

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**MEDIAÇÃO EMPRESARIAL: UM NOVO PARADIGMA PARA RESOLUÇÃO E
PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS**

Sílvia Esther da Cruz Soller Bernardes

**PRESIDENTE PRUDENTE-SP
2017**

**CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE
PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**MEDIAÇÃO EMPRESARIAL: UM NOVO PARADIGMA PARA RESOLUÇÃO E
PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS**

Sílvia Esther da Cruz Soller Bernardes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de pós-graduado no Novo Código de Processo Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

**PRESIDENTE PRUDENTE-SP
2017**

MEDIAÇÃO EMPRESARIAL: UM NOVO PARADIGMA PARA RESOLUÇÃO E PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de especialização em Novo Código de Processo Civil, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

NATACHA FERREIRA NAGÃO PIRES

WILTON BOIGUES CORBALAN TEBAR

Não se pode ensinar coisa alguma a alguém, pode-se apenas auxiliar a descobrir por si mesmo.

Galileu Galilei

AGRADECIMENTOS

Sobretudo, agradeço a Deus Pai, porque ele é bom e fiel em todo o tempo.

Ainda, devo agradecer o meu amado esposo, Guto, pelo estímulo, apoio e paciência; ao meu primogênito, Emanuel, por ser tão iluminado e trazer leveza e alegria aos meus dias; ao meu segundo filho, Miguel, cuja passagem foi tão breve quanto intensa, por mostrar-me o quanto a vida é rara e que ter fé é imprescindível.

Agradeço ao meu pai, João Batista, pelos bons exemplos e pela influência no gosto pelo Direito; à minha mãe, Sílvia, grande incentivadora e principal exemplo de garra e amor; aos meus irmãos, que são parte de quem sou, pela relação sincera e leal que construímos.

Ao Mestre Daniel Colnago, professor e orientador, meu reconhecimento pelo seu dom de ensinar, pela naturalidade com que transfere seus conhecimentos e instiga seus alunos na busca do saber, permitindo que eles se sintam verdadeiros protagonistas nesse processo. Minha sincera gratidão pelas horas dedicadas à orientação deste trabalho.

À banca examinadora, composta pela Dra. Natacha e Dr. Wilton, pela profícua contribuição e honrosa participação.

RESUMO

O presente trabalho analisa as causas e consequências do atual estado de crise que assola o Poder Judiciário brasileiro, abordando possíveis soluções para o seu enfrentamento. Também é abordada a cultura de conflito impregnada na sociedade brasileira e a necessidade de mudança de mentalidade, primeiramente, por parte dos operadores do Direito, com vistas a otimizar a utilização de outras formas de solução de conflitos. São brevemente estudados os principais meios de resolução alternativas de conflitos (MARC's), com ênfase na mediação. São abordados as espécies de mediação, os princípios reguladores, os procedimentos e as vantagens do uso do instituto, normatizado no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Finalmente, adentra-se ao tema objeto deste estudo, demonstrando-se que as relações empresariais são grandes geradoras de conflitos internos e externos, cuja judicialização é responsável por grande parte das ações judiciais que abarrotam o Judiciário. Demonstra-se que a dinâmica empresarial impõe soluções mais eficazes e céleres, para o que o uso da mediação revela-se adequado, além de permitir a continuidade das relações negociais entre os envolvidos. Para a estruturação das premissas científicas, o trabalho utiliza-se do método dedutivo bibliográfico.

Palavras-chave: Mediação Empresarial. Lei nº 13.140/2015. Acesso à Justiça. Crise do Poder Judiciário. Cultura de Pacificação. Novo CPC.

ABSTRACT

This paper analyzes the causes and consequences of the current state of crisis that plagues the Brazilian Judiciary, addressing possible solutions to its confrontation. It also addresses the culture of conflict impregnated in Brazilian society and the need to change mentality, firstly, by law operators, with a view to optimizing the use of other forms of conflict resolution. Alternative resolution of conflicts (MARC), with emphasis on mediation, are briefly studied. The types of mediation, regulatory principles, procedures and advantages of the use of the institute, regulated in the current Code of Civil Procedure (Law 13.105 / 2015) and Mediation Law (Law 13.140 / 2015). Finally, it addresses the subject of this study, demonstrating that business relations are great generators of internal and external conflicts, whose judicialization is responsible for most of the judicial actions that overwhelm the Judiciary. It is demonstrated that the business dynamics impose more efficient and swift solutions, for which the use of mediation proves adequate, besides allowing the continuity of the business relations between the involved ones. For the structuring of the scientific premises, the work uses the deductive bibliographic method.

Key-Words: Business Mediation. Law nº 13.140 / 2015. Access to justice. Crisis of the Judiciary. Pacification` Culture. New CPC.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONFLITOS CIVIS E ACESSO À JUSTIÇA	11
2.1 Cultura de Litígio e Crise do Poder Judiciário	16
2.2 Mudança de Paradigma: Cultura de Pacificação.....	21
3 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – MARC’S.....	26
3.1 Conciliação.....	27
3.2 Arbitragem.....	32
3.3 <i>Dispute Boards</i> (Comitê de Disputa)	33
3.4 Mediação.....	36
3.4.1 Mediação extrajudicial	42
3.4.2 Mediação judicial.....	45
4 MEDIAÇÃO EMPRESARIAL.....	47
4.1 Cláusula de mediação	52
4.2 <i>Mediation Pledge</i> (Pacto de mediação).....	54
4.3 Mediação Judicial e Produção de Provas (<i>discovery ou disclosure</i>)	56
4.4 Participação dos Advogados na Mediação Empresarial	64
4.5 Vantagens da Mediação nos Conflitos Empresariais	65
5 ESTUDO DE CASOS.....	76
5.1 Programa de Indenização às Vítimas de Acidentes Aéreos TAM JJ 3054 e Airfrance 4447.....	76
5.2 Cláusula de Mediação em Recuperação Judicial	78
6 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

Com a criação do Estado Democrático de Direito e, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo art. 5º, inciso XXXV, consagrou como direito e garantia fundamental o livre acesso ao Judiciário, houve um aumento considerável do ajuizamento de ações como forma de solução de conflitos.

Igualmente, o desenvolvimento da moderna sociedade de consumo e a crescente inserção de novos advogados no mercado de trabalho, fomentaram a cultura de litígio instalada no Brasil.

Ocorre que, o Poder Judiciário não se estruturou para atender esse excesso de litigância, o que culminou com o abarrotamento do Judiciário e, por conseguinte, uma prestação jurisdicional demorada e não efetiva.

Atento à essa realidade, o legislador do Novo Código de Processo Civil consagrou como uma de suas diretrizes a desjudicialização e a superação do formalismo na busca pela solução de conflitos, incentivando a conciliação, a mediação e a arbitragem, como soluções alternativas para composição de conflitos.

Conforme constou na Exposição de Motivos do Anteprojeto no NCPC, entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz¹.

Portanto, conflitos envolvendo direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, cuja solução até então se dava quase exclusivamente pelo judiciário, foram estimulados a obterem solução por intermédio de conciliação, mediação ou arbitragem, que certamente permitem maior celeridade, custos reduzidos e igual segurança jurídica.

Para o enfrentamento do estado de crise que assola o Poder Judiciário, no primeiro capítulo, demonstrou-se a indispensabilidade que os operadores do Direito observem a tônica do NCPC, voltada para a cultura de pacificação, mediante uso de métodos que visam a desjudicialização.

Nesse contexto, o instituto da mediação, até então previsto de forma esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, ganha notoriedade ao ser regulamentado por lei especial, a Lei nº 13.140/2015.

¹ Para maiores informações acesse: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

Desse modo, importante conhecer as principais características desse instituto, que traz a promessa de não apenas contribuir efetivamente para o enfrentamento da crise que assola o Judiciário brasileiro, mas também de auxiliar no necessário processo de mudança cultural, no sentido de que os operadores do Direito, assim como os cidadãos, passem a adotar a postura da pacificação na resolução dos seus conflitos.

Neste contexto, o terceiro capítulo tratou dos meios de pacificação de conflitos, notadamente a conciliação, mediação, arbitragem e comitê de disputa.

Conforme defendido por especialistas no assunto, como exemplo Kazuo Watanave, Ada Pellegrini Grinover, Caetano Lagrasta Neto, Fernanda Tartuce, entre outros, a mudança de paradigma é um processo necessário à sociedade brasileira, até mesmo como forma de se garantir a estabilidade social, e impedir o desencadeamento de um caos, vez que quando a população perde a confiança nos mecanismos oficiais de solução de conflitos, tende a reagir violentamente.

No meio empresarial os conflitos também são uma constante, mas as especificidades das relações empresariais-negociais quase sempre têm um denominador comum: a necessidade de continuação do relacionamento entre os envolvidos (sócios, fornecedor-consumidor, etc).

No quarto capítulo, analisou-se como o uso da mediação tem se revelado um eficiente método de solução, por permitir não apenas a solução dos conflitos empresariais, mas a pacificação dos envolvidos, mediante a construção de saídas criativas e customizadas pelas próprias partes, conduzida por um terceiro imparcial e capacitado.

As inúmeras possibilidades de soluções de conflitos aventadas num procedimento de mediação, raramente são cogitadas num ambiente judicial, além do que, o espírito de cooperação desenvolvido pelas partes, o envolvimento direto na busca de soluções para os próprios conflitos, acarreta um maior comprometimento no cumprimento das obrigações avençadas e, por conseguinte, maior satisfação dos envolvidos, o que torna o uso instituto tão recomendado na esfera empresarial.

Para verificar a validade das premissas anteriormente apresentadas, o quinto e derradeiro capítulo fez um pormenorizado estudo de casos.

O método dedutivo foi utilizado para extrair dos capítulos anteriores as premissas necessárias para o desenvolvimento do trabalho. Por fim, confirmou-se tais premissas com o estudo de casos realizado.

2 CONFLITOS CIVIS E ACESSO À JUSTIÇA

O ser humano é movido por infinitas necessidades e desejos realizáveis por intermédio dos bens da vida que, por sua vez, são limitados, esgotáveis, característica que, invariavelmente, acarreta o surgimento de conflitos de toda a ordem no convívio social.

Quanto mais complexa a vida em sociedade, mais profundos os conflitos observados e, por conseguinte, os meios de solução outrora empregados já não surtem os efeitos esperados, pelo menos não com a mesma eficiência, reclamando alterações, a fim de acompanhar o desenvolvimento das relações sociais.

Segundo a teoria marxista, a evolução da sociedade decorre do conflito permanente entre os “diferentes interesses econômicos, defendidos em cada classe social, e entre as diversas ideologias, alicerçadas na defesa de cada um desses interesses”².

Portanto, partindo-se da premissa de que a evolução da sociedade decorre da existência de conflitos sociais, pode-se concluir que os mecanismos utilizados para a solução dos conflitos influenciarão diretamente no movimento de determinada sociedade para o progresso ou não.

Nesse contexto, cumpre observar que, desde a gênese da civilização o direito se fez presente como forma de permitir a convivência harmônica do homem em sociedade.

Por intermédio de regras, princípios e conceitos, historicamente, o direito se manifesta como meio de controlar conflitos sociais, além de integrar e regular o comportamento humano.

Na verdade, não se tem certeza se as sociedades humanas surgiram anteriormente ao direito ou ao mesmo tempo, vez que mesmo nas sociedades mais primitivas são encontradas normas impostas pelo grupo aos seus integrantes.

De todo modo, a conclusão a que se chega é no sentido de que, se a convivência social é marcada por relações conflituosas desencadeadas por interesses antagônicos, a finalidade precípua do direito é a pacificação social, ou seja, interromper os conflitos nascidos nas relações sociais.

² LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. P. 89.

Neste contexto, afirma-se que ao menos parte da evolução e desenvolvimento observados na sociedade contemporânea são devidos à instituição de regramentos e normas de conduta por meio do direito.

Conforme registros históricos do Período Antigo, a forma primitiva de solução de conflitos era a violência. Por meio da força física o homem exercia a autotutela dos seus interesses.

A respeito dessa fase, oportuno transcrever trecho do livro “A luta pelo Direito”, de Rudolf Von Ihering, em que o uso da força física é registrado como principal forma de solução de conflitos. Confira-se:

(...) até mesmo as normas jurídicas mais elementares, como por exemplo as regras já referidas do direito romano das épocas mais primitivas, entre as quais a que confere ao proprietário a faculdade de reivindicar seus bens em mãos de quem quer que os detenha, e ao credor a de vender como escravo o devedor insolvente, tiveram de ser conquistadas numa luta árdua até que obtivessem aceitação geral e pacífica³

Ainda na Idade Média, a força foi substituída pela razão, e os conflitos passaram a ser resolvidos por intermédio da arbitragem, inicialmente facultativa e, após, compulsória.

Os cidadãos elegiam uma terceira pessoa, imparcial e desinteressada, que normalmente era um sacerdote, um sábio ou um ancião, para resolver o conflito. Segundo Guido Soares *apud* Frederico Bonaldo:

(...) o jurista francês Michel de Taube – no seu artigo intitulado “Les origines de l’arbitrage international; antiquité et Moyen Âge” – aponta três fatores que determinaram o grande êxito da arbitragem na época medieval: (1) a prática frequente da arbitragem no âmbito da Igreja católica romana; (2) o recurso à arbitragem nas questões intercomunais; e (3) o sistema de direitos recíprocos presente na estrutura feudal⁴

Na Idade Moderna⁵, especialmente após o surgimento da Teoria da Repartição dos Poderes, consagrada por Montesquieu em sua obra “De l’esprit des lois” publicada em 1748, o poder-dever de aplicar o direito foi atribuído ao Estado.

³ VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 16. ed., 2.reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.27

⁴ BONALDO, Frederico. **A relevância da arbitragem na Baixa Idade Média**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37524/a-relevancia-da-arbitragem-na-baixa-idade-media>. Acesso em 07.01.2018. Acesso em: 07.01.2018.

⁵ Segundo diversos historiadores, a Idade Moderna teve início em 1453 (tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos), indo até 1789 (início da Revolução Francesa), é definida como um período de transição, marcado pela origem e evolução do sistema capitalista. Dentre os principais acontecimentos da Idade Moderna são citados: As Grandes Navegações; O Renascimento; A

Sob influência da referida obra, durante a Revolução Francesa foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1793 que, em seu artigo 10, consagrou o direito ao processo justo ao preconizar que:

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele

Oportuno transcrever as observações de Luiz Fux acerca dessa importante mudança no modo de resolução de conflitos:

O Estado, como garantidor da paz social, avocou para si a solução monopolizada dos conflitos intersubjetivos pela transgressão à ordem jurídica, limitando o âmbito da autotutela. Em consequência, dotou um de seus Poderes, o Judiciário, da atribuição de solucionar os referidos conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto⁶

No Brasil, após o fim do regime militar ditatorial instaurado em 1 de abril de 1964 e que durou até 15 de março de 1985, e consequente retorno da democracia, ocorrido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi instaurado o Estado Democrático de Direito, consagrando-se o acesso à justiça como garantia constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, que diz:

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: (...)
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Como consequência lógica do acesso à justiça, surgiu o direito de ação e, por conseguinte, o dever do Estado de viabilizar o exercício pleno do referido direito por meio do Poder Judiciário (princípio-garantia da inafastabilidade da jurisdição).

Reforma Religiosa; O Absolutismo; O Iluminismo; Início da Revolução Francesa. (Breve Resumo da Idade Moderna. Disponível em: <http://idade-moderna.info/>. Acesso em 20.12.2017)

⁶ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41.

A respeito do monopólio da jurisdição pelo Estado, cumpre transcrever a explicação que segue:

Consequentemente, para tratar os conflitos nascidos da sociedade, o Estado, enquanto detentor do monopólio da força legítima, utiliza-se do Poder Judiciário. O juiz deve, então, decidir os litígios porque o sistema social não suportaria a perpetuação do conflito. A legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social nos quais os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz⁷

Assim, a decisão sobre a resolução dos conflitos sociais é delegada ao Estado, por meio do Poder Judiciário.

Nesse modelo de solução de conflitos os indivíduos permanecem “passivos”, na medida em que terceirizam a solução dos próprios conflitos, aguardando que o Judiciário defina quem tem mais direito ou mais razão. Em outras palavras, o cidadão transfere a responsabilidade quanto à gestão do seu conflito a um terceiro: o Estado-juiz⁸.

Para tanto, o cidadão vale-se do direito de ação, ou seja, do direito de ingressar em juízo para a defesa dos seus interesses, provocando o Estado para obter a tutela jurisdicional por meio do processo, conforme ensina Fernanda Tartuce:

Merece realce o caráter substitutivo da jurisdição: não sendo realizado o direito espontaneamente, o Estado poderá ser chamado a proferir uma decisão compondo o conflito e atuando para que o descumprimento seja substituído pela realização do direito.

Pode-se afirmar que o direito à jurisdição, de índole pública e subjetiva, desenvolve-se em três etapas que se desencadeiam e se completam: o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição, a eficiência e a prontidão da resposta estatal à demanda deduzida e a eficácia da decisão proferida⁹

O acesso à uma ordem jurídica justa é constitucionalmente garantido como a principal forma de solução de conflitos no Brasil, cumprindo destacar que, após a Reforma do Judiciário realizada pela EC nº 45, o princípio da razoável duração do processo passou a integrar o conjunto de direitos fundamentais aplicáveis ao processo.

⁷ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição**. 2. ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 65.

⁸ MORAIS; SPENGLER, op. cit., p. 69/70.

⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016, p.110.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover¹⁰, o acesso à justiça não se limita à simples possibilidade de acesso aos tribunais, mas sim a oportunidade de obter efetiva e concreta proteção judicial, mediante justo processo.

No mesmo sentido, defende Kazuo Watanabe segundo o qual a “ordem jurídica justa” deve estar embasada nos seguintes direitos:

(...) no direito à informação, direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país, direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa, direito a pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos, direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso e efetivo acesso à justiça com tais características¹¹

Contudo, muito embora garantido o acesso aos órgãos jurisdicionais, não é certo o acesso à uma ordem jurídica justa, pois apesar de facilitada a “entrada” no judiciário brasileiro, raras vezes oportuniza-se a “saída” com a efetiva, rápida e justa prestação jurisdicional.¹²

O ideal de uma prestação jurisdicional é que os interesses conflitantes dos sujeitos sejam harmonizados; que os valores humanos sejam realizados com o menor desgaste possível, observando-se os critérios do justo e razoável.

Cintra¹³ defende, ainda, que o acesso à justiça, ou melhor, o acesso à ordem jurídica justa depende de quatro “pontos sensíveis”: a) a admissão do processo, mediante oferta de assistência jurídica integral e gratuita (artigo 5º, LXXIV da CF); b) o modo de ser do processo, com observância do devido processo legal, permitindo-se o contraditório e ampla defesa; c) a justiça das decisões, que deve estar presente desde a análise das provas, até o enquadramento dos fatos em normas jurídicas adequadas; d) utilidade das decisões, ou melhor, efetividade do processo.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Revista do Processo, n. 46, p. 69, São Paulo, abr-jun. 1987.

¹¹ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P. (Org.). **Participação e processo** apud PARASKI, Mauro Vasni. Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição, São Paulo: LTR, p. 143

¹² CERQUEIRA, Tarsis Silva de. **Acesso à Justiça. Novíssima Reflexão**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>. Acesso em 11.12.2017.

¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

Contudo, por motivos diversos, que serão abordados com mais profundidade no tópico que segue, na atualidade, embora garantido constitucionalmente, os cidadãos não têm obtido o legítimo acesso à justiça.

E aqui não se trata do simples ingresso de uma demanda no Poder Judiciário, que se acredita estar até mais facilitada nos dias atuais, mas sim do acesso à uma ordem jurídica justa, consoante defendida pelos autores citados acima.

Há muito o Poder Judiciário brasileiro encontra dificuldade na entrega da tutela jurisdicional efetiva, revelando a crise que assola um dos judiciários mais caros¹⁴ e morosos¹⁵ do mundo.

