

## **A ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS: MARCOS LEGAIS E AS NOVAS POSSIBILIDADES EM MEDIAÇÃO EMPRESARIAL**

### **Felipe Starke**

Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Pós-graduando em Direito Empresarial pela Unicuritiba. Advogado e Professor. (Curitiba- PR/BRASIL). E-mail: filipe@asfs.adv.br

### **Mayara Pellenz**

Mestre em Direito pela Faculdade Meridional. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional. Pós-Graduanda em Psicologia Jurídica – IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade na mesma instituição. Docente do Curso de Direito SOCIESC (Blumenau-SC/BRASIL). Advogada. Email: maypellenz@hotmail.com

### **Samara Walzburger**

Acadêmica de Direito na Faculdade UNISOCIESC (Blumenau - SC/BRASIL). Bolsista institucional do Grupo de Pesquisa: Direito Empresarial e Sustentabilidade. Estagiária no Escritório Deusdith Junior Advogados Associados. (Blumenau - SC/BRASIL) E-mail: samara\_walzburger@live.com

**Recebido em:** 14/06/2019  
**Aprovado em:** 02/07/2019

### **RESUMO**

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 representam um avanço na questão da atuação dos advogados, especialmente no que diz respeito às práticas de mediação. Essas novas determinações exigem uma nova postura na forma como se lida com conflitos empresariais, bem como a busca de novas formas de resolução de conflitos diante da morosidade do Poder Judiciário e dos custos processuais. Prima-se, nessas práticas, a participação dos envolvidos na busca de entendimento pacífico sobre questões jurídicas, que, agora, são uma determinação do diploma processual civil. Por meio do método indutivo e da pesquisa bibliográfica, observam-se aspectos positivos na atuação de advogados em práticas de mediação empresarial e de outros métodos não adversariais, o que contribui para a concretização da democracia.

**Palavras-chave:** Advogados; Democracia; Mediação; Direito empresarial.

### **THE ROLE OF LAWYERS: LEGAL FRAMEWORKS AND THE NEW POSSIBILITIES IN BUSINESS MEDIATION**

#### **ABSTRACT**

The innovations brought by the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure represent a step forward in the performance of lawyers, especially with regard to mediation practices. These new determinations require a new stance on how to deal with business conflicts, as well as the search for new ways of resolving conflicts in the face of the slowness of the Judiciary and procedural costs. In these practices a lot of attention is given to the participation of those involved in the

search for a peaceful understanding on legal issues, which, now, is a determination of the civil procedural law. Through the inductive method and bibliographic research, we can observe positive aspects in the practice of lawyers in business mediation practices and other non-adversarial methods, which contributes to the achievement of democracy.

**Keywords:** Lawyers; Democracy; Mediation; Business Law.

## 1. INTRODUÇÃO

Cada vez mais, a Mediação incorpora-se ao Direito como um instrumento capaz de solucionar conflitos judiciais ou extrajudiciais. Trata-se da consolidação de uma categoria já utilizada e prevista, mas que, nos últimos anos, destaca-se a partir da crise do Poder Judiciário, o que leva os sujeitos a buscarem, cada vez mais, decisões ágeis e técnicas para controvérsias de conflitos.

Autores como Paula Forgioni (2012, pp. 125-126), destacam algumas das principais características do direito empresarial. Dentre elas: a informalidade, a simplicidade, a rapidez e a liberdade de formas. Diante dessas peculiaridades do direito empresarial, são necessárias outras formas de lidar com o conflito, além de sua judicialização. O empresário tem muito a perder com longas batalhas judiciais, seja ele vencedor ou perdedor, tendo em vista que sua atividade necessita de agilidade.

A resolução de conflitos pelo método da mediação possibilita soluções mais ágeis para as demandas empresariais. Não se pode esperar que todas as lides sejam resolvidas dessa forma, no entanto, o desenvolvimento da mediação no mundo empresarial possibilita resolver de forma muito mais simples alguns problemas que poderiam durar muito tempo.

Ficará demonstrado a seguir que o advogado empresarial deve conhecer os métodos de mediação de conflitos e incorporá-los ao seu instrumental profissional.

A nova concepção, trazida pelo novo Código de Processo Civil, traz um viés positivo acerca da atuação dos advogados em relação à prática da mediação. O profissional irá, além de buscar novos métodos de resolução de conflito para melhor atender a necessidade do seu cliente, se adequar a novas posturas diante conflitos empresariais.

É notório que o Poder Judiciário é um órgão moroso e com elevadas custas processuais. A aplicabilidade do instituto da mediação no direito empresarial viabiliza práticas

pacíficas, céleres e com a ampla participação das partes. O diálogo é estimulado, é mais um passo para a desconstrução da cultura judicial.

A pretensão da pesquisa é problematizar a seguinte questão: Como os advogados estão atuando e se modernizando em relação aos métodos consensuais em relação ao direito empresarial? Na busca de respostas a esta indagação, analisa-se na teoria e na prática as novas formas de acesso à justiça e resolução de conflitos na esfera privada, especialmente nas relações empresariais. A presente pesquisa realizou-se pelo método indutivo e da pesquisa bibliográfica, visando à atuação dos advogados sob um viés positivo acerca das práticas de mediação empresarial e outros métodos adequados de resolução de conflito, tornando o litígio cada vez mais pacífico e visando ao amplo interesse das partes.

