

COORDENADORES DA COLEÇÃO

PATRICIA VANZOLINI

LEONARDO SICA

COLEÇÃO 10
OAB SP

ESTUDOS SOBRE A MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIAÇÃO EMPRESARIAL DA OAB/SP

COORDENADORES

ALESSANDRA FACHADA BONILHA
ANA LUIZA DE ALCÂNTARA FERREIRA
EDUARDO CEZAR CHAD
GISELA SCHEINPFLUG
LUCIANA GIL GUERREIRO GHALI
MARCELO PERLMAN
MARCOS HIME FUNARI

AUTORES

ANA LUIZA DE ALCÂNTARA FERREIRA
ANDRÉ R. DAUDT
BRUNNA GABRIELLE MARONI REZENDE
FELIPE VERSIANI GANDOLFO
GABRIEL TADEU VARONI PERUZZO
GISELA SCHEINPFLUG
GIULIA OTTANI GONÇALVES
GUSTAVO MILARÉ
ISADORA ZANUTO CHAVES
JULIANA KAIRALLA GARCIA VIOTTI
LUCIANA GIL GUERREIRO GHALI
LUCIANE PERUCCI
MARCOS HIME FUNARI
MARINA GOUVEIA
NATHALIE MARTINEZ BIAZZI



tirant
lo blanch

ESTUDOS SOBRE A MEDIÇÃO EMPRESARIAL



tirant
lo blanch

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Assistente Editorial: Izabela Eid

Capa e diagramação: Analu Brettas

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Ex Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

F439 Ferreira, Ana Luiza de Alcântara
Estudos sobre a Mediação empresarial [livro eletrônico] /
Ana Luiza de Alcântara Ferreira ... [et al.]; Patricia Vanzolini,
Leonardo Sica, Ana Luiza de Alcântara Ferreira ... [et al.].
(Coord.) -1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024. --
(Coleção OAB SP; v.10)
1Kb; livro digital

ISBN: 978-65-5908-819-5.

1. Mediação empresarial. 2. OAB SP. 3. Ordem dos
advogados do Brasil. I. Título. II. Coleção.

CDU: 347.72

Biblioteca Elisabete Cândida da Silva CRB-8/6778

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).



**tirant
lo blanch**

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com
tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

COLEÇÃO OAB SP

Coordenadores da Coleção

Patricia Vanzolini

Leonardo Sica

ESTUDOS SOBRE A MEDIÇÃO EMPRESARIAL

COMISSÃO ESPECIAL DE MEDIÇÃO EMPRESARIAL DA OAB/SP

Coordenadores

Alessandra Fachada Bonilha
Ana Luiza de Alcântara Ferreira
Eduardo Cezar Chad
Gisela Scheinpflug
Luciana Gil Guerreiro Ghali
Marcelo Perlman
Marcos Hime Funari

Autores

Ana Luiza de Alcântara Ferreira
André R. Daudt
Brunna Gabrielle Maroni Rezende
Felipe Versiani Gandolfo
Gabriel Tadeu Varoni Peruzzo
Gisela Scheinpflug
Giulia Ottani Gonçalves
Gustavo Milaré
Isadora Zanuto Chaves
Juliana Kairalla Garcia Viotti
Luciana Gil Guerreiro Ghali
Luciane Perucci
Marcos Hime Funari
Marina Gouveia
Nathalie Martinez Biazzi



**tirant
lo blanch**

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
<i>Eduardo Cezar Chad</i>	
A MEDIAÇÃO NA PRESERVAÇÃO DE RELAÇÕES CONTINUADAS.....	7
<i>Ana Luíza de Alcântara Ferreira e Marcos Hime Funari</i>	
ANÁLISE EMPÍRICA E COMPARATIVA ENTRE MEDIAÇÕES EMPRESARIAIS REQUERIDAS CONJUNTAMENTE EM RELAÇÃO ÀQUELAS OBJETO DE PEDIDO UNILATERAL	15
<i>André R. Daudt e Marina Gouveia</i>	
A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NAS EMPRESAS FAMILIARES	22
<i>Brunna Gabrielle Maroni Rezende</i>	
A PREPARAÇÃO DO CLIENTE PARA A PRIMEIRA SESSÃO DE MEDIAÇÃO.....	28
<i>Felipe Versiani Gandolfo e Juliana Kairalla Garcia Viotti</i>	
MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: OBSTÁCULOS, EVOLUÇÃO E DESAFIOS	35
<i>Gabriel Tadeu Varoni Peruzzo</i>	
SISTEMA MULTIORTAS ORGANIZACIONAL: CANAIS DE COMUNICAÇÃO QUE CONTRIBUEM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS EMPRESAS	43
<i>Gisela Scheinpflug e Luciane Perucci</i>	
O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL	51
<i>Giulia Ottani Gonçalves</i>	
DICAS DE PREPARAÇÃO PARA A ADVOCACIA ATUAR NA MEDIAÇÃO (E EM OUTROS MEIOS CONSENSUAIS).....	58
<i>Gustavo Milaré</i>	
O PAPEL DO MEDIADOR NA CONSTRUÇÃO DE ACORDOS DURADOUROS.....	63
<i>Isadora Zanuto Chaves</i>	
A FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS PERANTE A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO	71
<i>Luciana Gil Guerreiro Ghali</i>	
A IMPORTÂNCIA DO SIGILO NA MEDIAÇÃO PRIVADA EMPRESARIAL.....	78
<i>Nathalie Martinez Biazzi</i>	

APRESENTAÇÃO

A Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB/SP tem como missão central a difusão do conhecimento e a promoção de boas práticas na resolução de conflitos. Este primeiro e-Book é uma extensão dessa missão, resultado da experiência e do comprometimento de nossa Comissão em proporcionar recursos valiosos para profissionais interessados em aprimorar suas habilidades e adotar abordagens mais eficazes na gestão de conflitos empresariais.

Nos onze artigos escritos pelos membros da nossa Comissão, os leitores encontrarão uma compilação de conhecimento, dados e ferramentas que oferecem uma visão atual, abrangente e aplicável da mediação no contexto das relações empresariais. O e-Book surge, portanto, como uma ferramenta essencial e acessível para todos aqueles que buscam compreender e aplicar a mediação como meio eficaz de solução de disputas no âmbito empresarial.

Afinal, em um mundo empresarial dinâmico e desafiador, a capacidade de resolver conflitos de forma eficiente é um diferencial estratégico vital. E é nesse cenário que a mediação se destaca como uma prática que não apenas resolve disputas de forma eficiente, mas também promove a comunicação, restaura relações e preserva a integridade das partes envolvidas.

Ao percorrer as páginas deste e-Book, convidamos os leitores a embarcar em uma jornada de transformação, pela via da mediação, na forma como os conflitos são abordados em seus negócios, sobretudo num ambiente de resolução de disputas altamente conflituoso e ineficiente como vivemos no Brasil.

Agradecemos a cada um dos autores pelo seu comprometimento em compartilhar conhecimento e experiência, contribuindo para o enriquecimento da nossa comunidade jurídica. Este trabalho não teria sido possível sem a colaboração e o esforço dedicado de cada um de vocês, tampouco dos membros das Comissões Técnica e de Coordenação.

Boa leitura!

EDUARDO CEZAR CHAD

Presidente da Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB/SP

A MEDIAÇÃO NA PRESERVAÇÃO DE RELAÇÕES CONTINUADAS

ANA LUIZA DE ALCÂNTARA FERREIRA¹

MARCOS HIME FUNARI²

1. INTRODUÇÃO

Conforme a previsão normativa que trata da matéria, tem-se uma conceituação própria do instituto da mediação, considerado, nesse aspecto legal, como “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” (conf. art. 1º, § único, da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 – “Lei nº 13.140/15”). Ou seja, no campo legal, verifica-se que a mediação é tratada como uma *atividade técnica*, portanto, um *exercício*, que tem por finalidade o desenvolvimento de soluções consensuais para determinado conflito (controvérsia).

Já no âmbito doutrinário, verifica-se, usualmente, uma conceituação da mediação que a considera como sendo um *processo*, tal como a Lei nº 13.140/15 a considera como sendo uma atividade. Indo além, verifica-se ainda que a abordagem doutrinária, em geral, vincula o conceito de mediação não apenas a um processo por si só, mas sim a um processo atrelado à resolução consensual de determinado conflito.

Segundo sua própria conceituação, por exemplo, Adolfo Braga Neto destaca a mediação como sendo um “processo de solução de conflitos”, desenvolvido em três eixos: o processo, seus participantes e o mediador³. Ainda segundo ele, pode-se também considerar a mediação como “um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes”⁴.

1 Advogada, graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, e mestranda em direito civil pela Universidade de Lisboa.

2 Advogado, graduado pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo – FDRP-USP. Pós-graduado em direito tributário pela FDRP-USP. Sócio de Tambasco Bruno e Funari Advogados Associados.

3 BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a administração pública I* Adolfo Braga Neto – 2020. 233 f. Orientador: Francisco José Cahali. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 51.

4 BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos no contexto familiar*. Revista IOB de Direito de Família – Ed. 51 – Dezembro/2008 – Janeiro/2009, páginas 49 a 63.

A conceituação em referência coaduna-se com o entendimento doutrinário que prevalece sobre o tema, justamente no sentido de a mediação ser um processo que visa à solução consensual de determinado litígio, mediante a promoção, por um terceiro neutro e independente, de acordos entre as partes litigantes.

Nada obstante, e sem prejuízo da necessária conceituação técnica do termo, fato é que a mediação vai além de ser, puramente, um *processo de solução consensual de conflitos*, também significando um instrumento que busca o diálogo e a reaproximação entre partes em conflito, mediante a revisitação do histórico relacional delas.

E, nesse âmbito, em que se presta a restaurar relacionamentos⁵, a mediação não tem como fim, pura e simplesmente, o acordo, que passa a ser considerado, por outro olhar, como uma decorrência natural do diálogo promovido pela mediação. Esse aspecto do instituto se mostra ainda mais relevante quando aplicado a *relações continuadas*, para as quais, muitas vezes, a preservação do vínculo entre as partes é mais relevante do que a própria solução de determinado conflito já existente entre elas.

Adiante, busca-se abordar esse aspecto da mediação, com breves considerações sobre os benefícios que a ela pode trazer para a preservação de relacionamentos e, em especial, para aqueles de trato continuado, ainda que não seja exitosa em alcançar, num caso concreto, o acordo.

2. A MEDIAÇÃO E OS DEMAIS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Como é sabido, a mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem são os principais métodos de solução de conflitos, em alternativa ao Poder Judiciário. A arbitragem, apesar de ser uma alternativa ao Poder Judiciário, também é um método heterocompositivo, enquanto os demais métodos mencionados são considerados autocompositivos. De toda forma, muito embora todos estes instrumentos se prestem a resolver o conflito, eles possuem caminhos e ferramentas muito distintas entre si para encerrar a controvérsia⁶.

A arbitragem – e também o modelo judicial – possui a forma heterocompositiva de resolução do conflito, de maneira em que as partes delegam, a um ter-

5 “Por tratar-se da forma consensual com maior arcabouço normativo e técnico (...), além de restaurar as relações sociais, possibilitar o fim do conflito e prevenir novas contendas” (Carneiro, Fernanda Maria Afonso. *A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos; e-ISSN: 2525-9679 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 01 - 19 | Jul/Dez. 2019).

6 “Esses mecanismos possíveis, entre os quais citam-se a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, colocam-se ao lado da tradicional jurisdição como uma opção que visa vincular o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, apresentando-se também como mecanismos de inclusão social, na medida em que as partes se tornam corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada para suas contendas” (SALES, L. M e RABELO, C. M. *Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Pg. 76).

ceiro, o poder de decidir quem tem razão. As partes, portanto, não mais dialogam entre si e direcionam seus pleitos ao árbitro-julgador, que conhecerá dos fatos e do direito das partes, e decidirá dentro do objeto controvertido delimitado.

A negociação, por outro lado, prescinde da intervenção de terceiro imparcial e independente, consistindo no “ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto, ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente”⁷. Existe, portanto, uma comunicação direta entre as partes, que encontram, sozinhas, uma solução para o conflito.

A conciliação, por sua vez, conta com a figura de um terceiro imparcial – o conciliador – com a competência para aproximar as partes, controlar negociações, sugerir e formular propostas, apontar vantagens e desvantagens, objetivando sempre a resolução do conflito. Assim, as partes dialogam sobre o conflito e o conciliador faz as suas intervenções sempre com a intenção de chegar mais perto do acordo, podendo fazer e apresentar proposições concretas às partes em conflito.

A mediação, contudo, tem como terceiro o mediador, que não interfere no diálogo entre as partes, mas somente o assiste e auxilia para que a sua condução aproxime as partes e faça com que elas revisitem o conflito, em um esforço para melhor compreendê-lo, desde a sua origem. E, nesse aspecto, justamente, é que a mediação se diferencia dos demais métodos de solução de conflitos, porque ela não busca simplesmente pôr fim ao conflito, mas sim revisitá-lo e compreendê-lo, mediante um genuíno esforço de reaproximar as partes em conflito, conforme se aborda, em maiores detalhes, adiante.

3. A ESPECIAL ADEQUAÇÃO DA MEDIAÇÃO PARA A PRESERVAÇÃO DE RELAÇÕES CONTINUADAS

Conforme referenciado acima, sem qualquer prejuízo de sua função de solucionar consensualmente conflitos, o instituto da mediação também apresenta um caráter *restaurativo*, na extensão em que visa a revisitar o conflito a ela submetido, buscando entender sua origem e o histórico do relacionamento entre as partes em litígio. Nesse sentido, tem-se que a mediação busca, sobretudo, o diálogo entre as partes⁸.

7 SALES, L. M e RABELO, C. M. *Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Pg. 78.

8 “Mediar é facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que elas próprias possam, a partir de uma compreensão ampliada dos meandros da situação controvertida, engendrar respostas conjuntas sobre as questões relevantes do conflito” (TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de Mediação*. In BRÁGA NETO, Adolfo. *A mediação e a administração pública* / Adolfo Braga Neto – 2020. 233 f. Orientador: Francisco José Cahali. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 63).

Isso porque, quando comparada aos demais métodos de solução de conflitos, a mediação mostra-se como um processo mais longo e aprofundado, que tem como principal objetivo o restabelecimento da comunicação entre as partes, e não uma saída rápida do conflito posto. O mediador, como dito, não pode opinar sobre o que considera ser a melhor solução da controvérsia, mas tão somente auxiliar na comunicação⁹; e, nesse aspecto, a mediação se propõe a percorrer toda a relação das partes, desde a sua origem, até encontrar os primeiros ruídos de comunicação que as fizeram chegar ao ponto de conflito e que prejudicaram a regular continuidade da relação.

Sob essa ótica, a “mediação permite a solução do conflito de forma construtiva, fortalece as relações sociais, promove os relacionamentos cooperativos e explora estratégias que possam prevenir ou resolver futuras controvérsias”¹⁰. Ou seja, como se observa, o fato de as partes conduzirem o próprio diálogo faz com que haja um sentido pedagógico na mediação, pois elas reaprendem a resolver seus litígios, o que evita o acontecimento de *futuras controvérsias* nesta relação.

E, naturalmente, esse caráter prospectivo do instituto, no sentido de evitar novos conflitos, mostra-se ainda mais relevante no âmbito de relações continuadas, nas quais, muitas vezes, a preservação do vínculo entre as partes é mais relevante do que a solução de determinado litígio já existente – muitas vezes, em tais hipóteses, busca-se antes a prevenção de novos conflitos em vez de a solução daquele já posto, a fim de que a relação entre as partes possa ser preservada¹¹. É o que ponderam Lilia Maia de Moraes Sales e Cilana de Moraes Soares Rabelo, expondo que:

Aos conflitos oriundos de relações emocionais ou continuadas cabe a escolha de um processo mais profundo, de interferência sutil e adequada à complexidade do problema. Isso porque o ideal nesse tipo de conflito é que se resolva tanto o problema real quanto o problema aparente; tanto o conflito em si como a causa desse conflito. Nesse processo, é importante que se tenha

9 “Com conhecimento aprofundado sobre o conflito e seus reflexos, a comunicação humana, técnicas que estimulam o diálogo, visão holística e perspectiva ampla da controvérsia, o mediador deve promover a facilitação de diálogos” (BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação e a administração pública* | Adolfo Braga Neto – 2020. 233 f. Orientador: Francisco José Cahali. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 65).

10 CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso. *A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social*. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos; e-ISSN: 2525-9679 | Belém | v. 5 | n. 2 | p. 01 - 19 | Jul/Dez. 2019.

11 No caso de uma relação continuada entre sócios de uma empresa, por exemplo, pode haver divergências na tomada de decisões estratégicas da empresa, como sobre um ato envolvendo o aumento de capital, pagamentos de terceiros ou a eventual celebração de novos contratos, o que é comum ao cotidiano empresarial, mas pode gerar desgastes. É o que explicam Marcelo Perlman e Franco Gevaerd: “Como o convívio dos sócios na empresa é permanente, e novas matérias podem se apresentar para decisão conjunta de cada dia, a possibilidade de acirramento dos conflitos, quebra de confiança e tomada de medidas de retaliação de lado-a-lado pode sequestrar o funcionamento regular da empresa e gerar prejuízos coletivos crescentes e significativos”. (PERLMAN, M. e GEVAERD, F. *Disputas de M&A e de Acordo de Sócios: Motivos para Mediar*. In Marcelo Vieira Von Adamek; Rafael Setoguti Julio (coord.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pag. 628). Nestes casos, ainda que não se consiga chegar a um acordo sobre uma matéria específica, é imprescindível que se restabeleça a relação entre os sócios para que seus negócios tenham um regular andamento.

oportunidade de trabalhar os interesses e necessidades das partes, bem como o futuro das mesmas, não restringindo a solução à problemática posta em discussão¹².

Conforme se extrai, para as hipóteses de relações continuadas e “emocionais”, cabe a escolha de um processo de mediação mais profundo, cuja solução, no caso concreto, não pode estar restrita “à problemática posta em discussão”. No mesmo sentido, segundo Marcelo Perlman e Franco Gevaerd, “a mediação é um dos meios de solução de conflitos mais adequados para preservar relacionamentos continuados e mitigar desgastes do conflito ou riscos de ruptura interpessoal”¹³, no que também se evidencia esse caráter prospectivo do instituto.

De fato, a mediação tem especial adequação para a resolução de conflitos no âmbito de relações continuadas, justamente porque ela não se prende ao conflito em si, mas sim à relação das partes, promovendo a restauração do diálogo e minimizando os pontos de divergência. Consequentemente, e ainda que também busque pacificar o conflito já existente, a mediação se propõe a, de forma prospectiva, impedir maior desgaste da relação, visando à sua preservação.

Desse modo, na medida em que, nas relações continuadas, o contato entre as partes é frequente e recorrente, a mediação tende a ser o método mais adequado para a resolução de conflitos delas decorrentes, justamente porque, por meio dela, serão buscadas a reaproximação das partes e a restauração do diálogo entre elas. Ou seja, ao “olhar” para a origem do relacionamento entre as partes e promover melhor comunicação entre elas, a mediação não apenas tenta resolver determinado conflito, como também, e sobretudo, evitar o escalonamento do litígio, preservando o aspecto continuado do relacionamento.

Mais uma vez, mostra-se pertinente a referência ao posicionamento de Marcelo Perlman e Franco Gevaerd, justamente no sentido de que, quando há perpetuação da situação conflituosa, o relacionamento entre as partes tende a se deteriorar, o que coloca em risco a viabilidade de sua própria continuidade. Isso porque, segundo explicam:

A sustentação prolongada de posições antagônicas entre as partes [...] frequentemente resulta em quebras de confiança, incapacidade de comunicação, paralisia na tomada de decisões de interesse comum, comportamentos hostis e tendências punitivas, com potencial destruição de valor¹⁴.

Inclusive, é no âmbito das relações continuadas em que reside uma das principais diferenças entre os institutos da mediação e da conciliação. Isso por-

12 SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. *Meios consensuais de solução de conflitos - Instrumentos de democracia*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009.

13 PERLMAN, M. e GEVAERD, F. *Disputas de M&A e de Acordo de Sócios: Motivos para Mediar*. In Marcelo Vieira Von Adamek; Rafael Setoguti Julio (coord.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pag. 617.

14 PERLMAN, M. e GEVAERD, F. *Disputas de M&A e de Acordo de Sócios: Motivos para Mediar*. In Marcelo Vieira Von Adamek; Rafael Setoguti Julio (coord.). *Fusões e Aquisições (M&A)*. São Paulo: Quartier Latin, 2022, pag. 618.

que, na conciliação, há participação de um terceiro que efetivamente opina sobre o conflito e a respeito dele faz proposições, tendo-se como objetivo maior o *acordo* entre as partes; já na mediação, na qual participa um terceiro neutro que busca tão somente facilitar o diálogo entre as partes, o acordo não é um fim em si próprio, mas sim uma salutar consequência do processo mediativo, que antes da solução consensual busca a reaproximação das partes. Como bem ensinam Cléo Silveira e Gabriela de Barros Sales:

A mediação também difere da conciliação no que diz respeito às situações que lhe dão ensejo, considerando a relação jurídica de pano de fundo do conflito. Com efeito, a mediação se dirige às relações em que há vínculo anterior entre as partes, em uma relação continuada. Trata-se de situações jurídicas em que, por vontade das partes ou por imposições alheias à sua autonomia privada, se prolongam no tempo. Já a conciliação é mais recomendada em situações jurídicas em que não há vínculo anterior entre as partes¹⁵.

Não por outro motivo, no âmbito da própria legislação processual essa diferenciação entre os institutos foi bem observada, conforme parágrafos 2º e 3º do art. 164, do Código de Processo Civil, segundo os quais, respectivamente, “O conciliador, *que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior* entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio”, enquanto “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 (...)”.

É por esse motivo, portanto, que se afirma que a mediação é exitosa, em verdade, quando consegue estabelecer a comunicação e a relação entre as partes, e não necessariamente quando alcança um acordo, em especial no âmbito de relações continuadas. Com efeito, Adolfo Braga Neto bem explica que “a mediação de conflitos não visa pura e simplesmente o acordo, visa sim atingir a satisfação dos interesses, valores e necessidades das pessoas nele envolvidas”¹⁶. No mesmo sentido, Lilia Sales e Cilana Rabelo defendem que “ao conseguir facilitar o diálogo a mediação foi exitosa, mesmo que no momento do processo mediativo as partes não cheguem de imediato a uma solução”¹⁷.

Como se vê, então, tem-se que a mediação vai além do acordo, tendo também um aspecto restaurativo e prospectivo, relevante em especial às relações continuadas, o que deve ser bem considerado quando se opta, em um caso concreto, pela adoção do instituto.

15 SILVEIRA, Cléo; SALES, Gabriela de Barros; in WALD, Arnoldo; TORRES, Riccardo Giuliano Figueira; DANIEL, Letícia Zuccolo Paschoal da Costa (coords.). *Os desafios da modernização da arbitragem e da mediação no século XXI*. São Paulo: Quartier LatIn, 2023, pag. 566.

16 BRAGA NETO, Adolfo. *Mediação de Conflitos no contexto familiar*. Revista IOB de Direito de Família – Ed. 51 – Dezembro/2008 – Janeiro/2009, pgs. 49 a 63.