2.1 Cultura de Litígio e Crise do Poder Judiciário

A sociedade tem passado por inúmeras transformações ao longo dos tempos e, especialmente após o fim da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), vivencia uma séria de inovações em todas as áreas, em especial na tecnológica, econômica, social, cultural e política, como resultado do processo de globalização.

Concomitantemente ao desenvolvimento e crescimento numérico das sociedades, surgem novos e mais complexos conflitos sociais, seguidos pelo surgimento de novas categorias de direitos e de sujeitos jurídicos, como exemplo os direitos coletivos.

Ante as mudanças assistidas e à necessidade de se garantir o “acesso à Justiça”, foram promulgadas leis no intuito de permitir a realização desse direito-garantia. Como principal exemplo, cita-se a Lei nº 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais, inicialmente para julgamento de demandas de até 10 salários mínimos e, atualmente, para ações de até 40 salários mínimos.

¹⁴ De acordo com dados obtidos por Luciano da Ros, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), em estudo intitulado “O Custo da Justiça no Brasil”, o Poder Judiciário brasileiro é um dos mais caros do mundo, com expressivos 1,35% do PIB, e gastos (em 2014) na ordem de R\$ 68,4 bilhões (1,2% do PIB), em comparação com os EUA (0,14% do PIB), a Itália (0,19% do PIB) e a Alemanha (0,32% do PIB). Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em 21.12.2017.

¹⁵ Conforme Relatório Justiça em Números do CNJ 2017 – data base 2016, para receber uma sentença no Poder Judiciário, o processo leva, desde a data de ingresso, quase o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 6 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 4 meses). Esse dado é coerente com o observado na taxa de congestionamento, 87% na fase de execução e 64% na fase de conhecimento. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 21.12.2017.

Embora a ideia inicial da criação dos juzizados tenha sido facilitar o acesso dos cidadãos à justiça e estimular a conciliação, a ampliação da sua competência, somada a outros fatores, contribuiu para a instalação da cultura de litigiosidade no país.

Isso porque o sistema jurisdicional brasileiro passou a atrair para si a resolução de praticamente todos os conflitos sociais, desde as demandas de menor complexidade até as de maior dificuldade, ou seja, os indivíduos são “incitados” a buscar o Poder Judiciário para resolução de todos os tipos de conflitos.

Além desse fator, necessário destacar que a formação dos profissionais que atuam no Direito é voltada para uma atuação adversarial e combativa. Conforme registra Kazuo Watanabe¹⁶, toda a ênfase é dada à solução dos conflitos por meio do processo judicial, onde é proferida uma **sentença**, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado (grifo nosso).

Ainda hoje em dia, poucas faculdades de Direito no país oferecem aos alunos da graduação, como grade curricular obrigatória, as disciplinas relativas aos meios alternativos de solução de conflitos, de modo que a mentalidade estimulada pela formação acadêmica e reforçada pela prática forense é a de solução de conflitos por meio do juiz, também designada de “cultura de sentença”.

Essa realidade também pode ser demonstrada pela quantidade de advogados no país. Conforme “quadro de advogados” publicado no site do Conselho Nacional dos Advogados no Brasil¹⁷, em janeiro/2018 o Brasil possuía 1.061.466 advogados, sem incluir as inscrições de estagiários e as suplementares.

Considerando que, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tem 207,7 milhões de habitantes, conclui-se que há, aproximadamente, 1 advogado para cada 196 brasileiros.

Todos esses fatores contribuíram significativamente pela instalação de uma cultura de litígio que, por consequência, acarretou o abarrotamento do Poder Judiciário, especialmente devido a distribuição de demandas repetitivas, que não são eficazmente solucionadas.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. cap. 1, p. 06.

¹⁷ Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 21.12.2017.

Atualmente, sabe-se que parte dos litígios submetidos ao Judiciário brasileiro envolve as mesmas partes, denominadas pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça de “100 maiores litigantes”¹⁸ e que, conforme levantamentos realizados até março de 2010, o setor público (Estadual, Municipal e Federal), bancos e telefonia representam 94% do total de processos dos 100 maiores litigantes da Justiça Estadual, sendo que cerca de 54% dos processos têm como parte empresa do setor bancário, 31% ente do setor público, 10% empresa do setor de telefonia e 6% outras empresas.

Os dados acima revelam não apenas a cultura de litígio, mas também a massificação das demandas, resultante da intensificação das relações de consumo. Isso porque o aumento das relações consumeristas gerou, por consequência, o incremento dos conflitos de interesses submetidos ao Judiciário pelos indivíduos que participam da grande massa da sociedade contra um mesmo litigante.

Diante dessa explosão de litigiosidade, o sistema monopolista de jurisdição brasileiro, tal como estruturado, para simplesmente aplicar ao caso concreto o ordenamento jurídico vigente, observando os códigos de rito cujos prazos e procedimentos, muitas das vezes, não correspondem aos “ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada”¹⁹, não tem permitido a realização do verdadeiro acesso à justiça.

Consoante “Relatório Justiça em Números do CNJ – ano base 2016”, em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 12.907 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2016. Neste indicador são computados somente os processos de conhecimento e de execução de títulos extrajudiciais, excluindo, portanto, da base de cálculo, as execuções judiciais iniciadas²⁰.

Nas considerações finais do referido relatório constou, ainda, a seguinte observação:

O número de processos em tramitação não parou de crescer, e, novamente, houve aumento no estoque de processos que aguardam por alguma solução definitiva. Ao final do ano de 2009 tramitavam no judiciário 60,7 milhões de processos. Em sete anos o quantitativo cresceu para quase 80

¹⁸Dados Disponíveis em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 21.12.2017.

¹⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição!** 2. ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 77.

²⁰Dados Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em 21.12.2017.

milhões de casos pendentes, variação acumulada no período de 31,2%, ou crescimento médio de 4,5% a cada ano. A demanda pelos serviços de justiça também cresceu esse ano, numa proporção de 5,6%, não se verificando a tendência de redução esperada pela retração de 4,2% observada em 2015, comparativamente a 2014. Em 2016, ingressaram na justiça 29,4 milhões de processos - o que representa uma média de 14,3 processos a cada 100 habitantes.

A taxa de congestionamento permanece em altos patamares e quase sem variação em relação ao ano de 2015, tendo atingido o percentual de 73,0% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram foram solucionados. Mesmo se fossem desconsiderados os casos que estão suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório aguardando alguma situação jurídica futura, a taxa de congestionamento líquida é de 69,3% (3,7 pontos percentuais a menos que a taxa bruta).

Isso não significa que os juízes brasileiros produzem pouco. Pelo contrário, o Índice de Produtividade dos Magistrados (IPM) foi de 1.749 processos. Considerando apenas os dias úteis do ano de 2016, excetuadas as férias, tal valor implica a solução de mais de sete processos ao dia. O Índice de Produtividade dos Servidores da Área Judiciária cresceu 2%, o que significa uma média de dois casos a mais baixados por servidor em relação à 2015.

A alta taxa de produtividade da justiça brasileira fica evidenciada também a partir do índice de atendimento à demanda, que foi de 100,3% em 2016 - ou seja, o Judiciário concluiu quantidade de processos ligeiramente superior à quantidade de casos novos ingressados. (...)

Observou-se em 2016 que, apesar de o novo código de processo civil tornar obrigatória a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação, a resolução de casos por meio de conciliação ainda apresenta desempenho tímido, sendo que das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11,9% foram homologatórias de acordo – crescimento de menos de 1 ponto percentual em relação ao ano de 2015.

Como se denota, a realidade da justiça brasileira, apesar de significativos avanços, como exemplo o incremento da informatização e até mesmo a busca pela identificação dos principais problemas a serem enfrentados, como os apontados pelo relatório “Justiça em Números” do CNJ – ano base 2016 (demora na fase de execução, baixos índices de conciliação e o constante congestionamento processual), está ainda muito distante do seu objeto primordial: a entrega de justa e efetiva prestação jurisdicional.

Resta evidente que o Judiciário não possui estrutura para atender eficientemente as demandas que lhes são submetidas, e que atravessa uma verdadeira crise institucional, quiçá existente desde sua origem e, atualmente, em processo de “metástase”.

Trata-se de reflexo do enfraquecimento do próprio Estado, que se transfere à todas as suas instituições e coloca em “xeque” a sua soberania.

A crise de que se fala não se limita à estrutura e ineficiência do Poder Judiciário, mas cuida-se, também, de verdadeira crise moral, que assola os três

poderes do país, incluindo o Judiciário que, nos últimos anos, teve vários de seus representantes envolvidos em escândalos de corrupção.

Como se denota, além da não efetiva prestação jurisdicional, o Judiciário enfrenta também a crise de descrédito, que tem abalado a indispensável relação de confiança entre o magistrado e o jurisdicionado.

Ada Pellegrini Grinover relaciona algumas causas da ineficiência do Judiciário e do distanciamento entre este e seus usuários, alertando pela preocupante consequência social, que é o uso da violência para solução de conflitos, em outras palavras, o retorno ao estágio primitivo de desordem, em que a autotutela era considerada meio legítimo de defesa de interesses. Confira-se:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão de seus poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários, o que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas.[...]²¹

Diante desse cenário, os litigantes se afastam cada dia mais do espírito de conciliação que deveria permear todo o procedimento processual:

O espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes. (...) O aperto da mão ao término da audiência, em que a conciliação foi atingida, representa o retorno das partes à normalidade social. O que mais poderiam pretender advogados e Juízes?"²²

Ante o exposto, emerge a urgente necessidade de mudança de paradigma, a fim de que a cultura de conflito dê lugar à cultura de pacificação, restringindo-se o Poder Judiciário ao julgamento dos casos mais complexos que não

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. cap. 1, p. 02.

²² SOUZA NETO, João Baptista de Mello e Souza apud TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam e MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da magistratura**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63

puderem ser solucionados pelas vias alternativas, mas que, mesmo nos casos judicializados, o espírito de pacificação se faça presente.

2.2 Mudança de Paradigma: Cultura de Pacificação

Há mais de quinze anos, precisamente no dia 17.09.2001, na abertura do seminário “Mediação: um projeto inovador”, realizado na Faculdade de Direito Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no Largo São Francisco, o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Dr. Nilson Naves, alertou:

O Judiciário brasileiro está sobrecarregado. A crise não é de hoje! Um dos meios de superar as dificuldades não deixa de ser a implementação da mediação, dela se esperando, a curto prazo, resultados proveitosos, inclusive na mudança do hábito das pessoas quanto à maneira de dirimir litígios²³

Apesar do tempo transcorrido, a fala do ex-Ministro mostra-se atual, vez que o cenário de lá para cá pouco modificou. A cultura ainda é de litigiosidade e o Judiciário continua abarrotado de demandas, com altíssima taxa de congestionamento (processos sem decisão). Urge mudar o paradigma!

Segundo Adolfo Braga, o paradigma de determinada sociedade nada mais é do que o conjunto dos diversos modelos ou padrões idealizados pelos cidadãos que convivem naquela sociedade, quer sejam sociais, familiares ou pessoais, dele se valendo com o objetivo de amenizar sua grande ansiedade...diante do desconhecido futuro.²⁴

Contudo, o padrão adotado pela sociedade brasileira para a solução de conflitos é judicialização, que se caracteriza pela submissão de todo o tipo de demanda para solução pelo Poder Judiciário, por meio de sentença.

Acontece que, como já mencionado, o Judiciário brasileiro enfrenta um processo de recuperação, apesar das políticas e dos esforços voltados à solução da crise, pouco tem avançado no sentido de superá-la, especialmente porque, como apontado pelo próprio CNJ nas considerações finais dos levantamentos relativos ao

²³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>. Acesso em 17.12.2017.

²⁴ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. cap. 8, p. 63.

ano-base 2016, apesar de a justiça brasileira ter tido alta taxa de produtividade, a quantidade de processos novos ajuizados é elevada e, por outro lado, a resolução de casos por meio de conciliação e mediação representa apenas 11,9% do total²⁵.

Saliente-se que, de acordo com o citado relatório, o estoque de processos sem decisão é de 79,7 milhões, o que representa uma taxa de congestionamento de 73%, ou seja, a cultura de litígio, somada à ineficiência do Poder Judiciário, tem como resultado a não realização do princípio constitucional de acesso à justiça, vez que, para tanto, não basta ao cidadão formular sua pretensão em juízo, mas sim obter a célere e eficiente tutela do direito violado, situação que se revela como utópica nos dias atuais.

Conforme explicado de forma didática pelo juiz federal norte-americano John Clifford Wallace²⁶, em palestra realizada no Ministério da Justiça em 2016, há um modelo que considera infalível para “desentupir” o Judiciário e, para entendê-lo, basta imaginar um cano entupido e as possíveis formas de solução.

Para desentupir o cano só existem três modos: 1º) adquirir uma tubulação maior, ou seja, aumentar o aparelhamento do judiciário, possibilidade remota na atual conjuntura econômica, especialmente pelos custos; 2º) empurrar os casos para que passem de forma mais rápida pelo cano, também desaconselhável por ensejar julgamentos prematuros e, 3º) tirar os casos do cano, utilizando, por exemplo, a mediação.

De fato, esse é um caminho a ser percorrido: retirar os processos do Judiciário ou ao menos reduzir significativamente os casos que lhes são submetidos.

Diante desse panorama, inevitável o estímulo à adoção dos meios alternativos de solução de conflitos, denominado Sistema Multiportas ou MARC's (Meios Alternativos de Resolução de Conflitos) ou MESC's (Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos), também conhecido por ADR - *Alternative Dispute Resolution* – que significa Alternativa de Solução de Conflito.

No Brasil, dentre os meios alternativos mais conhecidos e ainda pouco utilizados estão a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação e os “dispute boards”, que serão brevemente explicados adiante.

²⁵ Dados disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>.

²⁶ Palestra disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-27/juiz-americano-traz-brasil-modelo-desentupir-judiciario>.

A mudança de mentalidade é um processo imprescindível à sociedade brasileira para superação do estado de crise do Judiciário e para realização do acesso à justiça.

Referida mudança passa, primeiramente, pelos operadores do Direito, desde os estudantes, incluindo os advogados, serventuários, até os magistrados, para então atingir os cidadãos “adestrados” à cultura de litígio.

Cahali e Rodovalho²⁷ confirmam a necessidade de mudança de cultura e comportamento, defendendo a obrigatoriedade de inclusão dos MARC’s dentre as matérias obrigatórias na formação jurídica:

Contudo, a sociedade brasileira ainda continua sendo permeada pela cultura do litígio, e essa mudança cultural demanda tempo e envolvimento de diversos setores da sociedade, para conscientização a respeito de outras formas de resolução dos conflitos. E uma das medidas mais necessárias para essa conscientização a respeito de outras formas de resolução dos conflitos e arrefecimento da cultura do litígio é, sem dúvida, a mudança nas grades curriculares das faculdades de Direito, para promover o ensino jurídico, além dos métodos tradicionais de resolução de controvérsias, também dos ADRs, modernamente concebidos como *Adequate Dispute Resolution* (= Métodos Adequados de Solução de Controvérsias): arbitragem, negociação, conciliação e mediação, entre outros

Nesse exato sentido está o Enunciado nº 28 do Conselho da Justiça Federal, confira-se:

28 Propõe-se a implementação da cultura de resolução de conflitos por meio da mediação, como política pública, nos diversos segmentos do sistema educacional, visando auxiliar na resolução extrajudicial de conflitos de qualquer natureza, utilizando mediadores externos ou capacitando alunos e professores para atuarem como facilitadores de diálogo na resolução e prevenção dos conflitos surgidos nesses ambientes²⁸

Portanto, o grande desafio consiste em ultrapassar a barreira da cultura de solução de controvérsia por meio da litigiosidade, mecanismo que raramente promove a pacificação entre os opositores. Muito pelo contrário, a sentença que resolve a demanda costuma ser objeto de infundáveis recursos, o que acaba arrastando o litígio por longos anos, prolongado o estado de insatisfação.

²⁷ CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. **Mediação no curso de Direito estimulará mudanças**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-12/mediacao-cursos-direito-estimulara-mudanca-cultura-litigio>. Acesso em 20.12.2017.

²⁸ Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/Enunciados%20Aprovados%20I%20JPS-revisado.pdf>. Acesso em 20.12.2017.

Nesta empreitada, a cultura de pacificação que predomina em muitos países orientais serve de exemplo para guiar a mudança de paradigma.

Na China, por exemplo, a mediação sempre foi o principal meio para a solução de conflitos, conforme registra Lagrasta Neto:

(...) o instituto milenar do direito chinês, baseado na filosofia de Confúcio, sob o nome de 'shuo full', que presume a persuasão pelo diálogo, que tem início no lar, chega à rua, ao bairro, e se transforma numa grande assembleia, visando demover os litigantes, pois que apenas as pessoas despidas de bom-senso é que recorrem ao Judiciário ²⁹

A respeito da cultura de pacificação chinesa, Cachapuz e Carello discorrem: Na tradição chinesa, a harmonia entre o homem e a natureza e entre os semelhantes é o que viabiliza a felicidade. Para que essa harmonia entre os homens aconteça, a ideia de conciliação e consenso é que deve prevalecer. ³⁰

Deste modo, segundo a tradição chinesa, a solução de conflitos por meio de decisões tomadas pela maioria ou mesmo por uma autoridade afastariam a liberdade de entendimento que deve estar presente nas relações, a fim de garantir o contentamento, ou melhor, a pacificação.

Na sociedade chinesa, a autonomia na resolução dos próprios conflitos é extremamente valorizada, conforme explicam as autoras já citadas acima:

Com grande paciência, procura-se levar os cidadãos a reconhecerem os seus erros e a corrigirem-se, quer se trata de questões civis ou penais. Aquele que incorrer em erro não é conduzido até os juízes: as próprias pessoas de seu meio, discutindo com ele e manifestando a sua reprovação, reconduzem-no ao bom caminho. Os processos são raros; eles apenas intervêm contra os inimigos do povo, os incorrigíveis e os depravados. (...) O direito é o último remédio para os casos em que os outros modos de solução dos litígios tenham excepcionalmente falhado. (DAVID,1998) ³¹

O mesmo panorama é identificado no Japão por Kazuo Watanabe, um dos principais defensores da cultura de pacificação no Brasil.

De acordo com o desembargador aposentado, o Japão tem uma população de 120 milhões de habitantes, ao passo que o Estado de São Paulo tem

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

³⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. CARELLO, Clarissa Pereira. **O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em 19.12.2017.

³¹ CACHAPUZ, op. cit., s.p.

40 milhões de habitantes, ou seja, 1/3 da população do Japão. Acontece que são 150 mil advogados no Estado de São Paulo, enquanto o Japão tem 19 mil advogados para 140 milhões de pessoas.

Segundo Watanabe, não é verdade afirmar que o japonês não é conflituoso, basta estarem presentes dois japoneses para constituírem uma associação, e há conflitos, mas há mecanismos para solucioná-los.³²

Como se denota, nesses países, o fato de o Judiciário não corresponder ao principal meio de solução de conflitos impede a consolidação da cultura de litígio e, principalmente, da cultura de sentença. Por outro lado, estimula as partes a construírem adequadas soluções para os próprios conflitos, ao invés de terceirizar esse encargo.

Portanto, a conclusão a que se chega é de que não será mais uma reforma processual ou do próprio sistema judiciário que solucionará o impasse posto em debate, mas, sobretudo, a transformação da mentalidade no sentido de se otimizar a utilização dos meios alternativos para solução dos conflitos.

Diante disso, necessário concordar com o entendimento marxista de que os conflitos levam ao desenvolvimento da sociedade.

Na verdade, parece que os conflitos e as crises, talvez em todas as áreas, criam ambiente fértil para mudanças, para revalorização das coisas e conceitos, porém, para efetiva transformação, necessário, primeiro, mudar o paradigma e não se acomodar no incômodo.