## 2. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não há como se falar em vida em sociedade sem a existência de conflito. É impossível imaginar a existência de uma comunidade em que todas as pessoas estejam de acordo com relação às suas expectativas e interesses o tempo todo. O conflito está no fundamento do sistema social (MELEU, 2014, p. 59).

Para que exista democracia, também, é necessário o conflito. Conforme Mouffe, para que a democracia exista efetivamente nenhum ator social pode ter a pretensão de ser a última palavra na representação da totalidade (2000, pp. 21-22). O que se espera na democracia é justamente que as pessoas com as mais diversas vivências e interesses sejam capazes de coexistir e de encontrar soluções para essas diferenças.

Assim, como não se espera que a sociedade seja um todo uniforme, não há outra saída a não ser coexistir com a presença do conflito. A postura de Mouffe parte para o sentido de considerar a democracia moderna como instituto frágil, que precisa ser defendido, uma vez que sua essência corresponde a um “[...] choque vibrante de posições políticas e um conflito aberto de interesses” (1996, p. 17). A oposição, o enfrentamento, as discussões e os posicionamentos contrários são resultados naturais de uma sociedade caracterizada pelo pluralismo e pelas diferenças.

Autores de direito empresarial<sup>1</sup>, ao citar Asquini, defendem que a empresa tem quatro perfis: funcional, subjetivo, patrimonial e corporativo. O perfil corporativo tem relevância para

---

<sup>1</sup> Cita-se, como exemplo, NONES, Nelson. **Gênese e evolução histórica da empresa: aspectos jurídicos, políticos e econômicos**. Blumenau: Edifurb; Nova Letra, 2013, p. 109.

a discussão a respeito da mediação empresarial e significa que a empresa tem um aspecto de organização de bens e pessoas. Dessa forma, parte do que é a empresa envolve vida social (NONES, 2013, p. 115). E se há vida social, há conflito. E se há conflito há espaço para métodos de resolução de conflitos, tais como a mediação.

Se não se pode pretender uma sociedade sem conflitos, faz sentido pensar a respeito da forma como se lida com eles. Para Marcelino Meleu o conflito é uma oportunidade para reconhecer as diferenças existentes e há várias formas de administrá-lo (MELEU, 2014, p. 66). Segundo o autor, frente ao conflito se pode: i) ignorar a situação de conflito; ii) apresentar uma resposta violenta; iii) terceirizar a solução para uma autoridade; e iv) apresentar uma resposta não-violenta (MELEU, 2014, p. 74).

Quando simplesmente se ignora um conflito, ele acaba não resolvido. Por sua vez, apresentar uma resposta violenta, seja o tipo de violência que for, do ponto de vista coletivo, também não é interessante, pois esse tipo de ação faz com que pelo menos um dos envolvidos seja prejudicado, quando não são todos os envolvidos prejudicados.

No cenário jurídico brasileiro, percebe-se que a terceira opção, a terceirização da solução tem sido muito adotada. Isso porque, segundo dados do CNJ, até o final de 2015, havia mais de 100 milhões de processos em trâmite<sup>2</sup>, o que, considerando a população nacional, representa cerca de um processo para cada duas pessoas. Daí pode se perceber que há uma tendência de as pessoas, diante de um conflito, simplesmente terceirizá-lo para que seus advogados e o Poder Judiciário o resolvam.

Observa-se, no entanto, com o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), a busca da utilização da quarta hipótese apresentada, ou seja, a utilização de métodos de solução de conflito não-violentos (ou não-adversariais), tais como a negociação, a mediação ou a conciliação.

A crise de superlotação do Poder Judiciário abriu a oportunidade para o desenvolvimento das soluções não-adversariais de conflitos. Nos termos do art. 3º, § 3º, do

---

<sup>2</sup> De acordo com dados do CNJ em seu *Relatório Justiça em Números 2016*, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, acessado em 17 abril 2019.

Código de Processo Civil, a partir de agora todos os profissionais do direito devem investir nessa forma de solução de conflitos.

Não se espera que os advogados sempre utilizem de métodos não-adversariais para a solução dos conflitos em que atuam. O que se quer é que se compreenda a ideia de que o método adversarial para solucionar conflitos a partir da instauração de processos judiciais é apenas um entre os diversos que podem ser utilizados pelo profissional do direito. Nolan-Haley ensina que os métodos de *alternative dispute resolution*, ou ADR, devem ser estudados pelos juristas porque trazem outros caminhos para a solução de conflitos que, por uma série de motivos, podem ser mais interessantes do que os caminhos tradicionais da solução pelo Poder Judiciário (NOLAN-HALEY, 1992, Cap. 1, II). Isso significa que um advogado deve saber quando cada um desses métodos é mais adequado para a solução do conflito, e não optar automaticamente pela instauração de um processo judicial.