17 SALES, L. M e RABELO, C. M. *Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, para muito além de se propor a ser um método de *solução* de litígios, tem-se que a mediação apresenta um caráter *prospectivo*, por trazer um processo pedagógico às partes, que protagonizam o diálogo, reaprendem a se comunicar num cenário controverso e, então, evitam que novos conflitos possam surgir. A mediação, como visto, também possui caráter *restaurativo*, visto que restabelece a relação das partes, através do diálogo, agora neste âmbito livre do acúmulo de ruídos e de outros desentendimentos, e recompõe a relação para muito além do conflito.

Conhecendo-se tais atributos da mediação, consegue-se traçar com muita precisão a diferença deste para os demais métodos de solução de conflitos acima referenciados, podendo-se utilizá-lo de modo muito mais efetivo, a depender do caso concreto. Com efeito, resta claro, por exemplo, que a conciliação não seria efetiva para solucionar um conflito entre partes que possuem uma relação continuada, visto que não serviria a desatar as complexidades acumuladas ao longo do tempo, tampouco ajudaria com que as partes seguissem a relação sem que novos conflitos sobreviessem.

Ademais, também pode se extrair que, ainda que um conflito esteja muito difícil de ser resolvido por acordo, ou mesmo que as partes sequer queiram alcançá-lo, a mediação ainda pode se prestar a aproximar as partes, a retomar o diálogo entre elas, mesmo que permaneça materialmente uma controvérsia. A mediação, assim, poderá salvaguardar, por exemplo, uma sociedade empresarial ou uma relação familiar, pela preservação de tais laços ser mais relevante do que o acordo sobre eventuais conflitos que decorram de tais relações.

Sendo assim, pode ser afirmado que a mediação não é necessariamente acordo; é, antes, diálogo. E, mesmo que se não se alcance um acordo em determinado caso concreto, a mediação pode trazer inúmeros benefícios para as partes, mostrando-se como um verdadeiro instrumento da pacificação social, prevenção de litígios e preservação de relações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAGA NETO, A., **A Mediação e a Administração Pública**. 2020. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020.
- BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos no contexto familiar**. Revista IOB de Direito de Família – Ed. 51 – Dezembro/2008 – Janeiro/2009, pags. 49 a 63.
- CARNEIRO, F. M., *et al.* **A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social**. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos. Belém, v. 5, n. 2, p. 01-19, jul./dez. 2019.
- Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6 ed. 390 f. Brasília: 2016.

FREITAS JUNIOR, A. R. de. Conflitos de Justiça e limites da Mediação para a difusão da Cultura da Paz. Salles, Carlos Alberto de (Coord). **As grandes transformações do processo civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 509-534.

FREITAS JÚNIOR, A. R. Teoria Geral do Conflito – Visão do Direito *in* **Conciliação e Mediação – Ensino em Construção**. 2 ed. IPAM: São Paulo, 2019. p. 236-336.

PERLMAN, M. e GEVAERD, F. Disputas de M&A e de Acordo de Sócios: Motivos para Mediar. *In* Marcelo vieira Von Adamek; Rafael Setoguti Julio (coord.). **Fusões e Aquisições (M&A)**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

PINHO, H. D. e DURÇO, K. A., *et al.* **A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 245-277. 2011.

PINHO, H. D. e RAMALHO, M. S., *et al.* **A mediação como ferramenta de pacificação de conflitos**. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 106, n. 975, p. 309-333, jan. 2017.

SALES, L. M e RABELO, C. M. **Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia**. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009.

SILVEIRA, C. e SALES, G. B. *in* WALD, Arnoldo; TORRES, Riccardo Giuliano Figueira; DANIEL, Letícia Zuccolo Paschoal da Costa (coords.). **Os desafios da modernização da arbitragem e da mediação no século XXI**. São Paulo: Quartier Latin, 2023.

SOARES, J. S., *et al.* **A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade**. Revista Direito, Estado e Sociedade. Rio de Janeiro, n. 39, p. 140-163, jul/dez. 2011.

ANÁLISE EMPÍRICA E COMPARATIVA ENTRE MEDIAÇÕES EMPRESARIAIS REQUERIDAS CONJUNTAMENTE EM RELAÇÃO ÀQUELAS OBJETO DE PEDIDO UNILATERAL

ANDRÉ R. DAUDT¹

MARINA GOUVEIA²

A maioria das controvérsias entre empresas é resolvida de maneira interna, por meio de negociação entre os executivos e colaboradores das partes envolvidas³. Apenas em uma pequena parcela dos casos, o assunto alcança os advogados externos e, quando isso ocorre, após a tradicional troca de notificações, a via eleita para a solução da questão é predominantemente a litigiosa.

Nesse cenário, a mediação institucional surge como uma terceira via, uma alternativa que se posiciona entre a absoluta flexibilidade da negociação e a rigidez processual da adjudicação, guardando em certa medida semelhanças com ambos os meios. O método vem angariando reconhecimento por facilitar a promoção de soluções consensuais do tipo ganha-ganha e mitigar o custo, a incerteza e o prazo de processos heterocompositivos⁴ ao passo em que também elucida os riscos envolvidos na perseguição de uma estratégia contenciosa⁵.

1 Advogado em Pinheiro Neto Advogados especializado em meios de resolução de disputas empresariais e societárias. Mestrando em Direito dos Negócios na Fundação Getúlio Vargas. Especialista em Investment Banking e Análise de Demonstrativos Financeiros pela Saint Paul Escola de Negócios.

2 Mediadora e advogada com passagens pelas Secretarias de algumas das principais Câmaras de Arbitragem e Mediação nacionais e internacionais. Mestre em Mediação, Negociação e Resolução de Conflitos pela Universidad Carlos III de Madrid e pós-graduada em Direito Societário pela Fundação Getúlio Vargas.

3 Como bem pontuam Eileen Carroll e Karl Mackie: "Traditionally, international contracts have provided for negotiation [...] by senior executives as a final negotiation stage to resolve disputes in joint ventures, distribution, licensing and similar long-term arrangement". CARROLL, Eileen. MACKIE, Karl. **International Mediation: The Art of Business Diplomacy**. Holanda: Kluwer Law International, 2006. p. 12.

4 A título informativo, trazemos dados de estudo que precisou o custo e duração média de procedimentos de mediação institucional em comparação à arbitragem, sendo atribuído a mediações administradas pela ICC apenas 5% do valor usualmente empregado em arbitragens geridas pela mesma Câmara, com uma redução de mais de 85% no tempo dispendido para resolução da questão. MARTIN, A. Timothy. **International Mediation: An Evolving Market**. In: ROVINE, Arthur W. (Ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2010*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2011. pp. 408-409.

5 LESSER, Nancy F. **Ten Ways to Use Mediation to Assess Risk More Effectively**. In: *Dispute Resolution Journal*, Volume 66, Número 3. Estados Unidos: American Arbitration Association, 2011. pp. 18-23.

A fixação de um roteiro pelas partes e a adoção de um regulamento institucional garante segurança em relação ao nome do mediador escolhido⁶ e tranquilidade no que se refere às etapas do processo⁷, podendo a mediação empresarial privada ser entendida como um procedimento estruturado que, em virtude de sua maior informalidade, se adapta mais facilmente às peculiaridades do conflito e necessidades dos envolvidos.

O procedimento eleito tem caráter relevante à mediação, afeta o engajamento dos participantes com o método, promove a percepção de justiça processual e impacta os seus resultados⁸; motivo pelo qual merece ser estudado com profundidade. Pretendendo colaborar para o desenvolvimento de boas práticas, este artigo lança luz sobre o primeiro ato da mediação privada, a apresentação do requerimento de mediação, e pondera as vantagens da submissão de um requerimento conjunto em lugar daquele protocolado unilateralmente.

1. VANTAGENS DO REQUERIMENTO CONJUNTO

Como regra, os regulamentos publicados por câmaras privadas de mediação, à semelhança do artigo 21 da Lei nº 13.140/15 (“Lei de Mediação”), preveem o início do procedimento extrajudicial por meio de requerimento unilateral, pelo qual uma parte requer a intimação da outra para manifestar interesse no prosseguimento da mediação. No entanto, não é raro que as partes, em espírito colaborativo e após alinhamento prévio de seus advogados, requeiram conjuntamente a instauração do processo de mediação por meio de uma solicitude única, criando um procedimento expedito à margem das normativas institucionais.

Esse escrito, apresentado de maneira coordenada entre as partes, usualmente contém uma breve descrição da controvérsia, redigida da maneira mais isenta possível, e é instruído por documentos aceitos reciprocamente pelos envolvidos⁹. Caso tenham logrado um consenso quanto ao nome do profissional que atuará como mediador e valores que serão discutidos no decorrer das sessões (utilizados para fins de cálculo das custas e honorários da mediação), poderão as

6 TARRAZÓN, Mercedes. **A Note on Institutional and Ad Hoc Mediation**. In: ROVINE, Arthur W. (Ed.) *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2007*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. p. 317.

7 ALEXANDER, Nadja. **International and Comparative Mediation: Legal Perspectives. Global Trends in Dispute Resolution**. Volume 4. Holanda: Kluwer Law International, 2009. p. 171.

8 FRANKEL, Douglas. STARK, James H. **The Practice of Mediation: A Video-Integrated Text**. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2012. p. 128.

9 Cabe mencionar que, caso desejem oferecer ao mediador um *paper* mais detalhado, contendo os pormenores da posição de seu cliente, bem como a narrativa individualizada dos fatos e a apresentação de documentos considerados controvertidos, poderão os advogados estabelecer prazo para a submissão de planos de mediação (que não serão compartilhados com a contraparte), expondo os aspectos do conflito que não puderam ser endereçados no requerimento conjunto em virtude de sua natureza mais genérica.

partes antecipar esse ajuste no requerimento conjunto, acelerando ainda mais o trâmite da fase administrativa do procedimento.

Dentre as vantagens decorrentes da apresentação de requerimento conjunto, podemos ressaltar:

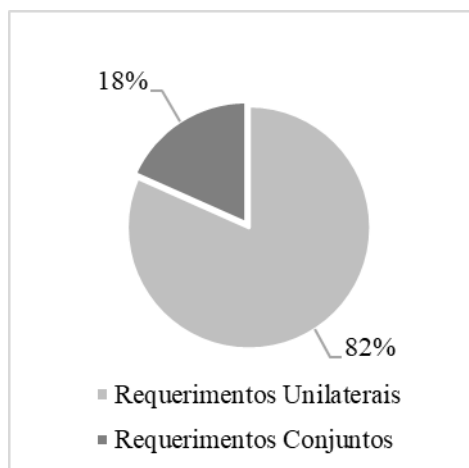
- Maior probabilidade de o convite para mediar ser bem recebido pelo outro lado, tendo em vista o contato mais pessoal, quando comparado ao envio de uma notificação padronizada emitida pelo centro responsável pelo gerenciamento do procedimento;
- Possibilidade de as partes consultarem previamente seus advogados e estudarem cuidadosamente os possíveis cenários oriundos da mediação;
- Ausência de uma demarcação clara dos polos da mediação, deixando necessariamente de existir uma parte requerente e outra requerida, afastando-se assim da configuração comumente adotada em processos heterocompositivos;
- Superação da fase constitutiva do procedimento de maneira mais eficiente, agilizando a instituição da mediação e, conseqüente, suspensão dos prazos prescricionais¹⁰;
- Maior engajamento da parte convidada pelo empoderamento promovido pelo senso de autodeterminação resultante da propositura da mediação de forma mútua; e
- Segundo resultados deste estudo empírico, maior probabilidade de êxito na celebração de um acordo.

10 Conforme art. 17, parágrafo único, da Lei de Mediação.

2. O REQUERIMENTO CONJUNTO DE MEDIAÇÃO NA PRÁTICA INSTITUCIONAL

Em consulta a algumas das principais câmaras de mediação empresarial do país¹¹, foi constatado que dos 251 requerimentos de mediação recebidos entre os anos de 2012 e 2022, 46 foram apresentados de maneira coordenada entre as partes, correspondendo a 18% do total de procedimentos protocolados no período e 33% das mediações efetivamente iniciadas¹².

GRÁFICO 1: Requerimentos de Mediação protocolados entre 2012 e 2022.



Fonte: gráfico elaborado pelos autores.

GRÁFICO 2: Procedimentos de mediação efetivamente iniciados entre 2012 e 2022.



Fonte: gráfico elaborado pelos autores.

Apesar de o sucesso de um procedimento de mediação não poder ser mensurado objetivamente apenas a partir da verificação da celebração ou não de um acordo¹³; compreendemos que, na esfera empresarial, esse critério possui uma maior relevância, dado a necessidade de prestação de contas a respeito dos valores despendidos pela área jurídica e a comprovação da efetividade das condutas adotadas para a resolução dos conflitos corporativos. Posto isso, a divulgação de índices de acordo por instituições dedicadas à promoção da mediação oferece um maior conforto aos gestores que se veem na árdua tarefa de justificar a eleição do método que, em virtude de sua natureza não vinculante, pode ou não dar fim à controvérsia¹⁴.

11 CAM-CCBC, CAMARB, CAM-CIESP/FIESP, CBMA, AMCHAM e CAM-FGV.

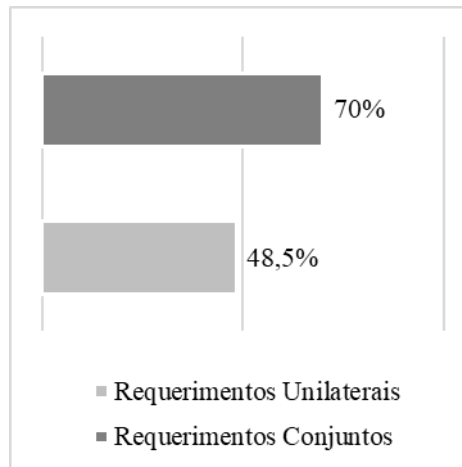
12 Para fins desse estudo, consideramos mediações efetivamente iniciadas aquelas em que foi verificada a assinatura de Termo de Mediação.

13 SANDER, Frank A. **The Obsession with Settlement Rates**. In: *Negotiation Journal*, Volume 11, Número 4. Cambridge: Program on Negotiation at Harvard Law School, 1995. pp. 329-332 e NOLL, Douglas E. **The Myth of the Mediator as Settlement Broker**. In: *Dispute Resolution Journal*, Volume 64, Número 2. Estados Unidos: American Arbitration Association, 2009. pp. 42-48.

14 MAGLIA, Carolina Secondo. **Why Not Mediation?** In: *Dispute Resolution International*, Volume 7, Número 2. Londres: International Bar Association, 2013. p. 160.

Nesse sentido, a propositura de um requerimento conjunto de mediação parece trazer maior segurança às partes sobre a probabilidade de que seja alcançada uma solução mutuamente aceitável, visto que a taxa de acordo em mediações iniciadas dessa maneira é de 70%, número significativamente superior àquele percebido de maneira geral (48,5%)¹⁵.

GRÁFICO 3: Taxas de acordo verificadas em procedimentos iniciados de maneira unilateral e conjunta.



Fonte: gráfico elaborado pelos autores.

Esse fenômeno parece encontrar respaldo no fato de que em apenas 28% dos requerimentos conjuntos, o pedido foi baseado em estipulação contratual; ou seja, na ampla maioria dos casos, o desejo em dar início à mediação foi expresso de maneira contemporânea à propositura do procedimento, não decorrendo de qualquer tipo de imposição prévia.

Apesar de esse ser o cenário ideal, sabemos que, para a (válida) promoção de mecanismos autocompositivos, muitas vezes advogados lançam mão das chamadas cláusulas escalonadas que, funcionando como uma espécie de filtro¹⁶, propõem certa progressão de etapas até que, sendo inevitável, haja de se iniciar uma disputa judicial ou arbitral.

Ocorre que, vezes pela falta de familiaridade, relutância com o método ou mesmo a preferência por uma postura adversarial por parte do advogado¹⁷, não

15 Taxa média de acordo segundo dados extraídos de GABBAY, Daniela Monteiro. BARROS, Vera Cecília Monteiro de. (Coord.) **Mediação em Números: 10 Anos – 2012 a 2022**. São Paulo: FGV Direito SP e Canal Arbitragem, 2023.

16 CONNERTY, Anthony. **ADR as a “Filter” Mechanism: The Use of ADR in the Context of International Disputes**. In: *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 79, Número 2. Reino Unido: Chartered Institute of Arbitrators, 2013. p. 123.

17 COOLEY, John W. **Mediation Advocacy**. Estados Unidos: National Institute for Trial Advocacy, 1996. p.12.

é incomum se deparar com partes que encaram a etapa de mediação como mera formalidade que precisa ser superada o quanto antes, com vistas a permitir a adjudicação da questão¹⁸. Essa parte buscará qualquer justificativa para dispensar o procedimento e, caso esse seja iniciado, provavelmente evitará divulgar qualquer informação relevante ou adiantar eventual argumento a ser utilizado no processo subsequente, com receio de prejudicar sua posição.

Por outro lado, na mediação requerida conjuntamente a hipótese padrão parecer ser justamente a contrária. Para que as partes negociem e elaborem o requerimento conjunto, se espera que a parte ou o advogado já conheça o instituto e, confrontado com as peculiaridades do caso, tenha provocado a hipótese, entrando em contato com a contraparte para suscitar a possibilidade de resolução do conflito por essa via e, após o consentimento desta, alinhado as premissas gerais do procedimento, possuindo todos os envolvidos real intenção de resolverem a matéria por meio da mediação – o que justifica taxas de acordo tão díspares.

3. PROPONDO O REQUERIMENTO CONJUNTO DE MEDIAÇÃO À CONTRAPARTE

Considerando a litigiosa cultura jurídica nacional e a apenas recente difusão da mediação como meio apto a resolver disputas empresariais, é bastante provável que o advogado da parte a ser convidada a mediar não possua experiência com o método, bem como desconheça sua dinâmica e possíveis benefícios. Por essa razão, é recomendável que o primeiro contato, com vistas a sugerir o início de um procedimento do tipo, se dê oralmente, de modo que o patrono proponente possa avaliar a familiaridade do representante da contraparte com o instituto e modular a abordagem conforme necessário.

Cabe mencionar que essa primeira interação e eventuais outras subsequentes entre os advogados, além de permitir a operacionalização da mediação, possui o condão de abrir portas para o diálogo¹⁹, construindo um canal de comunicação que talvez antes não existisse entre as partes e, por certo, colaborará para o bom desenvolvimento do procedimento, caso iniciado.

Posto isso, é aconselhável que o tom da conversa seja sobretudo cordial, buscando o advogado adotar uma postura exploratória com o intuito de conhecer possíveis receios e objeções da contraparte em mediar²⁰. Feita essa investiga-

18 CASTRO NEVES, José Roberto de. **Cláusulas Escalonadas: Salvação ou Armadilha?** In: FGV Blog de Arbitragem, 2021. Acesso em: 3 de setembro de 2023.

19 ROTH, Bette J. WULFF, Randall W. COOPER, Charles A. **The Alternative Dispute Resolution Practice Guide**. Estados Unidos: Lawyers Cooperative Publishing, 2006. pp. 24-12.

20 CARROLL, Eileen. MACKIE, Karl. **International Mediation: Breaking Business Deadlock**. Reino Unido: Bloomsbury Professional, 2016. p. 78.

ção, o patrono estará em uma melhor posição para abordar em sua fala interesses que, em virtude das particularidades do caso concreto, sejam compartilhados por ambos os lados e possam favorecer a proposta pela mediação²¹ e ²². Nesse sentido, em uma relação empresarial, não é incomum que as partes concordem sobre: (i) o risco de a disputa se tornar pública e terceiros terem acesso a documentos do processo; (ii) a ameaça à continuidade das atividades comerciais quando o trato é continuado e o conflito permeia o dia a dia empresarial; ou (iii) a imprevisibilidade de eventual decisão judicial ou arbitral em caso de questões complexas que careçam de precedentes.

Caso a estratégia indicada não seja suficiente, em hipóteses limítrofes, como forma de estimular o início da mediação, a parte proponente pode ainda oferecer o pagamento do custo administrativo do procedimento ou permitir que a parte convidada escolha o mediador²³, desde que esse seja competente e livre de eventuais conflitos de interesse que possam prejudicar sua independência e imparcialidade.

4. CONCLUSÃO

A apresentação de requerimento conjunto de mediação apresenta vantagens em comparação ao tradicional requerimento unilateral. Essas vantagens se refletem não apenas na melhor receptividade do convite pelo outro lado e maior prazo para preparação dos patronos para as sessões, mas, principalmente, na constatação empírica de que as chances de um acordo ser alcançado aumentam significativamente em mediações iniciadas dessa maneira.

Este estudo aponta que o esforço para a apresentação de um requerimento conjunto é justificável. Para tanto, recomenda-se o contato prévio com o patrono da contraparte, com vistas a expor os benefícios que ambas as partes extrairiam da resolução da disputa por meio da mediação.

21 PICKER, Bennet G. **Mediation Practice Guide: A Handbook for Resolving Business Disputes**. Estados Unidos: American Bar Association, 2003. p. 25.

22 ALEXANDER, Nadja. ROBERGE, Jean-François. IBRAHIM, Fatma. **Mediation Essentials: The Definitive Desk-book**. Estados Unidos: International Finance Corporation, 2016. p. 30.

23 PICKER, Bennet G. **Mediation Practice Guide: A Handbook for Resolving Business Disputes**. Estados Unidos: American Bar Association, 2003. p. 25.

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO NAS EMPRESAS FAMILIARES

BRUNNA GABRIELLE MARONI REZENDE¹

1. INTRODUÇÃO

Empresas familiares configuram parte relevante do cenário econômico global. *Walmart Inc*, *Ford Motor Company*, *Cargill Inc*, *Dell Technologies Inc*. são todos exemplos de empresas familiares listadas no “2023 Family Business Index”², segundo o qual as 500 maiores empresas familiares do mundo, em conjunto, geraram US\$ 8,02 trilhões em 2022. No Brasil, JBS S.A, Magazine Luiza S.A. e Votorantim Participações S.A. também têm em comum, além do seu expressivo sucesso econômico, o fato de serem empresas familiares. Segundo dados do Sebrae e do IBGE, as empresas familiares no Brasil geram 65% do PIB, empregam 75% da força de trabalho e representam 90% dos empreendimentos³.

Apesar da sua relevância econômico-social, um estudo realizado pelo Banco Mundial aponta que cerca de 95% das empresas familiares não resistem à terceira geração de proprietários⁴. Os desafios das empresas familiares são diversos, dentre eles a sua dinâmica singular e um alto potencial para o surgimento de conflitos que, caso não gerenciados adequadamente, oferecem grande risco para o sucesso e para a continuidade dessas empresas. É nesse contexto que o instituto da mediação surge como uma importante ferramenta na resolução de litígios, pois o procedimento facilita a comunicação e a compreensão, respeita a autonomia da vontade e preserva a relação entre as partes.

