janeiro de 2019, nos termos do artigo 105, *caput*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁹⁵.

A inspiração na experiência estrangeira para a construção e redação destes se fez notável na época, como esclarece Luciane Moessa Souza:

O projeto em questão se inspirou, em certa medida, na legislação argentina sobre a mediação, que data de 1995, muito embora dela se afaste por algumas peculiaridades, como a permissão para profissionais que não sejam advogados realizarem a mediação, bem como pela ausência de penalidades para a falta de comparecimento à audiência onde se realizará a tentativa de mediação⁹⁶.

Apesar de se caracterizar como um procedimento voluntário por preservar a autonomia das partes como um de seus princípios norteadores, a legislação que institucionalizou a mediação na Argentina optou por estabelecer a realização de seu procedimento como fase prévia obrigatória nos processos civis e comerciais, de modo que a não realização desta caracterizaria questão prejudicial ao julgamento de mérito da demanda⁹⁷.

Interessante salientar que, ainda que as ações em matéria de família (divórcio e separação judicial, anulação de casamento, investigação de paternidade) se encontrem no rol das exceções à obrigatoriedade do procedimento prévio de mediação, dentre outras

pela aprovação do projeto com a supressão dos artigos 15, 17 a 20, 25 inciso V, 27, 41 parágrafo único e 45, posto que estes atribuíam competências à Ordem dos Advogados, aos Tribunais de Justiça dos Estados e às Defensorias Públicas Estaduais no que tange ao credenciamento, formação e supervisão da atuação dos mediadores, o que, na visão do relator, deputado Arthur de Oliveira Maia, caracterizava inconstitucionalidade formal. Em junho de 2013, em reunião deliberativa ordinária, a Comissão aprovou o parecer supracitado e, um mês depois, a proposição foi encaminhada à Coordenação de Comissões Permanentes para publicação (último andamento da tramitação).

⁹⁵ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões; II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno; III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias; IV - de iniciativa popular; V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

⁹⁶ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 55

⁹⁷ ARTICULO 4º — Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley. [ARGENTINA. Ley 26.993, DE 18 de Septiembre de 2014. Ministerio de la justicia y derechos humanos. Presidencia de lá nación. Sistema de resolución de conflictos en las relaciones de consumo. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235275/texact.htm>>. Acesso em 13/06/2019.

hipóteses elencadas no artigo 73 da Lei 26.993/14, as questões patrimoniais derivadas destas controvérsias devem ser remetidas à mediação⁹⁸.

A experiência argentina foi muito significativa para as primeiras discussões envolvendo a regulamentação da mediação enquanto instituto de resolução de conflitos no Brasil, sobretudo por contrapor a compreensão de muitos juristas brasileiros de que adotar a mediação enquanto fase processual prévia e obrigatória à instauração de uma ação judicial era incompatível com a essência do instituto. Consoante é a compreensão de Luciane Moessa:

É bem verdade que a questão da obrigatoriedade é um dos grandes pontos polêmicos acerca da mediação, havendo muitas vezes que entendem que a imposição da tentativa de mediação revela-se de todo incompatível com o espírito da mediação. (...) se se deseja implementar a mediação em larga escala, não se pode esperar que uns poucos demandantes de boa vontade se disponham a comparecer para a audiência de mediação e passem a relatar sua boa experiência às pessoas em geral para que então aumentem os índices de comparecimento. Infelizmente, temos uma população pouquíssimo educada, com limitações no discernimento e conhecimentos necessários para sopesar o custo de um comparecimento a uma audiência com os benefícios de uma possível solução através da mediação. (...). Não sabem como funciona a mediação, e muito menos conhecem (até se verem envolvidas como partes) a alternativa tradicional de solução de litígios: o processo judicial. Ignoram quanto tempo costuma demorar, quais as etapas, quais os critérios de julgamento em um processo judicial. Fica claro, assim, que não estão em condições de ponderar as vantagens e desvantagens da tentativa de mediação⁹⁹.

Uma iniciativa merecedora de destaque foi a implementação da conciliação e da mediação nos processos judiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 2002. O projeto, pioneiro no que concerne ao uso de tais métodos de resolução de disputas às

⁹⁸ Artículo 5º: Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos: a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador (grifo nosso); c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil; d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512; k) Conflictos de competencia de la Justicia del Trabajo; l) Procesos voluntarios; m) Controversias que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, que queden alcanzadas por el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo. [ARGENTINA. Ley 26.993, DE 18 de Septiembre de 2014. Op cit.].

⁹⁹ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=1426>. Acesso em 13/06/2019.

demandas de segunda instância, tinha caráter experimental, mas acabou se tornando efetivo. Dois anos depois, o Tribunal autorizou a criação e a instalação do Setor de Conciliação e Mediação no Fórum João Mendes por meio do Provimento 893/2004 e ampliou, posteriormente, o alcance destes às comarcas e aos foros do Estado.

Em 2003, o debate acerca da necessidade de reforma do Poder Judiciário, que culminou na criação da Secretaria de Reforma do Judiciário no Ministério da Justiça, trouxe um espaço para que o instituto da mediação se fortalecesse enquanto alternativa hábil ao cenário apresentado, espaço este que se tornou ainda mais amplo com a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, como ilustra Adolfo Braga Neto:

É fato que, no processo de rediscussão do Judiciário que mobilizava o país, o tema da mediação estava na ordem do dia. Vários processualistas passaram a considerá-la como uma forma de desafogar a Justiça, por meio da desjudicialização. Especialistas conceituados como os professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe compartilhavam essa avaliação. A aprovação, em 2004, da Emenda Constitucional nº 45, que determinou significativas mudanças no Poder Judiciário, representou mais um impulso para que a questão da mediação fosse debatida com maior ênfase¹⁰⁰.

Em 2005, o deputado Nelson Markezelli (PTB/SP) apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.891/2005, que objetivava regulamentar as profissões de árbitros e mediadores, dentre outras providências. Na justificação de sua proposta, o autor enfatiza a importância da regulamentação das profissões de árbitro e mediador, bem como das atividades de entidades especializadas, a fim de manter no Brasil o nível adequado de procedimento no aspecto técnico e ético¹⁰¹.

Em audiência pública realizada em 2013, a proposta foi amplamente criticada pelos debatedores, ocasião em que restou rejeitada por unanimidade pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público.

Uma das principais críticas realizadas ao projeto foi a dificuldade em regulamentar as profissões de árbitro e mediador, pois, usualmente, tratam-se de profissionais especializados nas mais diversas áreas do conhecimento, tendo em vista que

¹⁰⁰ NETO, Adolfo Braga. *Mediação: uma experiência brasileira*. São Paulo: CLA Editora, 2017. p.36.

¹⁰¹ Na justificação da proposta, o deputado coloca a sua preocupação em relação aos desvios de conduta cometidos por parte de pessoas que se intitulavam “mediadores” ou “árbitros”, sem qualquer regulamentação ou fiscalização para a realização de sua atividade, como o caso de vendas de carteiras no Estado do Rio de Janeiro, que restou impune. Nas palavras dele, tais ocorrências acarretam inestimáveis danos sociais, “posto que maculam o novel instituto, que desempenhará em nosso País papel relevante na paz social”.

o único critério exigido por tais métodos é que o profissional goze da confiança e do respeito de ambas as partes.

Ademais, o deputado André Figueiredo (PDT/CE) levantou que a tentativa de criar conselhos reguladores da profissão é inconstitucional por vício de iniciativa, pois, nos termos do artigo 61, § 1º, inciso II, alínea “e” da Constituição Federal, é competência privativa do Executivo a criação de leis que disponham sobre a criação e a extinção de órgãos da administração¹⁰².

Importante também salientar a criação do Fórum Nacional de Mediação (FONAME) em 2007, entidade voltada à difusão, à promoção, à defesa e à capacitação de agentes de mediação, bem como à respectiva pesquisa e acompanhamento das discussões sobre o instituto no plano da investigação acadêmica.

O Fórum se consolidou em um contexto em que a mediação ocupava espaços de evidência no cenário nacional, dada a sua crescente popularização e reuniu diversas entidades públicas e privadas na tarefa de promover o instituto e a cultura da paz.

Dessa maneira, no início dos anos 2000, a ideia da mediação enquanto técnica adequada de resolução de disputas fortaleceu-se não somente aos olhos da sociedade civil, mas também dentro do Judiciário, sobretudo com a atuação voluntária dos mediadores.

Explicita Adolfo Braga Neto que, enquanto os serviços da mediação na esfera extrajudicial avançavam cada vez mais na conquista de novos espaços de atuação, por outro lado, fortalecia-se o movimento para a inserção da mediação como atividade sem remuneração junto ao Judiciário por iniciativa dos próprios mediadores, tendo em vista que estes detinham conhecimento da teoria, porém não gozavam de experiência prática¹⁰³.

Diante deste cenário, os próprios operadores jurídicos manifestaram a necessidade de estabelecer uma regulamentação para a inclusão da mediação enquanto instrumento hábil de resolução de disputas dentro do Poder Judiciário. Assim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) reuniu especialistas de diversas entidades associadas ao

¹⁰² CÂMARA DOS DEPUTADOS. Parecer do deputado André Figueiredo na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90FF80650911C3F2DF653C64F8730F82.proposicoesWebExterno2?codteor=1110451&filename=Tramitacao-PL+4891/2005>. Acesso em 13/06/2019.

¹⁰³ NETO, Adolfo Braga. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017. p.29.

FONAME e membros do Poder Judiciário para a construção conjunta de uma política pública com a finalidade de estimular, a nível nacional, a adoção dos meios autocompositivos para a resolução das demandas, como a conciliação e a mediação e, ao mesmo tempo, assegurar um padrão mínimo de qualidade à prática de tais métodos, como esclarece Adolfo Braga Neto:

Como resultado desse clima favorável à absorção desses instrumentos pelo Poder Judiciário, começou a se fortalecer, dentro do FONAME, a ideia de criar uma política pública que neutralizasse o projeto de lei em discussão no Congresso Nacional e oferecesse um padrão mínimo para o uso da mediação e da conciliação. Tendo como líder o professor Kazuo Watanabe, um grupo de especialistas associado ao FONAME se reuniu para discutir propostas nesse sentido, que resultaram na publicação, em novembro de 2010, da Resolução nº 125/10 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁴.

É nesse contexto que surge a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como um marco legal histórico para a autocomposição brasileira, ao consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios¹⁰⁵.

Em seus primeiros dois capítulos, a Resolução 125/2010 estabelece a implementação da Política Judiciária Nacional, que deve assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (artigo 1º, *caput*), com vistas à boa qualidade do serviço e da disseminação da cultura de pacificação social, por meio dos seguintes critérios: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento dos servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico (artigo 2º, *caput*).

Cabe ao Conselho Nacional de Justiça auxiliar os tribunais na organização de programas com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação (artigo 4º), podendo,

¹⁰⁴ Idem. p.47

¹⁰⁵ Ao justificar as proposições estabelecidas na resolução, o Conselho Nacional de Justiça coloca o direito de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, não se limita à vertente formal de acesso aos órgãos judiciários, visto que implica o acesso à ordem jurídica justa, que tutele, de forma adequada, os problemas jurídicos e os conflitos de interesses apresentados pelas partes. Por isso, é papel do Judiciário estabelecer uma política pública de tratamento adequado destes conflitos, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, a fim de possibilitar às partes um acesso, em âmbito nacional, a um sistema jurídico multiportas, que agregue outros mecanismos de solução de conflitos, como a mediação, por exemplo. Ainda que esse entendimento seja de longa data, a Resolução 125/2010 foi a primeira regulamentação normativa do tema em um contexto nacional, configurando, por este motivo, um marco histórico na construção da autocomposição no ordenamento jurídico brasileiro.

para tanto, contar com a participação de rede constituída por todos os órgãos do Poder Judiciário e por entidades públicas e privadas parceiras, inclusive universidades e instituições de ensino (artigo 5º). O artigo 6º explicita quais as demais atribuições do Conselho Nacional de Justiça para o desenvolvimento da rede supracitada¹⁰⁶.

O capítulo III da Resolução 125/2010 dispõe como atribuição dos Tribunais a criação, no prazo de trinta dias, dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que deverão ser compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, cujas atribuições são enumeradas pelo artigo 7º e seus incisos:

Art. 7º. Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;

VI – na hipótese de conciliadores e mediadores que atuem em seus serviços, criar e manter cadastro, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento;

VII – regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos da legislação específica;

¹⁰⁶ Art. 6º Para desenvolvimento dessa rede, caberá ao CNJ: I – estabelecer diretrizes para implementação da política pública de tratamento adequado de conflitos a serem observadas pelos Tribunais; II – desenvolver conteúdo programático mínimo e ações voltadas à capacitação em métodos consensuais de solução de conflitos, para servidores, mediadores, conciliadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; III – providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento; IV – regulamentar, em código de ética, a atuação dos conciliadores, mediadores e demais facilitadores da solução consensual de controvérsias; V – buscar a cooperação dos órgãos públicos competentes e das instituições públicas e privadas da área de ensino, para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura da solução pacífica dos conflitos, de modo a assegurar que, nas Escolas da Magistratura, haja módulo voltado aos métodos consensuais de solução de conflitos, no curso de iniciação funcional e no curso de aperfeiçoamento; VI – estabelecer interlocução com a Ordem dos Advogados do Brasil, Defensorias Públicas, Procuradorias e Ministério Público, estimulando sua participação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e valorizando a atuação na prevenção dos litígios; VII – realizar gestão junto às empresas e às agências reguladoras de serviços públicos, a fim de implementar práticas autocorpositivas e desenvolver acompanhamento estatístico, com a instituição de banco de dados para visualização de resultados, conferindo selo de qualidade; VIII – atuar junto aos entes públicos de modo a estimular a conciliação nas demandas que envolvam matérias sedimentadas pela jurisprudência.

VIII – incentivar a realização de cursos e seminários sobre mediação e conciliação e outros métodos consensuais de solução de conflitos;
IX – firmar, quando necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução.

Parágrafo único. A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça¹⁰⁷.

Ademais, para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competências nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), unidades do Poder Judiciário responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão (artigo 8º e artigo 165 do Código de Processo Civil).

Quanto à composição e a organização dos profissionais atuantes, os Centros contarão com um juiz coordenador e, se necessário, com um adjunto, aos quais caberá a sua administração, bem como a supervisão do serviço de conciliadores e mediadores. Estes magistrados serão designados pelo Presidente de cada Tribunal dentre aqueles que realizaram treinamento segundo o modelo estabelecido pelo CNJ (artigo 9º, *caput*).

Os Tribunais deverão assegurar que nos Centros atuem servidores com dedicação exclusiva, todos capacitados em métodos consensuais de solução de conflitos e, pelo menos, um deles capacitado também para a triagem e encaminhamento adequado de casos (artigo 9º, § 2º da Resolução nº 125/10).

Nos termos do artigo 8º, §1º da Resolução nº 125/10, as sessões de conciliação e mediação pré- processuais deverão ser realizadas nos Centros, sendo permitida a sua realização nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, em caráter excepcional, desde que conduzidas por conciliadores e mediadores cadastrados junto ao Tribunal (inciso VI do artigo 7º e artigo 167, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (artigo 9º do mesmo dispositivo legal).

¹⁰⁷ BRASIL. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em 15/05/19.

Os conciliadores e mediadores judiciais devidamente cadastrados para atuação nos Tribunais de Justiça, se advogados, ficam impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções (artigo 167, § 5º do Código de Processo Civil).

Também é atribuição dos Tribunais a realização de cursos de capacitação aos conciliadores e mediadores nos termos do conteúdo programático estipulado pelo Conselho Nacional de Justiça, podendo fazê-lo por meio de parcerias (artigo 12 da Resolução nº 125/10 e artigo 167 do Código de Processo Civil)¹⁰⁸.

Aos profissionais já habilitados nos termos da capacitação mínima exigida pela Resolução, cabe aos Tribunais oferecer cursos de aperfeiçoamento e reciclagem permanente das técnicas de resolução consensual de litígios, a fim de aprimorar a qualidade dos conciliadores e dos mediadores atuantes no Judiciário (artigo 12 da Resolução nº 125/10).

A regulamentação apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça simbolizou apenas o primeiro passo, já que a Resolução 125/2010 acirrou ainda mais os debates e estimulou o desenvolvimento de outras propostas sobre o tema.

Novas proposições foram trazidas ao Legislativo com o intuito de regulamentar, de modo mais profundo, o instituto da mediação e sua utilização enquanto método de prevenção e solução consensual de conflitos, a exemplo dos Projetos de Lei nº 517/11, 405/13 e 434/13¹⁰⁹.

¹⁰⁸ O Anexo I da Resolução nº 125/2010 prevê uma capacitação mínima de 80h/a para todos os facilitadores da solução consensual de controvérsias, composto por três módulos sucessivos e complementares: módulo I, denominado “Introdução aos meios alternativos de solução de disputas” e direcionados aos conciliadores, mediadores e serventuários da justiça; módulo II, denominado “conciliação e suas técnicas”, direcionado aos conciliadores e aos mediadores, seguido de estágio supervisionado de 12h no Tribunal; e módulo III, denominado “mediação e suas técnicas”, direcionado aos mediadores, seguido de estágio supervisionado de 24h no Tribunal. O anexo também prevê módulos de capacitação direcionados aos magistrados e aos servidores dos Tribunais.

¹⁰⁹ Sobre o tema, discorre Luciane Moessa Souza que “o PLS 517/2011, apresentado pelo Senador Ricardo Ferraço, detalha alguns aspectos sobre o procedimento do instituto não abordados pelos projetos anteriores (PLS 4.827/98 e 4.891/05), mas deixa, por outro lado, de tratar de outros aspectos importantes à regulamentação do instituto, como as incompatibilidades para atuação posterior de mediadores. A autora elucida que, em 2013, foi elaborado um novo anteprojeto sobre mediação, apresentado no Senado por um parlamentar ligado ao governo federal, que abarcava não só a mediação judicial, mas também a extrajudicial (PLS 434/2013). À época, o projeto foi formulado por uma comissão de especialistas no tema nomeados pelo Ministério da Justiça. Outro projeto de lei foi criado no mesmo ano para disciplinar especificamente a mediação extrajudicial, tendo sido redigido por uma comissão de especialistas instituída no âmbito do Senado Federal (PLS 405/2013). Esses três projetos foram aglutinados no Senado Federal, tendo a sua redação sofrido diversas alterações e culminado na promulgação da nova Lei sobre Mediação de Conflitos, Lei 13.140, de 26 de junho de 2015” [SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e

Como já explicitado no primeiro capítulo deste trabalho, o próprio sistema de direito processual civil brasileiro, reformulado em 2015, passou a estimular a adoção dos métodos autocompositivos, ao dispor, no capítulo que discorre acerca das normas fundamentais do processo civil, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos (artigo 3º, §2º) e que esta solução, promovida por meio da conciliação, da mediação e de outros métodos, deverá ser estimulada por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (artigo 3º, §3º).

Ademais, ao dedicar uma seção inteira à regulamentação dos métodos autocompositivos em seu bojo (Seção V, Capítulo III), a codificação civil aprofundou alguns pontos ainda embrionários na Resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Nesse sentido, destaca-se, principalmente, a regulamentação da aplicação da mediação nos conflitos que envolvem a Administração Pública¹¹⁰.

As hipóteses de impedimento¹¹¹ e de suspeição aplicáveis aos mediadores e aos conciliadores são as mesmas de um magistrado (artigo 5º da lei 13.140/15 e artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil). Se qualquer impedimento restar configurado, aos facilitadores autocompositivos é vedado assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram (artigo 172, Código de Processo Civil).

envolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. P. 56].

¹¹⁰ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. [BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm#art311ii>. Acesso em 15/05/2019].

¹¹¹ Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição. Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador. [BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Op cit*].

O Código de Processo Civil, no artigo 173, também regulamentou com mais propriedade as hipóteses de exclusão de cadastro de conciliadores ou mediadores perante os tribunais, que seriam devidamente apurados em processo administrativo (§ 1º).

O dispositivo elencou, como hipóteses a configuração de dolo ou culpa na condução do procedimento sob sua responsabilidade (inciso I, primeira parte), a violação dos princípios que balizam o procedimento e do dever de confidencialidade perante as partes (inciso I, segunda parte) e atuação do profissional em procedimento apesar de suspeito ou impedido (inciso II).

Em caso de conduta inadequada por parte do mediador ou do conciliador, ao juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação é facultado determinar o afastamento do facilitador de suas atividades por até cento e oitenta dias, por decisão fundamentada e detalhada acerca do fato ao tribunal, a fim de motivar a instauração do respectivo processo administrativo (§ 2º).

As iniciativas normativas supracitadas e a existência de um clima favorável à discussão do instituto tornaram ainda mais latente o interesse na criação de uma legislação específica que disciplinasse a mediação. Assim, com uma tramitação surpreendentemente rápida¹¹², surgiu a lei nº 13.140/2015, popularmente conhecida como Lei da Mediação.

A lei 13.140/2015 trouxe, em seu bojo, não somente regras pertinentes à prática da mediação judicial ou extrajudicial na solução de controvérsias entre particulares, mas inovou ao regulamentar, como ilustra a redação do artigo 1º, a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (artigo 32 e seguintes)¹¹³.

¹¹² Explicita Adolfo Braga Neto que, ao contrário do esperado, a Lei nº 13.140/2015 foi aprovada em poucos meses. “O texto foi aprovado em 2013 no Senado Federal e foi encaminhado à Câmara dos Deputados em 2014. Segundo Flávio Croce Caetano (2017, p. 59), a tramitação da proposta na Câmara dos Deputados enfrentou muita resistência, tendo em vista que “muita gente considerava que, com o Novo Código de Processo Civil, não era necessária uma lei para a mediação”. Contudo, esse mesmo momento histórico de reformulação do sistema processual civil e das discussões acerca da mediação em voga foi essencial para a rapidez na aprovação do projeto. O deputado Sergio Zveiter, relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, apresentou alterações à proposta inicial na forma de um substitutivo, posteriormente aprovado pelo Senado, de modo que, em junho de 2015, o texto recebeu a sanção presidencial” [NETO, Adolfo Braga. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017. p. 50 e 51].

¹¹³ O uso da mediação enquanto método adequado de resolução de disputas no âmbito da Administração Pública não será abordada neste trabalho. Contudo, vale ressaltar a grande contribuição, a nível social, que a lei 13.140/2015 trouxe à sociedade civil ao exigir a adoção de uma rotina de autocomposição nas relações do Poder Público, não somente no que tange à melhoria do serviço público, mas sobretudo na proteção do interesse social e na concessão de uma resposta célere e eficiente à resolução dos conflitos nessa seara.

As particularidades trazidas pela legislação acerca dos princípios, do procedimento e das características do mediador serão exploradas nos próximos subtópicos do presente capítulo.

3.2. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015, “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

No que tange ao objeto, o diploma legal supracitado define, em seu artigo 3º, que a mediação pode versar sobre o conflito, no todo ou em parte (§1º), que envolva direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, ocasião em que deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (§2º).

O artigo 165 do Código de Processo Civil, em seu parágrafo 3º, explicita que a mediação deve ser aplicada, preferencialmente, nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes.

Um dos principais objetivos que se pretende alcançar com a mediação é a valorização do relacionamento prévio existente entre as partes. Assim, além da resolução da disputa ao aclarar os verdadeiros interesses conflitantes, a mediação visa também a construção de uma relação continuada que, futuramente, permaneça oferecendo ganhos mútuos ao envolvidos. Nas palavras de Luciane Moessa Souza:

A principal diferença da mediação em relação à decisão judicial é que ela busca a solução do conflito com os olhos voltados para o futuro, ao passo que o julgamento leva em conta, normalmente, apenas os fatos passados levantados e comprovados em juízo¹¹⁴.

Ademais, o procedimento da mediação tende a ser mais célere que o processo judicial, influenciando significativamente na redução dos custos de transação, como anteriormente abordado no primeiro capítulo deste trabalho. A fácil acessibilidade e a eficiência na resolução das disputas são fortes motivações da força da adoção do instituto no meio empresarial, como ilustra Diego Faleck:

¹¹⁴ SOUZA, Luciane Moessa. *Op cit.* p. 54

O deslocamento da atenção em direção à mediação se dá fundamentalmente pelo fato de que o método atende melhor às principais estratégias empresariais de gerenciamento de disputas: o controle de custos durante o processo e de riscos do resultado. Ademais, como revelam as pesquisas, a decisão do processo de mediação por essas empresas tem gerado alta satisfação¹¹⁵.