³² WATANABE, Kazuo. **MODALIDADE DE MEDIAÇÃO**. Seminário Mediação: Um Projeto Inovador. Disponível em: <http://www.cahali.adv.br/arquivos/artigo-kazuo-watanabe-modalidade-de-mediacao.pdf>. Acesso em 22.12.2017.

3 MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – MARC'S

No atual cenário de crise, os meios alternativos de solução de controvérsias representam instrumentos adequados à resolução dos conflitos sem a intervenção do Poder Judiciário.

A utilização desses instrumentos deve colaborar significativamente com o descongestionamento do Judiciário, além de conferir maior autonomia às próprias partes, estimulando a almejada mudança de paradigma, que se revela como um verdadeiro remédio no enfrentamento da crise que assola o judiciário brasileiro.

Nesse contexto, segue abordagem que confirma o diagnóstico do estado de crise do Poder Judiciário brasileiro e, talvez, do próprio Estado:

Nas sociedades enfermas a maioria das controvérsias resolvem-se com base no poder, muitas em razão do direito e poucas conforme os interesses” e que nas sociedades saudáveis a maior parte das disputas solucionam-se conciliando interesses (negociação, mediação), algumas por meio da jurisdição e raríssimas pelo poder³³

Diante da crise em debate, ganha corpo a consciência de que o caminho a ser seguido é o da pacificação:

(...) torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista³⁴

Cintra complementa:

Diante disso, apontam duas características observadas nesse movimento de desjudicialização da solução dos conflitos: a) a desformalização, como fator de celeridade; b) a gratuidade, como forma de viabilizar o acesso à justiça; c) delegalização, caracterizada pela maior liberdade nas soluções extra-judiciais³⁵

³³ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro A Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord). **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.7

³⁴ Dentre os estudiosos, é consenso que CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (1999, p. 26) observam.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 27.

Nesse mesmo sentido defende Lima Filho:

(...) o direito é apenas um dos mecanismos com vistas à solução dos conflitos, eis que a solução ampla pode ser dar fora da aplicação do direito. Os próprios atores do conflito podem solucioná-lo eficazmente. Assim, o que o direito resolve é apenas a oposição de pretensões jurídicas (...)³⁶

Deste modo, os meios alternativos de solução de conflitos são quase unanimemente apontados pelos especialistas não como um simples atalho para superação da crise do Judiciário, mas como formas legítimas e infalíveis de solução de conflitos e de pacificação social.

Assim, relevante trazer breve definição acerca dos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos à disposição da sociedade brasileira.

3.1 Conciliação

A conciliação é um meio de solução de conflitos por intermédio do qual as partes buscam sanar a disputa com o auxílio de um terceiro: o conciliador.

O conciliador deve, necessariamente, ser um terceiro, imparcial, com formação adequada, ou melhor, com capacitação para sugerir um possível acordo.

Via de regra, a conciliação passar por quatro etapas: 1ª) abertura, em que o mediador explica o procedimento e as implicações de eventual acordo; 2ª) esclarecimentos: em que se manifesta cada uma das partes sobre suas posições, oportunidade em que o conciliador identifica os pontos convergentes e divergentes da controvérsia, valendo-se da escuta verbal e não verbal; 3ª) criação de propostas, pelo conciliador e pelas próprias partes, e 4ª) acordo.

A conciliação é mais indicada para solução de conflitos entre partes que não possuem vínculo afetivo, emocional e até mesmo negocial, ou seja, é mais eficiente para sanar contendas esporádicas e menos complexas.

Assim recomenda Adolfo Braga:

A conciliação é um procedimento mais célere. Na maioria das vezes se restringe a apenas uma reunião entre as partes e o conciliador. É muito eficaz para conflitos efêmeros, em que não existe relacionamento entre as

³⁶ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003. P. 89.

partes, que preferem buscar o acordo para pôr fim à controvérsia e ao próprio processo judicial³⁷

No Brasil, a conciliação é prevista desde a Constituição Imperial de 1824, que exigia a observação do procedimento como requisito prévio à realização do processo judicial. Confira-se:

Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.

Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei³⁸

O instituto também teve previsão no artigo 23 do Decreto 737 de 1850, na Consolidação das Leis Trabalhistas, na Lei nº 9.099/1995, artigos 2º e 21 e até no Código de Ética e Disciplina do Advogado, artigo 2º, inciso VI.

Em 2006 o CNJ implantou o Movimento pela Conciliação, que promove Semanas Nacionais pela Conciliação pelo país, oportunidade em que os tribunais são incentivados a juntar as partes e realizar acordos nas fases pré-processual e processual.

A missão do referido programa é contribuir para a efetiva pacificação de conflitos, bem como para a modernização, rapidez e eficiência da justiça brasileira.³⁹

Um dos objetivos a ser alcançado é modificação da cultura da litigiosidade e incentivo à busca de soluções para os conflitos mediante a construção de acordos.

Trata-se, por certo, de importante passo dado na promoção da cultura de pacificação, por meio do qual a conciliação e a mediação foram reconhecidas como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, além de permitir a redução da judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Em continuidade ao movimento de conciliação, o CNJ editou a Resolução nº 125/2010, que dispôs sobre a Política Judiciária de Tratamento

³⁷ BRAGA NETO, Adolfo. **Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 15, p.85 e ss, out. 2007.

³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado; Brasília. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

³⁹ Dados disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/movimento-conciliacao-mediacao>

Adequado dos Conflitos de Interesse no Âmbito do Poder Judiciário, por intermédio da qual foi prevista a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs).

Devido ao referido programa, havia na Justiça Estadual, ao final do ano de 2016, 905 CEJUSCs instalados, dos quais 191 localizam-se no estado de São Paulo e, apesar dessa estatística ainda não significar efetiva mudança de cultura, sem sombra de dúvidas representa grande avanço no longo caminho a ser percorrido.

Contudo, conforme já abordado, não basta dispor de mecanismos alternativos sem que haja a mudança de mentalidade. Embora os centros de conciliação representem importante avanço, assim como a exigência de que os facilitadores (mediadores e conciliadores) participem de curso de capacitação básica, é indispensável a reeducação dos operadores do Direito.

Isso porque, embora designada audiência de conciliação, por intermédios dos CEJUC's ou NUPEMEC's, não raras vezes as partes comparecem sem ter realizado nenhum contato prévio e, ainda, sem nenhuma proposta efetiva de acordo, tornando inútil a tentativa de conciliação, além de movimentar desnecessariamente a máquina judiciária.

Apesar de todo o movimento em prol da conciliação, os resultados demonstram lento progresso, na medida em que pouco mais de 10% (dez por cento) das ações judiciais foram encerradas por meio de acordos homologados, conforme informado pelo CNJ no relatório "Justiça em Números – ano base 2016"⁴⁰.

A tendência é que esse percentual aumente nos próximos anos, devido a entrada em vigor, em março de 2016, do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que em diversos dispositivos estimula a utilização da conciliação, além de regulamentar em seus artigos 165/175 a criação dos centros de conciliação, a atuação do conciliador etc.

Confira-se as disposições do CPC82015 sobre conciliação e mediação:

⁴⁰ De acordo com o referido relatório, a conciliação ocorre mais frequentemente na fase de conhecimento (17%), sendo pouco frequente na execução (5%). A Justiça mais conciliadora, a trabalhista, consegue solucionar 40% de seus casos de conhecimento por meio de conciliação. A Justiça Federal apresenta percentuais mais próximos entre ambas as fases (6% no conhecimento e 8% na execução). Relatório Justiça em Números 2017 – Ano base 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

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.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

§ 2º Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.

Sobre a obrigatoriedade de realização de audiência prévia de conciliação e mediação, anterior à formação da lide, oportuno transcrever as observações de Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues:

Como se sabe, o CPC/2015, disposto a romper com um sistema processual sedimentado em mecanismos adversariais, atribuiu notável relevância às formas autocompositivas de solução dos conflitos, especialmente em suas modalidades tradicionais: a conciliação e a mediação. Um bom exemplo deste prestígio pode ser encontrado justamente no art. 334: no procedimento comum do novo Código, a partir de agora, estando em ordem a petição inicial, porque atende às prescrições legais (arts. 319 e 320) ou desde que cumprida a determinação de sua emenda (art. 321), e não sendo caso de improcedência liminar do pedido (art. 332), o magistrado designará a competente audiência de conciliação ou mediação, passando o réu a oferecer contestação apenas se não houver autocomposição na sessão oral⁴¹

Cuida-se de previsão que, apesar de não representar novidade, vez que referida regra já era prevista no âmbito dos juzados especiais, de algum modo vai ao encontro da necessária mudança de mentalidade defendida neste trabalho.

Todavia, a eficácia dessa regra, relativa à obrigatoriedade da audiência inicial de conciliação nos processos judiciais, já é alvo de questionamento, inclusive por parte dos próprios juízes que resistem em aplicá-la e, muitas vezes deixam de

⁴¹ RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **QUESTÕES (AINDA) NÃO RESOLVIDAS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO NOVO CPC**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/questiones-ainda-nao-resolvidas-sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-por-daniel-colnago-rodrigues>. Acesso em 15.09.2017.

designar a audiência de conciliação prévia sob a justificativa de que a experiência demonstra que, diante daquela situação específica, seria inviável, entre outras razões.

Além da resistência dos magistrados, seja por preconceito, seja por falta de aparato, outro obstáculo à audiência de conciliação é a própria cultura de conflito, conforme questão levantada por MAILLART, OLIVEIRA e BEÇAK:

Será que o autor, que declara em sua petição inicial ter efetivo interesse na realização de um processo de mediação e oferece, desde logo, os pressupostos para um discurso litigioso, não acaba por justamente acirrar os ânimos de disputa numa lide? Se esta for uma hipótese viável, de fato, pode se estar, pela nova legislação, afastando-se das características que importam em termos compositivos, justamente porque não desafiada a situação de autonomia que pretende se estimular por meio da mediação⁴²

No mesmo sentido defende Gajardoni e outros:

Muitas pessoas já chegam à audiência com o firme propósito de não realizar o acordo, mesmo antes de ouvir a parte contrária e a eventual proposta. E esse posicionamento integra a mentalidade de muitos operadores do Direito, pois desde os bancos acadêmicos fomos contaminados pela 'cultura de sentença'⁴³

De todo modo, a conciliação representa uma tentativa para se chegar voluntariamente a um acordo, mediante intervenção de um terceiro, que ajuda as partes no estabelecimento de um diálogo e na proposição de possíveis soluções, a fim de chegar a um acordo.

Ainda que as partes não resolvam o conflito, mas sim negociem os seus interesses, acredita-se que seja mais vantajoso conciliar a submeter a controvérsia ao Judiciário e aguardar, anos a fio, por uma sentença ditada por um magistrado que, na maioria das vezes, decide sem preocupar-se em indagar se o

⁴² CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. CARELLO, Clarissa Pereira. **O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em 19.12.2017.

⁴³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional : guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007, p.19.

seu conceito abstrato de justiça corresponde às reais expectativas do que é justo para as partes⁴⁴.

3.2 Arbitragem

Assim como a conciliação, a arbitragem foi prevista pela primeira vez no Brasil por meio da Constituição do Império de 1824, que em seu artigo 160 previu a possibilidade de as partes nomearem juízes árbitros, cujas sentenças seriam executadas sem recursos, se assim convencionarem as partes.

O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, reservou capítulo próprio para regulamentar o juízo arbitral (Capítulo XIV, título I), até que em 1996 foi publicada a Lei nº 9.307, denominada Lei da Arbitragem, posteriormente complementada pela Lei nº 13.129, de 2015.

Conforme regulamentado na lei especial, a arbitragem é um procedimento para solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. As partes podem submeter a solução de suas controvérsias ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Portanto, um terceiro, o árbitro, é designado pelas próprias partes para solucionar o conflito.

O Novo Código de Processo Civil também prevê, em diversos dispositivos, a arbitragem como legítima forma de solução de conflito, inclusive logo nos seus primeiros artigos, em que estão insculpidos os princípios constitucionais-processuais, informa que: “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Apesar de a solução do litígio ser submetido para decisão por um terceiro ou por terceiros, a arbitragem pode representar mitigação de custos, comparativamente a um processo judicial e, ainda, maior celeridade e segurança, vez que a sentença arbitral não se sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Além do que, a arbitragem certamente proporciona maior flexibilidade procedimental, informalidade, confidencialidade e especialidade, vez que cada árbitro é especializado no assunto que irá julgar.

⁴⁴ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição!** 2. ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.75.

Ferro e Salgado acrescentam ainda:

A arbitragem em nada conflita com normas de ordem pública (como o CDC) ou com o princípio da inafastabilidade jurisdicional, isso inclusive há muito decidido pelo STF em controle difuso de constitucionalidade (SE 5206 AgR, julgado em 12/12/2001). Ela não fecha a porta, muito ao contrário, abre o diálogo com a jurisdição estatal que deve ser pautada pelos princípios da complementariedade e da subsidiariedade, sempre temperados com o dever de controle que emerge desta dialeticidade⁴⁵

A arbitragem é recomendável para solução de disputas que envolvam maior complexidade e, especialmente, conflitos comerciais de vultoso valor econômico, em que o instituto costuma ser previamente contratado. Todavia, nada obsta sua utilização para solução de demandas mais simples.

Apesar de ter o estereótipo de elitizada, adstrita a grandes contratos com custos elevados, necessário consignar que a arbitragem acolhe qualquer contato, cumprindo aos operadores do Direito desarmar-se do preconceito, para conhecer mais profundamente esse instituto, que pode ser uma recomendável alternativa para solução de conflitos, como dito, principalmente na área empresarial.

A utilização da arbitragem no Brasil, por meio das Câmaras de Arbitragem, cresceu 73% de 2010 a 2015 e de acordo com Arnaldo Wald, advogado e árbitro da Corte Internacional de Arbitragem da ICC (Câmara de Comércio Internacional), o Brasil ocupa o quarto lugar na arbitragem, atrás apenas dos Estados Unidos, da França e Alemanha.⁴⁶

Como se denota, a tendência de utilização dos meios alternativos para solução dos conflitos, aos poucos, concretiza-se e revela-se eficiente, contribuindo para o desafogamento do Judiciário e, o mais importante, para a mudança de paradigma.

3.3 *Dispute Boards* (Comitê de Disputa)

O *dispute boards* consiste em meio alternativo para solução de controvérsia originário dos Estados Unidos, cuja primeira utilização remota da década de 60, no Estado de Washington, quando foi criado um comitê consultivo,

⁴⁵ FERRO, Ricardo Rage. SALGADO, Buenã Porto. A arbitragem e o Poder Judiciário. GUERRA FILHO, Willis Santiago et. Al. **Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Princípios, mecanismos, Sistemas e Metodologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017, v.1, p. 112-113.

⁴⁶ Dados disponíveis em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>

formado por quatro pessoas, para solucionar eventuais impasses surgidos da execução do grande projeto de construção denominado *Boundary Dam in Washinton* (Barragem de limite em Washington)⁴⁷.

Atualmente, o instituto é muito utilizado nos EUA e na Europa, principalmente em contratos que envolvam grandes projetos ou obras de infraestrutura, pois permite o alcance de uma solução para a controvérsia no momento em que ela está sendo desenvolvida, o que minimiza, por exemplo, a chance de paralisação da obra projetada enquanto o impasse não é resolvido.

No Brasil, tramita no Município de São Paulo o Projeto de Lei Municipal nº 577/2017, de autoria do vereador Caio Miranda, que autoriza a instalação de Juntas de Solução de Conflitos (*Dispute Boards*) em contratos de construção celebrados pela Prefeitura de São Paulo e dá outras providências.

De acordo com a proposta, a Municipalidade poderá fazer uso de Juntas de Solução de Controvérsias para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em obras públicas.

Trata-se de grande avanço que, certamente, permitirá às partes a resolução extrajudicial e satisfatória dos seus próprios conflitos, com o auxílio de especialistas previamente indicados para participarem do comitê.

Arnald Wald conceitua o *dispute boards* conforme as modalidades existentes:

(...) painéis, comitês ou conselhos, para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes⁴⁸

Resumidamente, o *dispute boards* é constituído por um comitê, formado por profissionais experientes e imparciais de confiança das partes, contratado antes do início de um projeto de construção ou outro, para acompanhar a

⁴⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **ANÁLISE CRÍTICA DAS CLÁUSULAS DISPUTE BOARD: EFICIÊNCIA E CASOS PRÁTICOS**. Disponível em: file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/4676-12272-1-SM.pdf. Acesso em 05.01.2018.

⁴⁸ WALD, Arnold. **A arbitragem contratual e os dispute boards**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

execução da obra, a fim de assistir as partes na solução de eventuais conflitos, visando à solução definitiva.

De acordo com a ICC – *International Chamber of Commerce*, também conhecida como Câmara de Comércio Internacional, que possui comitê no Brasil, o *dispute boards* é um órgão permanente, normalmente estabelecido na ocasião da assinatura ou no início da execução de um contrato de médio ou longo prazo para ajudar as partes a evitar ou superar eventuais desentendimentos que possam surgir durante a execução do contrato.⁴⁹

Geralmente, o *dispute boards* é utilizado em projetos de construção. Também são encontrados em outras áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento, propriedade intelectual, acordos de acionistas e de partilha de produção.

Conforme regulamento da ICC-Brasil, o *dispute boards* tem três funções básicas:

- (1) encorajar as partes a resolvê-lo por conta própria. Se isso for impossível, ou o desacordo for tão entranhado, o Dispute Board poderá
 - (2) intervir prestando assistência informal para ajudar as partes a resolver a questão por acordo, ou
 - (3) resolver o conflito através de uma recomendação ou uma decisão emitida após um 03 procedimento de remissão formal.
- Cada uma dessas funções é de igual valor no intuito de ajudar a reduzir o risco e o custo de ruptura do contrato entre as partes⁵⁰

Os especialistas enumeram como vantagens do *dispute boards* a informalidade, liberdade, contratualidade, confiança, cooperação, comprometimento e informação, além da possibilidade de o trabalho técnico desenvolvido pelos seus membros servir de prova em eventual submissão do caso na esfera judicial ou arbitral.

Quanto à celeridade, de acordo com a CAMARB – Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil, estatísticas da DRB FOUNDATION, sediada em Seattle, EEUU, indicam que mais de 90% dos contratos de construção nos Estados Unidos, que previam cláusula contendo o mecanismo de *Dispute Board*, terminaram sem litígio entre as partes.⁵¹

⁴⁹ Dados disponíveis em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>

⁵⁰ Dados disponíveis em: <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Portuguese-version-2.pdf>

⁵¹ Dados disponíveis em: <http://camarb.com.br/dispute-board-%20db-ou-junta-%20de-consultores/>

Além do mais, a utilização do referido instituto permite que os conflitos sejam solucionados no âmbito do próprio contrato, ou seja, pelas próprias partes, com o auxílio do comitê.

Emitido o parecer final, ele será vinculativo do ponto de vista contratual, mas o parecer ou a decisão apresentada pela junta será sempre passível de discussão pela via jurisdicional, que seja a arbitral, quer seja a judicial.⁵²

Ressalte-se que o Conselho da Justiça Federal emitiu enunciados relativos a esse meio alternativo para solução de conflitos, confira-se:

49 Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.

76 As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Board), quando os contratantes tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada.

80 A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Cuida-se, portanto, de importante meio alternativo para prevenção e solução de conflitos, especialmente para contratos relativos à construção civil e infraestrutura.

3.4 Mediação

A mediação consiste num meio consensual de solução de conflitos cuja utilização é registrada desde a Antiguidade, sendo que diversos estudos mencionam passagens bíblicas com remissão à mediação, como exemplo o realizado por Carvalho, que cita a história de mediação na comunidade de Filipos, na Carta do apóstolo Paulo aos Filipenses em seu cap. 4,2-3⁵³.

⁵² DANTAS, Rodrigo Costa. DANTAS, Débora Correa. **Os Dispute Boards e a Prevenção de Litígios**. Disponível em: <https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/download/53/51>. Acesso em 17.12.2017.