2. EMPRESAS FAMILIARES: CONCEITO

A empresa familiar pode ser definida por meio de diferentes abordagens. Segundo J. Sérgio Gonçalves (2000, p. 8), três situações caracterizam a empresa familiar:

1 Pós-Graduada em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Advogada no escritório Wald Antunes Vita Blattner Advogados em São Paulo. Membro efetivo da Comissão Especial de Mediação Empresarial OAB/SP. Endereço Eletrônico: brunna.maroni@wald.com.br

2 <https://familybusinessindex.com/#index>

3 [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2d-c/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2d-c/$File/7599.pdf)

4 <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/family-business-governance-handbook-spanish.pdf>

a) a empresa é propriedade de uma família, detentora da totalidade ou da maioria das ações ou cotas, de forma a ter o seu controle econômico; b) a família tem a gestão da empresa, cabendo a ela a definição dos objetivos, das diretrizes e das grandes políticas; c) finalmente, a família é responsável pela administração do empreendimento com a participação de um ou mais membros no nível executivo mais alto.

Continua ainda o autor, “com efeito, não é a ausência de empregados que caracteriza a empresa familiar, mas o fato de tanto o controle político e econômico quanto a gestão da empresa encontrarem-se nas mãos dos membros de uma mesma família” (GONÇALVES, in CERQUEIRA, 2018, p. 26).

Já para Roberta Nioac Prado (2011, p. 24), empresa familiar é toda estrutura, de poder ou de gestão, que possa ser afetada por situações familiares ou “influenciada ou definida em um processo de separação judicial, em um divórcio ou inventário”. Sob essa ótica, considera até mesmo uma empresa individual, como familiar.

Nesse aspecto, importante pontuar que a empresa familiar não constitui no ordenamento jurídico brasileiro um tipo societário autônomo, com um regimento próprio (AGUIRRE, 2005, p. 77). A empresa familiar pode adotar diversos tipos societários, como por exemplo, ser uma sociedade limitada ou ser uma sociedade por ações, ser de diversos portes e, ainda, atuar em diversos setores da economia. Assim, a empresa familiar pode configurar desde uma pequena ou microempresa até grandes grupos empresariais.

Em virtude dessas considerações, para os fins deste artigo, a característica da empresa familiar que será considerada é a família proprietária ser responsável pelas deliberações sociais, ou seja, “a propriedade e a decisão nas mãos de familiares” (AGUIRRE e CHISTÉ, 2019, p. 1497).

3. OS DESAFIOS DAS EMPRESAS FAMILIARES

A magnitude das empresas familiares no cenário econômico, social e político é indiscutível. Possuem inúmeras vantagens, tais como: i) organização e lealdade; ii) formação de laços e vínculos; iii) estabilidade de comando; iv) gestão de longo prazo; v) perpetuação de valores familiares; iv) conexões duradouras com clientes e fornecedores, dentre outras. (AGUIRRE e CHISTÉ, 2019, p. 1497)

Além disso, “a família tem zelo pelo seu nome, o que constitui incentivo para assumir um comportamento discreto e manter disciplina no cumprimento de compromissos assumidos.” (MENDES DA SILVA, in AGUIRRE e CHISTÉ, 2019, p. 1535)

A união familiar pode, portanto, impulsionar o crescimento, a competitividade e a performance dos negócios.

Por outro lado, as empresas familiares também enfrentam muitos desafios. Já não bastassem as dificuldades das empresas na atualidade, como a globalização, a inovação tecnológica, uma recente pandemia e um cenário econômico de incertezas, as empresas familiares encaram ainda outros empecilhos.

A evolução da sociedade ocasionou diversas mudanças também no contexto familiar. Os modelos de arranjos familiares foram transformados, ampliando-se o conceito de família. Essa realidade reflete também nas empresas familiares.

Como bem elucida PRADO, “não é apenas a complexidade empresarial em razão da globalização que vem crescendo, mas também a sua complexidade das famílias, suas relações e repercussões patrimoniais em várias esferas jurídicas”. (2011, p. 28)

Assim, são muitos os aspectos desafiadores em uma empresa familiar, sendo um ambiente propício para o surgimento de conflitos, dos mais variados tipos, como, por exemplo, a confusão patrimonial entre a família e a empresa, as dificuldades na sucessão, a convivência entre gerações diferentes, os conflitos entre sócios e herdeiros.

A confusão de papéis dos diversos membros da família e/ou da empresa gera dificuldades de convivência e, claro, conflitos que são agravados pela visão do que seja o patrimônio do negócio propriamente dito, da empresa, o patrimônio familiar e as relações de parentesco e profissionais que atingem momentos conflituosos insustentáveis e às vezes insuperáveis para a empresa, a família e as pessoas integrantes das empresas. (BRAGA NETO, 2014, p.143)

Nas palavras de Fernanda Tartuce, “[a] situação das empresas familiares pode se complicar por envolver aspectos não apenas estritamente profissionais, mas também subjetivos” (2020, p.375).

Dessa forma, os conflitos que surgem nesse contexto não envolvem questões somente racionais e lógicas, como também questões emocionais e afetivas.

4. A MEDIAÇÃO COMO SOLUÇÃO

Nesse cenário particular, recorrer ao poder judiciário, por meio de uma ação judicial, pode não ser suficiente para solucionar as disputas ocasionadas, podendo até mesmo agravar a situação.

A mediação surge, então, como ferramenta adequada para, por meio de um terceiro imparcial, gerir o conflito surgido no âmbito da empresa familiar, mitigando os danos envolvidos nesse cenário complexo e preservando o relacionamento entre as partes (AGUIRRE e CHISTÉ, 2019, p. 1628).

Como cediço, o instituto da mediação tem ampla aplicabilidade. Pode ser aplicado em diversos contextos, tanto em caso de disputas envolvendo interesses estritamente econômicos, como no caso de uma batida de carro no trânsito, ou,

do outro lado do espectro, em casos envolvendo relações familiares ou afetivas, como por exemplo, uma disputa envolvendo divórcio em uma família com filhos. (HOFFMAN, 2016, p. 156)

Os conflitos surgidos no âmbito da empresa familiar ocupam o meio desse espectro, pois enquanto os vínculos familiares devem ser preservados, os interesses econômicos também devem ser atendidos. (HOFFMAN, 2016, p.156)

O uso da mediação nesse caso é crucial para que as emoções sejam adequadamente gerenciadas e os interesses em comum das partes sejam resgatados. Os benefícios da mediação para isso são diversos: i) a celeridade do procedimento; ii) a diminuição de custos; iii) o respeito à autonomia da vontade; iv) a confidencialidade, evitando-se, assim, uma publicidade negativa para a empresa; v) a flexibilização do procedimento; vi) o fortalecimento e a manutenção das relações entre as partes (AGUIRRE e CHISTÉ, 2019, p. 1647).

Uma das técnicas utilizadas pelos mediadores para gerenciar as emoções envolvidas no caso é usar o *caucus*, reuniões privadas do mediador com cada parte, em separado.

Conforme ensina Diego Faleck:

as partes são separadas em salas diferentes, e o mediador aproveita a oportunidade para criar maior proximidade, entender melhor as visões e perspectivas das partes, debater com maior franqueza os pontos fortes e fracos do caso, os interesses e opções e propostas de encaminhamento. (2014, p. 263)

Com tal técnica é possível depreender os pontos mais cruciais e sensíveis do conflito, que muitas vezes são deturpados pelas emoções.

Por mais curioso que pareça, mais frequente do que não, as partes, ao iniciarem o processo de mediação, não têm o conhecimento dos seus reais pontos de divergência, de pontos de concordância e da existência de pontos cegos, das quais não tinham conhecimento, que necessitam ser tratados. (FALECK, 2014, p. 263)

Assim, o mediador é capaz de aproximar as partes e construir em conjunto com elas uma solução específica para o caso, conciliando os seus interesses, em um ambiente de respeito às individualidades, que facilita o diálogo e a compreensão.

Por fim, a importância da mediação é tamanha, que constitui instrumento de governança corporativa. O próprio Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) recomenda o uso da mediação em seu código das melhores práticas de governança corporativa, sendo imprescindível para a profissionalização da empresa e para a continuidade do negócio (VICTORIANO, 2021, p. 240).

5. CONCLUSÃO

Empresas familiares desempenham um papel crucial na economia, mas enfrentam desafios únicos diante de entraves entre interesses familiares e empresariais. Nesse contexto, o surgimento de um conflito é provável. No entanto, se manejado adequadamente, o mais desafiador dos conflitos pode até mesmo ser valioso, impulsionando mudanças e progresso na empresa.

Para solucionar tais conflitos, surgidos no âmbito da empresa familiar, a mediação se apresenta como uma importante ferramenta, sendo mais célere e menos onerosa para as partes quando comparada aos métodos de conflitos heterocompositivos, como o processo judicial. Por meio de um terceiro imparcial, a mediação promove o gerenciamento de emoções e de diferenças, fomenta o diálogo e a conciliação de interesses, para construir em conjunto com as partes, de forma criativa, uma solução específica para o caso.

Configura, assim, um instrumento de preservação da empresa familiar. A mediação garante a profissionalização do negócio, contribui para o sucesso da empresa e garante a sua estabilidade, prosperando para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIRRE, Caio Eduardo. **Mediação em Empresas Familiares**. Tese de Mestrado em Direito. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

AGUIRRE, Carlos Eduardo e CHISTÉ, Paula de Magalhaes. **Mediação em Empresas Familiares, in Mediação Empresarial: Experiências Brasileiras – Volume I/** organizador Adolfo Braga Neto – São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2019.

BRAGA NETO, Adolfo. **A mediação de conflitos no contexto empresarial**. Revista do Advogado, Ano XXXIV nº123, agosto de 2014.

CERQUEIRA, Gustavo. **Sucessão Hereditária nas Empresas Familiares: interações entre o direito das sucessões e o direito das sociedades**. São Paulo: YK, 2018.

FALECK, Diego. **Mediação Empresarial: Introdução e Aspectos Práticos**. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 41/2014, p. 263-278, jul-set de 2014.

GONÇALVES, J. Sérgio R. C. **As Empresas Familiares no Brasil**. Revista de Administração de Empresas. FESP. FGV. v. 7, n.1 São Paulo, 2000.

HAYASAKI, Talita Silvério. **Sucessão é um dos principais desafios das empresas familiares do campo**. Disponível em: < www.migalhas.com.br/autor/talita-silverio-hayasaki>. Acesso em 04.09.2023.

HOFFMAN, David A. **Mediating family business disputes: a primer for clients, family business advisers and other professionals**, in Sustaining Family Enterprise, ed. Richard Narva, 2016.

INTERNATIONAL FINANCE CORPORATION (IFC). **Manual IFC de Gobierno de Empresas Familiares**. Disponível em: < <https://www.ifc.org/content/dam/ifc/doc/mgrt/family-business-governance-handbookspanish.pdf>>. Acesso em 15.11.2023.

ISOLDI, Ana Luiza. **Visão sistêmica na mediação em empresas familiares**, in Mediação Empresarial: Experiências Brasileiras – Volume II/ organizador Adolfo Braga Neto – São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2022.

KLEIN, M.; ROBERTSSON, H.; ZELLWEGGER, T. **2023 EY and University of St. Gallen Family Business Index**. Disponível em: < <https://familybusinessindex.com/#index>>. Acesso em 15.11.2023.

PRADO, Roberta Nioac. **Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, gover-**

nança familiar e governança jurídica/ coordenadora Roberta Nioac Prado. - São Paulo: Saraiva, 2011.

SEBRAE. **Empresas familiares.** Disponível em: [https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/\\$File/7599.pdf](https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/ARQUIVOS_CHRONUS/bds/bds.nsf/1a5d95208c89363622e79ce58427f2dc/$File/7599.pdf).> Acesso em 15.11.2023.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

VICTORIANO, Celso Ferreira da Cruz. **A Mediação e arbitragem como instrumentos de governança corporativa nas empresas familiares** – São Paulo: Editora Dialética, 2021.

A PREPARAÇÃO DO CLIENTE PARA A PRIMEIRA SESSÃO DE MEDIAÇÃO

FELIPE VERSIANI GANDOLFO¹
JULIANA KAIRALLA GARCIA VIOTTI²

1. INTRODUÇÃO

Há muito a autocomposição vem sendo abordada no ordenamento jurídico, atualmente estando explícita no Código de Processo Civil, em seu artigo 334³, parágrafo primeiro.

Sob o mesmo prisma, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil⁴, também estabeleceu como dever do advogado o estímulo à adoção de métodos consensuais, como a mediação e a conciliação, de forma a favorecer e estimular a autocomposição, antes mesmo de se provocar o Poder Judiciário.

Uma vez que está evidente a intenção do Legislador e, conseqüentemente, da sociedade que ele representa em estimular a resolução de conflitos por meios alternativos e não apenas pelo Poder Judiciário, a promoção de meios pacíficos deve ser feita através da educação apropriada do público e dos profissionais que nela atuam. Assim, se faz de suma importância a preparação do cliente por seu advogado para a respectiva sessão que está por vir.

Desta forma, se presta o presente artigo para analisar os diversos aspectos do que devem ser considerados quanto à predisposição do cliente para uma sessão de mediação, bem como para solucionar diversas dúvidas quando à preparação e a importância dessa etapa.

1 Advogado, pós-graduado em direito empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Membro da Comissão de Mediação Empresarial da OAB-SP.

2 Advogada e mediadora certificada pelo CNJ. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, pós-graduada em Meios Alternativos de Solução de Conflitos pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Membro da Comissão de Mediação Empresarial da OAB-SP. Integra o corpo de mediadores da Câmara de Mediação e Arbitragem Especializada - CAMES Brasil.

3 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.

4 Artigo 2º, parágrafo único, VI do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

2. A REUNIÃO PRÉVIA E SEUS ASPECTOS RELEVANTES

A reunião prévia será, e ocorrerá, no ambiente físico (ou virtual), onde todos os pontos tratados neste artigo serão avaliados pelo advogado e exposto ao cliente.

Será na reunião prévia aonde o advogado irá, de fato, preparar seu cliente para a sessão que estará por vir.

É interessante que a reunião prévia ocorra em duas etapas, sendo a primeira a etapa teórica, na qual o advogado irá analisar seu cliente de modo a deduzir diversas conclusões, visando sempre estruturá-lo do melhor modo para a sessão, indicando, por exemplo, tanto o caráter informal e não bélico da mediação como a extensão da participação que ele pretende que o cliente tenha durante a sessão, sendo também nessa reunião prévia, o momento em que o advogado irá expor ao cliente a importância da linguagem corporal no transcorrer da mediação. Outra medida a ser adotada pelo advogado refere-se à conscientização do cliente de que a mediação demanda esforços e concessões de parte a parte, de modo a se atingir um denominador comum satisfatório a todos.

Na segunda etapa a teoria será treinada. Será a parte da encenação preparatória, quando o advogado treinará o cliente como se numa sessão estivesse, com o objetivo de, como já dito, tirar o temor quanto à sessão e deixá-lo mais confortável, o que também ocorrerá com o advogado, ao passo que ele saberá como melhor conduzir seu cliente.

Importante que na reunião prévia o advogado deixe claro a seu cliente que a sessão é revestida de informalidade, sendo que, sequer o mediador é um juiz togado ou árbitro, de forma que não será analisado culpados e inocentes. O advogado deve orientar o cliente também em relação às questões práticas que podem ocorrer, tais como em que momento se manifestar, como responder as perguntas, como se negar a respondê-las, como irá ocorrer a sessão, as suas etapas – inclusive a possível ocorrência de reuniões particulares com o mediador (*caucus*).

Desta forma, a reunião prévia é de suma importância para a preparação do cliente quanto à sessão de mediação, de modo que deve ocorrer e ser, impreterivelmente, bem aproveitada pelo advogado e pela parte, de modo a que, no futuro, a sessão atinja seu objetivo de solucionar o conflito da melhor maneira para todos os lados.

3. PAPEL DO CLIENTE NA MEDIAÇÃO

Quanto ao papel do advogado na mediação, esse já é demasiadamente conhecido, sendo claro que o advogado é imprescindível à defesa dos interesses

do cliente e garantidor da legalidade e justiça. Agora, qual o papel do cliente na mediação?

O cliente passa a ser uma tela em branco, na qual o advogado tem a função de preenchê-la, de modo a se obter o melhor da sessão de mediação. O advogado, antes da sessão, deve conduzir seu cliente para que esse esteja preparado para a sessão que está por vir e dela extraia as melhores possibilidades para que se atinja a resolução satisfatória do conflito. As melhores possibilidades não devem ser confundidas com ganhar mais do que ceder, mas sim em focar num acordo que seja melhor para todos os envolvidos, de modo que saiam todos vitoriosos e satisfeitos com o resultado.

Trabalhar questões subjetivas é passo que o advogado deve adotar junto ao seu cliente, antes e durante o processo de mediação, de forma a auxiliar as partes e o mediador, contribuindo para o alcance de uma solução satisfatória a todos os envolvidos⁵.

Assim como as pessoas precisam se preparar para uma reunião de trabalho, uma apresentação ou entrevista, elas também devem estar prontas para uma sessão de mediação. Para que o advogado possa orientar seu cliente da melhor maneira possível, a fim de tirar o melhor benefício possível da sessão de mediação, deve o advogado, antes de mais nada, reconhecer qual estilo de cliente se está tratando, assim saberá se ele deverá exercer um papel verbal ativo, um papel verbal limitado ou nenhum papel verbal. Um advogado com conhecimento do processo de mediação deverá analisar o perfil do caso e das partes envolvidas.

3.1. DOS DIFERENTES PAPÉIS DO CLIENTE NA SESSÃO DE MEDIAÇÃO

Os diferentes papéis que o cliente pode assumir durante a sessão de mediação irão ditar a extensão de sua participação nela.

Caso o cliente tenha uma boa oratória, goze de reconhecida credibilidade no meio em que o circunda e tal reverbere nos participantes da sessão, seja simpático e persuasivo, é importante que o advogado explore ao máximo a participação de seu cliente durante a sessão de mediação, desde a declaração de abertura, até na ocorrência de reuniões fechadas com o mediador (*caucus*). O cliente poderá se beneficiar de sua oratória, simpatia e persuasão também durante a sessão conjunta, devendo ser previamente orientado a respeitar os momentos de fala e, principalmente, a praticar a escuta ativa, e a observar regras básicas de convivência e da sessão de mediação.

5 MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do Advogado na Mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 60 2019. p. 63 - 88 São Paulo: Ed. RT Jan./Mar. 2019 [versão eletrônica] p.6

Por outro lado, deve o advogado mensurar o quão válida é a participação de um cliente que não tenha aptidão de externalizar com facilidade suas necessidades ou ainda que, sabidamente, não goze de total respeito social.

Desta forma, caso se esteja diante de um caso de alta complexidade, na qual, para desenvolvimento do raciocínio, a parte deva ter específico conhecimento técnico e boa oratória, é aconselhável que esse cliente tenha uma participação pontual e restrita, se atinando a questões específicas e fáticas, não adentrando ao mérito ou às razões da sessão.

Deve-se também, e com a mesma importância dos demais pontos já trazidos, analisar o envolvimento emocional do cliente para com o caso e com as pessoas envolvidas, isso, pois, por mais exímio orador que seja o cliente, o envolvimento emocional deste poderá jogar por terra tudo o discutido previamente durante a preparação do cliente na reunião prévia, fato muito corriqueiro em mediações no âmbito do direito de família e sucessões ou ainda entre sócios fundadores.

Assim, após a análise intrínseca da extensão que se pretende dar a participação do cliente, o advogado deve orientá-lo previamente quanto a esse seu papel. Em sendo um papel pouco participativo ou não participativo, deverá o advogado orientá-lo a manter seu foco nas perguntas que lhes são feitas, sem devanear sobre o conflito em questão, evitando julgamentos subjetivos do tema e das partes ou, tampouco, emitir opiniões sobre os fatos trazidos na sessão, que possam provocar emoções indesejadas na outra parte.

Da mesma forma, caso a intenção seja de conceder ao cliente uma participação ativa e plena, deve o advogado repar-lo das regras básicas de convivência, de modo a deixar a outra parte expor suas ideias e sentimentos, aplicando a escuta ativa, e expondo suas ideias sempre que for convidado a, ou quando surja o momento para tal.

Importante, independentemente de como o advogado pretenda conduzir a participação do cliente na sessão de mediação, que na reunião prévia, o advogado delimite a atuação de ambos, ou seja, deve o advogado impor limites intransponíveis no decorrer da sessão, tanto com relação a ele, advogado, como a outra parte, de modo a manter e construir empatia do mediador e da outra parte com o cliente.

3.2. PREPARAÇÃO DO CLIENTE

Uma vez combinado entre cliente e advogado qual será a extensão da participação do cliente na sessão de mediação, deve ele repar-lo para que possa usufruir ao máximo a sessão.

Inicialmente deve-se explicar ao cliente como ocorrerá a sessão e as etapas que serão percorridas.

Esclarecido isso, o advogado deve treinar o cliente, encenando com ele a sessão e possíveis perguntas que lhes serão feitas. Isso é importante para, primeiro, deixá-lo confortável com relação ao que enfrentará, sabidamente as pessoas temem o desconhecido e, uma vez que você desvende uma sessão a seu cliente, ele nada mais temerá. Com o cliente ficando à vontade com relação ao que enfrentará na sessão, conseqüentemente, o advogado também ficará. Ele saberá os pontos fortes e fracos do cliente e como explorá-los com esmero.

A simulação prévia de uma sessão de mediação é de suma importância para que se alcance o sucesso final, entretanto, tal recurso não é usualmente utilizado por advogados da área, seja por desconhecimento, seja por falta de tempo, uma vez que se deve despende horas para uma encenação bem-feita e que gere frutos. De qualquer forma, o advogado não deve abdicar de tal recurso, utilizando-o e adaptando-o para sua realidade profissional.

O advogado deve informar ao cliente quanto à importância da linguagem corporal, assim como treiná-lo a transmitir maior confiança aos presentes.

Sentar-se em uma postura ereta, de frente ao mediador, falar olhando nos olhos do receptor da informação, todos são métodos básicos, mas eficazes, para que o cliente transmita sua mensagem de modo mais persuasivo.

Nesse mesmo sentido postural, é importante que atitude do cliente não transpareça deboche ou descaso, pontos inadmissíveis para uma sessão de mediação. Tais atitudes podem levar a outra parte a se exaltar de forma exacerbada, jogando uma pá de cal em qualquer tentativa de solução amigável do conflito.

Por outro lado, uma boa postura e a utilização de um meio de fala direto ao mediador, poderá construir com ele um relacionamento de confiança de modo a mostrá-lo que o cliente e ele buscam um caminho em comum: um bom acordo; sendo que assim, o mediador, mesmo tendo uma posição sabidamente imparcial, irá utilizar suas ferramentas com mais afinco, de modo a se construir uma solução que agrade a todos os envolvidos na sessão de mediação.

A sessão de mediação, e como o advogado, a essa altura, já deverá ter explicado ao cliente, não tem objetivo beligerante, não se trata de um embate ou debate entre dois lados com um simples mediador no meio como se vê em períodos eleitorais. A sessão de mediação ocorre em um ambiente neutro, onde não se busca culpado e inocente, certo ou errado, não existindo um ser que irá determinar a justiça ao fim da sessão.

Deve o advogado orientar seu cliente para que não argumente, demonstre reações às ofertas de acordo e, tampouco, deixe transparecer qualquer reação que

possa causar ira na outra parte. Contra-argumentos vazios, jocosos ou carregados de ironia apenas prejudicam o bom desenrolar da sessão, bem como a provocação, seja por palavras ou por gestos da contraparte em nada acrescentam a sessão, pior, pode levar a outra parte a se retirar da sessão, uma vez que elas não estão lá de forma obrigatória, mas sim voluntária.