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça também estabelece algumas características essenciais à realização do procedimento da mediação, que, no documento legal, são elencadas como regras de procedimento do mediador.

É característica da mediação e dever do mediador a prestação clara e concisa de informações pertinentes aos envolvidos no processo, esclarecendo-os acerca do método de trabalho a ser empregado, bem como acerca dos princípios, das regras e das etapas do procedimento¹¹⁶.

Ademais, também é uma característica importante da mediação a ausência da obrigatoriedade do resultado¹¹⁷, de modo que é dever do mediador atuar de forma prudente sem a intenção de forçar o consenso ou tomar decisões pelos envolvidos, já que o seu trabalho, na maioria dos casos, consiste no empoderamento das partes mediante a restauração da comunicação¹¹⁸.

O mediador deve esclarecer aos envolvidos que, ao assim atuar, está desvinculado de sua profissão de origem, de modo que lhe é vedado conceder qualquer orientação ou aconselhamento afetos à área de conhecimento de sua formação, já que é característica da mediação a presença de um terceiro neutro, cuja função é a de facilitador do diálogo¹¹⁹.

¹¹⁵ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. 42, jul./set. 2014, p. 264.

¹¹⁶ Anexo – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Dos princípios e garantias da conciliação e mediações judiciais. Artigo 2º, §1º.

¹¹⁷ Idem. Artigo 2º, §2º.

¹¹⁸ Sobre o tema, Riskin (2002, p. 26) descreve que “(...) a principal meta da mediação pode ser dar a seus participantes uma oportunidade de aprender ou de mudar. Isso pode tomar forma de uma evolução moral ou uma “transformação”, o que inclui, conforme defendido por Bush e Foger, o aprimoramento da autonomia ou “empoderamento” (capacidade de decidir sobre os problemas da própria vida) e da “identificação” (capacidade de reconhecer e simpatizar com a condição alheia)”.

¹¹⁹ Anexo – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Op cit. Artigo 2º, §4º.

Por fim, deve também assegurar que os envolvidos, se chegarem a um consenso, compreendam todos os termos do acordo elaborado por eles, assegurando que as disposições do mesmo sejam exequíveis e onerando as partes a cumpri-las¹²⁰.

No que tange aos princípios que balizam o exercício da mediação, o artigo 168 do Código de Processo Civil dispõe que “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada”.

Ao presente rol foram acrescentados, com força principiológica, os valores da busca do consenso e da boa-fé, nos termos do artigo 2º da Lei 13.140/2015, descrito *in verbis*:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I – imparcialidade do mediador;
- II – isonomia entre as partes;
- III – oralidade;
- IV – informalidade;
- V – autonomia da vontade das partes;
- VI – busca do consenso;
- VII – confidencialidade;
- VIII – boa-fé.

Nas palavras de Pedro Calmon¹²¹, a imparcialidade/neutralidade (artigo 2º, inciso I da lei nº 13.140/2015) é “o princípio que afirma o direito das partes a um método de mediação que lhes sirva de um modo justo e equitativo e a contar com mediadores que se abstenham de todo prejuízo ou favoritismo, percebido ou real, de fato ou palavra”¹²².

A garantia de um terceiro imparcial é indispensável de tal forma ao procedimento da mediação que a própria lei 13.140/2015 prevê que é dever do mediador

¹²⁰ Idem. Artigo 2º, §5º.

¹²¹ CALMON, Pedro. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. P.116 e 117.

¹²² Aqui se faz mister retomar uma temática muito explorada na Teoria Geral do Processo, qual seja a diferenciação entre imparcialidade e neutralidade do terceiro, igualmente aplicável aos processos de autocomposição. A ideia de um terceiro neutro, que exerce um raciocínio isento de influências internas (sentimentos, crenças ideológicas, filosóficas ou espirituais, etc) e externas (contexto familiar, contexto cultural, visões de mundo, etc), além de irreal, é completamente incoerente. No caso do mediador, a concepção de neutralidade enquanto um afastamento do terceiro em relação ao processo, em uma ótica positivista e formalista do meio social, também não pode ser aplicada, tendo em vista que é necessário à resolução autocompositivas de disputas a conexão do terceiro com as partes, a fim de compreender seus sentimentos, suas razões e suas necessidades implícitas. Nesse sentido, não ser neutro não significa envolver-se emocionalmente no conflito como se parte fosse, pois ao mediador cabe ser imparcial, isto é, deve se colocar entre as partes de modo equidistante, escutando ativamente ambas, com o intuito de conduzi-las ao consenso.

revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, concedendo-as a oportunidade de recusá-lo e optar por outro intermediador (artigo 5º, parágrafo único). Frise-se que as hipóteses legais de impedimento e suspeição para o mediador são as mesmas aplicáveis ao juiz, previstas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil.

Não só o terceiro deve ser imparcial, como as partes precisam se encontrar em posição de igualdade durante um procedimento da mediação. Nesse sentido, o princípio da isonomia entre as partes (artigo 2º, inciso II da lei nº 13.140/2015) assegura às partes interessadas que, apesar das diferenças trazidas à mesa – sejam elas de concepções, de forças e até mesmo de poder –, ambas gozarão dos mesmos direitos de fala, do mesmo protagonismo no espaço e estarão submetidas às mesmas regras e deveres durante todo o procedimento.

Enquadrar as partes em posições isonômicas, minimizando o peso trazido pelas divergências, favorece o diálogo e a resolução adequada do conflito, pois, nas palavras de Roberto Bianchi:

A característica fundamental que sustenta o conflito é a percepção que as partes têm das suas diferenças. E o fato do conflito se apresentar como resultado da percepção de interesses divergentes produz a conexão direta da pessoa com o problema¹²³.

O princípio da oralidade (artigo 2º, inciso III da lei nº 13.140/2015), integrante do processo civil, assume nova roupagem perante os processos autocompositivos, sobretudo a mediação: não se trata somente de realizar as tratativas do procedimento de forma oral, garantindo maior celeridade aos atos processuais, mas também envolve o reestabelecimento do diálogo entre os sujeitos do processo, gerando uma nova perspectiva do conflito, como descreve Henrique Gomm Neto:

A introdução da figura do mediador vai acrescentar um novo nível de comunicação junto aos mediados. Assim, além da comunicação existente entre os mediados, a presença do mediador vai instaurar um novo nível de comunicação: entre os mediados e o mediador. E o que é mais importante, o processo de mediação se desenvolverá num ambiente neutro e de respeito

¹²³ BIANCHI, Roberto, 1996 *apud* NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem ("med-arb"). In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015. p 274.

mútuo¹²⁴.

No que tange ao princípio da informalidade (artigo 2º, inciso IV da lei nº 13.140/2015), faz-se mister ressaltar o entendimento de que, para alguns autores que são referências no estudo do tema, o termo “informal” traz diversas incoerências quanto à compreensão do procedimento da mediação¹²⁵. Portanto, é preferível dizer que o instituto é dotado de um procedimento flexível, pautado por princípios norteadores e sujeito a regras diversas que visam, primordialmente, a pacificação da relação conflituosa de modo conceitual.

Nesse sentido, nas palavras de Francisco de Mesquita Laux citando Carlos Alberto de Salles¹²⁶, a mediação é marcada por um formalismo *sui generis* ou um “*short form formalism*”, isto é, apresenta uma maior flexibilidade quanto às amarras legais e processuais que envolvem a aplicação normativa¹²⁷.

Portanto, o princípio da informalidade dispõe que a mediação, por ser um procedimento autocompositivo, não se limita a um formalismo rígido e pré-estabelecido pela lei, nem mesmo no que tange à condução das sessões, que podem fluir de acordo com o interesse das partes, sob a supervisão do mediador. Contudo, dada a sua natureza de procedimento autônomo e legítimo de resolução de disputas, a mediação apresenta regras e princípios inerentes à atividade, que devem ser previamente informados e respeitados por todos os presentes nas sessões.

¹²⁴ Idem. p. 273.

¹²⁵ Para Laux, por exemplo, não há uma diminuição de obrigações a serem cumpridas pelas partes e pelo terceiro envolvido, de modo que não há um total informalismo ou uma redução de formalismo pouco criteriosa na condução do método, que é, inclusive, balizado por seus próprios princípios e regras, ainda que diversas daquelas aplicadas ao processo judicial [LAUX, Francisco de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P.74].

¹²⁶ “Mecanismos alternativos não podem ser confundidos com informalismo. Para Galanter, há neles um “short form formalism”, quer dizer, as amarras legais e processuais para a aplicação normativa são mais flexíveis, não significando, entretanto, um decréscimo na participação de profissionais, mas uma troca de profissionais”. [SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. P. 785. *apud* LAUX, Francisco de Mesquita. *Op cit.* P.75].

¹²⁷ Aqui, importante salientar que Laux faz uma ressalva quanto à aplicabilidade do devido processo legal nos procedimentos autocompositivos. Ao seu ver, a amplitude do devido processo legal no âmbito das técnicas autocompositivas é reduzida, a fim de “evitar uma procedimentalização ou formalização excessiva que vá de encontro à autonomia e à flexibilidade do desenho processual da mediação”. [LAUX, Francisco de Mesquita. *Op cit.* p. 78].

O princípio da independência e da autonomia da vontade das partes (artigo 2º, inciso V da lei nº 13.140/2015) as empodera para que elas mesmas definam suas questões e necessidades, bem como apontem soluções de ganhos mútuos, estabelecendo, de forma conjunta, os termos do acordo que desejam celebrar¹²⁸.

Ademais, é a vontade das partes que determina o resultado do processo de mediação, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, nos termos do artigo 166, §4º do Código de Processo Civil. Nas palavras de Fredie Didier Junior:

A vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 166, §4º, CPC; art. 2º, §2º do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010 – CNJ). Muito a propósito, o §2º do artigo 2º da Lei n. 13.140/2015 expressamente consagra o direito de a parte sair a qualquer momento do procedimento da mediação¹²⁹.

Frise-se que a autonomia das partes também alcança o mediador, que deve atuar livre de qualquer pressão interna ou externa, sendo-lhe permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, bem como recusar-se a redigir acordo ilegal ou inexecutável¹³⁰.

O princípio da busca pelo consenso (artigo 2º, VI da lei nº 13.140/2015) é inerente à natureza da mediação enquanto método compositivo, tendo em vista que o objetivo da atuação do mediador é auxiliar e estimular as partes a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (artigo 1º, parágrafo único da Lei nº 13.140/2015).

É necessário, porém, explicitar que o supracitado dispositivo legal, ao utilizar os termos “busca pelo consenso”, não limita à função da mediação à concretização de um acordo. Na realidade, o que se intenta é a construção de um resultado conjunto que satisfaça todos os envolvidos no conflito, mediante o empoderamento dessas pessoas e a restauração de sua comunicação, ainda que não exista consenso entre elas acerca de todos os termos discutidos na sessão.

¹²⁸ CALMON, Pedro. Fundamentos da mediação e da conciliação. 2ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. P.116 e 117.

¹²⁹ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2016. p.276

¹³⁰ Anexo – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Dos princípios e garantias da conciliação e mediações judiciais. Artigo 1º, §5º.

Frise-se que o princípio da busca pelo consenso foi imputado como dever ao Estado e aos membros atuantes na esfera do Poder Judiciário (juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público) pelo Código de Processo Civil¹³¹.

A confidencialidade (artigo 2º, inciso VII da lei nº 13.140/2015) também é um princípio intrínseco à essência do procedimento da mediação, que, nas palavras de Pedro Calmon¹³², afirma que “toda a informação obtida pelo mediador ou pelas partes se manterá dentro do programa de mediação, exceto se eventual revelação for autorizada previamente pelas partes”. Consoante é a redação do *caput* do artigo 30 da Lei nº 13.140/2015:

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação¹³³.

Nesse sentido, as provas apresentadas em processo arbitral ou judicial que estiverem em desacordo com as tratativas legais acerca da confidencialidade do procedimento de mediação não serão válidas, tampouco admitidas (artigo 30, §2º da lei nº 13.140/2015).

O artigo 30 da lei nº 13.140/2015, em seu parágrafo 1º, define que a confidencialidade é um dever que se aplica a todos aqueles que participaram, de forma direta ou indireta, do processo de mediação, alcançando não só o mediador, mas também as partes, seus prepostos, advogados, assessores técnicos e outras pessoas de sua confiança.

São informações de cunho confidencial durante o procedimento e fora dele, a declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na

¹³¹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 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. (g.n) [BRASIL. Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 07/06/19].

¹³² CALMON, Pedro. *Op cit.* P.116 e 117.

¹³³ BRASIL, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 15/05/2019.

busca de entendimento para o conflito (inciso I); o reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação (inciso II); a manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador (inciso III); o documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação (inciso IV).

As informações concedidas por uma das partes em sessão privada também são de caráter confidencial, sendo, portanto, proibido ao mediador revelá-las aos demais envolvidos no procedimento, salvo expressa autorização (artigo 31 da lei nº 13.140/2015).

Contudo, o princípio da confidencialidade na mediação também abrange exceções, sobretudo quando a informação requisitada envolve o interesse público. Portanto, nos casos de ocorrência de crime de ação pública, a regra da confidencialidade não se aplica (artigo 30, §3º da lei nº 13.140/2015).

Ademais, tal princípio não exime a prestação de informações à administração tributária após o termo final da mediação por parte de todos os envolvidos no procedimento, sendo, porém, obrigação dos servidores administrativos manter sigilo acerca do conteúdo compartilhado, nos termos do artigo 198 da Lei nº 5.172/66 (artigo 30, §4º).

Por fim, o processo de mediação é também orientado pelo princípio da boa-fé (artigo 2º, inciso VIII da lei nº 13.140/2015), que se extrai de uma cláusula geral processual, isto é, do artigo 5º do Código de Processo Civil, sendo, então, compreendido como uma norma balizadora de conduta¹³⁴.

Nas palavras de Didier¹³⁵, o devido processo legal exige a observância de regras procedimentais, previamente estabelecidas, que se pautem no dever de lealdade e ética entre as partes. É nessa seara que se dá a atuação do princípio da boa-fé, que não somente assegura o cumprimento de tais deveres, mas impõe outro: o dever de cooperação entre os sujeitos do processo.

¹³⁴ Sobre o tema, esclarece Fredie Didier Jr que “o artigo 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções”. [DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2016. P. 106]

¹³⁵ Idem. p.114.

Consoante é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no RE nº 464.963-2-GO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao dispor que o princípio do devido processo legal “representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos profissionais”¹³⁶.

Respeitadas as particularidades dos processos judicial e autocompositivo, sua manifestação se revela de igual modo na mediação, envolvendo todo o procedimento enquanto regra geral de conduta previamente estabelecida e estendendo-se a todos aqueles que dele participam, nos termos do artigo 5º do Código de Processo Civil.

As características e os princípios elencados acima, somados aos deveres de respeito à ordem pública e de competência por parte do facilitador de processos de autocomposição¹³⁷, compõem o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais proposto pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125/2010 e norteiam, portanto, a atuação do mediador em qualquer ramo, inclusive nas disputas empresariais, cujo devido enfoque será dado no próximo capítulo.

4. AS VANTAGENS E OS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O primeiro capítulo deste trabalho abordou os escopos econômicos, sociais e as peculiaridades que envolvem os litígios empresariais, sobretudo a partir das relevantes mudanças trazidas pelo cenário econômico a partir do século XXI, para explicitar como se estruturou e como atualmente se estrutura a resolução de conflitos no âmbito empresarial.

¹³⁶ STF, 2ª Turma, RE nº 464.963-2-GO, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/02/2006 e publicado no DJe em 30/06/2006.

¹³⁷ Anexo – Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Op cit. Dos princípios e garantias da conciliação e mediações judiciais. Artigo 1º – São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes. (...) §2º. Competência – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada. (...) §6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes. (g.n)

Para tanto, partiu-se da noção de custos de transação e sua íntima relação com as características intrínsecas ao processo civil, sobretudo o tempo dos procedimentos. Concluiu-se que quanto mais morosa a prestação jurisdicional, menor a sua eficiência, pois o aumento dos custos de transação torna as atividades empresariais reféns dos danos marginais do processo.

Como a judicialização de demandas se tornou um caminho cada vez mais inadequado à velocidade de resposta que as controvérsias empresariais exigem, o Código de Processo Civil trouxe novas alternativas para assegurar a tão almejada tutela jurisdicional eficiente.

Nesse sentido, surgem as medidas de urgência (arts. 294 a 311 do CPC), procedimentos provisórios fundados em cognição sumária, que podem prestar tutela satisfativa ou tutela cautelar aos direitos na presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Ainda que, em um primeiro momento, tais medidas tenham sido consideradas determinantes para assegurar eficiência ao provimento jurisdicional, a prática elucidou que elas nem sempre asseguram uma resolução adequada e eficaz aos litígios empresariais em face de seu caráter provisório, que pode ser repetidamente questionado e até revertido em benefício de outros interessados no processo, seja por intermédio dos recursos cabíveis, seja pela apresentação de fatos e direitos supervenientes na instância de origem¹³⁸.

Nessa esteira, diante da importância de se pensar em uma gestão adequada de conflitos, a presente tese procurou explorar o crescimento da autocomposição enquanto alternativa hábil a oferecer às partes uma resolução célere, efetiva e exauriente aos litígios empresariais.

Diante da exploração dos benefícios trazidos pela autocomposição aos conflitos societários em uma perspectiva geral, o capítulo anterior deste trabalho aprofundou os escopos da pesquisa, tomando a mediação como o seu principal objeto de análise.

¹³⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação Empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para a solução de disputas entre sócios*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 39.

Para tanto, esclareceu quais características, regras e princípios norteiam o procedimento de mediação, bem como explorou o contexto de regulamentação normativa que estruturou o instituto no Brasil.

Com intuito de prosseguir a análise de maneira aprofundada, o presente capítulo almeja explorar as possibilidades e os desafios que envolvem a aplicação da mediação enquanto método autocompositivo adequado de resolução de conflitos no ramo empresarial, que, para fins de estruturação, foi organizado em cinco principais subtópicos.

O primeiro abordará as múltiplas naturezas de conflitos no âmbito do Direito Empresarial e sua conexão com a mediação, que, por fins de organização, foram divididas em dois principais grupos: conflitos empresariais internos e conflitos interempresariais.

A partir da definição dos dois conceitos, o subtópico trará em sua estrutura a análise dos custos que envolvem cada tipo de conflito e elucidará, a partir do estudo de casos práticos, a importância da mediação enquanto método autocompositivo de resolução de disputas para a gestão adequada e eficiente dos conflitos societários.

O segundo abordará como se estrutura o procedimento de mediação, explicitando: quais as fases que regem a mediação, quais os custos envolvidos no processo e quais as principais diferenças do procedimento da mediação extrajudicial para o da mediação judicial.

O terceiro abordará as habilidades e o perfil exigidos do mediador para a atuação no âmbito empresarial.

O quarto detalhará, pormenorizadamente, quais as principais vantagens, em uma perspectiva geral, no uso da mediação para a construção de uma técnica adequada de resolução de conflitos no âmbito empresarial.

Por fim, o quinto subtópico abordará quais os principais desafios enfrentados pelo instituto no contexto brasileiro para a sua viabilização enquanto técnica autônoma e adequada de resolução das disputas supracitadas.

4.2. CONFLITOS EMPRESARIAIS INTERNOS E CONFLITOS INTEREMPRESARIAIS: A APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DAS DISPUTAS EMPRESARIAIS;

4.2.1. CONFLITOS EMPRESARIAIS INTERNOS

Como dito anteriormente, para fins de melhor organização, o presente trabalho divide os conflitos empresariais em duas principais espécies: conflitos empresariais internos e conflitos interempresariais.

No Direito Comercial, quando se fala em conflito empresarial interno, subentende-se um conflito societário, isto é, uma disputa travada entre os sócios de uma empresa. O presente trabalho busca uma abordagem mais ampla, que não se limita somente à abordagem dos conflitos societários internos.

Nesse diapasão, a compreensão de conflito empresarial interno adotada pela presente tese abarca todo o conflito que envolve o espectro interno da empresa: conflitos societários, mas também conflitos entre funcionários, entre gestores e seus funcionários, entre departamentos da empresa, dentre outros. Nas palavras de Anna e Marc Burbridge, “é o tipo de conflito mais complexo, porque as partes conflitantes estão, supostamente, do mesmo lado da mesa e a maior parcela dos custos é oculta”¹³⁹.

Ainda que sejam, em sua grande maioria, ocultos, Anna e Marc Burbridge estipularam oito tipos de custos que podem ser gerados como resultado de um conflito interno em uma empresa¹⁴⁰, baseados em um modelo de trabalho criado por Daniel Dana, fundador do Mediation Training Institute International (MTI)¹⁴¹.

Para fins didáticos, esses custos foram divididos em três principais grupos: custos relacionados à empresa, custos relacionados à equipe e custos de impacto devido à ocorrência do conflito.

¹³⁹ BURBRIDGE, Ana. BURBRIDGE, Marc. Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

¹⁴⁰ Idem. p.45 a 52

¹⁴¹ No presente trabalho, a análise do modelo de Dana será para fins meramente teóricos, sem a utilização dos parâmetros de medida e cálculo de valores que o livro Conflict Resolution oferece, tendo em vista que tais valores não estão totalmente validados no Brasil.

Quanto aos custos relacionados à empresa, podemos listar os custos relacionados ao tempo, custos de oportunidade e custos advindos de atos praticados contra a empresa.

No ambiente empresarial, a tentativa de administrar as consequências de conflito com as pessoas que estão emocionalmente envolvidas nele sem o devido preparo e sem o uso das técnicas apropriadas costuma consumir bastante tempo da rotina dos gestores, pois, normalmente, resulta em reuniões longas e improdutivas.

Na realidade brasileira, a importância de um sistema efetivo de gestão de conflitos é ainda maior, sobretudo diante da constatação de que de dez empresas brasileiras, nove são familiares, cujo controle pertence a uma ou mais famílias¹⁴².

Os conflitos organizacionais não consomem somente o tempo dos gestores, mas também dos demais membros da empresa, que tem a sua produtividade afetada ao ter uma porcentagem do seu tempo afetada pelos desgastes emocionais ocasionados. Isso traz para a empresa baixos custos de oportunidade, isto é, o que se espera de retorno laboral por parte do funcionário acaba ficando aquém do valor investido pela empresa nele.

Na hipótese de um ambiente laboral contaminado por sucessivos desgastes e estresses emocionais em face da má gestão dos conflitos, também é esperado que os funcionários acabem cometendo atos contra a empresa, como a deflagração de uma greve por melhores condições de trabalho, por exemplo. Esses custos se tornam ainda mais onerosos em caso de sabotagens contra a empresa ou atos físicos contra o patrimônio empresarial.

Os custos relacionados à equipe são aqueles que se manifestam sempre quando os gestores buscam a resolução do conflito de forma não apropriada e, por isso, acabam gerando ônus à equipe.

Muitas vezes, a incapacidade de lidar com os conflitos que acontecem no ambiente empresarial conduz à demissão de um funcionário que, mesmo envolvido no conflito, apresentava bons resultados e realizava um bom trabalho.

¹⁴² SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Estudo sobre empresas familiares. Abril, 2017. P. 4. Disponível em: <[https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf)>. Acesso em: 31/05/19.

Considera-se como custo da perda do talento é o custo para substituir um profissional-chave dentro da organização, como: dispensa, busca e seleção de um novo candidato para a vaga, produtividade perdida no meio-tempo e o tempo de aprendizagem para que um novo funcionário chegue ao nível de produtividade do anterior¹⁴³.

Em outros casos, o gestor decide realizar o remanejamento de pessoas ou processos, a fim de amenizar os efeitos do conflito. Ocorre que quando o remanejamento é realizado de forma desnecessária, a solução se torna contraprodutiva e gera custos à empresa, podendo também aparentar para os envolvidos que a gestão simplesmente evitou enfrentar o conflito, agravando as suas consequências.

Por fim, os impactos de um conflito mal gerido são inúmeros. Quando os desentendimentos e as discordâncias são frequentes dentro das organizações e não há uma ingerência adequada sobre isso, há um impacto direto nas decisões, como elucida Ana Burbridge:

Quando pessoas começam a se desentender, a desconfiar ou, simplesmente, não gostar uma das outras, aumenta muito a possibilidade de passarem informações incompletas ou incorretas ou de sempre se ausentarem de um processo para o qual sua contribuição é essencial¹⁴⁴.