⁵³ CARVALHO, Marisa Targiano Schueler de. **Fundamentação bíblica do estudo dos princípios da mediação de conflitos**. http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/ctch/teo/marisa.pdf

O instituto encontra-se arraigado em vários países do oriente, como exemplo a China, em que os registros do seu uso estão relacionados ao imperador Confúcio (Kung-fu-tzu), que teria morrido em 479 a.C., e que pregava a busca da harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens.⁵⁴

Para os chineses o equilíbrio das relações sociais estava em primeiro plano e, assim, um terceiro era chamado a mediar conflitos entre sujeitos ou grupos. Atualmente, apesar de a China vivenciar situação política e ideológica totalmente distinta, a mediação ainda é muito utilizada, tanto que existem mais de duzentas mil comissões populares de mediação no país⁵⁵.

Mas a mediação não se restringiu ao oriente e no final do século XX ressurgiu em países como os Estados Unidos, especialmente após a criação do modelo do Tribunal Multiportas por Frank Sander, professor da Harvard Law School⁵⁶.

Igualmente, na Grã Bretanha, na Austrália e no Canadá, países de língua inglesa, a mediação teve grande desenvolvimento na área familiar, enquanto que na América Latina o instituto só ganhou notoriedade na década de 90, com a realização de diversas conferências internacionais envolvendo os meios alternativos de solução de conflitos.

Conforme registra a mediadora Águida Arruda Barbosa⁵⁷, a mediação chegou ao Brasil por intermédio de duas frentes distintas derivadas de dois movimentos. Em São Paulo a mediação chegou num primeiro momento pelo modelo Francês no ano de 1989 e no sul do país foi recebido o modelo norte-americano através de influência argentina na década de noventa, ambos mais voltados a soluções de conflitos familiares.

Apesar de algumas menções legais ao uso do instituto em situações específicas na área trabalhista, educacional e familiar, somente após a vigência da Resolução nº 125/2010, que implantou sistema “multiportas” no Brasil, estimulando o

⁵⁴ MIRANDA, Maria Bernardete. **O instituto da mediação no meio ambiente dos conflitos empresariais.** <http://www.unaerp.br/documentos/1079-o-instituto-da-mediacao-no-meio-ambiente-dos-conflitos-empresariais/file>. Acesso em 23.12.2017.

⁵⁵ CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. CARELLO, Clarissa Pereira. **O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em 19.12.2017.

⁵⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cívís.** 3.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Método, p. 184-185

⁵⁷ BARBOSA, Águida Arruda. **Composição da historiografia da mediação: instrumento para o Direito de família contemporâneo.** Revista Direitos Culturais, v. 2, n.3, dez. 2007, p.19.

uso de mecanismos diversificados para solução dos conflitos, é que a mediação, ao lado da conciliação e da arbitragem, ganhou notoriedade.

Contudo, somente em 2015 a mediação foi regulamentada pela Lei nº 13.140/2015, publicada em 29.06.2015 e em vigor desde 26.12.2015.

No dia 16 de março do mesmo ano entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que, em diversas previsões, estimula o uso não apenas da mediação, mas também de outros meios alternativos de solução de conflitos, conforme artigos já citados no item que trata da conciliação.

Acontece que, nem todas as disposições sobre mediação nas duas legislações são convergentes, o que gera a discussão sobre a aplicabilidade das normas, ou melhor, sobre como resolver o conflito aparente entre referidas normas.

Para tanto, sem maiores digressões sobre o assunto, acredita-se que a solução possa estar na regra contida no artigo 1.046, §2º do CPC, segundo a qual permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais o CPC será aplicado supletivamente, ou ainda, na utilização da tese do diálogo das fontes, como sugere Fernanda Tartuce, vez que os dois sistemas normativos dispõem de princípios comuns.⁵⁸

Conforme definição trazida no 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.

Trata-se de um dos únicos mecanismos extrajudiciais para solução de conflitos em que a construção da solução da controvérsia, embora conte com a participação de um terceiro facilitador, é dada pelos próprios envolvidos. Na mediação não há proposições ou imposições pelo mediador, que se limita a reestabelecer, de forma imparcial, o diálogo entre os adversários.

Na arbitragem e no “dispute boards” a solução é sempre dada por um terceiro ou por terceiros (árbitros ou comitê). Nesses institutos, embora as partes contribuam ativamente para o resultado, o que reduz consideravelmente a sensação de insatisfação, é um terceiro quem define o resultado, ao qual as partes se vinculam.

⁵⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 3.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Método, p. 273.

Na conciliação, por sua vez, conquanto a decisão não seja dada por um terceiro, as partes são orientadas pelo conciliador na formação do acordo, conforme claramente definido pelo legislador, no artigo 165, §§ 2º e 3º do CPC, que dizem:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. (...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

A propósito, convém transcrever as observações de Fredie Didier a respeito dos métodos alternativos mencionados:

Mediação e conciliação são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegar à autocomposição. Ao terceiro não cabe resolver o problema, como acontece na arbitragem: o mediador/conciliador exerce um papel de catalisador da solução negocial do conflito⁵⁹

Roberto Portugal Bacellar tem uma objetiva definição para o instituto:

(...) técnica lato senso que se destina a aproximar as pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas.⁶⁰

Portanto, o mediador atuará de forma imparcial para reconectar as partes, no intuito de que essas tenham condições racionais e emocionais de identificar o problema focal e, juntas, encontrarem uma solução que atenda os interesses mútuos.

O mediador servirá como um veículo de comunicação entre os envolvidos; atuará como um facilitador do diálogo, auxiliando na compreensão das

⁵⁹ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, pag. 275

⁶⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.174.

verdadeiras questões e interesses em conflito que, frequentemente, encontram-se camuflados por sentimentos gerados pela inexistência de diálogo, que, por sua vez, abre espaço para falsas suposições ou inferências errôneas acerca do problema vivenciado.

Devido ao fato de o mediador não propor uma solução, mas apenas servir de elo entre as partes a fim de favorecer o diálogo, esse mecanismo é mais indicado para casos em que exista uma relação anterior e permanente.

Por isso a mediação é bastante indicada como solução alternativa para conflitos familiares, escolares, trabalhistas e, como será demonstrado neste trabalho, também nos conflitos empresariais.

O procedimento da mediação, conforme artigo 2º da Lei e artigo 166 e parágrafos do CPC, deverá ser orientado pelos seguintes princípios: 1º) credibilidade e imparcialidade do mediador; 2º) isonomia entre as partes, que deve receber tratamento igualitário; 3º) oralidade, o procedimento é estruturado na comunicação verbal e não verbal, aberta e flexível; 4º) informalidade, flexibilidade, clareza, concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que atendam à compreensão e às necessidades do mercado para o qual se voltam; 5º) autonomia da vontade das partes, que devem ter liberdade para chegar à suas próprias decisões, de forma voluntária e não coercitiva, podendo, inclusive, desistir do procedimento; 6º) busca do consenso mediante participação ativa e cooperação entre os envolvidos; 7º) confidencialidade, na medida em que as informações prestadas não poderão ser utilizadas para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes, menos ainda divulgadas; 8º) boa-fé e lealdade; 9º) caráter voluntário, compreendido pela não imposição do procedimento; 10º) competência do Mediador, obtida pela formação adequada e permanente; 11º) independência do mediador, que atuar de forma livre e autônoma, sem nenhuma relação de subordinação com os envolvidos; 12º) Decisão informada, vez que as partes devem estar plenamente informadas quanto aos seus direitos e efeitos das decisões tomadas, o que permite a assistência por advogados.

Conforme regulamentado nos artigos 21 a 29 da Lei da Mediação, o procedimento pode ser utilizado como uma alternativa ao processo judicial, mas também pode ser empregado de forma incidental, no próprio processo ou autonomamente, ou seja, há três formas de mediação, a extrajudicial, que acontece sem a intervenção estatal, a pré-processual, realizadas pelos CEJUSC's antes do

ajuizamento e a judicial, que se dá por meio da audiência judicial de mediação, a qualquer momento processual.

Nesse contexto, insta ressaltar que existem ao menos duas linhas de mediação. A primeira embasada no sistema multiportas, denominado modelo linear, cujo objetivo é servir de instrumento para a diminuição de litígios pendentes de julgamento perante o Judiciário, porquanto ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de interesse ajuizados ou prestes a sê-lo⁶¹.

Considerando que o artigo 334 do CPC estabelece a sessão de mediação ou conciliação antes da resposta do réu, pode-se dizer que o legislador disponibilizou outras “portas” como alternativas à jurisdição.

Na segunda linha de mediação, denominada transformadora, o enfoque não é o acordo em si, mas o restabelecimento dos laços e o diálogo entre as partes, situação que também pode ser encontrada no artigo 165, §3º do CPC, ao expressar que o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação.

Mas nem o CPC nem a Lei de Mediação transparece ter optado por um único modelo de mediação (linear ou transformadora), talvez por uma mistura das duas técnicas, cumprindo ao mediador aplicar a que melhor lhe convier a depender do caso concreto.

Sobre a atuação do mediador, Maria Bernadete explica:

O mediador deve ouvir as partes imparcialmente, com uma visão sistêmica, observar, e assim facilitar a percepção da co-responsabilidade no conflito.

Bush e Folger (1994) asseveram que na visão atual de uma instituição social, a intervenção em conflitos deve ter um enfoque relacional, ou seja, a mediação deve desenvolver e integrar forças individuais de empatia pelo outro. Assim, substitui-se a forma linear em que se busca um único culpado na interação conflituosa, e também a dicotomia, “certo-errado” pela conscientização do protagonismo de cada pessoa envolvida no processo conflituoso, ou seja, a participação de todos os envolvidos na formação do conflito.

Em síntese, o mediador atua sem juízo de valor, de maneira a compreender os pensamentos, sentimentos, fantasias e ações das pessoas durante a mediação. Dessa forma, o aprendizado pelas partes se torna mais efetivo, com maior abertura para novas informações e, conseqüentemente, para

⁶¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil. A Mediação no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 2. Ed., p.142.

uma conscientização de que há mais de uma perspectiva nas interações e comportamentos⁶²

Portanto, desde que sejam observados os princípios norteadores, os conflitos submetidos ao procedimento de mediação têm grandes chances de serem solucionados com êxito e alto grau de satisfação e comprometimento dos envolvidos no cumprimento do acordo firmado.

3.4.1 Mediação extrajudicial

A mediação extrajudicial ou para-processual tem o seu procedimento regulamentado nos artigos 21 a 23 da Lei nº 13.140/2015.

O método é iniciado pelo convite formulado por uma parte à outra, e que é considerado rejeitado no caso de não ser respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Se a parte convidada comparece à sessão de mediação, cumpre ao mediador esclarecê-la sobre a confidencialidade do procedimento (artigo 14 da Lei nº 13.140/2015) e, ainda, explicar no que consiste o instituto, quais os direitos e deveres dos envolvidos, qual a eficácia de eventual acordo e sobre a prevalência da autonomia da vontade⁶³. Trata-se da fase preliminar.

Ressalte-se que 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, conforme expressa previsão no artigo 22, §2º, inciso IV da Lei de Mediação.

Importante destacar que a parte que requer a mediação poderá ser assistida por advogados ou defensores públicos e, neste caso, a outra também deverá ser assistida, sob pena de suspensão do procedimento até regularização da representação, conforme artigo 10 da Lei nº 13.140/2015.

⁶² MIRANDA, Maria Bernardete. **O instituto da mediação no meio ambiente dos conflitos empresariais**. <http://www.unaerp.br/documentos/1079-o-instituto-da-mediacao-no-meio-ambiente-dos-conflitos-empresariais/file>. Acesso em 23.12.2017.

⁶³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil. A Mediação no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 2. Ed., p.150.

Concordes a respeito da participação na mediação, a cautela recomenda formalizar a aceitação e, nesse mesmo instrumento, registrar todas as informações das sessões designadas, inclusive a realização de sessões privadas com apenas uma das partes (*caucus*), os honorários do mediador etc.

Após, passa-se à primeira sessão, que pode ser imediatamente após a aceitação do procedimento ou em outra data, a partir da qual considerar-se-á instituída a mediação (artigo 17 da Lei nº 13.140/2015)

Cada um dos envolvidos terá um tempo para apresentar suas opiniões sobre a questão, oportunidade em que o mediador percebe os objetivos e expectativas dos participantes, os estilos de comunicação e de negociação de cada um deles, o estado emocional, enfim, é o momento de o mediador “estudar” as partes sem interrompê-las.

Na terceira fase o mediador, devidamente capacitado conforme exige a lei, poderá extrair dos participantes as verdadeiras razões que os levaram ao conflito e os seus reais desejos, momento em que utilizará as técnicas mais adequadas às especificidades de cada caso.

Observados os pontos controvertidos e os reais interesses dos envolvidos, a próxima fase serve para livre indicação de soluções pelas próprias partes, mediante estímulo do mediador, e não sugestões dele.

Para tanto, é bastante recomendada a técnica denominada “brainstorming”, em que as partes expõem todas as ideias espontaneamente, sem analisar previamente o seu cabimento, e o mediador as registra, para posterior análise conjunta.⁶⁴

Assim, as ideias são discutidas conjuntamente, eliminando-se as inviáveis e aprimorando-se as possíveis soluções para o conflito, a serem definidas pelas próprias partes que, nesta fase já estão focadas na solução que melhor atenda aos interesses mútuos e conseguem, assim, manter um diálogo a fim de firmar um acordo, que terá força de título executiva extrajudicial.

O acordo formalizado, para maior segurança jurídica das partes, poderá ainda ser homologado por sentença (artigo 334, §11º do CPC), caso em que

⁶⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil. A Mediação no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 2. Ed., p.154.

constituirá título executivo judicial (artigo 515, III do CPC e artigo 20 da Lei de Mediação).

Nesse ponto é importante ressaltar que o Juízo limitar-se-á a homologar o acordo já que, decidido do impasse, o acordo é irrecorrível (artigo 16, §1º da Lei de Mediação).

Destaque-se que, em se tratando de matéria que envolva direitos indisponíveis, mas transigíveis, o acordo deve necessariamente ser homologado em Juízo, mediante oitiva do Ministério Público (artigo 3º, §2º da Lei de Mediação).

Muito embora a possibilidade de homologação judicial dos acordos entabulados via mediação, cumpre destacar que a prática demonstra altos índices no cumprimento dos acordos estabelecidos em mediação extrajudicial, isso porque os próprios envolvidos no conflito, consensual e voluntariamente, após o restabelecimento da comunicação, decidem qual será a solução dada à controvérsia, com isso o nível de satisfação e comprometimento em cumprir o que foi ajustado é alto.

Ainda sobre o procedimento da mediação extrajudicial, Adolfo Braga Neto⁶⁵ enumera sete etapas que devem ser percorridas em conjunto com o mediador: 1ª) pré-mediação – apresentação do procedimento pelo mediador e definição do contrato; 2ª) investigação – iniciada com a primeira reunião, em que o mediador já realiza escuta ativa, verbal e não verbal, da relação entre os envolvidos, incentiva a cooperação e desperta a confiança; 3ª) criação de opções – momento de criar o maior número de opções possíveis para solucionar o impasse; 4ª) escolha de opções; 5ª) avaliação das opções; 6ª) preparação para o acordo – as partes colaboram na formalização do termo final, que deve ser o mais simples e claro possível; 7ª) acordo propriamente dito e assinatura.

É possível a realização de acordo parcial, mas diante da impossibilidade completa de acordo, cumpre ao mediador anunciar o impasse. De todo modo, ao menos o diálogo é restabelecido e possíveis soluções vislumbradas, remanescendo às partes a possibilidade de ainda utilizarem-se da arbitragem ou até mesmo do Poder Judiciário, após terem tentado resolver, autonomamente, os próprios conflitos.

⁶⁵ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. Cap. 8. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 68.

3.4.2 Mediação judicial

Embora já aventada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, a mediação judicial está mesmo regulamentada pelo artigo 334, *caput*, do CPC e artigo 27 da Lei nº 13.140/2015, como uma fase obrigatória do processo judicial, o que revela o intuito do legislador de incentivar o uso dos meios alternativos para solução de conflitos.

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.

Somente quando ambas as partes manifestarem desinteresse na composição consensual, ou quando o direito em questão não admitir autocomposição, a audiência é dispensada (artigo 334, §4º I e II do CPC).

O não comparecimento injustificado é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (artigo 334, §8º do CPC).

Como se denota, a tentativa de mediação no início do processo é incentivada pela legislação processual e conforme constou na Exposição de Motivos do Anteprojeto no Novo CPC, pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação.⁶⁶

Quanto à utilização da mediação pré-processual, por intermédios dos CEJUSC's ou NUPEMEC's, na prática o que se verifica é a realização de sessão de conciliação, em que um terceiro imparcial auxilia as partes a celebrarem um acordo. Nesse sentido:

A mediação difere da conciliação em diversos aspectos. Nela o que está em jogo constitui-se meses, anos ou décadas de relacionamento. Ela demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro no que tange a inter-relação existente entre as partes. O mediador, para que possa melhor auxiliá-las nas questões controversas, deve ter mais tempo para investigar e conhecer toda a complexidade daquela inter-relação. Cabe ressaltar, por isso, que a

⁶⁶ Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em 14.06.2017.

mediação não visa pura e simplesmente o acordo; visa, sim, atingir a satisfação dos interesses e necessidades das pessoas envolvidas no conflito⁶⁷

Portanto, de preferência nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, a mediação poderá representar inúmeras vantagens para a solução do conflito, tais como: informalidade, celeridade, economia, confidencialidade, cooperação, restabelecimento da comunicação, preservação do relacionamento entre as partes, prevenção de conflitos e pacificação social.

Seja nas modalidades pré-processual, processual ou extrajudicial, o instituto promete trazer muitos benefícios para os envolvidos, o que faz dele uma interessante via para resolução de conflitos de toda a ordem, inclusive empresariais, em que os envolvidos, geralmente, necessitam dar continuidade às relações empresariais-negociais, caso em que uma solução imposta pelo Poder Judiciário, decretando a vitória de uma das partes e a derrota da outra, embora dê uma “solução” à controvérsia, impede o prosseguimento das relações entre os envolvidos, como será visto com maiores detalhes no capítulo seguinte.

⁶⁷ GUERREIRO, Luis Fernando. **Conciliação e mediação: Novo CPC e leis específicas**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v.41, p. 19 e ss, abr. 2014.

4 MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

A vida em sociedade é marcada por constantes conflitos de interesses desencadeados pela limitação dos bens da vida, sendo certo que a evolução da própria sociedade depende diretamente da forma como os conflitos são solucionados: autotutela, autocomposição ou heterocomposição. O mesmo raciocínio vale para os conflitos empresariais.

Acontece que, assim como as relações civis tornaram-se mais complexas, as relações empresariais também sofreram mutações ao longo do tempo.

O conceito de sociedade empresária de outrora já não é o mesmo. Na atualidade, a empresa não se limita a um empreendimento comercial, mas representa uma unidade de produção e de organização econômica que exerce amplamente a autonomia conferida pelo ordenamento jurídico para estabelecer o trânsito de riquezas.⁶⁸

Igualmente, a autonomia conferida à empresa não se restringe a estabelecer contratos e pactos negociais, mas estende-se à conservação e manutenção dos relacionamentos estabelecidos por meio desses pactos.

Ocorre que, frequentemente, as relações negociais são conflitantes. Conflitos esses que podem ser internos (dentro da empresa, entre funcionários ou sócios) ou externos (entre a empresa e terceiros).

Nesse contexto, a mediação se encaixa como uma adequada solução alternativa, vez que as técnicas empregadas pelo mediador objetivam não apenas resolver o conflito, mas antes de tudo restabelecer o diálogo e permitir que os próprios envolvidos criem soluções para os problemas enfrentados, de modo que seja possível a continuidade das relações negociais-empresariais.

Trata-se de um processo colaborativo que dá margem à criação de soluções de alta eficácia que talvez não estivessem ao alcance do juiz num procedimento judicial ou cuja criação ficasse prejudicada devido o ânimo de litigar e sair vencedora de que é tomado aquele que submete o conflito ao Judiciário.