O objetivo da sessão será de facilitar a comunicação das partes de forma a elucidar seus interesses e necessidades, para que elas consigam chegar a um acordo que agrade a ambos, em uma clara situação de “ganha-ganha”.

O mesmo pode ocorrer caso a parte esboce qualquer reação quando lhe for proposto um acordo. Apenas a parte, e apenas cada uma delas, sabe o mínimo e o máximo que está disposta a abrir mão para se convergir em um acordo, deste modo, qualquer tipo de esboço de reação pode transparecer a outra parte que o acordo proposto estava melhor, ou não, do que a outra parte estava proposta a aceitar, o que poderá levar a retirada da oferta. Sendo assim, o advogado deve orientar o cliente a não esboçar qualquer reação quando estiver diante de uma proposta de acordo.

Por fim, quanto à preparação do cliente, é importante lembrá-lo de que ele não é obrigado a responder qualquer pergunta, sendo que, também, o silêncio não será entendido como confissão tácita.

Algumas vezes, tanto o mediador como a outra parte pode dirigir perguntas capciosas, o que nem sempre é feito de maneira consciente, mas que podem dar origem a respostas dúbias. Assim, sempre que o cliente se vir nesse tipo de situação, pode ele se negar a responder tais perguntas, focando sua atenção aos fatos, não deixando transparecer qualquer exagero de sua narrativa. Alternativamente, pode pedir esclarecimentos adicionais, a fim de simplificar a pergunta e ser mais assertivo na resposta.

Caso a pergunta que for dirigida ao cliente exija uma expertise pontual ou tenha, em seu âmago, a intenção de que seu cliente se contradiga, pode sempre ele pedir que o advogado responda à pergunta, pontuando que não tem conhecimento ou lembrança sobre o que lhe fora perguntado.

Desta forma, seguindo os preceitos e conceitos aqui elencados, o cliente estará plenamente apto a participar da sessão de mediação, e o advogado ficará seguro em seguir com a estratégia como traçada anteriormente com seu cliente e quanto ao caso em si.

4. CONCLUSÃO

A mediação é uma valiosa ferramenta alternativa para a gestão e resolução de conflitos, muito embora, até a presente data, tenha sido pouco utilizada no Brasil e, quando utilizada, ela é pouco aproveitada pelos participantes.

Conforme foi exposto no decorrer deste trabalho, é de suma importância que o advogado, reconhecendo a grandeza da sessão de mediação, prepare e treine seu cliente, para que seja tirado o melhor proveito da sessão.

Não há como fugir do fato de ser o advogado a força motriz da sessão de mediação. Se acreditar no procedimento, se fizer um bom trabalho junto ao cliente, a sessão será extremamente proveitosa, muito provavelmente restando em uma solução que agrade a todos; em uma solução que dê às partes a sensação de “ganha-ganha”, portanto, além da relação jurídica ali discutida, as relações sociais existentes entre as partes também poderão ser reatadas, diferentemente do que ocorre em processos judiciais ou arbitrais, onde, por conta de uma decisão imposta pela autoridade, uma das partes se sente perdedora e a outra vencedora, o que, no mais das vezes, mina por vez qualquer possibilidade de se reatar os vínculos sociais.

Assim, a bem da verdade é que cabe ao advogado preparar o cliente para a sessão de mediação, seguindo os passos e o caminho aqui pontuados, de modo que, ao fim, a sessão de mediação ocorra da maneira mais produtiva a todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 07 nov. 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Resolução n. 02 de 19 de outubro de 2015. Estabelece o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Brasília, DF. Disponível em <https://www.oab.org.br/Content/pdf/novo-ced.pdf> acesso em 14 ago 2023.

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

GOLANN, Dwight; FOLBERG Jay. *Mediation: the roles of advocate and neutral*. 4a ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer 2022.

MARTINS, Camila Biral Vieira da Cunha; VALDETARO, Liana Gorberg; SIMÕES, Alexandre Palermo. O papel do Advogado na Mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 60 2019. p. 63 - 88 São Paulo: Ed. RT Jan./Mar. 2019 [versão eletrônica].

MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO: OBSTÁCULOS, EVOLUÇÃO E DESAFIOS

GABRIEL TADEU VARONI PERUZZO¹

A mediação, como método alternativo de resolução de conflitos, tem se tornado cada vez mais difundida e aplicada em todas as áreas do Direito. No Direito do Trabalho, essa tendência não é diferente – ou pelo menos não deveria ser.

A mediação no Direito do Trabalho é fundamentada nos princípios da resolução consensual de conflitos e da negociação colaborativa. Busca-se o diálogo e a cooperação entre as partes envolvidas, com o objetivo de encontrar soluções mutuamente aceitáveis para as questões trabalhistas em disputa. A mediação, via de regra, proporciona um ambiente seguro e confidencial, permitindo que as partes expressem seus interesses, preocupações e necessidades, e trabalhem juntas para alcançar uma solução satisfatória para o impasse.

Contudo, não há como negar que, apesar dos tímidos esforços legislativos e do próprio Judiciário trabalhista para estimular, viabilizar e fomentar a mediação, o instituto encontra muita resistência histórica e dificuldades de implementação prática nos litígios trabalhistas, especialmente nos individuais. Neste artigo, examinaremos brevemente o papel da mediação no Direito do Trabalho, algumas de suas principais características, sua breve evolução legislativa, alguns de seus benefícios e algumas de suas limitações.

O instituto, que representa uma forma de autocomposição, está previsto na CLT desde a sua redação original, que sempre prestigiou e estimulou a solução dos conflitos por intermédio da conciliação em qualquer fase processual. Neste sentido, o Texto Consolidado prestigia e estimula a conciliação mesmo após o encerramento da fase conciliatória. Nessa linha o artigo 764 e seus parágrafos:

“Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

1 Advogado e sócio fundador do escritório Varoni | Silveira Advogados. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Membro da Comissão de Mediação Empresarial da OAB/SP. Possui mais de 12 (doze) anos de experiência prática adquirida, preponderantemente, na área trabalhista. Contato: gabriel@varonisilveira.com.br

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

Desse modo, a promoção da autocomposição por meio da conciliação sempre foi compatível com os princípios que norteiam o Direito do Trabalho.

A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15) expressamente previu em seu artigo 42, parágrafo único, a necessidade de regulamentação do instituto por lei própria na seara trabalhista:

“Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.”

A “Reforma Trabalhista” em vigor desde 2017 não apresentou mecanismos substanciais para estimular, fortalecer e viabilizar o instituto da mediação.

Diante da inexistência de lei própria, a Resolução nº 174, do CSJT, que entrou em vigor antes mesmo da “Reforma Trabalhista”, estabeleceu que apenas magistrados e servidores públicos, estes sob a supervisão daqueles, podem promover a utilização da mediação na esfera laboral. Isso se extrai do texto expresso do inciso II, do artigo 1º, da supracitada Resolução, o qual será visto e reproduzido mais adiante.

Todavia, em termos gerais, o que prevê a referida Resolução não é mediação, mas tentativas de conciliação, apesar dos dispositivos da Resolução nº 174 terem passado a diferenciar o instituto da mediação do instituto da conciliação após as alterações promovidas pela Resolução CSJT nº 252, de 22/11/2019.

Vale destacar a quase imperceptível diferenciação feita pela Resolução 252 sobre os institutos da mediação e da conciliação:

“Art. 1º Para os fins desta resolução, considera-se:

I – “Conciliação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, com a criação ou proposta de opções para composição do litígio;

II – “Mediação” é o meio adequado de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por aquele sempre supervisionado – a função de aproximá-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio; (...)”

O que a Resolução nº 174, do CSJT tentou restringir foi a aplicação da mediação aos dissídios individuais, tendo em vista que nos dissídios coletivos, por previsão legal, admitia-se a mediação fora do âmbito do Poder Judiciário. Neste sentido, o Decreto nº 1.572/1995, posteriormente revogado pelo Decreto

nº 10.854/2021, regulamentava a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista.

O Decreto nº 10.854/2021, também tratou sobre a mediação de conflitos trabalhistas, porém, o fez tão somente para os conflitos coletivos de trabalho. Neste sentido, o artigo 1º, em seu inciso VIII, é taxativo ao consignar que o Decreto “regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista sobre os seguintes temas: (...) VIII - mediação de conflitos coletivos de trabalho; (...)”.

E o Decreto nº 10.854/2021 dispõe claramente apenas sobre a mediação de conflitos coletivos trabalhistas exercida no âmbito do Ministério do Trabalho e Previdência. Conforme consta no artigo 33, do referido Decreto: “A mediação de conflitos coletivos de natureza trabalhista, quando exercida no âmbito do Ministério do Trabalho e Previdência, observará o disposto neste Capítulo.”.

Historicamente, a mediação no âmbito do Direito do Trabalho no Brasil também foi tratada na Resolução nº 125, do CNJ, em 2010. Essa Resolução impulsionou a adoção de políticas públicas para incentivar a autocomposição de conflitos e a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, por exemplo, além de fomentar o diálogo entre as partes.

Com a entrada em vigor dessa Resolução foi instituída a chamada “Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses”, nomenclatura posteriormente alterada para “Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses” pela redação dada pela Resolução nº 326, de 26/06/2020, também do CNJ.

E a atual previsão contida na Resolução nº 125 com a redação dada pela Resolução nº 326, passou a prever o seguinte no parágrafo único, do artigo 1º:

“(…) Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)”

A Resolução nº 125, do CNJ, sem dúvida, estabeleceu uma importante política judiciária para tratar dos conflitos, com o objetivo de garantir o direito à solução dos litígios por meio de métodos adequados. Com isso, a mediação ganhou destaque como uma ferramenta eficiente para resolver disputas no ambiente de trabalho, estimulando a busca por soluções consensuais.

A mediação trabalhista também foi abordada no CPC e, como já visto, na Lei nº 13.140/15, que estabeleceu, que a mediação nas relações de trabalho seria regulada por lei própria. Essa legislação abriu caminho para a consolidação da mediação como um instrumento de resolução de conflitos trabalhistas.

Como analisado, portanto, a ideia de autocomposição por intermédio da mediação de conflitos trabalhistas não é recente.

Lembre-mos que a Organização Internacional do Trabalho, desde a Convenção 98, de 1949, já recomendava medidas de conciliação e arbitragem voluntárias para tratar de questões relacionadas ao direito de sindicalização e negociação coletiva. No Brasil, portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, como a de nº 3.097, de 1988, também previram a possibilidade de utilização do procedimento de mediação em conflitos individuais e coletivos de trabalho.

Em 2012, o TST expediu o Ato nº 732, instituindo o Núcleo Permanente de Conciliação, alinhando-se com a Resolução nº 125, do CNJ, que estabelecia, como analisado, a instalação de núcleos de Mediação e Conciliação em todos os Tribunais do Brasil. Essa iniciativa visava promover a mediação e a conciliação como práticas habituais nos Tribunais trabalhistas, buscando desafogar o Judiciário e oferecer soluções mais rápidas e eficazes para os conflitos de natureza trabalhista.

A partir de então, a mediação ganhou destaque no âmbito da Justiça do Trabalho, com a criação dos “Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Disputas” pelos Tribunais Regionais do Trabalho, que passaram a ser competentes para a realização de mediação, conciliação e homologação dos acordos no âmbito de sua jurisdição.

Entretanto, apesar de todos os esforços e disposições legais existentes, é importante destacar que a aplicação da mediação em conflitos individuais trabalhistas é vista com ressalvas e requer cuidados e análises criteriosas por parte dos profissionais que nela atuam.

Enquanto a mediação é amplamente incentivada para questões trabalhistas coletivas, ainda existem dúvidas e muitos entraves que circundam sua aplicação nos conflitos trabalhistas individuais. É tênue a linha que permite sua aplicação e que confere validade e eficácia à sua aplicabilidade nos casos de conflitos individuais trabalhistas. Isso tudo devido à natureza indisponível de muitos direitos trabalhistas e à vulnerabilidade do trabalhador em relação ao empregador.

A citada Lei 13.467/2017 (“Reforma Trabalhista”), decisões do TST, do STF e outras medidas legislativas recentes flexibilizaram algumas normas trabalhistas, o que tem suscitado questionamentos sobre a possibilidade de a mediação ser ampla e irrestritamente utilizada em casos de conflitos individuais trabalhistas.

Nesse sentido, é fundamental que a mediação nos conflitos trabalhistas individuais ganhe força e seja estimulada, porém, é de extrema necessidade que seja conduzida com critérios claros, tendo como norte o profundo respeito aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho.

O controle jurisdicional deve garantir que os acordos não prejudiquem os direitos fundamentais dos trabalhadores e que não haja coação ou desequilíbrio nas negociações. A mediação, quando bem aplicada, pode ser uma oportunidade de reinvenção para a solução de conflitos individuais, fomentando o diálogo e a construção de soluções rápidas e eficazes, com menor desgaste emocional e custo financeiro em comparação com a judicialização dos casos.

A mediação trabalhista, pelo menos no plano teórico e legislativo, tem contribuído para um avanço importante no sistema jurídico brasileiro, incentivando a busca por soluções consensuais e respeitando os direitos dos trabalhadores. A sua correta aplicação pode contribuir para a formação de uma cultura de equilíbrio, paz e justiça social, resguardando a dignidade da pessoa humana e fortalecendo os principais pilares do Direito do Trabalho.

Como destacado, é fundamental que haja cautela e responsabilidade na utilização da mediação, de maneira a garantir a proteção dos direitos trabalhistas e a preservação dos princípios fundamentais que regem essa área do Direito.

Como vimos, a mediação é reconhecida como um método eficaz para a resolução de conflitos, porém, apresenta desafios e obstáculos quando se depara com a falta de equilíbrio nas negociações entre trabalhadores e empregadores. E isso é um fato para o qual não podemos fechar os olhos.

A limitação objetiva dos direitos que podem ser objeto de mediação, restringindo-a a direitos disponíveis e indisponíveis transacionáveis, gera dúvidas sobre sua aplicação nos conflitos individuais no contexto das relações de trabalho.

No Brasil, vimos que a flexibilização dos direitos trabalhistas tem se intensificado desde a entrada em vigor da “Reforma Trabalhista”. Essa flexibilização pode afetar a interpretação das normas trabalhistas vigentes e cogentes e a possibilidade de sua transação, inclusive por meio da mediação.

Sem dúvida, a proteção das normas trabalhistas é essencial para garantir um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, assegurando, basicamente, sua dignidade. Nesse sentido, são estabelecidos princípios de indisponibilidade e irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, que limitam a autonomia de vontade das partes na relação de emprego. E isso tudo decorre da observância de princípios especiais e essenciais que integram e compõem a base tutelar do Direito do Trabalho, dentre os quais citamos: princípio da proteção, princípio da norma mais favorável, princípio da imperatividade das normas trabalhistas e princípio da condição mais benéfica.

Os direitos classificados como de indisponibilidade absoluta são aqueles que constituem um patamar civilizatório mínimo, não passível de renúncia, tais como pagamento de salário mínimo, anotação da Carteira de Trabalho, normas

relacionadas à medicina e segurança do trabalho, depósitos do FGTS, recebimento do 13º salário, repouso semanal remunerado, gozo de férias, intervalo intrajornada, dentre outros. Já os de indisponibilidade relativa referem-se a interesses individuais ou bilaterais simples, passíveis de transação desde que não afrontem princípios de proteção social.

No contexto do direito individual do trabalho, a interpretação sobre a disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas pode variar, mas geralmente não se admite a renúncia ou a transação que resulte em prejuízo para o trabalhador.

Diante desse cenário, é crucial identificar a extensão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas para compreender em que medida a mediação pode ser utilizada nesses casos e se será válida e eficaz.

As normas de ordem pública não podem ser modificadas pelas partes, uma vez que se referem a interesses coletivos e fundamentais da sociedade. Essas normas estabelecem limites intransponíveis que garantem a proteção dos trabalhadores.

Indiscutível que a excepcionalidade da mediação em conflitos individuais trabalhistas não deve implicar no enfraquecimento dos princípios da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. A busca por soluções consensuais não deve ser utilizada como uma estratégia para promover a precarização das condições de trabalho ou a supressão de direitos trabalhistas conquistados.

A possibilidade de utilizar a mediação como meio de solução de conflitos individuais trabalhistas requer uma análise cuidadosa e o respeito aos princípios fundamentais do Direito do Trabalho. A proteção dos trabalhadores e a preservação dos princípios de indisponibilidade e irrenunciabilidade são fundamentais para manter a fisionomia tutelar do Direito do Trabalho e promover a justiça social e a cidadania.

A mediação no Direito do Trabalho, portanto, encontra mais resistência na prática, já que sempre deverá ser analisada sob o prisma do “princípio da proteção”, e dos outros já citados: princípio da norma mais favorável, princípio da imperatividade das normas trabalhistas e princípio da condição mais benéfica.

Apesar dos benefícios e das vantagens que a mediação oferece como alternativa de resolução de conflitos no Direito do Trabalho, existem algumas outras dificuldades enfrentadas atualmente nessa área do Direito. Sob o nosso crivo, destacamos algumas delas: desconhecimento e resistência; desigualdade de poder; falta de capacitação e aprimoramento dos mediadores; falta de familiaridade com questões trabalhistas complexas e, falta de incentivo.

Muitos empregadores e empregados ainda têm pouco conhecimento sobre o processo de mediação no contexto trabalhista e podem resistir à ideia de buscar essa abordagem consensual para resolver disputas. A falta de familiaridade com a mediação pode levar a uma preferência por soluções judiciais tradicionais, mesmo que sejam mais demoradas, onerosas e desgastantes.

Em algumas situações, especialmente quando se trata de disputas entre grandes empresas e trabalhadores individuais ou em grupos menores, pode haver uma clara desigualdade entre as partes. Isso torna as negociações na mediação mais desafiadoras, uma vez que uma das partes pode se sentir – como estará - em desvantagem em relação à outra.

A eficácia da mediação depende das habilidades e conhecimentos do mediador. A falta de capacitação específica em questões trabalhistas pode prejudicar a condução adequada do processo e a obtenção de soluções justas para ambas as partes. Não olvidemos o aprimoramento constante que a Justiça do Trabalho promove e coloca à disposição para os profissionais que querem se enveredar por esse caminho.

Algumas questões trabalhistas são intrinsecamente complexas, envolvendo leis, regulamentações detalhadas e bases principiológicas inafastáveis, como vimos. Isso pode dificultar a tarefa do mediador em compreender totalmente o contexto do conflito e ajudar as partes a encontrar soluções viáveis e legais. Por isso, a importância da constante capacitação e aprimoramento profissional dos mediadores.

Em algumas jurisdições faltam incentivos legais e financeiros para a correta implementação e utilização da mediação, imperando a cultura da judicialização dos conflitos.

Evidentemente, é preciso levar em conta que, no ramo do Direito do Trabalho, há uma disparidade já pré-existente entre as partes, o que deve ser ponderado pelo mediador. Para o caso de eventual abuso contra a parte hipossuficiente (trabalhador), a CLT prevê, no artigo 9º, a nulidade dos atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos nela contidos, havendo sempre a possibilidade de a Justiça do Trabalho reequilibrar as forças.

Inegável, ao nosso ver, que a mediação no Direito do Trabalho representa um instituto moderno, justo e eficiente para a resolução de conflitos laborais, tanto coletivos como individuais. Seus fundamentos teóricos, benefícios e até mesmo seus desafios práticos, demonstram sua relevância e a necessidade de aprimoramento constante do instituto para a construção de relações de trabalho mais colaborativas e produtivas, ou, pelo menos, para a solução mais colaborativa, amigável e reciprocamente vantajosa das relações laborais findadas.

Promover a mediação trabalhista, especialmente para os conflitos individuais, conscientizando as partes envolvidas de seus direitos, deveres e vantagens, bem como capacitar mediadores especializados, são ações fundamentais para consolidar essa prática e transformar positivamente a relação laboral entre empregadores e empregados, tornando-a mais harmoniosa e equitativa, servindo, derradeiramente, como instrumento efetivo de pacificação social.

Finalmente, reforçamos nossa convicção de que a adequada aplicação da mediação pode desempenhar um papel fundamental na construção de uma cultura de equilíbrio, pacificação e justiça social, promovendo a dignidade humana e servindo de instrumento apto para fortalecer, ainda mais, os principais pilares do Direito do Trabalho.

SISTEMA MULTIPORTAS ORGANIZACIONAL: CANAIS DE COMUNICAÇÃO QUE CONTRIBUEM PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NAS EMPRESAS

GISELA SCHEINPFLUG¹
LUCIANE PERUCCI²

1. INTRODUÇÃO

Por mais que as empresas promovam bons programas de integração para novos entrantes e desenvolvam internamente a formação de uma cultura uníssona e saudável, a complexidade das suas relações interpessoais é tão inegável quanto os conflitos que surgem a partir delas. O uso de mediações empresariais como alternativa para solução destes conflitos tem crescido, por se mostrarem mais ágeis, econômicas e satisfatórias, quando comparadas a solução dada pelas vias judiciais.

A mediação e a judicialização são duas alternativas do sistema multiportas, conceito que tem como principal característica o oferecimento de múltiplas alternativas para a resolução de conflitos, disponíveis para serem utilizadas conforme o interesse das partes envolvidas. A partir deste conceito, é proposto um novo olhar para os canais de comunicação disponíveis nas organizações, concebendo o SAC – Serviço de Atendimento ao Consumidor, a Ouvidoria e o Canal de Denúncias como parte de um Sistema Multiportas Organizacional, oferecidos como alternativas para clientes, parceiros e colaboradores, em busca de solucionar seus problemas junto àquela empresa.

2. FONTES DE CONFLITOS ORGANIZACIONAIS

Nas organizações, os conflitos podem surgir tanto nas relações internas como nas Inter organizacionais, as quais incluem relações com empresas subcon-

-
- 1 Gisela Scheinpflug é advogada e mediadora certificada pelo CNJ, mestre em Gestão da Informação (CID/UnB), MBA em Gestão Empresarial (PPGA/UFRGS), Bacharel em Informática (PUC-RS), atuando em atividades de consultoria empresarial há mais de 30 anos, bem como em projetos de adequação de empresas para ESG, Compliance e LGPD. Membro efetivo da Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB SP.
 - 2 Luciane Perucci é advogada e professora universitária. Mestre em Direito e mediadora certificada pelo CNJ. Membro efetivo da Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB SP.

tratadas, terceirizadas, parceiras de negócio e clientes. Atualmente, as empresas terceirizam boa parte das atividades que antes eram realizadas internamente, o que também contribui para potencializar conflitos³. Os clientes, por sua vez, precisam ser atendidos, entendidos, trabalhados e acolhidos para que seja assegurada a sobrevivência da empresa. Até mesmo as empresas que atendem predominantemente o mercado *Business to Business* (B2B) e não lidam com clientes finais, necessitam zelar pela boa comunicação junto aos colaboradores de seus clientes, pois sendo humanos, cada qual reflete suas próprias crenças, dificuldades e momentos de vida. Somados a elas, temos as dificuldades semânticas, barreiras de comunicação, erros de compreensão, ruídos nos canais de comunicação, entre outros, que também influenciam diretamente os processos informacionais e podem resultar em conflitos⁴.