### 3. O QUE É MEDIAÇÃO?

Existem diversas formas de se resolver conflitos. Dentre elas pode ser inserida a mediação, que é uma das formas não-adversariais de solução de conflitos. Esse instituto de resolução não se apresenta como uma novidade, aliás, segundo Moore (1998, p. 27) há muito, é “praticada em todo o mundo na resolução de disputas interpessoais, organizacionais, comerciais, legais, comunitárias, públicas, étnicas e internacionais”. Nolan-Haley traz como exemplos as comunidades de imigrantes que, normalmente, quando se inserem em um novo país ou sociedade não tem acesso à justiça formal, busca resolver seus conflitos mediante processos de mediação (NOLAN-HALEY, 1992, p. 27).

Hale, Pinho e Cabral reportam do papel de debutar uma consciência da restauração dos direitos igualitários. E esse pensamento, segundo os autores (2016, p. 67) deve ser entendido da seguinte forma:

O marco legal da mediação inaugura uma etapa importante na história da Justiça brasileira. Apesar de já antes existirem muitas vozes de apoio e uma literatura significativa, e várias normas projetadas anteriores não transpuseram a porta de entrada ao ordenamento. A novidade cumpre o papel de debutar a existência normativa dessa nova via para resolução de disputas em um sistema até hoje preponderantemente adversarial, cujos, os caminhos consensuais eram limitados à conciliação. Com a recente aprovação do Novo Código de Processo Civil (NCPC), a mediação passa a ser prevista e, com a lei de mediação, são estabelecidas as direções necessárias para sua posta em práticas dentro e fora do processo jurisdicional.

Por meio da leitura dos parágrafos segundo e terceiro do art. 165 do Código de Processo Civil, diferencia-se mediação de conciliação. Fica estabelecido que a conciliação se

aplica para casos em que as partes não tenham vínculo anterior, podendo o conciliador propor soluções para o litígio em jogo. Já a mediação é, segundo a lei processual, o método a ser aplicado quando houver relação anterior entre as partes, é papel do mediador auxiliar os interessados a entender as questões e interesses envolvidos, mostrando às partes que elas podem reestabelecer comunicação.

A definição legal de mediação está prescrita no artigo 1º da Lei 13.140/2015 “[...] como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Nesse sentido, a mediação é alternativa para solucionar de forma mais profunda o conflito, porém sem interferir nas decisões das partes. Segundo

Moore (1998, p. 28) reporta-se que a mediação:

É definida como a interferência em uma negociação ou em um conflito, de uma terceira pessoa aceitável, tendo o poder de decisão limitado ou não autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo, mutuamente, aceitável em relação às questões em disputa.

Para Calmon (2008, p. 119) o instituto da mediação se classifica como:

É a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável. A mediação se faz mediante um procedimento voluntário e confidencial, estabelecido em método próprio, informal, porém coordenado. Para que haja mediação as partes devem negociar. Portanto, ou a mediação interfere em uma negociação sem perspectiva de resultado positivo, ou interfere em uma disputa sem diálogo com vistas a proporcionar o início de uma negociação profícua. A simples interferência para auxiliar, facilitar e/ou incentivar a auto composição denomina-se mediação.

Nesse sentido, ainda, Vasconcelos (2008, p. 36) destaca que a mediação é:

Um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Essas definições sinalizam a diversidade de conceituações, muito embora todas a reúnam como meio pacificador. Para uma melhor contribuição, a mediação vem como

resolução dos conflitos, em que as partes possuem o poder e também a responsabilidade de suas decisões perante os mediadores, pois a estes, somente, cabe facilitar a comunicação (SICA, 2007).

Ainda podem ser citados autores, tais como Warat (2004) e Linck (1997), que enxergam o processo de mediação como uma oportunidade para a reconfiguração de relações que, de alguma forma, encontravam-se prejudicadas. A mediação seria uma espécie de re-engenharia do conflito em que não apenas os conflitos aparentes seriam solucionados, mas o problema como um todo.

Define-se a mediação como o método não-adversarial de solução de conflitos em que o mediador, um terceiro imparcial e preparado para exercer esta função, busca fazer com que as partes envolvidas estabeleçam comunicação entre si para tentar chegar a uma solução que, não apenas resolva o conflito mas, sim, que refaça e restabeleça uma boa relação entre as partes. A mediação visa não somente chegar a um simples acordo, mas pode ser terapêutica e transcender o conflito, atingindo a relação entre as partes (NOLAN-HALEY, 1992, p. 57).

O âmbito empresarial envolve uma série de relações continuadas: fornecedores e consumidores; empregadores e empregados; colegas de trabalho; meio-ambiente e produção. Conflitos decorrentes desse tipo de relação são solucionados de forma mais eficaz por meio da mediação. Quando dois colegas de trabalho ingressam em algum tipo de disputa, ambos perdem com a falta de resolução do problema. Ainda, uma resolução consensual é capaz de deixar os envolvidos muito mais satisfeitos do que uma sentença judicial. A mediação não está focada apenas em resolver o conflito mas, sim, pretende reestabelecer as relações, ainda que em âmbito empresarial. Considerando que a empresa é formada por um perfil corporativo, é interessante para suas atividades que os colaboradores mantenham relações pacíficas e harmoniosas.