Os riscos de um conflito empresarial não se limitam a eventual prejuízo financeiro, mas podem implicar em outras perdas, tais como: risco de imagem, desvios de recursos humanos, entre outros.

⁶⁸ SILVA, Eduardo da Silva. **Arbitragem e Direito de Empresa. Dogmática e implementação da cláusula compromissória.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 20.

Nesse sentido discorre Botelho:

Litígios empresariais, decorrentes de conflitos entre sócios, divergências na condução empresarial ou no cumprimento de contratos costumam ter resultados desastrosos para as empresas se não forem bem geridos. Dependendo da representatividade financeira ou estratégica do conflito e do seu tempo de duração, as perdas podem ultrapassar os valores envolvidos no litígio, especialmente por conta da insegurança e instabilidade que criam no ambiente empresarial.

Uma briga entre sócios, por exemplo, pode comprometer os objetivos empresariais e, acima de tudo, seus lucros. Isso sem se falar na insegurança institucional gerada pelo tempo de espera de uma decisão definitiva, da necessidade dos provisionamentos contábeis, gastos com custas processuais, honorários de advogados e tantas outras contingências, que acabam aumentando a conta dos prejuízos acumulados pela manutenção da situação de conflito⁶⁹

Como visto, na área empresarial, assim como na vida em sociedade, os conflitos são naturais e de toda a ordem, desde a dificuldade financeira que acarreta o descumprimento de contratos até problemas de relacionamento entre sócios de uma empresa familiar.

Ocorre que a busca de solução do conflito por intermédio do Poder Judiciário, especialmente no atual cenário de crise pelo que passa a instituição, certamente implicará no enfrentamento de grandes desafios: altos custos; burocratização excessiva; distanciamento entre os debates e as reais pretensões das partes e, principalmente, morosidade.

Definitivamente um processo judicial não se adequa à dinâmica empresarial, o que acaba por impedir que uma empresa com demanda judicial opere em alta performance, seja por não ter o controle da situação, seja pelas restrições ao fornecimento de crédito pelas instituições financeiras, seja pela desarmonia entre os envolvidos.

Nesse contexto, o instituto da mediação apresenta-se muito vantajoso para solução de conflitos empresariais, exatamente pela elevada capacidade de negociação que oferece; pela possibilidade de gestão de riscos e de resultados pelos envolvidos de forma voluntária, cooperada, não burocrática, célere e econômica.

⁶⁹ BOTELHO, Inaiá Nogueira Queiroz. **Mediação Empresarial é um novo caminho para solucionar conflitos e evitar litígios judiciais**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mediacao-empresarial-e-um-novo-caminho-para-solucionar-conflitos-e-evitar-litigios-judiciais/>. Acesso em 19.09.2017.

Na rotina empresarial, a mediação pode atender de três finalidades: satisfação de seus consumidores, administração de conflitos nos negócios e melhoria do funcionamento orgânico da instituição, aprimorando a comunicação entre seus componentes (especialmente tratando-se de empresas familiares).⁷⁰

Em relação às empresas familiares, que representam 90% (noventa por cento) das empresas brasileiras e têm como característica principal a propriedade e gestão nas mãos de dois ou mais membros da mesma família⁷¹, a mediação pode ser muito benéfica para solução de conflitos internos.

Nesse tipo de empresa, a presença de parentes pode representar redução custos e garantia de que o funcionário dedique esforço para que a família prospere por meio do empreendimento.

Porém, os negócios familiares podem ocasionar muitos conflitos, devido a incompatibilidade de interesses, caso em que a mediação poderá servir como instrumento de gestão e solução, por exemplo, extirpando da comunicação entre as partes aspectos pessoais que não dizem respeito ao negócio. Nesse sentido:

Convém lembrar que a mediação lida com pessoas, as quais possuem sua própria visão a respeito do objeto da controvérsia. Por isso, os empresários, ao defenderem suas posições, expõem aspectos subjetivos que afloram no conflito que estão enfrentando, criando uma perspectiva pessoal parcializada e limitadora. Este fato acaba por dificultar ainda mais a resolução da controvérsia. Por isso, é importante delimitar nestes procedimentos todas as questões subjetivas, não no sentido de separá-las da negociação para facilitar o acordo, como defendem alguns especialistas estrangeiros, mas sim de identificá-las, acolhê-las e, com a devida relevância, oferecer um encaminhamento no âmbito do processo de mediação⁷²

Conflitos empresariais internos comprometem o crescimento e a evolução natural da empresa, afeta a competitividade saudável, especialmente se o conflito é mal administrado.

Diante do reconhecimento internacional acerca dos benefícios da mediação empresarial, muitas empresas procuram institucionalizar esse método de

⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Método, p. 341

⁷¹ Dados disponíveis em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/pe/artigos/os-desafios-da-empresa-familiar-gestao-e-sucesso,fae9eabb60719510VgnVCM1000004c00210aRCRD>

⁷² BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 15.01.2018.

resolução de conflitos, para que não seja utilizado apenas aleatoriamente, mas na rotina negocial, sob a tônica preventiva, ou seja, a mediação é utilizada, preventivamente, antes mesmo do conflito se instalar.

Trata-se do denominado Sistema de Manejo de Conflitos, utilizado como estratégia de desenvolvimento organizacional, em que as empresas identificam situações geradoras de conflitos e agem antes que efeitos indesejáveis aconteçam, valendo-se da mediação para evitar os conflitos.

O mediador Adolfo Braga confirma os benefícios desse tipo de gestão de conflitos, citando um caso do qual participou:

Exemplo disso foi a disputa entre dois diretores de uma multinacional, o primeiro responsável pela área comercial e o segundo pela área administrativa. Buscaram a mediação a fim de tentar solucionar uma questão pontual pela utilização de funcionários da equipe de um sem o conhecimento do outro. Com todas as suas ferramentas, o mediador auxiliou-os a detectar as expectativas, necessidades, desejos, competências profissionais, questões operacionais e emocionais que envolviam o dia-a-dia deles. Estabeleceu então com mais clareza os papéis que cabem a cada um deles, maior respeito recíproco e dinamismo. Com esta experiência, ambos sugeriram que a mediação fosse implementada como um projeto para toda a empresa, que hoje usufrui de amplos ganhos e destacado nome no mercado⁷³

A mediação empresarial também é usada na resolução de conflitos entre credores e devedores na cobrança de dívidas, ante a celeridade, eficiência e economia que pode representar.

Tanto para solução de conflitos interempresariais, envolvendo questões entre empresas, como exemplo os decorrentes de transações comerciais, financeiras ou bancárias, transações imobiliárias, relações de franquia etc., quanto para conflitos extra empresariais (empresa e entidade não empresária), a mediação pode trazer diversos benefícios, inclusive no que diz respeito à redução de custos.

Nos conflitos envolvendo relações interempresariais, quase sempre marcadas pela urgência de resultados rápidos e imediatos, o mediador permite que as partes enfoquem nas questões que realmente têm importância para a consecução dos negócios.

Na ânsia pelo cumprimento de metas previamente definidas, pelo alcance de resultados positivos, muitas empresas, premidas pela urgência de uma

⁷³ BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 15.01.2018.

solução, deixam-se levar pelo cansaço e aceitam soluções que nem sempre são benéficas, o que acarreta a insatisfação e, frequentemente, o descumprimento do que foi acordado.

Com a intervenção de um mediador capacitado e com conhecimento da matéria tratada, esses riscos são consideravelmente minimizados, pois ele atuará na reconexão das partes, propiciando ambiência para reflexão da relação havida, com o objetivo de construir uma relação no futuro, com a continuidade ou não, mas seguramente com a pacificação dos envolvidos.

Em outras palavras, o mediador atuará no sentido de auxiliar, de modo neutro e imparcial, que as partes identifiquem os reais problemas enfrentados, e retomem a capacidade de geri-los, o que, por conseguinte, aumenta as chances de resolvê-los satisfatoriamente.

Recentemente a mediação passou a ser utilizada no processo de recuperação judicial, que constitui um procedimento previsto em lei especial (Lei nº 11.101/2005), cuja finalidade precípua é permitir a superação do estado de crise pela sociedade empresária, evitando-se a falência.

A vantagem da mediação na recuperação judicial consiste na possibilidade de a empresa que atravessa situação de crise e os seus credores, definirem soluções criativas e que possam ser executadas pela recuperanda, cooperando, deste modo, pela continuação de suas atividades e aumentando as chances de recuperação efetiva.

No âmbito da recuperação judicial, os acordos firmados por meio de mediação, construídos num contexto de cooperação entre empresa em recuperação e credores, tendem a ser cumpridos com mais comprometimento, impedindo a decretação da quebra, preservando empregos, propiciando a continuidade das atividades empresariais que geram riquezas e impulsionam o crescimento do país.

Portanto, seja para evitar litigiosidade, seja para permitir a continuidade das atividades empresariais, seja para preservar postos de trabalho ou de relacionamento com fornecedores, seja para restabelecer o diálogo, a mediação, cuja utilização é incentivada pelo atual CPC e o procedimento regulamentado por lei específica, constitui um mecanismo com ampla aplicabilidade e eficiência na resolução dos conflitos empresariais.

4.1 Cláusula de Mediação

Muito embora a mediação possa ser buscada a qualquer momento para solução de conflitos empresariais, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, recomenda-se a previsão de seu uso por meio de cláusula contratual, que pode ser inserida no próprio contrato social ou em qualquer tipo de contrato firmado no âmbito empresarial.

Referida possibilidade está prevista no artigo 851 do Código Civil, segundo o qual é admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

A Lei nº 13.140/2015 trouxe importante inovação para o ordenamento jurídico brasileiro admitindo em seu artigo 2º, §1º a inserção da cláusula de mediação nos contratos. Confira-se: Art. 2º (...). §1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

Assim, com base no princípio da autonomia da vontade, as partes poderão pactuar, previamente, a escolha pela mediação como forma de solução de eventuais conflitos negociais-empresariais.

A respeito da natureza da cláusula de mediação, Levy afirma: (...) é um contrato em sentido amplo, inominado, complexo, plurilateral, de forma livre e ainda autônoma, mesmo na sua modalidade cláusula de mediação ao constar como pacto adjeto ao contrato principal.⁷⁴

Portanto, observados os requisitos básicos para a validade de qualquer contrato (capacidade dos sujeitos e licitude do objeto), a cláusula de mediação é absolutamente válida para direcionar a forma de solução de eventual controvérsia entre os seus contratantes.

Nada obsta a existência concomitante de cláusulas de mediação e de arbitragem num mesmo contrato, até porque, quando a mediação não resolve a controvérsia, remanesce para partes a possibilidade de buscar o Judiciário ou valer-se da arbitragem.

⁷⁴ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.129.

De todo modo, o ideal é que a cláusula de mediação seja o mais específica possível e contemple, por exemplo, o procedimento que deverá ser observado, a indicação da Câmara de Mediação etc.

Também não há impedimento para a previsão de eventual sanção pelo descumprimento da cláusula, conforme se infere do artigo 22, inciso IV da Lei nº 13.140/2015, que estabelece: Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: IV – penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

A cláusula de mediação constitui, portanto, importante ferramenta contratual para que as empresas, de forma prévia, estabeleçam o modo de resolução de possíveis conflitos.

Sobre as vantagens da cláusula de mediação nos contratos de consumo, Eduardo Machado Dias ressalta:

A cláusula de mediação é um instrumento que, se adequadamente utilizado e massivamente adotado, tem o potencial de transformar a maneira como empresas e consumidores se comunicam no Brasil, e apresenta diversas vantagens para todos os envolvidos:

- i) a oportunidade para que os consumidores conheçam o procedimento da mediação e suas vantagens e características;
- ii) a oportunidade para que as empresas conversem com o consumidor, compreendam os seus interesses e se reaproximem;
- iii) a mudança de paradigma no relacionamento da empresa e do consumidor, que se sente valorizado e efetivamente ouvido;
- iv) a adoção de um mecanismo mais célere do que os tradicionalmente utilizados, como, por exemplo, o processo judicial e outros;
- v) os custos inferiores ao do processo judicial; v) a oportunidade de a empresa e o consumidor construírem juntos uma solução que atenda aos interesses de ambos, sem a imposição de um terceiro”⁷⁵

A adoção da cláusula de mediação nos contratos empresariais contribuirá significativamente com a redução das demandas submetidas ao Judiciário, aumentará a chance de resolução célere, eficiente e satisfatória dos conflitos, enfim, colaborará com a tão necessária mudança de paradigma.

⁷⁵ DIAS, Eduardo Machado. 1. **A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS DE ADESÃO EM RELAÇÕES DE CONSUMO**. Revista dos Tribunais. 2017. VOL.979 (MAIO 2017). Disponível em: <http://www.mediatum.com.br/posts/contratos-de-adesao-eduardo-machado-dias.pdf>. Acesso em 15.12.2017.

4.2 *Mediation Pledge* (Pacto de mediação)

O *Mediation Pledge* foi criado em 1984 pelo *International Institute for Conflict Prevention & Resolution*, instituto sem fins lucrativos cuja missão é desenvolver e fomentar ferramentas mais econômicas e eficazes de solução de disputas comerciais em negócios globais⁷⁶.

O desembargador Kazuo Watanabe e a doutora Fernanda Levy são os idealizadores da versão brasileira do *Mediation Pledge* – Pacto de Mediação – inicialmente lançado nos Estados Unidos e replicado no Brasil, nos Estados de São Paulo⁷⁷ e Rio de Janeiro e Paraná.⁷⁸

Trata-se de importante mecanismo de cooperação, por meio do qual os signatários do pacto se comprometem a desenvolver uma série de políticas, práticas e estratégias com a finalidade de aprimorar os meios e reduzir os custos e riscos da solução de seus conflitos.

O Pacto de Mediação, portanto, é uma excelente via para implementar o processo de mudança de cultura de litígio. Atualmente, empresas do mundo inteiro têm aderido ao Pacto de Mediação, assumindo o compromisso de implementar métodos mais adequados de gerenciamento e solução de controvérsias.

Os Pactos podem diferir em suas cláusulas, a depender da instituição que o criou, mas o intuito é sempre o mesmo, privilegiar o uso da mediação como forma primordial de resolução de conflitos.

No Brasil, diversas entidades, empresas e escritórios de advocacia têm aderido à Pactos de Mediação, assumindo o compromisso de privilegiar o uso do método alternativo de solução de controvérsia sempre que possível, restringindo a via judicial para casos de maior complexidade ou que não permitam a utilização da autocomposição.

Nesses casos, os signatários do Pacto de Mediação garantem maior possibilidade de preservação do relacionamento entre as partes, plausibilidade de um resultado positivo e satisfatório para todos, além da maior celeridade e do menor custo.

⁷⁶ Dados disponíveis em: http://www.cbma.com.br/pacto_de_mediacao

⁷⁷ Dados disponíveis em: http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2014/11/pacto_med_adam.pdf

⁷⁸ Dados disponíveis em: <http://www.arbitac.com.br/pacto-de-mediacao-no-estado-parana/>

Como exemplo de *Mediation Pledge* brasileiro, pode ser citado o pacto criado pelo Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem⁷⁹, uma associação civil criada pela Associação Comercial do Rio de Janeiro e a Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJ), por intermédio do qual as empresas signatárias reconhecem:

- A resolução de disputas por mecanismos consensuais, notadamente a negociação, a conciliação e a mediação, é uma prioridade de nossas empresas, instituições e organizações, a curto e longo prazo;
- Se comparados com a prática contenciosa de resolução de controvérsias, tais métodos oferecem vantagens, entre as quais se destacam a economia de dinheiro e de tempo, a redução de danos a relacionamentos importantes para os negócios e a minimização quanto às incertezas dos resultados;
- A adoção organizada e sistemática de melhores práticas e métodos adequados para o gerenciamento e resolução de disputas é a melhor maneira de atender aos nossos interesses e daqueles com quem nos relacionamos, nacional e globalmente;
- A constante inovação e o aprimoramento dos mecanismos de solução de disputas constituem aspirações de nossa sociedade;
- Métodos consensuais são formas de engajamento da sociedade civil na resolução de seus próprios conflitos e disputas e representam a quebra do paradigma da dependência do Estado para a pacificação social, proporcionando um exercício da cidadania e um exemplo de responsabilidade social; o uso desses métodos deve nortear a conduta de todo cidadão desde a mais tenra idade, motivo pelo qual deve ser ensinada e praticada em escolas e universidades

No estado do Paraná, a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC também lançou o Pacto de Mediação, assegurando às partes envolvidas a significativa redução dos custos, economia de tempo e, sobretudo, a manutenção de relacionamentos profissionais.⁸⁰

No estado de São Paulo, desde 2014 A Federação e o Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp e Ciesp)⁸¹ e entidades da sociedade civil assinaram Pacto de Mediação, cujo intuito é estimular instituições e empresas a adotarem resolução de disputas e processos de gestão alternativos.

Portanto, o Pacto de Mediação, somado aos demais instrumentos à disposição das empresas voltados à implementação da mediação como forma de solução de conflitos, tem relevante colaboração no processo de mudança de cultura, gestão e solução de disputas empresariais no Brasil.

⁷⁹ Dados disponíveis em: http://www.cbma.com.br/pacto_de_mediacao

⁸⁰ Dados disponíveis em: <http://www.arbitac.com.br/pacto-de-mediacao-e-lancado-em-curitiba-pela-arbitac/>

⁸¹ Dados disponíveis em: <http://www.fiesp.com.br/noticias/fiesp-ciesp-entidades-e-empresas-assinam-pacto-pela-mediacao/>

4.3 Mediação Judicial e Produção de Provas (*Discovery ou Disclosure*)

O sistema multiportas brasileiro, institucionalizado no Brasil por intermédio da Resolução nº 125/2010, foi inspirado no modelo norte-americano das ADRs – Alternative Dispute Resolution, que consiste num processo de resolução alternativa de litígios, não presidido nem julgado por um juiz togado, em que uma terceira parte neutra participa para auxiliar na resolução de questões controvertidas, através de procedimentos como a mediação, arbitragem, mini julgamento (*minitrial*), análise precoce e neutra (*early neutral evaluation*) entre outros.

Acontece que o procedimento processual brasileiro é bastante diverso do norte-americano, ou mais especificamente, do estadunidense.

No Brasil, a ação tem início por meio de uma petição inicial, que deve atender aos requisitos do artigo 319 do CPC, dentre eles indicar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. A inicial deve indicar todos os pedidos e ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Conforme inovação trazida pelo artigo 334 do CPC, 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.

A audiência de conciliação/mediação não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição, cumprindo ao réu manifestar seu desinteresse, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

Se ambas as partes manifestarem desinteresse, cumpre ao réu apresentar contestação, com todos os documentos destinados a provar suas alegações. Após, é oportunizada a réplica ao autor, e então o juízo decide antecipadamente a lide (artigo 357 do CPC) ou realiza o saneamento dos autos, após o que tem início a fase instrutória, seguida do julgamento, sujeito a recurso diversos.

De uma forma bem simplista e resumida, esse é o procedimento observado no processo civil brasileiro.

Embora exista a possibilidade de realizar a mediação e a conciliação a qualquer momento, na prática, segue-se a risca o procedimento previsto em lei, oportunizando-se o uso dos referidos institutos apenas no início do processo (audiência do artigo 334 do CPC), sendo que em considerável parte dos casos o próprio magistrado dispensa a designação de audiência para tal finalidade, sob justificativas das mais diversas, dentre elas a de que sua realização viola a razoável duração do processo; por sua inutilidade; por falta de pauta em razão da sobrecarga de processos etc.

Em que pese o esforço do legislador no intuito de incentivar a busca por meios alternativos de solução de conflitos, o que se assiste é a tentativa de reproduzir num país de terceiro mundo, com estrutura judicial precária, morosa e cara, impregnado pela cultura de litígio, o sistema vigente num dos países mais ricos, poderoso e desenvolvidos do planeta.

Portanto, para que a ideia funcione, não basta institucionalizar os meios alternativos, mas disseminar as vantagens da sua prática aos operadores do Direito e, também, dentro do possível, observar os modelos utilizados nos países de origem.

Nesse contexto, cumpre observar que o padrão do sistema judiciário norte-americano não permite o prosseguimento da controvérsia sem que as partes demonstrem, antes, a importância da questão, ou melhor, a existência de um conflito real, bem como a incapacidade de resolverem o caso sem a intervenção do Judiciário.

Somente após cabalmente demonstrada a real existência de um conflito, mediante produção antecipada de provas (*discovery*), é que o caso é submetido a julgamento.

Não há necessidade de uma petição inicial completa e instruída com todas as provas existentes, sob pena de preclusão, como ocorre no sistema brasileiro, porque após formulada a demanda tem início fase de ampla produção de provas, oportunidade em que será verificada efetivamente a plausibilidade do que é vindicado pelo autor.

O processo judicial norte americano é dividido, basicamente, em duas fases: pré-julgamento (pretrial) e após julgamento (trial). A primeira fase contempla o *discovery*, que é a revelação de provas e dados que possam colaborar com a

elucidação do caso, ou melhor, é a revelação feita por uma parte no processo, a pedido da outra, sobre fatos ou documentos relevantes para o litígio judicial.

Nessa fase, as partes têm o dever de apresentar as provas que lhes são requeridas e, com isso, fica notadamente reduzida a chance de surpreender o adversário ou o juízo no momento do julgamento, o que privilegia a devida paridade de armas, bem como reduz a possibilidade de decisões surpresas, já que as provas apresentadas direcionam o julgamento que a demanda receberá, caso não realizado acordo entre as partes.

Na fase do *discovery*, o advogado de uma das partes pode, caso lhe interesse, coletar as provas a serem utilizadas e tem acesso às provas eventualmente obtidas pela parte contrária e que podem ser utilizadas no processo. Esse procedimento pode se desdobrar em diversos atos processuais tais como a oitiva da parte contrária, o interrogatório de testemunhas e o acesso a documentos e cópias⁸²

Segundo Cambi e Pitta, o requerimento inicial na fase *pretrial* tem quatro funções: (a) *citação*; (b) *revelação dos fatos*; (c) *formulação da causa*; (d) *triagem para determinar o tamanho do litígio (aumentar ou reduzir – constrict or expand the flow)*.

Portanto, a depender do tamanho do litígio, mais ou menos detalhes serão necessários para possibilitar o julgamento da causa.

Nesse momento processual praticamente não há interferência do magistrado, apenas em situações excepcionais, a fim de coibir eventuais abusos. Na prática, são os advogados que realizam a maior parte dos procedimentos de produção de provas, acompanhados de um oficial de cartório que representa o juízo e confere oficialidade aos atos.

Com essa ampla produção de provas, em que as partes têm a possibilidade de mensurar, antes do julgamento, a real possibilidade de procedência de suas pretensões, parte dos conflitos sequer seguem para o *trial* e são resolvidos *por acordo, desistência, falta de solidez ou mesmo pela constatação de que os meios de prova não são suficientes para possibilitar um julgamento favorável*.⁸³

⁸² CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**. Revista de Processo. 2015. RePro vol. 245 (Julho 2015). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.245.16.PDF

⁸³ CAMBI, 2015, loc. cit.

Como se denota, a sistemática norte-americana permite a revelação das provas, informações, documentos e contatos de pessoas que podem colaborar na elucidação do caso.

As informações reveladas nessa fase não serão necessariamente utilizadas ou admitidas em julgamento, mas podem servir para identificar a necessidade de realização de outras provas ou mesmo para distinguir o que deve e o que não deve ser usado na fase de julgamento.

Em suma, por meio da *discovery* e antes que o magistrado profira qualquer decisão, busca-se efetiva produção de provas na busca pela verdade real. Nesse sentido:

A fase do Discovery prestigia a verdade dos fatos em detrimento da sagacidade ou da má-fé do advogado de uma das partes. Por exemplo, se a testemunha pretendia confundir o juízo, orientada pelo advogado, tal hipótese perde força probatória, caso seu depoimento em juízo contrarie o que ficou revelado na fase da Discovery. Assim, um caso que parecia promissor no momento anterior à Discovery pode perder ou ganhar maior credibilidade no ato de revelação das provas e meios potencialmente utilizáveis em julgamento⁸⁴

Na maior parte dos casos a *discovery* permite a definição prévia da extensão do conflito e da probabilidade de êxito do autor, o que favorece a realização de acordos antes do julgamento da ação ou, ao menos, permite um julgamento mais transparente.

Portanto, o procedimento norte-americano favorece a busca pelos meios alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação, vez que somente casos mais complexos são submetidos ao Judiciário.

Por outro lado, não se pode esquecer que, nos Estados Unidos, aproximadamente 95% das causas são compostas diretamente pelas partes antes da sentença final (VARANO, 2007, p. IX). Assim, em realidade, o movimento em direção às ADR significa uma tentativa de compelir as partes a uma mais precoce tentativa de resolução do litígio, tentando evitar que o acordo seja alcançado apenas "on the courthouse steps" (nas escadarias do tribunal), somente depois que elevadas somas já tenham sido gastas na fase do pretrial. Este elevado índice de extinção de processos por acordo alcançado pelas partes, antes da sentença, não se verifica em outros sistemas judiciários.

⁸⁴ CAMBI, 2015, loc. cit

Este contexto não pode ser desconsiderado em qualquer tentativa de imitar formas de ADR fora dos Estados Unidos.⁸⁵

Contudo, essa realidade não se repete no Brasil, o que faz surgir questionamentos sobre o futuro da mediação judicial que, apesar de institucionalizada, inclusive por meio de lei especial (Lei nº 13.140/2015), não encontra espaço na atual sistemática processual brasileira.

O intuito de desjudicializar incontestavelmente está presente na legislação brasileira, mas faltam elementos que permitam surgir o interesse genuíno no acordo. Na prática, nem as partes se incomodam com não designação de audiência de mediação, nem o juiz esforça-se para realizá-la.

Assim, a audiência do artigo 334 do CPC fica relegada ao campo da formalidade e, na maioria das vezes, não é realizada por expressa vontade das partes, já tomadas pelo ânimo de litigar.

Saliente-se que no modelo brasileiro também há a possibilidade de produção antecipada de provas nos casos em que o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação, ou ainda, quando a prova a ser produzida for suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, conforme prevê o artigo 381, II e III do CPC.

Trata-se de procedimento de atuação judiciário-administrativa, em que o juiz se limita a verificar a presença dos requisitos formais e determinar ou não a produção das provas perquiridas. Assim explica Cesar Felipe Cury:

O direito ao acesso a documentos e outras provas preliminar ao processo (art. 381, incs. II e III, do CPC/15) constitui uma abertura do processo civil contemporâneo a uma participação privada mais acentuada – nada a ver com a doutrina contratualista, da concepção privatística do processo – permitindo aos interessados, em atuação cooperativa com o juiz, melhores condições de avaliação do caso ao ensejo da adoção de meios de solução negociada direta ou assistida ou à renúncia ao exercício do direito de ação, sem embargo da possibilidade de gerenciamento (management) do processo futuro por meio de convenções processuais.(...)

Como destacado, a produção antecipada de provas (com finalidade específica - art. 381, incs. II e III) é uma técnica que permite o acesso (discovery ou disclosure) a elementos relevantes ao caso, permitindo às partes a melhor avaliação da demanda e tomada de posição, facultando a negociação – direta ou assistida - ou a heterocomposição (art. 381, inc. II),

⁸⁵ MACEDO, Elaine Harzheim. FACCHINI NETO, Eugênio. **FUGA DA JURISDIÇÃO? REFLEXÕES SOBRE A BUSCA DE ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO**. Quaestio Iuris vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016, p. 515.

ou ainda a opção pela não judicialização³² (art. 381, inc. III), além de ensejar a definição de convenções processuais⁸⁶

Portanto, no processo civil brasileiro há a possibilidade de descoberta antecipada de provas com a finalidade de as partes, previamente à judicialização do conflito, ter acesso a provas que possibilitarão a tomada de uma decisão mais segura no sentido de um acordo ou de não propositura da ação judicial.

Assim, as informações descobertas pela via do art. 381 do CPC/15 podem ser utilizados em sessões de autocomposição judiciária ou privada, evitando-se o ajuizamento de ação judicial.

A respeito da produção antecipada de prova como forma de viabilizar a autocomposição, oportuno mencionar o entendimento de Francisco De Mesquita Laux, registrado em sua dissertação de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da USP:

Não basta, todavia e como equivocadamente uma interpretação literal do disposto no inciso II do art. 381 poderia transparecer, que a parte simplesmente alegue interesse na autocomposição para buscar e obter qualquer prova. Mesmo reconhecendo a boa intenção do legislador, defende-se que a hipótese ora comentada precisa ser interpretada de maneira sistemática, levando em especial consideração o contido no *caput* do art. 382 do CPC de 2015, que prescreve que “na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

É inegável que a antecipação da prova, em determinadas situações, privilegia a construção de soluções autocompositivas que pacifiquem com justiça. Entende-se, todavia, que da referida afirmação não pode – e não deve – advir a constatação de que o direito à prova se descola, de modo absoluto, daquilo potencialmente perseguido mediante a propositura da eventual demanda voltada à declaração do direito. A hipótese é absolutamente deletéria e poderia gerar a prática do que se convencionou chamar *fishing expedition*, caracterizada pela intenção velada de uma das partes de, mediante a ameaça ou efetiva propositura de demanda infundada, ter a possibilidade de acesso a informações sigilosas e impertinentes ao deslinde do feito, em poder da contraparte.

Reconhecer a existência de um direito autônomo à prova não significa, portanto, afirmar que a tutela do direito à prova não deva guardar qualquer relação com a necessidade de demonstração de pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material eventual e potencialmente objeto de demanda voltada à declaração do direito. Requerer a antecipação da prova por interesse na autocomposição necessita da demonstração, na causa de pedir, da exata ligação entre a

⁸⁶ CURY, César Felipe. **Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro**. Revista FONAMEC - Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 94 - 110, maio 2017, p. 111.

prova que se pretende obter e o eventual conflito que se busca compor de maneira consensual⁸⁷

Acontece que, apesar das similitudes, acredita-se que referido instituto ainda está relativamente distante do modelo *discovery* (ou *disclosure*), vez que não constitui etapa obrigatória da fase pré-julgamento de uma ação. Embora as partes disponham desse procedimento, ele é totalmente judicializado, não obrigatório e sujeito ao preenchimento dos requisitos da petição inicial.

Contudo, para que a técnica obtenha os resultados atingidos no modelo copiado, mister que a fase de produção antecipada de provas torne-se obrigatória e, quiçá, tenha sua realização permitida extrajudicialmente, por meio da própria mediação.

Nesse sentido pode-se citar Yarshell, segundo o qual é desejável visualizar o ônus de pré-constituir prova – em juízo ou fora dele – com o escopo de evitar a instauração do processo cujo objeto seja a declaração do direito e, portanto, de evitar uma decisão estatal acerca da relação material controvertida.⁸⁸

Em suma, o modelo brasileiro de produção antecipada de provas ainda está distante do modelo norte americano, não apenas pelo modo como regulamentado, mas principalmente pela falta de conhecimento por parte dos operadores do Direito a respeito da eficiência do seu uso.

De todo modo, não há como negar que se trata de grande avanço, já que até a vigência do CPC/1973 a produção antecipada de provas se dava apenas como fase preparatória do processo principal, ou seja, não tinha por escopo a prevenção de demandas desnecessárias.

Mas falta ainda a mudança de mentalidade por parte dos operadores no sentido de conscientizar-se da possibilidade de resolução de demandas fora da esfera judicial.

Nesse sentido, entende-se possível a produção antecipada de provas por meio da mediação extrajudicial, caso em que a confidencialidade, que é regra nesse procedimento, impediria que as partes utilizassem as provas produzidas extrajudicialmente na esfera judicial.

⁸⁷ LAUX, Francisco de Mequita. **Autocomposição e Processo Societário**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) Universidade de São Paulo – Largo do São Francisco, São Paulo, 2016, p. 104.

⁸⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 72.

Nessas situações, acredita-se que, assim como na arbitragem, eventual e futura ação judicial deva tramitar em segredo de justiça, por analogia ao regramento processual civil aplicável à arbitragem. Confira-se:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: (...)
IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Há autores que defendem como requisito para a efetividade das mudanças trazidas pelo atual CPC, a necessidade de mudança do procedimento judicial, a fim de que o processo civil seja dividido em duas fases distintas, como ocorre no norte-americano. Nesse sentido:

Os resultados atingidos pelo procedimento pretrail nos EUA levam a crer que para se obter resultados mais eficientes no Brasil, seria necessário aperfeiçoar a legislação processual para subdividir o procedimento em duas fases: a de pré- julgamento e a de julgamento. Tal exercício permitiria ainda, reforçar a adoção pelas partes de princípios de boa-fé processual em sentido objetivo, para melhor conduzir o comportamento ético das partes e dos advogados no processo.
O fracionamento das fases e a revelação prévia de provas tem o potencial de empoderar os advogados e atribuir maior participação às partes, aproximando-as da realidade processual. Como consequência positiva, desonera o magistrado sem necessariamente deslocar o juízo do controle dos atos processuais.⁸⁹

O sistema processual brasileiro atravessa necessária fase de mudança, em especial o incentivo à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, para o que a produção antecipada de provas revela-se uma importante fase a ser observada, a exemplo da *discovery*, posto que, ao tempo em que o prévio conhecimento das provas pode evitar o ajuizamento de demandas infundadas e até mesmo incentivar/permitir a solução do conflito via mediação, por exemplo, não obsta eventual e necessário acesso à Justiça que, contudo, fica adstrito a casos de maior complexidade, não solucionáveis via mediação.

⁸⁹ PITTA, Rafael Gomiero. FACHIN, Jéssica Amanda. **AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTEAMERICANO.** Revista Cidadania e Acesso à Justiça -ISSN: 2526 – 026X | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 933 - 948 | Jan/Jun.2016, p. 965.

4.4 Participação dos Advogados na Mediação Empresarial

Diante do incentivo à utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, alguns representantes da classe dos advogados da área empresarial questionam a possibilidade redução da atuação judicial que, no Brasil, exige a participação de advogado, à exceção da reclamação trabalhista (artigo 791, “caput” da CLT), das ações de até vinte salários mínimos propostas no juizado especial (artigo 9º da Lei nº 9.099/1995), do requerimento de “habeas corpus” e de alguns procedimentos administrativos.

Acontece que, se por um lado a “desjudicialização” acarreta a diminuição de litígios, por outro não extermina os conflitos, que surgem naturalmente da convivência social, especialmente nas relações empresariais, logo, a atuação do advogado será deveras necessária para disseminar e implementar a mudança de cultura.

Seja para formular bons contratos, prevendo a utilização de um dos institutos tratados no capítulo anterior, seja para assessorar seus clientes durante os procedimentos extrajudiciais, a participação dos advogados é fundamental.

Por outro lado, a ideia rígida de que o advogado somente “ganhará dinheiro” se for para a Justiça perde força nos dias atuais, vez que a submissão de uma demanda ao Judiciário é arriscada e embasada na premissa do “perde-ganha” e raras vezes as partes, e o próprio advogado, contentam-se com a sentença judicial.

A consciência de que a advocacia preventiva reduz riscos e minimiza conflitos já faz parte das grandes empresas brasileiras, resta aos operadores do Direito a mudança de mentalidade quanto à vantajosa utilização dos meios alternativos.

Kazuo Watanabe já se manifestou sobre o assunto, especificamente no que diz respeito à mediação de conflitos:

Os advogados podem estabelecer honorários diferenciados para os casos de mediação, como os advogados americanos fazem. Nesses casos, eles vão ganhar menos, mas vão receber mais rápido. Falta um pouco da percepção de que a mediação interessa também ao advogado. E, em

relação a produtividade, a Resolução 125 já fala que as soluções amigáveis também devem contar para aferição do mérito do advogado⁹⁰

Ainda de acordo com Kazuo Watanabe, na Justiça americana menos de 5% dos conflitos vão para julgamento final, porque, no curso, 95% ou até mais são solucionados pelos mecanismos alternativos.

Enfim, a experiência nos países já adeptos da mediação e de outros institutos extrajudiciais, demonstra que, diferentemente do que se imagina, o uso dos meios alternativos fortalece a advocacia, criando inúmeras possibilidades de atuação do profissional do Direito, vez que a assessoria jurídica continuará sendo fundamental para as partes.

4.5 Vantagens da Mediação nos Conflitos Empresariais

O capitalismo globalizado e o desenvolvimento de novas tecnologias imprimiram ainda mais dinâmica às relações empresariais. Acontece que, por mais tolerante que uma empresa seja, não está imune aos conflitos, e o modo de administrá-los, prevenindo ou remediando-os, é fundamental para o seu desenvolvimento.

Um conflito interfere diretamente no funcionamento das organizações e, a depender do modo como for conduzido, será favorável ou não às atividades empresariais. Não raramente uma situação de conflito, conforme for dirimida, poderá representar oportunidade para transformações positivas.

Independentemente do tipo de conflito empresarial enfrentado, interno (intraempresarial), externo (interempresarial – entre empresas ou extraempresarial-entre empresa e ente não empresarial) ou misto, a mediação revela-se um importante e eficaz mecanismo alternativo.

Trata-se de um método não adversarial e voluntário, que pode ser utilizado em sede extrajudicial ou judicial, por meio do qual as partes de forma livre e autônoma, valem-se de um terceiro qualificado, imparcial, capacitado e facilitador do processo de comunicação e negociação, denominado de Mediador, para restabelecer o diálogo, permitir a criação cooperada de uma solução possível e preservar as relações continuadas.

⁹⁰ Entrevista disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-09/entrevista-kazuo-watanabe-advogado-desembargador-aposentado-tj-sp>

Além do mais, importante ressaltar que uma das principais finalidades de uma empresa é exercer atividade lucrativa. Ainda que especialistas desaconselhem ter o lucro como principal finalidade, por certo que é uma consequência naturalmente esperada e desejada da atividade empresarial.

E a forma de solução de conflitos empresariais tem reflexo incisivo nos custos de uma empresa, principalmente nos custos indiretos, isto é, aqueles relacionados a respostas inadequadas à situação de conflitos e aos custos de oportunidade, que representam a perda de oportunidades de negócios ou negociações malconduzidas.⁹¹

O encaminhamento que é dado à solução de um conflito pode agravá-lo e, nesse interim, comprometer os objetivos e o lucro da empresa. Comumente, a judicialização de um conflito empresarial ocasiona insegurança institucional, devido ao tempo de espera por uma decisão definitiva, além de demandar provisionamentos contábeis, gastos com custas processuais, honorários de advogados, entre outras despesas nem sempre estimáveis, como exemplo eventual multa por litigância de má-fé.

Enfim, além das chances de o problema ser agravado ou ser mal resolvido, o que por si só já é um prejuízo, a judicialização de um conflito empresarial pode aumentar ainda mais os prejuízos acumulados pela manutenção da situação de conflito num longo período de tempo.

Por sua vez, a mediação tem como requisitos, ou melhor, princípios, a celeridade e a informalidade, de modo que, mesmo com os custos da mediação (taxa de administração, honorários do mediador e outras despesas porventura incidentes), essas características representam economia de tempo, o que, no contexto empresarial está diretamente ligado à redução de custos e, por conseguinte, à lucratividade da empresa, já que as relações são dinâmicas e o tempo é primordial.

Segundo a mediadora Rebeqa Vieira, cerca de 85% das disputas que chegam à mesa de mediação são liquidadas com altos níveis de satisfação para as partes. A decisão por este método de resolução de conflitos permite que todos os

⁹¹ LEITE, Gisele. PEREIRA, Edvaldo Alvarenga. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56353/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em 15.01.2018.

envolvidos continuem suas relações comerciais eliminando incertezas ou ambiguidades que podem dificultar o sucesso das empresas.⁹²

Podem ser enumeradas as seguintes vantagens da mediação empresarial:

- 1 – O procedimento de mediação não contém recursos. Logo, o acordo produzido não está sujeito a via recursal e, conseqüentemente, torna-se imediatamente exequível, sendo que ainda remanesce para as partes a possibilidade do uso da arbitragem ou mesmo do processo judicial.
- 2 – Nem sempre a mediação resolve o conflito, mas restabelece o diálogo e permite a identificação dos pontos controvertidos.
- 3 – Por se tratar de um procedimento voluntário, não adversarial e com intensa cooperação das partes, as chances de preservação dos relacionamentos comerciais são consideravelmente aumentadas.
- 4 – Na mediação, cria-se ambiente para que as próprias partes retomem a gestão dos seus conflitos e, por meio de um processo construtivo cooperado, decidam por uma solução. Não há espaço para resultados inesperados, para decisões surpresas que não impliquem em resultados mútuos (artigo 165, §3º do CPC).
- 5 - A confidencialidade é princípio informador da mediação (CPC/2015, art. 166, §1º e Lei 13.140/2015, arts. 2º, VII; 14; 30 caput e §1º), característica que, numa relação empresarial pode ser muito significativa, vez que pode evitar, por exemplo, a exposição social de uma situação de crise e influenciar negativamente nas relações comerciais da empresa, além de minimizar riscos à imagem.
- 6 – O processo cooperativo da mediação, com enfoque nas reais situações problemas, permite aos envolvidos criar soluções diversas, mais adequadas à situação problema e identificar com maior plausibilidade os riscos envolvidos.
- 7 – Os exemplos de sucesso da mediação internacional, que em muitos países tem sido a principal via eleita para solução de

⁹² Entrevista disponível em: <http://www.folhamax.com.br/opinioao/mediacao-de-conflitos-empresariais/133790>.

controvérsias, especialmente devido ao alto grau de exequibilidade e efetividade dos acordos, confirma as vantagens de utilização desse método alternativo.

8 – A mediação permite a solução célere de disputas e, conseqüentemente, reduz os custos diretos e indiretos no processo de resolução de conflitos.

Conforme bem resumido por Diego Faleck, a mediação permite:

Drástica redução de custos; solução rápida das disputas, com economia de tempo; redução dos custos diretos e indiretos de resolução de conflitos; gasto reduzido de executivos e gerentes internos da Empresa; redução do desgaste de relacionamentos importantes para a Empresa; minimização de incertezas quanto aos resultados; mesmo quando a Mediação não gera um acordo imediatamente, sua utilização propicia vantagens para as partes, como:

- a) a melhor compreensão da disputa;
- b) o estreitamento de pontos que posteriormente serão submetidos à Arbitragem ou ao Poder Judiciário;
- c) plantar a “semente” do acordo, que talvez seja concretizado em momento futuro⁹³

Portanto, como consequência lógica, a mediação acarreta redução de custos e mais ainda, evita o provisionamento de recursos com vistas a suportar o pagamento de despesas com longos processos judiciais.

Na atualidade, grandes empresas investem em assessorias especializadas em cálculos de provisão de despesas com valores prováveis de condenação em demandas judiciais, como forma de gestão financeira. Quanto maior a quantidade de processos judiciais envolvendo determinada empresa, maiores os provisionamentos de recursos financeiros para tal finalidade (garantias de depósitos judiciais, penhoras etc).

Logo, o aumento de demandas judiciais envolvendo determinada empresa pode acarretar provisionamento de valores significativos para perdas com ações judiciais. Recursos esses que poderiam ser destinados ao desenvolvimento de tecnologias, infraestrutura, capital de giro, aquisição de mão-de-obra especializada, enfim, valores que poderiam ser utilizados com vistas ao melhorar a atuação e, conseqüentemente, a lucratividade da empresa.

⁹³ FALECK, Diego. **Mediação Empresarial: Introdução E Aspectos Práticos**. Revista de Arbitragem e Mediação da RT (RArb, ano 11, volume 42, julho-setembro – 2014, pp. 263/278), p. 265.

Acontece que a realidade brasileira sequer permite a provisão de recursos pela maior parte das empresas que, em sua maioria, atuam quase sempre no limite de sua capacidade econômico financeira, situação em que, um conflito mal gerido tem grandes chances de acarretar a quebra.

Tanto é que o número de empresas em recuperação judicial tem crescido consideravelmente, revelando que parte das empresas não tem estrutura nem condições para enfrentamento de situações de crise, e buscam no procedimento de recuperação judicial um último recurso para evitar a falência.

Também para empresas que sequer têm capacidade para provisionamento de despesas judiciais, a mediação promete ser uma vantajosa forma de solução de conflitos.

Outra grande vantagem apontada para o uso da mediação no contexto empresarial tem a ver com o princípio da confidencialidade, cuja principal função é resguardar os seus participantes, impedindo que as informações prestadas na mediação possam ser utilizadas em seu desfavor em eventual processo judicial, especialmente nos casos em que o procedimento de mediação não obter acordo.

O princípio da confidencialidade tem expressa previsão legal⁹⁴ e aplica-se não apenas às partes, mas também ao mediador e membros da equipe de mediação, prepostos, advogados, enfim, a todos que participem do procedimento, e as informações só poderão ser fornecidas se houver expressa autorização das partes.⁹⁵

⁹⁴ Lei nº 13.105/2015: Art. 166. 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.

§ 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

⁹⁵ 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 mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Há apenas três exceções para a regra da confidencialidade: 1ª) nos casos em que a lei exija sua divulgação ou ela seja necessária para o cumprimento de acordo (art. 30, *caput*, da Lei nº 13.140/2015); 2ª) quando esteja relacionada com a ocorrência de crime de ação pública (art. 30, §3º., da Lei n. 13.140/2015; 3ª) quando as informações interessarem à administração tributária, apenas com o objetivo do adequado exercício da fiscalização tributária, mas o sigilo passa a abranger também os respectivos servidores.

Como consequência, o mediador não será obrigado a depor de fatos que envolvam o exercício de sua atividade, a teor do que dispõe os artigos 448, II, do CPC, 229, inciso I do Código Civil e 207 do Código de Processo Penal.

Aliás, a divulgação de informações confidenciais pelo mediador é crime (art. 154 do Código Penal), além de sujeitar o violador à eventual responsabilização na esfera civil.

A confidencialidade da mediação está diretamente ligada à relação de confiança que as partes devem nutrir pelo mediador, a fim de sentirem-se seguras para expressarem-se livremente, sem temer que eventuais informações confidenciais, mas relevantes para o desfecho do procedimento, possam ser utilizadas em eventual processo judicial ou arbitragem, caso não seja alcançada a composição.

A mediação empresarial sem a garantia da confidencialidade não tem a mesma eficiência, isso porque a informação é valiosa moeda de troca nas negociações e, uma vez assegurada a confidencialidade, a comunicação é muito mais facilitada, flui com maior naturalidade e permite ao mediador a obtenção de dados determinantes para a compreensão do conflito.

Por outro lado, a mediação descoberta da confidencialidade engessa a comunicação, impede que dados relevantes sejam informados devido ao temor dos

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrangida pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no *caput* prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

envolvidos de que as informações prestadas possam ser, por exemplo, levadas ao conhecimento do juiz na eventualidade de futura ação judicial.

Portanto, a confidencialidade, embora não obrigatória, já que as partes podem dela dispor, é recomendável, com vistas a permitir que o mediador, por meio de técnicas apropriadas, oriente as partes, primeiro, na identificação dos pontos focais e, depois, na construção de uma solução, garantindo desse modo um bom funcionamento do processo de mediação.

Conforme esclarece Gustavo Trancho de Azevedo, trata-se de uma escolha, o mediador e as partes podem preferir:

- a) um processo de mediação com um instrumental mais completo e com maiores chances de otimizar a negociação (em função do acesso facilitado a informações) - com promessa de confidencialidade.
- b) um processo de mediação com uma certa dificuldade na obtenção de dados, o que não o impede de ser eficiente, dependendo do caso concreto (assim como a confidencialidade não implica necessariamente um processo com um acordo ao final) - sem promessa alguma de confidencialidade. Proteção do processo. As partes, ao participar do processo de mediação, têm incentivo para fazê-lo com empenho por duas razões: se ambas empregam sincero esforço na negociação há chance real de se alcançar um acordo que venha a beneficiá-las; se alguma das partes não leva a sério o processo, nada ganha, fazendo com que todas as partes envolvidas percam tempo⁹⁶

Pelo princípio da confidencialidade as informações constantes nas comunicações realizadas na autocomposição não poderão ser ventiladas fora da mediação nem poderão ventiladas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais, o que pode ser visto como vantajoso em se tratando de conflitos empresariais.

Por quaisquer ângulos que se analise, a mediação se mostra benéfica, podendo inclusive ser utilizada como instrumento de segurança e estabilização das relações empresariais, de preferência, preventivamente, por meio das cláusulas contratuais de mediação ou adesão à Pactos de Mediação, mas também como forma de solução extrajudicial ou mesmo judicial.

De todo modo, como qualquer instituto jurídico, a mediação não está incólume às críticas que, em sua maioria, não dizem respeito ao instituto

⁹⁶ AZEVEDO, Gustavo Trancho. **Confidencialidade na Mediação**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em 17.12.2017.

propriamente dito, mas à aplicabilidade desse método de solução de conflito num país que principia a transição da cultura de litígio para a cultura de pacificação.

Considerando a enorme quantidade de casos que são judicializados e partindo-se da premissa que todos envolvem reais conflitos de interesses, o pequeno número de câmaras de mediação pode representar uma desvantagem e obstar a escolha por referido método alternativo.

As câmaras de mediação, em geral, estão concentradas nos grandes centros econômicos e nas capitais do país. Conforme dados disponibilizados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2017 havia pouco mais de setenta câmaras privadas credenciadas naquele tribunal⁹⁷, nos moldes estabelecidos pelo artigo 167 do CPC⁹⁸.

Considerando que nesse mesmo Estado existem mais de trezentas Comarcas Judiciais, a quantidade de câmaras de mediação registradas é ainda muito aquém do necessário, o que desfavorece o uso da mediação.

A escassez de mediadores experientes e amplamente capacitados, inclusive especializados em mediação privada empresarial, também pode ser citada como uma desvantagem para o uso desse método.

Além disso, por se tratar de instituto recentemente institucionalizado pela Lei nº 13.140/2015 e pelo atual CPC, pode-se dizer que o desconhecimento em relação ao procedimento, custos e acesso, principalmente por parte dos próprios operadores do Direito, prejudica a escolha da mediação como meio de solução de conflitos.

Indubitavelmente, a falta de divulgação sobre o funcionamento da mediação e, principalmente, sobre suas vantagens comparativamente a um processo judicial, gera forte resistência à sua utilização.

Na prática, nota-se verdadeira confusão entre conciliação e mediação pelos próprios aplicadores do Direito, até mesmo porque o CPC faz diversas referências a ambos os institutos conjuntamente.

⁹⁷ Dados disponíveis em: <http://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/Nucleo/CamarasPrivadas>.

⁹⁸ Lei nº 13.105/2015. Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

A institucionalização da mediação pelo CPC, assim como a possibilidade de sua realização via digital⁹⁹, são alvo de críticas por retirar desse método alternativo suas características principais: voluntariedade, confidencialidade e cooperação entre os envolvidos.

A obrigatoriedade da audiência da mediação, trazida pelo artigo 334 do CPC, segundo o qual a audiência de conciliação ou mediação só não será realizada se ambas as partes expressamente declinarem do interesse, retira do instituto a voluntariedade.

A mediação é, em sua essência, um mecanismo extrajudicial para resolver conflitos, logo, deve ser buscada de forma espontânea pelos envolvidos, e não imposta pelo legislador.

A mediação endoprocessual, tal como prevista no atual CPC, retira do instituto as características da voluntariedade, o que contribui para aumentar a resistência ao seu uso, além de distanciar o instituto do modelo original da mediação consagrado pelo sistema norte-americano como um dos ADRs – *Alternative Dispute Resolutions*, comprometendo sua eficiência na prática.

Embora a mediação brasileira seja inspirada na norte-americana, necessário considerar que referido instituto teve origem em países com forte tendência antiprocessualista, em que a atuação pré-processual é bastante incentivada, motivo pelo qual a institucionalização da mediação como procedimento judicial obrigatório é objeto de críticas. Confira-se:

Sendo assim, para que a mediação exerça seu efetivo papel na sociedade brasileira, necessário será não destinar à mediação o mesmo procedimento dado à conciliação. Em outras palavras, a mediação não deve ser empurrada aos litigantes, esta deve ser querida por eles.

Deve-se valorizar e implementar a mediação extraprocessual e privada, bem como, alterar a visão institucional do Poder Judiciário que ao invés de retirar, inclui mais atividade à jurisdição.

Pelo Projeto do novo Código de Processo Civil, mesmo com a regulamentação endoprocessual dos meios alternativos de resolução de conflitos, o processo continua a empanturrar os tribunais, só que agora em mesas diferentes, as mesas dos mais novos serventúrios, os mediadores¹⁰⁰

⁹⁹ Lei nº 13.140/2015. Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.

¹⁰⁰ GARCIA, Cláudia Moreira Hehr. VERDAN, Tauã Lima. **A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CRÍTICAS A EFETIVAÇÃO DO INSTITUTO DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS, A PARTIR DE UMA ANÁLISE CONSTRUTIVA DAS TRADIÇÕES CIVIL LAW E COMMON LAW.** BERNARDINO DE PINHO, Humberto Dalla. et al. Mediação judicial e garantias constitucionais. Niterói : PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013, p.18.

Igualmente, a mediação realizada por meio de uma plataforma digital não traduz a mediação genuína, especialmente por não permitir a interação pessoal entre os envolvidos, a fim de restabelecer o diálogo, além de ter a confidencialidade prejudicada. Nesse sentido:

Como resultado, verificou-se que a mediação digital não contempla a ação comunicativa e, tampouco acompanha o entendimento explorado para permear a mediação, uma vez que o diálogo através dos monitores pode enfraquecer o falante/ouvinte, bem como retira a isonomia entre as partes, assim como a condução do mediador. Da forma como foi ofertada no sítio do Conselho Nacional de Justiça, entende-se que por atender as relações de consumo, de seguro e execuções extraprocessuais a plataforma deveria ser renomeada para “Conciliação Digital”, onde se admite a negociação, com intervenção do Conciliador, em momentos de propostas negociais não simultânea¹⁰¹

Como se denota, não se trata efetivamente de críticas ao instituto da mediação em si, mas mais de resistência ao seu uso, notadamente motivada pela falta de conhecimento sobre o seu funcionamento e benefícios aos envolvidos.

Nesse sentido discorre Luiz Flávio Gomes e outra:

Por desconhecerem o procedimento na prática, dado que a lei que o regulamenta é relativamente recente (2015). Por inércia em alterar sua forma de atuação. Por desconfiança quanto a sua efetividade. Por preocupação de alguns advogados de que o método possa reduzir seu retorno financeiro ou minimizar sua atuação. Por uma cultura beligerante da sociedade em geral.¹⁰²

Referidos autores complementam:

À parte dos benefícios de pacificação social, por resolver de fato o conflito e não apenas encerrá-lo por uma resolução impositiva de um terceiro, a mediação privada alcança também outras metas objetivas das empresas, tais como: melhores resultados financeiros ao evitar custos diretos e indiretos de processos longos e caros; menos custos, em muitos casos, se comparados aos modelos tradicionais de solução de conflitos (há câmaras privadas de mediação, como é o nosso caso, que não têm custas iniciais para o procedimento e os valores só são devidos ao final, concomitantemente à assinatura de eventual acordo); melhora de imagem junto aos consumidores e ao mercado ao diminuir o número de processos formais nos quais está envolvida.

¹⁰¹ KLEIN, Angelica Denise. SPENGLER, Fabiana Marion. **MEDIAÇÃO DIGITAL: UM DISCUSSÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO DIÁLOGO INTERPESSOAL ENTRE OS MONITORES, A PARTIR DA DEMOCRACIA LIBERAL.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/x741469v/2PAa0wyY5w82LCke.pdf>. Acesso em: 15.01.2018.

¹⁰² GOMES, Luiz Flávio. BIAZZI, Nathalie. **Eficácia da mediação privada em conflitos empresariais.** Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/16301>. Acesso em 17.12.2017.

A celeridade, o sigilo, a previsibilidade das soluções e a independência das partes também são benefícios relevantes do procedimento¹⁰³

A despeito das possíveis desvantagens, conclui-se que a mediação consiste num promissor método de solução de conflitos empresariais, pois, como visto, corresponde adequadamente à dinâmica empresarial, na medida em que tem como principais características a celeridade¹⁰⁴, confidencialidade, cooperação entre os envolvidos, custos reduzidos e possibilidade de preservação de relacionamentos que precisam ser mantidos por força de contrato ou mesmo por interesses comerciais.

Ademais, o conflito empresarial sujeito à mediação tem grandes chances de obter uma solução exitosa. Isso porque, o conflito submetido ao mediador, terceiro imparcial com experiência no âmbito empresarial, devidamente capacitado conforme exige a lei, num ambiente propício e no tempo hábil para implementar técnicas adequadas com vistas a estimular a fluência das ideias e argumentos pelos envolvidos, pode ser mais facilmente desconstituído por meio de soluções sustentáveis criadas pelos próprios protagonistas, que por um processo judicial moroso, caro e ineficiente.

O fato de a decisão de um conflito sujeito à mediação ser construída pelas partes, com o auxílio do mediador, e não imposta por um magistrado, sem tempo e condições suficientes para análise pormenorizada do caso, representa, talvez, a maior vantagem do instituto.

Além do que, a informalidade do procedimento não lhe retira a legitimidade nem a eficiência, vez que os acordos firmados por meio da mediação têm validade de título executivo extrajudicial e podem, a critério das partes, ser levados à arbitragem ou mesmo à homologação judicial, se necessário.

Em suma, acredita-se que a mediação representa importante alternativa para solução de conflitos empresariais, mediante uso de prática colaborativas que permitam, não apenas a construção customizada de uma solução, mas principalmente, a pacificação dos envolvidos.

¹⁰³ GOMES, Luiz Flávio. BIAZZI, Nathalie. **Eficácia da mediação privada em conflitos empresariais**. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/16301>. Acesso em 17.12.2017.

¹⁰⁴ Lei nº 13.140/2005 - Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

5 ESTUDO DE CASOS

O Brasil tem exemplos claros dos benefícios do uso da mediação e dos métodos consensuais na resolução de disputas na área empresarial.

Para tanto, será apresentado breve relato de alguns casos de sucesso no uso de técnicas embasadas na mediação para solução de conflitos empresariais.

5.1 Programa de Indenização às Vítimas de Acidentes Aéreos TAM JJ 3054 e Airfrance 4447

Acidentes aéreos que envolvem um grande número de vítimas têm o enorme potencial de gerar diversos conflitos provenientes de um mesmo fato e, por conseguinte, impedir o desenvolvimento das atividades da empresa, podendo acarretar, inclusive, a sua quebra.

Ocorre que no Brasil, diante de um acidente emblemático, que registrou 199 vítimas, desenhou-se um sistema embasado na mediação, a fim de customizar individualmente a solução de cada conflito, fora da esfera judicial. O método foi utilizado pela primeira vez no acidente do voo TAM JJ 3054, ocorrido em 2007, em São Paulo.

Para tanto, foi criada uma Câmara de Indenização para, em conjunto com a Defensoria Pública, Ministério Público e Fundação Procon, todos do Estado de São Paulo, e pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria de Direito Econômico, vinculado ao Ministério da Justiça, atender os beneficiários das vítimas do acidente.

Segundo dados divulgados, em menos de 2 anos, 92% das indenizações referentes ao caso foram pagas. Resultou em alto grau de satisfação para os envolvidos no procedimento, que foi amplamente baseado em mediação.¹⁰⁵

Embora não utilizada apenas a técnica da mediação, o resultado representou uma importante mudança de paradigma, tanto que foi replicado no acidente da Air France em 2009. Nesse sentido, concluiu a autora de um trabalho específico sobre o Programa de Indenização do Voo 4447 da Air France:

O Programa iniciou suas atividades em 10 de dezembro de 2009 e as encerrou oficialmente no dia 6 de outubro de 2011, após o trâmite final

¹⁰⁵ Dados disponíveis em: <https://www.conjur.com.br/dl/pacto-mediacao.pdf>

(pagamento) do último requerimento. Ao todo, em 1 ano e 10 meses de funcionamento, o PI 447 promoveu a indenização de cerca de 80 beneficiários de 19 vítimas do acidente (número equivalente a precisos 1/3 das vítimas brasileiras ou estrangeiras residentes no Brasil), em uma média de 3 a 4 meses contados do ingresso no Programa até o efetivo recebimento da indenização. O índice de acordos realizados no âmbito do PI foi de precisamente 98,8%, tendo apenas um familiar declinado do Programa.

Se considerarmos os desafios enfrentados, tais como:

(i) evento de grande comoção coletiva; (ii) assédio de advogados brasileiros e estrangeiros, que rapidamente promoveram ações judiciais; (iii) o tempo levado para instauração do Programa em virtude da natural falta de familiaridade das partes com a proposta, bem como a necessidade de construção dos parâmetros e critérios comuns; e (iv) a quebra de paradigma que uma iniciativa como essa representa em nossa cultura, pode-se considerar que tratou-se de um programa muito bem-sucedido¹⁰⁶

De fato, os programas citados acima, em que a mediação foi utilizada por meio de sistemas especialmente criados para aquelas situações-problema, o resultado foi surpreendente e demonstrou a grande utilidade da mediação como técnica de solução não adversarial de conflitos empresariais.

Nessas situações, ao tempo em que a mediação ameniza a tensão que é natural diante de um conflito de interesses, especialmente nesses casos de vítimas fatais, aos poucos, por meio de várias reuniões e encontros, permite a construção de diálogos e criação de resultados que atendam os interesses mútuos.

Apesar de muito mais célere que um processo judicial, na mediação as partes têm a nítida e verdadeira sensação de que o tempo que lhes foi dedicado foi suficiente para que todas as suas questões fossem ouvidas no tempo necessário e efetivo das próprias pessoas envolvidas e não no tempo, sempre breve, que o juiz aloca àquela causa e sua consequente decisão.¹⁰⁷

¹⁰⁶ ARAÚJO, Nádya de. Furst, Olívia. **UM EXEMPLO BRASILEIRO DO USO DA MEDIAÇÃO EM EVENTOS DE GRANDE IMPACTO: O PROGRAMA DE INDENIZAÇÃO DO VOO 4471**. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/UM-EXEMPLO-BRASILEIRO-DO-USO-DA-MEDIA%C3%87%C3%83O-EM-EVENTOS-DE-GRANDE-IMPACTO-O-PROGRAMA-DE-INDENIZA%C3%87%C3%83O-DO-VOO-447.pdf>. Acesso em 10.12.2017.

¹⁰⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 01.

5.2 Cláusula de Mediação em Recuperação Judicial

Nos últimos anos, dados do Serasa indicam que em 2016 foram requeridos 1.863 pedidos de recuperações judiciais, 44,8% a mais do que o registrado em 2015¹⁰⁸.

Trata-se de um reflexo da crise econômica pela qual o país tem atravessado nos últimos anos, e que colabora com o aumento da litigiosidade e morosidade do Judiciário.

Nesse contexto, sob a premissa de que o tempo dos negócios não guarda relação com o tempo de um processo judicial, alguns juízes, atentos à dinâmica exigida pelas relações negociais-empresariais, têm permitido o uso da mediação em recuperação judicial. Trata-se de um modelo de gestão que promete bons e eficientes resultados.

Via de regra, uma recuperação judicial envolve muitos interessados (credores, fornecedores, etc), logo, a possibilidade de resolução dos conflitos via mediação, permitindo que as próprias partes criem soluções satisfatórias, traz consequências benéficas para todos os envolvidos.

Nesse sentido está o Enunciado nº 92 da I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios foi realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF): 92 - A mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais.¹⁰⁹

Na recuperação judicial da empresa LBR – Lácteos Brasil, que tramita na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, o juiz Daniel Carnio Costa implantou um método baseado na mediação, por meio de audiências em que todas as partes cooperam na definição dos passos da recuperação judicial, reduzindo o número de petições e despachos.¹¹⁰

A iniciativa tem permitido a desburocratização do processo e a eficiência nos trâmites, o que satisfaz todos os envolvidos.

¹⁰⁸Dados disponíveis em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/blog/2017/01/03/recuperacoes-judiciais-batem-recorde-historico-em-2016-revela-serasa-experian/>

¹⁰⁹Dados disponíveis em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6106/I+Jornada+Preven%C3%A7%C3%A3o+e+Solu%C3%A7%C3%A3o+Extrajudicial+de+Lit%C3%ADgios+aprova+85+enunciados%22>

¹¹⁰ <http://www.tmabrazil.org/en/materias/noticias-na-midia/magistrado-inova-em-recuperacao-judicial>

Outro caso de recuperação judicial em que a mediação foi indicada como forma de transpor as dificuldades negociais envolvendo a negociação com aproximadamente 60 mil credores, é o da empresa de telefonia Oi S.A., conhecida como o maior pedido de recuperação judicial da história, com dívidas na cifra de R\$ 65 milhões a serem negociadas.

A recuperação tramita no Juízo da 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que, atendendo ao pedido da própria recuperanda, com fundamento no princípio da *par contiduo creditorum*, ou seja, na igualdade de tratamento entre o credores, deferiu o uso da mediação para todos os credores.

Nesse caso, a mediação objetivou que credores menores pudessem receber adiantamento de seus créditos. O programa de acordo extrajudicial prevê que credores com débitos inferiores a R\$ 50 mil recebam antecipadamente 90% do valor. Os 10% restantes seriam pagos após a homologação do plano de recuperação judicial.

Aqueles que têm dívidas superiores a R\$ 50 mil também podem se inscrever para receber um adiantamento dessa quantia e o restante dentro do plano. Em qualquer caso, a antecipação não implicaria em perda de direitos sobre outros valores nem de voto ou representação na Assembleia Geral dos Credores.

Para tanto, foram abertos centros de atendimento em todas as capitais do país, bem como possibilitado o cadastramento dos credores por meio do site da empresa (www.credor.oi.com.br).

Ainda que o modelo de acordo extrajudicial não tenha todos os contornos de uma mediação, porque já estão previamente definidos os valores dos créditos e as demais condições, ou seja, não há um processo de construção conjunta do resultado, de todo modo, necessário reconhecer um grande avanço no sentido de que o conflito outrora totalmente judicializado, recebe a possibilidade de ser resolvido fora do Judiciário, de forma mais célere, econômica e menos burocrática.

Por fim, conclui-se que o uso da mediação é plenamente compatível como o procedimento de recuperação judicial, ambos os institutos são regulamentados por leis especiais com finalidade social: uma a autocomposição de conflitos por via não adversarial, a outra a superação dos estados de crise e consequente manutenção da fonte produtora de riquezas.

Portanto, o uso da mediação na recuperação judicial atende as duas finalidades sociais, na medida em que proporciona celeridade, economia e maior satisfação dos envolvidos na solução dos conflitos, por conseguinte, colabora não apenas com a obtenção da pacificação social, mas também com a superação da crise econômica empresarial.

6 CONCLUSÃO

Diante da evolução e desenvolvimento das relações sociais e empresariais e conseqüentemente aumento das demandas submetidas para solução judicial, o Poder Judiciário brasileiro tem se revelado ineficiente, moroso e caro.

Especialmente desde a Constituição Federal de 1988, que garantiu a todos os cidadãos o acesso à justiça, a cultura que se implementou no país foi a de litígio, isto é, de que o Judiciário é institucionalmente o principal veículo para solução de conflitos de toda a ordem: civil, empresarial, criminal, social etc.

Contudo, diante desse panorama de crise insuperável, passou-se a observar outras formas de resolução de conflitos como uma alternativa que, além de contribuir para desafogar o Judiciário, pode representar uma forma mais efetiva de solucionar conflitos.

Sob essa tônica é que entrou em vigor o atual Código de Processo Civil. As inovações trazidas pelo novo código não se restringem a tornar o processo judicial mais dinâmico e eficiente, mas também a incentivar a utilização de mecanismos extrajudiciais para solução de conflitos: conciliação, mediação e arbitragem.

Nesse mesmo sentido foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, que regulamentou a mediação do Brasil, estabelecendo o seu procedimento.

Acontece que a prática demonstra que previsão normativa e o incentivo legislativo à utilização dos institutos, por si só, não são suficientes à expansão da cultura de pacificação que eles pregam.

Antes de tudo, necessária a mudança de mentalidade dos operadores do Direito, para o que, a obrigatoriedade do ensino jurídico das matérias relativas aos MARC's é indiscutível.

De todo modo, aos poucos, a difusão das vantagens que a mediação tem sobre um processo judicial ganha coro. Paulatinamente, advogados, juízes, empresários e civis percebem a necessidade de mudar o paradigma e passam a eleger os meios alternativos de conflitos como prioritários, entendendo que o processo judicial deve ficar adstrito à questão que efetivamente não comporte uma solução consensual.

No meio empresarial o uso da mediação tem tido grandes avanços, e para isso conta com alguns mecanismos, tais como a inserção da cláusula arbitral

nos contratos, a assinatura por parte das empresas de Pacto de Mediação, a adoção de Sistemas de Manejos de Conflitos empresariais e, até mesmo, a cláusula e mediação em recuperações judiciais.

A rapidez na solução do conflito, a economia e a acessibilidade são consideradas algumas das principais vantagens na mediação empresarial, além do que, permite a busca por respostas pontuais, o restabelecimento do diálogo e a criação de soluções adequadas ao conflito.

Na mediação as partes assumem a responsabilidade de lidar com o problema, comprometem-se a tentar o diálogo, são estimuladas a criar soluções, empenham-se no cumprimento do acordo e, por conseguinte, têm a sensação de satisfação com o resultado obtido, porque decorrente de um esforço mútuo, o que permite a preservação das relações de maneira justa e integradora.

Portanto, desde que o método seja utilizado não como uma solução para a crise que do Poder Judiciário, mas como um mecanismo alternativo para solução de conflitos, cuja eficiência tem sido demonstrada por meio de experiências concretas e profícuas, acredita-se no êxito da transição para a cultura de pacificação.

Para tanto, a mediação não deve ser buscada com vistas à redução da quantidade de litígios, que é, na verdade, uma consequência natural do bom uso do instituto, a exemplo do que ocorre no direito processual norte-americano, em que a produção antecipada de provas (*Discovery ou disclosure*) permite às partes anteverem a baixa probabilidade de êxito de uma ação judicial e decidirem pela desistência ou, quando possível, pelo fim do conflito via acordo em sede de mediação.

A redução da litigiosidade é uma das vantagens da mediação, isso porque o principal benefício trazido pelo instituto diz respeito a real possibilidade de gerenciamento do conflito pelos próprios envolvidos, permitindo soluções de qualidade e eficácia, com alto grau de exequibilidade.

Especialmente no contexto da complexidade empresarial, a mediação pode representar a transformação de conflitos que interferem no desempenho e lucratividade das empresas, em oportunidade de manutenção das relações empresariais, e até mesmo satisfação de interesses subjacentes à atividade comercial.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. PANTOJA, Fernanda Medina. **Técnicas e Procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil. A Mediação no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAÚJO, Nádia de. Furst, Olívia. **UM EXEMPLO BRASILEIRO DO USO DA MEDIAÇÃO EM EVENTOS DE GRANDE IMPACTO: O PROGRAMA DE INDENIZAÇÃO DO VOO 4471**. Disponível em: <http://nadiadearaujo.com/wp-content/uploads/2015/03/UM-EXEMPLO-BRASILEIRO-DO-USO-DA-MEDIA%C3%87%C3%83O-EM-EVENTOS-DE-GRANDE-IMPACTO-O-PROGRAMA-DE-INDENIZA%C3%87%C3%83O-DO-VOO-447.pdf>. Acesso em 10.12.2017.

AZEVEDO, Gustavo Trancho. **Confidencialidade na Mediação**. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/confidencialidade-na-mediacao>. Acesso em 17.12.2017.

BARBOSA, Águida Arruda. **Composição da historiografia da mediação: instrumento para o Direito de família contemporâneo**. Revista Direitos Culturais, v. 2, n.3, dez. 2007

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BONALDO, Frederico. **A relevância da arbitragem na Baixa Idade Média**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37524/a-relevancia-da-arbitragem-na-baixa-idade-media>. Acesso em 07.01.2018. Acesso em: 07.01.2018.

BOTELHO, Inaiá Nogueira Queiroz. **Mediação Empresarial é um novo caminho para solucionar conflitos e evitar litígios judiciais**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mediacao-empresarial-e-um-novo-caminho-para-solucionar-conflitos-e-evitar-litigios-judiciais/>. Acesso em 19.09.2017.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8627. Acesso em 15.01.2018.

_____. **Aspectos relevantes sobre mediação de conflitos**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 15, p.85 e ss, out. 2007

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007

BRASIL. **Código de Processo Civil**. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html>. Acesso em 12 Janeiro de 2018.

_____. **Constituição Federal da República federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2018.

_____. Lei n 13.140/2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13140.htm>. Acesso em 12 de Janeiro de 2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia Mércio. CARELLO, Clarissa Pereira. **O DIREITO CHINÊS E A MEDIAÇÃO: COMO O BRASIL CHEGARÁ LÁ?** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0/xz7ULeo67ReK7nbP.pdf>. Acesso em 19.12.2017.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. **Mediação no curso de Direito estimulará mudanças**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-dez-12/mediacao-cursos-direito-estimulara-mudanca-cultura-litigio>. Acesso em 20.12.2017.

CAMBI, Eduardo. PITTA, Rafael Gomiero. **Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira**. Revista de Processo. 2015. RePro vol. 245 (Julho 2015).

CARVALHO, Marisa Targiano Schueler de. **Fundamentação bíblica do estudo dos princípios da mediação de conflitos**. http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/ctch/teo/marisa.pdf

CERQUEIRA, Tarsis Silva de. **Acesso à Justiça. Novíssima Reflexão**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/35-artigos-mai-2010/5805-acesso-a-justica-novissima-reflexao>. Acesso em 11.12.2017.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

CURY, César Felipe. **Produção Antecipada de Prova e o Disclosure no Direito Brasileiro**. Revista FONAMEC - Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 94 - 110, maio 2017.

DANTAS, Rodrigo Costa. DANTAS, Débora Correa. **Os Dispute Boards e a Prevenção de Litígios**. Disponível em: <https://revista.fisul.edu.br/index.php/revista/article/download/53/51>. Acesso em 17.12.2017.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948.

DIAS, Eduardo Machado. 1. **A CLÁUSULA DE MEDIAÇÃO NOS CONTRATOS DE ADESÃO EM RELAÇÕES DE CONSUMO**. Revista dos Tribunais. 2017. VOL.979 (MAIO 2017). Disponível em: <http://www.mediatum.com.br/posts/contratos-de-adesao-eduardo-machado-dias.pdf>. Acesso em 15.12.2017.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

FALECK, Diego. **Mediação Empresarial: Introdução E Aspectos Práticos**. Revista de Arbitragem e Mediação da RT (RArb, ano 11, volume 42, julho-setembro – 2014, pp. 263/278).

FERRO, Ricardo Rage. SALGADO, Buenã Porto. A arbitragem e o Poder Judiciário. GUERRA FILHO, Willis Santiago et. Al. **Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais. Princípios, mecanismos, Sistemas e Metodologias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. ROMANO, Michel Betenjane. LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. O gerenciamento do processo. In GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação**. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Cláudia Moreira Hehr. VERDAN, Tauã Lima. **A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CRÍTICAS A EFETIVAÇÃO DO INSTITUTO DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS, A PARTIR DE UMA ANÁLISE CONSTRUTIVA DAS TRADIÇÕES CIVIL LAW E COMMON LAW**. BERNARDINO DE PINHO, Humberto Dalla. et al. Mediação judicial e garantias constitucionais. Niterói : PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. BIAZZI, Nathalie. **Eficácia da mediação privada em conflitos empresariais**. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/16301>. Acesso em 17.12.2017.

GUERREIRO, Luis Fernando. **Conciliação e mediação: Novo CPC e leis específicas**. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v.41, p. 19 e ss, abr. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias**. Revista do Processo, n. 46, p. 69, São Paulo, abr-jun. 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.) **Mediação e Gerenciamento no processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007

KLEIN, Angelica Denise. SPENGLER, Fabiana Marion. **MEDIAÇÃO DIGITAL: UM DISCUSSÃO ACERCA DA (IM)POSSIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DO DIÁLOGO INTERPESSOAL ENTRE OS MONITORES, A PARTIR DA DEMOCRACIA LIBERAL.** Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/x741469v/2PAa0wyY5w82LCke.pdf>. Acesso em: 15.01.2018.

LAUX, Francisco de Mequita. **Autocomposição e Processo Societário.** Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) Universidade de São Paulo – Largo do São Francisco, São Paulo, 2016.

LEITE, Gisele. PEREIRA, Edvaldo Alvarenga. **Considerações sobre a mediação empresarial no Brasil.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56353/consideracoes-sobre-a-mediacao-empresarial-no-brasil>. Acesso em 15.01.2018.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2013

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Acesso à Justiça e os Mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

MACEDO, Elaine Harzheim. FACCHINI NETO, Eugênio. **FUGA DA JURISDIÇÃO? REFLEXÕES SOBRE A BUSCA DE ALTERNATIVAS À JURISDIÇÃO.** Quaestio Iuris vol. 09, nº. 01, Rio de Janeiro, 2016.

MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro A Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coord). **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999

MIRANDA, Maria Bernardete. **O instituto da mediação no meio ambiente dos conflitos empresariais.** <http://www.unaerp.br/documentos/1079-o-instituto-da-mediacao-no-meio-ambiente-dos-conflitos-empresariais/file>. Acesso em 23.12.2017.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição.** 2. ed.rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

PITTA, Rafael Gomiero. FACHIN, Jéssica Amanda. **AS PERSPECTIVAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DO ESTUDO DA FASE PRETRAIL DO PROCESSO CIVIL NORTEAMERICANO.** Revista Cidadania e Acesso à Justiça -ISSN: 2526 – 026X | Brasília | v. 2 | n. 1 | p. 933 - 948 | Jan/Jun.2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. ALMEIDA, Caroline Sampaio de. **ANÁLISE CRÍTICA DAS CLÁUSULAS DISPUTE BOARD: EFICIÊNCIA E CASOS PRÁTICOS.** Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/4676-12272-1-SM.pdf>. Acesso em 05.01.2018.

RODRIGUES, Daniel Gustavo de Oliveira Colnago. **QUESTÕES (AINDA) NÃO RESOLVIDAS SOBRE A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO NO NOVO CPC**. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/leitura/questoes-ainda-nao-resolvidas-sobre-a-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-no-novo-cpc-por-daniel-colnago-rodriques>. Acesso em 15.09.2017.

SILVA, Eduardo da Silva. **Arbitragem e Direito de Empresa. Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e Souza apud TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam e MOLINARI, Fernanda. **Psicologia Judiciária: para a carreira da magistratura**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3.ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Editora Método, 2016.

VON IHERING, Rudolf. **A luta pelo direito**. 16. ed., 2.reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.27

WALD, Arnold. **A arbitragem contratual e os *dispute boards***. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, A. P. (Org.). **Participação e processo**. São Paulo: LTR, p. 143

_____. **MODALIDADE DE MEDIAÇÃO**. Seminário Mediação: Um Projeto Inovador. Disponível em: <http://www.cahali.adv.br/arquivos/artigo-kazuo-watanabe-modalidade-de-mediacao.pdf>. Acesso em 22.12.2017.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009.