Políticas, procedimentos e protocolos podem contribuir para a redução de riscos operacionais decorrentes de algumas dessas falhas no processo de comunicação e também para reduzir o que Scott⁵ nomeia como “conflitos estruturais”, os quais são decorrentes das divergências existentes entre a estrutura formal e a informal nas empresas.

Por fim, citamos o assédio moral, o qual para Hirigoyen⁶ surge como consequência de um conflito, e não como fonte dele:

O assédio é sempre resultante de um conflito. Resta saber se esse conflito provém do caráter das pessoas nele envolvidas, ou se está inscrito na própria estrutura da empresa. Nem todos os conflitos degeneram em assédio. Para que isto aconteça, é preciso a conjunção de vários fatores: desumanização das relações de trabalho, onipotência da empresa, tolerância ou cumplicidade para com o indivíduo perverso.

3. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL

Culturalmente, é costume do povo brasileiro o envolvimento do Poder Judiciário na solução de conflitos e por este motivo, houve uma demora em reconhecer os benefícios de solucioná-los através de métodos alternativos. A judicialização permanecia como primeira opção a ser adotada, não havendo análise de adequação do método ou da técnica processual às particularidades do caso concreto⁷.

A cultura da judicialização, no entanto, eleva a quantidade de processos e traz como consequência a morosidade processual e a tardia resolução dos confi-

3 HALL, R. H. **Organizations, structures, process and outcomes**, 6th ed. Englewood Cliffs, NJ, Prentice-Hall, 1996.

4 LUTHANS, Fred. **Organizational behavior**. 7th ed. United States: McGraw-Hill series in management, 1995. 628 p.

5 SCOTT, W. Richard. **Organizations: Rational, Natural and Open Systems**. 4th ed. Prentice-Hall, 1998. 416p.

6 HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: A violência perversa no cotidiano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

7 GORETTI, Ricardo. **Gestão adequada de conflitos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

tos, o que contraria a garantia da razoável duração do processo prevista no art. 5º, inciso LXXVIII da nossa Constituição, corolário do princípio fundamental do acesso à Justiça. Nas empresas, repercute ainda em prejuízos estratégicos, administrativos e financeiros.

O mundo empresarial, pautado no dinamismo, na exigência de velocidade e na otimização de seus ativos, aos poucos está se desvencilhando da cultura da judicialização e caminhando rumo a resoluções mais ágeis e efetivas para as suas situações de conflitos. Nesse contexto, a mediação tem se mostrado apropriada para resolução de divergências internas, entre setores, executivos e colaboradores da empresa, bem como nas controvérsias entre acionistas, stakeholders, órgãos governamentais etc.

A mediação corporativa ou empresarial é um dos métodos adequados para resolução de conflitos e contempla benefícios tais como o sigilo, a redução de custos e do tempo dispendido até a solução da controvérsia e a maior satisfação entre as partes envolvidas. Diante desse cenário, a busca por métodos alternativos de resolução de conflitos tem crescido, abrindo caminho para outras formas de pacificação social e dando origem ao sistema multiportas.

4. O SISTEMA MULTIPORTAS

A expressão sistema multiportas foi cunhada em 1976 por Frank Sander para identificar um conjunto de métodos de resolução de controvérsias à disposição dos cidadãos, seja no âmbito privado, seja como política pública, adotada pelo Judiciário mais recentemente⁸.

Importante observar que as várias possibilidades trazidas pelo sistema multiportas não se excluem, antes se complementam, podendo ser acionadas inclusive em sequência e de forma escalável, considerando-se características particulares, tais como os interesses das partes, a dinâmica das relações, os custos, dentre outros fatores. A característica da escalabilidade, oferecida através de canais, também é denominada por Faleck⁹ como a “escada de resolução de disputas”.

No sistema multiportas, a jurisdição estatal é uma dentre diversas outras opções de solução de conflitos. Outras alternativas possíveis são a mediação, a conciliação, a arbitragem, dentre outras.

Cabe ao Estado assegurar às partes o direito de escolher, de forma voluntária, o método mais adequado para resolver com eficiência um determinado

8 ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Coordenadoras Tania Almeida, Samantha Pelajo e Eva Jonathan. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

9 FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

conflito em específico¹⁰. O sistema multiportas apresenta-se, então, como a possibilidade de realização da justiça por vias plurais e mais adequadas a cada caso. Essa tendência é seguida pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 125/2010, bem como pelo Código de Processo Civil de 2015.

5. CANAIS DE COMUNICAÇÃO COMO SISTEMA MULTIPORTAS ORGANIZACIONAL

Nas organizações, os canais formais de comunicação acabam cumprindo papel importante na resolução dos conflitos que se apresentam. As empresas recebem questionamentos e reclamações que, se não forem devidamente conduzidos rumo a uma solução satisfatória, podem resultar em manifestações em redes sociais, reclamações em instituições de proteção ao consumidor, reportagens nas mídias, lides judiciais, dentre outras consequências. O acolhimento através do Serviço de Atendimento ao Cliente (SAC), da Ouvidoria e do Canal de Denúncias proporciona uma atuação mais proativa. Afastam-se desta forma riscos maiores de impactos negativos à imagem da empresa e de suas marcas perante o mercado consumidor e até mesmo, alguma possível oscilação do valor da empresa junto à bolsa de valores e o consequente aumento dos riscos operacionais da própria organização.

Em algumas situações, o contato através destes canais formais de comunicação acontece quando o conflito já está instalado. Nestas situações, se observa que o papel do atendente do canal de comunicação se confunde com o de mediador. Esta foi a origem da abordagem destes canais como um sistema multiportas, dando origem ao termo inovador que é proposto neste artigo: o sistema multiportas organizacional.

A seguir, abordaremos individualmente a contribuição dos três principais canais de comunicação corporativos, que são o SAC, a Ouvidoria e o Canal de Denúncias, enquanto canais de mediação, contribuindo para a resolução de conflitos organizacionais.

5.1. SERVIÇO DE ATENDIMENTO AO CLIENTE - SAC

O SAC, Serviço de Atendimento ao Consumidor, é regulamentado pelo Decreto nº 11.034/2022 com o objetivo, posto no seu artigo 2º, de “dar tratamento às demandas dos consumidores, tais como informação, dúvida, reclamação, contestação, suspensão ou cancelamento de contratos e de serviços”. Já o artigo 8º deste mesmo diploma, em seu inciso IV, determina que este serviço

10 Wienskowski, Rodrigo Pirajá, **Transformação Digital com ODR**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2022.

deve garantir a resolutividade da demanda. Dentre as métricas para a avaliação da efetividade do serviço previstas no parágrafo 1º do artigo 15º, constam a taxa de resolução de demandas em seu inciso II e o grau de satisfação do consumidor em seu inciso V. É notória, pois, a importância de prestar um bom atendimento ao consumidor quando ele está insatisfeito com o produto ou serviço prestado pela empresa, não somente para atender ao contexto legal, mas também para resolver situações e problemas o mais cedo possível, para que não tomem uma proporção maior.

Os atendentes do SAC desempenham papel de mediador ao buscar entender o problema relatado e acionar os departamentos internos que podem resolvê-lo, buscando informações e repassando-as ao consumidor até ser encontrada uma solução que seja satisfatória tanto para a empresa quanto para o cliente.

Estudos demonstram que a resolução efetiva do problema acaba se refletindo na redução de processos judiciais. Mayera, Marquesa e Platinob¹¹ realizaram um estudo baseado em mineração de dados provenientes de canais de atendimento ao consumidor em uma organização do setor de energia e encontraram relação entre a quantidade de contatos por cliente, ou seja, a reincidência, com a probabilidade de causas judiciais e de reclamações junto à Agência Reguladora do setor, a ANEEL, e nas ouvidorias, havendo aumento de 200% deste tipo de comportamento a partir do terceiro contato recorrente. Este estudo revelou ainda que 60% dos clientes que haviam acionado o poder judiciário haviam utilizado quatro vezes ou mais os canais de atendimento da empresa. Apresenta-se, pois, a importância não somente do SAC atender bem ao cliente, mas também de evitar a reincidência das reclamações e, desta maneira, reduzir riscos empresariais provenientes não somente de processos judiciais, mas também do impacto destes à própria imagem das empresas.

5.2. OUVIDORIA

A ouvidoria é um canal de comunicação relacionado à governança corporativa que se alinha com o conceito europeu de *Ombudsman*. A expressão resulta da junção da palavra *ombuds* que significa “representante”, e da palavra *man*, que significa “homem”¹². Trata-se de um serviço oferecido por empresas, organizações e instituições, objetivando a escuta de reivindicações, denúncias, sugestões e elo-

11 MAYERA, Verônica F., MARQUESA, Osiris R. B., PLASTINOB, Alexandre. **Uso de Múltiplos Canais de Atendimento: Estudo sobre o Comportamento dos Consumidores da Ampla Energia S.A. utilizando Mineração de Dados**. Revista Eletrônica Sistemas & Gestão Volume 9, Número 3, 2014, pp. 340-354.

12 LYRA, Rubens Pinto. **Prevenção e mediação de conflitos: a atuação dos conselhos e ouvidorias na área de segurança e de justiça**. Revista de informação Legislativa, Brasília, 2003.

gios da comunidade com a qual se relaciona, referentes aos produtos e serviços que disponibiliza a elas e agindo internamente em defesa delas.

A ouvidoria cria um espaço de diálogo e, em alguns momentos, administra até mesmo casos mais graves, como situações de assédio e discriminação. Ela costuma ser disponibilizada através de inúmeros veículos tais como e-mail, telefone ou 0800, WhatsApp ou mesmo pessoalmente, com o reclamante se dirigindo ao departamento de ouvidoria.

A ouvidoria não é instância jurídica, nem administrativa ou decisória. Sua função é de acolher as manifestações e encaminhá-las de forma imparcial e confidencial, dando suporte para a resolução e quando necessário, para a responsabilização dos envolvidos.

Apesar dos pontos de convergência, a ouvidoria se diferencia do SAC especialmente pelo grau do conflito e objetivo institucional. O SAC está direcionado especificamente a entender os consumidores, e para estes, se apresenta como uma primeira instância de atendimento às solicitações, dúvidas e reclamações. Já a ouvidoria, atende a todos os públicos que possuem relacionamento com a empresa e deve ser acionada somente quando os conflitos não alcançarem solução pelos canais usuais de atendimento.

É usual que a ouvidoria atenda também ao público interno, sendo um importante canal para prestar atendimento aos colaboradores, aprimorar a comunicação interna e apoiar na solução de conflitos dentro das organizações. A ouvidoria interna costuma ser adotada com o objetivo de aumentar a satisfação dos colaboradores e assim, impulsionar o desempenho dos integrantes, das equipes e dos negócios. Ela também propicia uma vigilância permanente no controle do cumprimento de diretrizes e padrões, podendo ser utilizada como ferramenta de apoio para promover transformações no ambiente organizacional, impactando diretamente nos seus resultados e possibilitando maior grau de proteção empresarial contra riscos operacionais. Trata-se de um recurso essencial para criar espaços de diálogo e acolhimento não somente para sugestões e reclamações, mas também para a gestão de casos mais graves, como assédio ou discriminação.

Recentemente, o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE São Paulo implantou um novo sistema de gestão de conflitos com o objetivo de promover a desjudicialização de conflitos, melhorar índices relacionados a resolução de conflitos e difundir a cultura da paz. Os colaboradores da Unidade Jurídica foram treinados para a utilização de técnicas de Comunicação Não Violenta, a CNV, bem como em cursos de mediação, passando a atuar, em um primeiro momento, na mediação de conflitos internos e também junto aos fornecedores. A Ouvidoria do SEBRAE se tornou um grande aliado neste proje-

to, ao identificar situações com potencial de judicialização e encaminhar para a equipe de gestão de conflitos, possibilitando desta forma a mediação.

5.3. CANAL DE DENÚNCIAS

O Canal de Denúncias faz parte dos Programas de Integridade de empresas, instituições, fundações, dentre outras, de forma a atenderem a Lei nº 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção. Esta lei impõe, em seus artigos 1º e 2º, a responsabilidade objetiva pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, praticados em interesse ou benefício próprio.

Empresas que se envolverem em algum ato ilícito de corrupção, poderão ter sanções mais amenas ao demonstrarem “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. É o que diz o inciso VIII do artigo 7º deste mesmo diploma.

O Decreto nº 8.420/2015 regulamenta a Lei Anticorrupção, e nele, se inclui formalmente, no inciso X do seu artigo 56º, a necessidade de as empresas proverem “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé”.

Embora estas leis já estivessem em vigência, não havia uma cobrança mais rígida para a adequação das empresas, o que ocorreu com o advento da nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021). A adoção de ações estruturadas de integridade passou a ser critério de desempate nos editais públicos (Art. 60. IV) e, dentre estas ações, se inclui a disponibilidade de um Canal de Denúncias. Ademais, o artigo 25 em seu parágrafo 4º, exige que, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o licitante vencedor implante um Programa de integridade no prazo máximo de 6 (seis) meses.

Como o próprio nome evidencia, o Canal de Denúncias tem como principal objetivo prover um canal para receber e dar encaminhamento a denúncias de práticas irregulares e atos corruptos que estejam de alguma forma vinculados àquela empresa que disponibiliza o canal. Para atender aos Programas de Integridade, o Canal de Denúncias deve oferecer acesso tanto ao público interno quanto externo e também permitir denúncias anônimas. A garantia de confidencialidade das denúncias e da não retaliação também são importantes para que o denunciante se sinta confortável e protegido para realizar sua denúncia, devendo, ainda, permitir que ele acompanhe o seu andamento e resolução.

Muitas empresas expandem o uso do Canal de Denúncias de forma a demonstrar estar cumprindo diretrizes relacionadas às práticas de ESG (do inglês Environment, Social and Governance), indicativo este que vem crescendo em importância no mundo corporativo. Também a Nova lei 14.457/22 que institui o Programa Emprega + Mulheres, obriga todas as empresas que possuem CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes e de Assédio) a ter um canal de denúncias de forma a assegurar o cumprimento de regras de conduta ética frente a assédios sexuais e demais formas de violência. Com isso, o Canal de Denúncias se torna, cada vez mais, um canal de acolhimento e transformação da cultura organizacional, onde as técnicas de mediação se tornam parte do ferramental de apoio à resolução destes conflitos.

6. CONCLUSÃO

Se observou claramente, ao longo das pesquisas realizadas na produção deste artigo, que a solução dos conflitos por esses canais de comunicação colabora efetivamente na redução do índice de judicialização dos conflitos nas empresas que os adotam e que as ferramentas de mediação podem auxiliar ainda mais nesse sentido e, conseqüentemente, para a redução de riscos operacionais.

Não obstante os benefícios que puderam ser observados pelo uso da mediação junto aos canais formais de comunicação organizacional, há de se considerar que o exercício dela por colaboradores da própria empresa pode prejudicar a imparcialidade do mediador, que é uma exigência essencial ao próprio exercício desta atividade. Este é um ponto a ser observado e devidamente conduzido dentro do ambiente organizacional, sendo possível, inclusive, que esta prática possa ser realizada a partir da contratação de mediadores independentes para conduzir estas demandas.

A depender do porte da empresa e do volume de conflitos, pode se tornar interessante também direcionar as situações de conflito que chegam, por intermédio destes distintos canais formais de comunicação, para um único corpo estruturado e preparado para a gestão de conflitos, a integrar todos estes canais e formando, assim, um verdadeiro sistema multiportas organizacional.

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

GIULIA OTTANI GONÇALVES¹

1. INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado na forma de artigo versa sobre a inclusão dos métodos de resolução consensual de conflitos, a mediação e a conciliação, no âmbito da recuperação judicial. O presente artigo, inicialmente, explica a conciliação e mediação como formas para solução de controvérsias, explicando como tais métodos foram inseridos na legislação brasileira.

Em seguida, o artigo discorre acerca da introdução da mediação e conciliação no âmbito da recuperação judicial, eis que, considerando que a recuperação judicial pretende permitir a satisfação de inúmeros interesses, a resolução alternativa de conflitos pode ser aplicada ao procedimento recuperacional, nos termos arts. 20-A a 20-D da LRF.

Por fim, o presente artigo apresenta o procedimento de mediação e conciliação e suas nuances, inclusive a tutela de urgência cautelar prevista no §1º do art. 20-B da LRF.

2. OBJETIVO DOS MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Resolução nº 125² do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi instituída para permitir que os órgãos judiciários ofereçam outras formas para solução de controvérsias aos indivíduos, formas consensuais, como a mediação e a conciliação (GONÇALVES, 2022, p. 284).

O desfecho obtido por meio da mediação ou conciliação, geralmente é mais rápido, pacífico e satisfatório do que o desfecho obtido por ação judicial (SANTOS, 2020, p. 90).

Aliás, considerando o cenário de tentativa de resolução de conflito por ação judicial, é importante destacar que o Poder Judiciário enfrentou e enfrenta

1 Graduada em Direito e Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Endereço eletrônico: giulia_goncalves@hotmail.com.

2 Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

crise, a qual decorre do(a) grande número de ações judiciais, demora na prestação jurisdicional, elevadas despesas, excesso de formalismos e dificuldade de acesso à Justiça (GRINOVER, 2015, p. 2).

Entretanto, mesmo considerando tal crise, apenas em 1990, a mediação e a conciliação chegaram ao Brasil, por intermédio de especialistas estrangeiros, que realizavam palestras sobre o tema (CAMPOS, 2021, p. 15), sendo que, apenas em 2010, a mediação e a conciliação foram institucionalizadas.

Ainda que o Poder Judiciário, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal³, possuísse (e ainda possui) função jurisdicional, a qual, conforme explicam CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO⁴, “expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo”, até aquela época, o Poder Judiciária tinha apenas meios litigiosos para oferecer aos indivíduos.

Nesse contexto, os métodos alternativos para solução de conflitos ganharam visibilidade, eis que a comunicação entre as partes em conflito e a garantia de maior liberdade no debate de suas desavenças aumentam as chances de uma solução consensual, bem como a disposição para as partes as cumprirem voluntariamente, evitando novos conflitos.

Não por outra razão, com a promulgação do Código de Processo Civil (CPC) e da Lei nº 13.140/2015 (Lei da Mediação)⁵, iniciou-se uma nova fase de orientação para a autocomposição destinada à satisfação dos interesses das partes por meio do uso de técnicas apropriadas e ambiente adequado para a composição.

Conforme art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC⁶, ao formular a referida lei, o legislador pretendeu estimular a adoção de métodos de solução consensual de conflitos “por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. A solução consensual, portanto, pode ser alcançada, com o estímulo do Estado e outros envolvidos.

Dessa maneira, com o objetivo de atribuir maior celeridade e consenso na resolução de conflitos, a Lei nº. 14.112/2020 incluiu uma seção específica na LRF (Seção II-A) para tratar dos métodos alternativos de solução de conflitos

3 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

4 <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8042-funcao-jurisdicional#:~:text=A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20jurisdicional%20compete%20ao,Cintra%2C%20Grinover%20e%20Dinamarca>.

5 Lei nº 13.140/2015: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

6 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

entre o devedor e seus credores, permitindo que a mediação e a conciliação sejam utilizadas até mesmo como tentativa de composição antecedente ao eventual ajuizamento do pedido de recuperação judicial ou extrajudicial, conforme se verá a seguir.

3. A INTRODUÇÃO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NA RECUPERAÇÃO

Em 2016, o enunciado 45 da I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios conclui que “a mediação e 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”. Já em 2020 foram incluídos na LRF, pela Lei 14.112/2020, os arts. 20-A a 20-D (TOMAZETTE, 2023, p. 55).

O processo de recuperação judicial engloba a tentativa de conciliação de diversos interesses, sendo o litígio inerente ao procedimento recuperacional, de modo que, a fim de permitir a satisfação de inúmeros interesses, a resolução alternativa de conflitos pode ser aplicada à recuperação judicial como forma de auxiliar a obtenção de seus objetivos (VASCONCELOS, 2019, p. 1).

Conforme amplamente difundido nas doutrinas jurídicas, a mediação e a conciliação são métodos alternativos de solução de conflitos pelos quais um terceiro imparcial busca reatar o diálogo entre as partes para que possam chegar a uma solução comum para superar os seus obstáculos, sendo que, de acordo com o CPC, (i) a conciliação ocorre nas hipóteses em que não exista vínculo anterior entre as partes, e (ii) a mediação ocorre nas hipóteses em que existe vínculo anterior entre as partes (SACRAMONE, 2023, p. 88). Na prática, o conciliador auxilia na construção e sugestão de soluções e o mediador interfere menos nas soluções e age mais na aproximação das partes.

Nessa linha, a mediação e a conciliação podem auxiliar devedores e credores a alcançarem a melhor solução coletiva para superação da crise econômico-financeira enfrentada pela empresa e obtenção dos créditos pelos credores (SACRAMONE, 2023, p. 88).

O art. 20-A da LRF prevê a possibilidade de conciliações e mediações judiciais e extrajudiciais, antecedente ou incidente aos processos de recuperação judicial, sendo que sua realização deverá ser incentivada em qualquer grau de jurisdição, mas não imposta (TOMAZETTE, 2023, p. 55).

A mediação e a conciliação, portanto, não são fases obrigatórias do processo de recuperação judicial, mas fases que devem ser incentivadas a fim de “não fomentar disputas e litígios, mas de procurar soluções menos traumáticas e, ainda assim, eficientes para os desafios jurídicos postos” (MAMEDE, 2022, p. 125).

Conforme explica FÁBIO ULHOA (2021, p. 203), a recuperação judicial possui três diferentes fases: a fase postulatória, a qual começa com a petição inicial do pedido de recuperação judicial e termina com a decisão de processamento do pedido (art. 52 da LRF); a fase deliberativa, a qual inicial com a decisão que determina o processamento do pedido de recuperação judicial e termina com a decisão de concessão da recuperação judicial (art. 58 da LRF); e a fase de execução, a qual pode ocorrer ou não, o que depende da decisão do juízo recuperacional. A mediação e a conciliação, portanto, podem ser inseridas como novas importantes fases da recuperação judicial, porém, não obrigatórias.

Dessa maneira, a mediação e conciliação se tornaram importantes métodos para solução de conflitos presentes na recuperação judicial, tendo todo o seu procedimento previsto na LRF, conforme será explicado a seguir.

4. PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR

A mediação e a conciliação possuem seu procedimento previsto entre os artigos 20-A e 20-D da LRF. O art. 20-A dispõe sobre a necessidade de incentivo de tais métodos, o art. 20-B estabelece que a mediação e a conciliação poderão ser realizadas de maneira antecedente ou incidental ao processo de recuperação judicial.

Nos procedimentos em questão a autonomia da vontade é um dos principais princípios que devem ser observados, eis que tais meios de resolução consensual de conflitos são importantes estratégias que permitem aproximar os interesses de credores e devedores, em um ambiente de negociação e estímulo a cooperação (AMARAL, 2023, p. 85).

Nesse sentido, a mediação e a conciliação são compatíveis com o instituto da recuperação judicial, eis que o procedimento recuperacional tem o objetivo de equilibrar os interesses da empresa em dificuldade, dos credores e terceiros.

Conforme prevê o art. 20-D da LRF, as sessões de mediação serão realizadas pelo Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, sendo observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei da Mediação.

Cada tribunal adota um procedimento específico para a instauração do procedimento de mediação ou conciliação, de modo que é necessário verificar os passos a serem adotados nas resoluções, regimentos etc. do tribunal competente.