Também podem ser citadas algumas desvantagens na utilização do método de mediação (NOLAN-HALEY, 1992, p. 58). A primeira delas é que a mediação depende da vontade das partes para ser realizada e concretizada, o que significa que ela não pode ser imposta e pode haver partes e profissionais envolvidos que não tenham interesse em utilizá-la, levando o conflito à solução por meio de métodos adversariais. Outra desvantagem da mediação é que ela necessita de um cenário favorável para existir, ou seja, dependendo das condições envolvidas, é possível que uma das partes tenha poder de barganha demasiado e não tenha interesse em prosseguir com a mediação. Pode ser citado como exemplo uma empresa que

esteja à beira da falência e utilize da mediação para postergar o pagamento de suas dívidas, por meio de um entendimento positivo que beneficie ambas as partes.

#### **4. ATUAÇÃO DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO EMPRESARIAL**

A mediação requer análise mais profunda por parte dos advogados, por conta da função social de sua atividade, sua responsabilidade pela justiça e pacificação social. E é neste cenário que nasce um novo mercado de trabalho, promissor, e com ilimitadas possibilidades, pois o advogado é a porta de entrada, quando as pessoas procuram solucionar seus conflitos. Desse modo, esse advogado preparado para atuar nesse novo cenário jurídico, aumentará sua oferta de serviços, num diferencial para o qual, pouquíssimos profissionais estão qualificados.

De forma geral o advogado pode exercer dois tipos de papéis em um processo de mediação: pode exercer a função de mediador ou assistir a uma das partes. Quando o advogado faz o papel de mediador, este deve agir com imparcialidade, conforme determinado pelo art. 2º da Lei de Mediação, e buscar fazer com que as pessoas envolvidas com a lide dialoguem para tentarem chegar a uma solução. Diferentemente do conciliador, o mediador não se propõe a sugerir acordos, mas, como indica o próprio Código de Processo Civil, efetiva a reaproximação entre as partes, buscando com que estas convivam de forma pacífica e ao menos efetivamente tentem resolver o problema sem recorrer a outros meios, tais como os procedimentos adversariais.

Ainda que não seja obrigatório ser um advogado a atuar na prática da mediação, este profissional possui vantagens com relação a outros profissionais. Isso porque o advogado já tem conhecimento prévio de direitos que podem ser aplicados ao caso concreto, já está acostumado a atuar em processos, tem habilidade na formulação de documentos legais, além de conhecer e poder atuar em outras formas de solucionar conflitos, caso a mediação reste infrutífera.

O advogado também pode ser contratado para agir com parcialidade em prol de uma das partes. Nesse caso, será sua função auxiliar e assistir o seu cliente nas negociações, garantir que os seus interesses sejam observados e participar da construção da instrumentalização jurídica do procedimento. O advogado, quando contratado por uma das partes vai utilizar seu conhecimento técnico em prol dos interesses de seu cliente, como ocorreria em um processo judicial. O que muda são os métodos e o raciocínio a ser utilizado.



A participação do advogado na mediação requer habilidades diferentes daquelas exigidas no processo judicial. Assim como nos métodos adversariais, na mediação é necessário que os profissionais envolvidos apresentem certas habilidades. Diante de seu cliente, o advogado deve informar sobre a natureza do procedimento de mediação, explicar sobre as etapas, quem serão os participantes, as escolhas da mediação, possíveis acordos, informar o cliente do papel do mediador quais as suas qualificações, sua formação e experiência (ORLANDO, 2014). Para Andrade (2016, p. 1-2), o advogado não deve se sentir ameaçado com os mediadores, pelo contrário, ela destaca:

Mediar junto com seu cliente, ajudando-o a trazer solução mais rápida e econômica do que pagando custas judiciais, é um serviço a mais que se acrescenta ao portfólio do advogado, e não um entrave ao seu trabalho. O advogado não está ali para aumentar o conflito, mas para trazer solução e paz.

Nesse mesmo sentido, Pinho (2015) destaca em seu artigo “Papel do advogado é fundamental na mediação”, a importância do advogado nas sessões de mediação e como este deve se portar:

A presença do advogado, nas sessões de mediação, é fundamental. Entretanto, o advogado precisa estar preparado para agir de forma colaborativa. Caso contrário, poderá frustrar a busca pela pacificação naquele momento e até prejudicar um possível acordo.

A autora, também, destaca ser o advogado quem tem o primeiro contato com o cliente, e pode, assim, prestar os esclarecimentos necessários sobre a prática, ao destacar as suas vantagens e prestar orientações jurídicas sobre o tema antes e durante a sessão de mediação. Na fase final do procedimento, que é a de efetivar o acordo, as orientações jurídicas somente poderão ser prestadas por advogados, os mediadores não podem fazer quaisquer esclarecimentos legais durante a sessão, mesmo que esses sejam advogados (PINHO, 2015).

A grande mudança de paradigma está no fato de que o advogado, durante um processo de mediação, deve ter como objetivo a pacificação e a colaboração entre as partes. Em um processo judicial, por outro lado, o advogado costuma estar preocupado em afrontar, ainda que processualmente, a outra parte e tentar obter o máximo de vantagem possível dela. Na mediação

é função do advogado buscar soluções que sejam ao mesmo tempo interessantes para o seu cliente e que resolvam o conflito sem prejudicar a outra parte. Para Motta Junior (2014, p.150):

É fundamental que o advogado brasileiro contemporâneo se conscientize de que a advocacia do Século XXI precisa ser repensada para se coadunar com os interesses da sociedade, que anseia por celeridade, adequação e eficácia na condução de suas controvérsias. A mediação consiste em um instrumento à disposição dos advogados, que tem o potencial de incrementar a qualidade dos resultados obtidos e de abreviar o tempo de sobrevida da controvérsia.

A função do advogado passa a ser ajudar a procurar soluções que, na medida do possível, pacifiquem o conflito existente, de forma criativa e persistente, sem partir automaticamente para a tradicional solução das controvérsias por meio do Poder Judiciário. Trata-se de uma advocacia em que o advogado convida seu cliente para assumir responsabilidade sobre a solução de seus problemas e não simplesmente terceirizá-los para um juiz, o que ajuda a garantir uma sociedade mais justa e responsável.

Essas características da mediação como instrumento para solução de conflitos são muito atrativas para o mundo empresarial. Por se tratar de cenário dinâmico e informal, não interessa ao empresário dispensar tempo, recurso financeiro e energia com métodos de solução de conflitos que não tragam resultados dentro de prazo razoável.

Para Faleck, a mediação empresarial é atrativa, pois permite o controle de custos e de riscos, além de ser mais rápida, menos custosa, menos desgastante, menos incerta e por consumir menos tempo dos colaboradores. O autor destaca casos de sucesso em uma série de setores do direito empresarial: “seguro, resseguro, construção civil, energia, contratos comerciais, questões societárias e disputas internacionais, envolvendo grandes e importantes empresas nacionais e internacionais que atuam no Brasil e renomados escritórios de advocacia” (FALECK, 2014, p. 265).

O autor destaca o fato de a mediação ser flexível e adaptável para diversos tipos de conflitos e chama atenção para o papel do advogado empresarial que deve estar atento desde a “pré-mediação”, ou seja, o momento anterior à instauração do conflito, quando atua de forma preventiva fazendo utilização da cláusula escalonada nos contratos empresariais (2014, p. 7). Há muito mais chance de ocorrer a mediação se houver uma previsão contratual prévia, adotando, ao menos, a tentativa de resolver o conflito pelo método não-adversarial.

## 5. PROCEDIMENTOS DE MEDIAÇÃO E OS ADVOGADOS

Uma vez esclarecidas quais são as posições que os advogados podem tomar em procedimentos de mediação, cumpre destacar de que forma a mediação pode ser conduzida para ter mais efetividade.

A Lei de Mediação trata do Procedimento de Mediação Extrajudicial e Judicial entre os seus arts. 14 e 29. Ao se analisar os referidos dispositivos legais, não é difícil perceber que não houve preocupação do legislador em delimitar quais atos específicos devem ser tomados durante o processo de mediação. Não poderia ser diferente, uma vez que cada caso vai depender muito da sensibilidade do mediador e dos advogados que eventualmente estiverem representando as partes. Não se pode estabelecer um procedimento ou manual de condutas fechados para o desenrolar de um processo de mediação, porque é um processo que está aberto para a construção conjunta dos envolvidos.

É possível, no entanto, citar algumas abordagens indicadas pela literatura, que serão capazes de orientar os mediadores e advogados na condução desses processos. Como a mediação é um procedimento de negociação intermediada por um terceiro, muito do que se trata a respeito de negociação pode ser utilizado.

É imperativo para firmar as bases da mediação o princípio da confidencialidade ou da privacidade entre as partes. Todas as informações colhidas pelos mediadores não poderão ser expostas a terceiros, nos termos do art. 166 do Código Civil e nos termos do art. 30 da Lei de Mediação. Essa possibilidade é vantajosa para o empresário em relação ao processo judicial, que é público. Portanto, as partes devem ter a consciência de que, ao trocarem informações durante o processo de mediação, não estão produzindo provas que futuramente poderão ser utilizadas em ação judicial. De qualquer forma, os advogados envolvidos com a mediação precisam se precaver e não divulgar informações que sejam desnecessárias para a mediação ou que possam vir a prejudicar seu cliente no futuro.

Os advogados, por sua vez, devem estar preparados com amplo conhecimento do caso em que estão atuando. É importante não apenas conhecer qual é o objetivo imediato das partes mas, sim, entender quais são seus verdadeiros interesses com aquele conflito (LINCK, 1997, p. 27). É fundamental para o advogado empresarial buscar informações com os profissionais envolvidos, indo além das questões jurídicas, e adotando uma visão ampla da situação. A advocacia empresarial pode lidar com um número enorme de setores. Portanto, além das

questões jurídicas, o advogado deve entender como funcionam as peculiaridades de cada mercado. A mediação empresarial deve envolver alta capacidade de adaptação às peculiaridades do conflito (FUOCO, 2015, p. 281).

Durante todo o procedimento, os envolvidos devem exercer aquilo que Delfina Linck chama de escuta ativa (LINCK, 1997, p. 27). Ou seja, não se deve ingressar em um processo de mediação de conflitos com verdades já pré-estabelecidas. Ainda que não concordem entre si, as partes podem pelo menos dar uma chance para entender a perspectiva daquele que está no outro lado. Os advogados serão muito importantes nesse papel, pois são eles que têm mais proximidade com as partes e podem acalmá-las quando os ânimos se acirrarem, situação em que terão que lembrar aos seus clientes quais são os objetivos da mediação: a solução dos conflitos existentes e não seu aumento.

Feitos os esclarecimentos iniciais pelo mediador, este deve procurar ouvir as partes e colher informações de cada uma delas sobre o conflito em questão. Tendo em vista que o mediador é pessoa imparcial, se entender necessário, poderá ouvir as partes isoladamente, buscando compreender com profundidade quais são os interesses envolvidos.

Conforme demonstrado, não cabe ao mediador fazer qualquer tipo de juízo de valor, nem mesmo propor acordos entre as partes. Uma vez que tenha compreendido o conflito, deverá tentar reaproximar as partes mediante troca de informações. Calmon (2008, p. 123-124) ressalta que:

O papel do mediador é o de um facilitador, educador ou comunicador, que ajuda a clarificar questões, identificar e manejar sentimentos, gerar opções e, assim se espera, chegar a um acordo sem a necessidade de uma batalha adversarial nos tribunais. [...] é papel do mediador ser facilitador, criador de canais de comunicação, tradutor e transmissor de informações, reformulado, diferenciador de posição e interesses, criador de opções e agente da realidade.

Por mais que, durante o processo de mediação, alguma das partes venha a se irritar ou perder a razão, os advogados deverão tentar “desarmar” a outra parte (LINCK, 1997). Desarmar significa não agir de forma agressiva em situações de ofensa ou estresse, mas manter o respeito pela outra parte e entender que a agressividade está enraizada na existência do conflito e não necessariamente por algum tipo de desavença pessoal. A autora entende que as chances de se

chegar a uma resolução do conflito aumentam, consideravelmente, quando as partes envolvidas agem com respeito entre si.

No mesmo viés, métodos de comunicação não-violenta podem ser utilizados durante o processo de mediação. Para Marshall Rosenberg (2015, loc. 257), um dos principais especialistas no assunto, em uma nova visão, os conflitos podem ser encarados com respeito, em uma atmosfera livre de emoções ou preconceitos, que visa resolver o conflito para o futuro. Por meio da comunicação não violenta há uma reformulação da forma como nos expressamos e ouvimos o outro: ao invés de reagirmos da forma automática como estamos habituados passamos a nos expressar com honestidade e clareza, ao mesmo tempo em que respeitamos o outro que está em conflito, agindo de forma empática. Reações violentas e pré-julgamentos devem ser deixados de lado para valorizar as relações humanas envolvidas (2015, loc. 366).

A comunicação não violenta proposta por Rosenberg e o “desarmamento” do outro, exposto por Linck, indicam que, independentemente do caminho e do procedimento específico que tomar a mediação de um conflito, esta deve ser pautada, diferentemente do que acontece nos métodos adversariais, pelo respeito mútuo e pela abertura para ouvir o outro. Esse talvez seja o aspecto mais importante da mediação e conflitos e o principal motivo pelo qual se diferencia dos métodos de solução adversariais de conflitos.

Fuoco (2015, p. 284-285) destaca a importância de o advogado compreender quais são os verdadeiros interesses envolvidos. Para o autor, mesmo os conflitos empresariais têm um aspecto pessoal, que pode ser observado pelo advogado que utiliza da mediação, conseguindo mais resultados ao tomar postura colaborativa e praticar e promover a escuta ativa.

Não só o mediador, mas também os advogados necessitam assumir posturas nesse sentido, para que os processos de mediação tenham mais êxito. Ainda que não se possa falar em um procedimento único de mediação, Nolan-Haley (1992, 60-78) sugere um certo caminho que pode ser tomado.

Num primeiro momento, é fundamental observar se o caso diz respeito à um conflito passível de mediação (lembrando que não se pretende que a mediação seja a solução para todos os conflitos). Nos termos da Lei 13.140/2015, serão objeto de mediação direitos patrimoniais disponíveis.

Constatado que é um conflito que pode ser objeto de mediação, o mediador deve explicar para as partes o que é, e o que não é a mediação, qual é o papel do mediador e de sua imparcialidade, além de deixar claro que pela mediação o conflito só será resolvido se houver anuência das partes.

É interessante que na mediação o mediador informe que não há espaço para troca de hostilidades entre as partes, que devem se focar em buscar uma resolução para o conflito e não agravá-lo mais. O foco no futuro e não na hostilidade da relação deve ser promovido, também, pelos advogados participantes. Nenhuma das partes terá qualquer vantagem com agressões, ainda que verbais. A utilização de técnicas de comunicação não violenta é bastante recomendada.

Feitos os esclarecimentos iniciais, passa-se à fase de coleta das informações relevantes. Mediador e advogados, cada um dentro de suas funções, em conjunto, as partes devem buscar diferenciar a informação relevante da informação irrelevante, para trazer à tona quais são os pontos de entendimento e os pontos de desentendimento. Em seguida, levantadas informações suficientes, estimulam-se as partes a propor soluções para a resolução do conflito, sem que se tenha medo de estas propostas não serem aceitas. Pela mediação, é possível gerar opções sem necessariamente vinculá-las (FUOCO, 2017, p. 286). Por outro lado, a parte que estiver ouvindo as propostas deve recebê-las de forma aberta e sem pré-julgamentos. Por mais que as primeiras sugestões de solução não costumem ser as melhores para ambos os lados, o ambiente pacífico vai ser capaz de abrir espaço para a criatividade e novas possibilidades de solução do conflito. Se entender necessário, o mediador pode chamar as partes para falar isoladamente, é o que se chama de *caucus* (FALECK, 2014, p. 270).

Recomenda-se que os acordos, sejam eles parciais ou finais, sejam sempre reduzidos a termo escrito, para que as partes tenham memória daquilo que foi acordado e, em caso de inadimplemento, possam se socorrer do Poder Judiciário com mais facilidade. Os advogados devem orientar seus clientes para resguardar seus direitos na formulação do instrumento por escrito.

Na redação do documento que der fim ao processo de mediação deve-se observar se as obrigações de cada um dos participantes foram estabelecidas com clareza, se as formalidades foram atingidas (por exemplo, assinatura de duas testemunhas) e se há previsões de sanções para o descumprimento do acordo. Tais atitudes, que são orientadas pelos

advogados, diminuem os riscos de inadimplemento. Algumas medidas simples evitam danos futuros. Pensar na transformação do instrumento de acordo em título que possa vir a ser executada diminui os riscos. Cláusulas penais podem estabelecer multas claras, que possam vir a ser executadas, se necessário. A presença de garantias, pessoais ou patrimoniais, também é outra medida que pode evitar danos futuros relacionados a eventual inadimplemento.

Nesse sentido, a participação do advogado na mediação empresarial vai desde o direito preventivo, quando operacionaliza a existência da mediação mesmo antes da existência do conflito, até a instrumentalização do acordo, quando deve pensar na redução de danos decorrentes do inadimplemento.

Nos termos do art. 166, § 3º, do CPC, é expressamente admitida a utilização de técnicas negociais no curso da mediação ou da conciliação:

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

(...)

§ 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

Há um sem-número de obras à disposição do advogado e do estudante de direito a respeito de técnicas de mediação. Nolan-Haley separa essas técnicas em pelo menos duas abordagens: *adversarial approach* (abordagem adversarial) e *problem-solving approach* (abordagem para a solução do problema) (NOLAN-HALEY, 1992, 20-24). Na primeira abordagem, o objetivo do advogado que atua em processo de negociação, mediação ou conciliação é tentar tirar o máximo de proveito para o seu cliente, em que utiliza o poder de barganha para conseguir o máximo possível.

Já na segunda abordagem, *problem-solving*, as partes envolvidas unem esforços para resolver o conflito de forma que ambas saiam vencedoras e tenham seus interesses atendidos. Para que isso ocorra, deve-se buscar solucionar o problema de uma forma que vá além da simples disputa monetária, mas que tome em conta todo tipo de solução ao alcance das partes.

A diferenciação feita por Nolan-Haley é bastante parecida com a que faz Vasconcelos, para quem o instituto da mediação apresenta diferentes modelos, a exemplo: um focado no

acordo e outro focado na relação. Os modelos focados no acordo priorizam o problema concreto e buscam o acordo, já os modelos focados na relação priorizam a transformação do padrão relacional, por meio da comunicação, da apropriação e do reconhecimento, buscando uma forma das pessoas restabelecer uma boa convivência (VASCONCELOS, 2008). Se for necessário poderá haver mais de uma sessão de mediação, inclusive na mediação judicial, nos termos do art. 696 do CPC:

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

O desdobramento da mediação em mais de uma sessão pode ser interessante, pois oportuniza que as partes reflitam sobre as informações obtidas, permitindo que os participantes decidam com segurança sobre o ato de mediar e o conteúdo da prática. Com o pouco que foi exposto, percebe-se que o advogado pode ampliar seu trabalho atuando em mediação de várias formas como: primeiro, perante o procedimento concentrando-se nas questões de fato essenciais que identifique os problemas do litígio; segundo, verificar o interesse entre as partes; terceiro ajudar seu cliente na elaboração de soluções satisfatórias para ambas as partes, buscando soluções que podem demandar menor tempo, menos custo emocional e material; quarto, demonstrar que uma demanda com maior tempo o litígio torna-se com maior rivalidade; quinto, maiores custos emocionais maior hostilidade; e por fim, vislumbrar sempre uma possibilidades de construção de acordo (ORLANDO, 2014).

## 6. CONCLUSÃO

Para o filósofo Ernst Cassirer, o verdadeiro conhecimento é o autoconhecimento, e não o conhecimento generalizante (CASSIRER, 1992, p. 15). Na medida em que o ordenamento jurídico brasileiro, seja por conta da crise do Poder Judiciário, seja por seu desenvolvimento, incentiva de forma incisiva os métodos de autocomposição, o direito se aproxima das pessoas e torna-se mais efetivo. O direito pautado na simples aplicação da lei, que é generalizante, não é tão efetivo quanto o direito produzido pelas próprias pessoas inseridas nos conflitos. Para o direito aplicado às empresas é impossível sustentar o modelo amplamente adversarial.

Não se pretende, aqui, defender a ideia de que a mediação e os outros métodos de autocomposição resolverão todos os conflitos jurídicos. Muitos conflitos, por sua própria



natureza ou pela falta de vontade das partes não serão resolvidos dessa forma e continuará existindo a necessidade de um Poder Judiciário bem estruturado. No entanto, quanto mais os profissionais do direito, em especial os advogados, investirem nesses caminhos, principalmente a partir da educação, menos abarrotado estará o Judiciário e a sociedade será mais pacífica, com soluções mais efetivas para os conflitos. O incentivo legislativo das técnicas de mediação empresarial abre novos caminhos para o advogado que atua nessa área, ampliando seus horizontes e expandindo as formas que têm disponibilizadas para resolver os conflitos.

O direito, a partir de métodos autocompositivos de solução de conflitos, significa um direito mais convidativo e participativo, ao invés de um direito coercitivo e excludor. A partir desses métodos, as pessoas passam a aderir à solução de seus conflitos porque querem e não porque são obrigadas.

Democracia significa pluralidade e diversidade, logo, não há como se pensar vida em sociedade, nem em organização empresarial, sem a existência do conflito. A partir dessas novas perspectivas, o conflito passa a ser encarado como uma oportunidade construtiva e criativa, contribuindo para a vida do ser humano e seu entorno.

No mesmo sentido, a chamada “democracia radical” considera as diferenças de identidade, sob o prisma dos direitos de liberdade e igualdade no ambiente de democrático. Sobre o tema, Chantal Mouffe (1996, p.142-143), esclarece que “[...] o pluralismo abre mão da homogeneidade de uma democracia que exige igualdade de todos, isto é, todos podem ter igualmente os direitos para garantir suas diferenças”.

Quando se refere à igualdade, Mouffe (1996) reporta-se a sua forma plena, no tocante à participação (democracia), que o direito de liberdade possa ser exercido em um espaço que viabilize a cidadania democrática e radical, ou seja, que o pluralismo e os antagonismos sejam respeitados, pois a existência de consensos em demasia, favorece, naquele ambiente, o totalitarismo. Acrescenta, ainda, que a Democracia Contemporânea tem conceito a ser definido e perseguido pela Sociedade, partindo do pressuposto que alcançar o consenso não pode ser positivo para seu desenvolvimento e que o conflito é condição de sua própria existência.

Em relação à problemática da presente pesquisa, nota-se que o desenvolvimento dos advogados na aplicação da mediação e de outros métodos não adversariais significa um avanço da sociedade na direção da democracia, ainda que uma democracia perfeita não possa vir a ser

alcançada. Significa um direito em que as pessoas assumem para si a responsabilidade pela resolução de seus problemas e não esperam sempre uma decisão proferida por um órgão judiciário, vinda de cima para baixo.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lia Marchiori. Sobre mediações e papezinhos: burocratização contrária aos princípios da Lei 13.140/15. In: Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4865, 26 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53029>>. Acesso em: 7 mai. 2019.

BRASIL. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045&gt;](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1045&gt;). Acesso em: 01 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 05 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em 06 de março de 2019.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CASSIRER, Ernst. **Antropologia filosófica: introducción a uma filosofía de la cultura**. 2. ed., 14. reimp. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômico, 1992.

CNJ. **Relatório Justiça em Números 2016**, disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, acessado em 17.04.2019.

FALECK, Diego. Mediação empresarial: introdução e aspectos práticos. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 11, n. 42, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 263-278, jul./set., 2014.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos negócios empresariais. In: FERNANDES, Wanderley; RODRIGUEZ, Caio Farah. **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2013. 524 p.

FUOCO, Patrícia Freitas. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 47/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 277-296, out./dez., 2015

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Benardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier(Org). **O Marco legal da mediação no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2016.

LINCK, Delfina. **El valor de la mediación**. Buenos Aires, Argentina: Ad-Hoc, 1997.

MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2014.

MOORE, Christopher Wayne. **O Processo de mediação**. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOTTA JÚNIOR, Ademar de Miranda. Mediação. Um novo mercado para a advocacia, in Escola Nacional de Mediação e Conciliação (Org). **Manual de Mediação para advogados**. Brasília, 2014.

MOUFFE, Chantal. **O Regresso do Político**, trad. Ana Cecília Simões, Ed. Gradiva, Lisboa, 1996.

MOUFFE, Chantal. **The democratic paradox**. London; New York: Verso, 2000.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. **Alternative dispute resolution in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1992. - xxiii, 298p.

NONES, Nelson. **Gênese e evolução histórica da empresa: aspectos jurídicos, políticos e econômicos**. Blumenau: Edifurb; Nova Letra, 2013.

ORLANDO, Fabíola. Relevantes contribuições do advogado para a mediação, os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil. In: Escola Nacional De Mediação e Conciliação (Org). **Manual de Mediação para advogados**. Brasília, 2014.

PINHO, Débora. Nova Lei de Mediação: papel do advogado é fundamental. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4410, 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40482>>. Acesso em: 7 mai. 2019.

ROSENBERG, Marshall B. 3<sup>rd</sup> edition, Kindle Edition. PuddleDancer Press: EUA. 2015.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumén Juris, 2007.

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

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.