Diante de um cenário conflituoso, os primeiros fatores a serem afetados são a produtividade e a motivação da equipe, gerando, novamente, baixos custos de oportunidades à empresa.

Ademais, se o ambiente laboral é frequentemente conflituoso, tornando-se demasiadamente competitivo e estressante, logo aparecem os custos relacionados à saúde dos membros da empresa: altas taxas de ausências, problemas de saúde recorrentes, acidentes de trabalho, dentre outros fatores.

A mediação no âmbito organizacional é extremamente relevante enquanto instrumento de manutenção das relações interpessoais dentro das organizações. Nas palavras de Adolfo Braga Neto:

“A mediação de conflitos nas organizações tem se mostrado eficaz método para reverter este quadro e responder aos anseios dos executivos responsáveis pelas empresas ou organizações. Estimula a criação de sistemas que

¹⁴³ BURBRIDGE, Ana. BURBRIDGE, Marc. *Op cit.* p.48

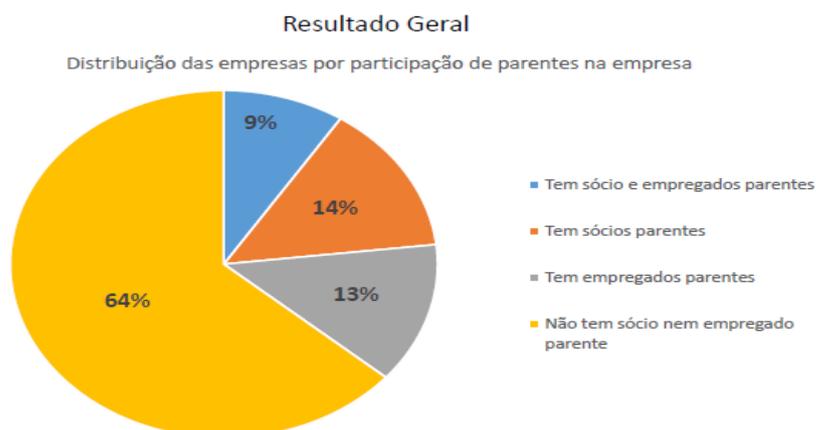
¹⁴⁴ Idem. p. 47.

possibilitem a seus integrantes passar a encarar o conflito de maneira natural, com vistas à sua resolução dentro de parâmetros mais pacíficos e equilibrados. Prioriza o reconhecimento dos papéis que cada participante deverá desempenhar na organização. E privilegia o diálogo cooperativo, não somente entre os envolvidos, mas também entre eles e a própria organização. (...). Além disso, é relevante asseverar que os objetivos e as missões das organizações se constituem norteadores e sustentáculos do sistema, sendo respeitados e identificados como impulsionadores da gestão e resolução dos conflitos”¹⁴⁵.

A importância da construção de sistemas de gestão adequada de conflitos dentro das organizações, incluindo o uso da mediação enquanto método hábil de resolução de disputas, torna-se ainda maior quando se observa o perfil das empresas brasileiras.

Em março de 2017, o Sebrae entrevistou 6.617 empresários de pequenos negócios (microempresários individuais, microempresários e empresas de pequeno porte) e constatou que 36% (trinta e seis por cento) das empresas entrevistadas possuem parentes em sua estrutura¹⁴⁶, ora como sócios, ora como empregados, ora como sócios e outros como empregados, como ilustra a Figura 01:

Figura 01 – Distribuição das empresas de pequeno porte por participação de parentes na empresa



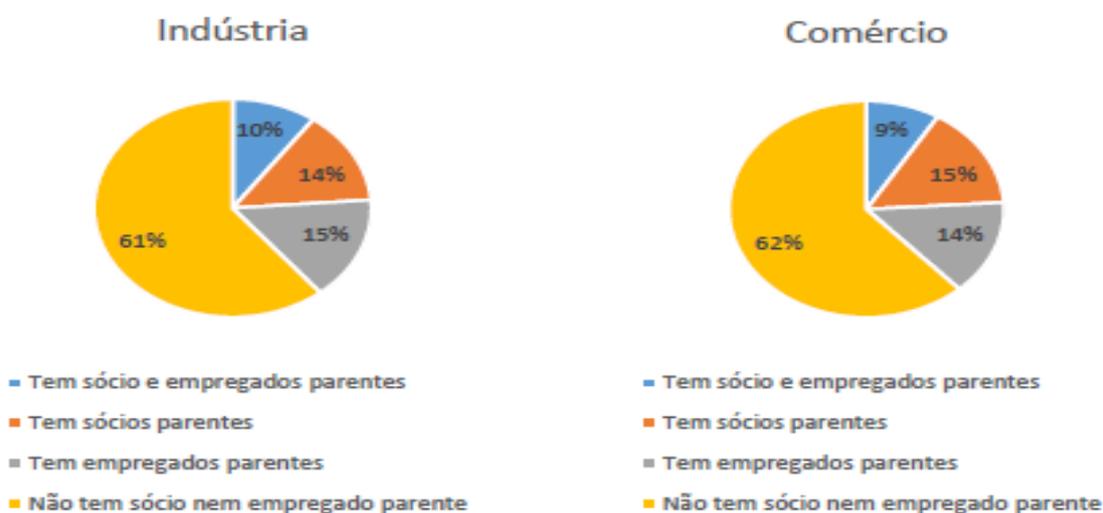
FONTE: SEBRAE (2017)

¹⁴⁵ NETO, Adolfo Braga. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p.164.

¹⁴⁶ SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Estudo sobre empresas familiares. Abril, 2017. P. 14. Disponível em: <[https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf)>. Acesso em: 31 /05 /19.

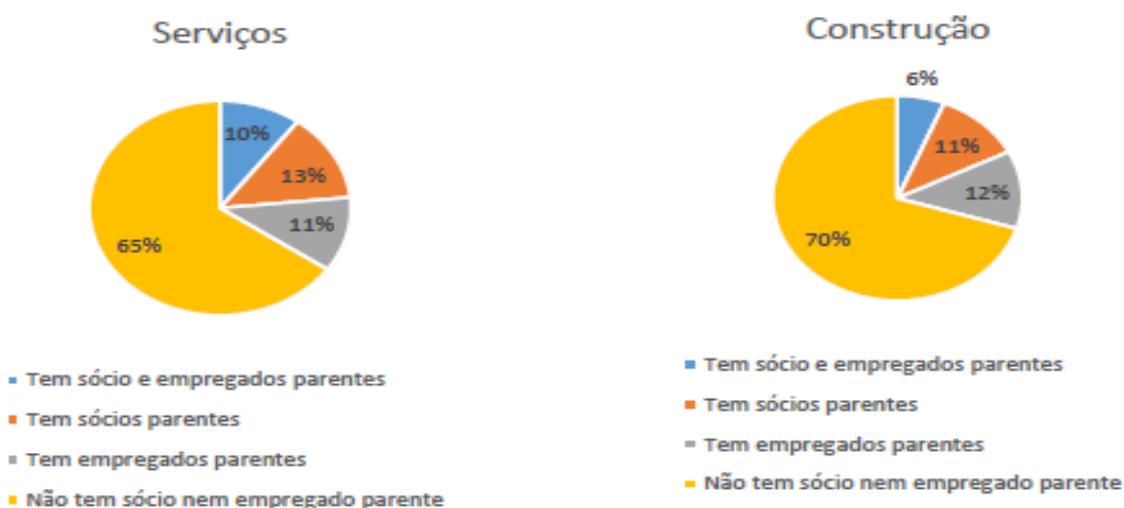
Outro aspecto relevante apresentado no estudo pelo Sebrae é que a participação de parentes nas microempresas e empresas de pequeno porte não se concentra em setores específicos. A pesquisa concluiu que há parentes em 39% das empresas na indústria, em 38% das empresas no comércio, em 35% nas empresas de serviços e em 30% nas empresas de construção, como atestam as figuras 02 e 03:

Figura 02 - Número de parentes nas empresas de pequeno porte dos setores de indústria e de comércio



FONTE: SEBRAE (2017)

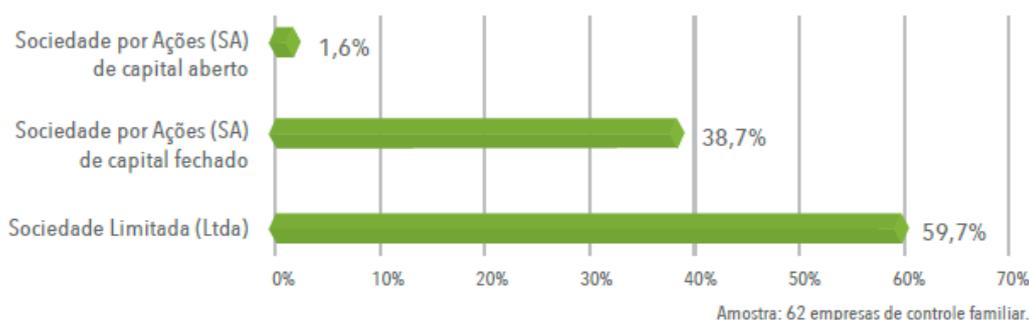
Figura 03 – Número de parentes nas empresas de pequeno porte dos setores de serviços e de construção



FONTE: SEBRAE (2017)

A concepção de que a presença das relações familiares dentro das organizações é um privilégio dos pequenos negócios é comprovadamente equivocada. Uma pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) trouxe a estimativa de que 85% das empresas de controle definido ou difuso são empresas de controle familiar¹⁴⁷. Dentre as empresas entrevistadas, o maior percentual de controle familiar pertence às sociedades limitadas (Ltda), seguidas das sociedades por ações (SA), como ilustra a figura 04:

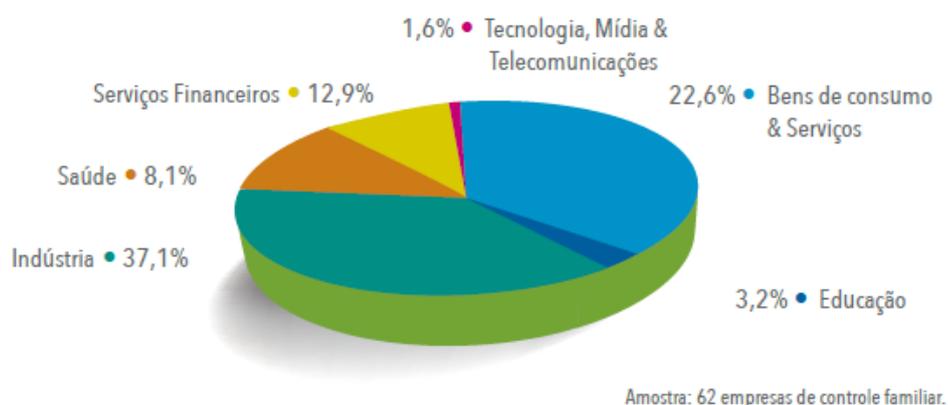
Figura 04 – Tipo jurídico das empresas de controle familiar entrevistadas pelo IBGC



FONTE: IBGC (2018)

Contudo, diferentemente dos dados apresentados pelo Sebrae em relação às microempresas e empresas de pequeno porte, as empresas de controle familiar permanecem concentradas nos setores industriais e de bens de consumo e serviços, como demonstrado na figura 05:

Figura 05 – Empresas de controle familiar e sua atuação nos principais setores de atividades do mercado



¹⁴⁷ IBGC – Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Protocolo Familiar: aspecto da relação de família e negócios, 2018. P.10. Disponível em: <<https://conhecimento.ibgc.org.br/Lists/Publicacoes/Attachments/23658/Publicacao-IBGCPesquisa-ProtocoloFamiliar-2018.pdf>>. Acesso em: 31 /05 /19.

Fonte: IBGC (2018)

Em suma, os dados apresentados nas duas pesquisas revelam o quão presente são as relações familiares nas estruturas empresariais brasileiras, desde as empresas de pequeno porte até as sociedades por ações (SA). Isso implica em dizer que os conflitos que permeiam a realidade dessas empresas não são de natureza comercial somente, revelando conflitos de natureza muito mais profunda, podendo abranger questões familiares e de cunho sucessório.

O conflito toma uma forma perigosa quando mistura os elementos objetivos dos negócios com os elementos subjetivos de uma relação familiar. A confusão dos papéis exercidos na empresa com os papéis exercidos na vida familiar pode desencadear graves distorções no exercício das atividades empresariais.

Tais distorções tornam-se ainda mais perigosas quando se está diante de um conflito societário, sobretudo porque estes consomem recursos que seriam, em outras circunstâncias, alocados em assuntos de maior interesse ao desenvolvimento da sociedade¹⁴⁸.

Nas palavras de Laux¹⁴⁹, a existência de um conflito societário costuma ter dois desdobramentos: (I) a perda do foco nos rumos da sociedade em face de desentendimentos entre os sócios e, por vezes, o próprio sócio-administrador; (II) a majoração dos custos de transação na medida em que a sociedade passa a suportar, além de suas obrigações, os recursos necessários à solução do conflito. Ambos os desdobramentos podem ensejar uma situação limite e acarretar o próprio encerramento da atividade que caracteriza o objeto social da empresa.

Ante o exposto, parte-se para um estudo de caso sobre a história do Grupo Pão de Açúcar, uma renomada empresa brasileira de comércio varejista atualmente conhecida como Companhia Brasileira de Distribuição, a fim de analisar, por uma perspectiva prática, quais os benefícios do uso da mediação enquanto técnica de resolução de conflitos societários em empresas familiares.

¹⁴⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.154.

¹⁴⁹ Idem. P. 62.

Em 1948, o empresário Valentim dos Santos Diniz inaugurou a doceria Pão de Açúcar no estado de São Paulo. O nome da empresa foi escolhido em homenagem a um dos principais pontos turísticos da cidade do Rio de Janeiro.

Em 1952, diante da lucratividade dos negócios, duas novas filiais foram abertas e, sete anos depois, a família Diniz inaugurou a primeira loja de supermercado da empresa ao lado da doceria.

Os anos seguintes são marcados por um intenso crescimento do grupo não só no Brasil, mas também em outros países como Portugal, Angola e Espanha, com a criação da Divisão Internacional em 1968.

Na década de 1970, o grupo passou por uma grande expansão com a aquisição da rede Eletro radiobraz, na época, a maior rede de eletroeletrônicos e eletrodomésticos do país e com o lançamento da primeira geração de hipermercados do país, as lojas Jumbo¹⁵⁰.

Em 1978, o grupo adquiriu as redes de supermercados Superbom, Peg-pag e Mercantil e, em 1980, além dos supermercados Pão de Açúcar e dos hipermercados Jumbo, novos formatos de loja foram incorporadas ao grupo, como Sandiz, lojas de departamento, Minibox, mercearias de desconto, dentre outras.

Em 1981, nasce a Companhia Brasileira de Distribuição (CBD), com a fusão de todas as lojas de varejo.

No início dos anos 90, a empresa passou por um processo de reestruturação, direcionado pelo filho de Valentim, Abilio Diniz. O grupo Pão de Açúcar vendeu todas as empresas adquiridas que não se relacionavam ao varejo, no intuito de concentrar e simplificar suas atividades. No ano seguinte, a Companhia Brasileira de Distribuição se tornou a segunda maior rede do país, com o total de 262 lojas¹⁵¹.

¹⁵⁰ Uol Economia. Pão de Açúcar completa 65 anos sem Diniz no comando. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/09/07/pao-de-acucar-completa-65-anos-sem-diniz-no-comando-veja-historia-do-grupo.htm>> Acesso em 03/06/2019.

¹⁵¹ Época Negócios. Conheça a história do Grupo Pão de Açúcar e entenda a passagem de bastão para o Casino. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Inspiracao/Empresa/noticia/2012/06/conheca-historia-do-gpa-e-entenda-passagem-de-bastao-para-o-casino.html>>. Acesso em 03/06/2019.

Em 1993, Abilio Diniz se torna o acionista majoritário do grupo, chegando a assumir a presidência do grupo dois anos depois. Em 1995, a Companhia também abriu o capital, lançando suas ações não só no Brasil, mas também nos Estados Unidos e na Europa.

Quatro anos depois, o grupo francês de varejo Casino torna-se sócio minoritário do grupo Pão de Açúcar, com 25% do total das ações.

O grupo inicia os anos 2000 assumindo a liderança do mercado de varejo no Brasil, ao ultrapassar a cadeia francesa Carrefour. Em 2003, Abilio deixa a presidência da empresa para assumir o Conselho de Administração.

Em 2005, a partir de uma reengenharia societária, Abilio e Jean Charles Naori criam a Wilkes Participações SA, uma nova holding responsável pela administração do grupo Pão de Açúcar.

O acordo de acionistas permitiu que o grupo Casino ampliasse sua participação no controle do grupo Pão de Açúcar, detendo 50% das ações com direito a voto na companhia. Ademais, uma das cláusulas do acordo também assegurava ao Casino o direito de assumir o controle do grupo e nomear um dirigente a sua escolha a partir de junho de 2012¹⁵².

Em 2007, após a aquisição da rede Atacadão realizada pelo grupo Carrefour, o grupo Pão de Açúcar perdeu a liderança de mercado novamente. Abilio contava com uma grande rede de varejo mundial como concorrente, fator que ameaçava a manutenção do crescimento esperado por ele para o Pão de Açúcar.

Três anos depois, surgiram rumores de que o Grupo Pão de Açúcar estaria negociando uma possível fusão com o grupo Carrefour, para a criação de uma rede megavarejista no Brasil¹⁵³.

Com a fusão de ambas, seria formada uma nova empresa, denominada Novo Pão de Açúcar, que obteria 50% das ações do grupo Pão de Açúcar, após a sua absorção das

¹⁵² Folha de São Paulo. Franceses assumem 50% do controle do Pão de Açúcar. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0505200510.htm>> Acesso em 03/06/2019.

¹⁵³ Globo – G1. Fusão entre Pão de Açúcar e Carrefour repercute entre acionistas e políticos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/06/fusao-entre-pao-de-acucar-e-carrefour-repercute-entre-acionistas-e-politicos.html>>. Acesso em 03/06/2019.

operações do Carrefour no Brasil e os outros 50% pertenceriam ao Carrefour francês. A nova empresa teria ainda 11,7% das ações do Carrefour mundial¹⁵⁴.

O negócio ainda previa a participação financeira da sociedade que gerencia os investimentos do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social em empresas (BNDESPar) e do banco de investimento brasileiro BTG Pactual. Ambos se tornariam sócios do Grupo Pão de Açúcar após a fusão. Na época, diante de inúmeras críticas por parte do governo, o ministro de desenvolvimento, Fernando Pimentel, justificou que a participação do Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) na fusão almejava abrir portas para a entrada de produtos brasileiros no exterior¹⁵⁵.

As notícias trouxeram desentendimentos entre Abilio e o grupo Casino, que não participou das negociações. Em face da ausência de seu consentimento, Jean Charles Naori, presidente do Casino, alegou que as negociações realizadas por Abilio eram ilegais, por representarem a quebra do acordo de acionistas celebrados por ambos em 2005.

O conflito de interesses conduziu a Casino a encaminhar o caso à Câmara de Comércio Internacional (CCI), em face de cláusula arbitral inserida no contrato de acionistas que elegia a arbitragem como o método adequado para solucionar ou dirimir litígios entre as partes.

Ademais, o Banco de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) recuou quanto a sua participação na fusão e informou que só apoiaria a iniciativa se não houvesse litígio entre os sócios¹⁵⁶.

A resistência cumulada com a demanda em sede arbitral ocasionou a desistência da proposta de fusão do grupo Pão de Açúcar com o Carrefour, contudo, o choque entre Naori e Abilio não foi amenizado, tendo em vista que as perspectivas e os interesses dos sócios em relação ao futuro da empresa continuavam em total dissonância. Ao mesmo

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ Opera Mundi – Uol. Casino recorre à Corte Internacional para barrar fusão entre Carrefour e grupo de Abilio Diniz. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/13316/casino-recorre-a-corte-internacional-para-barrar-fusao-entre-carrefour-e-grupo-de-abilio-diniz>>. Acesso em 03/06/2019.

tempo, as expectativas da concorrente Carrefour de maior lucratividade aos hipermercados brasileiros por meio da fusão restaram prejudicadas¹⁵⁷.

O conflito se intensificou ainda mais com a eleição de Abílio à presidência do conselho de administração da Brasil Foods, uma das maiores companhias alimentícias do mundo resultante da fusão entre a Sadia e a Perdigão.

Para o grupo Casino, o acúmulo das duas funções era incompatível, tendo em vista que a Brasil Foods era, à época, a maior fornecedora da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD). Nesse sentido, o posicionamento da varejista francesa era favorável à renúncia de Abílio à presidência do conselho do Pão de Açúcar¹⁵⁸.

Por outro lado, Abílio defendia a inexistência de incompatibilidade, tendo em vista que não havia nenhum impedimento legal ou ético ao exercício de ambos os cargos de forma conjunta, além de sua expressa oposição ao pedido de renúncia à presidência feita por Naori¹⁵⁹.

O impasse fez com o grupo Casino realizasse um pedido de reconvenção à Câmara de Comércio Internacional (CCI), para incluir a eleição de Abílio para a presidência da Brasil Foods representaria um conflito de interesses, por violar a lei brasileira e o acordo de acionistas celebrado entre as partes¹⁶⁰.

Ainda com a escolha da arbitragem enquanto método para a discussão das controvérsias em prol de uma resolução mais rápida e assertiva, o conflito perdurou por longos dois anos e meio, sem nenhum sinal favorável à sua resolução.

Diante das intensas dificuldades de se alcançar um consenso, as partes contrataram um mediador americano para auxiliá-los na negociação. William Ury

¹⁵⁷ Globo – G1. Abílio Diniz desiste de fusão com Carrefour no Brasil. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/07/abilio-diniz-desiste-de-fusao-com-carrefour-no-brasil-2.html>>. Acesso em 03/06/2019.

¹⁵⁸ IG. Abílio Diniz é eleito presidente do Conselho de Administração da BRF. Disponível: <<https://economia.ig.com.br/empresas/2013-04-09/abilio-diniz-e-eleito-presidente-do-conselho-de-administracao-da-brf.html>>. Acesso em 03/06/2019.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Arena do Pavini. Casino pede nova arbitragem contra Abílio por cargo na BR Foods e no Pão de Açúcar. Disponível em: <<https://www.arenadopavini.com.br/arenas-das-empresas/casino-pede-nova-arbitragem-contr-a-abilio-por-cargo-na-br-foods-e-no-pao-de-acucar>>. Acesso em 03/06/2019.

descreve que o convite para a mediação foi feito em um momento crucial da demanda: convencer Abílio a abandonar o conflito de interesses e sair de cabeça erguida.

Para Abílio, os deslindes do conflito estavam além das quotas, ações ou controle societário: o grupo Pão de Açúcar foi um dos maiores legados deixado ao empresário pelo pai e, por isso, a história da empresa revelava a sua própria história enquanto empresário.

Contudo, a relação societária não estava de encontro as suas principais vontades pessoais e profissionais. O papel do mediador foi justamente buscar esses interesses reais ocultos à percepção das partes, como relatou William Ury:

O primeiro passo de Abilio para resolver a disputa deveria ser definir suas verdadeiras prioridades. Perguntei-lhe, então: “O que você realmente quer?” Sua primeira reação foi me apresentar uma lista de desejos: ele queria vender suas ações a determinado preço, eliminar uma cláusula de não competição com vigência de três anos (que o impedia de adquirir outras redes de supermercado) e numerosos outros itens, inclusive imóveis. Pressionei-o. “Entendo que você queira todos esses itens concretos. Mas o que essas coisas vão acrescentar a um homem que parece ter tudo? O que, neste exato momento, você mais quer da vida?”, indaguei. Ele fez uma breve pausa, desviou o olhar, virou-se para mim e disse, com um suspiro: “Liberdade. Quero minha liberdade.” Diante disso, questionei o que a liberdade iria lhe proporcionar. “Tempo com a família, que é a coisa mais importante da minha vida”, respondeu. “E liberdade para realizar meus sonhos de negócios”¹⁶¹.

Diante de todos esses fatores, a mediação se revela uma opção extremamente vantajosa para a busca dos reais interesses implícitos no caso, como esclarecem Ana Cândida Menezes Marcato e Fernanda Tartuce:

O mediador pode ser uma figura importante para resgatar nas partes o real interesse de todos (como a expansão da empresa ou a ampliação de sua rentabilidade), livrando-os de confusões decorrentes de aspectos estranhos ao pleno desenvolvimento das atividades empresariais¹⁶².