Na prática, de modo geral, após a instauração do procedimento de mediação e/ou conciliação, será nomeado conciliador/mediador pelo órgão de mediação do tribunal competente, o qual apresentará a sua proposta de honorários para

condução do procedimento. Diante da aceitação da referida proposta, o procedimento de mediação prosseguirá para o agendamento das sessões de mediação e/ou conciliação.

Dessa forma, tais sessões podem ser consideradas a parte mais importante deste procedimento, pois é neste momento que as partes apresentarão as suas condições e propostas para chegarem ao melhor resultado para todas as partes envolvidas. O mediador/conciliador é indispensável, eis que conduzirá de maneira ativa (considerando o procedimento escolhido) as negociações, auxiliando as partes nas tratativas.

Desataca-se que as sessões podem ser fragmentadas até a obtenção de uma resolução, eis que o ambiente é propício para as partes analisarem todos os aspectos da negociação. Com o sucesso das sessões de mediação e/ou conciliação, de acordo com art. 20-C da LRF, o acordo celebrado entre as partes deverá ser homologado pelo juiz competente, conforme o previsto no art. 3º da mesma lei.

Neste diapasão, o art. 3º da LRF estabelece que “[é] competente para (...) deferir a recuperação judicial (...) o juízo do local do principal estabelecimento do devedor”, sendo que o principal estabelecimento é aquele onde há o maior volume de negócios, bem como de onde emanam as principais decisões estratégicas, financeiras e operacionais da empresa em dificuldade, de modo que o processamento e o julgamento de eventual recuperação judicial devem, sempre, se dar no foro/comarca em que a empresa em dificuldade centraliza a direção geral dos seus negócios, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁷ e enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal⁸.

Para contextualizar ainda mais, vale destacar que o art. 299 do CPC é claro ao indicar que o juízo competente para conceder tutela antecedente é aquele que possui competência para conhecer do pedido principal. No caso, considerando os artigos 20-A a 20-D da LRF, o pedido principal será o eventual pedido de recuperação judicial da empresa em dificuldade.

Além disso, o § 1º do art. 20-B prevê que no caso de negociação de dívidas, em caráter antecedente ao ajuizamento do pedido de recuperação judicial, será permitido a empresa em dificuldade – que preencha os mesmos requisitos legais para ajuizar sua recuperação judicial – obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes do CPC.

A tutela de urgência cautelar suspenderá as execuções propostas contra a empresa em dificuldade, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de

7 Conflito de competência Nº 163.818 - ES (2019/0040905-6).

8 Enunciado nº 466, CJF: “*Para fins do Direito Falimentar, o local do principal estabelecimento é aquele de onde partem as decisões empresariais, e não necessariamente a sede indicada no registro público*”.

composição com seus credores, após a instauração do procedimento de mediação e/ou conciliação perante o Cejusc do tribunal competente ou da câmara especializada.

Explica-se: a tutela de urgência cautelar tem por objetivo garantir (i) o resultado útil do procedimento de mediação e/ou conciliação; (ii) a viabilidade e eficiência de eventual pedido de recuperação judicial ou extrajudicial da empresa em dificuldade; e (iii) a preservação das atividades empresariais da empresa em dificuldade.

Assim, a mediação e a conciliação possuem procedimento eficaz, bem como a tutela de urgência cautelar permite que a empresa em dificuldade tenha folego para negociar com seus credores, configurando importante estratégia que pode ser utilizada na recuperação judicial.

5. CONCLUSÃO

O trabalho foi realizado baseado, diante da evolução legislativa dos métodos consensuais de solução de conflitos, na inclusão dos arts. 20-A a 20-D na LRF pela Lei nº. 14.112/2020, uma vez que tal inclusão pode impactar positivamente no resultado de uma recuperação judicial ou na dispensa da recuperação judicial, permitindo que o soerguimento da empresa em dificuldade seja alcançado por meio da mediação ou conciliação, as quais, muitas vezes, são menos lesivas à empresa em dificuldade.

Portanto, o presente artigo esclarece que os referidos métodos aumentam as chances de solução consensual, eis que a conciliação e a mediação não possuem o litígio como parte de sua existência, permitindo a ampla comunicação entre as partes e a garantia de maior liberdade no debate de suas desavenças.

Considerando a harmonia dos referidos métodos para que a empresa em dificuldade alcance o seu soerguimento e seus credores alcancem o pagamento de seus créditos, é possível observar que o legislador, ao incluir os arts. 20-A a 20-D na LRF, observou todos os aspectos da recuperação judicial, estabelecendo inclusive a tutela cautelar de urgência.

A tutela cautelar de urgência, portanto, permite que a empresa em dificuldade negocie com seus credores sem sofrer graves danos com penhoras etc., eis que o § 1º do art. 20-B da LRF estabelece a suspensão das execuções ajuizadas contra a empresa em dificuldade, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias.

Assim, a discussão aqui tratada é necessária para que o Direito Recuperacional possa ser aperfeiçoado para cada vez mais possibilitar o soerguimento das empresas em dificuldade, inclusive por meio de métodos consensuais de solução de conflitos (mediação e conciliação).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Patrícia Filomena Fonseca. **O uso da mediação na recuperação judicial em um cenário pandêmico: Estudo de um caso.** São Paulo. Universidade Católica de Petrópolis – Plataforma Sucupira, 2023.
- CAMPOS, Wembley Alejandro Garcia. **A mediação em sede de recuperação judicial como método de solução extrajudicial de controvérsias empresariais.** São Paulo: EDP, 2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas.** 14ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2021.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius R. **Curso de Direito Processual Civil - Vol.1,** (19th edição). Editora Saraiva, 2022.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Novo CPC. In: Vários autores. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas.** São Paulo: Atlas, 2015.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas.** (13th edição). Grupo GEN, 2022.
- SACRAMONE, Marcelo B. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência,** (4th edição). Editora Saraiva, 2023.
- SANTOS, Ricardo Wagner Oliveira. **Preservação Econômica e Reabilitação Empresarial: A Adoção de Meios Alternativos de Resolução de Conflitos no Processo de Recuperação Judicial.** Fortaleza: UNIFOR, 2021.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas.** V.3. (11th edição). Editora Saraiva, 2023.

DICAS DE PREPARAÇÃO PARA A ADVOCACIA ATUAR NA MEDIAÇÃO (E EM OUTROS MEIOS CONSENSUAIS)

GUSTAVO MILARÉ¹

1. INTRODUÇÃO

Desenvolvida e divulgada sobretudo a partir da edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e posteriormente positivada pela Lei nº 13.105/2015 (“Código de Processo Civil”) e pela Lei nº 13.140/2015 (“Lei de Mediação”), a mediação tem apresentado um crescimento significativo no ordenamento jurídico brasileiro, já tendo inclusive sido inserida em nossa praxe forense, como uma das fases do procedimento comum civil.

Relatórios recentes elaborados pelo CNJ² e pela Faculdade Getúlio Vargas – FGV Direito SP, em parceria com o Canal Arbitragem³, confirmam esse crescimento da mediação no período, em âmbito judicial e extrajudicial.

Juntamente com a sobrecarga do nosso Poder Judiciário, que há muito tempo não tem conseguido recepcionar a contento os processos que lhe são submetidos⁴, o crescimento da mediação (e de outros meios consensuais de solução de conflitos) tem mudado o paradigma da advocacia.

Diferente do que se via há 10 ou 15 anos, hoje em dia, espera-se que a advocacia não se restrinja mais a representar o cliente e a patrocinar seus interesses, em juízo ou fora dele, mas que também consiga efetivar tais interesses por meio das variadas formas possíveis de solução, inclusive consensuais (HIGHTON DE NOLASCO, ALVAREZ, 2008, p. 404).

1 Mediador Empresarial. Árbitro. Advogado. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito Processual Civil e Meios de Solução de Conflitos. Doutor e Mestre em Direito Processual. Especialista em Mediação de Conflitos Complexos, Negociação e Dispute Board. Membro Efetivo da Comissão de Soluções Consensuais da OAB/SP e da Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB/SP (triênio 2022-2024). Autor de publicações jurídicas. Sócio fundador de Gustavo Milaré – Resolução de Conflitos.

2 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

3 Disponível em: <https://www.canalarbitragem.com.br>. Acesso em 8 ago. 2023.

4 Segundo dados do último relatório Justiça em Números do CNJ, nosso Poder Judiciário finalizou o ano de 2022 com 81,4 milhões de processos em tramitação e, desde 2004, quando esse relatório começou a ser elaborado, a taxa de congestionamento anual média da justiça brasileira é superior a 70%, ou seja, menos de 30 processos de cada 100 são finalizados por ano. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/justica-em-numeros-2023.pdf>. Acesso em 14 nov. 2023.

Esse novo modelo tem igualmente exigido um novo perfil de atuação dos advogados, a saber, um perfil estratégico, que amplie sua atuação para além das técnicas profissionais (*hard skills*), mediante o desenvolvimento de competências humanas (*soft skills*) e da ideia do chamado “sistema multiportas”, ou seja, da coexistência de diversos meios adjudicatórios e consensuais em nosso ordenamento jurídico, que devem ser analisados e ponderados diante do caso concreto, a fim de que seja endereçada a melhor forma de solução possível (ANDREWS, 2010, p. 242).

Sem dúvida, a adoção do perfil estratégico esperado pela sociedade contemporânea depende de uma mudança de mentalidade da advocacia sobre sua forma de atuar na busca do atendimento das expectativas e necessidades dos seus clientes e, ao mesmo tempo, de mais credibilidade e ganhos materiais (TARTUCE, 2021, p. 108).

Ao invés da tradicional postura beligerante, a advocacia deve ter a habilidade de também dispor de uma postura mais negociadora com a parte contrária e mais avaliativa sobre o prognóstico do caso, objeto ou não de um processo (judicial ou arbitral).

Ocorre que a exigência social por esse novo perfil suscita dúvidas na advocacia sobre como pôr em prática essa habilidade menos combativa e mais cooperativa, notadamente no âmbito dos meios consensuais (em especial, da mediação), tendo em vista a diferença da sua natureza jurídica autocompositiva para aquela heterocompositiva dos meios adjudicatórios (processo judicial ou arbitragem).

Dentro dos parâmetros do presente texto, optou-se por focar na implementação de tal habilidade na fase de preparação para se advogar em uma mediação, judicial ou extrajudicial.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente texto tem por objetivo apresentar algumas dicas para os advogados se prepararem (melhor) para essa atuação.

Não obstante, desde que condizentes com suas peculiaridades, as sugestões a seguir também podem ser incorporadas pela advocacia na prática de outros meios consensuais.

Embora dirigido primordialmente à advocacia, o presente texto não se limita a ela, destinando-se ainda a magistrados, auxiliares da Justiça, membros ministeriais, defensores públicos, estudantes e público em geral.

2. DICAS PRÁTICAS DE PREPARAÇÃO

A mediação pode ser conceituada como um meio de solução de conflitos, voluntário, flexível e confidencial, conduzido por um terceiro (mediador), neutro e imparcial, que busca facilitar o diálogo das partes, para que elas negociem, com

urbanidade, cooperação e informação adequada, a solução que melhor corresponda aos seus interesses em disputa.

Uma vez que escolhida a mediação como meio para buscar a solução de determinado conflito, deve o advogado ter em mente que seu papel é igualmente relevante ao que exerce em um processo judicial ou arbitral, mas, ao mesmo tempo, diferente, já que está diante de um outro jogo.

O “jogo da mediação” (assim como o de outros meios consensuais, como o da negociação ou da conciliação) difere do “jogo do julgamento”, típico de um processo judicial ou arbitral, porque não busca convencer um terceiro julgador (juiz ou árbitro) sobre uma posição jurídica, mas persuadir a parte contrária a atender os interesses e/ou necessidades do cliente (COOLEY, 2001, p. 80).

Para jogar bem o “jogo da mediação”, a advocacia deve se preparar. E de maneira adequada. Abaixo, seguem algumas dicas práticas para essa preparação. Trata-se das principais sugestões colhidas na doutrina nacional e estrangeira, que, nessa medida, podem ser usadas como referência pela advocacia antes do início de uma mediação, judicial ou extrajudicial.

Para começar, o advogado deve ter pleno conhecimento dos fatos relevantes e do direito aplicável (e, se o caso, do respectivo entendimento jurisprudencial predominante), a fim de saber quais são os pontos fortes do seu cliente e, objetivamente, a probabilidade de êxito em um processo se não houver acordo.

Na sequência, o advogado deve se dedicar a conhecer seu cliente para identificar os motivadores dele no caso concreto e, assim, como, em conjunto, poderiam traduzi-los em opções de ganhos mútuos para ambas as partes (afinal, nenhum acordo será permanente e espontaneamente cumprido se uma parte ou seu advogado se sentir lesado com sua celebração).

Para tanto, converse aberta e francamente com seu cliente sobre o ponto de vista dele e como os interesses dele poderiam ser atendidos pela outra parte. Conversem ainda sobre as mesmas identificações sob a ótica da parte contrária, ou seja, sobre as razões, perspectivas e necessidades dela.

Ato contínuo, considerem as alternativas disponíveis para seu cliente alcançar os objetivos dele independentemente de qualquer ato da outra parte, listando tais alternativas, da melhor para a pior, com o intuito de verificar o que pode ser feito se não for possível um acordo durante a mediação. De novo, façam o mesmo sob a ótica da parte contrária.

Feitos tais exercícios, o advogado deve identificar ainda o estilo de negociação do seu cliente (GABBAY, 2023, p. 135), para que possa orientá-lo corretamente sobre as respectivas técnicas que devem ser utilizadas ou evitadas na

mediação e, nessa medida, otimizar uma oportunidade que pode ser única para a obtenção de resultados rápidos e satisfatórios (HOFFMAN, 2013, p. 9-14).

Nesse sentido, sugere-se que o advogado defina, junto com seu cliente, um plano de ação para que a negociação durante a mediação seja a mais célere e produtiva possível.

Isso significa que não basta o advogado se preparar para jogar o “jogo da mediação”. Uma vez preparado, é preciso preparar seu cliente para ele exercer o protagonismo que lhe exigem os meios consensuais, já que caberá a ele decidir a melhor forma de solução para o problema dele ou da empresa dele.

Deverá, então, o advogado esclarecer, de modo objetivo e didático, como funciona o procedimento da mediação (ARNOLD, 1997, p. 437) e os princípios que informam tal instituto, a fim de que o cliente saiba exatamente quais são suas etapas, suas finalidades, o que pode e o que não pode fazer em cada uma delas, bem como o papel de gestor do mediador (ALMEIDA, 2019, p. 110).

Em outras palavras, após se preparar para o “jogo da mediação”, o advogado deve preparar seu cliente para jogá-lo ao seu lado. Por certo, o resultado será correspondente a quão melhor for a preparação de ambos.

3. CONCLUSÕES

Juntamente com a sobrecarga do nosso Poder Judiciário (e, em boa medida, devido a ela), os incentivos para o desenvolvimento e a divulgação da mediação e de outros meios consensuais de solução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro, materializados, em parte, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação, implicaram a exigência de um perfil estratégico da advocacia para atender os objetivos dos seus clientes de forma satisfatória e tempestiva.

A sociedade contemporânea passou a exigir que a advocacia conheça e trabalhe com a ideia de um sistema de justiça “multiportas”, composto por meios adjudicatórios e consensuais, bem como desenvolva a habilidade de adotar uma postura menos combativa e mais cooperativa, focada nos interesses e/ou necessidades do cliente.

Aliada a uma necessária mudança de mentalidade, a exigência social por esse novo perfil suscita dúvidas na advocacia sobre como pôr em prática tal habilidade, especialmente no âmbito da mediação, cujo crescimento tem sido notável desde a edição da Resolução CNJ nº 125/2010.

Baseado nessas dúvidas, o presente texto buscou apresentar as principais dicas sugeridas pela doutrina nacional e estrangeira para os advogados se prepararem para atuar na mediação (ou em outros meios consensuais de solução de conflitos).

As dicas apresentadas no presente texto buscaram ainda aperfeiçoar a prática da mediação (e dos meios consensuais como um todo) em nosso país, diante do seu potencial de satisfazer de forma rápida e efetiva os objetivos dos clientes, cada vez mais exigentes, e, ao mesmo tempo, de trazer novos ganhos para a advocacia, além da valorização da profissão.

Mesmo que modestamente, espera-se ter contribuído com o presente texto para estimular o profícuo debate do tema e, por consequência, aprimorar a prática da advocacia nos meios consensuais de solução de conflitos no Brasil (sobretudo na mediação, judicial e extrajudicial).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gustavo Milaré. Comentários ao art. 18. In: XAVIER, Trícia Navarro; CURY, Cesar Felipe (Org.). **Lei de Mediação comentada artigo por artigo: dedicado à memória da Prof.^a Ada Pellegrini Grinover**. 2 ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

ANDREWS, Neil. **O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARNOLD, Tom. 20 Common Errors in Mediation Advocacy. In: RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E. (Org.). **Dispute Resolution and Lawyers**. St. Paul: West Group, 1997.

COOLEY, John W. **A advocacia na mediação** (trad. René Loncan), Brasília: UNB, 2001.

GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.; ALVAREZ, Gladys S. **Mediación para resolver conflictos**. 2 ed. Buenos Aires: Ad Hoc, 2008.

HOFFMAN, David A. **Mediation: A Practice Guide for Mediators, Lawyers, and Other Professionals**. Boston: MCLE, Inc., 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 6 ed. São Paulo: Método, 2021.

O PAPEL DO MEDIADOR NA CONSTRUÇÃO DE ACORDOS DURADOUROS

ISADORA ZANUTO CHAVES¹

A mediação é um processo de resolução de conflitos que tem ganhado cada vez mais destaque na sociedade moderna, sobretudo para solução de litígios empresariais. Nesse contexto, o mediador desempenha um papel fundamental no restabelecimento do diálogo entre as partes, com vistas a superar os impedimentos para um acordo². Especificamente, a atuação do terceiro facilitador vai além, guardando estreita relação com a durabilidade e exequibilidade do acordo eventualmente firmado ao final da mediação.

São diversos os fatores que levam ao descumprimento do acordo com o passar do tempo. A título exemplificativo, destacam-se: (i) a mudança nas circunstâncias das partes envolvidas ou do contexto em que o acordo foi feito podem tornar o cumprimento do acordo difícil ou impossível; (ii) a divergência sobre a interpretação de cláusulas ou termos específicos do acordo; (iii) a falta de recursos financeiros para cumprir as obrigações estipuladas no acordo; (iv) má-fé ou intenção deliberada de não cumprir o acordo; (v) dificuldades técnicas ou logísticas não identificadas quando da elaboração do acordo; (vi) questões legais impeditivas; e (vii) falta de consequências contratuais claras para o não cumprimento do acordo.

À luz dessas dificuldades recorrentes, para compreender o papel do mediador na construção de acordos duradouros, é necessário antes realizar um breve parêntese para delimitar o escopo das considerações que serão tecidas na sequência. Ciente de que existem diversos enfoques já consolidados na literatura, como o facilitativo e o avaliativo, a “Escola de Harvard”, a “Escola Circular Narrativa” e a “Escola Transformativa”³, o papel do mediador aqui abordado parte da premissa de que se trata de estilos não excludentes, a serem empregados conforme se revelarem pertinentes no caso concreto.

1 Advogada com atuação em solução de litígios, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas e integrante da Comissão de Mediação Empresarial da OAB/SP.

2 Consoante Sander e Goldberg, a mediação é o mais frequente procedimento para superação de impedimentos para um acordo. Confira em: SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. **Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure**. Negotiation Journal, Cambridge, MA, v. 10, p. 49-68, 1994 (p. 59).

3 Conforme classificação dos estilos de mediação em três escolas proposta pela doutrinadora Marinés Suares, em: SUARES, Marinés. **Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 62.

Assim, competirá ao mediador, diante de cada caso que lhe é posto, considerar os desafios que as partes envolvidas em um conflito enfrentam ao tentar chegar a uma solução por conta própria. A compreensão ampla do impasse, contemplando as necessidades, os interesses e o histórico de relacionamento das partes, ajuda a identificar potenciais pontos de conflito e áreas de preocupação que podem dificultar o cumprimento de eventual acordo. Muitas vezes, as emoções, as divergências de interesses e a falta de comunicação eficaz, como a presença de equívocos ou mal-entendidos, podem impedir a resolução pacífica de disputas.

Além disso, ainda que tenham chegado a um acordo ao final do procedimento de mediação, algumas circunstâncias podem dificultar ou até inviabilizar o seu cumprimento pelas partes, seja de imediato seja após certo tempo. As dificuldades podem ser compreendidas sob três principais enfoques: psicológico, legal-normativo e relacional.

Em primeiro lugar, antes mesmo de se chegar à solução do impasse mediado, o mediador deve dispensar máxima atenção aos elementos psicológicos envolvidos. Compete ao facilitador ajudar a clarear todos os temas pertinentes à resolução do conflito, tanto os interesses quanto posições, de modo a garantir que o acordo contemple todo e qualquer ponto controverso necessário para pôr fim à controvérsia.

Nesta seara, uma das principais contribuições do mediador para a exequibilidade do acordo está no papel de garantir que as partes envolvidas entendam completamente as implicações do acordo. Em muitos casos, as partes podem concordar com termos que pareçam satisfatórios na superfície, mas que podem ser difíceis de implementar na prática.

Assim, o mediador, com seu conhecimento e experiência, pode ajudar as partes a antecipar desafios potenciais e fazer ajustes no acordo para torná-lo mais viável, por meio de testes de realidade sobre as expectativas de cada parte e sobre suas posições jurídicas. De posse de todas as informações necessárias para tomar decisões pertinentes à solução do impasse, é mais provável que as partes elaborem acordos mais assertivos e, por suposto, mais duradouros.

Não se perde de vista a importância da confiança das partes no procedimento de mediação e na própria pessoa do mediador. Para tanto, reforça-se a necessidade de atuação do mediador de maneira independente e imparcial, garantindo que não haja nenhum favorecimento para nenhuma das partes. Além da criação de um ambiente seguro onde as partes possam compartilhar informações sensíveis, assegurando a confidencialidade do procedimento.

O cuidado do mediador com o fator psicológico da negociação é maximizado no momento em que as partes estão convencendo as bases do acordo. Isso porque pode haver equívocos e mal-entendidos tais que cada parte tenha para

si uma visão diferente do acordo firmado. É o que ocorre, por exemplo, quando é empregado um conceito técnico desconhecido pela outra parte ou quando há imprecisão na tradução (em se tratando de partes com idiomas nativos distintos), bem como quando partem de premissas distintas ou chegam a suposições errôneas acerca do negociado.

Usualmente esse descompasso é percebido no momento da redação do termo de acordo e, não raramente, pode prejudicar toda a negociação até então desenvolvida. Com vistas a evitar essa situação, recomenda-se que o mediador incentive que “em momentos estratégicos da negociação as partes confirmem a interpretação e o entendimento a que chegaram a partir de uma determinada proposta, de modo a esclarecer qualquer mal-entendido”⁴ antes do encerramento das negociações e redação do acordo, viabilizando ajustes de expectativas em relação a ele.

Ainda com relação aos termos do acordo, é de fundamental importância que sejam observados todos os princípios da mediação ao longo do procedimento, quais sejam, da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada⁵. A importância da autonomia da vontade das partes é tamanha que se encontra positivada, também, na própria Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15), como um dos princípios trazidos pelo artigo 2º, em seu inciso V⁶.

Afinal, a experiência revela que as partes tendem a cumprir com menos resistência o acordo por elas mesmas elaborado do que aquele eventualmente imposto por um terceiro⁷. Logo, é fundamental que as partes sintam que efetivamente atuaram na solução do impasse, em exercício de sua autonomia, entendendo o acordo como bom e justo⁸.

Nesse mesmo diapasão, destaca-se o princípio da tomada de decisão informada (art. 166, *caput*, do CPC), pelo qual é assegurado às partes o conhecimento dos procedimentos e direitos que regem o mecanismo de solução de disputas, bem como dos termos e implicações do acordo eventualmente alcançado.

4 MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo, coordenadora – **Resolução de Conflitos: Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2014 (Série GVlaw). pp. 30-31.

5 Conforme artigo 166, *caput*, do Código de Processo Civil: “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”.

6 **Art. 2º.** “A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé”.

7 FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 106.

8 Neste ponto, Roger Fisher e Daniel Shapiro explicam que, caso a parte sinta que sua autonomia foi cerceada, é possível reações emocionais negativas surgirem e resultarem em falta de satisfação com o procedimento. (FISHER, Roger. SHAPIRO, Daniel. **Beyond Reason**. New York: Viking, 2005, p. 72).

A depender do caso, o mediador desempenha um papel crucial para a identificação de informações relevantes sobre os direitos e deveres legais das partes, bem como para ajudá-las a avaliar as consequências práticas de suas decisões. Outrossim, durante a negociação pode ser que as partes decidam colocar acordos prévios de lado e não os incluir no acordo final. Recomenda-se, pois, que se registrem os detalhes das negociações prévias, para assegurar que é de vontade das partes não contemplar certas disposições no acordo. Inclusive, pode ser o caso de incluir uma cláusula de integridade que afirme expressamente que quaisquer compromissos não contemplados no contrato escrito não são válidos ou exigíveis (usualmente conhecidas por “*integration clause*” ou “*entire agreement clause*”).

O último fator psicológico que deve ser objeto de atenção do mediador é o usualmente chamado de “maldição do ganhador” (do inglês, *winner’s curse*). A literatura que se debruça sobre negociação trata desse tema como resultado do acordo pouco negociado. Ou seja, quando uma parte faz uma proposta e recebe um “sim” de imediato, gera-se uma impressão de mau negócio. Essa aceitação sem barganha pode prejudicar a percepção quanto à qualidade da negociação e, por conseguinte, desestimular sua contribuição à implementação do acordo.

A fim de evitar esse indesejado efeito psicológico de mau negócio, deve o mediador atuar em duas frentes: a primeira, em auxílio ao esclarecimento de cada parte com relação às informações necessárias à elaboração de proposta e de contrapropostas melhores que um cenário sem acordo. A segunda, incentivando um movimento de negociação mais distributivo, com propostas e contrapropostas, que tragam “aos negociadores a sensação positiva de estar lutando pelo melhor negócio”⁹.

Em segundo lugar, é um pressuposto da mediação bem-sucedida que o relacionamento entre os mediandos tenha sido restabelecido. O mediador deve, neste ponto, empenhar-se para aprimorar a relação de confiança entre as partes. Isso porque a falta de confiança entre os signatários compromete a estabilidade e implementação dos acordos¹⁰.

Com efeito, “a afinidade comercial é a força que mantém as partes unidas, conservando relações comerciais mutuamente benéficas”¹¹. Portanto, é essencial que haja alinhamento entre os interesses de cada parte, combinado com flexibilidade no contrato, que faça sentido no longo prazo, como eventual possibilidade

9 MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo, coordenadora – **Resolução de Conflitos: Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico**, São Paulo, Saraiva, 2014 (Série GVlaw). pp. 86-87.

10 HALL, Lavina. HECKSHER, Charles. Negotiating Identity. In: KOCHANAND, Thomas A.; LIPSLI, David B. (Ed.). **Negotiation and Challenge: from Workplace to Society**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003, p. 293.

11 SIEDEL, George. **Negociação Rumo ao Sucesso: Estratégias e Habilidades Essenciais**. Michigan: Van Rye Publishing, 2014. p. 113.

de deixar o negócio caso não se revele economicamente atrativo, desde que precedida de aviso prévio e tentativa de negociação, por exemplo.

Em terceiro lugar, conquanto se incentive a criatividade, autonomia da vontade das partes e a solução comercialmente mais interessante aos participantes, o acordo avençado não pode enfrentar óbice legal à sua aplicação. Então, para que a controvérsia seja verdadeiramente resolvida, será necessário converter a negociação em um contrato de cumprimento obrigatório (i.e. um acordo exequível).

Superada a questão psicológica envolvida na elaboração do acordo, passa-se às considerações quanto ao acordo em si. Nesse sentido, recorre-se à previsão do artigo 104 do Código Civil, segundo o qual a validade do negócio jurídico está condicionada à capacidade do signatário, à licitude, possibilidade e determinação do objeto, além de atender à forma prescrita ou não defesa em lei.

Tradicionalmente, é papel dos advogados se ocupar de construir acordos legalmente exequíveis e facilmente interpretados (em caso de disputa envolvendo o acordo). É objeto de preocupação a definição e legalidade do objeto do documento, bem como a conformidade dos termos contratuais com o direito aplicável à sua execução, além da garantia de que o signatário efetivamente possui poderes para transacionar sobre a questão.

Depreende-se deste ponto que a interação eficaz entre o mediador e os advogados das partes desempenha um papel fundamental na otimização da durabilidade dos acordos alcançados durante a mediação. Essa cooperação pode se dar, exemplificativamente, por meio: (i) da comunicação aberta e transparente com os advogados e as partes; (ii) da viabilização de sessões de mediação privada com os advogados presentes, para fornecer orientação legal às partes durante o processo de negociação – o que pode contribuir para a tomada de decisões informadas e mais duráveis; (iii) do incentivo ao alinhamento “*behind the table*”, para que as partes e seus advogados estejam sempre em sintonia¹² e mantenham foco nos interesses dos clientes em vez de posições rígidas.

No momento da redação da transação que colocará fim à controvérsia, o mediador também pode auxiliar na antecipação de alguns pontos que fragilizam a durabilidade do acordo. Um ponto de tensão que merece destaque é a distinção entre aquele que conclui o acordo e aqueles responsáveis por sua implementação. Geralmente a equipe focada na negociação se concentra mais no acordo (em

12 “São chamadas “*behind the table*” as negociações que ocorrem de um mesmo lado da mesa, entre representante e representado, ou entre representante e todos os seus clientes internos. [...] O mais importante de se ter em mente é que uma negociação “*behind the table*” mal-feita, com compromissos incertos e defeituosos, afetará de maneira direta a qualidade da negociação “*across the table*”. MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo, coordenadora – **Resolução de Conflitos: Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico**. São Paulo, Saraiva, 2014 (Série GVlaw). pp. 74-75.

outras palavras, no encerramento da negociação) do que em seu impacto nos negócios. Pertinente, neste caso, incentivar que as partes reflitam sobre a implementação que sucederá ao acordo, de modo a desenvolver compromissos realistas¹³.

Outros pontos de atenção se referem a eventual complexidade dos acordos, com elevado detalhamento e termos desnecessários fora do foco do documento. Resultado de acordos dessa natureza é que apenas os advogados os entendem, comprometendo sua exequibilidade, além de agregar elevados custos à sua negociação, redação e, posteriormente, interpretação. Por isso, recomenda-se que o mediador auxilie, quando cabível, na minimização da complexidade jurídica dos acordos, visando à fácil compreensão de seus termos por quem os irá executar posteriormente.

O foco contratual também é um ponto curioso que merece atenção. Isso porque, frequentemente, percebe-se um descompasso entre os termos mais negociados dos contratos e aqueles que se consideram ser os mais importantes. Essa conclusão é revelada em pesquisa anual conduzida pela International Association for Contract & Commercial Management (IACCM), cujo resultado de 2022 indicou que os termos mais negociados são: 1. Limitação de responsabilidade, 2. Preço e ajuste de preço e 3. Indenização. Por outro lado, os termos indicados como mais importantes foram: 1. Escopo e objetivos, 2. Preço e ajuste de Preço e 3. Entrega/aceitação¹⁴.

Diante deste contexto, o mediador pode atuar realinhando esse enfoque, de modo a promover uma negociação bastante para cada termo importante e, caso possível, tentar minimizar o esforço negocial de cláusulas focadas nas consequências do descumprimento, que não contribuem para a abordagem de benefício mútuo.

No geral, o mediador desempenha um papel proativo na prevenção do não cumprimento, promovendo um ambiente de negociação aberta, fornecendo informações claras e ajudando as partes a criar um acordo sólido e duradouro. Ao abordar antecipadamente possíveis problemas e estabelecer mecanismos de acompanhamento, o mediador aumenta as chances de que o acordo seja implementado com sucesso e de forma satisfatória para todas as partes envolvidas.

É importante destacar que, muitas vezes, problemas relacionados ao não cumprimento do acordo podem ser resolvidos através da negociação, mediação ou até por meios adjudicatórios, dependendo da natureza do acordo e das circunstâncias envolvidas. Em atenção à durabilidade, a prevenção do não cumpri-

13 SIEDEL, George. **Negociação Rumo ao Sucesso: Estratégias e Habilidades Essenciais**. Michigan: Van Rye Publishing, 2014. pp. 139-141.

14 Disponível em: <https://www.worldcc.com/Research/Latest-Research>. Último acesso em: 17.09.2023.

mento é muitas vezes melhor abordada por meio de cláusulas claras e específicas no próprio acordo resultante da mediação, estabelecendo as consequências do não cumprimento e promovendo uma comunicação contínua entre as partes.

Desse modo, revela-se crucial o acompanhamento do “pós-acordo”. Apesar de pouco frequente, o mediador pode continuar a desempenhar um papel ativo com as partes, verificando regularmente o progresso da implementação e intervindo quando surgirem problemas, para, por exemplo, sugerir mecanismos de resolução de disputas adequados caso as partes encontrem dificuldades na implementação do acordo. Isso ajuda a manter as partes comprometidas com o acordo e a resolver rapidamente quaisquer obstáculos que possam surgir.

Ademais, o mediador pode trabalhar com os advogados para estabelecer um plano de monitoramento e execução do acordo, detalhando como as partes garantirão que o acordo seja cumprido. Outrossim, mesmo após a assinatura do acordo, o mediador pode continuar a colaborar com os advogados para garantir que o acordo seja implementado conforme o planejado e que quaisquer problemas que surjam sejam resolvidos de forma eficaz, podendo até mesmo, acordar uma mediação contínua, com sessões de acompanhamento após assinatura do acordo.

A colaboração eficaz entre o mediador e os advogados é essencial para maximizar a durabilidade dos acordos alcançados durante a mediação. Através da comunicação aberta, respeito pelo papel de cada um e orientação jurídica adequada, é possível criar acordos mais sólidos, resistentes e duradouros que atendam aos interesses de todas as partes envolvidas.

Diante de todo o exposto, é possível concluir que a exequibilidade de um acordo, ou seja, a capacidade de colocar em prática as condições nele estabelecidas, é um aspecto crítico da resolução de conflitos. Neste ponto, o mediador desempenha um papel fundamental, não apenas auxiliando na elaboração do acordo, mas também garantindo que seja ele praticável, adaptável e sujeito a um acompanhamento contínuo.

Em suma, o papel do mediador na construção de acordos duradouros é fundamental para a resolução pacífica de conflitos. Sua imparcialidade, habilidades de comunicação, foco nos interesses das partes e capacidade de educar são elementos que contribuem significativamente para a eficácia desse processo.

A atuação do mediador nos procedimentos possui condão não apenas de promover a resolução pacífica de conflitos, como também de contribuir para a construção de relações duradouras e harmoniosas entre as partes envolvidas. Assim, o papel do mediador é essencial na promoção de acordos que não apenas resolvem disputas, mas também para a promoção de estabilidade no relacionamento comercial das partes no médio e longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FALECK, Diego. **Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 106.

FISHER, Roger. SHAPIRO, Daniel. **Beyond Reason**. New York: Viking, 2005, p. 72.

HALL, Lavina. HECKSHER, Charles. Negotiating Identity. In: KOCHANAND, Thomas A.; LIPSLI, David B. (Eds.). **Negotiation and Challenge: from Workplace to Society**. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2003, p. 293.

IACCM - **Most Negotiated Terms 2022/23: Negotiating for marriage or divorce?** Disponível em: <https://www.worldcc.com/Research/Latest-Research>. Último acesso em: 17.09.2023.

MOURÃO, Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo, coordenadora – **Resolução de Conflitos: Fundamentos da Negociação para o Ambiente Jurídico**, São Paulo, Saraiva, 2014 (Série GVlaw). pp. 30-31. pp. 74-75. pp. 86-87.

SANDER, Frank; GOLDBERG, Stephen. **Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure**. Negotiation Journal, Cambridge, MA, v. 10, p. 49-68, 1994 (p. 59).

SIEDEL, George. **Negociação Rumo ao Sucesso: Estratégias e Habilidades Essenciais**. Michigan: Van Rye Publishing, 2014. p. 113. pp. 139-141.

SUARES, Marinês. **Mediación: Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 2008. p. 62.

A FUNÇÃO SOCIAL DAS EMPRESAS PERANTE A LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO

LUCIANA GIL GUERREIRO GHALI¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.181 de 2021 trouxe a figura do superendividado e seu tratamento perante o Poder Judiciário, o espírito da lei é fazer uma análise crítica da própria sociedade, principalmente focando no cenário socioeconômico do país.

A própria sociedade brasileira já nasceu e se constituiu com dívidas, sendo essa uma característica que também está presente em seu povo. A população brasileira enfrentou muita instabilidade econômica, vários períodos de crise, superinflação, endividamento, o que fez com que a convivência com dificuldades financeiras seja um dado comum na vida e cotidiano das pessoas e empresas.

Com isso, também, o mercado se adaptou às características dessa sociedade, criando mecanismos de acesso ao crédito e ao consumo, aqui se criou a figura do “cheque pré-datado” nos anos 80, onde o consumidor realizava compras e pagava de maneira parcelada, ou com o pagamento a crédito, isto é, em 30, 60 ou 90 dias, bem como da compra com parcelas em cartão de crédito, o mais usual hoje em dia, que prevê o parcelamento automático no ato da compra, em até 10 ou mais parcelas, que podem ser com juros ou sem juros, esses arcados pelo consumidor ou pela empresa vendedora. Inclusive até a modalidade de pagamento “pix”, iniciativa brasileira, prevê o pagamento através de data pós-datada.

Toda essa facilidade de pagamento, com intuito de fomentar a economia do país, gerar consumo, empregos, rotatividade do capital e demais políticas públicas, sempre visando à acessibilidade da população ao consumo e até qualidade de vida, traz à população uma facilidade em adquirir bens de sua necessidade, como também a coloca em uma arriscada posição, além de trazer prejuízo às empresas que vendem seus produtos e não recebem o preço pactuado, tendo que arcarem com prejuízos.

1 **LUCIANA GIL GUERREIRO GHALI**- Advogada. Pós- Graduada em Direito Público e em Conciliação, Mediação, Arbitragem e Negociação. Especialista em *Especialización Em Medicación Y Solución de Conflictos* pela *Universidad D Salamanca - Espanha*. Mediadora e Conciliadora cadastrada no CNJ e TJ/SP. Secretária- Geral da Comissão Estadual de Negociação, Arbitragem e Mediação da ABA São Paulo, membra da Comissão Especial de Mediação Empresarial e da Comissão Especial de Soluções Consensuais de Conflitos, ambas da OAB/SP. Palestrante. Coautora do ebook Informativo ADRODR sobre Mediação Condominial e Vizinhança.

Atualmente segundo pesquisa do Peic (Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor), divulgada em 19/01/2023, o endividamento atingiu 77,9% das famílias brasileiras, demonstrando que a maior parte da população está endividada, o que gera transtornos tanto nas famílias, como na posição deste cidadão na sociedade, já que este cidadão, este pai ou mãe que sustenta a família, ou o idoso que após uma vida de trabalho, não tem uma aposentaria suficiente, começam a apresentar transtornos emocionais, que prejudicam seu dia a dia, suas relações interpessoais, e até o seu trabalho. Por outro lado, este endividamento gera perdas para empresa que não receberam por seus produtos entregues, bem como agora terão que investir mais dinheiro para realizar a cobrança de seu crédito, fazendo que o seu produto seja cada vez mais caro.

Para tentar trazer equilíbrio nesta relação, este foi o objetivo da Lei, alterar a política nacional das relações de consumo, visando à transparência e harmonia das relações, fomentando as ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores, a prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor, bem como que sejam instituídos mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento ocorrendo um reequilíbrio entre o consumidor pessoa natural e as empresas produtoras e de crédito, reequilibrando assim o mercado consumidor como um todo.

2. O QUE É O SUPERENDIVIDAMENTO

A Lei de número 14.181/21, que entrou em vigor em 1º de julho de 2021, alterou o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Para a lei superendividado é pessoa natural, ou seja, pessoas jurídicas não estão amparadas pela lei, que está em manifesta impossibilidade de pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas. É exigida a boa-fé deste consumidor ao fazer as dívidas. Logo, é aquela pessoa que tem toda a sua renda comprometida com o pagamento de dívidas.

Ressalte-se que as dívidas são aquelas decorrentes da relação de consumo, inclusive operações de crédito, compras a prazo e serviços de prestação continuada, ou seja, empréstimos, compras parceladas, cartões de crédito, contas de consumo básico, como contas de luz, de água, isto é, compromissos financeiros assumidos pelo consumidor pessoa natural para a aquisição ou a utilização de produto ou serviço como destinatário final.

Restaram excluídas da negociação as dívidas que tenham sido contraídas mediante fraude ou má-fé, que sejam oriundas de contratos celebrados com a

intenção dolosa do consumidor de não realizar o pagamento ou que decorram da aquisição ou contratação de produtos e serviços de luxo de alto valor.

Uma problemática que foi encontrada na lei é que se estipulou que seria garantido ao consumidor o mínimo existencial, sem, contudo, estipular o que seria este mínimo, não trazendo a lei parâmetros para se auferir esse montante. Em razão disso foi editado o Decreto de nº 11.150 de 26 de julho de 2022, que estipulou em seu art.3º, como parâmetro, para fixar esse mínimo para a subsistência do cidadão na negociação de dívidas de 25% (vinte e cinco por cento) do salário-mínimo vigente. Em seu parágrafo primeiro, o citado artigo aduz que para a apuração da preservação ou do não comprometimento do mínimo existencial, será considerada a base mensal, por meio da contraposição entre a renda total mensal do consumidor e as parcelas das suas dívidas vencidas e a vencer no mesmo mês.

Apesar da publicação do decreto, há hoje uma grande discussão doutrinária a respeito da mensuração deste mínimo, já que em muitos casos o endividado recebe por mês valor maior que um salário-mínimo mensal, e conseqüentemente seus gastos mensais para sua subsistência e de sua família ultrapassam em muito a margem do decreto.

Em razão disso muitos doutrinadores defendem a tese de que a mensuração para se auferir esses 25% (vinte e cinco por cento) deve ser analisada caso a caso, e analisando a renda específica do consumidor, usando como parâmetro seus rendimentos mensais.

Para tentar sanar essa discussão, foi editado novo decretado, em 19 de junho de 2023, de número 11.567, onde estipulou em seu artigo 3º o valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) como o montante garantido para o mínimo existencial, bem como revogando o decreto anterior.

O objetivo do novo ordenamento jurídico é prevenir o aumento da chamada “bola de neve” com credores, o que exclui o consumidor da sociedade, muitas vezes o consumidor está tão endividado que recebe seu salário de manhã e no final do dia não dispõe de mais nenhum recurso, tendo que viver o resto mês apenas com crédito de cartão de crédito e de cheque especial, outros já estão com seu nome inscrito em cadastros de inadimplentes e não possuem mais linhas de créditos, chegando a passar necessidades.

3. PRINCIPAIS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 14.181/21

A principal inovação trazida pela lei é a possibilidade de negociação em bloco. Isto é, chama-se todos os credores do endividado, geralmente em uma audiência de conciliação e realiza-se uma negociação em bloco, visando ao pa-

gamento dos credores analisando-se como parâmetro as qualidades específicas do devedor, para garantir-se o mínimo existencial previsto em lei, bem como visando a diminuir demandas judiciais, já que a recuperação do crédito deixa de ser individual, com cada uma das empresas credoras.

Vale ressaltar que este pedido de negociação não gera a declaração de insolvência civil do consumidor, a lei não busca a insolvência da pessoa física, e sim que as partes do contrato de consumo negociem e cheguem a uma solução para o pagamento dos créditos que seja boa para ambas as partes.

Trata-se de um pedido do devedor, que traz suas dívidas e propostas de pagamento global, essa ação não pode ser começada pelos credores, eles já têm regramentos de cobranças individuais.

Oportuno destacar que a lei previu sanções para os credores que não comparecerem nesta audiência de conciliação, como a suspensão do seu crédito, a adesão compulsória ao plano de pagamento ou a determinação de que só receberá seu crédito após o pagamento dos demais credores que compareceram no ato, entre outros.

A renegociação ou a novação da dívida na audiência prevista deve estabelecer condutas para as empresas tomarem, isto é, terão que fazer um esforço, uma escolha entre receber seu crédito, através das vias de direito, que na maioria das vezes não é satisfatório, já que vai apenas enforçar o consumidor, aniquilando de vez seu poder de compra, ou escolher em negociar, onde irá receber aos poucos, mas receberá. As principais condutas são:

1. Medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida. (§4º, I do art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor);
2. Referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso, para poder “limpar” o nome do consumidor e recomeçar. (§4º, II do art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor);
3. A data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados de cadastros de inadimplentes, retirando-se o nome do consumidor dos cadastros para que sua reinclusão na sociedade e no mercado brasileiro possa acontecer. (§4º, III do art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor); e
4. Condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem ao agravamento de sua situação de superendividado. (§4º, IV do art. 104-A, do Código de Defesa do Consumidor).

Logo, percebe-se que tanto os consumidores como as empresas terão que se adaptar a esta negociação global, trazendo ao procedimento reais tratativas de negociação, como também assumindo condutas ativas para o êxito do plano negociado e acordado. Não se trata mais de revisão de contratos, e sim de efetiva e individual negociação, considerando-se as peculiaridades do devedor e do credor.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DO CRÉDITO E O ESPÍRITO DA LEI

A nova norma jurídica estipulou como direito básico do consumidor a garantia de práticas de crédito responsável, a educação financeira e a prevenção e tratamento de situações de superendividamento, visando a preservar o mínimo existencial do ser humano. Inclusive previu para que seja garantido este mínimo a revisão e repactuação de dívidas e a concessão do crédito.

A função social do contrato visa a limitar o direito de contratar, relativizando a autonomia da vontade, fazendo com que os contratantes observem em seus contratos os valores que sejam importantes à sociedade.

Pela nova legislação as empresas que ofertam crédito passam a ser responsáveis pela concessão deste crédito, e, por isso, estão proibidas de prometer crédito sem a consulta a serviços de proteção ao crédito, bem como deverão comprovar que realizaram esta consulta, caso sejam demandadas judicialmente. Também, foi prevista a vedação da prática de assediar ou pressionar o consumidor a contratar crédito, como por exemplo a oferta de 10% de desconto na primeira compra, muito comum em grandes lojas de varejo.