As negociações duraram quatro dias e resultaram em uma solução surpreendentemente satisfatória para os envolvidos¹⁶³. Em setembro de 2013, as partes encerraram os procedimentos arbitrais relativos à demanda em curso e o conflito foi

¹⁶¹ URY, William. Como chegar ao sim com você mesmo. Rio de Janeiro: Sextante, 2015. P.20.

¹⁶²MARCATO, Ana Cândida Menezes. TARTUCE, Fernanda. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 279/2018, Maio/2018. p. 517

¹⁶³ URY, William. *Op cit.* p. 21.

satisfatoriamente encerrado com a adoção de uma solução consensual e mutuamente vantajosa para os envolvidos¹⁶⁴.

No caso de Abilio, o mediador não só o auxiliou a identificar seus reais interesses e necessidades, mas também o auxiliou na transição da saída do negócio. Nas palavras de Ury: “Abilio seguiu em frente. Transformou-se um dos principais acionistas da BRF e, um ano e meio depois, se tornou um dos maiores acionistas do Carrefour¹⁶⁵”.

Por todo o exposto, conclui-se o quão importante é para a empresa estabelecer mecanismos de gestão de conflitos internos ou intraempresariais, que, como já mencionado, transcendem o conceito de conflito societário para a presente análise, pois a ocorrência destes, quando mal gerida, ameaça a própria preservação da atividade empresarial.

Para tanto, defende-se a mediação como um dos mecanismos possíveis e hábeis de gestão de conflitos internos, sobretudo em empresas familiares, pelas vantagens que o método traz aos envolvidos, como: a restauração da comunicação, a manutenção da relação entre as partes e a consequente preservação dos interesses empresariais diante dos possíveis atritos ocasionados pela perpetuação do conflito.

4.2.2. CONFLITOS INTEREMPRESARIAIS

Por conflito interempresarial, entende-se todo o conflito que envolve relações entre empresas, como por exemplo, as demandas decorrentes de crédito e débito, transações comerciais, financeiras e imobiliárias, relações de franquia, propriedade intelectual, operações com seguros, dentre outros.

¹⁶⁴ Globo – G1. Abilio Diniz encerra acordo com Casino e deixa grupo Pão de Açúcar. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/09/abilio-diniz-encerra-acordo-com-casino-e-deixa-grupo-pao-de-acucar.html>>. Acesso em 03/06/2019.

¹⁶⁵William Ury. Da guerrilha a guru de Abilio. Disponível em: <<https://www.williamury.com/pt-br/guerrilha-a-guru-de-abilio/>>. Acesso em 03/06/2019.

O presente trabalho não abordará conflitos extra-empresariais, que, na definição de Dulce Nascimento¹⁶⁶, são aqueles que envolvem as demandas com consumidores, com a sociedade, com associações, ONG's, fundações, dentre outros¹⁶⁷.

Nas palavras de Anna e Marc Burbridge, “o conflito externo é mais facilmente identificado e tem o custo mais fácil de ser medido”¹⁶⁸.

A primeira face que se deve considerar em relação aos conflitos externos são as situações de relações “perde-perde”, que resultam em litígios ajuizados perante o Poder Judiciário. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, aguardando alguma solução definitiva¹⁶⁹.

O estudo “Custo das empresas para litigar judicialmente”¹⁷⁰, de autoria do escritório de advocacia Amaral e Yazbek Advogados Associados, que avaliava os custos anuais das empresas brasileiras com demandas judiciais no período de 2012 a 2014¹⁷¹.

Frise-se que o estudo analisou a litigância empresarial em um contexto geral, de modo que os dados obtidos não estão restritos às disputas travadas entre empresas, abordando também conflitos de natureza interna, não somente societários, mas também entre membros da empresa.

Uma das primeiras conclusões dos pesquisadores é que as empresas são responsáveis por 76% do volume de ações em trâmite no Judiciário. A pesquisa

¹⁶⁶ NASCIMENTO, Dulce Maria. *Mediação Empresarial*. In: PERRUCCI, Felipe Falcone. MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. LEROY, Guilherme Costa. *Os impactos do Novo CPC no Direito Empresarial*. 1ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 396.

¹⁶⁷ Para melhor compreensão das vantagens do uso da mediação nas esferas consumeristas e ambientais, a autora do presente trabalho recomenda a leitura de dois artigos: TARTUCE, Fernanda. *Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira*. *Lex Humana*, v. 4, n. 1, 2012, p. 32-49; LIMA, Laísa Barroso. *O princípio da tutela adequada do Direito e o desastre da Samarco: o programa de indenização mediada*. *Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional*. Vitória, 2017.

¹⁶⁸ BURBRIDGE, Ana. BURBRIDGE, Marc. **Gestão de conflitos: desafios do mundo cooperativo**. São Paulo: Saraiva, 2012. P.28.

¹⁶⁹ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília, 2018. P. 73. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 04/06/2019.

¹⁷⁰ Amaral e Yazbek Advogados. *Custos das empresas para litigar judicialmente*. Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/15454093-Custo-das-empresas-para-litigar-judicialmente.html>>. Acesso em 04/06/2019.

¹⁷¹ Como esclarecido pelos pesquisadores, os dados foram retirados da análise de 25.056 processos judiciais, demonstrações financeiras de 7.914 empresas e informações obtidas do Relatório Justiça em Números 2013 e 2015 do Conselho Nacional de Justiça, Arrecadação Tributária Federal e do Faturamento das Empresas e Market Share, levantado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação (IBPT).

considerou como “custos para litigar judicialmente” os custos que envolvem custas judiciais e extrajudiciais, honorários advocatícios, perícias, multas e encargos legais na condenação, viagens e hospedagens, pessoal, sistemas e consultoria para controle dos processos.

Em termos comparativos entre os anos de 2012 e 2014, a conclusão dos pesquisadores foi a de um aumento de 12,48% nos custos das demandas judiciais, bem como de 9% na quantidade de empresas litigantes no sistema judiciário e 5% na quantidade de demandas ajuizadas¹⁷². A única diminuição registrada pela pesquisa na comparação foi a média anual de demandas por empresas, como demonstra o quadro 01:

Quadro 01 – Quadro comparativo dos custos de litigância para as empresas em 2012 e em 2014.

NATUREZA DO CUSTO	TOTAL 2012	TOTAL 2014	DIFERENÇA EM %
Custas judiciais e extrajudiciais	23.116.534.481,17	24.408.072.874,53	+19
Honorários advocatícios	16.940.657.353,12	18.223.031.233,44	+8
Perícias	2.156.857.659,27	2.423.553.108,84	+14
Multas e encargos legais	65.727.674.532,15	173.125.113.972,19	+11
Viagens e hospedagens	529.117.037,88	633.132.981,65	+20
Custo de pessoal	2.491.970.696,64	2.999.472.490,47	+20
TOTAL	110.962.811.760,23	124.812.376.661,12	+13
FATURAMENTO	6.577.846.282.632,44	7.537.488.276.805,69	+15
% DOS CUSTOS SOBRE O FATURAMENTO	1,69%	1,66%	-2
QUANTIDADE DE EMPRESAS	8.573.066	9.322.781	+9
QUANTIDADE DE PROCESSOS	53.050.461	55.860.222	+5
CUSTO POR PROCESSO	2.091,65	2.234,37	+7
DEMANDA POR EMPRESA	6,19	5,99	-3

FONTE: Amaral e Yazbek Advogados Associados, 2016.

¹⁷² Amaral e Yazbek Advogados. Op cit. p. 6 e 7.

Especificamente no ano de 2014, os dados revelam que os custos comprometiam, em média, 1,66% do faturamento das empresas, com o seguinte percentual por porte: 1,38% para as microempresas e pequenas empresas, 1,88% para as médias e 1,64% para as grandes empresas, como discriminado no quadro 02:

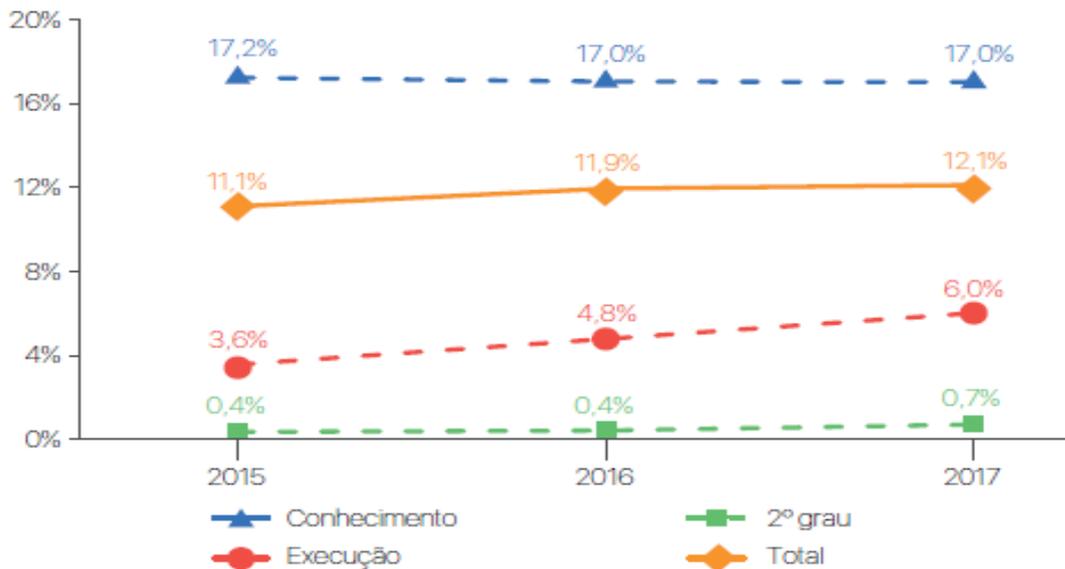
Quadro 02 – Custos das empresas para litigar judicialmente no ano de 2014 de acordo com o porte.

NATUREZA DO CUSTO	TOTAL	MICRO/ PEQUENAS EMPRESAS	MÉDIAS EMPRESAS	GRANDES EMPRESAS
FATURAMENTO	7.537 bi	857 bi	1.426 bi	5.253 bi
% SOBRE O FATURAMENTO GERAL	1,66%	1,38%	1,88%	1,64%
QUANTIDADE DE EMPRESAS	9.322.781	7.352.757	1.755.622	214.401,90
QUANTIDADE DE PROCESSOS	55.860.222	12.875.781	13.244.459	29.739.982
CUSTO POR PROCESSO	2.234,37	921,59	2.022,66	2.897,01
QUANTIDADE DE DEMANDAS POR EMPRESA	5,99	1,75	7,54	138,71

FONTE: Amaral e Yazbek Advogados Associados, 2016.

Em contrapartida, a pesquisa “Justiça em Números” produzida pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra o crescimento do percentual de sentenças homologatórias de 2015 a 2017 com a vigência do Novo Código de Processo Civil e a difusão de outros métodos adequados à resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem, como elucida a figura 06:

Figura 06- Índices de crescimento do percentual de sentenças homologatórias de acordo proferidas em cada fase processual.



FONTE: CNJ (2018)

Grande é a dificuldade dos gestores empresariais para estimar os custos resultantes dos julgamentos das demandas, pois dificilmente se analisa os prejuízos que poderão resultar de uma sucumbência em um litígio ou perante o juízo arbitral. Nesse sentido, Burbridge esclarece a importância do uso dos métodos consensuais de resolução de conflitos, como a mediação:

Outras abordagens para resolver conflitos externos – conciliação e mediação – geralmente têm custos bem inferiores e resultam em acordos na maioria dos casos. Mesmo quando não há um acordo, a mediação tende a simplificar o litígio ou a arbitragem, pois permite que ambos os lados tenham uma visão mais ampla da situação e das personalidades envolvidas¹⁷³.

Nesse aspecto, ainda que a aplicação do instituto seja recente no âmbito comercial, a ampliação do uso da mediação em conflitos interempresariais tem alcançado proporções mais amplas do que se imagina, como, por exemplo, nos conflitos relacionados à propriedade intelectual.

A nível mundial, em 1994, a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) foi fundada para consolidar, no âmbito privado, opções adequadas para a resolução de disputas de comércio internacional, como a mediação e a arbitragem¹⁷⁴. No

¹⁷³ BURBRIDGE, Ana. BURBRIDGE, Marc. Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo. São Paulo: Saraiva, 2012. p.51.

¹⁷⁴ PEREIRA, Alice Borges Fernandes. Mediação e arbitragem em propriedade intelectual: elementos para a construção de uma política brasileira. Dissertação (dissertação de mestrado) – UFRJ. P.46. 2013

contexto brasileiro, a mesma iniciativa tem sido desenvolvida pela atuação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC) e do Ministério das Relações Exteriores (MRE)¹⁷⁵.

O que se vislumbra na prática é uma expansão do uso da mediação para a gestão de conflitos no segmento da propriedade intelectual, ainda que a técnica não seja aplicável a todos as disputas que permeiam essa seara:

(...) existem muitas situações que se conectam perfeitamente à mediação, tais como: parceiros comerciais (licenciante e licenciado) em desalinho sobre determinados pontos do contrato (cláusula de exclusividade territorial, valor dos *royalties e etc.*); conflitos de marcas nos quais as empresas não são concorrentes, embora a ampla descrição de produtos e serviços sugira a relação indireta ou mesmo breve sobreposição de atividades; ações de infração de patente em que o autor (inventor) busca apenas a indenização pelo uso da invenção, e não uma tutela inibitória para cessar a violação; casos de violação de *trade dress* em que a preocupação de uma das partes é somente evitar a diluição de elementos pontuais, sem maiores repercussões financeiras¹⁷⁶.

A mediação tem sido adotada não somente pela economia de tempo e de recursos, mas por oferecerem às partes a possibilidade de construir uma solução de ganhos múltiplos – sem que a mesma seja adjudicada por um terceiro especialista –, bem como a possibilidade de contingenciamento dos riscos envolvidos logo no início da demanda, tendo em vista que todos os valores são negociados e definidos pelos envolvidos em comum acordo, com ampla liberdade e flexibilidade¹⁷⁷.

Outro exemplo interessante é a ampliação do uso da mediação nos contratos de franquia, que foi ampliada a partir de 2015, com o convênio firmado entre a Associação Brasileira de Franquias (ABF) e as Câmaras de Arbitragem e Mediação da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), com a previsão de utilização das câmaras para a solução de conflitos em contratos de franquia de seus associados¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Tais agentes governamentais atuam para fortalecer a mediação e a arbitragem enquanto métodos adequados de resolução de disputas relacionadas à propriedade intelectual junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (INPI), incentivando também outros órgãos ligados ao Ministério à regulamentação dessas práticas [PEREIRA, Alice Borges Fernandes. Op cit. p.40]

¹⁷⁶ MAZZOLA, M. O impacto da mediação na propriedade intelectual. *Conjur*, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-03/marcelo-mazzola-impacto-mediacao-propriedade-industrial>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Conflitos de franquia na ABF passam a ser mediados ou arbitrados pela ABPI. Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/noticias.asp?ativo=True&linguagem=Portugu%EA&Secao=Not%EDcias%20da%20ABPI&subsecao=Informativo&id=472>>. Acesso em: 05/06/2019.

Apesar da baixa litigiosidade, o mercado de franquias possui uma taxa de expansão muito alta, tendo faturado R\$ 40,7 bilhões de reais no segundo trimestre de 2018, um crescimento de 8,4% em relação ao ano anterior¹⁷⁹. Por isso, muito se tem discutido acerca da importância da adoção de cláusulas escalonadas “med-arb” ou compromissórias nos contratos de *franchising*, por assegurar aos franqueadores e franqueados uma resolução ágil e efetiva dos conflitos, ampliando o espectro de acesso à justiça, como esclarece Luís Henrique do Amaral, diretor jurídico da Associação Brasileira de Franquias (ABF) em 2013¹⁸⁰.

A mediação se mostra extremamente vantajosa para os conflitos de *franchising* não só do ponto de vista de redução de custos, mas sobretudo para a manutenção da relação entre a empresa franqueadora e a empresa franqueada, como esclarece Melitha Novoa Prado, consultora jurídica especializada em relacionamento de redes de franquia e com experiência de quase trinta anos de mercado:

Este tipo de processo, além de menos custoso do que uma ação na Justiça Comum, é sigiloso e rápido. Em se tratando de Franchising, visa à manutenção posterior da relação entre as partes, trazendo mais segurança jurídica. Mais do que isso: fortalece a relação por meio do condicionamento do olhar, além de proteger a marca e a rede de franquia¹⁸¹.

Por todo o exposto, ressalta-se a importância do uso da mediação nos conflitos interempresariais por dois principais motivos: (i) o método atua como uma alternativa de resolução de disputas com o controle dos custos externos, tendo em vista que os custos de litigância acometem um percentual considerável do faturamento das empresas; e (ii) sua utilização tem sido ampliada nos mais diversos setores, a exemplo dos segmentos de propriedade intelectual e *franchising*, em face das múltiplas vantagens que oferece: redução de custo, de tempo, formalismo reduzido, valorização da autonomia das partes na construção do consenso, etc.

¹⁷⁹ Portal do Franchising. Mercado de franquias fatura R\$ 40 bilhões e cresce 8,4% no 2º trimestre. Disponível em: <<https://www.portaldofranchising.com.br/franquias/mercado-de-franquias-2o-trimestre/>>. Acesso em: 05/06/2019.

¹⁸⁰ Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Conflitos de franquia na ABF passam a ser mediados ou arbitrados pela ABPI. Disponível em: <<http://www.abpi.org.br/noticias.asp?ativo=True&linguagem=Portugu%EAs&Secao=Not%EDcias%20da%20ABPI&subsecao=Informativo&id=472>>. Acesso em: 05/06/2019.

¹⁸¹ MELITHA Novoa Prado. Mediação e conflitos do franchising: um exemplo prático. Disponível em: <www.novoaprado.com.br/blog/2017/8/18/mediao-e-conflitos-do-franchising-um-exemplo-prtico>. Acesso em 04/06/2019.

4.3. O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

O procedimento da mediação é flexível e sua estrutura e desenvolvimento deve ser definida pelo mediador e pelas partes envolvidas¹⁸².

Contudo, segundo Tânia Almeida, existem etapas básicas que norteiam toda a condução do processo, a saber: (I) pré-mediação; (II) declaração ou discurso de abertura; (III) relatos das histórias das partes; (IV) definição da pauta de trabalho ou agenda; (V) ampliação de alternativas e eleição de opções (negociação da pauta); e (VI) elaboração do Termo de Acordo e assunção de compromisso.

A etapa da **pré-mediação** é eminentemente informativa¹⁸³ e ocorre antes do início do procedimento, a fim de elucidar aos envolvidos o que é a mediação, os princípios e as questões que norteiam o processo, quais as vantagens e contribuições do uso da técnica para o conflito e, principalmente, viabilizar a contratação do mediador.

É na pré-mediação que a avaliação de os temas seriam mediáveis ou não é feita, observando dois principais pressupostos: se a matéria é passível ou não de transação e a o nível de autonomia apresentado pelas partes, isto é, se os envolvidos na discordância têm capacidade cognitiva e emocional para deliberar a respeito das questões trazidas ao debate¹⁸⁴.

É extremamente importante a participação de todos os envolvidos nesse primeiro momento – as partes e seus representantes, isto é, seus advogados (as), bem como o mediador –, pois é nessa etapa que é identificada a disponibilidade das pessoas envolvidas no que tange à participação no processo de diálogo para a viabilização dos resultados possíveis de alcance pela mediação.

¹⁸² Nas palavras de Diego Faleck (2014, p. 271), a definição da estrutura e do desenvolvimento do procedimento da mediação dependerá do tipo de disputa, do estilo do mediador e das partes e do fato da mediação ser institucional ou ad hoc.

¹⁸³ Sobre isso, esclarece Tânia Almeida que escolhas como procedimento da mediação, os temas inclusos no processo de diálogo, as alternativas de solução e as opções que melhor atendem a todos os envolvidos, o grau de formalidade que será conferido ao acordado e a natureza de seu encaminhamento se darão a partir da geração de informação, pois “a informação é, dentre os bens intangíveis, aquele que possui especial relevância quando o tema é a tomada de decisão. Consiste, portanto, em elemento especialmente prestigiado na Mediação” [ALMEIDA, Tânia. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2017. 3ª Edição. P. 158].

¹⁸⁴ Idem. P. 159.

Para tanto, faz-se mister conscientizar os envolvidos de que a mediação é um instrumento voltado a soluções de benefícios mútuos, alcançados pelo aprimoramento do diálogo e pela preservação dos interesses e das necessidades das partes pois, como esclarece Tânia Almeida, “a natureza do instituto pede que os indivíduos que a ele recorram se disponham a rever suas posições iniciais, a identificar se têm desejo de resolver a questão e se podem firmemente se dedicar a consegui-lo”¹⁸⁵.

Ainda sobre o tema, Tânia Almeida discorre que “a Mediação se distancia da lógica jurídica na medida em que propõe que a resolução se pautar nos interesses, necessidades e valores dos mediandos. Agrega subjetividade ao processo de construção de consenso e espaço para incluir como norteadores de solução o sofrimento e o desconforto, sem se tornar, no entanto, uma prática terapêutica. É um trabalho dedicado à gestão de conflitos, mas diferenciado de outras abordagens, pautadas no Direito e na Psicologia”¹⁸⁶.

É nessa etapa que ocorre a fixação do teor do termo de compromisso de mediação que as partes deverão firmar, que, apesar de não ser obrigatório, é extremamente recomendado, principalmente para que se estabeleça, de forma prévia e expressa, os deveres de confidencialidade dos envolvidos dentro do processo¹⁸⁷.

A segunda etapa, conhecida como **discurso ou declaração de abertura**, consiste em uma fala estruturada do mediador no momento inicial da mediação, que retoma, de forma resumida, o conteúdo da pré-mediação, sobretudo no que tange aos pressupostos éticos e principiológicos do instituto, as características do procedimento, os papéis concernentes a cada um dos envolvidos e as expectativas, em termos de postura, em relação ao mediador, aos mediandos e aos seus representantes legais.

É, portanto, o rito de início da Mediação e tem por finalidade não somente o reforço, mas o esclarecimento de possíveis pontos abordados na pré-mediação que não tenham ficado suficientemente claros para os envolvidos¹⁸⁸.

¹⁸⁵ ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* 159.

¹⁸⁶ Idem. p.163.

¹⁸⁷ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. *Revista de Arbitragem e de Mediação*. v. 11. n. 42. jul./set. 2014. P. 272.

¹⁸⁸ Sobre o tema: “esse conjunto de elementos que compõem o ritual de passagem que antecede a operacionalização da Mediação em muito contribui para gerar confiança no instituto e no mediador”. [ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p. 165]

O discurso de abertura molda todo o curso da mediação e não é recomendável que se abra mão dele, ainda que o mediador esteja diante de partes ou de advogados que já tenham participado de outras mediações anteriormente. Isso porque, em contextos de animosidade durante o diálogo, a realização dessa etapa permite o resgate de princípios éticos e procedimentos mencionados ao início do trabalho, reforçando o compromisso de cada um dos envolvidos com a condução bem-sucedida do processo.

Posteriormente, segue a etapa do **relato oral das histórias pelas partes**, ocasião em que caberá ao mediador, em síntese: (I) entender as necessidades, os valores e os interesses de cada uma das partes; (II) identificar as questões importantes da disputa; e (III) observar o estilo pessoal de manejo do conflito por parte de cada um dos envolvidos.

Para exercer o papel que lhe cabe diante de intensa demanda de atenção e de participação, uma das principais ferramentas utilizadas pelo mediador nessa etapa é a escuta ativa, que, nas palavras de Tânia Almeida, deve ter um caráter flutuante:

(...) a escuta do mediador deve ter um caráter flutuante: ora atenta a dados que digam respeito aos relatos, ora privilegiando a matéria colocada em tela e a subjetividade com que os mediandos a administram; ora cuidando para complementar e redefinir aquilo que a escuta dos mediandos não inclui ou distorce; e ora voltando-se para o conflito que deverá ser desconstruído durante essa oitiva¹⁸⁹.

Nas palavras de Rubén Calcaterra, existe uma sequência lógica que deve ser observada durante essa etapa, a fim de viabilizar, posteriormente, o alcance da etapa de criação de alternativas e eleição de opções com ganhos mútuos: primeiramente, o conflito deve ser desconstruído¹⁹⁰, depois, a relação social deve ser reconstruída e, finalmente, inicia-se um processo colaborativo de construção da solução¹⁹¹. Frise-se que o relato das histórias pelas partes pode ocorrer de forma conjunta ou separadamente, dependendo da necessidade sentida pelo mediador na ocasião. Acerca do tema, explana Diego Faleck:

Por meio das reuniões separadas, o mediador transita entre as partes, que normalmente se encontram com algum nível de desgaste no relacionamento,

¹⁸⁹ Idem. p.168

¹⁹⁰ Nesse diapasão, existem dois grandes objetivos por trás da desconstrução do conflito, quais sejam: entender como se deu a sua construção e evitar a sua reconstrução. Para tanto, faz-se mister o exercício da empatia, isto é, colocar-se no lugar do outro, respeitando o seu ponto de vista e os seus referenciais de interpretação da lide. Somente ao abrir mão dos julgamentos de valor, buscando compreender o ocorrido também pela ótica do outro é que se pode remontar à construção do conflito, entendendo as suas motivações e impulsionando a criação de soluções benéficas a todos os envolvidos [ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p. 169].

¹⁹¹ Idem. P.169.

modulando e reformulando a comunicação entre estas, para construir a aproximação e buscar convergência. O mediador também deve saber o momento de reunir as partes em sessões conjuntas, seja para a transmissão de mensagens importantes para destravar o processo, seja para a exposição de situações fáticas ou perspectivas que se façam necessárias para esclarecimentos, seja para a condução de uma conversa franca e produtiva para avançar o processo, quando for o caso¹⁹²

Na mediação empresarial, o relato oral das partes em sessões privadas é comum nas ocasiões de conflitos empresariais internos, sobretudo no âmbito das empresas familiares, em que os elementos das relações profissional e familiar se entrelaçam de maneira profunda, impedindo a fluidez do diálogo.

A etapa da **definição da pauta de trabalho ou agenda** é essencial para a boa condução do processo. Normalmente, a pauta de trabalho é mais ampla do que o tema inicial trazido à mesa pelas partes, justamente porque aborda interesses, necessidades e valores ocultos à posição antagônica inicial¹⁹³.

É nesse momento do processo que o mediador organiza as ideias trazidas nos relatos das partes de acordo com o seu nível de complexidade. A organização dos temas deve seguir uma ordem lógica e, dentre todas as questões apresentadas, aquelas que ocasionarem menor fricção deverão ser abordadas primeiros¹⁹⁴, como uma estratégia para ampliar a confiança das partes em si mesmas, no outro e no processo de diálogo.

Nesse sentido, questões que necessitem de maior reflexão e/ou conversas com especialistas deverão ser postergadas para o final do processo ou melhor abordadas em uma reunião posterior¹⁹⁵.

A organização da pauta de trabalho não só favorece a manutenção do foco no decorrer das reuniões, mas também cria as condições adequadas de criação de alternativas e eleição de opções de ganhos mútuos, como explica Tânia Almeida:

A organização e a visualização da pauta em muito contribuem para o encadeamento da criação de alternativas, pois os temas estão agrupados por afinidade e sequenciados logicamente. Esse recurso contribui para a tranquilização dos mediandos, que podem visualizar os interesses que consideram mais relevantes dentre os listados, significando que serão objeto de apreciação¹⁹⁶.

¹⁹² FALECK, Diego. *Op cit.* p.273

¹⁹³ ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p.173

¹⁹⁴ FALECK, Diego. *Op cit.* p.274

¹⁹⁵ ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p.173

¹⁹⁶ Idem. p.174

Após a definição dos termos da agenda, prosseguimos para a etapa de **ampliação de alternativas e de eleição de opções de solução**, que corresponde à construção colaborativa da solução com a participação de todos os envolvidos no processo¹⁹⁷.

Nesse momento, o mediador já terá trabalhado a desconstrução do conflito e das posições antagônicas e adversariais das partes, buscando a restauração do diálogo mediante o foco nos valores a serem respeitados, bem como nos interesses e nas necessidades apresentadas pelos envolvidos, que deverão moldar a construção das opções viáveis para ganhos mútuos.

Essas construções são essenciais à realização dessa etapa, que só se materializa se as partes estiverem aptas a renunciar as soluções individualizadas em prol de soluções qualificadas e satisfatórias para todos os envolvidos no conflito, o que só é possível se cada um enxergar o ponto de vista do outro como viável, a fim de que a tomada de decisão se dê em um nível coletivo¹⁹⁸.

O momento de geração de ideias e alternativas em uma mediação deve ser isento de juízos de valor (bom ou ruim, adequado ou inadequado, dentre outros), posto que é um processo criativo e que, somente possibilitando a livre sugestão de ideias, é que se cria soluções híbridas e ideais ao contexto das partes.

Toda tomada de decisão, portanto, exige a satisfação de elementos cruciais para a sua produtividade, quais sejam: (I) ter clareza acerca da questão principal trazida no relato das partes, zelando pelo trato de seus fatores objetivos e subjetivos; (II) buscar informações suficientes ao embasamento das decisões colocadas pelas partes, a fim de

¹⁹⁷ Frise-se que a frase “todos os envolvidos no processo” também inclui o mediador. Essa fala levanta uma discussão acerca dos dois estilos mais usuais de mediação no âmbito empresarial (facilitativo e avaliativo), que não será tão amplamente abordada nesse trabalho. O que é importante frisar é que, apesar do estilo facilitativo ser preferível para a efetividade da mediação, isto é, o mediador enquanto facilitador do diálogo e do empoderamento das partes, sem quaisquer julgamentos de valor ou sugestões de opções e/ou alternativas, Diego Faleck explicita que existem algumas ocasiões em que tal interferência por parte do mediador é necessária: “(...) por vezes, o mediador tem a clara visão do caminho da solução e as partes, apesar das repetidas perguntas, não conseguem encontrá-lo sozinho. Nesse caso, o mediador talvez possa fazer a sugestão de uma opção para o acordo” (FALECK, 2014, p. 277). Contudo, há que se saber como e quando fazer determinados apontamentos, pois se a sugestão for feita de forma assertiva e no momento oportuno, maior a chance de acatamento da ideia pelas partes, sem que suas expectativas de imparcialidade em relação ao mediador sejam frustradas.

¹⁹⁸ ALMEIDA, Tânia. Caixa de Ferramentas em Mediação: aportes práticos e teóricos. São Paulo: Dash, 2017. 3ª Edição. P. 177.

que elas próprias se sintam satisfeitas em relação às próprias proposições; (III) assegurar que essas decisões tenham coerência com os principais objetivos e anseios trazidos à mediação; (IV) criar alternativas de benefício mútuo e avaliar suas consequências e riscos, a curto, médio e longo prazos; (V) reconhecer a interligação entre as proposições de cada uma das partes e as suas interferências sobre outrem e sobre o ambiente de convivência¹⁹⁹.

Segue-se à próxima etapa, que é a **etapa de elaboração do termo de acordo**. Se a pré-mediação é o rito de início do processo, o termo de acordo sela a sua finalização, ora por completo, ora apenas em parte.

A redação do termo e a linguagem a ser utilizada tem seu formato negociado com e entre as partes e deve contemplar, de forma balanceada, os compromissos assumidos por todos os envolvidos, dentro do processo de coconstrução da solução.

É imprescindível a presença dos advogados ou defensores públicos na assinatura do acordo quando a matéria negociada demandar a revisão legal do que restou acordado. Nas ocasiões em que a matéria exige homologação judicial e a mediação é extrajudicial, por exemplo, são esses representantes legais que auxiliam o mediador a conferir linguagem jurídica ao texto do acordo, providenciando o seu encaminhamento ao juiz²⁰⁰. Nas hipóteses de consultas técnicas de qualquer natureza, cujas contribuições influenciaram na tomada de decisões, é importante que o conteúdo dos pareceres seja contemplado no termo do acordo, ora anexo, ora transcrito²⁰¹.

O Regulamento Modelo de Mediação proposto pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA)²⁰², em seu capítulo IX, artigo 19º, dispõe que os termos de acordo constituídos na mediação podem ser totais ou parciais.

Diante de uma ocasião de acordo parcial, nem sempre as questões da pauta pendentes de consenso terão sua resolução determinada pelo prosseguimento do processo judicial, visto que a mediação ainda pode auxiliar a identificar a melhor forma de contemplar essas questões.

¹⁹⁹ Idem. p. 180

²⁰⁰ ALMEIDA, Tânia. *Op.cit.* P. 183

²⁰¹ Idem.

²⁰² CONIMA. Regulamento Modelo de Mediação. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em 15/05/2019.

Nesse sentido, as hipóteses de acordos parciais usualmente exigem derivação, isso é, uma etapa posterior no processo de mediação em que o mediador identifica se a destinação dada ao caso foi, de fato, adequada ou se às partes será necessário oferecer atendimento suplementar. Nas palavras de Tânia Almeida:

As situações de acordo parcial são exemplos clássicos em que a derivação deve se dar. Afinal, será necessário identificar um recurso que possa dar conta de criar soluções para o que ficou pendente na pauta. É importante que os mediandos sejam coautores da eleição desse recurso, uma vez que precisarão conferir andamento ao processo resolutório e se conduzir em consonância com a escolha feita²⁰³.

Os acordos poderão ter caráter provisório²⁰⁴, sempre que os mediadores considerarem adequado à situação ou as partes assim solicitarem e concordarem²⁰⁵.

Nesses casos, é possível a concessão de um intervalo de tempo para que os termos sejam praticados, a fim de que posteriormente se determine a sua ratificação ou a sua reavaliação ou revisão, ocasião em que o acordo poderá ser retificado ou ampliado²⁰⁶.

Para que se revele adequado, é essencial que o termo de acordo satisfaça três principais critérios: exequibilidade (possível de se executar no plano fático), efetibilidade (para ser efetivo, deve contemplar os principais interesses e necessidades das partes) e eficácia (para ser eficaz, deve oferecer soluções satisfatórias e consensuais para a resolução das principais questões conflituosas reveladas no processo).

A figura 07 representa, de forma esquemática, todas etapas que envolvem o processo de mediação, cujas descrições e principais objetivos estão pormenorizados no quadro 3.

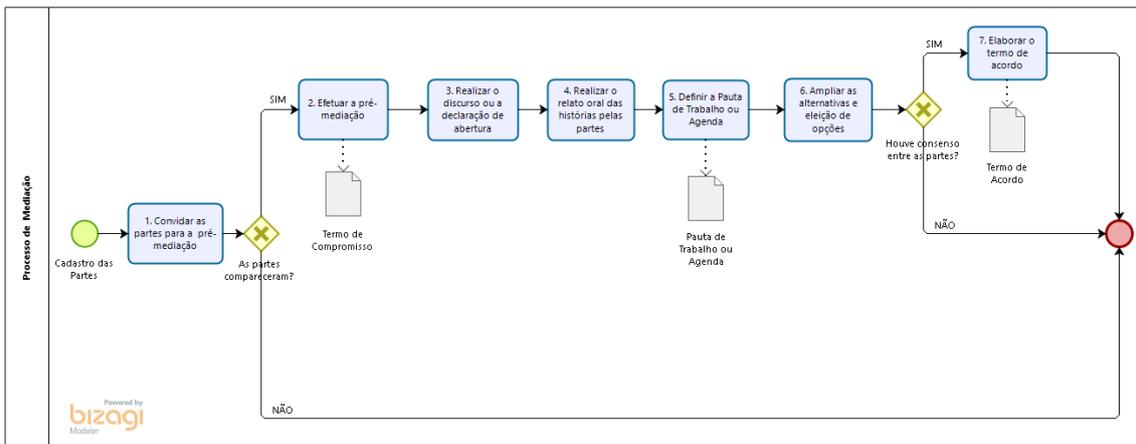
Figura 07 - Fluxograma das etapas do processo de mediação

²⁰³ ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p.188

²⁰⁴ Importante salientar que acordos de caráter provisório usualmente demandam a realização de outra etapa no processo de mediação, denominada monitoramento. Ela consiste no acompanhamento contínuo e sistemático por tempo determinado e se faz necessária nos acordos transitórios uma vez que estes apresentam a possibilidade de revisão, ampliação, ratificação ou retificação [ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p. 191].

²⁰⁵ Ademais, sobre a necessidade de acordos provisórios, dispõe Laux que “ a doutrina já teve a oportunidade de destacar, por exemplo, que a mediação é um ambiente propício para a formulação de acordos provisórios, que farão com que as partes restabeleçam, no tempo e modo adequados, o nível de confiança adequado à manutenção de uma relação continuada”. [LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P.142].

²⁰⁶ ALMEIDA, Tânia. *Op cit.* p.182



FONTE: Própria (2019)

Quadro 03 – Descrição das etapas do processo de mediação e seus objetivos

NOME	DESCRIÇÃO	OBJETIVOS
Pré-mediação (01)	Etapa eminentemente informativa, que antecede o início do procedimento da mediação. É também nessa etapa que ocorre a fixação do teor do termo de compromisso de mediação que as partes deverão firmar.	Elucidar aos envolvidos o que é a mediação, os princípios e as questões que norteiam o processo, as vantagens e contribuições da técnica para o conflito e viabilizar a contratação do mediador.
Discurso ou declaração de abertura (02)	Essa etapa dá início ao processo de Mediação. Consiste em uma fala estruturada do mediador que retoma, de forma resumida, o conteúdo da pré-mediação e aborda os papéis e as expectativas, em termos de postura, em relação a cada um dos envolvidos.	Tem por finalidade não somente o reforço, mas o esclarecimento de possíveis pontos abordados na pré-mediação que não tenham ficado suficientemente claros para os envolvidos
Relato oral das histórias (03)	Essa etapa consiste no relato oral de cada uma das partes a respeito do conflito. A estruturação desse momento é feita de forma ordenada pelo mediador, a fim de evitar interrupções na comunicação, que deve ser fluida.	Os objetivos do mediador nessa etapa são, em síntese: entender as necessidades, os valores e os interesses de cada uma das partes; identificar as questões importantes da disputa; e observar o estilo pessoal de manejo do conflito por parte de cada um dos envolvidos.

<p>Definição da pauta de trabalho/agenda (04)</p>	<p>É nessa etapa do processo que o mediador organiza as ideias trazidas nos relatos das partes de acordo com o seu nível de complexidade (as questões de menor complexidade e que geram menos tensão são abordadas primeiro). Normalmente, a pauta de trabalho é mais ampla do que o tema inicial trazido à mesa pelas partes.</p>	<p>O objetivo dessa etapa é organizar, dentro de uma ordem lógica, os temas concernentes à resolução do conflito, não só em prol da manutenção do foco, mas também para facilitar a criação de opções de ganhos mútuos e alternativas posteriormente.</p>
<p>Ampliação de alternativas e de eleição de opções (05)</p>	<p>Após a restauração do diálogo e a desconstrução do conflito e das posições antagônicas das partes, essa etapa visa a construção colaborativa da solução, com opções viáveis e de ganhos mútuos, por parte de todos os envolvidos no processo.</p>	<p>Oportunizar às partes um brainstorming de ideias, isento de juízos críticos (bom ou ruim, adequado ou inadequado, dentre outros), a fim de criar soluções híbridas que atendam aos interesses de todos os envolvidos no conflito.</p>
<p>Elaboração do termo de acordo (06)</p>	<p>Essa etapa finaliza o processo da mediação, ora por completo, ora apenas em parte. Nela, redige-se um termo de acordo, cujo formato negociado com e entre as partes, que deve contemplar, de forma balanceada, os compromissos assumidos por todos os envolvidos, dentro do processo de coconstrução da solução.</p>	<p>Selar a resolução do conflito gerando um termo de acordo exequível (possível de execução no plano fático), efetivo (contempla os principais interesses e necessidades das partes) e eficaz (oferece soluções mutuamente satisfatórias construídas pelas partes para a resolução da lide).</p>

FONTE: ALMEIDA (2017)

Por fim, no que tange aos custos que envolvem o procedimento, é necessário diferenciar a aplicação da mediação nas esferas judiciais e extrajudiciais.

Pela previsão do Código de Processo Civil, a criação de um quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, é facultada - e não obrigatória - ao Tribunal (artigo 167, § 6º do CPC). A remuneração dos

mediadores seria fixada pelo próprio tribunal, em obediência aos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (artigo 169, *caput*).

Contudo, na maioria dos tribunais, não há pagamento de honorários em face da atuação dos mediadores no âmbito judicial, tendo em vista que, para atuar, os profissionais assinam termo de voluntariado perante os Tribunais (artigo 169, §1º).

O pagamento de valores referentes ao procedimento em si varia dependendo do ramo do Judiciário. Na Justiça Comum e na Justiça Federal, por exemplo, as partes arcam com o ônus de adimplir custas no início do processo, exceto se o ajuizamento da ação se der no Juizado Especial Cível ou Federal. Já na Justiça do Trabalho, o pagamento das custas é arbitrado somente no final do processo e as partes podem, inclusive, obter isenção do custo nas hipóteses de gratuidade da justiça.

No âmbito judicial, não é, portanto, exigido das partes nenhum custo extra para realizar o procedimento da mediação, somente os já previstos para o ajuizamento das demandas perante o Judiciário.

A mediação no âmbito extrajudicial, isto é, aquela realizada perante Câmaras de Mediação Privada credenciadas perante os Tribunais Estaduais, é diferente.

A grande maioria das instituições condiciona a instauração do procedimento, após a etapa da pré-mediação, ao custeio de uma taxa denominada Taxa de Registro²⁰⁷ e solicita também o adimplemento de uma Taxa de Administração, ao final do processo²⁰⁸.

Por fim, é ônus de ambas as partes envolvidas no procedimento o pagamento dos honorários do mediador, seja ele escolhido por elas, seja ele indicado pela Câmara ou instituição. O pagamento também será realizado após a assinatura do termo de mediação²⁰⁹.

²⁰⁷ O adimplemento da Taxa de Registro é ônus da parte que optou pela realização da mediação, que deve instruir o requerimento do procedimento com o comprovante de pagamento. Fazendo um paralelo com o processo judicial, a taxa de registro nas Câmaras de Mediação Privadas seriam as custas iniciais das demandas ajuizadas no Judiciário.

²⁰⁸ Na grande maioria das instituições e Câmaras Privadas no Brasil, ao final do procedimento, é ônus da parte que solicitou a instauração do procedimento arcar com a Taxa de Administração, salvo em caso de acordo quanto ao pagamento mútuo, previsto em termo específico. A Taxa de Administração envolve todo o procedimento, independentemente do número de sessões realizadas e do resultado e deve ser quitada após a assinatura do termo de mediação.

²⁰⁹ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. n. 42, p. p. 263-278, jul./set. 2014. P.271

Os valores não são parametrizados, de modo que cada instituição estabelece a sua tabela de valores e as disposições gerais para o funcionamento do procedimento por meio de resoluções e regulamentos.

Em relação à instauração do procedimento, no âmbito judicial, o comparecimento prévio à audiência de mediação antes da apreciação da lide pelo juiz é obrigatório nas ações de família (artigo 695, CPC)²¹⁰, pois nestas todos os esforços serão empreendidos para a construção de uma solução consensual para a controvérsia (artigo 694, *caput*, CPC)²¹¹. Nas demais ações, a audiência de mediação pode ser dispensada caso os envolvidos no conflito manifestem, expressamente, desinteresse na autocomposição (artigo 334, §§ 4º e 6º, CPC)²¹².

Conforme discussão já apresentada no capítulo anterior, a legislação argentina traz a obrigatoriedade da mediação enquanto fase prévia nos processos civis e comerciais.

Se o contexto brasileiro é pautado pela voluntariedade do procedimento no âmbito judicial, exceto nas ações de família, questiona-se: como a mediação tem se fortalecido extrajudicialmente enquanto método hábil de resolução de conflitos, principalmente os empresariais, diante de uma cultura fortemente litigiosa?

A resposta se encontra na adoção de cláusulas de mediação nos contratos empresariais. Nas palavras de Vivien Lys Porto Ferreira da Silva:

A cláusula de mediação surge como um mecanismo útil aos contratantes, no âmbito civil e comercial, que buscam meios alternativos para solucionar questões práticas e peculiares que surgem ao longo de suas relações

²¹⁰ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação [BRASIL, Lei 13.105 de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 05/06/2019].

²¹¹ Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. § 1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo. § 2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência. § 3º A citação será feita na pessoa do réu. § 4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos. [BRASIL, Lei 13.105 de 2015. *Op cit*].

²¹² Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. (...) § 4º A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição. (...) § 6º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes. [BRASIL, Lei 13.105 de 2015. *Op cit*]

empresariais, as quais podem ser prejudicadas pela decisão judicial ou arbitral de um terceiro julgador ou ainda não valoradas na exata medida dos interesses das partes²¹³.

A inserção de cláusulas de mediação nos contratos empresariais tem se mostrado um meio hábil e eficaz para difundir o instituto, que não deve ser pensado somente um como método de resolução de disputas, mas também como um instrumento hábil a construir uma gestão preventiva de riscos corporativos, como elucida Henrique Gomm Neto:

Os mecanismos de resolução de conflitos passaram a se constituir em um significativo instrumento de gestão de riscos corporativos, o que ocasionou o surgimento do que se convencionou chamar Technology of Conflict Management (tecnologia aplicada à resolução de conflitos) (BUHRING-UHLE, 1996, p. 16), que deu origem aos mais variados métodos e, sobretudo, à utilização da mediação como procedimento preliminar à constituição da arbitragem, através da implantação da cláusula 'med-arb'²¹⁴.

Nesse sentido, o advogado empresarial deve começar a pensar em mediação já na formação do negócio jurídico, pois, no momento da elaboração do contrato, as partes estão mais suscetíveis para discutir formas adequadas à resolução de conflitos²¹⁵.

Ademais, as cláusulas de mediação atuam como um incentivo real para a mudança de cultura, não somente em relação ao empoderamento do instituto enquanto método autocompositivo, mas também em relação ao papel do advogado, que passa a atuar pedagogicamente ao se valer de diferentes mecanismos de solução de controvérsias para a construção de um sistema preventivo de gestão e resolução de disputas adequado às particularidades de seu cliente, como leciona Patrícia Fuoco:

A previsão da cláusula de mediação, portanto, pode também funcionar como um incentivo real para a mudança de cultura, já que vincula as partes a participarem de uma reunião elucidativa, ocasião em que haverá o primeiro contato com o instituto e, se bem realizada, o primeiro passo pode ser dado rumo ao restabelecimento do diálogo. Nesse contexto, o advogado atuará pedagogicamente em relação ao seu cliente. (...) O advogado analisará o caso do ponto de vista jurídico, econômico e negocial (chances de êxito, custo da demanda vs. tempo, perda de chances e oportunidades, escassez de *players* no

²¹³ SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais - efetividade privada versus judicialização. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Editora RT, v. 46, ano 12, jul./set. 2015. p. 173 a 175

²¹⁴ NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem ("med-arb"). In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015. p. 270

²¹⁵ FUOCO, Patricia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P.285.

mercado, necessidade de preservação da relação comercial, impactos em contratos globais, entre outras variantes). Os cenários serão avaliados e os riscos pontuados²¹⁶.

A Lei de Mediação (lei 13.140/15) regulamenta as cláusulas contratuais de mediação em seu artigo 22, estipulando, como critérios mínimos necessários²¹⁷ a sua elaboração: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite (inciso I), o local em que esta ocorrerá (inciso II) e a penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada (inciso IV), bem como os critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação que se fará presente (inciso III).

Nos casos de ausência de previsão contratual completa, a lei 13.140/2015, em seu artigo 22, § 2º, disciplina os requisitos mínimos à realização da mediação extrajudicial, *in verbis*:

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

(...)

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

Nos litígios comerciais ou societários, na hipótese de inexistência de cláusula prévia de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará honorários pelo serviço

²¹⁶ Idem. P. 287 e 288.

²¹⁷ Frise-se que é facultado às instituições prestadoras de serviços de mediação a elaboração de regulamento, apto a substituir a especificação dos itens do artigo 22 da lei 13.140/15, desde que nele constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação (artigo 22, §1º, lei 13.140/15).

executado caso as partes decidam participar, voluntariamente, do procedimento, assinando o termo inicial de mediação (artigo 22, § 3º)²¹⁸.

Ademais, se em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes assumirem o compromisso de não iniciar procedimento arbitral ou judicial, ora por prazo estabelecido, ora por condição estipulada, o processo judicial ou arbitral deverá ser suspenso pelo prazo previamente acordado ou até o implemento da condição estabelecida (artigo 23, lei 13.140/15)²¹⁹, exceto se o caso demandar medidas de urgência (artigo 23, parágrafo único, lei 13.140/15)²²⁰.

Esclarecidas as particularidades que permeiam o procedimento de mediação, tanto no âmbito geral quanto no âmbito comercial, necessário se faz analisar o perfil e as habilidades que envolvem a atuação do mediador, sobretudo no ramo empresarial.

4.4. MEDIADOR EMPRESARIAL: FUNÇÕES, HABILIDADES E O PERFIL EXIGIDO PARA A ATUAÇÃO NO RAMO

No prisma da codificação civil, diferentemente do conciliador (§ 2º), não cabe ao mediador a sugestão de propostas para a resolução do litígio, pois sua função consiste em auxiliar na compreensão das questões e dos interesses em conflito ao reestabelecer a comunicação entre os interessados, de modo que eles possam identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (§ 3º)²²¹.

²¹⁸ BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 14/06/2019.

²¹⁹ Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição. [BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. *Op cit*].

²²⁰ Art.23. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito. [BRASIL. Lei 13.140 de 26 de junho de 2015. *Op cit*].

²²¹ Nesse sentido, “o mediador não tem como foco propor um acordo específico, apresentando uma solução para o conflito, e não deve tomar posição, mas simplesmente ajudar as partes a “colocar as cartas na mesa”, facilitar a retomada da comunicação que se romperá entre elas e trazer à luz uma solução reconhecida por ambas as partes, em que ambas saem satisfeitas. A mediação é especialmente recomendada para os conflitos envolvendo partes que têm uma relação continuada entre si, como vizinhos, condôminos, familiares, sócios de um mesmo empreendimento, cidadãos e entes públicos, entes públicos entre si, para citar apenas alguns exemplos. Também é recomendável para conflitos que exigam, sobretudo, uma solução rápida e que seja mantida a confidencialidade”. [SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane

Ressalte-se que alguns doutrinadores adotam posicionamento diverso do manifestado no Código de Processo Civil, a exemplo de Leonard Riskin, que propôs um sistema cartesiano que condicionava a atuação do mediador à dimensão do conflito, sob o argumento de que questões de média ou alta complexidade não exigem a mesma abordagem, por parte do mediador, que questões de natureza simples.

Riskin defende, portanto, a inexistência de uma orientação dominante e vinculante que determine a atuação do mediador, pois, diante do objeto da autocomposição, a mediação pode se estruturar com diferentes características e o mediador pode atuar como facilitador ou avaliador, em perspectiva ampla ou restrita, a depender do grau de complexidade do problema²²². Sobre o tema, André Gomma de Azevedo orienta que:

Para Riskin, as orientações do mediador podem variar de acordo com a definição do objeto da autocomposição e com a percepção do mediador quanto ao seu papel. (...). Uma mediação mais restrita estaria vinculada preponderantemente aos pontos controvertidos uma vez que o objeto litigioso seria o principal tema abordado pelo mediador. Por outro lado, o mediador poderia ampliar a definição do objeto da mediação na medida em que ele venha optar por abordar, além dos pontos controvertidos, interesses comerciais, interesses pessoais, relacionais ou quaisquer outros subjacentes que as partes viessem a ter (...). Nota-se que não há uma dicotomia entre mediações amplas irrestritas, mas apenas um espectro de diversas orientações que o mediador pode adotar com tendências mais amplas ou mais restritas²²³.

No modelo avaliativo, o procedimento da mediação se volta para a administração do processo e o mediador, na condição de especialista, oferece uma avaliação do caso e interfere na construção das possibilidades de resolução do litígio, sugerindo uma decisão viável para ambas²²⁴

A mediação transformativa, que tem entre seus maiores expoentes Luis Alberto Warat, defende que a finalidade principal do método não é resolutiva, isto é, não se

Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2015. p. 54].

²²² RISKIN, Leonard. Compreender as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma. Estudos de Mediação e Arbitragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v.1.

²²³ AZEVEDO, André Gomma. Manual de Mediação Judicial. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2010. P. 39.

²²⁴ Sobre o tema: “a mediação avaliativa (GOLDBERG E SANDER, 2007, p. 40-41) é mecanismo de solução de conflitos no qual o terceiro – mediador – ouve as partes e estuda cuidadosamente as evidências e argumentos de cada um e sugere a decisão. Normalmente em sessões separadas informa a cada parte os pontos fortes e fracos da sua questão com base no Direito (análise jurídica) e precedentes judiciais” [FUOCO, Patricia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P. 282].

resume ao alcance do acordo, mas sim à reconstrução do conflito, com a valorização da relação interpessoal e os sentimentos que vinculam os envolvidos, como esclarece Alexandre Araújo Costa:

(...) Nessa medida, o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a transformação do conflito. Essa visão parte do pressuposto de que o conflito não é fruto direto de situações objetivas, mas é fruto do modo como as pessoas interpretam uma situação e reagem a ela (uma mesma situação pode gerar conflito para certas pessoas e não para outras), de modo que é possível alterar o próprio conflito a partir da modificação do modo como as partes envolvidas o percebem. Não se trataria, pois, de uma simples negociação de interesses, mas de uma compreensão dos interesses e sentimentos, com a finalidade de transformar as relações que atingiram um grau de desequilíbrio tal que a autocomposição direta já não era mais um instrumento eficaz. Nas palavras do próprio Warat, a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica do conflito, que é capaz de promover uma transformação no conflito por meio de uma (re)interpretação que, conferindo novas significações à relação conflituosa, recrie a possibilidade de uma convivência harmônica das diferenças²²⁵.

Esse estilo de abordagem por parte do mediador parece mais alinhado aos conflitos familiares ou de vizinhança, mas não é dispensável à realidade empresarial, pois, mesmo nas organizações, o componente emocional é tão relevante em alguns conflitos que precisa ser trabalhado com afinco, a fim de reestabelecer o diálogo entre os envolvidos²²⁶.

Ainda que legítimas as três perspectivas de atuação, a grande maioria da doutrina está inclinada à compreensão de que a abordagem facilitativa por parte do mediador é a mais apropriada para o contexto brasileiro, como explicita Patrícia Fuoco:

Considerando o pluralismo cultural, a latinidade e o traço marcante da passionalidade, nos parece mais apropriada a utilização da mediação facilitativa no Brasil por ser um método que indaga o real interesse das partes, suas verdadeiras motivações e possibilita uma construção conjunta de uma solução que atenda ambas as partes²²⁷.

Independentemente da área de atuação, é possível sintetizar que o mediador exerce três principais funções: administrador do conflito, facilitador do diálogo e da

²²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma. Estudos de Mediação e Arbitragem. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. v.1. p.17

²²⁶ FUOCO, Patricia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P.283

²²⁷ Idem. P. 284.

comunicação dos envolvidos e difusor das vantagens e dos objetivos viáveis com o uso da mediação.

Como administrador do conflito, o mediador gere e direciona o andamento do procedimento da mediação, apresentando, no decorrer das etapas, diversas estratégias para que o principal objetivo elucidado pelos envolvidos seja devidamente alcançado ou satisfeito, como leciona Tânia Lobo Muniz:

O mediador, como administrador do conflito entre as partes, tem a função de exercer a gestão do processo, o governo com controle, pois quem quer “conduzir” bem deve saber onde quer chegar, o que quer realizar (governo) e não deve perder o rumo traçado (controle). A administração do conflito pressupõe traçar as estratégias que darão o rumo ao processo a partir da visão de uma meta — a comunicação entre os litigantes — e, a partir desta, estabelecer a tática a ser aplicada, para saber o que fazer e como fazer para atingi-la²²⁸.

Enquanto facilitador da comunicação, o mediador não só trabalha a fluidez do diálogo entre as partes, mas atua num espectro mais amplo: na desconstrução da visão cultural de que lidar com os conflitos envolve posturas adversariais, competitivas e antagônicas.

É parte da função de facilitador demonstrar os benefícios de uma perspectiva colaborativa na resolução de conflitos, desconstruindo a ideia de uma solução ganha-perde, isto é, que chegar a um acordo é alcançar uma solução que só é vantajosa para um dos lados, já que o outro necessariamente precisaria abrir mão de algo e sair em desvantagem.

A mediação, enquanto método de resolução de conflitos, trabalha em uma perspectiva de solução “ganha-ganha”, isto é, valorizando a construção de soluções mutuamente benéficas, sem que haja a anulação das pretensões de um pelo outro em virtude de posições completamente antagônicas²²⁹.

²²⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 108.

²²⁹ Nesse aspecto, vale salientar a aplicabilidade da Teoria dos Jogos de John Nash na mediação. Dentro do estudo de jogos estratégicos em que os participantes precisavam fazer escolhas com base nas decisões de seus oponentes, Nash criou um conceito que denominou como Equilíbrio, tornando possível que os jogadores em disputa obtivessem vitórias mutuamente, sem que precisassem derrotar uns aos outros para obter o melhor resultado. O Equilíbrio de Nash costuma ser aplicado em diversos jogos, sendo o Dilema do Prisioneiro o mais famoso deles.

Por fim, também é função do mediador atuar como o principal difusor das vantagens e objetivos da mediação enquanto método de resolução de conflitos, trazendo clareza em relação às etapas do procedimento e as suas características, bem como em relação aos princípios e valores que norteiam a atividade.

Quanto ao perfil exigido em relação ao mediador, uma pesquisa realizada nos Estados Unidos por Stephen B. Goldenberg e Margareth L. Shaw²³⁰ revelou que a grande maioria das pessoas que participam ou já participaram de um procedimento de mediação costuma valorizar no mediador a sua habilidade em criar confiança²³¹

A habilidade de criar confiança abriga diversas habilidades correlatas. Um mediador confiável é um mediador que se mostra imparcial diante das partes, que possui atuação independente e que respeita a autonomia dos partícipes do processo, que sabe se comunicar de forma efetiva, isto é, que escuta ativamente e, ao mesmo tempo, dá fluidez às ideias trazidas à discussão, que é competente e possui vivências relacionadas às técnicas do procedimento, que atua com diligência e discrição em relação às informações confidenciais trazidas ao seu conhecimento, que sabe ser flexível aos intempéries que surgem no decorrer do procedimento, dentre outras.

É essencial, portanto, que o mediador transmita segurança às partes para poder se conectar com elas e assim alcançar os deslindes do conflito.

No cenário da mediação empresarial, existem dois principais debates que circundam a contratação dos mediadores: primeiramente, sobre a necessidade de o mediador empresarial ser advogado e, por fim, sobre a especialidade do mediador.

Não há nenhum requerimento formal que exija que o mediador empresarial seja advogado ou tenha trabalhado com advocacia, tendo em vista que nem mesmo a formação jurídica do profissional, em sentido amplo, é critério para a atuação do profissional como mediador, nos termos da lei 13.140/2015.

²³⁰ GOLBERG, Stephen B; SHAW, Margaret L. The Secrets of Successful (and Unsuccessful) Mediators. 8 DISP. RES. ALERT 1, 6 (2008). In: FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e de Mediação. v. 11. n. 42. jul./set. 2014. P. 267.

²³¹ Sobre o tema, Faleck ainda complementa: “diversas características inspiram essa habilidade, como por exemplo, a transparência, a abertura, a honestidade e o fato do mediador ser uma pessoa “agradável”, e expressar simpatia, empatia, ser amigável e capaz de efetivamente compreender as partes”. [FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. 42, jul./set. 2014. p. 268]

Contudo, esse debate surge à medida que a realidade de outros países, sobretudo dos Estados Unidos, revela uma total dissonância entre a teoria e a prática, nas palavras de Diego Faleck:

A experiência norte-americana demonstrou que mediadores com formação jurídica dominam o mercado de mediação empresarial, na medida que tem maior conhecimento dos contornos de uma disputa e da gramática dos temas relacionados aos processos judiciais e arbitrais²³².

Apesar disso, é importante frisar que, no contexto brasileiro, considerando as regulamentações legais, não é uma exigência ao profissional que deseja atuar em mediação qualquer experiência prévia com advocacia, sobretudo porque o foco principal de sua atuação será enquanto facilitador da comunicação e do entendimento entre as partes, preferivelmente sem sugestões de cunho jurídico.

Nesse diapasão, faz-se mister frisar a importância do papel desempenhado pelos advogados, sobretudo no processo de mediação empresarial, tendo em vista que cabe a eles o papel de analisar o caso sobre o ponto de vista jurídico, econômico e negocial²³³, avaliando os cenários, pontuando os riscos e buscando confirmar a adequação do método ao caso.

Outro debate envolve a especialidade do mediador. Atualmente, a mediação é aplicável a inúmeras áreas (família, comunitária, escolar, penal, empresarial, etc) e cada uma delas requer do profissional que atuará como mediador diferentes habilidades e estilos.

É natural, por exemplo, que a área de mediação empresarial requeira profissionais mais pragmáticos, flexíveis o suficiente para se adaptar às necessidades das partes e aos deslindes da disputa, com experiência e a mentalidade voltada para o ramo dos negócios e do mercado²³⁴.

Contudo, dentro desse mesmo debate, algumas discussões surgem acerca do conhecimento da indústria específica, isto é, se para um caso que envolva, por exemplo, o setor de energia, a escolha das partes para contratação deverá priorizar um mediador com experiência nesse setor.

²³² Idem.

²³³ FUOCO, Patricia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P. 288-289.

²³⁴ FALECK, Diego. Op. cit. P. 270.

Parafrazeando o mesmo questionamento: para a atuação do mediador na área empresarial, o que vale são os seus conhecimentos e habilidades voltados à mediação ou a experiência em setores específicos o prioriza enquanto profissional no momento da contratação? Ensina Diego Faleck que:

A resposta de grandes usuários da mediação²³⁵ é que deve-se priorizar o profissional com formação em mediação, que seja inteligente e tenha boas habilidades analíticas, preferivelmente ao profissional do setor que não tenha as competências e habilidades de mediação. Um bom profissional, talentoso e dedicado, consegue aprender rapidamente sobre o setor para resolver a disputa. As habilidades e a experiência do processo de mediação, todavia, requerem prática, refinamento e substancial mudança de hábitos e perspectivas sobre a arte e a ciência da negociação, e não são incorporadas facilmente²³⁶.

Ainda que, para algumas partes, a ideia de que o mediador tem conhecimento específico no setor traga maior confiança na prestação de um bom trabalho, é importante avaliar se experiência prévia não influenciará o mediador de algum modo, limitando a sua visão sobre o tema²³⁷.

Um mediador empresarial que possui conhecimentos específicos sobre o setor, ao conceder, durante a mediação, orientações aos envolvidos ou ao demonstrar quaisquer identificações com a posição de uma das partes, corre o risco de abalar um dos principais pilares que rege o processo de mediação: a imparcialidade.

Portanto, é importante frisar que, ainda que a área empresarial exija do mediador um perfil que envolva a compreensão do mercado e da área dos negócios e habilidades correlatas a isso, seu continuará sendo o uso das técnicas apropriadas para consubstanciar a sua atuação enquanto facilitador da comunicação, empoderando as partes a buscarem soluções factíveis e de ganhos mútuos para a disputa.

4.5. AS VANTAGENS DO USO DA MEDIAÇÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA TÉCNICA ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.

²³⁵ Frise-se que para tratar da opinião dos usuários da mediação, o autor cita em seu artigo um dado referente a uma palestra concedida na Universidade de São Paulo (USP), em 20 de março de 2014, por P.D Villareal, General Counsel da Glaxo.

²³⁶ Idem. p. 270

²³⁷ Para ilustrar essa problemática, Faleck dá um exemplo interessante: em uma mediação em caso de resseguro, o mediador tem experiência passada em qual ponta? Atuando sob a ótica do corretor, do segurado, do segurador, ressegurador nacional, estrangeiro ou regulador? [FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. 42, jul./set. 2014. p. 271].

No primeiro capítulo desse trabalho, foi esclarecido o conceito de custo de transação e como eles influem nas relações comerciais.

Como explicitado anteriormente, no que tange às relações comerciais, os custos de transação não pressupõem somente os benefícios advindos da atividade econômica, mas também as despesas que cada contratante terá que adimplir, satisfazendo as obrigações por ele titularizadas – um “prognóstico de cumprimento das obrigações contraídas”, nas palavras de Laux²³⁸.

Esse contexto traz à tona a análise da relação entre os custos de transação e o ônus financeiro do processo, à medida que é indispensável assegurar uma tutela efetiva de direitos às partes em caso de resistência ou de inadimplemento por parte de um dos contratantes. Essa tutela efetiva se mostra ameaçada diante de um sistema judicial assoberbado de processos, como nos esclarece Laux:

A doutrina já chegou a destacar que a demora excessiva na efetivação de direitos pode chegar a favorecer aquele que, pressupondo a lentidão de um processo judicial, passa a obter vantagens econômicas com a sua inadimplência, o que pode representar uma situação altamente prejudicial no âmbito das relações comerciais²³⁹.

A mediação surge, enquanto método autocompositivo, oferecendo três grandes vantagens às empresas nesse contexto: economia de tempo (procedimento mais célere), redução dos custos de transação, isto é, custos diretos e indiretos que envolvem uma demanda judicial e o gerenciamento de riscos do resultado, como nos esclarece Diego Faleck:

O deslocamento da atenção em direção à mediação se dá fundamentalmente pelo fato de que o método atende melhor às principais estratégias empresariais de gerenciamento de disputas: o controle de custos durante o processo e de riscos do resultado. Ademais, como revelam as pesquisas, a decisão do processo de mediação por essas empresas tem gerado alta satisfação²⁴⁰.

O alto índice de satisfação com o processo de mediação por parte de empresas não se justifica somente pela rapidez do procedimento²⁴¹, seu custo acessível e razoável

²³⁸ Laux, Francisco de Mesquita. *Mediação Empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para a solução de disputas entre sócios*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. P.129

²³⁹ LAUX, Francisco de Mesquita. *Op cit.* p. 130

²⁴⁰ FALECK, Diego. *Op cit.* p. 264

²⁴¹ Ainda que a mediação seja considerada um método de resolução de disputas mais célere se comparada ao processo judicial, é importante frisar que o tempo do procedimento também está sujeito à autonomia das partes, como esclarece Adolfo Braga Neto (2012, p. 109-110), “a determinante com relação ao tempo é

(além da minimização dos demais custos) às partes e o gerenciamento dos riscos que envolvem o resultado da demanda.

A mediação é um método de resolução de disputas efetivo no que tange à manutenção das relações empresariais, sobretudo nos casos de vínculo anterior entre as partes, bem como nos casos em que é necessária a restauração da comunicação para que a relação comercial seja preservada, como esclarece Patrícia Fuoco:

Na área empresarial, os casos mais apropriados geralmente são aqueles em que há vínculo anterior entre as partes, como os contratos de longo prazo ou de trato sucessivo, conflitos envolvendo múltiplas partes, casos em que é desejável a preservação da relação comercial, e, ainda, conflitos que tenham surgido por meio de ruídos na comunicação, informação imprecisa ou incompleta, percepções diferentes sobre fatos, expectativas desbalanceadas, ocorrências muito comuns em contratos envolvendo empresas de nacionalidade ou cultura distintas²⁴².

Um dos grandes objetivos do instituto é preservar as relações que permeiam a disputa, por meio do reestabelecimento do canal de comunicação.

O mediador, por meio do uso de técnicas específicas, direciona o diálogo das partes para os seus verdadeiros interesses e objetivos em relação ao negócio jurídico, ultrapassando a barreira de suas posições rígidas e antagônicas, o que é essencial do ponto de vista da função social da empresa, como esclarece Ana Frazão:

(...) Consequentemente, a manutenção da empresa não pode ficar sujeita à vontade ou aos interesses de determinados sócios ou credores ou qualquer outro grupo, diante da magnitude de interesses que dependem da atividade empresarial para serem atendidos. A correta compreensão do âmbito de incidência da função social da empresa requer que se considerem os diversos interesses que compõem o “interesse social” e da preservação da empresa como parâmetros interpretativos das regras existentes sobre diversas disputas societárias²⁴³.

Nesse sentido, a função social da empresa exige o balanceamento entre os interesses dos diversos credores envolvidos em prol da preservação da atividade

decorrente dos participantes; já que a mediação existe em função deles, a eles cabe determinar suas disponibilidades, possibilidades, necessidades e interesses”.

²⁴² FUOCO, Patrícia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P. 282

²⁴³ FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Enciclopédia Jurídica da PUCSP: São Paulo, Tomo Direito Comercial I, Edição I, Julho/2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>. Acesso em 13/06/19. p.3.

empresarial e, de igual modo, das relações internas e externas da empresa, estimulando as organizações à reorganização de seus modelos institucionais, como assinala Frazão:

Por fim, o caráter sistematizador do princípio da função social da empresa não necessariamente resultará na imposição de deveres ou na responsabilização pessoal, mas também se traduz no estímulo à remodelagem institucional das corporações, de maneira a acolher em maior medida os interesses dos stakeholders e evitar conflitos; à responsabilidade social voluntária e à adoção de parâmetros mais claros para a prática empresarial, inclusive no que diz respeito a iniciativas de autorregulação; à adoção de medidas instrumentais que facilitem a circulação de informações sobre a atividade empresarial, de modo a permitir maior controle social e transparência; entre outras alternativas capazes de fornecer respostas adequadas aos imperativos legais e constitucionais²⁴⁴.

A utilização da mediação nesse aspecto, se considerada a longo prazo, é extremamente benéfica para auxiliar as organizações em um novo desenho institucional, edificando, em seu bojo, uma cultura de gestão preventiva de conflitos e de riscos à atividade empresarial. Nas palavras de Henrique Gomm Neto, essa é uma das principais vantagens do instituto:

(...) o aspecto que se nos afigura mais relevante, e que nos permitimos explicar adiante, é a possibilidade de se criar uma instância permanente de resolução de conflitos que atue de forma preventiva, de modo a evitar que opiniões contrárias sobre determinados fatos, desinformações, animosidades pessoais, interesses antagônicos e outras questões se transformem em crises na empresa²⁴⁵.

Outra vantagem a ser enumerada é que a mediação apresenta uma flexibilização de suas regras procedimentais (*short form formalism*) em prol da autonomia das partes, que detém o controle do fluxo e do destino do processo. A falta de rigidez procedimental não representa um total informalismo do procedimento e ainda empodera os envolvidos de modo que eles mesmos determinem as medidas mais adequadas à gestão do conflito, como nos esclarece Laux:

O que se verifica, na realidade é que, ao contrário de previsões mais estanques, de certo modo necessárias ao transcurso de processos em geral, voltados à expedição de decisões finais impositivas, os métodos voltados à autocomposição, justamente pela valorização da autonomia das partes, permitem uma maleabilidade procedimental maior por escolha de seus participantes. É como se a lei (em certas situações, mais conexas à mediação e à conciliação) e o contrato (o próprio contrato social pode trazer previsões

²⁴⁴ FRAZÃO, Ana. Função social da empresa. Op cit. p.14.

²⁴⁵ NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem ("med-arb"). In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015. p. 273

relacionadas à negociação para solução de conflitos) estabelecessem uma moldura com fundamento nos ditames do devido processo legal; dentro dos lindes desta moldura, as partes são livres para adotar as medidas mais adequadas ao encerramento do seu conflito específico²⁴⁶.

Nota-se, que, diante de suas características, a mediação apresenta grande potencial para auxiliar as organizações na promoção dos princípios inerentes a sua própria atividade, quais sejam: a preservação da empresa e a sua função social. Ainda assim, é importante frisar que “mediação não é panaceia”²⁴⁷, ou seja, por mais que apresente inúmeras vantagens, o procedimento nem sempre se revela apto para o tratamento de todos os tipos de conflitos.

Contudo, mesmo nessas hipóteses, a mediação tem suas vantagens. Ainda que as partes não alcancem um consenso ou resolvam o conflito de forma exauriente, o processo de mediação as auxilia a clarificar os pontos centrais que permeiam a disputa, afunilando o escopo da lide, como explicita Diego Faleck:

De fato, existem casos em que a mediação pode não ser o método mais conveniente a ser utilizado, como por exemplo os que necessitem de criação de precedentes ou justificação pública, e casos com patentes de equilíbrio de poder. De qualquer maneira, a conclusão dos autores é que a mediação deve ser escolhida como método “default”, pois esta ajuda as partes a delinear e compreenderem melhor a disputa mesmo que não haja acordo, e permite a estas caminharem com mais lucidez e objetividade para o método contencioso, seja a arbitragem ou o Judiciário. A mediação ajuda as partes ativamente a identificarem os pontos da controvérsia e por vezes, a afunilar o escopo da lide²⁴⁸.

A mediação, portanto, apresenta-se como um excelente método elucidativo da controvérsia ainda quando não é o mais conveniente para dar fim ao conflito. Ademais, configura-se como um excelente potencializador de rotas para outros métodos de solução de litígios, sobretudo porque a participação em um processo de mediação não caracteriza impedimento para posterior adoção do juízo arbitral, processo judicial ou administrativo²⁴⁹.

²⁴⁶ LAUX, Fernando de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 139.

²⁴⁷ FUOCO, Patricia. O papel estratégico do advogado na mediação do contexto empresarial. Revista de Mediação e Arbitragem. v.12, n. 47, out./dez. de 2015. P.289

²⁴⁸ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. 42, jul./set. 2014. p. 264.

²⁴⁹ NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”). In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015. 2ª Edição. p. 273

Nesse sentido, no olhar da doutrina, a mediação traz conclusões usualmente melhores às partes do que as existentes em um momento anterior à tentativa de alcance da solução consensual: o esperado é que o procedimento conduza os envolvidos a um acordo, mas, em caso de insucesso, ora a mediação encerrará algumas nuances do conflito, ora trará benefícios à comunicação e a relação continuada das partes, ora trará esclarecimentos acerca de questões até então nebulosas à resolução da lide²⁵⁰.

4.6. OS DESAFIOS PARA VIABILIZAR A MEDIAÇÃO ENQUANTO TÉCNICA ADEQUADA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EMPRESARIAIS.

Conquanto apresente inúmeras vantagens, a mediação ainda enfrenta muitos desafios para se viabilizar enquanto técnica adequada de resolução de conflitos na seara empresarial.

A principal entrave é a cultura adversarial e extremamente voltada à litigância sustentada no país no que tange à resolução de conflitos, que permanece inclusive em meios alternativos mais comumente difundidos no meio empresarial, como é o caso da arbitragem, que compõe o rol de métodos heterocompositivos de solução de disputas juntamente à jurisdição estatal.

A sociedade civil ainda nutre a mentalidade de terceirizar a resolução de seus próprios problemas a terceiros neutros e imparciais, que arbitrarão para o caso uma solução justa e ideal. Essa construção no imaginário coletivo se pautou na imagem de um Judiciário presente, que, por muito tempo, atuou ativamente na proteção e defesa dos direitos individuais e coletivos.

Ocorre que a percepção coletiva de que o acesso à justiça se limita ao acesso à jurisdição gerou uma distorção na compreensão da real função do Poder Judiciário perante a sociedade, de modo que muitos indivíduos passaram a enxergar que o papel do magistrado é apreciar e solucionar todos os conflitos que existem no cotidiano, como elucidada Roberto Portugal Bacellar:

Falta ainda cultura nacional no sentido de resolver pendências independentemente do Poder Judiciário. Até problemas tipicamente familiares e educacionais, por vezes, são trazidos à apreciação do juiz, como se ele, integrante do Poder Judiciário, com seus julgamentos, pudesse livrar as

²⁵⁰ LAUX, Francisco de Mesquita. *Mediação Empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para a solução de disputas entre sócios*. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2018. p.147.

pessoas de seus problemas independentemente de suas responsabilidades e de seus verdadeiros interesses²⁵¹.

Esse entendimento também é percebido na formação dos operadores do direito no país. O ensino jurídico nas universidades brasileiras é fortemente pautado em uma compreensão adversarial do processo, em que os representantes legais das partes se enfrentam diante de um tribunal e, munidos da melhor retórica e de técnicas que, usualmente, envolvem a destruição dos argumentos do adversário, convencem o terceiro imparcial (juiz) sobre quem está com a verdade.

Nota-se que muitos desses operadores jurídicos (advogados, promotores, defensores públicos) permanecem firmes na defesa de suas posições, ainda que isso represente uma ameaça aos reais interesses de seu cliente, transformando o processo em um jogo de soma zero (um perde e o outro ganha).

Em outras ocasiões, as diferentes percepções das partes sobre o mesmo fato são enquadradas em um julgamento valorativo por parte do juiz, podendo ser classificadas em uma decisão como “certas” ou “erradas”. Em muitos desses casos, a decisão arbitrada por terceiro imparcial que deveria trazer segurança e conforto, alimenta nos jurisdicionados a sensação de não terem sido devidamente compreendidos ou vítimas de uma injustiça.

Todas essas variáveis, ao atuarem juntas, compõem a imagem de um Judiciário lento e ineficiente, que não atende, em um tempo razoável, aos interesses do jurisdicionados. A centralização da resolução de conflitos na figura do Judiciário ameaça a sua própria sustentabilidade, nas palavras de Bacellar:

A sustentabilidade do Poder Judiciário depende de incentivar uma Justiça Comunitária onde a própria sociedade local esteja capacitada, preparada e empoderada a solucionar seus conflitos. Não é possível que todos os conflitos sejam levados ao conhecimento do Poder Judiciário²⁵².

²⁵¹ BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

²⁵² BACELLAR, Roberto Portugal. Op cit. p. 81

Nesse sentido, é urgente a transformação da cultura brasileira de tratamento de conflitos, não somente por parte dos operadores do direito, mas também por parte da população.

Primeiramente, no que tange à ampliação do acesso à justiça aos demais métodos de resolução de disputas, descentralizando o exercício dessa função das mãos do Judiciário a partir de um sistema multiportas eficiente.

Frise-se, de início, que, diante desse cenário cultural, discutiu-se, na exposição de motivos do PL 4.827/98, de autoria da deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP), o único caminho para sedimentar a mediação no ordenamento jurídico brasileiro seria implementando-a com caráter obrigatório, a exemplo da legislação e experiência argentina, desafogando rapidamente as demandas do Poder Judiciário²⁵³.

Contudo, apesar da experiência argentina favorável em relação à popularização da mediação enquanto método adequado de resolução de disputas²⁵⁴, a ideia de um procedimento de caráter obrigatório trouxe estranhamento e inseguranças à comunidade jurídica brasileira, sobretudo porque tal determinação contraria a própria essência do instituto²⁵⁵. Nesse sentido, após extensivo debate, o legislador brasileiro optou por preservar a natureza voluntária e consensual da mediação, como esclarece Laux:

A estratégia adotada pelo legislador brasileiro parece, de fato, a mais adequada, até mesmo por um critério lógico. Fato é que a ideia de impor a tentativa de solução consensual e voluntária pode inclusive prejudicar a construção de uma solução autocompositiva. (...) No Brasil, portanto, mesmo se considerada uma demanda na qual tratados direitos exclusivamente tidos por disponíveis, mostra-se possível que a audiência não seja realizada caso ambas as partes demonstrem desinteresse na autocomposição (artigo 334, § 4º, II, CPC)²⁵⁶.

²⁵³ Idem. p. 80.

²⁵⁴ Maria Rita Drummond esclarece que no início da década de 90, o Ministério da Justiça Argentino criou projetos piloto de mediação e, diante da urgência de desafogar seu sistema judiciário, implantou a mediação com caráter obrigatório. Após 10 anos do início dos projetos supracitados, a mediação é uma realidade e um sucesso na Argentina, tanto na esfera pública como na privada. Contudo, foi constatado que, no caso de mediação obrigatória, o índice de acordos em casos patrimoniais foi de 49%, percentual expressivamente baixo se comparado com o índice de 88% alcançado pela mediação voluntária. (DRUMMOND, Maria Rita. Mediação obrigatória – um contrasenso? <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI36791.61044-Mediacao+obrigatoria+um+contrasenso>>. Acesso em 29/05/19).

²⁵⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 80.

²⁵⁶ LAUX, Fernando de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. P. 117.

Deste modo, para desconstruir uma cultura adversarial e de excessiva litigância, ampliando o leque de alternativas em uma perspectiva multiportas, é necessário seguir produzindo conhecimento acerca dos demais métodos de resolução de conflitos e torná-los mais acessíveis à população, difundindo as suas vantagens e contribuições.

Essa mudança só será efetiva com a participação dos próprios operadores do direito, que, diante de uma concepção de eficiência da prestação jurisdicional, precisam aprimorar a sua formação, incluindo no currículo mínimo dos cursos jurídicos o estudo da resolução adequada de conflitos como conteúdo obrigatório, a nível teórico e prático²⁵⁷.

Outro aspecto importante é a quebra do receio em relação aos métodos autocompositivos, sobretudo na seara empresarial. A heterocomposição continua sendo a opção frequente dos empresários após o fracasso da negociação, como esclarece Diego Faleck:

“Em países nos quais a cultura da mediação ainda não se firmou, é comum a premissa de que, se a negociação falhou, o próximo passo deve necessariamente ser a arbitragem ou a ação judicial. Muitos empresários e advogados são de fato negociadores bem-sucedidos e prósperos em um mercado competitivo. “Por que um terceiro poderá me ajudar? Se eu já não consegui, não tem como, agora é briga” são algumas das falsas premissas comuns que ainda persistem e que ignoram a complexidade do fenômeno da negociação e resolução de disputas”²⁵⁸.

Diante desse cenário, é indiscutível o papel de liderança dos advogados, na condução do desenvolvimento dos métodos autocompositivos no Brasil, sobretudo da mediação empresarial. Nas palavras de Calamandrei, o advogado é o higienista da vida judiciária e, portanto, o mais fiel colaborador do juiz no trato das disputas ao exercer um trabalho diário de desinfecção da litigiosidade nos tribunais²⁵⁹.

Esse papel não se resume somente à difusão do instituto e seus benefícios e vantagens aos seus clientes, mas também diz respeito a uma participação ativa antes, durante e após o procedimento da mediação, assegurando a sua completa eficiência em

²⁵⁷ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 72.

²⁵⁸ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. 42, jul./set. 2014. p. 264.

²⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por um advogado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P.148.

relação aos principais interesses das partes e contribuindo na criação de soluções híbridas que atendam as expectativas de todos envolvidos.

Vantagens do ponto de vista econômico também auxiliam na ruptura das barreiras relacionadas à autocomposição. No intuito de estimular a adoção da prática da mediação enquanto método hábil à resolução de disputas empresariais, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) expediu a Resolução nº 36/2019²⁶⁰, que estabelece descontos na taxa de administração do procedimento de mediação quando este é adotado antes ou após do procedimento arbitral, como se verifica na redação do artigo 1º:

Artigo 1º – Nas hipóteses abaixo, será concedido às partes desconto no valor devido a título de Taxa Administração do procedimento de mediação:

100% de desconto quando as partes, após procedimento de mediação, instaurarem procedimento arbitral perante o CAM-CCBC; ou

50% de desconto quando as partes solicitarem, durante o trâmite de procedimento arbitral, a sua suspensão para dar início a um procedimento de mediação.

Parágrafo único – Exemplo para um litígio cujo valor em disputa seja de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais):

Taxa de administração		
Arbitragem	Mediação	Mediação com desconto
R\$ 91.960,00 (por polo)	R\$ 40.000, 00 (por polo)	R\$ 0, 00 quando a mediação preceder a arbitragem. ou R\$ 20.000, 00 (por polo) quando a mediação é feita no curso da arbitragem.

Como mencionado anteriormente, a adoção da mediação não configura um empecilho para posterior instauração de procedimento arbitral, caso a demanda não seja devidamente solucionada. Nessa esteira, a abordagem da resolução é bastante interessante, pois não só busca empoderar a mediação ao status da arbitragem, mas também associa os dois métodos em prol de uma resolução adequada de disputas,

- CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ. Resolução nº 36/2019. Regula as hipóteses de concessão de desconto na Taxa de Administração de procedimento de mediação na Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-36-2019/>>. Acesso em 01/06/2019.

adotando a perspectiva das cláusulas escalonadas “med-arb”²⁶¹, muito utilizada em contratos empresariais.

A primeira vantagem observada é que o uso da cláusula “med-arb” conduz as partes a alcançarem, preferencialmente, uma solução consensual e, nas ocasiões em que essa solução não seja possível, a cláusula atua como filtro, instalando o juízo arbitral como o último recurso para impor e obrigar as partes ao cumprimento de uma decisão²⁶².

Outra vantagem reside no fato de que a experiência dos contratos internacionais revela que a maior vantagem da adoção da cláusula “med-arb” nos contratos empresariais é a condução dos empresários à construção de um mecanismo de gestão efetivo e permanente de conflitos em relação aos seus principais parceiros comerciais²⁶³.

Ademais, a adoção de cláusulas escalonadas “med-arb” nos contratos empresariais é de extrema importância para o fortalecimento e a valorização da mediação enquanto método autocompositivo, por conduzi-la à transcendência do rótulo de “método alternativo” para método adequado de resolução de disputas, sobretudo se aliada à heterocomposição.

Nesse sentido, nas palavras de Maria Leal Galvão Maia citando Silvia Rodrigues Pachikoski e Fernanda Levy, a relação existente entre a mediação e a arbitragem não deve ser competitiva, no sentido de qual mecanismo é o mais correto ou o mais eficiente para a disputa, mas sim uma simbiose fortalecedora entre os dois métodos, de modo que as características próprias de cada um sejam utilizadas para a resolução mais pertinente às principais questões do conflito²⁶⁴.

²⁶¹ Para fins didáticos, importante esclarecer o que se entende por cláusula escalonada, cuja definição é: cláusulas escalonadas são aquelas que preveem dois ou mais métodos de solução de conflitos a serem exercidos na forma convencionada (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 6ª Edição. São Paulo: Editora RT, 2017. P.142). Nesse sentido, frise-se que não necessariamente as cláusulas escalonadas envolverão apenas a mediação e a arbitragem, podendo contemplar outros métodos de acordo com os deslindes do conflito, em um Design de Sistemas de Disputas (DSD), como leciona Diego Faleck.

²⁶² NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem (“med-arb”). In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015. p. 270

²⁶³ Idem. p. 273.

²⁶⁴ MAIA, Marina Leal Galvão Maia. As cláusulas escalonadas med-arb no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/as-clausulas-escalonadas-med-arb-no-ordenamento-juridico-brasileiro-01112018>>. Acesso 30/05/2019.

Os pontos ainda não regulamentados acerca do exercício do procedimento da mediação também constituem desafios à sua viabilização enquanto método adequado de resolução de disputas. São eles: a capacitação dos facilitadores de processos autocompositivos, principalmente mediadores, os honorários dos mediadores e os elementos essenciais ao termo de acordo do procedimento de mediação.

Como já mencionado anteriormente no capítulo 2, a Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça previu, em seu artigo 7º, a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Conflitos (NUPEMECs) no âmbito de todos os tribunais brasileiros, entre cujas atribuições está a promoção de capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos (inciso VII) e o incentivo à realização de cursos e seminários sobre métodos consensuais de solução de conflitos (inciso VIII), firmando, se necessário, convênios e parcerias com entes públicos e privados para tanto (IX).

Ademais, o mesmo dispositivo legal estabeleceu que somente seriam admitidos nos Centros e nos demais órgãos judiciários para atuação na resolução consensual de disputas, mediadores e conciliadores devidamente capacitados (artigo 12), sendo obrigação para os já capacitados, a reciclagem permanente de seus conhecimentos e à avaliação do usuário (artigo 12, §2º).

O anexo I da referida resolução previa três módulos básicos de capacitação, cuja carga horária totalizava 80 horas teóricas e práticas, um módulo específico para magistrados de 8 horas teóricas e outro específico para os servidores judiciários, de 4 horas teóricas. Contudo, o anexo foi revogado e, atualmente, os treinamentos deverão seguir as diretrizes constantes do “Portal da Conciliação”, gerenciado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Ocorre que os treinamentos elaborados no âmbito do Judiciário usualmente portam conteúdos genéricos e comuns, sem a devida capacitação específica e desenvolvimento de habilidades pertinentes à cada área de atuação, como explicita Luciane Moessa de Souza:

Muito embora, como conteúdo genérico e base comum, o programa se revelasse apropriado (podendo apenas ser eventualmente questionada a adequação da carga horária atribuída a cada item), nota-se que, em nenhum

momento, se prevê uma capacitação específica para qualquer tipo de conflito, o que se revelaria necessário em quase todas as áreas, v. g.: conflitos na área de família, na esfera trabalhista, no âmbito societário, na esfera empresarial, nas relações de consumo, na área penal (a chamada “justiça restaurativa”) e, sobretudo, na esfera pública, que nos interessa mais de perto. Todas estas áreas têm peculiaridades que demandam um treinamento focado nelas, o que não chegou ainda, como regra, a ser enfrentado pelos diversos programas no âmbito do Poder Judiciário²⁶⁵.

Assim, embora louvável a regulamentação inovadora proposta pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução 125/10, é necessário evoluir e aprimorar os programas e treinamentos relacionados à capacitação de mediadores. Em termos de conteúdo, é desejável que a capacitação parta de um conteúdo básico comum para fins introdutórios, mas é necessário aprofundar em conteúdos específicos pertinentes a cada área de atuação, para que o profissional tenha não somente as habilidades e as técnicas desejadas, mas também apresente o perfil para o trabalho exigido.

Quanto aos honorários do mediador, como explicitado no subtópico acerca do procedimento da mediação deste capítulo, os âmbitos judiciais e extrajudiciais apresentam algumas diferenças.

A inserção da mediação na condição de atividade sem remuneração perante o Poder Judiciário foi um movimento iniciado pelos próprios mediadores, no início do século XXI, como explicita Adolfo Braga Neto:

Ao se iniciar no século 21, a mediação já encontrava utilização no Brasil em algumas áreas. Por um lado, fortalecia-se o movimento para sua inserção como atividade sem remuneração junto ao Poder Judiciário, iniciado pelos próprios mediadores, pois detinham conhecimento da teoria, porém não experiência na prática. Daí o motivo de oferecer serviços de forma não onerosa ao Judiciário (...)²⁶⁶

No contexto da época, a opção se justificava em face do caráter experimental da atuação de profissionais em um campo completamente novo no Brasil, mas repleto de oportunidades. Apesar disso, a expectativa era que, com o desenvolvimento do instituto no país, a atuação remunerada de mediadores e conciliadores fosse legalmente regulamentada, o que não aconteceu.

²⁶⁵ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 147.

²⁶⁶ NETO, Adolfo Braga. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA Editora, 2017. P.29

A mediação judicial seguiu sendo realizada de forma voluntária, ora por profissionais que se vinculavam de modo voluntário ao tribunal, ora pelos próprios servidores selecionados pelo Tribunal para atuação nos Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC).

Adiar a regulamentação do exercício da profissão remunerada de mediador e de conciliador, delegando a função para demais servidores judiciais ou permitindo a realização da atividade de forma voluntária, é uma opção muito pouco sustentável se o objetivo é a expansão e divulgação dos métodos autocompositivos de conflitos no Poder Judiciário, como coloca Luciane Moessa de Souza:

Trata-se de assunto que é ainda uma incógnita, em especial pela tendência que tem se verificado entre os órgãos judiciais brasileiros de utilizar seus próprios servidores para atuarem como voluntários na mediação e conciliação, ou seja, acumulando estas atribuições com as que já possuem ordinariamente, sem perceber nenhum acréscimo por isso. Se esta alternativa tem se mostrado viável quando ainda é proporcionalmente bastante pequeno o número de casos em que se utiliza a mediação ou a conciliação no Brasil, ela parece pouco sustentável caso se pretenda realmente difundir a utilização dos caminhos consensuais de solução de conflitos, generalizando efetivamente um acesso à justiça de qualidade²⁶⁷.

Em primeiro lugar, porque gera uma assimilação inconsciente no ideário da sociedade de que a mediação é uma atividade voluntária. Para fortalecer o instituto perante a sociedade, é necessário construí-lo de acordo com a sua essência, isto é, como um método adequado de resolução de disputas, capaz de trazer diversas vantagens e benefícios aos cidadãos que dele se utilizam. A mediação não pode ser vista pelo Poder Judiciário como um método alternativo, que se encontra disponível ao uso dos jurisdicionados somente para desafogar a quantidade de demandas judiciais, mas sim como um método complementar, em uma perspectiva de um sistema multiportas, que oferece ao cidadão um real acesso à justiça.

Em segundo lugar, ainda que a capacitação seja obrigatória para o exercício da mediação e da conciliação no âmbito judicial, a escolha dos servidores para o desempenho da função se dá não por seletividade, mas por disponibilidade. A ausência de um processo seletivo que valoriza características e habilidades essenciais ao mediador impede que o servidor selecionado seja, de fato, o que apresenta um perfil adequado à mediação e que

²⁶⁷ SOUZA, Luciane Moessa. *Op cit.* p. 75

seja verdadeiramente vocacionado para o papel de um facilitador em processos autocompositivos.

No âmbito extrajudicial, não se observa a ausência de regulamentação acerca dos honorários. Os mediadores podem ser remunerados das mais diversas maneiras, de acordo com os parâmetros estabelecidos por cada instituição: por hora, valores fixos, valor fixo por dia de mediação e, algumas vezes, de acordo com o resultado, isto é, na ocorrência do acordo (*ad exitum*)²⁶⁸.

Existe um debate acerca da possibilidade de regulamentação da remuneração *ad exitum* na mediação, visto que um valor diferenciado em face da conclusão de um acordo pode gerar incentivos indesejáveis na atuação do mediador em relação às partes, como explicita Diego Faleck:

Existe debate sobre a possibilidade da remuneração *ad exitum* gerar incentivos indesejáveis, para que o mediador influencie as partes para a conclusão de um acordo. Muitos sustentam que o objetivo da mediação não é o acordo em si, mas a aproximação das partes, para que estas investiguem as suas opções e sejam as únicas responsáveis pela construção do seu acordo. Por outro lado, existe a visão pragmática de que as partes em disputas do seu acordo. Por outro lado, existe a visão pragmática de que as partes em disputas empresariais, sim, buscam o acordo ao contratar o mediador, principalmente no caso de disputas de alto nível, e que as partes são bem assessoradas e com autonomia o suficiente para decidir sem receio de serem influenciadas pelo mediador. De qualquer forma, o valor combinado no êxito deve ser fixo, para não ser influenciado pelo resultado do processo (como por exemplo, o caso de uma porcentagem do valor do acordo, que pode gerar incentivos para o mediador trabalhar mais por um acordo de maior valor)²⁶⁹.

Outro ponto que necessita de melhor regulamentação, na visão de especialistas do tema, é o termo de acordo de mediação, tendo em vista que a lei 13.140/2015 não abordou nenhuma previsão de quais os elementos indispensáveis à sua composição.

A regulamentação de critérios mínimos de composição para o termo de acordo de mediação é fundamental, não somente para conferir segurança às partes em relação ao que foi pactuado no procedimento de mediação, mas também para torná-lo um título executivo extrajudicial eficaz e eficiente. Nas palavras de Luciane Moessa de Souza:

Não resta a menor dúvida que o mais adequado seria uma regulamentação legal acerca de um conteúdo mínimo para os termos de acordo, abrangendo: a) descrição clara das obrigações pactuadas e /ou das declarações

²⁶⁸ FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 11, n. n. 42, p. 263-278, jul./set. 2014. P. 271 e 272.

²⁶⁹ Idem. p.272.

/reconhecimentos obtidos; b) prazo específico para cumprimento das obrigações, quando for o caso; c) sanções para eventual descumprimento de cada uma das obrigações estipuladas; d) previsão de recurso à mediação em caso de nova dificuldade de diálogo no futuro²⁷⁰.

A autora acrescenta a motivação fática e jurídica do acordo como um elemento indispensável ao termo de mediação nas hipóteses de conflitos que envolvem o Poder Público, que servirá como critério tanto para a homologação judicial, quanto para a aferição de legalidade e legitimidade do ato pelos órgãos de controle²⁷¹.

Por todo o exposto, nota-se que os desafios que desafiam o fortalecimento da mediação empresarial enquanto método autocompositivo autônomo de resolução de disputas, fazem com que, na prática, o instituto não seja visto como uma realidade no país, estando ainda em uma fase embrionária de desenvolvimento. Nesse sentido, destaca-se a fala de Luiz Fernando Longi:

A utilização da mediação em grande escala só ocorrerá quando houver a vontade das partes em adotá-la, o que ocorrerá somente quando as partes perceberem a vantagem de se ter decisões rápidas e satisfatórias. Conversando há algum tempo com um dos mediadores mais experientes dos Estados Unidos, ele reportou que o seu país viveu exatamente este estágio há 25 anos. A utilização da mediação foi crescendo paulatinamente, e hoje é uma realidade naquele país²⁷².

Contudo, como se pretendeu explorar em todo o capítulo, os conflitos empresariais dificilmente podem ser tratados como questões meramente comerciais ou negociais, sobretudo quando se considera o perfil das empresas brasileiras, majoritariamente familiares.

É essencial, para a própria preservação de tais empresas e de suas funções sociais e econômicas, que a gestão de conflitos se pautem em três aspectos centrais: (I) o favorecimento dos interesses gerais acima dos individuais; (II) a preservação das relações travadas entre os indivíduos no ambiente de trabalho, dimensionando as relações familiares de modo que estas não ofereçam riscos ao desenvolvimento saudável da atividade empresarial; e (III) a manutenção da transparência e da objetividade das

²⁷⁰ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 70.

²⁷¹ Idem.

²⁷² ALONGI, Luiz Fernando. A utilização da mediação para solução de controvérsias relacionadas aos contratos de infraestrutura. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, v.42, p.299, jul.2014.

decisões e do controle do negócio, evitando a existência de controvérsias relacionadas à omissão de informações ou equívocos de interpretação.

Como anteriormente exposto, a mediação traz uma série de vantagens que auxiliam na construção de uma gestão preventiva de conflitos e de riscos corporativos nas organizações e atua também como um mecanismo hábil de resolução de disputas quando não se pode evitá-las, protegendo a empresa dos danos marginais do processo e dos efeitos nocivos dos custos de transação.

Consoante é o posicionamento de Ana Cândida Menezes Marcato e Fernanda Tartuce:

“Na vida das empresas, a mediação pode se revelar apta a viabilizar a maximização de êxito, sobretudo no que tange a três finalidades essenciais da empresa: a satisfação dos consumidores, a administração de conflitos nos negócios e a melhoria do funcionamento orgânico da instituição, aprimorando a comunicação entre seus componentes, ponto especialmente relevante em se tratando de empresas familiares²⁷³.

Ademais, ainda quando não se mostra apta a tutelar o conflito, a mediação ainda se mostra vantajosa pela possibilidade de delinear as principais questões da disputa, trazendo objetividade e clareza às partes acerca de seus próprios interesses e necessidades, facilitando, sobremaneira, o desenvolvimento do procedimento arbitral ou judicial posteriormente.

A ausência de pesquisas acerca da aplicabilidade da mediação nos litígios societários e de dados representativos de suas vantagens e benefícios constitui uma barreira a ser rompida pela comunidade acadêmica, com a finalidade prática de difundir novos meios de preservação da atividade empresarial diante das constantes renovações vivenciadas pelo mercado.

²⁷³ MARCATO, Ana Cândida Menezes. TARTUCE, Fernanda. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. Revista de Processo, São Paulo, v. 43, n. 279/2018, maio/2018. P.514

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi pensada para responder dois questionamentos principais. O primeiro deles era se a aplicação da mediação enquanto método de resolução de disputas era possível no âmbito empresarial. As análises realizadas no primeiro e no segundo capítulo foram essenciais para respondê-lo.

Antes de tratar da mediação de forma específica, era necessário compreender o gênero do qual o método é espécie: a autocomposição. Assim, a primeira parte do primeiro capítulo se destinou a analisar como a autocomposição se fortaleceu dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Tal análise está intrinsecamente ligada às modificações sofridas pelo conceito de jurisdição ao longo do tempo, sobretudo com o desenvolvimento de um movimento conhecido como acesso à justiça, que deu origem às ondas renovatórias do processo civil, nas palavras de Mauro Cappelletti e Bryant Garth.

Por isso, fez-se uma retrospectiva histórica ao período em que o Código de Processo Civil de 1973 foi escrito, pontuando questões políticas importantes como o período de redemocratização pós governo militar, para justificar as reformas propostas para a legislação processual civil e para o Poder Judiciário como um todo, que culminaram em diversas modificações processuais até a criação do Código de Processo Civil de 2015.

Por meio dessa análise, foi possível analisar as modificações conceituais que envolvem a jurisdição, desde o juiz como mero reproduzidor da letra da lei até a imagem do juiz como guardião dos direitos sociais e do Poder Judiciário como garantidor da cidadania.

Ao entender como essas mudanças se estruturaram ao longo do tempo, foi possível compreender o contexto de crise da eficiência enfrentado pelo Poder Judiciário, que culminou, inclusive, na ampliação da competência dos Juizados Especiais na ânsia de assegurar a prestação jurisdicional célere e adequada aos jurisdicionados.

Nesse contexto de crise, o sistema multiportas surge ao ordenamento jurídico como uma opção de reestruturação do sistema, sem significar a perda do direito de acesso

ao Judiciário, pois sua implementação se configura a partir da compreensão de que o acesso à ordem jurídica justa não é sinônimo do acesso à jurisdição.

Posteriormente, a segunda parte do primeiro capítulo abordou os escopos econômicos, sociais e as peculiaridades que envolvem os litígios empresariais, sobretudo a partir das relevantes mudanças trazidas pelo cenário econômico a partir do século XXI, para explicitar como se estruturou e como atualmente se estrutura a resolução de conflitos no âmbito empresarial.

Para tanto, fez-se uma análise dos custos de transação e sua íntima relação com as características intrínsecas ao processo civil, sobretudo o tempo dos procedimentos. Concluiu-se que quanto mais morosa a prestação jurisdicional, menor a sua eficiência, tendo em vista que, com o aumento dos custos de transação, as atividades empresariais tornam-se reféns dos danos marginais do processo.

Os danos supracitados foram elucidados em duas situações: o aumento dos custos a serem adimplidos pelos demandantes em face do intercâmbio de informações necessárias à resolução do conflito ou a concessão de vantagens econômicas à parte inadimplente da relação contratual em face da morosidade excessiva do procedimento.

Como a judicialização de demandas se tornou um caminho cada vez mais inadequado à velocidade de resposta que as controvérsias empresariais exigem, o Código de Processo Civil trouxe novas alternativas para assegurar a tão almejada tutela jurisdicional eficiente.

Nesse sentido, surgem as medidas de urgência (arts. 294 a 311 do CPC), provimentos jurisdicionais considerados determinantes para assegurar eficiência à resolução judicial dos litígios societários. Contudo, tais medidas não necessariamente se traduzem em uma tutela jurisdicional eficaz aos litígios empresariais justamente por seu caráter provisório, pois podem ser questionadas e até revertidas em benefício de outros interessados no processo, seja por intermédio dos recursos cabíveis, seja pela apresentação de fatos e direitos supervenientes na instância de origem²⁷⁴.

²⁷⁴ LAUX, Fernando de Mesquita. Mediação empresarial: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.30.

Diante de tais impasses, analisou-se a autocomposição como um método de resolução de conflitos hábil a conceder uma tutela célere e efetiva aos interesses dos envolvidos, driblando as dificuldades apresentadas pelo processo comum ordinário, de forma exauriente, isto é, com encerramento por completo do conflito.

Para tanto, ressaltou-se o posicionamento doutrinário de que a possibilidade de uma solução definitiva ao litígio e construída consensualmente pelos envolvidos, preservando a autonomia de suas vontades, torna o resultado obtido ainda mais efetivo aos olhos das partes, por estarem alinhados aos seus interesses pessoais e aos interesses relacionados à empresa e à preservação do negócio.

Basicamente, os mecanismos ordinariamente existentes para a obtenção de uma solução autocompositivas são a conciliação, a negociação e a mediação. O segundo capítulo definiu como objeto principal de análise do trabalho a mediação enquanto método autocompositivo de resolução de disputas.

O primeiro ponto abordado foi a regulamentação do instituto no Brasil, desde o primeiro projeto de lei proposto na Câmara dos Deputados, PL 4.827 de 1998, pela deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP), até o marco da Lei de Mediação (lei nº 13.140 de 2015). A análise não se restringiu somente ao prisma legal, enfatizando as diversas instituições que colaboraram com a expansão de conhecimento acerca do procedimento de mediação a partir da década de 1990.

Essa análise é imprescindível para a compreensão de como a mediação foi pensada enquanto método no Brasil e de que maneira essas escolhas legislativas impactaram nos desafios que o instituto enfrenta atualmente.

Apesar de não ser o objetivo do trabalho realizar uma análise comparada, traz-se o exemplo da legislação argentina, que optou por estabelecer o procedimento de mediação como fase prévia obrigatória ao ajuizamento de demandas perante o Judiciário, sob o argumento de que medidas aptas a assegurar a desjudicialização deveriam ser impostas em um primeiro momento a fim de educar a população para uma nova cultura.

A sua influência foi notória na construção dos primeiros projetos de lei referentes à implantação da mediação no Brasil, contudo, foi diluída em alguns aspectos, principalmente no que tange à obrigatoriedade de sua utilização. Assim, no âmbito

judicial brasileiro, o comparecimento prévio à audiência de mediação antes da apreciação da lide pelo juiz só é obrigatório nas ações de família.

O segundo ponto explorado tratou do conceito, das características e dos princípios que norteiam o procedimento de mediação.

A partir do suporte teórico fornecido pelos dois primeiros capítulos, foi possível concluir que a mediação é um método autocompositivo possível de ser aplicado para a resolução de disputas no âmbito empresarial.

O terceiro capítulo surge com uma demanda de mostrar em que contexto se dá essa aplicabilidade, a partir de divisão didática dos conflitos empresariais em dois principais grupos: conflitos empresariais internos e conflitos interempresariais.

Definiu-se conflito empresarial interno como o conflito que envolve o espectro interno da empresa e explorou-se os custos ocultos que envolviam esse tipo de litígio. Ademais, buscou-se mostrar a importância da construção de sistemas de gestão adequada de conflitos dentro das organizações.

A mediação atua como um método chave nesse contexto, sobretudo diante do perfil das empresas brasileiras, que, em grande maioria, são de natureza familiar. Para explorar essa realidade, o trabalho trouxe dados de pesquisas levantadas pelo Sebrae e pelo IBGC, com o principal intuito de desmistificar a compreensão de que as empresas familiares se restringem ao setor de empresas de pequeno porte.

Por fim, apresentou-se uma análise do conflito societário existente entre o grupo Pão de Açúcar e a empresa varejista francesa Casino, para elucidar a importância da mediação enquanto método de resolução de conflitos societários em empresas familiares.

Definiu-se conflito interempresarial como todo o conflito que envolve relações entre empresas e os custos envolvidos na sua ingerência, sendo o principal deles o ônus financeiro de sustentar uma disputa empresarial perante o poder Judiciário.

Para tanto, explorou-se o estudo “Custo das empresas para litigar judicialmente” produzido pelo escritório Amaral e Yazbek Advogados Associados em 2016, a fim de se demonstrar que o comprometimento significativo do faturamento das empresas com demandas judiciais deu espaço para o fortalecimento dos métodos alternativos de

resolução de disputas, frisando a importância das cláusulas escalonadas do tipo mediação-arbitragem (“med-arb”) nos contratos empresariais. Buscou-se, ainda, demonstrar o crescimento progressivo do uso da mediação nos setores de propriedade intelectual e nos contratos de franquia para a gestão de conflitos.

O capítulo também elucidou quais as etapas do procedimento da mediação, os custos envolvidos e as formas de instaurá-lo, bem como as habilidades exigidas a cada perfil de mediador, com o enfoque na área empresarial.

Com a clareza da possibilidade da aplicação do instituto ao setor empresarial, a presente tese buscou responder o último questionamento: quais as vantagens da utilização da mediação na seara empresarial e quais os principais desafios para a sua implementação enquanto método autônomo.

As vantagens são inúmeras e não se limitam somente à redução dos custos e do tempo: a mediação assegura flexibilidade de regras procedimentais (*short form formalism*), uma devida manutenção das relações empresariais a longo prazo, conduz às organizações a uma cultura de gestão preventiva de conflitos, em consonância com a função social da empresa e, quando não está apta a alcançar o consenso, clarifica os deslindes da disputa, auxiliando os envolvidos a compreenderem com mais objetividade seus principais interesses e necessidades.

A principal entrave da viabilização da mediação no Brasil é a cultura adotada pelo país no que tange à resolução de conflitos: adversarial, bélica e que terceiriza as responsabilidades das partes para as mãos do Judiciário.

Essa cultura não se resume aos cidadãos, mas também na formação dos operadores do direito no país. Justamente por isso buscou-se demonstrar o papel decisivo dos advogados na real implementação do sistema multiportas no ordenamento jurídico brasileiro, pois este protagonismo é imprescindível à difusão do instituto no país.

Outros desafios também foram explorados, como as diferenças econômicas na instauração do procedimento de mediação e de arbitragem, ressaltando o pioneirismo do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá nas iniciativas de redução dessas discrepâncias; a capacitação ainda precária dos facilitadores de processos autocompositivos; a regulamentação ainda tímida dos honorários aos

mediadores nas esferas judicial e extrajudicial; e a ausência de regulamentação dos termos essenciais ao termo de acordo no processo de mediação.

Concluiu-se, portanto, que a mediação empresarial é possível e extremamente vantajosa em diversos contextos, contudo, ainda se encontra em fase embrionária, razão pela qual enfrenta desafios de estruturação e consolidação no ordenamento jurídico brasileiro. Esses desafios não significam a sua inviabilidade, apenas apontam um caminho árduo e longo, mas capaz de ser trilhado.

Outra conclusão importante é que a ausência de pesquisas acerca da aplicabilidade da mediação nos litígios societários e de dados representativos de suas vantagens e benefícios constitui uma barreira a ser rompida pela comunidade acadêmica, com a finalidade prática de difundir novos meios de preservação da atividade empresarial diante das constantes renovações vivenciadas pelo mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABILIO Diniz desiste de fusão com Carrefour no Brasil. **Globo G1**, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/07/abilio-diniz-desiste-de-fusao-com-carrefour-no-brasil-2.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

ABILIO Diniz é eleito presidente do Conselho de Administração da BRF. **IG**, 2013. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/empresas/2013-04-09/abilio-diniz-e-eleito-presidente-do-conselho-de-administracao-da-brf.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ABILIO Diniz encerra acordo com Casino e deixa grupo Pão de Açúcar. **Globo G1**, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/09/abilio-diniz-encerra-acordo-com-casino-e-deixa-grupo-pao-de-acucar.html>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos**. 3ª. ed. São Paulo: Dash, 2017.

ALONGI, Luiz Fernando. A utilização da mediação para solução de controvérsias relacionadas aos contratos de infraestrutura. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 42, jul 2014.

ARGENTINA. Ley 26.993 de 18 de septiembre de 2014. **Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.**, Buenos Aires, 2014. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235275/texact.htm>>. Acesso em: 14 jun 2019.

AZEVEDO, André Gomma. **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2010.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. In: SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

BASÍLIO, Ana Tereza Palhares; MUNIZ, Joaquim de Paiva. Projeto de lei de mediação obrigatória e a busca da pacificação social. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 13, p. 38 e ss., abr 2007.

BRASIL. Lei 1.060 de fevereiro de 1950.. **Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados**, 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei nº 4.717 de junho de 1965. **Regula a ação popular**, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei nº 5.869 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei nº 7347 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências.**

1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Resolução nº 17 de 1989. **Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.** Disponível em:., 1989. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/rescad/1989/resolucaodacamaradosdeputados-17-21-setembro-1989-320110-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 84 de janeiro de 1994. **Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências,** 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei nº 8.952 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar,** 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 4.827 de dezembro de 1998. **Institucionaliza e disciplina a mediação de conflitos como métodos de prevenção e solução consensual de conflitos.,** 1998. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004. **Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências.,** 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Provimento nº 893, de 9 de novembro de 2004 do Conselho Superior da Magistratura. **Autoriza a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado.,** 2004. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/provimento-89304-tj-.pdf>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 434 de 2013. **Dispõe sobre mediação,** 2013. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3702385&ts=1559273067906&disposition=inline>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei 13.140 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469/97, Decreto nº 70.235/72 e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469/97,** 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105 de março de 2015. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art334>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Lei 13.300 de junho de 2016. **Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências**, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13300.htm>. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. Lei 12.153 de dezembro de 2009. **Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/L12153.htm>. Acesso em: 18 jun. 2019.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 4.891 de 2005. **Regula o exercício das profissões de Árbitro e Mediador e dá outras providências**, 2005. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=283043&filenome=PL+4891/200>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Resolução nº 125 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.**, 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 517 de junho de 2011. **Institui e disciplina o uso da mediação como instrumento para prevenção e solução consensual de conflitos.**, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3415140&ts=1559268159403&disposition=inline>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BRASIL. Projeto de lei nº 405 de 2013. **Dispõe sobre a mediação extrajudicial**, 2013. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3668895&ts=1559272399730&disposition=inline>>. Acesso em: 14 junho 2019.

BURBRIDGE, Ana. BURBRIDGE, Marc. **Gestão de conflitos: desafios do mundo corporativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CALAMANDREI, Pierre. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CALMON, Pedro. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 2ª. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CANADÁ, Câmara de Comércio Brasil - Canadá. Resolução nº 36/2019. **Regula as hipóteses de concessão de desconto na Taxa de Administração de procedimento de mediação na Câmara de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)**, 2019. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-36-2019/>>. Acesso em: 01 junho 2019.

- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: [s.n.], 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: [s.n.], 1988.
- CASINO pede nova arbitragem contra Abilio por cargo na BR Foods e no Pão de Açúcar. **Arena do Pavini**, 2013. Disponível em: <<https://www.arenadopavini.com.br/arenas-das-empresas/casino-pede-nova-arbitragem-contr-a-abilio-por-cargo-na-br-foods-e-no-pao-de-acucar>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- CASINO recorre à Corte Internacional para barra fusão entre Carrefour e grupo de Abilio Diniz. **Opera Mundi**, 2011. Disponível em: <<https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/13316/casino-recorre-a-corte-internacional-para-barrar-fusao-entre-carrefour-e-grupo-de-abilio-diniz>>. Acesso em: 06 mar. 2019.
- COELHO, Fábio Ulhoa. O conceito de Direito e o Direito Comercial. **Revista dos Tribunais - RT 1000, Ano 108**, São Paulo, v. 1000, p. 127-137, Fevereiro 2019.
- CONHEÇA a história do Grupo Pão de Açúcar e entenda a passagem de bastão para o Casino. **Época Negócios**, 2012. Acesso em: 03 jun. 2019.
- CONIMA. Regulamento Modelo Mediação. Disponível em: <http://www.conima.org.br/regula_modmed>. Acesso em: 15 maio 2019.
- COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, A. G. **Estudos de Mediação e Arbitragem**. Brasília: Brasília Jurídica, v. 1, 2002.
- DA guerrilha a Guru de Abilio. **William Ury**, 2013. Disponível em: <<https://www.williamury.com/pt-br/guerrilha-a-guru-de-abilio>>. Acesso em: 03 jun. 2019.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2016.
- DRUMMOND, Maria Rita. Mediação obrigatória - um contrasenso? **Migalhas**, 2007. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI36791,61044-Mediacao+obrigatoria+um+contrasenso>>. Acesso em: 30 maio 2019.
- FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 11, n. 42, p. 263-278, jul./set. 2014.
- FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões**. 1ª rev. e atual. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro: da mercância ao mercado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FRANCESES assumem 50% do controle do Pão de Açúcar. **Folha de São Paulo**, 2005. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi0505200510.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

FRAZÃO, Ana. Contratos empresariais: em busca de uma nova teoria contratual baseada em soluções organizacionais. **JOTA**, 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-empresariais-04102017>>. Acesso em: 31 maio 2019.

_____. Função social da empresa. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP, Tomo Direito Comercial I**, São Paulo, n. 1, julho 2018. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

FUOCO, Patrícia. O papel estratégico do advogado na mediação no contexto empresarial. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, n. 47, p. 277-296.

FUSÃO entre Pão de Açúcar e Carrefour repercute entre acionistas e políticos. **Globo G1**, 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/06/fusao-entre-pao-de-acucar-e-carrefour-repercute-entre-acionistas-e-politicos.htm>>. Acesso em: 06 mar. 2019.

GALDINO, Flávio. Introdução econômica à análise do processo civil: os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 1, p. 169-201, 2005. ISSN 1.

GARAPON, Antoine. **Bem Julgar**: Ensaio sobre o Ritual Judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo no direito de Luis Alberto Warat**: mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018.

LAUX, Francisco de Mesquita. **Mediação empresarial**: aplicação de mecanismos alternativos para solução de disputas entre sócios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LETTERIELLO, Rêmulo. Juizados não foram criados para desafogar a Justiça. **Conjur**, 2005. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2005-nov-17/juizados_nao_foram_criados_desafogar_justica>. Acesso em: 07 jun. 2019.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. TARTUCE, Fernanda. Mediação no direito empresarial: possibilidades interessantes em conflitos securitários. **Revista de processo**, São Paulo, v. 43, n. 279/2018, p. 513-527, Maio 2018.

MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sergio Luiz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2015.

MARTINS, Frans. **Curso de Direito Comercial**. 39ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito e filosofia política**: a justiça é possível. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAZZOLA, Marcelo. O impacto da mediação na propriedade intelectual. **Conjur**, 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-03/marcelo-mazzola-impacto-mediacao-propriedade-industrial>>. Acesso em: 05 jun. 2019.

MELITHA, Novoa Prado. Mediação e conflitos do franchising: um exemplo prático., 2018. Disponível em: <www.novoaprado.com.br/blog/2017/8/18/mediacao-e-conflitos-do-franchising-um-exemplo-prtico>. Acesso em: 04 jun. 2019.

MORAES, Daniela Marques. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça: uma análise sobre o direito processual civil, o poder judiciário e o observatório da justiça brasileira.** Dissertação de doutorado (Dissertação em Direito) - Universidade de Brasília (UnB). Brasília. 2014.

MORAIS, José Luiz Bolzan. SPLENGER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2019.

MUNIZ, Tânia Lobo. A ética na mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.** 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

NASCIMENTO, Dulce Maria. Mediação Empresarial. In: PERRUCCI, Felipe Falcone. MAIA, Felipe Fernandes Ribeiro. LEROY, Guilherme Costa. **Os impactos do Novo CPC no Direito Empresarial.** 1ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 387 - 404.

NETO, Adolfo Braga. Mediação de conflitos: conceitos e técnicas. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves.. **Negociação, mediação e arbitragem: curso básico para programas de graduação em direito.** 1ª. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 149-171.

_____. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.** 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

_____. **Mediação: uma experiência brasileira.** São Paulo: CLA Editora, 2017.

NETO, Henrique Gomm. Conflitos societários e empresariais: a conveniência da adoção da cláusula de mediação e arbitragem ("med-arb"). In: SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça.** 2ª. ed. Santa Cruz do Sul : Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

NETO, Menelick de Carvalho. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 592.

PÃO de Açúcar completa 65 anos sem Diniz no comando. **Uol Economia**, 2013. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2013/09/07/pao-de-acucar-completa-65-anos-sem-diniz-no-comando-veja-historia-do-grupo.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

PEREIRA, Alice Borges Fernandes. **Mediação e arbitragem em propriedade intelectual: elementos para a construção de uma política brasileira.** Dissertação de mestrado (Dissertação em Políticas Públicas, Estratégias e Desenvolvimento) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Rio de Janeiro, p. 116. 2013.

PINHEIRO, Marcelo Ferraz. O papel do advogado na solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem. **Revista de Direito Empresarial (ReDE)**, São Paulo, v. 8, p. 289-307, mar./abr. 2015.

PONCHIROLI, Osmar. A teoria da complexidade e as organizações. **Diálogos Educacionais**, Curitiba, v. 7, p. 81-100, set./dez 2007. ISSN 22.

RISKIN, Leonard. Compreender as orientações, estratégias e técnicas do mediador: um padrão para perplexos. In: AZEVEDO, André Gomma. **Estudos de Mediação e Arbitragem**. Brasília: Brasília Jurídica, v. 1, 2002.

SILVA, Vivian Lys Porto Ferreira. A aderência da cláusula de mediação nos contratos sob a ótica dos princípios contratuais - efetividade privada versus judicialização. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 46, p. 173- 195, jul/set 2015.

_____. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In: SOUZA, Luciane Moessa. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2ª. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015. p. 404.

_____. Mediação: breve análise da proposta brasileira e das experiências argentina e colombiana na normatização deste método de solução de conflitos. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=1426>. Acesso em: 13 junho 2019.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo**. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.