Essas empresas, bancos e grandes varejistas devem pensar enquanto fornecedor na função social do contrato, no sentido do que podem fazer, para ajudar o consumidor que está superendividado ou está na eminência do superendividamento, analisando a questão da continuidade dos negócios, visando à continuidade da oferta ao seu cliente consumidor de crédito de uma forma responsável, analisando se efetivamente este cliente tem renda para pagar aquele contrato, se não irá comprometer mais ainda a sua subsistência.

Por fim, é uma grande oportunidade trazida pelo espírito da lei para que essas empresas credoras de, ao invés de realizarem planos de pagamentos para que os consumidores devedores paguem suas dívidas, com ofertas pré-fixadas, como acontecem nos feirões “limpa nome”, realizarem verdadeiras mediações privadas, chamando seus clientes e realizando uma negociação assistida através de mediadores qualificados, realizando um plano de pagamento de acordo com a realidade daquele cliente específico, e respeitando os critérios do mínimo existencial, e trazendo estes clientes de novo para o mercado de consumo, respeitando a dignidade humana dos consumidores, bem como a função social das empresas que fornecem crédito.

5. COMO A MEDIAÇÃO PODE AJUDAR NO TRATAMENTO AO SUPERNEDIVIDADO

O consumidor superendividado pode solicitar a renegociação em bloco das dívidas, onde será realizada uma conciliação com todos os credores para a elaboração de um plano de pagamentos que caiba no seu orçamento.

A vantagem desta negociação em bloco é que o consumidor terá a chance de renegociar todas as suas dívidas ao mesmo tempo, o que diferencia e muito dos mutirões para saldar dívidas, uma a uma, com os feirões “limpa nome” que as grandes empresas e bancos utilizam.

Na negociação em bloco, serão chamados os credores do devedor para negociar junto com este, no sistema ganha-ganha, a melhor forma de pagamento dentro das características específicas do caso, e não mais com a imposição de pagamentos e acordos pelo credor, aqui será feita uma criação de valores, uma verdadeira negociação em conjunta, inclusive com pagamentos diferenciados para cada credor.

Aqui busca-se uma negociação e readequação das contratações de forma consciente, tanto para o credor como para o devedor, para que não ocorra o estrangulamento do devedor, com a imposição de mais juros, aumentando ainda mais a dívida, e fazendo com que este passe de consumidor para litigante no futuro, por não ter condições de adimplir com o que foi negociado.

Na mediação busca-se acordos que são passíveis de cumprimento, e não apenas dilação de prazos de pagamento, para que o consumidor possa efetivamente pagar suas dívidas e sair da condição de endividado.

A mediação é uma forma de solução extrajudicial de conflitos, é um processo voluntário que oferece àqueles que estão vivenciando uma situação conflituosa a oportunidade e o espaço adequados para conseguir buscar uma solução que atenda a todos os interesses de todos os envolvidos. É um método que busca aproximar as partes, para que elas negociem diretamente a solução desejada de sua divergência. A mediação traz o protagonismo das partes, uma vez que mantém o poder decisório com as próprias partes conflitantes.

Por fim, há de se destacar que a nova legislação não obsta a elaboração de planos voluntários no âmbito das negociações particulares, através de mediações extrajudiciais, sem a necessidade de submissão ao poder judiciário, com a formação de título extrajudicial, nos termos do artigo 784, inciso IV, do Código de Processo Civil Brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As negociações em bloco podem resultar em acordos com todos os credores e instituições que o consumidor deva alguma quantia, conseguindo pagar

o conjunto das suas dívidas com a sua fonte única de renda. Aqui, em caso de sucesso no acordo, acaba o tormento psicológico do consumidor em pagar uma dívida e faltar dinheiro para pagar as demais.

O conflito entregue para a solução para o Estado Julgador, através da análise de um juiz, irá resolvê-lo levando-se em conta apenas a aplicação da lei ao caso concreto, sem entrar nas emoções, posições e interesses que estão implícitos no conflito. Entretanto, a relação entre as partes conflitantes irá perdurar após esta sentença, uma vez que muito mais do que renegociar dívidas, o escopo da lei é a reeducação financeira do consumidor, bem como a negociação global e eficaz das dívidas do superendividado, através da elaboração de um plano, o que fará com que as empresas tomem medidas mais negociais ao reaver o seu crédito.

Por isso que a mediação no tratamento do superendividado visa a função social do contrato de crédito, bem como que as empresas se atentem à sua função social empresarial, ajudando a reestruturar o mercado de consumo para um mercado consciente do consumo. O sucesso da recuperação do consumidor endividado depende da participação das empresas credoras, o que evitará o endividamento dos consumidores, bem como de disputas entre estes e as empresas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.** Presidência da República Secretaria – Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Altera a lei nº 8.070, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

BRASIL. **Decreto nº 11.150 de 26 de julho de 2022.** Presidência da República Secretaria- Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990- Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. **Decreto nº 11.567 de 19 de junho de 2023.** Presidência da República Secretaria- Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Altera o Decreto nº 11.150, de 26 de julho de 2022, que regulamenta a preservação e o não comprometimento do mínimo existencial para fins de prevenção, tratamento e conciliação de situações de superendividamento em dívidas de consumo, nos termos do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990- Código de Defesa do Consumidor, e dispõe sobre mutirões para a repactuação de dívidas para a prevenção e o tratamento do superendividamento por dívidas de consumo.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

REFERÊNCIAS ELETRÔNICAS:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/08/cartilha-superendividamento.pdf>.

A IMPORTÂNCIA DO SIGILO NA MEDIÇÃO PRIVADA EMPRESARIAL

NATHALIE MARTINEZ BIAZZI¹

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Mediação, Lei n. 13.140/15, e o Código de Processo Civil de 2015³ vieram positivar e trazer para a realidade jurídica brasileira a possibilidade de utilização da mediação na solução de conflitos, de maneira judicial e extrajudicial. Esses mesmos diplomas legais também estabeleceram princípios inerentes à mediação, dentre eles o princípio da confidencialidade, que este artigo busca tratar com mais atenção, destacando seus aspectos, vantagens e importância para a escolha do método em casos concretos, especialmente na mediação privada empresarial.

A possibilidade de utilização da mediação como forma de solução de conflitos já existia anteriormente a 2015 e era prevista, no ordenamento jurídico brasileiro, desde a Resolução 125/2010 do CNJ³. Mas o Código de Processo Civil de 2015 e a Lei 13.140/15 foram de fato marcos legislativos que transformaram a mediação numa ferramenta incentivada pelo ordenamento jurídico como solução autocompositiva de conflitos. E mais do que isso, na prática se vê cada vez mais advogados utilizando-se do procedimento para solucionar problemas empresariais de seus clientes. Assim se faz imprescindível hoje que bons profissionais conheçam a mediação, suas características e princípios. E o princípio da confidencialidade é um dos mais relevantes deles.

2. DISPOSIÇÕES LEGAIS

São institutos que tratam do tema da confidencialidade na mediação no Brasil: a Resolução 125/2010 do CNJ, o Código de Processo Civil e a Lei 13.140/15- Lei de Mediação.

3. A CONFIDENCIALIDADE NA LEI DE 13.140/15- LEI DE MEDIÇÃO

O princípio da confidencialidade consta expressamente da Lei de Mediação, sendo o único princípio que consta no artigo 2º, como disposição geral,

1 Nathalie Martinez Biazzi é formada em direito pela Universidade de São Paulo- USP, formada em Mediação pela Fundação Gerúlio Vargas, especialista em Negociação pela mesma instituição, sócia fundadora e diretora do Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes e professora no mesmo Instituto. Atua principalmente nas áreas de mediação empresarial e mediação em empresas familiares.

que recebeu uma Seção inteira para sua explanação em razão de sua importância (Seção IV da Lei 13.140/15).

A confidencialidade é um dos pilares do procedimento de mediação e uma das características que permite que os acordos sejam alcançados. Isso porque em um ambiente sigiloso, as partes e seus advogados ficam à vontade para assumirem fatos, fazerem propostas e até discutirem aspectos jurídicos sem o receio de que tudo o que for dito poderá ser usado contra a parte na impossibilidade do acordo.

Toda esta preocupação do legislador visa garantir aos envolvidos a possibilidade de um debate franco no procedimento de mediação. Neste ambiente protegido pelo sigilo, é mais fácil para as partes esclarecerem quais são seus interesses por trás de suas posições e poderem conversar sobre possibilidades de solução do conflito de maneira livre, sabendo que eventual proposta feita possa ser lapidada, testada no ambiente real, revista e questionada sem vinculação até a assinatura de eventual acordo.

Para que as partes se sintam seguras para trazerem à mesa todos os aspectos que considerem relevantes para uma solução consensual, a Lei prevê também, em seu artigo 6º, que o mediador não poderá assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes pelo prazo de um ano após o encerramento da mediação. E no artigo 7º há o impedimento do mediador de ser árbitro ou testemunha em processos arbitrais ou judiciais referentes ao conflito em que tenha atuado anteriormente como mediador.

Algumas câmaras privadas de mediação têm também, em seu Regulamento e/ou em seu Código de Ética, a previsão da confidencialidade e os impedimentos de atuação do mediador após o encerramento da mediação, como é o caso do Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes, a CAM-CCBC, AMCHAM, dentre outras.

A Lei ainda determina, no artigo 14, que no início da primeira reunião de mediação e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca da regra da confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

3.1. A QUAIS MATÉRIAS SE APLICA O SIGILO?

Seção IV Da Lei 13.140/15- Da Confidencialidade e suas Exceções

O artigo 30 da Lei define que 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.

Trata o caput do artigo do sigilo da mediação em relação a terceiros visando garantir a liberdade das partes em escolherem os temas que serão tratados em mediação, fazerem propostas, discutirem possibilidades de encaminhamento das questões sem o risco de, em não ocorrendo o acordo, estas informações serem levadas para a esfera judicial ou arbitral.

No parágrafo 1º o legislador esclareceu a quem e ao que se aplica a confidencialidade.

3.2. A QUEM SE APLICA A CONFIDENCIALIDADE?

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. Isso inclui amplamente todos os presentes à reunião de mediação e também aqueles que, ainda que não estivessem presentes à reunião, tenham acesso às informações em decorrência da mediação, como por exemplo: a secretária da câmara privada na qual a mediação ocorre; estagiários que tenham acesso a documentos referentes à mediação; aos superiores, sócios ou afins dos prepostos que tenham participado da mediação, mas que não estavam lá pois a eles os prepostos se reportarão para fins de autorização do aceite em propostas surgidas no procedimento; aos peritos chamados a oferecerem pareceres durante a mediação, dentre outros.

Em um caso concreto de mediação privada no Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes, para fins de exemplo, foi decidido pelas partes que elas contratariam uma perícia no curso da mediação. O perito foi escolhido em comum acordo das partes e também em conjunto as partes redigiram os quesitos. Ao final da mediação, em não havendo acordo, o perito não poderia, portanto, ser chamado como testemunha em eventual processo judicial ou arbitral referente àquele conflito.

3.3. AO QUE SE APLICA A CONFIDENCIALIDADE?

A declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra; ao reconhecimento de fato por qualquer das partes, à manifestação de aceitação de proposta de acordo, a documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

Na prática isso significa que qualquer documento apresentado de uma parte à outra, qualquer anotação feita pelo(s) mediador(es) que atua(m) no caso, quaisquer papéis, dados, provas físicas ou virtuais, extratos, fotografias, citações orais feitas, pareceres etc., que surjam ou ocorram durante o procedimento de mediação estarão protegidos pelo sigilo.

Em outro caso real de mediação privada empresarial no Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes, por exemplo, uma parte apresentou um extrato bancário para comprovar para a outra determinada situação financeira da empresa que estava sendo questionada. Em não havendo acordo, a outra parte jamais poderia utilizar este documento, o extrato, para comprovar qualquer finalidade que fosse, em processo judicial ou arbitral. Tratou-se de um documento produzido e apresentado exclusivamente para a finalidade daquela mediação. Por outro lado, no caso já anteriormente mencionado em que as partes contrataram em comum acordo uma perícia no curso da mediação privada, as partes decidiram que, em não havendo acordo ao final da mediação, aquele laudo pericial poderia sim ser utilizado por ambas as partes em eventual processo judicial posterior. Conforme previsão do artigo 30 da Lei 13.140/15, a confidencialidade é a regra que se impõe na mediação, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa, como foi o caso. Isso permite que as partes possam permanecer no procedimento de mediação privada, de boa-fé, buscando de todas as formas uma composição e, ao mesmo tempo, também decidirem produzir de comum acordo uma prova que, em não havendo o acordo, poderá encurtar eventual processo judicial posterior pois já haveria perícia feita ou, na pior das hipóteses, seria mais um elemento probatório para o processo pois assim decidiram. Trata-se do princípio da confidencialidade atuando em conjunto com o princípio da autonomia da vontade e da boa-fé, oferecendo às partes ainda mais ferramentas para a solução do conflito no desenrolar da mediação privada empresarial.

3.4. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DA CONFIDENCIALIDADE

Já no caput do artigo 30 estão previstas três exceções ao sigilo da mediação:

- se as partes expressamente decidirem de forma diversa

No procedimento de mediação, mais do que no procedimento judicial ou arbitral, as partes são de fato protagonistas de todo o seu desenrolar. Elas decidem o que será discutido; se há ou não a necessidade de produzir algum tipo de prova durante o procedimento; em se decidindo que alguma prova será produzida, como a apresentação de um documento ou até mesmo a realização de uma perícia, elas decidem se esta prova será sigilosa, como prevê a regra, ou se excepcionalmente poderá ser usada fora dali.

- quando sua divulgação for exigida por lei

Como no caso, por exemplo, de acordos realizados em mediação privada que versem sobre direitos indisponíveis passivos de transação que tenham que ser obrigatoriamente encaminhados para homologação judicial com a competente oitiva do Ministério Público conforme o artigo 3º, §2º Lei 13.140/15.

- quando necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação

Em se tratando de direitos disponíveis, as partes podem ou não levar o acordo para homologação judicial. Se decidirem fazê-lo, o acordo terá validade de sentença. Mas mesmo sem a homologação judicial, o acordo já será um título executivo extrajudicial (artigo 20, parágrafo único da lei de Mediação) com todas as consequências daí resultantes em relação à sua execução forçada em caso de não cumprimento espontâneo. Em que pese a imensa maioria dos acordos alcançados em mediação serem espontaneamente cumpridos, dado que foram as próprias partes que concordaram com seus termos, sem a imposição de um terceiro, existem alguns poucos casos em que essa execução forçada se faz necessária. Nestes casos, não poderá uma das partes alegar o sigilo da mediação para impedir que a outra o execute em juízo.

Os §3º e §4º do artigo 30º da Lei de Mediação esclarecem que são também, expressamente, exceções ao princípio da confidencialidade:

- a informação relativa à incidência de crime de ação pública.

Na prática, em uma discussão durante um procedimento de mediação em que uma parte acuse a outra de algum crime de ação pública, por exemplo, é imprescindível que o mediador reitere a todos que, em surgindo provas ou indícios do crime, esta informação não estará protegida pelo princípio da confidencialidade. Neste caso o legislador quis tutelar bens jurídicos relevantes para a proteção da sociedade em detrimento da garantia do sigilo para obtenção do acordo em um conflito específico.

- 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 Nacional⁴.

Isso significa que as partes não podem se utilizar do argumento do sigilo da mediação para deixar de declarar transações que importem no pagamento de tributos.

3.5. A CONFIDENCIALIDADE NAS REUNIÕES EM SEPARADO (*CAUCUS*)

Por fim, mas como um dos pontos mais importantes referentes à confidencialidade na mediação, nos resta analisar a confidencialidade no que se refere ao *caucus*, ou reuniões em separado do(s) mediador(es) com cada uma das partes e seus advogados, previstas no artigo 19 da Lei.

O sigilo, nestas situações, fica assim estabelecido na Lei:

“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.”

Extraí-se daí um dos mais importantes aspectos da confidencialidade, especialmente ao que se refere à mediação empresarial privada. Em reuniões em separado, as partes e seus advogados ficam mais à vontade para assumir fatos perante o mediador, explicitar suas expectativas, relatar emoções mais livremente sem o receio da escalada do conflito, revelar seu BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement) e seu WATNA (Worst Alternative To a Negotiated Agreement), parametrizar situações, imaginar números e confrontá-los com a realidade, discutir prazos e ouvir possibilidades sem a presença da outra parte. Também nas reuniões em separado, é possível ao mediador atuar como agente de realidade, isto é, auxiliar as partes e seus advogados a questionarem a viabilidade de determinadas pretensões ou plausibilidade de determinadas propostas antes de se serem levadas à(s) outra(s) partes(s).

Nas reuniões em separado e protegidas pelo sigilo, o mediador pode questionar a parte e seu(s) advogado(s) sobre a viabilidade de teses jurídicas apresentadas, entendimento dos Tribunais em caso de demanda, questionar a parte e seu(s) advogado(s) sobre eventual análise feita do valor do dinheiro no tempo, riscos, tempo de duração de um processo, custo de oportunidade do caso concreto, sem expor uma parte à outra ou ter sua imparcialidade questionada.

Esta liberdade racional, emocional e intelectual proporcionada pelas reuniões em sigilo de parte a parte é que cria muitas vezes um campo de soluções factíveis e razoáveis em um cenário antes muitas vezes catastrófico.

A confidencialidade destas reuniões em separado evita também que uma parte possa se utilizar da mediação única e exclusivamente para obter informações relevantes sobre a outra e depois utilizá-las fora do procedimento de mediação, as chamadas *“fishing expeditions”*. Um mediador experiente sabe o momento de realizar as reuniões em separado para que as partes se sintam seguras em revelar determinadas informações com o único propósito de se aproximarem do acordo sem que ela tenha que ser revelada à(s) outra(s) parte(s).

3.6. COMO SE GARANTE A CONFIDENCIALIDADE NA MEDIAÇÃO PRIVADA?

Considerando-se a previsão legal da confidencialidade na mediação, qualquer prova apresentada em juízo ou procedimento arbitral que contrarie este princípio deve ser absolutamente desconsiderada e rechaçada pelo juiz ou árbitro que trate da questão e não poderá constar de qualquer processo.

O artigo 173 do Código de Processo Civil de 2015, tratando da mediação judicial, prevê também que será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores dos Tribunais aquele que violar qualquer dos deveres decorrentes do art.166, §º1 e §2º, isto é o dever de confidencialidade.

Quanto à mediação privada, ainda que a Lei de Mediação não preveja punição específica para o mediador que descumprir o dever de sigilo, o artigo 8º estabelece que o mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal. Neste sentido, pode o mediador responder inclusive pelo artigo 325 do Código Penal⁵:

“Artigo 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.”

Quanto ao descumprimento do dever de sigilo por uma das partes que participaram do procedimento e/ou seus(s) advogado(s) é de se considerar inclusive a possibilidade dos envolvidos de responderem por eventuais danos morais e/ou materiais decorrentes deste descumprimento.

É claro que há o argumento de que uma vez quebrada a confidencialidade da mediação, eventual indenização não seria capaz de reestabelecer o *status quo* da parte lesada, especialmente em questões empresariais e estratégicas. Daí a importância de se conhecer o trabalho do mediador ou câmara de mediação privada escolhida para o caso. Um mediador sério, competente e experiente é capaz de deixar as informações estratégicas e relevantes para serem debatidas exclusivamente em *caucus*, nas reuniões em separado, excluindo a possibilidade de que elas sejam expostas à(s) outra(s) parte(s).

4. CONCLUSÃO

A confidencialidade é um dos diferenciais da mediação que a distingue substancialmente do modelo tradicional de publicidade dos atos processuais no judiciário. Se no judiciário a regra é a publicidade e o sigilo a exceção, na mediação, por sua natureza e essência, a regra é a confidencialidade e a publicidade a exceção.

No âmbito da mediação empresarial privada, essa característica se mostra ainda mais relevante.

No que se refere ao sigilo da mediação em relação a terceiros, a liberdade de debates sem consequências jurídicas em caso de não acordo é o ambiente necessário para o surgimento de propostas factíveis e com lastro na realidade.

Por outro lado, muitas vezes é extremamente importante para uma empresa que determinada situação de conflito não seja divulgada, tanto para a preservação de sua imagem como em razão de sua posição no mercado.

No sentido contrário, vale salientar que a mediação privada empresarial não se aplica a um determinado conflito em que uma empresa busque um precedente jurisprudencial para determinado tema que lhe seja recorrente. Se esta for a necessidade da empresa, ela deverá obrigatoriamente buscar uma sentença judicial, para que possa dela se utilizar em outras situações similares.

No aspecto do sigilo das reuniões em separado (*caucus*), o que ocorre na prática é que nestas reuniões o mediador pode ter acesso a informações que a parte pode não querer revelar à outra por questões estratégicas ou julgar que sua revelação seria prejudicial ao bom andamento dos debates. Mas são informações relevantes para que o bom mediador, experiente e capacitado, possa identificar os interesses por trás das posições e dali extrair pontos de contato que aproximem as partes de um acordo.

O princípio da confidencialidade é um divisor de águas para a escolha da mediação como método de solução de conflitos empresariais por parte de advogados e partes.

Em nossa prática de mediação privada atendendo casos empresariais não são raras as vezes em que, nas reuniões preliminares ou reuniões de adesão realizadas para entender o caso, os anseios das partes, seus advogados em alinhar expectativas quanto ao procedimento, surgem as seguintes colocações: “precisamos saber o que o outro lado pensa”; “precisamos saber o que o outro lado realmente quer”; “precisamos estar em um ambiente de sigilo para uma discussão honesta sobre os fatos sem o risco de que a outra parte se utilize destas informações contra nós”; ou ainda: “se pudéssemos ter uma reunião franca, acredito que chegaríamos a um consenso”.

Por melhor negociador que seja um cliente e seu advogado, não há como garantir o sigilo das informações em uma negociação direta.

Na mediação privada empresarial, isso é possível. Além de todos os demais benefícios da presença do terceiro imparcial (mediador capacitado) na solução do conflito, o sigilo é uma das importantes ferramentas para que nós possamos ser desatados e soluções consensuais alcançadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Presidência da República Secretaria- Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Presidência da República Secretaria- Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos.

BRASIL. Decreto- Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos.



tirant
lo blanch

editorial.tirant.com/br/

Este e-Book compreende uma coletânea de onze artigos acadêmicos que abordam, de forma ampla, temas e aspectos relativos à prática da mediação empresarial no Brasil, buscando contribuir para os atuais debates que envolvem o tema.

Sem a pretensão de exaurir as questões aqui tratadas, o e-Book traz provocações e suscita reflexões relevantes para os estudos voltados à mediação empresarial, materializando, assim, a própria razão institucional da Comissão Especial de Mediação Empresarial da OAB/SP.

Acessível gratuitamente e em formato eletrônico, o material se mostra uma ferramenta útil a todos aqueles que querem navegar sobre o tema da mediação empresarial, sendo, nesse aspecto, uma valiosa referência técnica e doutrinária.



ISBN 978-655908819-5



9 786559 088195

+ ACESSO À VERSÃO DIGITAL GRÁTIS NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA